

Claudia Franziska Brühwiler

Politiker in Roben?

Der amerikanische Supreme Court und der Vorwurf der Politisierung

Das Urteil Dobbs v. Jackson Women's Health Organization vom Sommer 2022 hat die Diskussion befeuert, inwiefern der United States Supreme Court politisiert ist. Der Vorwurf, die Richter seien lediglich Politiker in Roben, ist insofern falsch, als seit den 1970er-Jahren personell zwischen Politik und Supreme Court klar getrennt und das Amt somit entpolitisiert ist. Gleichzeitig ist das Bestätigungsverfahren zusehends politischer geworden. Letztlich ist der Supreme Court seit je eine politische Institution, deren Macht immer auch gesetzgeberischer Natur ist, gerade in jenen Fragen, in denen die Legislative blockiert ist.

Beitragsart: Science

Zitiervorschlag: Claudia Franziska Brühwiler, Politiker in Roben?, in: «Justice - Justiz - Giustizia» 2023/1

Inhaltsübersicht

1. Einleitung
2. Entpolitisierung der Kandidaten für den Supreme Court
3. Politisierung der Richterbestätigungen
4. Politische Urteile?
5. Schlussüberlegungen

1. Einleitung

[1] Es ist eine der berühmtesten Passagen zu Funktion und Macht – respektive Ohnmacht – des Supreme Courts: «Whoever attentively considers the different departments of power must perceive, that, in a government in which they are separated from each other, the judiciary, from the nature of its functions, will always be the least dangerous to the political rights of the Constitution; because it will be least in a capacity to annoy or injure them.»¹ Die ungefährlichste Gewalt im Staat sei sie, die Judikative, erklärte der spätere Finanzminister ALEXANDER HAMILTON (1755/1757-1804) in Federalist Paper No. 78, einem Artikel aus der Serie von Ausführungen in New Yorker Zeitungen, welche die amerikanischen Bürger von der neuen Verfassung überzeugen sollten. Während die Exekutive das «Schwert» führe und die Legislative nicht nur über die Finanzen, sondern auch über die Gesetze und damit über die Rechten und Pflichten aller Bürger bestimme, habe die Judikative weder auf das Schwert noch den Geldbeutel einen Einfluss: «It may truly be said to have neither FORCE nor WILL, but merely judgment; and must ultimately depend upon the aid of the executive arm even for the efficacy of its judgments»,² so HAMILTON.

[2] Der Judikative fehle es an Gewalt und Wille – dieser Einschätzung widersprechen heute viele US-amerikanische Bürger, zumindest wenn es um den «Willen» des höchsten Gerichts geht. Laut einer Umfrage des parteiunabhängigen Pew Research Center vom August 2022 sind 45 Prozent der Amerikanerinnen und Amerikaner der Ansicht, der Supreme Court habe zu viel Macht.³ Dabei sind es derzeit vor allem die demokratischen Wählerinnen und Wähler, die den obersten Gerichtshof kritisieren, wie die Auswertung des Pew Research Center zeigt: Zeigten sich während der Amtszeit von Donald J. Trump zwei Drittel der Demokraten zufrieden mit dem Supreme Court, sind es nun gerade noch 28 Prozent. Ebenso drastisch änderte sich die Einschätzung der richterlichen Machtfülle, die im August 2020 nur 23 Prozent der Demokraten für zu hoch einstufte – zwei Jahre später sind es 64 Prozent. Bei den Republikanern dagegen geniesst der Supreme Court nach wie vor hohes Ansehen. Nach einem Umfragetief während der Regierungszeit Barack Obamas sind wiederum mehr als siebenzig Prozent der republikanischen Wählerinnen und Wähler zufrieden mit dem Gerichtshof und nur 23 Prozent halten ihn für zu mächtig.⁴

¹ ALEXANDER HAMILTON, No. 78: The Judiciary Department, in: Clinton Rossiter (Hrsg.), The Federalist Papers, New York: Signet Classic 1961/2003, S. 464. Die Federalist Papers sind gedruckt wie elektronisch in verschiedenen Ausgaben erhältlich, unter anderem von der Library of Congress (<https://guides.loc.gov/federalist-papers/text-71-80#s-lg-box-wrapper-25493470>, zuletzt besucht am 12. Dezember 2022).

² HAMILTON (Fn. 1), S. 464.

³ Pew Research Center vom 1. September 2022, «Positive Views of Supreme Court Decline Sharply Following Abortion Ruling» (<https://www.pewresearch.org/politics/2022/09/01/positive-views-of-supreme-court-decline-sharply-following-abortion-ruling/>, zuletzt besucht am 5. Januar 2022).

⁴ Zum Vergleich können die Daten von Gallup beigezogen werden (<https://news.gallup.com/poll/4732/supreme-court.aspx>, zuletzt besucht am 5. Januar 2022).

[3] Unmittelbarer Auslöser für den abrupten Meinungsumschwung unter den Demokraten war das Urteil *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* (kurz *Dobbs*) vom 24. Juni 2022,⁵ mit dem eine Mehrheit von sechs der insgesamt neun Richter die Leitentscheide *Roe v. Wade* (1973)⁶ und *Planned Parenthood v. Casey* (1992)⁷ umgestossen hat. Nach *Dobbs* haben die einzelnen Gliedstaaten wieder die Möglichkeit, Abtreibung gesetzlich zu regeln; in der Folge sind in mehreren Staaten weitreichende Einschränkungen in Kraft getreten.⁸ Die Mehrheit bildeten bei *Dobbs* ausschliesslich Richter,⁹ die von republikanischen Präsidenten nominiert worden waren, darunter drei aus der Amtszeit Trumps; sämtliche Gegenstimmen stammten von Richtern, die demokratische Präsidenten nominiert hatten. Das Urteil löste eine Reihe von Protesten aus und wurde noch am Tag seiner Veröffentlichung vom amtierenden Präsidenten Joe Biden scharf kritisiert: «[The] Supreme Court of the United States expressly took away a constitutional right from the American people that it had already recognized.»¹⁰ Die Demokratische Partei nutzte in der Folge die Abtreibungsfrage erfolgreich zur Stimmenmobilisierung an den Zwischenwahlen vom 8. November 2022, anlässlich derer vier von zehn Urnengängern Wut auf den Supreme Court als Motivator nannten.¹¹

[4] Nun wird für 2023 ein ähnliches Szenario heraufbeschworen: Im November 2022 fanden Anhörungen in zwei sogenannten «Affirmative Action»-Fällen statt, namentlich zur Praxis positiver Diskriminierung von Angehörigen gewisser Minderheiten in der Zulassung zur Harvard University und zur University of North Carolina.¹² In einem weiteren Fall steht die Einteilung der Wahlbezirke im Staat Alabama auf dem Prüfstand.¹³ Je nach Urteil und Mehrheitsverhältnissen der Richter, spricht wenn es wieder zu einer «6 zu 3»-Entscheidung entlang der Parteigrenzen kommt, ist erneut mit Protesten und verbalen Verurteilungen des Supreme Courts zu rechnen. Der Vorwurf der Politisierung des Supreme Courts wird noch lauter ertönen, als er es bereits jetzt schon tut. Zu Recht?

