

JOHN F. KENNEDY-INSTITUT
FÜR NORDAMERIKASTUDIEN
Abteilung für Geschichte

WORKING PAPER NO. 13/1988

Knud Krakau

Der Supreme Court: Seine Funktion und
Problematik im gewaltenteilenden
demokratischen Staat

But two sets of rules we must obey
If we are to decide our fate -
The Ten Commandments God gave to us
And the Constitution of the United States

Clinton Roeber
West Elk Tales
Gunnison CO, 1987, p. 103

Copyright © 1988 by Knud Krakau

John F. Kennedy-Institut
Für Nordamerikastudien
Freie Universität Berlin

Lansstrasse 5-9
1000 Berlin 33

Federal Republic of Germany

I. Entstehung und Entwicklung seiner spezifischen Aufgaben

Der dritte Artikel der Bundesverfassung etabliert den Supreme Court als Spitze der Dritten Gewalt des Bundes. Er regelt kurz die unabhängige Stellung der Richter "during good behavior", die vom Präsidenten mit *advice and consent* des Senats ernannt werden (Art. II), sowie die wichtigsten Zuständigkeitsfragen. Alles weitere bleibt dem einfachen Gesetzgeber überlassen, der diese Aufgabe beginnend mit dem Judiciary Act 1789 vielfach wahrgenommen hat.

Dieser Supreme Court ist kein Verfassungsgericht. Anders in der Bundesrepublik Deutschland: das Bundesverfassungsgericht entscheidet nur Verfassungsfragen und Verfassungsfragen werden prinzipiell nur von ihm entschieden. Der Supreme Court dagegen entscheidet als oberste Instanz der allgemeinen ("ordentlichen") Gerichtsbarkeit des Bundes prinzipiell alle Arten von Rechtsstreitigkeiten, für die überhaupt Bundesgerichte zuständig sind. Und er entscheidet nur konkrete Rechtskonflikte - liefert also keine abstrakten Gutachten: *advisory opinions* etwa über Verfassungsfragen - zwischen Bürgern oder zwischen Bürgern und öffentlichen Gewalten von der untersten Ebene bis zum *federal government*. In diesem Zusammenhang prüft er auch Verfassungsfragen, soweit sie entscheidungserheblich sind. Drei Beispiele, die potentiell dem Supreme Court ins Haus stehen: ein Bürger aus Cincinnati klagt sein auf das First Amendment gestützte "Recht" ein, mit seinem

Panzer zum Einkaufen in die Innenstadt zu fahren; ein Bürger in Alabama begehrt gerichtliche Feststellung "how many feet of available urinal space in an Alabama public institution constituted due process of law"; der episkopelische Bischof von Central Florida klagt gg. die Bundesregierung auf 200 000 \$ Schadensersatz, weil eine auf dem Tennisplatz der Navy erlittene Knieverletzung ihn am Kniefall vor dem Altar hindere.¹⁾

Die amerikanische Gesellschaft zeichnet sich aus vielfachen Gründen durch eine außerordentliche Prozeßfreudigkeit aus. Man hat zuletzt von einer "litigation explosion" gesprochen und Chief Justice Burger hat mehrfach gewarnt, das amerikanische Gerichtssystem werde, wenn nicht Abhilfe erfolge, bis zum Ende des Jahrhunderts zusammenbrechen²⁾. Die wichtigsten Strategien dagegen sind - über lange Zeit hinweg - einmal die gesetzliche Beschränkung der Appellationsmöglichkeiten an den Supreme Court, zum anderen (ebenfalls durch Gesetz und selbstgegebene Verfahrensordnung des Supreme Court) die ständige Erweiterung der *discretion* des Supreme Court bei der Entscheidung darüber, welche Fälle er entscheiden will, so daß er heute im Ergebnis seine Agenda weitgehend selbstständig und frei bestimmt. Diese Lage erzeugt einen ganz natürlichen Druck zur Konzentration auf "cases of national importance"³⁾ - und das sind in zunehmendem Maße Fälle mit wichtigen Verfassungsfragen. Deren Anteil an der Supreme Court-Judikatur betrug im ersten Jahrzehnt seiner Existenz 0%, im 1882 *term* 4% und im 1981 *term* 56% (Tendenz noch zunehmend).⁴⁾ Man kann also deutlich einen Funktionswandel des

Gerichts beobachten: seine Aufgabe ist es nicht mehr primär, Einzelfallgerechtigkeit zu gewährleisten, sondern es wird materiell mehr und mehr zu einem Verfassungsgericht.⁵⁾ Dennoch trifft es Verfassungsentscheidungen nach wie vor ausschließlich im Rahmen und aus Anlaß konkreter Rechtskonflikte und zu deren Lösung.

