

„Staffing the Court“ –

Das Verfahren zur Ernennung der obersten Bundesrichter in den USA

Marcus Höreth

Aufgrund der öffentlichen Anhörungen der vom Präsidenten nominierten Kandidaten gilt das Verfahren zur Ernennung der obersten Bundesrichter in den USA als hochgradig „politisert“. Schwächt oder stärkt diese Politisierung bei der Rekonstituierung des Gerichts die Legitimität von Verfassungsrechtsprechung, deren wichtigste Legitimationsressource nicht die demokratische Rückkopplung ist, sondern ihre institutionalisierte Unabhängigkeit?



Dr. phil Marcus Höreth, Wissenschaftlicher Mitarbeiter, Seminar für Politische Wissenschaft, Universität Bonn

1. Einleitung

Die Vorschrift in Art. II, Section 2 der US-Verfassung könnte kaum unspektakulärer formuliert sein: Der Präsident „nominiert auf Anraten und mit Zustimmung des Senats (...) die Richter des Obersten Bundesgerichts“. Doch die politische Brisanz der Richterernennung ist enorm: Am 27. Oktober 2005 entschied sich die „New York Times“ auf ihrer ersten Seite mit Auszügen eines Briefes von Harriet Miers an den amerikanischen Präsidenten George Bush aufzumachen, so wichtig erschien ihr die darin enthaltene Nachricht. Miers teilte hierin ihren Rücktritt als Kandidatin für das Amt der Richterin am Obersten Bundesgericht mit¹. Mit diesem Paukenschlag ist eine lange heftige Kontroverse um ihre Eignung für das Amt beendet worden. Diese Episode wurde in der schnelllebigen amerikanischen Öffentlichkeit unverzüglich abgehakt, um sich Samuel A. Alito Jr. zuzuwenden, dem nächsten Kandidaten, den der Präsident nominiert hat. Dieser ist inzwischen trotz heftigen Widerstands der demokratischen Opposition schließlich am 31. Januar 2006 mit einer Mehrheit von 58 zu 42 Stimmen vom Senat bestätigt worden.

Die Frage, wer die scheidende Richterin Sandra Day O'Connor ersetzen würde, überschattete als Medienereignis in den vergangenen Monaten zuweilen sogar den Krieg im Irak. Die Kandidatendiskussion beherrschte die Schlagzeilen der Zeitungen ebenso wie die TV-Talkshows und das Gespräch auf der Straße. Der europäische Beobachter mochte sich angesichts der „court politics“ ver-

wundert die Augen reiben, ist doch die Ernennung von höchsten Richtern in den meisten EU-Staaten ein vom üblichen parteipolitischen Gezänk befreites und auch von der Öffentlichkeit abgeschirmtes Unternehmen, dessen Nachrichtenwert sich auf einige wenige Zeilen in den hinteren Seiten der Tageszeitungen beschränkt.



The Supreme Court of the United States
(www.supremecourtus.gov/)

Wie so vieles im amerikanischen Regierungssystem ist auch das Verfahren zur Ernennung der obersten Bundesrichter einzigartig und für viele schwer nachzuvollziehen. Im Folgenden möchte ich der Frage nachgehen, welche Bedeutung das Ernennungsverfahren im politischen System der USA hat und wie dieses demokratietheoretisch zu bewerten ist. Hierzu werde ich in einem ersten Schritt (II) darlegen, welche Rolle der Supreme Court im „American Government“ wahrnimmt. Im Zentrum steht dabei die Entscheidung „Marbury v. Madison“, die – obwohl schon über 200 Jahre alt – noch immer maßgeblich ist für die Bestimmung des Verhältnisses zwischen den „politischen“ Gewalten der Exekutive

und Legislative einerseits und der Judikative andererseits. Erst vor diesem Hintergrund kann die grundsätzliche Bedeutung des Verfahrens zur Richterernennung deutlich gemacht werden. Anschließend (III) wird dessen aktuelle Brisanz aufgezeigt: Diese resultiert einerseits aus aktuellen Kontroversen in der amerikanischen Innenpolitik, andererseits aus dem Umstand, dass der Supreme Court seit Rehnquists Amtsübernahme als Associate Justice im Jahre 1971 als „a Court divided“ gilt (Tushnet 2005). Abschließend (IV) wende ich mich dem Verfahren im engeren Sinne zu: Welche Funktion soll es erfüllen und wie geeignet ist es als Instrument, um zum einen die „richtigen“ Richterinnen und Richter auszuwählen und zum anderen als Legitimationsgrundlage für die Institution zu dienen? Dabei gilt es, Vor- und Nachteile jener „Politisierung“ der Richterernennung in den USA zu erörtern: Schwächt oder stärkt diese die Legitimität von Verfassungsgerichten, deren wichtigste Legitimationsressource nicht die demokratische Rückkopplung ist, sondern ihre institutionalisierte Unabhängigkeit?