⁵ Supreme Court of the United States, *Dobbs, State Health Officer of the Mississippi Department of Health, et al. v. Jackson Women's Health Organization, et al.*, 597 U.S. ___, 24. Juni 2022.

⁶ Supreme Court of the United States, *Roe, et al. v. Wade, District Attorney of Dallas County*, 410 U.S. 113, 22. Januar 1973.

⁷ Supreme Court of the United States, *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania, et al. v. Robert P. Casey, et al.*, 505 U.S. 833, 29. Juni 1992.

⁸ Das Guttmacher Institute bietet eine Übersicht der geltenden Regelungen in sämtlichen Bundesstaaten (<https://states.guttmacher.org/policies/>, zuletzt besucht am 5. Januar 2022). Die Non-Profit-Organisation setzt sich für reproduktive Selbstbestimmung ein, was in der Bewertung der Gesetze zum Ausdruck kommt.

⁹ Im Dienste des besseren Leseflusses verwendet der Artikel hier und an anderen Stellen das generische Maskulinum, wohlwissend, dass drei der Supreme Court-Richter Frauen sind.

¹⁰ The White House, Remarks by President Biden on the Supreme Court Decision to Overturn Roe v. Wade, 24. Juni 2022 (<https://www.whitehouse.gov/briefing-room/speeches-remarks/2022/06/24/remarks-by-president-biden-on-the-supreme-court-decision-to-overturn-roe-v-wade/>, zuletzt besucht am 11. November 2022).

¹¹ STEVEN SHEPARD, Exit polls show voters divided by Biden, Trump and abortion, in: Politico, 9. November 2022 (<https://www.politico.com/news/2022/11/09/exit-polls-biden-trump-abortion-divisions-00065922>, zuletzt besucht am 11. November 2022); vgl. auch Kaiser Family Foundation KFF, How The Supreme Court's Dobbs Decision Played In 2022 Midterm Election: KFF/AP VoteCast Analysis, 11. November 2022 (<https://www.kff.org/report-section/how-the-supreme-courts-dobbs-decision-played-in-2022-midterm-election-kff-ap-votecast-analysis-findings/>, zuletzt besucht am 5. Januar 2023).

¹² Zu den Fällen *SFFA v. Harvard* und *SFFA v. UNC* siehe u.a. JEANNIE SUK GERSEN, Education after Affirmative Action, in: The New Yorker, 29. Oktober 2022 (<https://www.newyorker.com/magazine/2022/11/07/education-after-affirmative-action>, zuletzt besucht am 10. Januar 2023).

¹³ Zum Fall *Merrill v. Milligan* siehe u.a. ROBERT BARNES, Supreme Court debates Alabama's refusal of second Black voting district, in: Washington Post, 4. Oktober 2022 (<https://www.washingtonpost.com/politics/2022/10/04/supreme-court-alabama-voting-rights/>, zuletzt besucht am 10. Januar 2023).

[5] «Politisierung» meint gemeinhin den Vorwurf, «das jeweilige Gericht treffe politische statt rechtlicher Entscheidungen, verlasse illegitimer Weise den Bereich des Verfassungsrechts und überschreite seine Kompetenzen».¹⁴ Im Falle des Supreme Courts ist der gerichtliche Output «Urteil» aber nur ein Aspekt, der eine nähere Betrachtung lohnt. Mit der Bezeichnung eines Urteils als «Output» knüpft dieser Artikel an die Arbeit von MICHAEL HEIN und STEFAN EWERT an. Die beiden Politologen rekonstruieren den Begriff der Politisierung der Verfassungsgerichtsbarkeit in Anlehnung an das *Input-Konversion-Output* Modell DAVID EASTONS, das in der Politikwissenschaft standardmässig auf Diskussionen von Legitimität und Legitimation Anwendung findet.¹⁵ «Inputs» sind unter anderem die Richterbestellung und die Anträge an das Gericht, die «Konversion» sodann der Prozess zur Entscheidungsfindung.

[6] Im Kontext des Supreme Courts interessiert neben dem Output, dem sich dieser Beitrag im letzten Abschnitt widmet, vor allem die Rolle respektive das Rollenverständnis der Richter (2.) und deren Bestellung (3.). Dabei zeigt sich eine Gegenläufigkeit: Während Berufspolitiker kaum mehr als Richterkandidaten zur Diskussion stehen und das Amt insofern *entpolitisiert* wurde, ist der Bestätigungsprozess spätestens ab 1987 stark politisiert. Schwieriger ist die Frage der Politisierung des «Outputs» (4.), deren Beantwortung letztlich vom Verfassungsverständnis abhängt.

2. Entpolitisierung der Kandidaten für den Supreme Court

[7] Heutzutage gilt: Supreme Court-Richter äussern sich nicht zum politischen Geschehen, Präsidenten halten sich zurück in ihrer Kritik am obersten Gericht. Ausnahmen bestätigen wie immer die Regel, wie die jeweils heftigen Reaktionen auf einen Normbruch zeigen. So kritisierte 2010 Präsident Barack Obama das Urteil *Citizens United v. Federal Election Commission* (2010) zuerst in einer Pressekonferenz¹⁶ und dann nochmals öffentlichkeitswirksamer anlässlich seiner Rede zur Lage der Nation. Seine einleitenden Worte belegten, dass er sich als ehemaliger Dozent für Verfassungsrecht der Gratwanderung bewusst war: «With all due deference to separation of powers, last week the Supreme Court reversed a century of law that I believe will open the floodgates for special interests – including foreign corporations – to spend without limit in our elections.»¹⁷ Normalerweise verfolgen die bei diesen Reden ebenfalls anwesenden Supreme Court-Richter die präsidentialen Worte emotionslos, um ihre politische Neutralität zu unterstreichen. Doch angesichts der Kritik Obamas schüttelte der konservative Richter Samuel Alito Jr., deutlich mit dem Kopf und

¹⁴ MICHAEL HEIN/STEFAN EWERT, Die Politisierung der Verfassungsgerichtsbarkeit. Eine ideengeschichtliche und systematische Begriffsrekonstruktion, in: Jörn Knobloch/Thorsten Schlee (Hrsg.), *Unschärferelationen: Konstruktionen der Differenz von Politik und Recht*, Wiesbaden 2018, S. 104.