Das wichtigste Instrument dafür ist natürlich die *Judicial Review*. Das ist die Befugnis, Gesetze des Bundes und der Gliedstaaten an der Bundesverfassung zu messen und sie für nichtig - *null and void* - zu erklären, wenn sie im Widerspruch zu ihr stehen.⁶⁾ Chief Justice John Marshall entwickelte diese Verwerfungskompetenz in *Marbury v. Madison* (1803) mittels eben der Art von schöpferischer Interpretation der Verfassung - diese sieht explizit eine solche Kompetenz nicht vor -, die heute wieder Gegenstand heftiger Diskussion und Kritik ist. Gelegentlich wird heute noch oder wieder in Zweifel gezogen, daß *Judicial Review* legitime Ausübung richterlicher Gewalt sei. Überwiegend jedoch wird sie als Teil des historisch gewachsenen *corpus* des amerikanischen Verfassungsrechtes akzeptiert.

Die historische Forschung ist sich inzwischen einig darüber, daß es 1803 für John Marshall Präzedenzfälle gab, daß die Inanspruchnahme der *Judicial Review* der Verfassungslogik entsprach und von politisch-ideengeschichtlichen Traditionen in

Amerika getragen wurde, daß sie im Grunde sogar in Philadelphia 'gemeint war', also im Ergebnis 'in der Luft lag'.⁷⁾ John Marshall selbst hatte sich schon in der Virginia Ratification Convention eindeutig in diesem Sinne geäußert.⁸⁾

Immerhin aber waren die Beratungen in Philadelphia geheim geführt und 1803 noch nicht publiziert worden. Marshall mußte also zu diesem Zeitpunkt seine Entscheidung durchaus noch legitimieren. Das gelang ihm politisch, indem er *in casu* dem Supreme Court die Entscheidungskompetenz für ein Urteil gegen die argwöhnische Jefferson-Administration mit der Begründung versagte, die Gesetzesgrundlage für diese Kompetenz verstoße gegen die Verfassung. Aber eben mit dieser richterlichen Zurückhaltung, der Jefferson als Präsident nicht gut widersprechen konnte, verankerte Marshall die *Judicial Review* um so fester für die Zukunft.

Der Supreme Court setzte sie zunächst gegen die States durch, behauptete sie zum 2. Male gegen ein Bundesgesetz aber erst im berühmt-berüchtigten Dred Scott Fall 1857. Im späten 19. und 20. Jahrhundert wurde sie zur hundertfach angewandten Routine⁹⁾, die nur noch selten grundsätzlich in Frage gestellt wird. Marshall faßte die rechtliche Argumentation 1803 in dem Satz zusammen:

"It is emphatically the promise and duty
of the judicial department to say what
the law is"¹⁰⁾ -

was eben auch für das Verhältnis der höherrangigen Verfassung als *fundamental* oder *paramount law* gegenüber dem einfachen Gesetz gilt. Dieser Satz ist zum geflügelten Wort in der amerikanischen Verfassungsdiskussion geworden.

II. Theorie der Judicial Review

Eine Frage ganz anderer Art ist die Legitimierung und theoretische Fundierung der richterlichen Verwerfungskompetenz im demokratischen und gewaltenteilenden Staat. Neun nicht gewählte Richter (ihre Zahl hat im Laufe der Zeit geschwankt) erklären das Ergebnis repräsentativer und demokratisch legitimierter Gesetzgebungsdeliberationen für *null and void* - wegen eines Verfassungsverstoßes, der ja nicht offen zutage liegt (solche Fälle, gibt es sie überhaupt, sind ganz irrelevant), der in der Regel nicht vorhersehbar ist, der in einem komplizierten Verfahren erst herauspräpariert werden muß mit Begründungen, die nicht immer leicht nachvollziehbar sind. Unterschiedliche Wertungen sind es, die ein Gesetz verfassungswidrig machen, Wertungen, über die es - natürlich - nicht nur im Verhältnis zwischen Gesetzgeber und Supreme Court, sondern auch innerhalb des Gerichts selten einen Konsens gibt. Es mehren sich Entscheidungen, in denen es außer über den Tenor keine zwei voll übereinstimmende *opinions* gibt (Pentagon Papers, Todesstrafen). Letzlich konstituiert die Meinung von fünf Richtern - oder schließlich eines Richters - die Verfassungswidrigkeit. Wie legitimiert sich diese rechtliche und politische Macht des Gerichts gegenüber dem demokratischen Gesetzgebungsverfahren, als "counter-majoritarian force in our system"?¹¹⁾

