



Florian Gerz

**Verfassungsgerichte als politische Akteure im
juristischen Gewand**

**Die politische Diskussion um die Wahl einer Richterin
zum U.S. Supreme Court**

Institut für Sozialstrategie

Laichingen – Jena – Berlin

Bleichwiese 3, 89150 Laichingen
www.institut-fuer-sozialstrategie.de
kontakt@institut-fuer-sozialstrategie.org

Berlin, Oktober 2020.

Abstract [en]: After the election of the conservative judge Amy Coney Barrett to the Supreme Court as the successor of Ruth Bader Ginsburg shortly before the American presidential election, this paper raises the question of the extent to which courts can be political “neutral”. The question of role, function and legitimacy of constitutional courts arise because especially these courts sway between law and politics, between politicization and legalization. In these matters, nomination and election of future judges have a huge impact. The comparison drawn here between the German Federal Constitutional Court and the U. S. Supreme Court allows conclusions concerning two different types of constitutional courts. As a result, they may have more in common in reference to function and specifics than many experts might think.

Key Words: *Constitutional Courts, U.S. Supreme Court, Federal Constitutional Court of Germany, nomination*

Abstract [de]: Ausgehend von der Wahl der als konservativ geltenden Richterin Amy Coney Barrett in den Supreme Court als Nachfolgerin der verstorbenen Ruth Bader Ginsburg kurz vor der amerikanischen Präsidentenwahl stellt dieser Beitrag die Frage, inwieweit Gerichten politische ‚Neutralität‘ zugesprochen werden kann. Insbesondere Verfassungsgerichte mit dem Tariere zwischen Recht und Politik, zwischen Politisierung und Verrechtlichung geraten dabei in den Blick und führen zu der Frage nach Rolle, Funktion und Legitimation von Verfassungsgerichten. Wichtig bei diesen Fragen ist die Nominierung und Wahl zukünftiger Richterinnen und Richter. Der hier gezogene Vergleich zwischen dem deutschen Bundesverfassungsgericht und dem U.S. Supreme Court lässt Rückschlüsse auf zwei unterschiedliche Typen von Verfassungsgerichten zu. Diese haben im Ergebnis in ihrer Funktion und Eigenart mehr gemeinsam als viele Expertinnen und Experten annehmen mögen.

Schlagworte: *Verfassungsgerichte, U.S. Supreme Court, Bundesverfassungsgericht, Nominierung*

Einführung

"Gerichte haben eine lebenswichtige Verantwortung, die Rechtsstaatlichkeit durchzusetzen, die für eine freie Gesellschaft wesentlich ist. Aber Gerichte sind nicht dazu konzipiert, jedes Problem zu lösen oder jedes Unrecht in unserem öffentlichen Leben wieder gutzumachen. Die Öffentlichkeit dürfe nicht von Gerichten erwarten, politische Entscheidungen zu treffen und Regierungsentscheidungen zu beurteilen. Und Gerichte sollten das nicht versuchen"¹,

so die Richterin Amy Coney Barrett, die die Nachfolge der verstorbenen Richterin Ruth Bader Ginsburg (RBG) am U.S Supreme Court antritt. US-Präsident Trump hatte sie am 26. September 2020, einige Tage nach dem Tod Ginsburgs vorgeschlagen, und bekräftigt, sein in der amerikanischen Verfassung niedergelegtes Vorschlagsrecht ernst zu nehmen.² Die Demokraten lehnen die Wahl der als konservativ geltende Barrett kurz vor der Präsidentenwahl am 3. November 2020 ab. Einen ersten Vorgeschmack, was für die Demokraten auf dem Spiel steht und warum sie der Ansicht sind, dass über die Nachfolge am U.S. Supreme Court erst der nächste U.S. Präsident entscheiden solle, bot das am vergangenen Montag, den 19.10.2020 gefällte Urteil der verbliebenen acht Richter am Supreme Court, in dem sie die Klage gegen eine von den Republikanern eingebrachte Stichtagsregelung der Briefwahl in Pennsylvania kippten.³ Diese sah vor, dass alle nach dem 3. November 2020 eingegangenen Briefwahlunterlagen keine Berücksichtigung mehr finden sollten. Die Pattsituation von vier zu vier Stimmen erfolgte nur, weil der konservative Chief Justice John Roberts gegen die Regelung mit dem liberalen Flügel votierte. Wäre Barrett bereits Richterin gewesen, so könnte man vermuten, dass sie mit ihrer Stimme den Ausschlag der Entscheidung gegeben und das Urteil der vorherigen Instanz nicht – wie geschehen – weiterhin Bestand gehabt hätte.

Anhörung im U.S. Senat

In den bereits begonnen Anhörungen versuchen die Senatsmitglieder mit Fragen zu kontroversen Themen wie Abtreibung und gleichgeschlechtliche Ehe, die Bewerber und Bewerberinnen auf ihre ideologische Ausrichtung hin zu testen. Gerade diese genannten Themen und viele weitere, die in prägenden Urteilen des höchsten Gerichts thematisiert wurden, sind in der Regel als Gradmesser für die Ausrichtung zu den dahinter stehenden Grundsatzfragen des amerikanischen Verfassungsrechts und dadurch in der Lage, den Kandidatinnen und Kandidaten zweischneidige Aussagen zu entlocken.

Auch wenn dem Zitat in der Grundannahme, dass Gerichte keine politischen Entscheidungen treffen sollten, zuzustimmen ist, so ist gerade das Gegenteil bei Verfassungsgerichten in der Realität der Fall. Es gibt Beispiele für ein „gerichtliches Wirken“ in politischen Angelegenheiten nicht nur in den Vereinigten Staaten, sondern auch diesseits des Atlantiks, etwa in Deutschland. Man muss nicht nur den Blick auf Urteile richten, die eine „Flucht des Gesetzgebers“ aus der Verantwortung belegen könnten, sondern man mag bereits die Wahl der Richter an unsere Verfassungsgerichte auf Bundes- und Landesebene als „Politikum“ ansehen: ganz so, so wie es in den Vereinigten Staaten gerade der Fall ist.⁴ Auch in Deutschland ist die Wahl der Verfassungsrichter und Verfassungsrichterinnen bei Ausscheiden eines Richters oder einer Richterin Gegenstand der öffentlichen Diskussion – wie zuletzt bei der Nachfolge des Gerichtspräsidenten Andreas Voßkuhle.

Dieser Artikel will den U.S. Supreme Court und das Bundesverfassungsgericht vorstellen und ihr in Urteilen sich widerspiegelndes Selbstverständnis erläutern. Es geht um Legitimationsquellen und Funktionen sowie um Gemeinsamkeiten und Unterschiede der Wahl an den beiden Gerichtshöfen.

Verfassungsgerichte zwischen Recht und Politik

Jede Justiz ist politisch, ob man das nun zugibt oder nicht; entscheidend ist daher „daß [sic!] sich der Richter des politischen Charakters seiner Tätigkeit bewußt [sic!] wird.“⁵ Diese Aussage wurde bereits auf der Staatsrechtslehrertagung 1950 in München diskutiert. Die Tagung, die kurz vor Schaffung des Bundesverfassungsgerichts im Jahre 1951 und ein Jahr nach der Verkündung des Grundgesetzes in der Schlussitzung des Parlamentarischen Rats am 23. Mai 1949 stattfand, hatte das Thema der „Grenzen des Verfassungsrechts“. Die deutschen Staatsrechtslehrer beleuchteten hier das Provisorium Grundgesetz im Lichte des Verhältnisses zwischen Verfassungsrecht/Verfassungsgericht und Politik.⁶

Erich Kaufmann plädierte für eine strikte Trennung von Recht und Politik gerade in Bezug auf das Verfassungsrecht und versuchte, eine Grenzbestimmung mit dem Verweis darauf zu unternehmen, dass „alle *politischen* [Hervorhebung im Original] Fragen“⁷ hinter dieser Grenze anzusiedeln seien. Politische Fragen, so Kaufmann, sind solche Fragen „wo keine Rechtsnormen zu deren Entscheidung zur Verfügung stehen.“⁸ Dem entgegnete Hans Nawiasky, dass sich jede politische Frage in eine rechtliche ummünzen ließe. Aufgrund der Offenheit des Verfassungsrechts und der Unmöglichkeit, alle eintretenden Fälle passgenau zu regeln, sei das Verfassungsrecht nur mit Ermächtigungsnormen ausgestattet, die den politischen Organen ihren Entscheidungsspielraum ermöglichen bzw. diesen gerade erst durch Zuweisung aufspannen und von anderen Organen abgrenzen. Instrument zur Anpassung des Verfassungsrechts sei, mit Verweis auf das amerikanische Recht, die sogenannte Lehre der „*implied powers* [Hervorhebung im Original]“⁹, die eine Zuständigkeit aus einer Zusammenschau der Zuständigkeiten ermögliche, obwohl diese nicht im Text der Verfassung niedergelegt ist. Aus diesem Grunde sei eine richterliche Zurückhaltung in politischen Fragen angebracht.