¹⁵ HEIN/EWERT (Fn. 14), S. 103 ff. Besonders instruktiv ist hier Abb. 1, S. 108. Siehe dazu auch DAVID EASTON, A Re-Assessment of the Concept of Political Support, in: *British Journal of Political Science*, 5 (1975), S. 435 ff.

¹⁶ JESSE LEE, President Obama on Citizens United: «Imagine the Power This Will Give Special Interests Over Politicians», 26. Juli 2010 (<https://obamawhitehouse.archives.gov/blog/2010/07/26/president-obama-citizens-united-imagine-power-will-give-special-interests-over-polit>, zuletzt besucht am 20. Januar 2023).

¹⁷ The White House, Remarks by the President in State of the Union Address, 27. Januar 2010 (<https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/remarks-president-state-union-address>, zuletzt besucht am 11. November 2022).

entgegnete ein lautloses *not true*.¹⁸ Sogar mehr medialen Diskussionsstoff lieferte die einst von Bill Clinton nominierte Richterin Ruth Bader Ginsburg (1933–2020), die sich während des Präsidentschaftswahlkampfes 2016 dazu hinreissen liess, Donald J. Trump als *faker*, einen Schwindler, zu bezeichnen.¹⁹ Der später Gewählte revanchierte sich hierauf mehrfach.²⁰

[8] Ist ein solcher gegenseitiger Umgang von Judikative und Exekutive ein Normbruch, so war bis zur Präsidentschaft Richard Nixons eine grössere Nähe des Supreme Courts zur Politik Gewohnheit und teils gerade auch von den Präsidenten selbst gewünscht. Anders ausgedrückt: Supreme Court-Richter waren lange selbst Politiker oder zumindest politische Berater. In aller Kürze sollen im Folgenden einige der Spielformen solcher Richter-Politiker skizziert und anhand von Beispielen veranschaulicht werden:

[9] **Politiker ohne Justizerfahrung in Richterroben.** Um heute als Supreme Court-Richter in Betracht zu kommen, müssen Nominierte höchsten fachlichen Anforderungen gerecht werden und in der Regel über Erfahrung als Bundesrichter verfügen. Gefälligkeitsnominierungen lehnen Politik, Medien und Öffentlichkeit grundsätzlich ab, wie Präsident George W. Bush erfahren musste: 2005 nominierte er mit Harriet Miers seine eigene Rechtsberaterin, die letztlich auf Druck beider Parteien hin ihre Kandidatur zurückzog.²¹ Noch bis Mitte des zwanzigsten Jahrhunderts wurde dagegen politische Erfahrung ähnlich hoch gewichtet wie jene als Richter und Rechtsgelehrter. 1941 wurde letztmals mit James F. Byrne ein Politiker gewählt, der die Juristerei noch als Handwerk, also als «Lehrling» in einer Kanzlei, und nicht an einer Law School erlernt hatte.²² Byrne würde schon nach einem Jahr in die Politik zurückkehren – und damit keine Ausnahme sein. Während mehr als einem Jahrhundert war die Annahme des Richteramts in manchen Fällen eine reine Gefälligkeit gegenüber dem Präsidenten als politischem Weggefährten.²³

[10] **Politische Konkurrenten des Präsidenten.** Der texanische Senator Ted Cruz war einer vieler namhafter Kandidaten, die in den republikanischen Vorwahlen 2016 Donald Trump unterlagen und den späteren Präsidenten damals noch öffentlich kritisierten. Wohl weniger aus Anerkennung für Cruz' Verdienste und mehr als Form der Wegbeförderung bot Trump dem Texaner die Nominierung zum Supreme Court-Richter an.²⁴ Cruz lehnte dankend ab, wohlwissend, dass es aus dem obersten Gerichtshof heutzutage keine Rückkehr in die Politik mehr gibt. Nicht so Anfang des 20. Jahrhunderts, als die Wegbeförderung nur für kurze Zeitfenster galt: Präsident William Howard Taft (1857–1930) entledigte sich seines grössten potenziellen Rivalen, des New

¹⁸ RONALD A. KLAIN, Justice Alito, you owe President Obama an Apology, in: Washington Post, 21. Dezember 2018 (<https://www.washingtonpost.com/opinions/2018/12/21/justice-alito-you-owe-president-obama-an-apology/>, zuletzt besucht am 3. Januar 2023).

¹⁹ JOAN BISKUPIC, Justice Ruth Bader Ginsburg calls Trump a faker, he says she should resign, in: CNN Online, 13. Juli 2016 (<https://edition.cnn.com/2016/07/12/politics/justice-ruth-bader-ginsburg-donald-trump-faker/index.html>, zuletzt besucht am 3. Januar 2023).

²⁰ Das Brennan Center for Justice der New York University hat seine Tweets hierzu gesammelt (<https://www.brennancenter.org/our-work/research-reports/his-own-words-presidents-attacks-courts>, zuletzt besucht am 3. Januar 2023).

²¹ MARIANNE LEVINE, How to Lose a Supreme Court Nominee in 24 Days, in: Politico, 9. Februar 2022 (<https://www.politico.com/news/magazine/2022/02/09/supreme-court-nomination-collapse-biden-harriet-miers-bush-dan-coats-00006918>, zuletzt besucht am 10. Januar 2023).

²² ILYA SHAPIRO, Supreme Disorder: Judicial Nominations and the Politics of America's Highest Court, Washington, D.C., 2022, 69.

²³ SHAPIRO (Fn. 22) schildert dies besonders eindrücklich für die Anfangsjahre des jungen Staates und des noch zu etablierenden Supreme Court; vgl. S. 12 ff.

