Rechtsfiguren als politische Waffen

Der U.S. Supreme Court und die US-amerikanische Rechtswissenschaft zwischen Recht und Politik

Jonas Plebuch

17.10.2022 doi: 10.17176/20221017-162217-0

Es sind nun schon dreieinhalb Monate vergangen, seit der U.S. Supreme Court innerhalb weniger Tage die Befugnisse der Umweltschutzbehörde zur Treibhausgasregulierung empfindlich beschnitten, Roe v. Wade aufgehoben, das Waffentragen in der Öffentlichkeit zu einem praktisch einschränkungslosen Grundrecht erklärt und in gleich zwei Fällen den First-Amendment-internen Konflikt zwischen der Religionsausübungsfreiheit und dem Verbot der staatlichen Religionserrichtung zu Gunsten ersterer aufgelöst hat. Spätestens seit diesen Entscheidungen wird der Supreme Court in den liberalen Leitmedien, im liberalen Teil der US-amerikanischen Rechtswissenschaft und in dem auf drei Richterinnen geschrumpften eigenen liberalen Flügel im Grunde nicht mehr als ein (und sei es politisiertes) Gericht angesehen, sondern als ein durch und durch politischer Akteur, dessen Agenda darin besteht, das Programm der Republikanischen Partei auf gerichtlichem und das heißt: gegenmajoritärem Wege durchzusetzen. In Präsident Bidens Reaktion auf die Dobbs-Entscheidung kommt die aktuelle Wahrnehmung des Supreme Court in der liberalen Hälfte des Landes auf exemplarische Weise zum Ausdruck: „[W]hat we're witnessing wasn't a constitutional judgment. It was an exercise in raw political power." Als Folge der kontroversen Entscheidungen ist die Zustimmungsrate unter Anhängern der Demokratischen Partei auf ein historisches Tief von 13 % gefallen, während sich 74 % der Anhänger der Republikanischen Partei mit dem Gericht zufrieden zeigen.

An der polarisierten Grundwahrnehmung dürfte sich auch in der am 3. Oktober eröffneten neuen Sitzungsperiode nichts ändern. Im Gegenteil. Es stehen erneut Entscheidungen von großer politischer Tragweite an, unter anderem über den Konflikt zwischen Meinungsfreiheit und Diskriminierungsschutz im Privatrechtsverkehr, das Schicksal von *affirmative action* an staatlichen wie privaten Universitäten sowie die Reichweite des Verbots rassistischer Diskriminierung im Wahlrecht. Vor allem aber wird das Gericht in Moore v. Harper – „the most important case for American democracy in the almost two and a half centuries since America's founding" – über die Anerkennung der *independent state legislature theory* zu entscheiden haben.

Politizität und Juridizität als Frage des Mischungsverhältnisses

Der öffentliche Eindruck, dass – um eine Unterscheidung von Dieter Grimm aufzugreifen – nicht nur *Gegenstand* und *Wirkungen* der aktuellen Rechtsprechung des Supreme Court politischen Charakter haben, sondern auch der *Prozess der Entscheidungsfindung* selbst, ist angesichts der Stimmverhältnisse in den letzten Entscheidungen (6-zu-3 exakt entlang der politischen Nominationshintergründe) verständlich. Wissenschaftlich lohnt es sich aber, genauer hinzusehen. Denn vor allem der Zwang zur Verwendung eines spezifisch juristischen Sprachregisters in der Entscheidungsbegründung führt dazu, dass selbst hyper-politisierte Gerichte wie der aktuelle U.S. Supreme Court anderen Handlungsrationalitäten folgen und anderen Handlungsrestriktionen unterworfen sind als die genuin politischen Verfassungsorgane. Auch ein Kulturkämpfer wie Samuel Alito formuliert seine *opinions* als Erkenntnis-, nicht als Willensakte.

Bei näherem Hinsehen ist auch der Prozess der gerichtlichen Entscheidungsfindung nicht *entweder* juristisch *oder* politisch, sondern *mehr oder weniger* juristisch bzw. politisch – Politizität und Juridizität

erweisen sich damit als eine Frage des Mischungsverhältnisses, und zwar nicht nur in der Herstellungs-, sondern auch in der Darstellungsdimension gerichtlicher Entscheidungen. Zu den Faktoren, die auf den Politisierungsgrad der *Herstellung* einer gerichtlichen Entscheidung Einfluss haben, zählt die gerichtliche Beratungskultur. Wie man bei Gertrude Lübbe-Wolff jetzt umfassend nachlesen kann, befördert der nicht-deliberative, nicht konsensorientierte Charakter der Beratungen am Supreme Court den internen Zerfall in politische Fraktionen.