Ein gutes Beispiel in Deutschland ist das Parteiverbotsverfahren, das im Parlamentarischen Rat als „Paradebeispiel für eine mögliche Verquickung beider Sphären“¹⁰ angeführt wurde. In diesem Verfahren haben die Richter auf Antrag zu entscheiden, ob eine Partei aus dem parlamentarisch geführten Meinungskampf auszuschließen ist, wenn sie die freiheitlich demokratische Grundordnung des Grundgesetzes nachhaltig gefährdet. Das Gericht liefere in dieser Hinsicht nur die juristische Begründung einer politischen Entscheidung. Viele seiner Kollegen pflichtete ihm in seiner Argumentation bei. Abendroth und Apelt erblickten darin eine Verschiebung und Beschneidung der Kompetenzen der Legislative und nicht der Exekutive wie Kaufmann es deutete. Nur die Staatsstrukturprinzipien des Art. 20 Abs. 1 GG und Art. 28 Abs. 1 GG würden eine unüberwindbare Grenze bilden. Ernst Forsthoff verwies darauf, dass das „Politische kein Sachgebiet *sui generis*“¹¹ sei und dementsprechend eine abstrakte, präzise Grenzbestimmung unmöglich ist. Aufgabe der Justiz und der Rechtswissenschaft sei, sich dieser Grenze immer wieder neu anzunähern und diese zu beleuchten.

Kritik an dieser Meinung übte Martin Drath, der mit seiner Position die Auffassung vertrat, dass gerade das Politische ein „Charakteristikum“¹² der Verfassungsgerichtsbarkeit sei. Durch den vielfach angesprochenen

Konkretisierungsbedarf, dem sich das Verfassungsrecht aufgrund seines Wesen ausgesetzt sieht, ist die Gestaltung und damit auch Fortbildung des Verfassungsrechts Aufgabe der Richter.¹³ Damit haben Verfassungsrichter das ganze System und die sich darstellende politisch und soziale Wirklichkeit bei der Entscheidungsfindung im Blick zu behalten. Die Verfassung ist ein Abbild der gesellschaftlichen Verhältnisse und stellt eine Grundentscheidung des Souveräns über nicht verhandelbare – auch nicht mit einer verfassungsändernden Mehrheit änderbare – Grundwerte dar. Das bedeutet, dass die Verfassung innere Schranken aufweist wie z. B. mit Art. 1 GG die Garantie der Menschenwürde. Draht sah das Verfassungsgericht als politisches Organ und vertrat damit in Abgrenzung zur Mehrheit der deutschen Staatsrechtslehrer auf dieser Tagung eine Extremposition.¹⁴

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass eine scharfe Trennung aufgrund der sich im Wandel befindlichen Materie des Verfassungsrechts und der damit verbunden „Politisierung des Verfassungsrechts“ nicht möglich ist. Verfassungsrecht ist seinem „Wesen nach **politisches Recht** [Hervorhebung im Original], d. h. sein Gegenstand [sind] allemal politisch bedeutsame Fragen [...]“¹⁵ Fraglich bleibt, welche Bedeutung der Politisierung oder Verrechtlichung beizumessen ist?

Politisierung des Gerichts oder „Verrechtlichung der Politik“ durch Urteile?

Politisierung oder Verrechtlichung findet im Verfassungsrecht ihr „Einfallstor“ durch unbestimmte Rechtsbegriffe, die in der richterlichen Entscheidung eine Auslegung erfahren haben. Hintergrund ist die auf der Ebene des Verfassungsgerichts angesiedelte Kopplungs- und zugleich maßgebliche Trennungsaufgabe, die das Gericht erfüllt.¹⁶ Organisatorisch werden Verfassungsgerichte durch einen politischen Kurationsakt besetzt, indem sich die Mehrheiten im politischen Meinungskampf auf der Richterbank widerspiegeln können. Hinzu tritt, dass durch die Rechtsprechung des Verfassungsgerichts maßgebliche Entscheidungen nicht nur für den konkreten Fall, sondern auch für die Zukunft getroffen werden.¹⁷ Richter nehmen durch ihr Urteil nicht nur Richtungsentscheidungen vor, die Legislative und Exekutive binden. Auch ohne eine Entscheidung getroffen zu haben, können diese Einfluss auf den „Policy“ Prozess nehmen.¹⁸

Damit ergeben sich drei Einflussfaktoren: Erstens die Antizipation des Gesetzgebers vor einer möglichen Anrufung, zweitens das Aufheben einer Norm und drittens die verbindliche Norminterpretation, die nicht mehr ohne eine Überwindung der Quorumshürde einer verfassungsändernden Mehrheit rückgängig gemacht werden kann.¹⁹ Zu bedenken gilt ferner der menschliche Faktor: Lomfeld weist auf einen „emotionalen Faktor X“²⁰ hin, zu dem ein „politischer“²¹ und „gesellschaftstheoretischer Faktor X“²² hinzutritt. Der Abwägungsprozess nach vorheriger Interpretation der auszulegenden Norm(en) und deren kontextabhängige Anwendung mit Blick auf den konkreten Einzelfall ist der Ort, an dem Urteile „politisch“, d. h. im Sinne einer gesellschaftstheoretischen Begutachtung, die auch mit persönlichen Wertungen einhergeht, getroffen werden.²³ Ipsen weist kritisch darauf hin, dass zwar Politik und Recht in einem Spannungsverhältnis stehen, aber Verfassungsgerichte selbst keine Politik betreiben, weil ihre Urteile ihre Legitimation aus der Sphäre des gesetzten Rechts beziehen, also „**normbestimmt** [Hervorhebung im Original]“²⁴, im Gegensatz zu politischen Entscheidungen, die „**zweckgerichtet** [Hervorhebung im Original] und **normbegrenzt** [Hervorhebung im Original] sind.“²⁵ Ipsen schließt daraus, dass politisches Handeln zweckgerichtet sein muss, hingegen Urteile und Beschlüsse nachvollziehbar und

„**gerecht** [Hervorhebung im Original].“²⁶ Damit übersieht er, dass Richter maßgeblich durch ihre Urteile an politischen Grundentscheidungen mitwirken. Diesen Punkt greift Oliver Lepsius auf, indem er gerade den Prozess der Urteilbegründung als „maßstabsetzende Gewalt“²⁷ bezeichnet, die neben die rechtsprechende Gewalt tritt, aber hinter der legislativen Rechtssetzung zurückbleibt.

Aber welche Funktion erfüllen diese Art von Gerichten und aus welchen Legitimationsquellen speisen sie ihre Macht?

Funktion und Legitimation von Verfassungsgerichten

Niklas Luhmann betonte als eine grundlegende Funktion der Verfassungsgerichte ihre Rolle als „Transmitter“ oder „Mediator“ in der teilsystemübergreifenden Perspektive. Daneben erfüllen die Verfassungsgerichte noch weitere Funktionen im politischen Prozess: Höreth²⁸, - in Anlehnung an Luhmann - sieht Verfassungsgerichte als „institutionalisiert[e] Streitschlichter“²⁹ in ihrer Aufgabe, Minderheiten sowie auch der Opposition³⁰ die Möglichkeit zu eröffnen, eine politische Frage durch eine „dritte [objektive] Partei“³¹ abschließend bescheiden zu lassen. Im weiteren Kontext erfüllen Verfassungsgerichte auch eine „Identitätserzeugungsfunktion“³², die sie durch ihre symbolische Macht³³ in Urteilen immer wieder neu aktualisieren. Dadurch erfüllen sie eine Kopplungsfunktion³⁴ zwischen politischem System und rechtlicher Ausformung der Grundsatzfragen innerhalb der Verfassung.