Den Kern des Problems hat, wie so oft, Tocqueville besonders prägnant formuliert. In seinem Kapitel über die "Ursachen, welche die Tyrannei der Mehrheit in den Vereinigten Staaten mildern", behandelt Tocqueville ausführlich den dem Juristenstande (Anwaltschaft und Richtern) in Amerika eigenen aristokratischen Charakter. Die Juristen bildeten das "stärkste, wenn nicht einzige Gegengewicht gegen das demokratische Element" oder die "Sicherung gegen die Exzesse der Demokratie". Mittels der Gerichte "kontrollieren die Juristen die Demokratie". - Und erst dann folgt der oft zitierte Satz: "kaum eine politische Frage stellt sich in den Vereinigten Staaten, die nicht früher oder später in eine judizielle verwandelt würde."¹²⁾ Oder vor einigen Jahren Richter Jackson: "Struggles over power that in Europe call out regiments of troops, in America call out battalions of lawyers."¹³⁾ Diese Beobachtung hängt damit zusammen, daß die amerikanische Verfassung den politischen Prozeßcharakter relativ stärker betont als inhaltlich-normative Festlegungen. *Deshalb* konnte sie als integrierendes und Konsens-stiftendes *Symbol* Nord- und Südstaaten, Federalists und Antifederalists ebenso wie immer neue Einwandererwellen zu einer "Nation" zusammenfügen.

Und schon fast 25 Jahre vor Madison ging Hamilton im *Federalist* (Nr.78) von der *judicial review power* des Supreme Court aus und artikulierte unser Problem sehr scharf. Dennoch hielt er den Supreme Court als Dritte Gewalt, auf die traditionellen Whig-

Ängste vor Machtkonzentration und Machtmißbrauch anspielend, für "the least dangerous branch [of government]", weil er ja nur der Verfassung zur Geltung ver helfe und er weder über "sword" noch "purse" verfüge.¹⁴⁾

In dem hier zugrundeliegenden Verfassungsbegriff, der nicht speziell Hamiltons, sondern der seiner Zeit ganz allgemein ist, verschmelzen traditionell naturrechtliche Elemente ("higher law") mit dem neuen Prinzip der Volkssouveränität. Die Verfassung verkörpert beide Prinzipien und ist deshalb, insbesondere in ihrer schriftlichen Gestalt, *fundamental* oder *paramount law*. Daraus folgt erstens: Als Recht höchsten Ranges ("supreme law of the land" heißt es in Art. 6 II der Verfassung) determiniert, kontrolliert und begrenzt sie die Aufgaben und Handlungsspielräume *aller* öffentlichen Gewalten: Legislative, Exekutive und Gerichte - "government of limited powers"; und zweitens kann nur der neue Souverän, das Volk, der sie gegeben hat, sie auch ändern. Diese radikal neue Verfassungsvorstellung verdrängt das traditionelle englische Blackstone'sche Konzept der absoluten Parlamentssouveränität.¹⁵⁾

Hamilton erklärt das neue Modell mit der Figur des Auftrages. Legislative und Exekutive sind Beauftragte des Souveräns=Volk und dürfen bzw. können die Grenzen ihres Auftrages, die die Verfassung festlegt, nicht überschreiten. Tun sie es dennoch, so ist ihr Handeln, z.B. ein Gesetz, *null and void*. Sie handeln *ultra vires*. Spricht der Supreme Court das aus, so

verletzt er damit nicht etwa selbst das Prinzip der Gewaltenteilung, stellt er sich nicht etwa über den Gesetzgeber, sondern verhilft nur der Verfassung zur Geltung, d.h. der "power of the people [which] is superior to both." Die Schwäche von Hamilton's Argument liegt vor allem darin, daß er ein vereinfachtes mechanistisches Modell von Rechtsprechung zugrundelegt: "neither *force* nor *will* , but merely *judgment*".¹⁶⁾ Er war deutlich von Montesquieu inspiriert, der ja die Dritte Gewalt als "invisible et nulle" oder "en quelque façon nulle", verstand und in ihr nur sah "la bouche qui prononce les paroles de la loi".¹⁷⁾ Eben darum gehen bis heute die konkreten Konflikte.

Hilfreicher sind vielleicht die Kategorien Identität und Repräsentation.¹⁸⁾ Der Gesetzgeber *repräsentiert* lediglich den (Volks-) Souverän und ist deshalb an *dessen* Grenzgebungen in der Verfassung gebunden, die der Supreme Court überprüfen kann. Gesetzgeber und Volkssouverän sind aber nicht (in Rousseauistischer oder Carl Schmitt'scher Manier) identisch. Ginge man von einer solchen Identität aus, so gäbe die Bindung durch bzw. an die Verfassung (außer als temporäre Selbstbindung) ebenso wie die *Judicial Review* zu deren Durchsetzung keinen Sinn.