²⁴ TED CRUZ, One Vote Away: How a Single Supreme Court Seat Can Change History, Washington D.C., 2020, S. XIX.

Yorker Gouverneurs Charles Evans Hughes (1862–1948), indem er ihn 1910 für das Richteramt nominierte.²⁵ Zu jener Zeit war der Weg zurück in die Politik aber nach wie vor offen, was auch – wie gleich zu sehen ist – Richter Hughes nach nur fünf Jahren nutzte.

[11] **Richter auf dem Rückweg in die Politik.** Charles Evans Hughes wurde 1916 zum ersten und einzigen Supreme Court-Richter, den eine Partei – in seinem Fall die Republikaner – zum Präsidentschaftskandidaten wählte.²⁶ Nach der klaren Niederlage gegen Amtsinhaber Woodrow Wilson (1856–1924) zog sich Hughes zwar kurzzeitig aus der Politik zurück, wurde dann aber 1921 Aussenminister unter Präsident Warren G. Harding (1865–1923) und 1930 schliesslich Chief Justice am Supreme Court. Damit wurde er zum Nachfolger jenes Mannes, der ihn ursprünglich zum Richter gemacht hatte: William Howard Taft wurde 1921, acht Jahre nach seiner Präsidentschaft, Chief Justice. Evans' politisch-richterliche Biographie ist zwar besonders wechselhaft, doch keineswegs einzigartig. Um drei weitere illustre Beispiele zu nennen: Der ehemalige Finanzminister, Gouverneur und Senator von Ohio, Salmon P. Chase (1808–1873), gab auch als Chief Justice seine präsidentialen Ambitionen nicht auf, wurde aber weder 1868 noch 1872 von einer Partei nominiert.²⁷ In den 1960er-Jahren hüpfte Arthur J. Goldberg (1908–1990) von einer wichtigen Position zur nächsten: Nur fünfzehn Monate nach seiner Einsetzung als Arbeitsminister wurde er 1962 zum Supreme Court-Richter, um dieses Amt gerade einmal drei Jahre später auf Wunsch von Präsident Lyndon B. Johnson (1908–1973) wieder zu verlassen und dessen Regierung als UNO-Botschafter zu dienen.²⁸ Und schliesslich war Chief Justice Warren E. Burger (1907–1995) für Präsident Richard M. Nixon ein Reservekandidat, den er notfalls als Nachfolger oder Vizepräsidenten vorsah.²⁹

[12] **Richter als Berater des Präsidenten.** Eine Standleitung zwischen dem Büro eines Supreme Court-Richters und dem Weissen Haus wäre heute undenkbar. Dass ein oberster Richter kein Berater respektive Vertrauter des Präsidenten sein sollte, bürgerte sich erst Anfang der 1970er-Jahre als Norm ein. Nixons Amtsvorgänger Lyndon B. Johnson stand im engen Austausch mit einem Richter: Abraham «Abe» Fortas (1910–1982) beriet den Präsidenten nicht nur in juristischen, sondern auch in militärischen und diplomatischen Fragen.³⁰ Ähnlich vertraute auch Präsident Franklin Delano Roosevelt (1882–1945) über Jahre der Meinung von Louis Dembitz Brandeis (1856–1941), einem der prominentesten Supreme Court-Richter des vergangenen Jahrhunderts; und Taft, der vom Weissen Haus in den Supreme Court wechselte, mischte hinter den Kulissen bei der Nominierung seiner Richterkollegen mit.³¹

[13] Die Beispiele belegen klar: Das Richteramt ist seit den 1970er-Jahren insofern entpolitisiert worden, als personelle Verflechtungen mit Exekutive und Legislative tabu sind, höchste Anforderungen an die Eignung der Kandidaten gestellt werden, und diese das Amt als letzte Station in ihrer Laufbahn erachten.

²⁵ MERLO J. PUSEY, Charles Evans Hughes, New York, 1951, S. 233 ff.

²⁶ CLARE CUSHMAN (Hrsg.), The Supreme Court Justices: Illustrated Biographies, 1789–2012, Washington, D.C., 2012, S. 279.

²⁷ RANDY E. BARNETT, From Antislavery Lawyer to Chief Justice: The Remarkable but Forgotten Career of Salmon P. Chase, Case Western Reserve Law Review 63.3 (2013), S. 653 ff.

²⁸ CUSHMAN (Fn. 26), S. 427 ff.

²⁹ SHAPIRO (Fn. 22), S. 98 f.

³⁰ SHAPIRO (Fn. 22), S. 87.

³¹ SHAPIRO (Fn. 22), S. 52 f.

3. Politisierung der Richterbestätigungen

[14] Während der Typus der Richterkandidaten sich über die Jahrzehnte stark gewandelt hat und in den letzten Jahren keine Legislativ- oder Exekutivpolitiker mehr nominiert worden sind, so ist der Bestätigungsprozess an sich politischer geworden. Der Verfassungsrechtler ILYA SHAPIRO zeichnet in *Supreme Disorder: Judicial Nominations and the Politics of America's Highest Court* (2022)³² eindrücklich nach, wie sich schon im 18. Jahrhundert Konflikte an Nominationen entzündeten, aber wie Präsidenten bis ins zwanzigste Jahrhundert meist ihre Wunschkandidaten platzieren konnten: Von insgesamt 166 Nominierten wurden 129 vom Senat bestätigt, sieben lehnten das Amt ab, zwölf lehnte der Senat ab, ebenso viele zogen ihre Kandidatur zurück und in zehn Fällen leitete der Senat kein Bestätigungsverfahren ein – zuletzt zum Ende der Amtszeit Barack Obamas.³³

[15] Es sind m.E. drei Hauptgründe auszumachen, warum die Richterbestellung konfliktträchtiger geworden ist: Der erste ist die Tragweite und Wichtigkeit der Urteile des Supreme Courts; darauf wird im folgenden Abschnitt zurückzukommen sein. Das Gewicht der Urteile beeinflusst auch die weiteren beiden Gründe, nämlich zweitens die Sichtbarkeit des Bestätigungsverfahrens ab 1939 sowie drittens die zunehmende politische Polarisierung.