Rechtsfiguren als bloße juristische Übersetzungen von Parteipolitik?

Weniger gut erforscht ist bislang, wie sich bestimmte Formen der Entscheidungsbegründung, namentlich die Argumentation mit Rechtsfiguren, auf den Politisierungsgrad der *Darstellung* einer gerichtlichen Entscheidung auswirken. Ebenso wie das Bundesverfassungsgericht argumentiert nämlich auch der U.S. Supreme Court mit Rechtsfiguren, die sich als eine Form der Verdichtung und Verselbstständigung von Normauslegungen beschreiben lassen und in den USA wahlweise als „*doctrine*", „*theory*" oder „*test*" firmieren. Einige stehen im Verdacht, nichts anderes zu sein als eine Übersetzung des republikanischen Parteiprogramms in juristische Sprache, also juristisch verbrämte Parteipolitik. Zu den Verdachtskandidaten gehören der in der Dobbs-Entscheidung zugrunde gelegte „*Glucksberg test*" zur Ermittlung nicht enumerierter Grundrechte, der – allen Ernstes so genannte – „*broccoli test*" als eine Art Dammbruchargument gegen die Kompetenzgemäßheit von Obamacare sowie die „*nondelegation doctrine*", mit deren Hilfe sich der moderne amerikanische Regulierungsstaat abwickeln ließe.

Über jede dieser Rechtsfiguren wurden mittlerweile dutzende wissenschaftliche Aufsätze publiziert, die – entsprechend der politischen Grundhaltung der jeweiligen Autorin – entweder konstruktiven oder dekonstruktiven Charakter haben. Mit dem Supreme Court ist auch die wissenschaftliche Diskurshoheit nach rechts gerückt. Statt der offensiven Entwicklung einer Theorie des – sozialen, digitalen, ökologischen etc. – Verfassungsstaats sieht sich ein Großteil des liberalen Flügels der US-amerikanischen Rechtswissenschaft in die wissenschaftliche Defensive gedrängt und dazu genötigt, die vom nicht-liberalen Flügel entwickelten Rechtsfiguren und die ihnen zugrunde liegenden Auslegungstheorien (Originalismus, Textualismus) als reine Ideologismen zu entlarven (näher hier).

Independent state legislature theory

Nicht nur unter Ideologieverdacht, sondern sogar unter dem Verdacht der Demokratiegefährdung steht die momentan wohl am intensivsten diskutierte Rechtsfigur, die *independent state legislature theory* (im Folgenden: ISLT). Seitdem der Supreme Court Anfang Juli bekanntgegeben hat, in der neuen Sitzungsperiode über Moore v. Harper zu entscheiden, findet diese Diskussion nicht mehr nur in der Wissenschaft, sondern zunehmend auch in der politischen Öffentlichkeit statt (etwa hier oder hier).

Moore v. Harper liegt ein Konflikt zwischen der Legislative und der Judikative des Bundesstaats North Carolina zugrunde (für Einzelheiten hier). Die gesetzgebende Körperschaft in North Carolina (North Carolina General Assembly) ist republikanisch dominiert, während vier der sieben (direkt gewählten) Richterinnen und Richter des Obersten Gerichtshofs (North Carolina Supreme Court) den Demokraten nahestehen. Konkret geht es in Moore v. Harper darum, dass die North Carolina General Assembly im November 2021 die dem Bundesstaat zugewiesenen Kongressdistrikte neu zugeschnitten und dabei ziemlich unverhohlen die Republikanische Partei begünstigt hat. Weil der North Carolina Supreme Court in diesem Akt des *partisan gerrymandering* gleich eine ganze Reihe von Verstößen gegen North Carolinas Verfassung erblickte und die General Assembly selbst keine Abhilfe schuf, setzte der Gerichtshof die Kongressdistrikte für die Zwischenwahlen im November 2022 auf Grundlage eines Expertenvorschlags selbst fest. Daraufhin hat sich die General Assembly unter Berufung auf die ISLT an den U.S. Supreme Court gewandt und diesen zur juristischen Domestizierung des eigenen State Supreme Court aufgerufen.