Die Weimarer Verfassung ist durch dieses Identitätsdenken charakterisiert, eine gewissermaßen hyper-demokratische Konzeption. Der demokratisch gewählte Gesetzgeber war "das

Volk" (Identität) und änderte deshalb mit jedem Gesetz, das zufällig (wie die meisten Gesetze) die für Verfassungsänderungen erforderliche Mehrheit hatte, die Verfassung, soweit das Gesetz im Widerspruch zu ihr stand. Logischerweise konnte es unter der Weimarer Verfassung *Judicial Review* nicht oder bestenfalls in Ansätzen geben.¹⁹⁾

Aber neben den hier erwähnten Spielarten einer demokratietheoretischen Begründung und der historischen Legitimation der *Judicial Review* wäre noch eine pragmatisch-dezisionistische Fundierung denkbar.²⁰⁾ Die zentrale Frage ist: wessen Ansicht soll in legitimerweise offenen Interpretationsfragen über die Verfassung entscheiden? Wer ist dafür besser geeignet - wenige auf Lebenszeit ("during good behaviour") ernannte Richter? Gewählte Vertreter des Volkes? Die Exekutive? Die amerikanische Antwort: die 'Richter', ist logisch oder theoretisch in keiner Weise zwingend. Sicher ist nur, daß in dem komplexen amerikanischen politischen System der Diffusion, Trennung und Verzahnung von Macht und Aufgaben Entscheidungen irgendwo getroffen werden *müssen*.

Ein oder zwei Beispiele. Der (Federal) Civil Rights Act 1964, Title III,²¹⁾ regelt den Zugang zu *public facilities*, Hotels, Restaurants etc. Fällt diese Art von Regelung grundsätzlich in den sehr weit gehenden Aufgabenbereich der *States*? Diese könnten sich auf Ihre *police power* berufen, d.h. ihre generelle originäre Verantwortung für das Allgemeinwohl, das nach der

Formulierung durch Chief Justice Shaw von Massachusetts 1851 praktisch allumfassend ist: "... to make, ordain and establish all manner of wholesome and reasonable laws, ..., not repugnant to the constitution [of Mass.], as they shall judge to be for the good and welfare of the commonwealth."²²⁾ - Oder kann der Bund seine Zuständigkeit für die erwähnten Regelungen des Civil Rights Act auf die *commerce clause* gründen? Dabei ist daran zu erinnern, daß der Supreme Court 1883 den ganz ähnlichen Civil Rights Act von 1875 wegen Verstoßes gegen das 14. Amendment letzter Absatz für nichtig erklärt hatte, weil die Adressaten des Gesetzes die Bürger in den States und nicht - wie das 14. Amendment verlangt - die States selbst waren;²³⁾ damals hatte der Supreme Court die *commerce clause* (d.h. die Grundlage für das Gesetz von 1964) überhaupt nicht in Betracht gezogen. Wer entscheidet das? Erste Lösung: Jeder Zweig des *federal government* (Präsident, Kongreß) prüft und entscheidet für sich selbst. Korrekturen bei fehlendem Konsens erfolgen durch den normalen politischen Prozeß. Oder: in Philadelphia war ein *Council of Revision* diskutiert worden, ein besonderes Organ bestehend aus Präsident und Supreme Court, das die Verfassungskonformität und sogar die (politische) Zweckmäßigkeit von Gesetzentwürfen überprüfen sollte.²⁴⁾ Oder man kann die letzte Entscheidung über den Civil Rights Act den States überlassen, sie sind ja "betroffen". Hier führt eine gerade Linie von der *interposition* oder *nullification* der Sedition Act-Debatte 1798 über die *Nullification Crisis* in

South Carolina in den frühen 1830er Jahren zum Bürgerkrieg.²⁵⁾
Oder schließlich: der Supreme Court entscheidet.

Im umgekehrten Falle: Einzelstaatliche Steuer- oder
Verkehrsgesetze ragen in den Kompetenzbereich der Bundes-
Commerce Clause hinein. Wieder die Frage: wer entscheidet im
Konfliktfalle? Der Einzelstaat mit legitimen eigenen Interessen
im Rahmen der *police power*? Der Kongreß mit seiner ihm von der
Verfassung auferlegten Verantwortung für den kontinentalen
einheitlichen Markt? Philadelphia hatte das von Madison
vorgeschlagene Veto-Recht des Kongresses gegenüber *state laws*
verworfen.²⁶⁾ – Oder wieder: der Supreme Court?

Schließlich bei Konflikten zwischen Kongreß und Präsident oder
Supreme Court und Präsident, z.B. um die *war powers*, um
Informationskontrolle (Nixon's Tonbänder), um das Recht zu
temporärer Beschlagnahme der Stahlindustrie bei einem
Massenstreik im Kriege (Korea) usw. – entscheidet der
Präsident? Oder der Kongreß? Letzteres ist die Logik des *War
Powers Act* und zahlreicher anderer *legislative veto*-Regelungen,
die der Supreme Court jedoch alle wieder in Frage gestellt hat
(Chadha, 1983).²⁷⁾ Oder entscheidet der Supreme Court? Er scheint
das letzte Wort zumindest darüber zu behalten, ob er es behält
oder nicht. – Last und ganz gewiß not least: wer entscheidet,
wenn es um Konflikte zwischen dem einzelnen Bürger und den
öffentlichen Gewalten der *States* oder des Bundes geht: diese
Gewalten – oder (letztlich) der Supreme Court?