Boulanger möchte anstatt von Funktionen des Verfassungsgerichts lieber von Rollen, die das Verfassungsgericht ausfüllt, sprechen und führt an, dass die beiden Begriffe „stärker systematisch und reflektiert zu verwenden [sind] als bisher.“³⁵ Der von Goffman geprägte „Rollenbegriff“ verweist auf Erwartungen, die an die Institution des Verfassungsgerichts von der Öffentlichkeit und von den anderen am politischen Prozess gestellt werden. Weitere Legitimationsmöglichkeiten bietet die Absicherung des demokratischen Rechtsstaats durch Verfahrenskontrolle. Denn der Minderheitenschutz wird durch die Möglichkeit gewährleistet, die Entscheidung der parlamentarischen Mehrheit überprüfen zu lassen.³⁶ Möllers weist darüber hinaus darauf hin, dass gerade auch die Absicherung des föderalen Aspekts in Gestalt der Auflösung föderaler Streitigkeiten zwischen dem Bundes- und den Gliedstaaten durch die Kontrolle und Mediatisierung grundlegend ist. Dieser Aspekt ist in den Vereinigten Staaten wie auch in der Bundesrepublik von enormer Bedeutung für die Ausbalancierung des Systems. Gewichtiger erscheint aber die Gewährleistung der Möglichkeit eines jeden Bürgers, gegen einen staatlichen Eingriff in den Bereich des Grundrechtsschutzes vorzugehen und ggf. einen staatlichen Eingriff abzuwehren.³⁷ Als letzte Legitimationsquelle sieht Möllers die legitimatorische Wirkung der rechtlichen Expertise der Verfassungsgerichte sowie ihre dadurch gespeiste Anerkennung von beiden Streitparteien. Der Austausch von Argumenten auf diesem Niveau führt zu einem herrschaftsfreien Diskurs des Gerichts mit allen Beteiligten, denn durch das Urteil wird der Diskurs selbst unweigerlich beendet. Damit umfasst die Tätigkeit der Verfassungsgerichte keine eigentlich deliberative Komponente. Der Vorrang der Verfassung und die Stellung und Möglichkeiten der Prüfung im Rahmen der dafür vorgesehenen Verfahren (Normenkontrolle etc.) stehen im Gegensatz dazu. Nur durch eine als autoritär zu charakterisierende Position kann der Verfassung im alltäglichen politischen Betrieb zur Geltung verholfen werden und als Grundlage unseres Rechtsstaates dienen, die wiederum Politik seinerseits legitimiert.

Das Bestellungsverfahren der Richter in Deutschland

Die Zusammensetzung des Spruchkörpers in Deutschland ist vor einer Neubesetzung Gegenstand eines öffentlichen Diskurses, der sich in den Tageszeitungen niederschlägt.³⁸ Hier wird neben dem angeblich intransparenten Wahlverfahren³⁹ der Richter auch deren Nominierung gerügt.⁴⁰ Welche Voraussetzungen sind dem Grundgesetz und dem BVerfGG zu entnehmen und welche Eigenschaften müssen Kandidatinnen und Kandidaten für das höchste Amt im Staate mitbringen?

Art. 94 GG i. V. m §§ 2 bis 11 BVerfGG beschreibt die persönlichen und fachlichen Anforderungen: Danach müssen alle in Frage kommende Kandidaten das 40. Lebensjahr vollendet haben, die Befähigung zum Richteramt⁴¹ sowie die deutsche Staatsbürgerschaft besitzen. Die Nähe zu einer im Bundestag vertretenen Partei scheint von Vorteil⁴² zu sein, da diese maßgeblich am Kurationsakt und der vorherigen Nominierung beteiligt ist.⁴³ Das BVerfG besteht aus zwei Spruchkörpern (Senaten) mit jeweils acht Richtern⁴⁴, von denen mindestens drei Richter an den obersten Bundesgerichten tätig gewesen sein müssen.⁴⁵ Seit dem 24. 06. 2015 ist der vorgesehene Wahlmodus modifiziert worden: Grundsätzlich werden die Richter mit einer zwei Drittel Mehrheit⁴⁶ – die einen parteiübergreifenden Konsens erfordert⁴⁷ – in Bundestag und Bundesrat gewählt. Der Bundestag bestimmte dafür einen Wahlausschuss mit zwölf Mitgliedern, der diese Aufgaben erfüllen sollte. Mit der Änderung des einfachgesetzlich⁴⁸ ausgestalteten Bestellungsverfahrens wurde die Wahl im Bundestag dem Plenum übertragen und der Wahlausschuss hat nur noch die Aufgabe, Kandidaten vorzuschlagen, die dann in geheimer und direkter Wahl ohne vorherige Anhörung⁴⁹ von den Mitgliedern des Parlaments gewählt werden.⁵⁰ Die Amtszeit beträgt zwölf Jahre ohne die Möglichkeit einer Wiederwahl. Auch eine obere Altersgrenze ist eingezogen worden: Mit Vollendung des 68. Lebensjahres scheiden die Richter aus dem Bundesverfassungsgericht aus.⁵¹ Das Erfordernis der zwei Drittel Mehrheit verhindert ein „Übergehen“, der in der Bundestagswahl auf die Plätze der Opposition verwiesenen Minderheit. Daraus hat sich ein informelles intransparentes Verfahren⁵² anhand eines Verteilungsschlüssels gebildet, worüber die beiden großen Parteien CDU/CSU und SPD maßgeblich Einfluss auf die Kandidatenauswahl nehmen. Die sechzehn zu verteilenden Richterposten sind nach diesem Schlüssel anhand der Parteienpräferenzen zu besetzen: Jeweils sechs Kandidaten für die eben genannten Parteien. Bündnis 90/Die Grünen und die FDP beanspruchen jeweils einen Sitz. Die verbleibenden zwei Sitze sollen mit neutralen Kandidaten besetzt werden.⁵³ Im Rahmen der neuen Kräfteverhältnisse im Bundestag wird die Alternative für Deutschland (AfD) wahrscheinlich einen Anspruch auf eine kommende Besetzung erheben.⁵⁴

...und in den Vereinigten Staaten

Der Zusammensetzung der Richterbank wird in den Vereinigten Staaten im Gegensatz zu Deutschland größte Aufmerksamkeit zuteil. Dieser Umstand hängt mit der Transparenz des Bestellungsverfahrens und den „Hearings“ im Senat zusammen, die mit einer Polarisierung und Politisierung der Richterbank einhergeht.⁵⁵ Hinzu tritt das Vorschlagsrecht des Präsidenten, das für die Besetzung der Bank nicht nur entscheidend ist, sondern auch wegen der Wahl der Richter auf Lebenszeit⁵⁶ eine maßgebliche Weichenstellung in Bezug auf die ideologische Ausrichtung des Gerichts für Jahrzehnte darstellt.⁵⁷ Dabei ist der Chief Justice in seiner Funktion als Vorsitzender Richter das Gesicht des Verfassungsgerichts.⁵⁸ Das in Art. 2 Sec. 2 U.S.-Verfassung niedergelegte