Ausgangspunkt (und eigentlich auch schon Endpunkt) der ISLT ist der Wortlaut von zwei Vorschriften der US-Bundesverfassung: der Elections Clause (soweit es, wie in Moore v. Harper, um Kongresswahlen geht) sowie der Electors Clause (soweit es um Präsidentschaftswahlen geht). Nach der Elections Clause werden Zeit, Ort sowie Art und Weise (*manners*) der Kongresswahlen in jedem Einzelstaat durch dessen gesetzgebende Körperschaft (*legislature*) bestimmt; nach der Electors Clause bestimmt jeder Einzelstaat in der von seiner gesetzgebenden Körperschaft vorgeschriebenen Art und Weise eine vorgegebene Anzahl von Wahlleuten. Im Kern besagt die ISLT nun, dass die *state legislatures* bei der Ausübung dieser bundesverfassungsrechtlich verliehenen Kompetenzen von den übrigen einzelstaatlichen Gewalten unabhängig (eben *independent*) seien und deshalb keiner (oder allenfalls einer eingeschränkten) Kontrolle durch die *state courts* am Maßstab der *state constitution* unterlägen.

Sollte sich der U.S. Supreme Court dieser Auffassung anschließen, droht nicht nur eine völlige Enthemmung der Praxis des *partisan gerrymandering* (nachdem der U.S. Supreme Court eine *bundes*verfassungsrechtliche Kontrollzuständigkeit zuletzt 2019 von sich gewiesen hatte). Vor allem wird befürchtet, dass künftig gerade in den *battleground states* nicht mehr das dortige Wahlvolk, sondern die (ihrerseits heftig gerrymanderten und insgesamt zu drei Fünfteln von der Republikanischen Partei dominierten) *state legislatures* über die Entsendung der Wahlleute in das Electoral College und damit über den Ausgang knapper Präsidentschaftswahlen bestimmen werden.

Juristische Minimalplausibilität erforderlich

Dass es sich bei der ISLT auch und gerade unter originalistischen Prämissen um eine regelrecht absurde Rechtsfigur handelt, weil die *state legislatures* durch die Bundesverfassung zwar angesprochen, aber – verfassungshistorisch wie föderalismustheoretisch – erst durch die *state constitutions* instituiert und restringiert werden, wurde schon von berufenerer Seite eingehend dargelegt (vor allem hier, hier und hier). Nicht als juristisch ernst zu nehmende Rechtsfigur, sondern als Symptom für den (bedauernswerten) Zustand der US-amerikanischen Verfassungskultur interessiert die ISLT deshalb näher.

Als Symptom betrachtet wirft sie die Frage auf, ob es aus Sicht der Republikanischen Partei mittlerweile genügt, wenn sie ihre politischen Agenden mit Hilfe aktivistischer *scholars* in einer (schein-)juristischen Sprache reformuliert, um vor dem U.S. Supreme Court Erfolg zu haben. Noch lautet die Antwort „nein“, denn auch der republikanische Richterblock scheint nach wie vor ein Minimum an juristischer Plausibilität zu verlangen, wie die vergeblichen – und zum Teil auf eine besonders extreme Variante der ISLT gestützten – Wahlanfechtungen nach der Präsidentschaftswahl 2020 zeigen.

Dagegen wird die in Moore v. Harper aufgerufene Variante, wie aus dem Abstimmungsverhalten im vorangegangenen Eilverfahren ersichtlich ist, von mindestens drei republikanischen Richtern getragen: Samuel Alito, Neil Gorsuch und Clarence Thomas. Ob sich auch die als zurückhaltender geltenden übrigen republikanischen Richter (Amy Coney Barett, Brett Kavanaugh, John Roberts) anschließen werden, dürfte exakt von der Frage abhängen, ob sie dem Vulgär-Textualismus der ISLT ein noch hinreichendes Maß an juristischer Plausibilität zubilligen – schließlich stehen sie vor dem oben angesprochenen Zwang, ihr Stimmverhalten in einer spezifisch juristischen Weise zu begründen. Nun werden die drei sich nicht der Illusion hingeben, mit einer noch so kunstvollen juristischen Argumentation die gesamte US-amerikanische Öffentlichkeit von der juristischen Güte der ISLT überzeugen zu können. Denn dafür ist die Figur juristisch nicht nur viel zu schwach; vielmehr scheint die Meinungsbildung in der liberalen Hälfte des Landes gerade in dieser Frage auch bereits abgeschlossen. Wen werden sie mit ihrer Entscheidungsbegründung dann plausiblerweise adressieren? Um es plastisch zu machen: Nicht die Leserin der New York Times oder den Zuschauer von MSNBC, aber eben auch nicht das gewöhnliche Publikum von Fox (oder gar Breitbart) News, sondern vielmehr die Leserschaft des Wall Street Journal; nicht journalistische Verschwörungstheoretiker wie Tucker Carlson, sondern intellektuell

satisfaktionsfähige Vertreter des, soweit noch vorhandenen, republikanischen Establishments wie Georg F. Will.