Diese Argumentation läuft auf folgendes hinaus: In der Regel kann man offene Verfassungsfragen mit guten Gründen unterschiedlich beantworten. Oft ist weniger wichtig, *wer* das tut. Das amerikanische System der Machtdiffusion, Gewaltentrennung und -verzahnung und Aufgaben-Differenzierung verlangt aber dringlich danach, *daß* es überhaupt geschieht. Insofern ist die Entscheidung dezisionistisch (wie Rechts- vor Linksverkehr auf der Straße). Amerika hat sich für den Supreme Court entschieden.

Dabei ist jedoch auf die Bemerkung von Justice O.W. Holmes hinzuweisen, daß Judicial Review gegenüber *Bundesgesetzen* vielleicht entbehrlich sei, daß aber die Union in Gefahr gerate, wenn sie den Vorrang der Bundesverfassung gegenüber den Einzelstaaten nicht durchsetzen könne.²⁸⁾ – Das komplexe amerikanische Regierungssystem verlangt nach einem Schiedsrichter, ohne den es nicht funktionieren kann. Diesen Begriff des *umpire* (Schiedsrichter), der wiederum den Prozeßcharakter der Verfassung unterstreicht, prägte schon Madison: "The great desideratum ... for Republican Governments, seems to be some disinterested and dispassionate umpire in disputes between different passions and interests in the State".²⁹⁾ Seine Wirksamkeit als *umpire* setzt aber nicht nur die Fähigkeit des Supreme Court voraus, die von der Verfassung vorgenommene Machtverteilung überzeugend zu interpretieren, sondern fordert auch seine Akzeptanz im politischen System.

III. Historische Entwicklungsphasen der Supreme Court- Rechtsprechung

Die Entwicklung der Supreme Court-Rechtsprechung über die Zeit läßt sich in drei große thematische Phasen gliedern.³⁰⁾

Die erste Phase ist mit dem Namen von John Marshall (Chief Justice 1801 - 1835) untrennbar verbunden. In dieser Zeit widmete sich der Supreme Court in vielen Urteilen, welche die Entwicklung des amerikanischen politischen Systems gerade in seiner Frühphase entscheidend geprägt und deshalb Folgewirkungen bis heute gezeitigt haben, den großen Fragen der Zeit: Konsolidierung, Stärkung und Entwicklung (später: Erhaltung) des durch die Verfassung geschaffenen neuen *federal government*; Definierung seiner Macht und Befugnisse insbesondere gegenüber den Einzelstaaten; Klärung der Rolle des Supreme Court selbst (*Judicial Review*); Absicherung der Entfaltung und Expansion des bürgerlich-kapitalistisch-industriellen Systems, der Entwicklung des kontinentalen gemeinsamen Marktes und der Eigentumsrechte des einzelnen Bürgers (Entscheidungen zur *commerce clause* und zur *necessary and proper clause*, über *implied powers*, usw.). - Der Taney Court 1836 - 1864 korrigierte die Richtung etwas zugunsten der States, setzte aber die Eigentumsrechtsprechung mit den allerdings katastrophalen Wirkungen der unseligen Dred Scott-Entscheidung 1857³¹⁾ fort, deshalb katastrophal weil sie die

Verfassung, welche die Sklaverei mit schlechtem Gewissen gerade eben duldete, aber tendenziell zu überwinden trachtete, in ein Instrument zum positiven Schutz, wenn nicht gar zur Expansion der Sklaverei umwandelte und damit die Union gefährdete.

Nach einer Zwischenzeit der Unentschiedenheit beginnt die zweite markante Phase in den 1880er Jahren und dauert ein halbes Jahrhundert bis in die 1930er Jahre. Sie ist charakterisiert durch eine von extremer *laissez-faire*-Ideologie geprägte Rechtsprechung zum Schutze des Eigentums, die sich, in der Periode der Hochindustrialisierung, insbesondere zugunsten von *corporate property* auswirkt.