Vorschlagsrecht für Bundesrichter am USSC in Zusammenspiel mit der Zustimmung des Senats ist ein wichtiges Instrument in der Hand eines Präsidenten, um seine Politik auch ideologisch für die Zukunft, d. h. nach der Zeit seines Ausscheidens aus dem Präsidentenamt, abzusichern.⁵⁹ Jeder Präsident der Vereinigten Staaten machte von diesem Vorschlagsrecht Gebrauch. Präsident Obama wurde dabei durch eine einmalige Verweigerung des in der republikanischen Mehrheit befindlichen Senats daran gehindert, den durch den Tod von Antonin Scalia frei gewordenen Sitz in seinem letzten Amtsjahr mit seinem Wunsch Kandidaten Merrick Garland zu besetzen. Dem jetzigen Präsidenten wurde damit die Möglichkeit eröffnet, diesen Sitz am Supreme Court mit seinem Kandidaten Neil Gorsuch zu besetzen. Man sprach fortan vom sogenannten „stolenseat“⁶⁰ der Demokraten. Barrett sagte in einem Interview darauf angesprochen, dass ein solcher Posten nicht ihm Wahljahr vergeben werden dürfe, sofern sich das Gleichgewicht innerhalb des Gremiums dadurch nachhaltig verändern würde.⁶¹ Hinsichtlich der formal geforderten Befähigung zum Richteramt sowie der charakterlichen Eignung gibt es keine verbindlichen Vorgaben. Dennoch erscheinen ausgewiesene Kenntnisse des Rechtssystems sowie ein Abschluss an einer renommierten Law School zwingende Voraussetzungen für eine erfolgreiche Kandidatur zu sein. Ein Indiz ist, dass das Ranking der American Bar Association (ABA)⁶² im Rahmen der Vorauswahl der in Frage kommenden Kandidaten herangezogen⁶³ und eine Rangfolge unter der Federführung des Generalbundesanwalts erstellt wird, die alle in Frage kommenden Bundesrichterinnen und Bundesrichter aufführt. Diese Liste wird mit den Parametern race, gender, Ethnie, Religion, ideologische Ausrichtung, Sozialisation, Werdegang und Bildungsweg angereichert und geordnet.⁶⁴ Nach einer eingehenden FBI Untersuchung – dem Vetting – der auf einer „shortlist“ befindlichen Kandidatinnen und Kandidaten, schlägt der Präsident eine Persönlichkeit vor. Dieser Vorschlag wird dem Senatskomitee für Rechtsfragen unterbreitet, bevor die öffentliche Anhörung stattfindet. Durch die Anzahl von insgesamt neun Richtern, die einen Spruchkörper bilden, wird es im Rahmen einer Abstimmung immer zu einer Mehrheitsentscheidung kommen. Eine rechnerische Pattsituation⁶⁵ wird vermieden, damit ein Urteil am Ende des Verfahrens steht. Das Abstimmungsverhalten orientiert sich durchaus an den politisch-ideologischen Präferenzen und lässt eine Blockbildung der Richter erkennen.⁶⁶ Ein gutes Beispiel ist die Entscheidung „Rucho v. Common Cause“⁶⁷ des vergangenen Jahres, in der es um „partisan gerrymandering“ in North Carolina und Maryland ging.⁶⁸ Die Mehrheit der Richter erklärte die „present political questions beyond the reach of the federal courts“⁶⁹, weil sie keine „judicially manageable standards for resolving“⁷⁰ haben. Die Minderheit vertrat die Ansicht, dass der Gegenstand des Verfahrens gerade keine „political question“ darstelle und deshalb entschieden werden müsse. Die Meinungen lassen sich anhand der Vorüberzeugungen der Richter anhand der Parteilinien verorten. Die „dissenting vote“ wurde von Richterin Kagan geschrieben, der Ginsburg, Breyer und Richterin Sotomayor beitraten, die zusammen eine liberale Linie vertreten. Die Mehrheitsmeinung wurde vom Vorsitzenden Richter Roberts verfasst, der eine konservative Linie vertritt.

Unterschiede des Verfahrens im Vergleich

Die Amtszeit der Richter und das Bestellungsverfahren ist einer der auffälligsten Unterschiede in beiden Systemen. Während in den Vereinigten Staaten durch das Vorschlagsrecht des Präsidenten eine starke Politisierung der Richterbank festzustellen ist, die durch die Ernennung der Richter auf Lebenszeit noch verstärkt wird⁷¹, ist in Deutschland die Begrenzung der Amtszeit als Verfassungsrichter auf zwölf Jahre sowie

die Altershöchstgrenze von 68. Jahren ein wirksamer Mechanismus gegen eine Erstarrung und ideologische Ausrichtung, die auf einer Momentaufnahme der politischen Gegebenheiten beruht⁷², eingezogen worden. An Beispielen für eine Machtsicherung der Präsidenten fehlt es nicht: Der „Court-Packing Plan“ von Roosevelt im Rahmen seiner New Deal Gesetzgebungsinitiative belegt⁷³ dies oder in neuerer Zeit die Manifestation der konservativen Richtung⁷⁴ des USSC durch die Nominierungen von John Roberts im Jahre 2005 und Samuel Alito im Jahre 2006 durch George W. Bush.⁷⁵ Trump konnte dieser Linie folgen und besetzte kurz nach Amtsantritt zwei Sitze mit als konservativ geltenden Kandidaten: Neil Gorsuch 2017 und Brett Kavanaugh 2018 dessen Hearings im Wesentlichen aus der Befassung mit Anschuldigungen⁷⁶ zu seinen persönlichen Verfehlungen bestand.⁷⁷

Im Ergebnis ist also festzuhalten, dass gerade in den Vereinigten Staaten neben Ethnie, Geschlecht und geographische Herkunft der Kandidatinnen und Kandidaten⁷⁸ das entscheidende Merkmal die politische Ausrichtung in Bezug auf verfassungsrechtliche Grundentscheidungen wie Abtreibung, Waffenrecht, Gleichberechtigung etc. ist.⁷⁹ Jedoch birgt die Nominierung durch einen Präsidenten die Gefahr einer mögliche Konfrontation mit dem politischen Gegner im Senat, der den Rahmen der Anhörungen nutzen könnte, sowohl den Kandidaten als auch den Präsidenten zu diskreditieren.⁸⁰ Dennoch wird im amerikanischen Schrifttum darauf verwiesen, dass das Verfahren durch die öffentliche Anhörung⁸¹ an größtmöglicher Transparenz und Legitimation gewinnt.⁸² Beim Bestellungsverfahren der Bundesverfassungsrichter ist der Ausschluss der Öffentlichkeit durch die fehlende Anhörung immer wieder Teil des Vorwurfs der Intransparenz.⁸³ Dieses würde, so die Argumentationslinie, das parteipolitische Ränkespiel und den daraus hervorgehenden oder resultierenden Einfluss der beiden „Volks-“Parteien CDU/CSU und SPD verschleiern. Weiterhin erfordert das Zwei Drittel Quorum in Bundestag und Bundesrat eine Einigung mit der Opposition. Das hat die Folge, dass es in der Regel⁸⁴ zu keiner parteipolitischen Konfrontation auf öffentlicher Ebene kommt. Das ist als ausgewiesene Ausgleichsfunktion des deutschen Verfahrens, die das amerikanische Modell der Bestellung vermissen lässt, anzusehen.⁸⁵ Damit ist eine dauerhafte politisch ideologische Besetzung der Richterbank in Deutschland systematisch nicht möglich.

Ein weiterer Unterschied zeigt sich, wenn man die Entscheidungsfindung in beiden Gerichten näher betrachtet. Dazu hat Mathilde Cohen ein Typologie zur Einordnung der gerichtlichen Entscheidungsfindung entwickelt.⁸⁶ Sie differenziert zwischen Gerichten mit Konsens- und Mehrheitslogik, die den Schwerpunkt der Entscheidungsfindung „ex-ante“ oder „ex-post“ setzen.⁸⁷ Der USSC ist der Idealtyp eines Gerichts mit Richterbank⁸⁸, der auf einer „ex-post“ Struktur⁸⁹ – d. h. nach der Konferenz der Richter – mit Mehrheitslogik beruht. Die einzelnen Meinungen der Richter werden in den Vordergrund gestellt und vor der Konferenz gefasst. Es geht im Ergebnis also nicht um eine final übereinstimmende Gruppenentscheidung, wie in einem Spruchkörper mit Konsenslogik.⁹⁰

Das Bundesverfassungsgericht ist mit zwei Spruchkörpern aus acht Richtern einer Konsensentscheidung verpflichtet, auf die Cohens Typologie nicht anzuwenden ist. Es wäre ein „ex-ante“ Gericht, für das aber besser die mittig anzusiedelnde, von Andrade eingeführte, Bezeichnung des „in medio“- Gerichts zutrifft.⁹¹ Das Ziel bei dieser Art ist eine Entscheidungsfindung innerhalb der gemeinsamen Beratung, an deren Ende ein Entscheidungsentwurf steht. Es gibt – wie Andrade feststellt – im Unterschied zu „ex-post“ und „ex-ante“ Gerichten, bei einem „in medio“ Gericht zwei Beratungen. Die Leseberatung dient dazu, auf Grundlage des Fallberichts als Beratungsgrundlage eine Entscheidung zu treffen.⁹² Aus diesem Grund sind Sondervoten⁹³ in der Konsenslogik

keine dauerhafte Erscheinung. Bei einem Gericht mit Mehrheitslogik hingegen gehören die abweichenden Meinungen zum festen Bestandteil⁹⁴ der Entscheidungsfindung.⁹⁵

Schlussbetrachtung

Sind also politische Erwägungen in Entscheidungen höchster Gerichte nicht wegzudenken oder sind sie Auswüchse der urteilenden Richter oder bloße (überhöhte) Zuschreibungen der öffentlichen Debatte?