2. Der Supreme Court als Sturmzentrum amerikanischer Politik: „Marbury v. Madison“ und die Folgen

Obwohl noch immer die meisten Amerikaner davon überzeugt sind, dass die Judikative die „least dangerous branch of government“ (Bickel 1962) ist, so wissen sie doch auch, wie viel Macht die Verfassungsrichter haben. Eine Macht, die sie bis zu ihrem Lebensende nicht mehr verlieren werden, denn sie sind auf Lebenszeit ernannt. In vielerlei Hinsicht stellt der Supreme Court tatsächlich das „Sturmzentrum“ (O’Brian 1986) des politischen Systems dar, hier werden Weichen stellende Entscheidungen getroffen, deren Auswirkungen auf die einzelnen Bürger kaum überschätzt werden können. Ein Urteil – „Dred Scott v. Sandford“² – hat z.B. wesentlich zur Auslösung des amerikanischen Bürgerkrieges beigetragen (Sunstein 2000). In anderen Entscheidungen – beginnend mit „Lochner v. New York“³ – wurde der nationale Gesetzgeber über Jahrzehnte hinweg von den neun Richtern daran gehindert, die fragwürdigsten Auswirkungen des Laissez-Faire-Kapitalismus mit sozialpolitischen Maßnahmen zumindest einzudämmen (Arkes 2000). Im obersten Bundesgericht werden, wie 2000 im berühmten Fall „Bush v. Gore“⁴, gegebenenfalls sogar Präsidentschaftswahlen entschieden. Von der extensiven Auslegung der Meinungsfreiheit zur Aufhebung der Rassentrennung bis hin zur Formulierung eines Rechts auf Abtreibung haben die Richter viele Urteile gefällt, die für das Zusammenleben der Menschen von grundlegender Bedeutung gewesen sind.

Dass Verfassungsrichter im amerikanischen „Government“ so mächtig werden konnten, entsprach keineswegs den Intentionen der Väter der Verfassung

Und sie sind es noch immer: Die konkrete Ausgestaltung der Bürgerrechte, die staatliche Regulierung der Abtreibung, die Trennung von Staat und Religion, das Wahlrecht, staatliche Unterstützungsmassnahmen für ethnische Minderheiten, Nichtdiskriminierungspolitiken, Bundesgesetze für die bessere Integration von Behinderten und schließlich die (eingeschränkte) Kompetenz des Bundes, Umweltschutzgesetze zu erlassen – viele politisch hoch umstrittene Politikbereiche sind durchdrungen von verfassungsrechtlichen Bestimmungen und Begrenzungen, die die Richter am Supreme Court im Laufe der letzten Jahrzehnte entwickelt haben. Auch in der nahen Zukunft hat das Gericht viele Verfassungsfragen zu entscheiden, die die amerikanische Gesellschaft so tief spalten. Der Kongress wird sich in diesen Fällen weitgehend mit der Zuschauerrolle begnügen müssen, da schon die Verfassung geändert werden müsste, um in diesen Politik-Bereichen dem Gesetzgeber wieder mehr Entscheidungsmacht zurückzugeben. Die dafür notwendige Zwei-Drittel-Mehrheit kann aber keine Seite im Kongress organisieren. Zusätzlich müsste eine Verfassungsänderung noch von drei Viertel der Einzelstaaten mitgetragen werden.

Dass Verfassungsrichter im amerikanischen „Government“ so mächtig werden konnten, entsprach keineswegs den Intentionen der Väter der Verfassung (Amar 2005: 205ff.), sondern ist vor allem der Leistung und dem politischen Mut eines einzelnen Richters zu verdanken – Chief Justice John Marshall, der ob seiner Pionierleistungen treffend als der „Louis Armstrong“ des obersten Gerichts (Provizer 2003) bezeichnet wurde. Sein Urteil in „Marbury v. Madison“⁵

setzte das Prinzip des richterlichen Prüfungsrechtes durch und machte das Gericht von nun an zu einem Schlüsselspieler im politischen System der USA (Van Alstyne 1969; Clinton 1989). Damals – Anfang des 19. Jahrhunderts – war keineswegs geklärt, ob der Supreme Court sich gegen demokratische legitimierte Entscheidungen der Legislative durchsetzen können soll (Brugger 1987: 4). Dem Verfassungstext ist keine ausdrückliche diesbezügliche verfassungsgerichtliche Kompetenz zu entnehmen. Dass man sie aus der Verfassung gleichwohl herleiten kann, hat erst John Marshall eindrucksvoll nachgewiesen. Ihm bot sich 1803 die Gelegenheit, die Kompetenz der richterlichen Normenkontrolle ausdrücklich und nachhaltig für den Supreme Court zu reklamieren. Seine Vorgehensweise in diesem Fall war eine der genialsten juristischen Schachzüge aller Zeiten – und zugleich „despotism in some form“ (Waldron 2000).