[16] Während heutzutage die mehrtägigen Hearings vor der Justizkommission des Senats zum üblichen politischen Spektakel der USA zählen, fanden diese lange unter Ausschluss der Öffentlichkeit statt. Zwar stritten sich Senatoren immer wieder öffentlichkeitswirksam über Kandidaten, so etwa anlässlich der Nomination des ersten jüdischen Richters, Louis D. Brandeis, doch vor 1939 fanden keine Hearings statt. Sandra Day O'Connor war 1981 nicht nur die erste Frau, die sich der Kommission stellen musste, sie bestritt damit auch eine Fernsehpremiere.³⁴ Die erhöhte Öffentlichkeit des Bestätigungsverfahrens bietet seither nicht nur den Nominierten selbst eine Bühne, sondern auch den Kommissionsmitgliedern. Während die Richterkandidaten in erster Linie ihre juristischen Überzeugungen respektive ihre Rechtsphilosophie darzulegen und ihre persönliche Geeignetheit zu belegen haben, nutzen Senatoren die Verfahren als Möglichkeit, sich als Hüter bestimmter Wählerinteressen zu inszenieren oder sich einem nationalen Publikum bekannt zu machen. Zudem können in den Verfahren Stellvertreterkriege ausgefochten werden, in denen es weniger um die Kandidaten als um ideologische Gegensätze geht.

[17] Das Zeitalter der Politik fürs Fernsehen geht einher mit einer einsetzenden Polarisierung im politischen System der USA. Entsprechend gewinnen auch die Bestätigungsverfahren zunehmend an Brisanz. Gerade in Phasen des «divided government» zeigt sich dies, wenn die Partei des Präsidenten nicht die Kontrolle über den Senat innehat. Schlägt der Präsident in einer solchen Konstellation einen Kandidaten vor, dessen Werthaltung und politischen Positionen sich klar von der Opposition unterscheiden, erhöht sich das Risiko eines Scheiterns. Das zeigte sich 1987, als Präsident Ronald Reagan (1911–2004) den bekannten konservativen Verfassungsrechtler Robert Bork (1927–2012) nominierte.³⁵ An Borks Expertise bestanden keine Zweifel, hingegen

³² Siehe Fn. 22 für die bibliographischen Angaben.

³³ SHAPIRO (Fn. 22), 12; die Zahlen wurden von der Autorin aufdatiert, da seit dem Erscheinen des Buches eine weitere Richterin bestätigt wurde, namentlich Ketanji Brown Jackson.

³⁴ Zur Institutionalisierung des Bestätigungsverfahrens siehe PAUL M. COLLINS/LORI A. RINGHAND, *The Institutionalization of Supreme Court Confirmation Hearings*, in: *Law & Social Inquiry* 41 (2016), S. 126 ff.

³⁵ Ausführlich zu Borks Nominierung und dem Verfahren: BRUCE A. ACKERMAN, *Transformative Appointments*, in: *Harvard Law Review* 101.6 (1988), S. 1164 ff.

erachteten ihn die Demokratische Partei sowie zahlreiche Nichtregierungsorganisationen als zu ideologisch und charakterlich ungeeignet.³⁶ Bork bestätigte in den Hearings die schlechte Presse und erschien den Zuschauern als verkopft und sich der Tragweite seiner Aufgabe nicht bewusst. Senator Edward «Ted» Kennedys (1932–2009) Rede gegen Bork prägte sich ein ins kollektive politische Gedächtnis: «Robert Bork's America is a land in which women would be forced into back-alley abortions, blacks would sit at segregated lunch counters, rogue police could break down citizens' doors in midnight raids, schoolchildren could not be taught about evolution, writers and artists would be censored at the whim of government, and the doors of the federal courts would be shut on the fingers of millions of citizens for whom the judiciary is often the only protector of the individual rights that are the heart of our democracy.»³⁷

[18] Borks Scheitern prägte nicht nur das politische Vokabular, indem sein Name zum Verb wurde («to bork a nominee» bedeutet, den Nominierten zum Scheitern zu bringen). Die Episode säte auch Misstrauen unter Republikanern gegenüber den Demokraten, dass konservative Kandidaten für das Richteramt allein aus ideologischen Gründen und nicht mangels Geeignetheit abgelehnt würden.³⁸ Zwei spätere Kandidaturen gaben dieser Haltung weiter Nahrung: Clarence Thomas, der zweite Afroamerikaner im Amt, sah sich 1991 im Bestätigungsverfahren mit Vorwürfen sexueller Übergriffe konfrontiert. Das Verfahren spaltete die amerikanische Öffentlichkeit: Viele Frauen und demokratische Wähler solidarisierten sich mit der Zeugin Anita Hill und stiessen sich daran, dass sie einer rein männlich besetzten Kommission Auskunft geben musste.³⁹ Vor allem die Wählerinnen machten 1992 ihrem Ärger an der Urne Luft und wählten die bis dahin höchste Anzahl Frauen in den Kongress – der sogenannte «Anita Hill-Effekt» trat ein.⁴⁰

[19] Auf der anderen Seite entsetzten sich Republikaner angesichts des unwürdigen Spektakels, dem sie einen langgedienten Konservativen ausgesetzt sahen, und stimmten mit Thomas überein, dass es sich hier um Lynchjustiz neuer Art, ein «high tech lynching»⁴¹ handelte. Die Geschichte wiederholte sich im Jahr 2018 bei der Berufung Brett Kavanaughs: Obschon die demokratische Senatorin Dianne Feinstein, Mitglied der Justizkommission, lange vor den öffentlichen Hearings die Anschuldigung eines Vergewaltigungsversuchs vorliegen hatte, machte sie diese erst bekannt, als das Bestätigungsverfahren angelaufen war.⁴² Wiederum kam es zur öffentlichen Befragung der Zeugin, wiederum spaltete das Verfahren die Öffentlichkeit, und wiederum wurde der Kandidat gewählt. Und wiederum war es das Verfahren selbst, das am meisten Schaden nahm.

[20] Die Senatsmehrheit bestimmt über die Aufnahme des Bestätigungsverfahrens, ein Recht, das lange nicht politisch instrumentalisiert wurde, sieht man von Ausnahmen wie der Zeit von And-

³⁶ SHAPIRO (Fn. 22), S. 141.

³⁷ Senator EDWARD M. KENNEDY, Congressional Record, in: 133 Cong Rec S 9188, Vol. 133 No. 110 (1987), S. 18519.