Wird ein dem Urteil zu Grunde liegendes „*Deutungsangebot* [Hervorhebung im Original]“⁹⁶ der Richter durch die Öffentlichkeit nicht angenommen und kommt es zu Aussagen wie die von Justizminister Dehler⁹⁷ oder eines bayerischen Ministerpräsidenten⁹⁸ zum „Kruzifix-Beschluss“⁹⁹, dann bewegt sich das Gericht beinahe unvermeidbar an den Grenzen¹⁰⁰ verfassungsrichterlicher Interpretation. Das kann die gesellschaftliche Akzeptanz von Rechtsnormen mindern und damit den Rechtsstaat in Mitleidenschaft ziehen, der „[...] in Symbiose mit der Gesellschaft seine Legitimation und politische Kraft“¹⁰¹ auch hinsichtlich der Gewaltenteilung aus dem Konsens schöpft. Guggenberger sieht hier die Funktion des Verfassungsgerichts als „*Deliberationsagentur* [Hervorhebung im Original]“¹⁰², welche durch Einhegung des Konflikts den Konsens sichtbar macht, aber auch – das resultiert aus der Natur der Sache – „Öl ins Feuer“ des Konflikts gießen kann.¹⁰³

In diesem Moment kehrt sich der „Interpretationsvorsprung des Gesetzgebers im Konfliktfall in einen Interpretationsvorrang des Gerichts um“¹⁰⁴, so das Autorenpaar Möllers. Grund dafür sei, wie Guggenberger anmerkt, die sich häufig eine „*stellvertretende oder nachholende Politisierung* [Hervorhebung im Original]“¹⁰⁵ des Gerichts, welche die mangelnde gesetzgeberische Tätigkeit oder das Politikversagen der Regierung vor Augen führt.¹⁰⁶

In diesem Spannungsverhältnis¹⁰⁷ spielt sich die Gratwanderung zwischen richterlicher Subsumtion¹⁰⁸ im konkreten Einzelfall anhand der in der Rechtswissenschaft von Savigny anerkannten Auslegungsmethoden auf der einen und politischer Weichenstellung anhand von vorkonstitutionellem Verständnis der in der Verfassung verbürgten Werte auf der anderen Seite ab. Damit könnte dem Bundesverfassungsgericht und dem Supreme Court ein „*politikkompensatorische[s] Motiv* [Hervorhebung im Original]“¹⁰⁹ unterstellt werden. Beide wirken als „*heimliche Agendaagent[en] einer zukunftsfähigen Politikorientierung* [Hervorhebung im Original].“¹¹⁰ Ihre Urteile sind damit Ausdruck einer zunehmenden Dynamisierung der Gesellschaft, auf die das Verfassungsrecht und dessen Hüter mit Anpassungen reagieren muss. Diese Anpassungsleistung in Form einer verbindlichen Auslegung unter Überstimmung des Willens der teilweise vorhandenen Mehrheit in den Parlamenten sieht Lietzmann als die Funktion der Gerichte, die nämlich „Garant[en] politischer Gerechtigkeit, d. h. einer moralischen und politischen Korrektheit gesellschaftlichen und auch exekutiven Handelns“¹¹¹ seien.

Beim Bundesverfassungsgericht sei „obrigkeitsstaatliches Denken“¹¹² im autoritären Gewand auszumachen, das nicht mehr in der Lage ist, mit seinem Votum den vor das Gericht gebrachten Streit zu entscheiden, ohne seine eigenen aus der Verfassung abgeleiteten Wahrheiten zu verkünden. Diese sind im Ergebnis nicht durch einen diskursiven Lösungsansatz gekennzeichnet.¹¹³ Damit stößt das Bundesverfassungsgericht in Anlehnung an das Diktum Böckenfördes¹¹⁴, „dass der säkulare Staat von den Voraussetzungen lebt, die er selbst nicht garantieren kann, ohne seine Freiheitlichkeit in Frage zu stellen“¹¹⁵ an die Grenzen seiner „Macht“.¹¹⁶ Die ehemalige Präsidentin des

Bundesverfassungsgericht Jutta Limbach fasst das Wirken des Bundesverfassungsgerichts folgendermaßen:

„Die Mehrheitsregel prägt nicht allein das Wesen der westlichen Demokratie. Zur Demokratie gehören auch bestimmte grundlegende Werte wie die Menschenrechte, auf die alle Staatsorgane verpflichtet sind. Richterinnen und Richter müssen sich daher bewusst sein, dass sie in einem Spannungsverhältnis arbeiten, auf dessen einer Seite die Mehrheitsregel und auf der anderen Seite die grundlegenden Werteentscheidungen unserer Verfassung Beachtung fordern. Sie haben der Mehrheit zu trotzen, sobald verfassungsrechtliche Garantien wie etwa Minderheitenrechte auf dem Spiel stehen.“¹¹⁷

Die verstorbene Richterin Ruth Bader Ginsburg fällte in ihrer „dissenting opinion“ im Urteil zur Entscheidung der Wahl zwischen Bush und Gore im Jahre 2000 ein vernichtendes Urteil zur Mehrheitsentscheidung des Gerichts, welches das eben angesprochene Spannungsverhältnis gerade in politischen Fragen illustriert.

„In sum, the Court’s conclusion that a constitutionally adequate recount is impractical is a prophecy the Court’s own judgment will not allow to be tested. Such an untested prophecy should not decide the Presidency of the United States. I dissent.“¹¹⁸

Die Senatsmitglieder haben in der Abstimmung am Montag, den 26.10.2020 für die Kandidatin des Präsidenten votiert. Der U.S. Supreme Court hat damit eine konservative Mehrheit erhalten – das heißt aber nicht, dass das Selbstverständnis der Richterinnen und Richter nicht auch zu überraschenden Entscheidungen führen kann. Denn: „Die zentrale Aufgabe von höchsten Gerichten besteht darin, offene oder unklare Rechtsfragen anhand von Gesetzeslage und Verfassung zu entscheiden, dabei aber nicht gesellschaftliche Realitäten aus dem Blick zu verlieren.“¹¹⁹

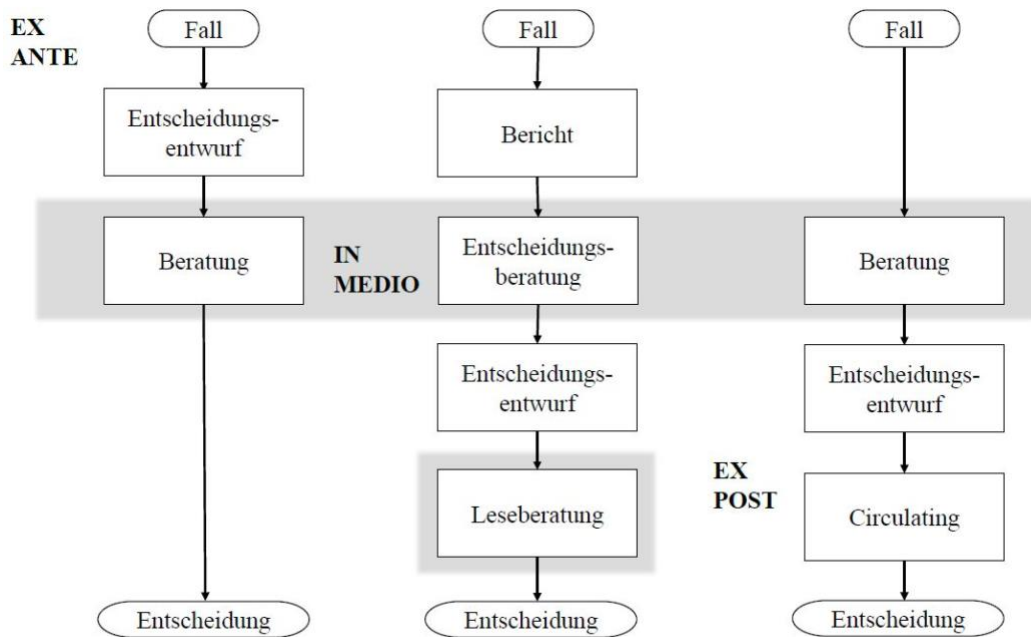


Abbildung: Ex-ante, ex-post und in-medio Gerichte nach Cohen, übernommen aus Andrade, Maria Abad: Verfassungsgerichtliche Entscheidungsfindung und ihre Folgen. Das Türkische Verfassungsgericht zwischen Mehrheitslogik und Konsensverfahren, Baden-Baden 2020, S. 71.