Dem Fall lag folgender Sachverhalt zugrunde: William Marbury war von dem Präsidenten der USA John Adams am letzten Tag seiner Amtszeit zum Friedensrichter ernannt worden. Mit dieser und weiteren späten Ernennungen verfolgte die abgewählte „föderalistische“ Regierung Adams das Ziel, möglichst viele Richterstellen mit politisch auf der gleichen Linie liegenden, d.h. „bundesstaatlich“ orientierten Richtern zu besetzen, um trotz des Regierungswechsels wenigstens die Judikative fest in den Händen zu behalten und auf diese Weise der antiföderalistischen „republikanischen“ Regierung Jefferson („anti-federalists“) das Geschäft des Regierens zu erschweren. Die Urkunde für Marbury war bereits gezeichnet und gesiegelt worden, doch wurde es versäumt, sie rechtzeitig an ihn auszuhändigen. Der am nächsten Tag das Amt übernehmende Präsident Jefferson und sein neuer secretary of state, Madison, weigerten sich, das Zustellungsverfahren fortzusetzen und auf diese Weise die Ernennung zu bestätigen. William Marbury rief den Supreme Court an und beantragte eine Verfügung gegen den amtierenden Justizminister Madison auf Aushändigung der Urkunde. Der 1789 vom Kongress erlassene „Judiciary Act“ sah tatsächlich die Möglichkeit für den Supreme Court vor, erstinstanzlich eine solche Verfügung zu erlassen. Marshall sah sich in einer unbequemen Lage. Nahm er den Fall an und bestätigte er den Anspruch Marburys auf Aushändigung der Urkunde, hätte er befürchten müssen, dass die neue Regierung sich weigerte, dem Urteil Folge zu leisten. Dies hätte der damals noch schwachen Autorität des Supreme Courts enorm geschadet und ihm persönlich wahrscheinlich eine Richteranklage eingebracht. Offensichtlich wollte Marshall den Fall aber annehmen, um ein Exempel zu statuieren, und erklärte den Supreme Court daher als erstinstanzlich zuständig. Er gab Marbury aber gerade nicht Recht, weil die Rechtsgrundlage, auf die dieser sich berief, eben jener „Judiciary Act“, nach Auffassung Marshalls im Widerspruch mit der Verfassung stand.

Die von Marshall gegebenen Antworten machten ihn auch zu einem Klassiker der modernen Demokratietheorien

Den offenen Konflikt mit der neuen Regierung hat Marshall mit dieser Feststellung also sehr geschickt vermieden. Aber er hatte eh einen anderen Plan – das offenbarte er in seinen Antworten auf folgende Fragen, die er nun beantworten musste: Soll

sich die Verfassung gegen widersprechendes, niederrangiges Recht durchsetzen? Wer soll im Falle einer Kollision verbindlich entscheiden? Die von Mar-

shall auf diese Fragen gegebenen Antworten machten ihn nicht nur zum Urvater aller Verfassungsrichter, sondern auch zu einem Klassiker der modernen Demokratietheorie. Zur Beantwortung der Frage, wie verfassungswidrige Akte der Legislative durch die Judikative zu behandeln seien, stellt Marshall zunächst fest, dass die Legislative an die ihr durch die Verfassung gesetzten Schranken gebunden sei. Seine Begründung klingt einleuchtend: Wäre die Gewalt der Legislative unbeschränkt, besäße sie also das Recht, die Verfassung durch einfaches Gesetz zu ändern, könnte sie die ihr durch die Verfassung gesetzten Schranken verschieben. Dann aber sei der Unterschied zwischen einer absolutistischen und einer an eine Rechtsordnung gebundenen Regierungsform aufgehoben. Wenn die Verfassung mit den gewöhnlichen Gesetzen gleichrangig und durch die Legislative beliebig veränderbar wäre, müssten geschriebene Verfassungen als absurde Versuche des Volkes erscheinen, einer Gewalt Grenzen zu setzen, die aufgrund ihrer Natur unbegrenzt sei. Wenn also in einem Land eine geschriebene Verfassung besteht, so führt Marshall aus, müsse diese gegenüber allem anderen Recht höherrangig sein. Folglich seien mit der Verfassung unvereinbare Akte der Legislative nichtig („void“). Aus all dem folgt, dass es die exklusive und „vornehmste Pflicht“ der Richter sei, ein im Widerspruch zur Verfassung stehendes Gesetz zu ignorieren und das höherrangige Gesetz, die Verfassung, anzuwenden.

Eigentlich ein Paukenschlag von ungeheurer Bedeutung – doch erstaunlicherweise haben gerade diese zentralen Aussagen im Urteil relativ wenig zeitgenössische Kritik erfahren (Newmyer 2001: 170). Bis heute haben Marshall's Gedankengänge, mit denen er das wesentlichste Prinzip des amerikanischen Verfassungsrechts, das „judicial review“ herleitet und den Primat der Judikative begründet, nichts von ihrer Gültigkeit verloren. Dabei ist Marshall's Herleitung des richterlichen Prüfungsrechts gegenüber Akten der Legislative logisch keineswegs zwingend. Sie ist es vor allem deshalb nicht, weil das Prüfungsrecht der Judikative in der Verfassung nicht ausdrücklich geregelt ist. Auf Basis eben dieser Verfassung hätte sich ohne weiteres auch begründen lassen, dass die – immerhin demokratisch legitimierte – Legislative diese Prüfung für sich und für die anderen Gewalten verbindlich vornimmt. Marshall bezeichnet diesen Gedanken jedoch als eine „absurde“ Einladung der Legislative für permanenten Missbrauch. Im Prinzip hat er nicht ganz Unrecht, doch diesem Problem kann kaum entgangen werden, denn die Begrenzung staatlicher Gewalten ist ein Prinzip, das grundsätzlich auch für die Judikative gilt (Bickel 1962: 3f.). Die Annahme, dass die Judikative für die im Rahmen des „limited government“ unverzichtbare Aufgabe der Grenzziehung geeigneter sei als die Legislative, ist also keineswegs zwingend. Ohne die Existenz einer richterlichen Prüfungsinstanz würde für die Legislative ein deutlicher Anreiz geschaffen werden, sehr viel umsichtiger, verantwortungsbewusster und gewissenhafter selbst die Verfassungsmäßigkeit ihrer Akte bei der Gesetzgebung zu beachten, was sich im übrigen positiv auf die Gesetzesqualität auswirken könnte. Mit der Entscheidung „Marbury v. Madison“ hat das amerikanische Regierungssystem jedoch einen anderen Pfad eingeschlagen, den es seitdem nicht mehr verlassen sollte – und dem fast alle westlichen und

Marshall ist es gelungen, die rechtliche Grundlage für eine umfassende Kontroll- und zuweilen sogar Rechtsetzungsgewalt der Judikative zu begründen

die meisten neueren osteuropäischen Demokratien gefolgt sind (Landfried 1988; Tate/Vallinder 1995).