Aus Sorge um *liberty* und *property* verwarf eine solide Mehrheit des Supreme Court mittels der jetzt immer häufiger ausgeübten Judicial Review die wirtschaftsregulierenden oder sozialpolitischen Ansätze bundes- oder einzelstaatlicher Gesetzgeber bei ihren Versuchen, *minimum wages*, *maximum hours*, Frauen- und Kinderarbeit, Monopolbildungen etc. zu regulieren. Das Instrument wurde die *substantive due process*-Doktrin.³²⁾ Sie stützt sich auf die *due process*-Klauseln im 5. und 14. Amendment. Diese schützen in besonderer Weise "liberty, or property" gegen Eingriffe des Bundes oder der States "without due process of law". Der besondere Gehalt (*substance*) dieser Rechtsgüter Eigentum und Freiheit, insbesondere in der vom Supreme Court daraus entwickelten Figur der Vertragsfreiheit (etwa der 'Freiheit', sich für zwölf Stunden pro Tag und sieben

Tage in der Woche zu verdingen), verdrängte den ursprünglichen Sinn von *due process* als Schutz durch Verfahren, demzufolge ein Eingriff möglich ist, sofern er in geordnetem Verfahren erfolgt. Dies ist *procedural due process*, das in jedem Strafverfahren unter dieser Voraussetzung die Strafe ermöglicht. Der vom Supreme Court herausgehobene besondere Gehalt der Schutzgüter Eigentum und Vertragsfreiheit drängte sich, umgekehrt ausgedrückt, so in den Vordergrund, daß kein noch so geordnetes Verfahren oder Gesetz einen regulierenden Eingriff (z.B. Arbeitszeitbegrenzung) rechtfertigte. Ein solches Gesetz behandelte der Supreme Court als verfassungswidrige Versagung von (*substantive*) *due process*, weil in seinen Augen gegenüber dem hochstilisierten Schutzgut kein denkbarer Eingriff im Namen der *police power* als "fair, reasonable and appropriate" erscheinen konnte. Wiecek faßt zusammen: "... this amorphous doctrine held that all individuals and corporations have substantive rights to liberty and property that state and federal legislatures may not infringe".³³⁾ *Lochner v. New York* (1905)³⁴⁾ ist eine der wichtigen Entscheidungen dieser Richtung. Sie erklärte ein Gesetz des Staates New York für verfassungswidrig, das die Arbeitszeit der Bäcker auf maximal 10 Stunden täglich oder 60 Stunden in der Woche begrenzte. - Am Beispiel des berühmt-bissigen *dissent* von J. Holmes in diesem Urteil sei *en passant* auf die produktive Rolle der *dissenting opinion* für die jeweils künftige Rechtsentwicklung hingewiesen. Holmes bemerkte scharf: "The 14th Amendment does not enact Mr. Herbert Spencer's *Social*

Statics.... a constitution is not intended to embody a particular economic theory", und plädierte nachdrücklich für richterliche Zurückhaltung und mehr Respekt gegenüber dem Gesetzgeber. Dieses Plaidoyer für *judicial restraint* ist bis heute ein wichtiges Argument der Kritik gegenüber einem als "aktivistisch" qualifizierten Supreme Court.

Die Verfassungsinterpretation des Supreme Court zum *substantive due process* kam insbesondere den individuellen oder noch mehr den korporativen Eigentümern von industriellen Produktionsmitteln zugute. Daß die Verweisung des angestellten Bäckers auf seine "Freiheit", einen 12-Stunden-Vertrag zu schließen, seine Menschenwürde eher verhöhnte, weil diese Verweisung von einem formalistischen Gleichheitsbegriff ohne Entsprechung in der Realität ausging, kam jedenfalls der Supreme Court-Mehrheit nicht in den Sinn. - In einer langfristigen Perspektive läßt sich vielleicht argumentieren, diese Rechtsprechung sei für die Entfaltung des amerikanischen industriellen Kapitalismus und seiner Produktivkräfte "erforderlich" gewesen. Sicher ist, daß sie die sozialen Kosten ungleich verteilen half.

Die Auseinandersetzungen um die New Deal-Gesetzgebung führten schließlich zur Preisgabe dieser Rechtsprechung durch den Supreme Court im Jahre 1937. In spektakulärer Hinwendung zu *judicial restraint* respektierte der Supreme Court in der Folgezeit als *due process* im Sinne des 5. und 14. Amendment

praktisch jede rationale wirtschafts- und sozialpolitische Regulierungsmaßnahme von Bund und Einzelstaaten: eine solche Maßnahme [which] "is reasonable in relation to its subject [einem im Sinne der Verfassung legitimen Ziel, z.B. im Rahmen der police power] and is adopted in the interests of the community is due process ... [eine solche] cannot be regarded as arbitrary or capricious, and that is all we have to decide".³⁵⁾

IV. Individualrechtsschutz seit Ende 1930er Jahre

Diese Wandlungen leiteten zugleich die dritte große Phase in der Entwicklung der Supreme Court-Rechtsprechung ein, nämlich die Hinwendung zum verstärkten Schutz der Individualrechte.³⁶⁾ Gegenwärtig befinden wir uns in einer daran anschließenden Übergangs- oder schon neuen Phase, in der diese Entwicklung problematisiert, möglicherweise zurückgenommen oder in neue Richtungen gelenkt wird.