Für das Schicksal der ISLT kommt es damit auf die Rezeptionserwartung im klassisch-konservativen Milieu an, also jenem Milieu, in dem die republikanischen Richter juristisch sozialisiert wurden und dem sie sich bis heute verbunden fühlen. Gerade deshalb ist es von so eminenter Bedeutung, dass J. Michael Luttig, langjähriges Mitglied der Federalist Society und ehemaliger Bundesberufungsrichter, die Theorie öffentlich mehrfach (hier und hier) als juristisch schlechterdings unhaltbar und mehr noch: als Verrat an der US-amerikanischen Demokratie- und Föderalismustradition ausgewiesen hat: „Trump and the Republicans can only be stopped from stealing the 2024 election at this point if the Supreme Court rejects the independent state legislature doctrine". Alle republikanischen Richter wissen nun, dass sie zumindest in den Augen eines so angesehenen konservativen Juristen wie Luttig künftig als Verfassungsverräter gelten werden, sollten sie die *independent state legislature theory* in den Rang geltenden Verfassungsrechts erheben. Ob sie diesen Preis zu zahlen bereit sind? Wir werden es in einem Dreivierteljahr am Ende der aktuellen Sitzungsperiode erfahren.

Und in Deutschland?

Abschließend drängt sich die Frage auf, ob es sich bei der – mal mehr, mal überhaupt nicht plausiblen – Transformation eines politischen Programms in rechtliche Gestalt um ein exklusiv US-amerikanisches Phänomen handelt. Denn auch in Deutschland operieren Verfassungsgericht und Verfassungsrechtswissenschaft mit Rechtsfiguren, die man kaum als völlig unpolitisch bezeichnen kann. Der Unterschied zu den USA besteht allerdings darin, dass diese Rechtsfiguren in den allermeisten Fällen keinen parteipolitischen Charakter haben, sondern auf eine andere, subtilere Weise politisch sind. Vielleicht mit Ausnahme des Steuerverfassungsrechts, dem die Abkopplung vom allgemeinen verfassungsrechtlichen Diskurs nicht immer gutgetan hat (Stichwort Halbteilungsgrundsatz), verbergen sich in Deutschland hinter Verfassungsrechtsfiguren wie Schutzpflichten, Legitimationsketten oder Neutralitäts- und Sachlichkeitsgeboten weniger konkrete ökonomische oder politische Agenden als vielmehr staats- und verfassungstheoretische Grundüberzeugungen, deren Offenlegung in aller Regel einigen Begründungsaufwand erfordert. Es ist zum Beispiel bis heute Gegenstand einer lebhaften Deutungskontroverse, was sich genau hinter dem Legitimationskettenmodell verbirgt – die Deutungsangebote reichen von der Profanisierung der apostolischen Sukzession (Andreas Kley) über die staatsrechtliche Formgebung der Bundesrepublik der sozialliberalen Ära (Christoph Schönberger) bis zur Fortsetzung eines anti-pluralistischen, anti-westlichen deutschen Sonderwegs (Brun-Otto Bryde).

Überhaupt lässt sich die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts mit Begriffen der politischen Theorie besser beschreiben als mit parteipolitischen Kategorien. Man mag die Europa-Rechtsprechung für etatistisch, die Neutralitäts-Rechtsprechung für technokratisch oder die Meinungsfreiheits-Rechtsprechung für liberalistisch halten – mit dem Programm einer bestimmten politischen Partei wird man diese Rechtsprechungslinien nicht umstandslos identifizieren können (und erst recht nicht alle mit *derselben* Partei). Auch die im Klimaschutzbeschluss entwickelte Figur der „intertemporalen Freiheitssicherung" lässt sich nicht ernsthaft als eine Form der Juridifizierung des Parteiprogramms der Grünen begreifen – und wurde auch öffentlich nicht so interpretiert, wie etwa die regelrecht erfreute Reaktion des damaligen CDU-Wirtschaftsminister Peter Altmaier zeigt.

Vielleicht liegt gerade in der Differenzierbarkeit von politischer Theorie und (partei-)politischer Praxis ein Erfolgsgeheimnis des Bundesverfassungsgerichts. Hoffen wir, dass es dabei bleibt.

AUTOR*IN

Jonas Plebuch
Jonas Plebuch ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Verfassungstheorie (Prof. Dr. Oliver Lepsius) der Universität Münster.

EMPFOHLENE ZITATION

Plebuch, Jonas: Rechtsfiguren als politische Waffen: Der U.S. Supreme Court und die US-amerikanische Rechtswissenschaft zwischen Recht und Politik, Verfassungsblog, 17.10.2022, doi: 10.17176/20221017-162217-0.

Lizensiert unter CC BY-SA 4.0.

Langzeitarchiviert bei IntRechtDok unter: doi.org/10.17176/20221017-162217-0.