³⁸ Dazu ausführlich LEE EPSTEIN/RENÉ LINDSTÄDT/JEFFREY A. SEGAL/CHAD WESTERLAND, The Changing Dynamics of Senate Voting on Supreme Court Nominees, in: The Journal of Politics 68:2 (2006), S. 296 ff.

³⁹ MICHAEL S. ROSENSTEIN, No women served on the Senate Judiciary Committee in 1991. The ugly Anita Hill hearings changed that, in: Washington Post, 18. September 2018 (<https://www.washingtonpost.com/history/2018/09/18/no-women-served-senate-judiciary-committee-ugly-anita-hill-hearings-changed-that/>), zuletzt besucht am 20. Januar 2023).

⁴⁰ ROSENSTEIN (Fn. 39).

⁴¹ SHAPIRO (Fn. 22), S. 169.

⁴² SEAN SULLIVAN, Why didn't she bring it up? Feinstein under scrutiny for handling of allegations against Kavanaugh, in: Washington Post, 18. September 2018 (https://www.washingtonpost.com/powerpost/why-didnt-she-bring-it-up-feinstein-under-scrutiny-for-handling-of-allegations-against-kavanaugh/2018/09/18/0ace9e24-bb78-11e8-9812-a389be6690af_story.html), zuletzt besucht am 22. Dezember 2022).

rew Johnsons (1808–1875) Präsidentschaft ab.⁴³ Mit dem ideologischen Auseinanderdriften⁴⁴ der beiden Parteien hat sich auch dies in den letzten Jahrzehnten verändert. 1992 meinte Joe Biden, damals noch Senator, dass beim Freiwerden eines Richtersitzes der damals amtierende Präsident George H.W. Bush die Wahlen vom November abwarten und die Nachbesetzung einem möglichen Nachfolger überlassen solle. Auch unter George W. Bush hiess es 2005 seitens der Demokraten, der Senat könne nicht gezwungen werden, über einen Nominierten abzustimmen.⁴⁵ 2016 zitierten zahlreiche Republikaner die einstigen demokratischen Wortführer, als sie dem Nominierten Barack Obamas, Merrick Garland, die Aufnahme des Bestätigungsverfahrens verweigerten. Die Lücke in der Reihe der Supreme Court-Richter, die der Tod Antonin Scalias (1936–2016) gerissen hatte, wurde 2016 in den Präsidentschaftswahlen zu einem wichtigen Faktor in der Mobilisierung konservativer Wähler.⁴⁶

4. Politische Urteile?

[21] Bei der Beurteilung, inwiefern der Supreme Court politisiert ist, neutralisieren sich die Input-Faktoren: Ist die Besetzung des Gerichts, also das Bestätigungsverfahren durch den Senat, seit den 1980er-Jahren stark politisiert, so ist das Amt selbst insofern *entpolitisiert*, als dass Richter keine politische Karriere mehr verfolgen und Distanz zum politischen Betrieb wahren. Die Politisierung der Richterbesetzung reflektiert die Wichtigkeit der Urteile des Supreme Courts, also seines Outputs. Wie einst HAMILTON in den Federalist Papers konstatierte, verfügt der Supreme Court nicht über die Macht des Schwertes, um seine Urteile durchzusetzen, sondern ist davon abhängig, dass auch die Unterlegenen seine Verfahren als rechtens und gerecht anerkennen. «Legitimacy is for losers»⁴⁷ – Legitimität sei für Verlierer, heisst es dazu immer wieder: Wer gewinnt, wird einen Entscheid immer als legitim erachten; von der Akzeptanz der Verlierer hängt letztlich die Durchsetzungs- und Bestandsfähigkeit einer Institution wie des Supreme Court ab.

[22] Bei der Frage der Legitimität politischer Institutionen und deren Entscheidungen unterscheidet der bereits eingangs zitierte Politologe EASTON grundsätzlich zwischen spezifischer und diffuser Unterstützung, *specific* und *diffuse support*.⁴⁸ Heisst es nach einem Urteil, ein gewisser Prozentsatz der Bevölkerung lehne dieses ab, so handelt es sich um eine Frage der spezifischen Unterstützung. Dass diese über die Zeit schwankt, darf nicht weiter beunruhigen – so auch nicht jüngst nach *Dobbs*, das auch hierzulande scharf verurteilt wurde.⁴⁹ Wichtiger ist die Frage, ob die

⁴³ Das Verhältnis zwischen dem Präsidenten und dem gesamten Kongress war in der Zeit nach dem Bürgerkrieg von Misstrauen und gegenseitiger Geringschätzung geprägt. SHAPIRO (Fn. 22) bemerkt entsprechend: «It is doubtful that the Senate would have approved God himself had he been nominated by Andrew Johnson.» (S. 33 f.).

⁴⁴ Dazu statt vieler ZACHARY P. NELSON, A sign of the times? Weak and strong polarization in the U.S. Congress, 1973–2016, in: Social Networks 60 (2020), S. 103 ff.

⁴⁵ SHAPIRO (Fn. 22), S. 177 & 225.

⁴⁶ CRUZ (Fn. 24), S. XI.

⁴⁷ Dazu JAMES L. GIBSON, Legitimacy Is for Losers: The Interconnections of Institutional Legitimacy, Performance Evaluations, and the Symbols of Judicial Authority, in: Brian H. Bornstein/Alan J. Tomkins (Hrsg.), Motivating Cooperation and Compliance with Authority. Nebraska Symposium on Motivation, Cham, 2015, S. 81 ff.

⁴⁸ EASTON (Fn. 15), S. 272 ff.