Marshall ist es in „Marbury v. Madison“ gelungen, die rechtliche Grundlage für eine umfassende Kontroll- und zuweilen sogar Rechtsetzungsgewalt der Judikative zu begründen, gerade weil er den konkreten Fall zugunsten der Exekutive entschied. In strategisch geschickter Weise hat er jedoch längerfristig wirkende Implikationen in das Urteil eingeflochten, die auf Dauer die Macht zwischen den Gewalten zugunsten der Judikative verschieben sollten (Newmyer 2001: 146ff.). Dass Marshall den offenen Konflikt mit dem damaligen Präsidenten Jefferson gemieden hat, weist ihn nicht nur als genialen Richter, sondern auch als strategisch geschickten „policy-maker“ aus. Zugleich hat er der Regierung Jefferson und dem von den „Anti-Federalists“ dominierten Kongress jedoch signalisiert, dass künftig alle präsidentiellen und legislativen Akte der strengsten Überwachung durch die Judikative unterliegen (Provizer 2003: 30). Mit der Erfindung des richterlichen Prüfungsrechts wurde den Richtern die Legitimationsgrundlage dafür gegeben, die Verfassung gerade in wesentlichen Fragen auch gegen den Willen der parlamentarischen Mehrheiten auf einzelstaatlicher sowie nationaler Ebene auszulegen. Seither bedurfte der Supreme Court offensichtlich keiner ausdrücklichen Ermächtigung mehr zur Ausweitung seiner Jurisdiktion, denn die weiten und „unvollständigen“ Formulierungen der US-Verfassung bieten dem Supreme Court bis heute ein weites Feld der Rechtschöpfung durch Verfassungskonstruktion. Einerseits ist die Macht des Supreme Court eine wesentliche Voraussetzung für die insgesamt doch erstaunliche Stabilität der ältesten Demokratie der Welt. Andererseits ist es geradezu paradox, dass sich diese Erfolgsgeschichte einer an sich undemokratischen Institution verdankt (Hall 1983: 295). Mit der seit „Marbury v. Madison“ etablierten Macht des Supreme Courts ist aber auch der Legitimationsbedarf für die Richter gestiegen. Aus diesem Grund rückte das Verfahren der Richterernennung immer stärker ins Zentrum der öffentlichen Aufmerksamkeit und des parteipolitischen Wettbewerbs.

3. Zur aktuellen Brisanz der Richterernennungen

Neben diesen grundsätzlich ansetzenden Überlegungen zur Bedeutung der Richterernennung, die sich aus der generell gestiegenen Bedeutung der Verfassungsrechtsprechung seit der Erringung der „judicial supremacy“ (Jackson 1949) ergibt, ist dem gerade abgelaufenen Verfahren zur Bestätigung von Samuel Alito eine besondere politische Brisanz deshalb zugekommen, weil die bisher noch recht moderate und zwischen liberalen und konservativen Ideen ausbalancierte Rechtsprechung des Supreme Court in den letzten Jahren vor allem Sandra Day O'Connor zu verdanken war, die bereits vor Monaten ihren geplanten Rücktritt von ihrem Amt verkündet hatte. Im neunköpfigen Richterkollegium ist sie als „swing vote“ häufig in knappen 5:4-Entscheidungen das Zünglein an der Waage zugunsten einer moderat-liberalen

Es geht um nicht weniger als um die kulturell-politische Hegemonie der amerikanischen Konservativen

Verfassungsinterpretation gewesen, die mit der Nachfolge durch den konservativen Alito gefährdet ist. Nach seiner Amtsübernahme haben die Konservativen nunmehr eine Mehrheit im Gericht, mit der sie die innenpolitische Landkarte der USA fundamental verändern könnten.

Es geht nach Auffassung mancher Verfassungsexperten um nicht weniger als um die kulturell-politische Hegemonie der amerikanischen Konservativen, die jetzt alle drei Staatsgewalten in ihrem Griff haben. Die in der Defensive stehenden Liberalen befürchten vor allem eine rückwärtsgewandte Rechtsprechung zur Abtreibung durch ein überwiegend konservativ besetztes Gericht. In der vielleicht umstrittensten Entscheidung des Gerichts aller Zeiten, „Roe v. Wade“⁶, stellte das Gericht 1973 fest, dass das Persönlichkeitsrecht der Frau ihr Recht auf Abtreibung mit einschließt. Seitdem hat das Gericht in 38 weiteren Fällen dieses Urteil bestätigt, obwohl das „right to privacy“ nirgendwo in der Verfassung explizit niedergelegt ist und es darüber hinaus juristisch durchaus gewagt ist, aus diesem Grundrecht auch ein fundamentales Recht auf Schwangerschaftsabbruch abzuleiten. Dennoch wurde diese Rechtsprechung beibehalten, sogar von den als eher moderat-konservativ angesehenen Richtern – zuletzt jedoch mit der denkbar knappen Mehrheit von 5:4. Nachdem nun nach Roberts als Nachfolger des verstorbenen Rehnquist die in diesen Fragen moderat-liberale Richterin O'Connor durch den ausgewiesenen Konservativen Alito ersetzt worden ist, hat sich das Blatt endgültig zugunsten der Konservativen gewendet. Auf abtreibungswillige Frauen könnten schwere Zeiten zukommen.