1 Barrett, Amy Coney zitiert nach o. A.: Amy Coney Barrett weicht in Anhörung kontroversen Themen aus, in: Zeit Online v. 13. Oktober 2020, abrufbar unter: <https://www.zeit.de/politik/ausland/2020-10/supreme-court-amy-coney-barrett-richter-in-bestaetigungsverfahren-anhoerung> (zuletzt abgerufen am 13.10.2020).

2Vgl. Denkler, Thorsten: Im Eiltempo zum Supreme Court, in: Süddeutsche.de, abrufbar unter: <https://www.sueddeutsche.de/politik/amy-coney-barrett-donald-trump-supreme-court-1.5045995> (zuletzt abgerufen am 23.10.2020).

3 Vgl. Wetzler, Hubert: Folgenreiches Patt am Supreme Court, in: Süddeutsche.de v. 20. Oktober 2020, abrufbar unter: https://www.sueddeutsche.de/politik/us-wahl-supreme-court-briefwahl-barrett-1.5085643?utm_source=pocket-newtab-global-de-DE (zuletzt abgerufen am 23.10.2020).

4 Vgl. Höreth, Marcus: Kampf um den Supreme Court - Rationalität und Legitimität der Richterernennung, in: Horst, Patrick / Adorf, Philipp / Decker, Frank (Hrsg.): Die USA – eine scheiternde Demokratie, Sonderausgabe für die Bundeszentrale für politische Bildung (bpb), Bonn 2019, S. 187-202; vgl. Landfried, Christine: Die Wahl der Bundesverfassungsrichter und ihre Folgen für die Legitimität der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Ooyen, Robert Christian v. / Möllers, Martin H. W. (Hrsg.): Handbuch Bundesverfassungsgericht im politischen System, 2. Aufl., Wiesbaden 2015, S. 369-388; vgl. Lepsius, Oliver: Die maßstabsetzende Gewalt, in: Jestaedt, Matthias / Lepsius, Oliver / Möllers, Christoph / Schöneberger, Christoph: Das entgrenzte Gericht - Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht, 3. aktual. Aufl. Berlin 2019, S. 159-280.

5 Rudolf Wassermann zitiert nach Ooyen, Robert Christian v.: Bundesverfassungsgericht und politische Theorie Ein Forschungsansatz zur Politologie der Verfassungsgerichtsbarkeit, Wiesbaden 2015, S. 147.

6 Vgl. Kutscher, Hauke-Hendrik: Politisierung oder Verrechtlichung?: Der Streit um die Verfassungsgerichtsbarkeit in Deutschland (1921-1958), Frankfurt am Main 2016, S. 161ff.

7 Kutscher, Hauke-Hendrik: Politisierung oder Verrechtlichung?: Der Streit um die Verfassungsgerichtsbarkeit in Deutschland (1921-1958), Frankfurt am Main 2016, S. 168.

8 Kutscher, Hauke-Hendrik: Politisierung oder Verrechtlichung?: Der Streit um die Verfassungsgerichtsbarkeit in Deutschland (1921-1958), Frankfurt am Main 2016, S. 168.

9 Kutscher, Hauke-Hendrik: Politisierung oder Verrechtlichung?: Der Streit um die Verfassungsgerichtsbarkeit in Deutschland (1921-1958), Frankfurt am Main 2016, S. 101.

10 Vgl. ebd. S. 170.

11 Ernst Forsthoff zitiert nach Kutscher: Politisierung oder Verrechtlichung? S. 173.

12 Kutscher, Hauke-Hendrik: Politisierung oder Verrechtlichung?: Der Streit um die Verfassungsgerichtsbarkeit in Deutschland (1921-1958), Frankfurt am Main 2016, S. 175.

13 Vgl. Kutscher: Politisierung oder Verrechtlichung? S. 175. Das sah auch bereits der Staatsrechtler Hans Kelsen so.

-
- 14 Ebd. S. 177.
- 15 Ipsen, Jörn: Staatsrecht I. Staatsorganisationsrecht, München 2019, S. 236 Rn. 861.
- 16 Vgl. Möllers, Christoph: Legalität, Legitimität und Legitimation des Bundesverfassungsgerichts in: Jestaedt, Matthias / Lepsius, Oliver / Möllers, Christoph / Schöneberger, Christoph: Das entgrenzte Gericht - Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht, 3. aktual. Aufl. Berlin 2019, S. 283-422., S. 309f.; vgl. dazu auch Luhmann, Niklas: Verfassung als evolutionäre Errungenschaft, in: Rechtshistorisches Journal, Nr. 9, Frankfurt am Main 1990, S. 176-220.
- 17 Kritisch Lepsius: Die maßstabsetzende Gewalt, S. 162f.
- 18 Vgl. Engst, Benjamin G.: Die vierte Gesetzeslesung. Verfassungsgerichte des deutschösterreichischen Modells als Vetospieler, in: Frick, Verena / Lembcke, Oliver W. / Lhotta, Roland (Hrsg.): Politik und Recht. Umriss eines politikwissenschaftlichen Forschungsfeldes, Baden-Baden 2017, S. 281-301 (S. 281f.).
- 19 Ebd. S. 284f.
- 20 Lomfeld: Grammatik der Rechtfertigung, S. 520.
- 21 Ebd. S. 521.
- 22 Ebd.
- 23 Vgl. Lomfeld: Grammatik der Rechtfertigung, S. 521.
- 24 Ipsen: Staatsrecht I, S. 237 Rn. 862.
- 25 Ipsen: Staatsrecht I, S. 237 Rn. 862.
- 26 Ipsen: Staatsrecht I, S. 237 Rn. 862.
- 27 Lepsius: Die maßstabsetzende Gewalt, S. 168.
- 28 Vgl. Marcus: Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland, Stuttgart 2014, S. 63f.
- 29 Höreth: Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 63.
- 30 Vgl. HeunWerner: Die Verfassungsordnung der Bundesrepublik Deutschland, Tübingen 2012, S. 200.
- 31 Höreth: Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 63.
- 32 Massing: Politik als Recht, S. 198.
- 33 Vgl. ebd. S. 200.
- 34 Vgl. Jestaedt, Matthias: Phänomen Bundesverfassungsgericht. Was das Gericht zu dem macht, was es ist, in: Jestaedt, Matthias / Lepsius, Oliver / Möllers, Christoph / Schöneberger, Christoph: Das entgrenzte Gericht - Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht, 3. aktual. Aufl. Berlin 2019, S. 79-160 (S. 103f.).
- 35 Boulanger, Christian: Rollen und Funktionen der Verfassungsgerichtsbarkeit. Eine theoretische Annäherung, in: Wrase, Michael / Boulanger, Christian (Hrsg.): Die Politik des Verfassungsrechts. Interdisziplinäre und vergleichende Perspektiven auf die Rolle und Funktion von Verfassungsgerichten, Baden-Baden 2013, S. 67-87 (S. 67).
- 36 Vgl. Möllers: Legalität, Legitimität und Legitimation, S. 333f. und S. 341f.
- 37 Ebd. S. 344f.
- 38 Vgl. Engst, Benjamin G. / Gschwend, Thomas / Sternberg, Sebastian: Die Besetzung des Bundesverfassungsgerichts. Ein Spiegelbild gesellschaftlicher Präferenzen? In: Politische Vierteljahresschrift (PVS), Jg. 61, Wiesbaden 2020, S. 39-60 (S. 40); vgl. auch Müller, Reinhard: Machtverschiebung in Karlsruhe? In: Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 26.02.2020, Nr. 48, S. 8.
- 39 Vgl. dazu Landfried, Christine: Die Wahl der Bundesverfassungsrichter und ihre Folgen für die Legitimität der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Ooyen, Robert Chr. Van / Möllers, Martin H. W. (Hrsg.): Handbuch Bundesverfassungsgericht im politischen System, 2. Aufl., Wiesbaden 2015, S. 369-388 (S. 371ff.).
- 40 Vgl. Engst / Gschwend / Sternberg: Die Besetzung des Bundesverfassungsgerichts, S. 43f.
- 41 Vgl. Art. 94 Abs. 1 GG i. V. m. § 3 Abs. 2 BVerfGG.
- 42 Ideologische Ausrichtung spielt in den Vereinigten Staaten eine nicht zu unterschätzende Rolle, vgl. dazu Engst / Gschwend / Sternberg: Die Besetzung des Bundesverfassungsgerichts, S. 45f.; vgl. Kau: Marcel: United States Supreme Court und Bundesverfassungsgericht. Die Bedeutung des United States Supreme Court für die Errichtung und Fortentwicklung des Bundesverfassungsgerichts, Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, Bd. 187, Heidelberg 2007, S. 184ff.
- 43 Vgl. kritisch mit Verweis auf die Rechtsprechung zur Parteienfinanzierung, die möglicherweise auf eine Neubesetzung der Richterbank zurückzuführen ist, Landfried, Christine: Die Wahl der Bundesverfassungsrichter und ihre Folgen für die Legitimität der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Ooyen, Robert Chr. Van / Möllers, Martin H. W. (Hrsg.): Handbuch Bundesverfassungsgericht im politischen System, 2. Aufl., Wiesbaden 2015, S. 369-388 (S. 382f.).
- 44 § 2 BVerfGG.
- 45 Art. 94 Abs. 1 GG i. V. m. § 2 Abs. 3 BVerfGG.
- 46 § 6 Abs. 1 BVerfGG.
- 47 Vgl. Heun: Die Verfassungsordnung, S. 197.
- 48 Hier könnte der Gesetzgeber mit einer einfachen Mehrheit die Wahl zulässig umgestalten, da das Grundgesetz keine Aussagen darüber tätigt.