⁴⁹ Siehe beispielsweise PETER RÁSONYI, «Was wir jetzt beobachten, ist eine Konterrevolution» – wie der Supreme Court die amerikanische Politik verändert, in: Neue Zürcher Zeitung, 11. Juli 2022 (<https://www.nzz.ch/international/usa-der-supreme-court-lanciert-eine-konterrevolution-ld.1692857?reduced=true>, zuletzt besucht am 22. Januar 2023).

diffuse Unterstützung für den Supreme Court anhält, jenes «reservoir of favorable attitudes or goodwill that helps members accept or tolerate outputs to which they are opposed».⁵⁰

[23] Zwei Aspekte gilt es m.E. hier zu bedenken:

[24] **Die Urteile des Supreme Court sind immer (auch) politisch.** Die Richter selbst, vor allem im Stadium des Bestätigungsverfahrens, reduzieren ihre Rolle auf die Auslegung der Verfassung und spielen die Tragweite ihrer Entscheidungen gerne herunter. Der heutige Chief Justice John G. Roberts verglich vor der Senatskommission sein Rollenverständnis mit jenem eines Schiedsrichters, der lediglich die Regeln durchzusetzen habe: «Judges are like umpires. Umpires don't make the rules, they apply them. ... They make sure everybody plays by the rules, but it is a limited role. Nobody ever went to a ball game to see the umpire.»⁵¹ Gerade das Verhalten von Roberts ist indessen Beleg dafür, dass er sich seiner staatspolitischen Rolle bewusst ist und er mehr als ein Schiedsrichter zu sein hat.⁵² Denn letztlich sind die Richter am Supreme Court nicht nur Anwender des Rechts, sie schaffen dieses auch regelmässig: Der Rechtswissenschaftler und ehemalige Bundesrichter RICHARD POSNER attestiert dem Supreme Court erhebliche gesetzgeberische Macht, «substantial power, legislative in nature though not in name».⁵³ Andernorts wird dem Gericht eine Stellung zwischen Recht und Politik zugeschrieben, da seine Urteile oft die Gesetzeslage ändern und entsprechend grossen gesellschaftspolitischen Einfluss haben können.⁵⁴ Der Politologe ROBERT A. DAHL legte dagegen bereits in den 1950er-Jahren klar dar, dass der Supreme Court letztlich eine politische Institution sei, selbst wenn dies weder die Richter noch die Bevölkerung insgesamt wahrhaben wollen: «As a political institution, the Court is highly unusual, not least because Americans are not quite willing to accept the fact that it is a political institution and not quite capable of denying it; so that frequently we take both positions at once.»⁵⁵

[25] Der Supreme Court muss sich immer wieder Fragen annehmen, in denen eine gesetzgeberische Blockade herrscht. Diese fallen just in jene Bereiche, in denen die grössten gesellschaftspolitischen Konflikte herrschen und – zumindest in den Augen vieler Politikwissenschaftler – einer politischen statt einer gerichtlichen Lösung bedürften, wie dies nicht nur bei der Abtreibungsfrage der Fall ist, sondern auch bei anderen sogenannten Kulturkampfthemen wie der gleichgeschlechtlichen Ehe, dem Waffenrecht oder der «Affirmative Action». Gerichtsentscheide, die einen Erlass aufheben oder aus anderen Gründen politisch kontrovers sind, werden in den USA

⁵⁰ EASTON (Fn. 15), S. 275; dazu auch JAMES L. GIBSON/MICHAEL J. NELSON, Change in Institutional Support for the US Supreme Court: Is the Court's Legitimacy Imperiled by the Decisions It Makes?, in: Public Opinion Quarterly 80.3 (2016), S. 622 ff.

⁵¹ JOHN G. ROBERTS, Chief Justice Roberts Statement – Nomination Process, in: United States Courts (<https://www.uscourts.gov/educational-resources/educational-activities/chief-justice-roberts-statement-nomination-process>, zuletzt besucht am 20. Januar 2023).

⁵² Roberts' Rolle gab vor allem im Kontext des Falles *National Federation of Independent Business v. Sebelius* (2012) zu reden, in dem er die entscheidende Stimme war, um die Fortführung der sogenannten «Obamacare», des Affordable Care Acts, zu sichern. Siehe dazu u.a. JOHN S. HOFF, Obamacare: Chief Justice Roberts's Political Dodge, in: The Independent Review 18.1 (2013), S. 5 ff.

⁵³ RICHARD POSNER, The Court of Celebrity, in: The New Republic, 5. Mai 2011 (<https://newrepublic.com/article/87880/supreme-court-burger-blackmun-media-celebrity>, zuletzt besucht am 20. Januar 2023).

⁵⁴ DIETER GRIMM, Was ist politisch an der Verfassungsgerichtsbarkeit?, in: Zeitschrift für Politik ZfP 66. Jg. 1/2019, S. 86 ff.; HANS-JÖRG SIGWART, We and the People: Selbstverständnis und politische Rolle des U.S. Supreme Court, in: Zeitschrift für Politik ZfP 57. Jg. 4/2010, S. 363 ff.

⁵⁵ ROBERT A. DAHL, Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker, in: Journal of Public Law 6.2 (1957), S. 279.

gerne als «judicial activism» betitelt,⁵⁶ und zwar von beiden politischen Seiten, wenn auch aus unterschiedlichem Verfassungsverständnis heraus. Letztlich entgehen selbst die «Originalists», die sich dem ursprünglichen Verfassungsverständnis der Gründerväter verschrieben haben,⁵⁷ nicht der Notwendigkeit, zu Aktivisten zu werden. Konservative jubilierten 2008 zwar, dass in *Heller v. District of Columbia* der zweite Verfassungszusatz als individuelles und nicht als kollektives Recht auf das Tragen von Waffen ausgelegt wurde. Gleichzeitig wurde aus konservativen Reihen Kritik laut, die vorgeblichen «Originalisten» seien der eigenen Lehre untreu geworden.⁵⁸ Wenn also die Urteile des Supreme Courts immer wieder eine politische Dimension hatten, so ist die Frage von dessen Legitimität weniger vom eigentlichen Output abhängig, sondern von Kontextfaktoren. Mit anderen Worten:

[26] **Die Akzeptanz der politischen Folgen von Urteilen hängt weniger vom Supreme Court selbst und mehr vom politischen Klima ab.** Der Supreme Court verfügt nach wie vor über jenes «reservoir of goodwill»,⁵⁹ das mittelfristig seine Rolle festigt. Dadurch schwächen selbst kurzfristige Einschläge in der Zustimmung bestimmter Wähler-, Politiker- und Medienkreise seine Legitimität nicht. Dass diese in jüngster Zeit als dramatisch wahrgenommen werden, liegt mehr an der Tonalität denn deren tatsächlichen Schweregrad. Begnügten sich Rechtsprofessoren 2001 angesichts des Urteils *Bush v. Gore*, das immerhin über den Ausgang der Präsidentschaftswahlen entschied, noch mit einer Protestnote,⁶⁰ drohte 2020 der damalige Minderheitsführer der Demokraten, Senator Chuck Schumer, den konservativen Richtern mit Gewalt.⁶¹ Verstärkt wird die Wahrnehmung einer Legitimationskrise des Supreme Courts durch die Verschärfung politischer Konflikte und der zunehmenden politischen Polarisierung.⁶²