Was die einen am meisten befürchten („pro choice“), erhoffen sich die anderen aus tiefster innerer Überzeugung („pro life“). Wie das Gericht in dieser Frage entscheidet, wird Aufschluss geben über den generellen Kurs in der Innenpolitik – die Zukunft von „Roe v. Wade“ ist der Lackmustest für die amerikanische Zivilgesellschaft. Daher werden liberale Politikwissenschaftler und Verfassungsrechtler wie Cass R. Sunstein nicht müde zu betonen, dass in Amerika die Grundfeste der freiheitlichen Demokratie auf dem Spiel stehen (Sunstein 2005). Zukünftig würden nach seinem Szenario nicht nur abtreibungswillige Frauen wieder kriminalisiert und Geschlechterdiskriminierung wieder verfassungsgemäß sein, sondern auch den Staaten wieder das Recht gegeben, Gesetze zu erlassen, die die vor 52 Jahren in der berühmten Entscheidung „Brown v. Board of Education“⁷ verbotene Rassensegregation wieder einführen. Damit nicht genug: Die Ausübung des Wahlrechts könnte von den Einzelstaaten wieder besteuert werden, um einkommensschwache Schichten vom Gang an die Wahlurne abzuhalten, die strikte Trennung von Staat und Kirche aufgehoben werden, um einzelnen Staaten die Einführung einer offiziellen Religion zu ermöglichen und schließlich könnte sogar das Kernstück der freiheitlichen amerikanischen Demokratie geschliffen werden – die Meinungsfreiheit als vornehmstes Grundrecht der „bill of rights“, geschützt im ersten Verfassungszusatz.

Vielleicht ist der Pessimismus der Liberalen überzeichnet. Mögen um das Gericht herum immer wieder heftige politische Stürme wehen und der ideologische Grabenkrieg zwischen sozialen Konservativen und Liberalen gerade bei der Ernennung von neuen Supreme Court-Richtern groß sein, im Gericht als Sturmzentrum selbst herrscht traditionell eher Gelassenheit. Wer sich hier durchsetzen will, muss auf parteipolitische Rhetorik verzichten, denn es zählt allein die

Überzeugungskraft des juristischen Arguments. Manch erzkonservativer Richter hat sich in eine moderat-liberale Richtung gewandelt, nachdem er ins neunköpfige Richterergremium berufen wurde. Der ehemalige Richter Robert H. Jackson hat diesen sozialisierenden und moderierenden Effekt der Institution auf den Punkt gebracht, als er feststellte, dass das Gericht einen neu bestellten Richter in der Regel mehr präge als umgekehrt (Jackson 1949: 9). Dennoch: Dass der Senat und die amerikanische Öffentlichkeit immer sehr genau hinschauen, wer in den Supreme Court entsendet wird, kann angesichts der Machtfülle des Gerichts und der in den nächsten Jahren anstehenden Grundsatzentscheidungen zu Fragen, die die Gesellschaft so tief entzweien, kaum überraschen.

4. Zur Funktion des US-amerikanischen Ernennungsverfahrens

Mag die Judikative noch immer als die ungefährlichste Gewalt im amerikanischen Regierungssystem angesehen werden, so ist sie doch aufgrund ihrer Entscheidungsmacht auch legitimatorischen Anforderungen unterworfen. Die wichtigste Legitimationsressource eines Verfassungsgerichts ist unzweifelhaft die Objektivität seiner Entscheidungen, die alleine auf objektiv-rechtlichen Maßstäben – auf der Verfassung – beruhen sollte und nicht auf politisch-subjektiven Interessen im Kräftefeld des antagonistischen Parteienwettbewerbs. Aus diesem Grund wurde auch in den USA das oberste Gericht vor allem durch die Einführung der lebenslangen Amtsdauer seiner Richter mit einer sehr starken institutionellen Unabhängigkeit ausgestattet, die es gegenüber dem politischen Prozess abschottet und immunisiert. Daher kann durchaus die Frage gestellt werden, ob die mit der Richterernennung in den USA verbundene „Politisierung“ insofern einen Systembruch darstellt, als sie die Richterkandidaten gerade nicht dem politischen Wettbewerb entzieht, sondern sie im Gegenteil zum zentralen Gegenstand desselben macht.