Hier - in dieser 3. Phase - fließen zwei Entwicklungen zusammen. Die eine ist die unmittelbare Reaktion auf die *substantive due process*-Doktrin. Die andere ist ein großer historischer Bogen. In den 1920er Jahren beginnt im Grundrechtsbereich ein fundamentaler Verfassungswandel konkrete Gestalt anzunehmen, der durch die Bürgerkriegs-Amendments XIII - XV eingeleitet, dessen Entfaltung aber durch

die zuvor geschilderten Entwicklungen zunächst verschüttet worden war.

Die ursprüngliche Verfassung einschließlich der *Bill of Rights* hatte sich auf die Einhegung der mit Mißtrauen begleiteten neuen zentralen Bundesgewalten konzentriert. In ihnen sah man die Quelle möglicher Gefährdung individueller Freiheiten (*life, liberty, property, pursuit of happiness*). In den *States* schien Bürgerfreiheit vor allem infolge langer politischer Mitgestaltungstradition wie auch angesichts der neuen einzelstaatlichen Grundrechtserklärungen gewährleistet; und über die *States* sah man diese Freiheiten letztlich auch gegen den Bund garantiert. Hauptsächlich deshalb enthielt die Verfassung von 1787/89 zunächst keinen allgemeinen Grundrechtskatalog. Die Verbote und Gebote der *Bill of Rights* von 1789/91 richteten sich deshalb ausschließlich gegen die Bundesgewalten. Die Erfahrungen der ersten sieben Jahrzehnte, insbesondere im Zusammenhang mit der Sklaverei, wandelten jedoch diese Erwartungen. Das *Federal Government* wurde in den Augen der Amerikaner und in der politischen Realität allmählich, mit und nach dem Bürgerkriege dann endgültig zum Garanten dieser Rechte.³⁷⁾ Sinnfälligen Ausdruck fand diese Entwicklung in den Bürgerkriegs-*Amendments* XIII - XV und im *Civil Rights Act* 1875. Die Realisierung dieses Neuansatzes wurde in den folgenden Jahrzehnten unterbrochen, weil der Supreme Court - der insofern sicher nur allgemeine gesellschaftliche und politische Entwicklungen reflektierte -

sich ganz auf die ökonomische Entfaltung konzentrierte (oben III) und die Ansätze zur Durchsetzung von Individual-, insbesondere Gleichheits- und Freiheitsrechten aufhob oder verschüttete. Stationen dieser Entwicklung sind die schon erwähnten Civil Rights Cases 1883, Plessy v. Ferguson 1896 mit dem folgenreichen Satz "separate but equal" in der Rassenfrage u.v.a.. Gleichzeitig nutzten viele States die dadurch geschaffenen Freiräume zur gesetzlichen Beschränkung der Gleichheits- und Bürgerrechte insbesondere der Schwarzen (*Jim Crow Laws*).³⁸⁾

Erst im 20. Jahrhundert beginnt der Supreme Court sich überhaupt in relevantem Umfange mit dem Grundrechtsschutz zu befassen. Man wird darin eine verspätete Reaktion auf das Bewußtwerden von den Problemen der modernen industriellen Massengesellschaft und ihren Zwängen auf den einzelnen sehen können.

Und hier verbinden sich nun die beiden erwähnten Entwicklungslinien. Der Supreme Court beginnt den Grundrechtsschutz der *Bill of Rights* seit den 1920er Jahren auszubauen, tastend zunächst und vorerst besonders im Bereich des *First Amendment (free speech, free press)*,³⁹⁾ dann, von den *dissenters* von gestern als Kern der neuen Mehrheit nach 1937 vorangetrieben, in gesteigertem Maße als Reaktion auf die extreme und politisch reaktionäre Eigentumsfixierung eben bis 1937. Gleichzeitig, genauer ab 1925, beginnt der Supreme Court