[27] Die politische Polarisierung ist es denn auch, die langfristig die Legitimität des Supreme Courts erodieren kann.⁶³ ROBERT A. DAHL bemerkte, dass der Supreme Court in seinen Urteilen nie völlig unabhängig sei, sondern die in der Gesellschaft vorherrschende Rechtsüberzeugung spiegle. Stelle sich das Gericht gegen den gesellschaftlich breit abgestützten Kurs einer Regierung, verliere es an Rückhalt und müsse seinen Widerstand im eigenen Interesse aufgeben: «This legitimacy the Court jeopardizes if it flagrantly opposes the major policies of the dominant alliance; such a course of action ... is one in which the Court will not normally be tempted to engage.»⁶⁴ Zu beobachten war dies unter Franklin D. Roosevelt, dessen New Deal-Reformen lange durch den

⁵⁶ Zur Geschichte und Wandlungen des Begriffs des «judicial activism» siehe CRAIG GREEN, An Intellectual History of Judicial Activism, in: Emory Law Journal 58.5 (2009), S. 1195 ff.

⁵⁷ Eine kurze Einführung in die Denkschule der «Originalists» anhand der Abtreibungsfrage bietet MARY ZIEGLER, Originalism Talk: A Legal History, Brigham Young University Law Review 4 (2014), S. 869 ff.

⁵⁸ J. HARVIE WILKINSON III, Of Guns, Abortions, and the Unraveling Rule of Law, in: Virginia Law Review 95.2 (2009), S. 254 ff.

⁵⁹ EASTON (Fn. 15), S. 275.

⁶⁰ Zit in. JOHN C. YOO, In Defense of the Court's Legitimacy, in: The University of Chicago Law Review 68.3 (2001), S. 776.

⁶¹ Chuck Schumer Pro-Abortion Rally Speech Transcript: Says Kavanaugh & Gorsuch Will Pay the Price, 4. Mai 2020 (<https://www.rev.com/blog/transcripts/chuck-schumer-pro-abortion-rally-speech-transcript-says-kavanaugh-gorsuch-will-pay-the-price>, zuletzt besucht am 20. Januar 2023).

⁶² Siehe Fn. 44.

⁶³ MICHAEL ZILIS/RACHAEL BLANDAU, Judicial Legitimacy, Political Polarization, and How the Public Views the Supreme Court, in: Oxford Research Encyclopedias, Politics, 25. März 2021 (<https://oxfordre.com/politics/display/10.1093/acrefore/9780190228637.001.0001/acrefore-9780190228637-e-1781?sessionid=538CFB998084FB31F7099C8D49FEDCE6>, zuletzt besucht am 20. Dezember 2022).

⁶⁴ DAHL (Fn. 55), S. 293.

Supreme Court blockiert wurden. Als der Präsident mit dem sogenannten «Court Packing» drohte, das heisst, mit der Erweiterung des Gerichts um Richter seiner Wahl, änderte der Supreme Court seinen Kurs.⁶⁵ Damals war indessen klar, welche politischen Kräfte ausschlaggebend sein müssen. Angesichts der heutigen ideologischen Polarisierung im amerikanischen politischen System gibt es hingegen nicht *eine* «dominant alliance», sondern deren zwei. Sollte die Mitteposition dauerhaft wegbrechen, wird das die Legitimität des Supreme Courts als Institution schädigen – ungeachtet der Mehrheitsverhältnisse auf der Richterbank.

5. Schlussüberlegungen

[28] «If my fellow citizens want to go to Hell I will help them. It's my job», meinte Richter Oliver Wendell Holmes, Jr. (1841–1935) in einem Brief an den nicht minder berühmten britischen Politik- und Wirtschaftswissenschaftler Harold Laski (1893–1950).⁶⁶ Über Jahrzehnte wähten progressive Amerikaner im Supreme Court jene politische Institution, die sie nicht in die Hölle, sondern in himmlische Gefilde bringen würde: Die Durchsetzung eines weitreichenden Abtreibungsrechts und die Legalisierung gleichgeschlechtlicher Ehen wären auf nationaler Ebene kaum auf dem legislativen Weg durchzubringen gewesen. Entsprechend gross war die Unterstützung der Demokraten für den Supreme Court, währenddessen in konservativen Kreisen die Kritik an denselben, von Demokraten bejubelten Leitentscheiden laut war und ist. Veränderungen in den Mehrheitsverhältnissen können kurzfristig umkehren, welches Lager die Urteile gutheisst. Oder um es in Eastons Begriffen auszudrücken: Die spezifische Unterstützung für den Supreme Court war und wird immer Schwankungen unterliegen.

[29] Weit wichtiger ist die diffuse Unterstützung für die Institution des Supreme Court. Diese ist nicht durch Reformen wie eine Erhöhung der Richterzahl oder die Begrenzung der Dienstjahre zu festigen, sondern hängt von den Kontextfaktoren, dem politischen Klima ab. Als Teil eines – theoretisch – austarierten Systems der «checks and balances» kann der Supreme Court seine Legitimität nur wahren, wenn jene politischen Akteure, denen hauptsächlich die gesetzgeberische Gewalt zugeordnet ist, diese tatsächlich wahrnehmen. Der Supreme Court wird immer *auch* legislative Gewalt ausüben, doch ist es an der Legislative, ihrer Verantwortung nachzukommen, dass dies nicht in den politisch und gesellschaftlich sensibelsten Bereichen der Fall sein muss.

CLAUDIA FRANZISKA BRÜHWILER, Titularprofessorin für amerikanisches politisches Denken und Kultur an der Universität St.Gallen und promovierte Staatswissenschaftlerin.
claudiafranziska.bruehwiler@unisg.ch.

Ich danke meinem Mann, Herrn Prof. Dr. iur. Daniel M. Häusermann, LL.M., für die kritische Durchsicht des Manuskripts sowie Herrn Bundesrichter Dr. Thomas Stadelmann für seine Anregungen und die Einladung, mich hier mit der Frage der Politisierung des Supreme Courts auseinanderzusetzen.

⁶⁵ GREGORY A. CALDEIRA, Public Opinion and the U.S. Supreme Court: FDR's Court-packing Plan, American Political Science Review 81.4 (1987), S. 1139 ff.

⁶⁶ SHAPIRO (Fn. 22), 41.