Nach den Intentionen der Verfassungsväter war diese Politisierung gar nicht vorgesehen, denn die Rollenzuweisung an den Senat als nicht nur bestätigende, sondern auch beratende Institution legt es nahe, dass sich der Präsident tatsächlich mit dem Senat konsultieren und seinem Rat folgen sollte, bevor er seinen Kandidaten in das Rennen um Bestätigung wirft. In dem Maße, wie sich der Präsident tatsächlich mit dem Senat im Vorfeld beraten würde, sollte der ganze Prozess eine „deliberative“ Qualität bekommen und letztlich die Zustimmung des Senats erleichtern (Strauss/Sunstein 1992: 1494). Die Verfassungsväter sahen – letztlich angeleitet durch das Gewaltenteilungsprinzip – bei der Richterernennung eine gleichberechtigte Rolle für Senat und Präsident vor. In der Verfassungsgeschichte der USA hat sich das Ernennungsverfahren jedoch anders entwickelt, als es ursprünglich vorgesehen war (Monaghan 1988: 1206). Letztlich besitzt der Präsident in der Verfassungspraxis der Richterernennung ein höheres Gewicht als der Senat. Dies liegt vor allem daran, dass er bei Ablehnung eines Kandidaten weitere Möglichkeiten besitzt, Kandidaten seiner Wahl vorzuschlagen, die der Senat nicht dauernd ablehnen sollte, wollte er sich nicht den Vorwurf der Obstruktion einhandeln.

Die heute zu beobachtenden Ausmaße der Politisierung der Richterernennung, das manche Rechtswissenschaftler als „the confirmation mess“ (Carter 1988) bezeichnen, verdankt sich jedoch vor allem drei Entscheidungen des Senats von 1929, 1939 und 1981, die die Verfassungspraxis des Ernennungsverfahrens, so wie wir es heute kennen, mehr als alles andere maßgeblich geprägt haben: Zunächst seine Entscheidung von 1929, die Senatsberatungen über die Bundesrichterkandidaten öffentlich zu machen, dann die 1939 mit der Ernennung von Felix Frankfurter eingeleitete Praxis, die Kandidaten von nun an zu einem öffentlichen Hearing des Justizausschusses einzuladen (Freund 1994: 65) und schließlich 1981 die Genehmigung, die Hearings von Rundfunk und Fernsehen aufzeichnen und übertragen zu lassen (Totenberg 1988: 1213). Mehr als je zuvor, bot das öffentliche Forum seitdem nicht nur dem Kandidaten die Möglichkeit zur Selbstdarstellung, sondern auch den Senatoren, die, unter dem Druck ihrer Konstituenten stehend, bei den Hearings zuweilen zu unsachlichen und politisch einseitigen Polemiken gegen einen nicht ihrer Partei anhängenden Kandidaten neigen. Dass so etwas vorkommt, ist nicht überraschend – überraschend ist vielmehr, wie selten es vorkommt. Studiert man die Berichte der Hearings in den letzten Jahrzehnten, gewinnt man insgesamt den Eindruck, als lese man Protokolle wissenschaftlicher Konferenzen zu jeweils aktuellen Problemen des amerikanischen Verfassungsrechts – gelegentlich durchbrochen freilich durch politische Spitzen und Provokationen, mit denen manch einer der Senatoren den verhörten Kandidaten herausfordern will. Was bleibt, ist aber die Feststellung, dass die Hearings auf höchstem intellektuellen Niveau stattfinden und sie durchaus dazu beitragen, dass sich die interessierte amerikanische Öffentlichkeit ein Bild über den zukünftigen obersten Bundesrichter machen kann. Manchmal können die Hearings aber auch das Schlimmste verhindern, indem sie die Nichteignung einzelner Kandidaten öffentlich bloßstellen und damit seine Amtseinführung unmöglich machen.

Was bleibt, ist die Feststellung, dass die Hearings auf höchstem intellektuellen Niveau stattfinden

Eine andere Frage ist jedoch, ob die mit den Anhörungen im Senat verbundene Politisierung der Richterernennung dennoch als problematisch angesehen werden muss, weil sie die Unabhängigkeit des Kandidaten gefährden könnte. Dem kann zweierlei entgegnet werden:

Zum einen räumen auch die meisten amerikanischen Verfassungsjuristen ein, dass die Entscheidungen des Supreme Court nicht nur massive politische Folgewirkungen haben, sondern auch selbst ihrer Natur nach oft politisch sind, d.h. letztlich auf persönlichen politischen Wertentscheidungen basieren, auf die die Richter zuweilen zurückgreifen *müssen*, da die Verfassung selbst „als dunkles schwarzes Loch“ unvollständig ist und auch die vorangegangenen „precedents“ dem Richter nicht immer als verbindliche Richtschnur dienen können, wie er einen vor ihm liegenden Fall zu entscheiden hat (Halper 1994: 78). Aus diesem Grund hat die amerikanische Öffentlichkeit nicht nur ein Interesse daran, sondern ein Recht darauf, bei den Anhörungen zumindest ansatzweise zu erfahren, welche Ansichten der Kandidat hat, zumal es später keine politischen Sanktionsmöglichkeiten mehr gibt, einen unliebsamen Bundesrichter wieder los zu werden (Totenberg 1988: 1229). Eine Depolitisierung des Verfahrens erscheint vor diesem Hintergrund den meisten Experten wenig angebracht (Halper 1994: 79).