-
- 49 Anders verhält es sich in den Vereinigten Staaten, in denen sich die Kandidaten öffentlichen „Hearings“ stellen müssen.
- 50 Vgl. Ipsen: Staatsrecht I, S. 234 Rn. 852f.; vgl. Heun: Die Verfassungsordnung, S. 196f.
- 51 § 4 BVerfGG.
- 52 Vgl. Kau: United States Supreme Court und Bundesverfassungsgericht, S. 203.
- 53 Ebd. S. 197.
- 54 Anders sieht das Müller, Reinhard: Machtverschiebung in Karlsruhe? In: Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 26.02.2020, Nr. 48, S. 8.
- 55 Vgl. Brugger, Winfried: Vom Rehnquist Court zum Roberts und Alito Court. Ein konservativer Wendepunkt im U.S. Supreme Court? In: Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht (ZaöRV), Bd. 66, Heidelberg 2006, S. 415-434 (S. 415f.).
- 56 Vgl. Kau: United States Supreme Court und Bundesverfassungsgericht, S. 244f.; so auch Andrade, Maria Abad: Verfassungsgerichtliche Entscheidungsfindung und ihre Folgen. Das Türkische Verfassungsgericht zwischen Mehrheitslogik und Konsensverfahren, Baden-Baden 2020, S. 87.
- 57 Vgl. Schlögel, Martina: Strategen in Roben. Einflussfaktoren auf die Rechtsprechung des U.S. Supreme Court und deren Implikation für das Bundesverfassungsgericht, in: Ooyen, Robert Christian v. / Möllers, Martin H. W. (Hrsg.): Handbuch Bundesverfassungsgericht im politischen System, 2. Aufl., Wiesbaden 2015, S. 889-910; Vgl. Brugger: Vom Rehnquist Court zum Roberts und Alito Court. S. 415f.
- 58 Earl Warren, Chief Justice von 1953 bis 1969, Warren Burger, Chief Justice von 1969 bis 1986, William Rehnquist, Chief Justice von 1986 bis 2005 und seit 2005 ist John Glover Roberts Chief Justice.
- 59 Vgl. Brugger: Vom Rehnquist Court zum Roberts und Alito Court, S. 419f.; vgl. O'Brien, David M.: Storm Center. The Supreme Court in American Politics, 9. Aufl., New York 2011, S. 39f.
- 60 Cahill, Petra: Empty Supreme Court Seat Is Being 'Stolen' by Republicans: Merkley, in: NBCNEWS v. 11. November 2016, abrufbar unter: <https://www.nbcnews.com/politics/supreme-court/empty-supreme-court-seat-being-stolen-republicans-merkley-n682386> (zuletzt abgerufen am 13.10.2020).
- 61 Vgl. Wetzel, Hubert: Folgenreiches Patt am Supreme Court, in: Süddeutsche.de v. 20. Oktober 2020, abrufbar unter: https://www.sueddeutsche.de/politik/us-wahl-supreme-court-briefwahl-barrett-1.5085643?utm_source=pocket-newtab-global-de-DE (zuletzt abgerufen am 23.10.2020).
- 62 Unterteilung in „well qualified“, „qualified“ und „not qualified“, vgl. O'Brien: Storm Center, S. 45.
- 63 Vgl. Kau: United States Supreme Court und Bundesverfassungsgericht, S. 158f.
- 64 Vgl. O'Brien: Storm Center, S. 40f.
- 65 In Deutschland ist das in beiden Senaten des Bundesverfassungsgericht durch die Anzahl der Richter möglich. Abhilfe schafft § 15 Abs. 4 S. 3 BVerfGG, der feststellt, dass es bei Stimmgleichheit kein Verstoß gegen das Grundgesetz festgestellt werden kann.
- 66 Vgl. Cho, Moohyung / Todd, Jason Douglas / Vanberg, Georg: Politics, Polarization, and the U.S. Supreme Court, in: Kaiser, Anna-Bettina / Petersen, Niels / Saurer, Johannes (Hrsg.): The U.S. Supreme Court and Contemporary Constitutional Law. The Obama Era and Its Legacy, Baden-Baden 2018, S. 41-66 (S. 58f.).
- 67 Rucho v. Common Cause, 588 U.S. ____ (2019).
- 68 Vgl. auch Adorf, Philipp: Wenn politische Akteure die eigene Wählerschaft bestimmen – Die Ziehung der Wahlkreisgrenzen nach den jüngsten Urteilen des US-Supreme Court, in: Zeitschrift für Parlamentsfragen (ZParl), Heft 4, Baden-Baden, S. 852 – 869 (S. 868).
- 69 Rucho v. Common Cause, 588 U.S. ____ S. 30.
- 70 Ebd. S.7.
- 71 Vgl. Cho / Todd / Vanberg: Politics, Polarization, and the U.S. Supreme Court, S. 61f.
- 72 Vgl. Kau: United States Supreme Court und Bundesverfassungsgericht, S. 244f.
- 73 Vgl. Ooyen, Robert Christian v.: Das Politische der Verfassungsgerichtsbarkeit im Vergleich, 2., überarbeitete und erw. Aufl., Frankfurt 2018, S. 33f.; vgl. O'Brien: Storm Center, S. 56ff.
- 74 Vgl. dazu die empirische Studie von Cho / Todd / Vanberg: Politics, Polarization, and the U.S. Supreme Court, S. 55f.; zu einem anderen Ergebnis kommt Dregger, der argumentiert, dass der Roberts Court anhand der politikwissenschaftlichen Messungen liberaler ist als seine Vorgänger, vgl. Dregger, Sebastian: Die Verfassungsinterpretation am US-Supreme Court Politik und Recht. Begründungen und politische Ausrichtung zwischen „Originalism“ und „Living Constitution“, Baden-Baden 2019, S. 246f.
- 75 Vgl. Brugger: Vom Rehnquist Court zum Roberts und Alito Court, S. 423ff.
- 76 Vgl. Jones, Sarah: What We Learned From the New Book on Brett Kavanaugh and His Accusers, in: The Cut v. 16. September 2019, abrufbar unter: <https://www.thecut.com/2019/09/what-the-new-book-about-kavanaugh-and-his-accusers-reveals.html> (zuletzt abgerufen am 13.10.2020) und Carmon, Irvin: How the Kavanaugh Hearings Changed American Men and Women, in: The Cut v. 16. April 2019, abrufbar unter: <https://www.thecut.com/2019/04/new-study-reveals-how-kavanaugh-hearings-changed-americans.html> (zuletzt abgerufen am 13.10.2020).
- 77 Auch der von Bush Senior im Jahre 1991 vorgeschlagene Kandidat Clarence Thomas sah sich ähnlich gelagerten Anschuldigungen gegenüber. Vgl. O'Brien: Storm Center, S. 79f.; vgl. grundlegend auch Issacharoff, Samuel What Does the Supreme Court Do? In: Kaiser, Anna-Bettina / Petersen, Niels / Saurer, Johannes (Hrsg.): The U.S. Supreme Court and Contemporary Constitutional Law. The Obama Era and Its Legacy, Baden-Baden 2018, S. 19-40.