Zum anderen kann der Einwand, dass die Kandidaten ihre Unabhängigkeit verlören, wenn sie öffentlich zu wichtigen verfassungsrechtlichen Fragen Stellung beziehen müssen, schon deshalb nicht überzeugen, weil sie bereits auf eine Vergangenheit als Richter, Rechtswissenschaftler und manchmal gar als Politiker zurückblicken. Besitzen sie eine solche Vergangenheit nicht, sind sie für das Amt von vornherein disqualifiziert, wie die gescheiterte Kandidatin Harriet Miers erfahren musste. Aus diesem Grund kann es kaum schaden, wenn der Kandidat zu einigen brennenden Fragen Stellung bezieht und sei es auch nur, um bereits bekannte Positionen zu bekräftigen oder auch zu korrigieren. Außerdem können öffentliche Hearings die Unabhängigkeit des Kandidaten kaum gefährden, weil dieser jederzeit die Möglichkeit hat, Fragen nach seiner Auffassung zu aktuellen verfassungsrechtlichen Problemen auszuweichen, denn – so lautet das im Grunde auch von allen akzeptierte Standardargument – „they might soon come before the Court“.

Gerade die Hearings des im Oktober 2005 ins Amt berufenen Chief Justice John Roberts geben hierfür reichliches Anschauungsmaterial. Roberts hat während der Senatsanhörungen tatsächlich geschickt den Eindruck vermieden, er würde als Chefrichter am obersten Gericht eine politische Agenda verfolgen. Roberts verwies stets auf seine Unabhängigkeit, die er als zukünftiger Supreme Court-Richter verlöre, wenn er schon vor Amtsantritt in detail offen lege, wie er über die konfliktgeladenen Themen amerikanischer Verfassungspolitik denke. Dies mag zwar manche Demokraten im Senat zur Verzweiflung getrieben haben, weil sie gerne wissen wollten, „wofür sein Herz schlägt“, wie es der New Yorker Senator Charles E. Schumer von den Demokraten formuliert hat. Doch trotz – vielleicht aber gerade wegen – seiner Verschwiegenheit an einigen spannenden Stellen, bekam der Konservative

Als oberster Bundesrichter benötigt man jene Fähigkeit, gegebenenfalls über den Tellerrand rein juristischen Raisonierens hinausschauen zu können

Roberts nach den Anhörungen viel Lob für seine Performance auch von liberalen Kommentatoren. Die für ihn erfolgreichen Hearings sind ein Beweis dafür, dass das Stahlbad der Anhörungen die Reputation und Autorität des zukünftigen Supreme Court-Richters und damit letztlich auch seine richterliche Unabhängigkeit enorm stärken kann – wenn er denn seine argumentatorische Gewandtheit, seine Verortung im politisch-juristischen „mainstream“ (Monaghan 1988: 1207), seine juristische Kompetenz und schließlich auch sein „politisches Gespür“ (Simon 1994: 1659) öffentlich unter Beweis stellt. Wenn ihm dies hingegen nicht gelingt, ist er eben nicht geeignet, einer von den neun wichtigsten Bundesrichtern zu werden – wie etwa der Fall des von Ronald Reagan nominierten und vom Senat nicht bestätigten Robert Bork eindrucksvoll demonstriert (Vieira/Gross 1998). Bork fehlte vor allem jede politische Sensibilität dafür, dass einige seiner bei den Anhörungen vertretenen Auffassungen *politisch* für eine Mehrheit im Senat – und wohl auch für eine große Mehrheit in der amerikanischen Öffentlichkeit – nicht akzeptabel waren (Totenberg 1988: 1222). Als oberster Bundesrichter benötigt man jedoch jene Fähigkeit, gegebenenfalls über den Tellerrand rein juristischen Raisonierens hinausschauen zu können, da dieses Amt aufgrund der mit ihm verbundenen Gestaltungsmacht selbst eben *auch* ein politisches ist.

Insgesamt stellt das Verfahren in seiner jetzigen Form sicher, dass das Prinzip der Gewaltenteilung ungebrochen zur Geltung kommt. Alle drei Stränge des Regierungssystems kommen ihren jeweiligen Funktionen adäquat nach und belegen in ihrem Zusammenwirken eindrucksvoll, worauf ihre jeweilige Autorität und Macht beruht: Der Präsident nominiert kraft seines Amtes als Chef der Exekutive den Kandidaten, der Senat berät, kontrolliert und bestätigt kraft seines Amtes als „vornehmerer“ Teil der Legislative die Personalentscheidung des Präsidenten, während der Nominierte bei den öffentlichen Hearings demonstriert, wie er als späterer Verfassungsrichter sein hohes Amt – in Ermangelung von „power and sword“ – mit juristischer Argumentationskunst und Überzeugungskraft führen wird.

Bleibt abschließend noch die Frage zu klären, ob eine Übernahme dieses Verfahrens oder einzelner seiner Elemente auch für die Ernennung der Bundesverfassungsrichter in Deutschland Vorteile bringen könnte, konkret: Zugewinne an demokratischer Legitimation, ohne die institutionelle Unabhängigkeit des Bundesverfassungsgerichts zu gefährden. Eine komplette Übernahme des Verfahrens wäre sicher abwegig, da sich das politische System der USA als präsidentielle Demokratie zu stark von der parlamentarischen Demokratie der Bundesrepublik unterscheidet. Die Vorstellung, der Bundeskanzler könnte Kandidaten nominieren, die lediglich der Bundesrat bestätigt, erscheint geradezu absurd. Das komplizierte, wenig transparente, auf Parteienproporz und Kompromiss zwischen den Parteien angelegte und den beiden Organen Bundestag und Bundesrat zu gleichen Teilen anvertraute Verfahren der Ernennung der Bundesverfassungsrichter in Deutschland (§§ 5-7 BVerfGG) müsste jedoch keinesfalls substantiell geändert werden, könnte aber – in mit Art. 94 I GG durchaus konformer Weise – die Ergänzung um ein wichtiges Element durchaus verkraften: Warum sollte man den Kandidaten nicht zumuten können, sich einer intensiven öffentlichen Anhörung vor einem gemeinsamen Ausschuss von Bundestag und Bundesrat zu unterziehen? Die Argumente, die im amerikanischen Fall für öffentliche Hearings sprechen, verlieren ihre Überzeugungskraft in Deutschland auch unter den Bedingungen einer parlamentarischen (Parteien-)Demokratie keineswegs.