-
- 78 Vgl. O'Brien: Storm Center, S. 46f.
- 79 Vgl. Andrade: Verfassungsgerichtliche Entscheidungsfindung, S. 86f.
- 80 Vgl. Kau: United States Supreme Court und Bundesverfassungsgericht, S. 188f.
- 81 Das war bis in das Jahr 1929 nur der Fall, wenn zwei Drittel der Senatoren dafür stimmten.
- 82 Vgl. Kau: United States Supreme Court und Bundesverfassungsgericht, S. 191f.
- 83 Ebd. S. 203, 210f.
- 84 Ausnahmen gibt es: Peter Müller, ehemaliger Ministerpräsident des Saarlands, vgl. Geis, Matthias /Hildebrandt, Tina: "Heute darf ich das sagen", in: Der Zeit Nr. 15 v. 9. April 2015, abrufbar unter: <https://www.zeit.de/2015/15/peter-mueller-ministerpraesident-richter-regeln> (zuletzt abgerufen am 13.10.2020) und Herta Däubler-Gmelin, vgl. O. A.: Diskretes Dutzend, in: Der Spiegel Nr. 13, Hamburg 1993, S. 47-50.
- 85 Vgl. Kau: United States Supreme Court und Bundesverfassungsgericht, S. 208.
- 86 Vgl. Andrade: Verfassungsgerichtliche Entscheidungsfindung, S. 63f.
- 87 Vgl. die Abbildung am Ende des Artikels.
- 88 Unterscheidung zu im kontinentalen Europa vertretenen Spruchkörper, vgl. Andrade: Verfassungsgerichtliche Entscheidungsfindung, S. 54f.
- 89 Vgl. Andrade: Verfassungsgerichtliche Entscheidungsfindung, S. 66.
- 90 Ebd. S. 65.
- 91 Ebd. S. 70f..
- 92 Vgl. Andrade: Verfassungsgerichtliche Entscheidungsfindung, S. 71.
- 93 Diese sind mit den „concurring votes“ oder „dissenting votes“ aufgrund der unterschiedlichen Logik der Entscheidungsfindung nicht vollumfänglich gleichzusetzen.
- 94 Vgl. Andrade: Verfassungsgerichtliche Entscheidungsfindung, S. 76.
- 95 Vgl. zur geschichtlichen Entwicklung dieser als „seriatim“ bezeichnete Form der Veröffentlichung der einzelnen Entscheidungen der Richter in den Vereinigten Staaten, Andrade: Verfassungsgerichtliche Entscheidungsfindung, S. 75ff.
- 96 Martin H. W. / Möllers, Rosalie: Das Bundesverfassungsgericht als möglicher Vetospieler. Gegenüber Gesetzgebung, Verwaltung und (inter-)nationalen Gerichten, Frankfurt am Main 2015, S. 23.
- 97 Aussagen im Rahmen des EVG-Verfahrens vor dem BVerfG, vgl. Collings, Justin: Phasen der öffentlichen Kritik am Bundesverfassungsgericht, in: Meinel, Florian (Hrsg.): Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bonner Republik. Aspekte einer Geschichte des Bundesverfassungsgerichts, Tübingen 2019, S. 63-80 (S. 66f.); vgl. Wahl, Rainer: Das Bundesverfassungsgericht der Gründungsphase. Entwicklungsgeschichte der Institution und der Rechtsprechung, in: Meinel, Florian (Hrsg.): Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bonner Republik. Aspekte einer Geschichte des Bundesverfassungsgerichts, Tübingen 2019, S. 27-62 (S. 46f.);
- 98 Vgl. Möllers / Möllers: Das Bundesverfassungsgericht als möglicher Vetospieler, S. 35.
- 99 BVerfGE 93, 1.
- 100 Vgl. zu den Grenzen des Verfassungsgerichts auch Simon, Sven: Grenzen des Bundesverfassungsgerichts im europäischen Integrationsprozess, Dissertation des Autors, Tübingen 2016, S. 28ff.
- 101 Würtenberger, Thomas: Zur Legitimität des Verfassungsrichterrechts, in: Guggenberger, Bernd / Würtenberger, Thomas (Hrsg.): Hüter der Verfassung oder Lenker der Politik. Das Bundesverfassungsgericht im Widerstreit, Baden-Baden 1998, S. 57-80 (S. 73f.).
- 102 Guggenberger, Bernd: Zwischen Konsens und Konflikt: Das Bundesverfassungsgericht und die Zukunftsfähigkeit der Gesellschaft, in: Guggenberger, Bernd / Würtenberger, Thomas (Hrsg.): Hüter der Verfassung oder Lenker der Politik. Das Bundesverfassungsgericht im Widerstreit, Baden-Baden 1998, S. 202-232 (S. 207).
- 103 Vgl. Guggenberger: Zwischen Konsens und Konflikt, S. 208; vgl. Möllers / Möllers: Das Bundesverfassungsgericht als möglicher Vetospieler, S. 35f.
- 104 Möllers / Möllers: Das Bundesverfassungsgericht als möglicher Vetospieler, S. 23.
- 105 Guggenberger: Zwischen Konsens und Konflikt, S. 212.
- 106 Vgl. Guggenberger: Zwischen Konsens und Konflikt, S. 212.
- 107 Hönnige weist in diesem Zusammenhang auf das Zusammenspiel zwischen Regierung, Opposition und Verfassungsgericht hin und bezeichnet dieses als „Spannungsdreieck“, vgl. Hönnige, Christoph: Verfassungsgericht, Regierung und Opposition. Die vergleichende Analyse eines Spannungsdreiecks, Wiesbaden 2007, S. 19f.
- 108 Vgl. dazu auch Lomfeld: Grammatik der Rechtfertigung, S. 520f.
- 109 Guggenberger: Zwischen Konsens und Konflikt, S. 213.
- 110 Ebd.
- 111 Lietzmann, Hans J.: „Reflexiver Konstitutionalismus“ und Demokratie. Die moderne Gesellschaft überholt die Verfassungsrechtsprechung, in: Guggenberger, Bernd / Würtenberger, Thomas (Hrsg.): Hüter der Verfassung oder Lenker der Politik. Das Bundesverfassungsgericht im Widerstreit, Baden-Baden 1998, S. 233-261 (S. 241).
- 112 Ebd. S. 259.

113 Vgl. Lietzmann: „Reflexiver Konstitutionalismus“, S. 259f.

114 Dreier, Horst: Staat ohne Gott. Religion in der säkularen Moderne, Sonderausgabe für die Bundeszentrale für politische Bildung, Bonn 2018, S. 189-214.

115 Böckenförde, Ernst-Wolfgang: Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation, in: Ders.: Staat, Gesellschaft, Freiheit. Studien zur Staatstheorie und zum Verfassungsrecht, Frankfurt am Main 1967, S. 42-64 (S. 60).

116 Vgl. Lietzmann: „Reflexiver Konstitutionalismus“, S. 261; vgl. auch Brodocz: Die Macht der Judikative, Wiesbaden 2009, S. 98ff.

117 Limbach, Jutta zitiert nach Voßkuhle, Andreas: Karlsruhe Unlimited? Zu den (unsichtbaren) Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 27.02.2020, Nr. 49, S. 8.

118 Dissenting opinion von Richterin Ruth Bader Ginsburg in Bush vs. Gore 531 U.S. 98 (2000).

119 Kuhn, Johannes: Fünf ältere Herren gegen das liberale Amerika“, in: Süddeutsche.de vom 01.07.2014, anrufbar unter: <https://www.sueddeutsche.de/politik/umstrittenes-supreme-court-urteil-fuenf-aeltere-herren-gegen-das-liberale-amerika-1.2025407> (zuletzt abgerufen am 22.10.2020).