Anmerkungen

- 1 New York Times vom 28. Oktober 2005, S. 1.
- 2 *Dread Scott v. Sandford*, 60 U.S. 293 (1857).
- 3 *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).
- 4 *Bush v. Gore*, 531 US 98 (2000).
- 5 *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).
- 6 *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).
- 7 *Brown v. Board of Education* 357 U.S. 483 (1954).

Literatur

- Amar, Akhil Reed (2005): *America's Constitution. A Biography*, Random House, New York.
- Arkes, Hadley (2000): *Lochner v. New York and the Cast of Our Laws*, in: George, Robert P. (Hrsg.): *Great Cases in Constitutional Law*, Princeton University Press, Princeton, S. 94-129.
- Bickel, Alexander (1962): *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, Indianapolis, Bobbs-Merrill.
- Brugger, Winfried (1987): *Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit in den Vereinigten Staaten von Amerika*, Tübingen.
- Carter, Stephen (1988): *The Confirmation Mess*, in: *Harvard Law Review* 101, S. 1185-1201.
- Clinton, Robert Lowry (1989): *Marbury v. Madison and Judicial Review*, University Press of Kansas.
- Freund, Paul A. (1994): *Appointment of Justices: Some Historical Perspectives*, in: Bloch, Susan Low/Krattenmaker, Thomas G. (1994): *Supreme Court Politics: The Institution and its Procedures*, West Publishing, St. Paul., S. 58-68.
- Hall, Kermit L. (1983): *'Think Things, Not Words': Judicial Review in American Constitutional History*, in: *University of Florida Law Review* 35, S. 281-295.
- Halper, Thomas (1994): *Supreme Court Appointments: Criteria and Consequences*, in: Bloch, Susan Low/Krattenmaker, Thomas G. (1994): *Supreme Court Politics: The Institution and its Procedures*, West Publishing, St. Paul, S. 70-79.
- Jackson, Robert H. (1949): *The Struggle for Judicial Supremacy: A Study of a Crisis in American Power Politics*, New York, Alfred A. Knopf.
- Landfried, Christine (1988) (Hrsg.): *Constitutional Review and Legislation. An International Comparison*, Baden-Baden.
- Monaghan, Henry Paul (1988): *The Confirmation Process: Law or Politics?*, in: *Harvard Law Review* 101, S. 1202-1212.
- Newmyer, Kent (2001): *John Marshall and the Heroic Age of the Supreme Court*, Baton Rouge, LA: Louisiana State University Press.
- O'Brian, David M. (1986): *Storm Center. The Supreme Court in American Politics*, W.W. Norton & Company, New York.
- Provizer, Noram W. (2003): *John Marshall: The Supreme Court's Louis Armstrong*, in: Pederson, William D./Provizer, Norman W. (Hrsg.): *Leaders of the Pack. Polls & Case Studies of Great Supreme Court Justices*, Peter Lang, New York et al., S. 23-34.
- Simon, Helmut: *Verfassungsgerichtsbarkeit* (1994), in: Benda, Ernst/Maihofer, Werner/Vogel, Hans-Jochen (Hrsg.): *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Berlin – New York, 2. Auflage, S. 1637-1674.
- Strauss, David/Sunstein, Cass (1992): *The Senate, the Constitution and the Confirmation Process*, in: *Yale Law Journal* 101, S. 1491-1524.
- Sunstein, Cass R. (2005): *Fighting for the Supreme Court. How right-wing Judges are transforming the Constitution*, in: *Harper's Magazine*, September, S. 31-39.
- Sunstein, Cass R. (2000): *Dred Scott v. Sandford and Its Legacy*, in: George, Robert P.: *Great Cases in Constitutional Law*, Princeton University Press, Princeton, S. 64-89.
- Tate, Neal C./Vallinder, Torbjörn (1995) (Hrsg.): *The Global Expansion of Judicial Power*, New York University Press, New York/London.
- Totenberg, Nina (1988): *The Confirmation Process and the Public: To Know or Not to Know*, in: *Harvard Law Review* 101, S. 1213-1229.
- Tushnet, Mark (2005): *A Court Divided. The Rehnquist Court and the Future of Constitutional Law*, New York – London.
- Van Alstyne, William W. (1969): *A Critical Guide to Marbury v. Madison*, in: *Duke Law Journal*, Vol. 1969, S. 1-47.
- Vieira, Norman/Gross, Leonard (1998): *Supreme Court Appointments. Judge Bork and the Politicization of Senate Confirmations*, Southern Illinois University Press, Carbondale and Edwardsville.
- Waldron, Jeremy (2000): *'Despotism in Some Form': Marbury v. Madison*, in: George, Robert P. (Hrsg.): *Great Cases in Constitutional Law*, Princeton University Press, Princeton, S. 55-63.