die Praxis der *incorporation* oder (nach Cardozo) *absorption*: er wendet die Grundrechtssicherungen der ursprünglichen Bill of Rights einschließlich ihrer Entfaltung durch die Supreme Court-Judikatur, die sich ausschließlich gegen das *federal government* gerichtet hatten, über die *due process*- (mitunter auch über die *equal protection*-) Klausel des 14. Amendments auch gegen die States an. Das ist eine revolutionäre Entwicklung, die sich im einzelnen über Jahrzehnte erstreckt und heute noch nicht abgeschlossen ist und die von zumeist konservativer Kritik auch wieder in Frage gestellt wird.⁴⁰⁾ Das heißt der Supreme Court nimmt die 1865/1868/1875 begründete, dann zeitweise verschüttete Tradition der Verantwortung zentraler Bundesinstanzen - des *federal government* - für einen einheitlichen nationalen Mindeststandard in Grundrechtsfragen wieder auf und führt sie energisch fort. Einen Kernbereich dieses neuen Grundrechtsschutzes - Rassenintegration und -gleichheit, *civil liberties* und *civil rights* - stützt der Supreme Court auf die identischen *due process*-Klauseln im 5. und 14. oder auf die *equal protection*-Klausel im 14. Amendment, letztere die einzige Stelle, an der die Verfassung überhaupt von Gleichheit spricht. Auf diese Weise werden der klassische Bereich der ursprünglichen *Bill of Rights*, u. a. *due process*, und die *equal protection* des 14. Amendment eng miteinander verzahnt. Im Zusammenwirken bilden sie in der Hand des Supreme Court das Instrumentarium, mit dessen Hilfe er den Grundrechtsschutz gleichermaßen auf der Bundes- wie einzelstaatlichen Ebene vorantreibt.

Sieht man von gelegentlichen spezifischen Grundrechtserörterungen anlässlich konkreter einzelner Konfliktfälle ab, etwa zur *free speech / free press*-Klausel, so hatte die Sensibilisierung des Supreme Court für die generelle Notwendigkeit stärkeren Individualrechtsschutzes jenseits der *property*- und *liberty of contract*-Ideologie mit Justice Benjamin Cardozos Formel in *Palko v. Connecticut* 1937 begonnen: er hatte unterschieden zwischen Rechten (which are) "implicit in the concept of ordered liberty" und jenen, die das nicht sind. Denn wenn man sich der Sphäre z.B. von "freedom of thought and speech" nähere, erreiche man "a different plane of social and moral values....[which] is the matrix, the indispensable condition, of nearly every other form of freedom."⁴¹⁾

Justice Harlan F. Stone zog daraus wenig später in der berühmt gewordenen "Anmerkung 4" im *Carolene*-Fall 1938 die Konsequenz: bei Gesetzen über "ordinary commercial transactions" werde die Verfassungsmäßigkeit vermutet, es sei denn daß die Umstände eine "rational basis" für diese Gesetze ganz ausschließen. Diese Vermutung gelte aber (1.) dort nicht mehr, wo ein Gesetz in die Grundrechts-schützende Verbotszone der *Bill of Rights* eindringe (auch wo diese sich über das 14. *Amendment* gegen die States wende), (2.) dort nicht mehr, wo ein Gesetz die politischen Prozesse beeinträchtige, die sonst gegen Rechtsbeeinträchtigungen Abhilfe schaffen könnten; oder (3.)

schließlich entfalle die Vermutung dort, wo solche Gesetze nationale oder rassische Minderheiten trafen, die eben deshalb im normalen politischen Prozeß auf Korrekturen nicht hoffen könnten. Solche Gesetze müßten einer "more exacting judicial scrutiny... more searching judicial inquiry" unterworfen werden.⁴²⁾

Diese Doktrin des sogenannten "double standard" oder der "preferred freedoms [oder] rights"⁴³⁾ wurde jedoch erst vom Warren Court zu voller Entfaltung gebracht. Hatte Stone ursprünglich vielleicht nur eine gesteigerte Sensibilität für den Grundrechtsbereich gemeint und dort besonders sorgfältige Prüfung gefordert, so führte dieser Gedanke in letzter Konsequenz zur Entwicklung von materiellen inhaltlichen Standards. Danach genügt bei *economic regulations* oder dort, wo ganz allgemein *due process* oder *equal protection* in Frage steht, jede "rational [or] reasonable" Beziehung zwischen einem legitimen gesetzgeberischen Ziel und dem gewählten Mittel bzw. Anknüpfungstatbestand, um das Gesetz "verfassungsfest" zu machen (sog. "rational basis"-Test). Dagegen verlangt die auf Cardozo und Stone zurückgehende Rechtsprechung in den beschriebenen Fällen gesteigerten Grundrechtsschutzes "strict scrutiny"; d.h. konkret daß ein Gesetz, das diese Schutzbereiche berührt, nur Bestand hat, wenn es einem "compelling governmental purpose" oder "state interest" dient und wenn es "notwendig" ist, d.h. wenn es keine weniger eingreifende bzw. belastende Alternative gibt. Die Kriterien

sind also wesentlich strenger.⁴⁴⁾ In der *concurring opinion* der Richter Goldberg, Brennan und Chief Justice Warren in *Griswold v. Connecticut* (1965) sind diese Kriterien konzentriert formuliert:

In a long series of cases this Court has held that where fundamental personal liberties are involved, they may not be abridged by the States simply on a showing that a regulatory statute has some rational relationship to the effectuation of a proper state purpose. "Where there is a significant encroachment upon personal liberty, the State may prevail only upon showing a subordinating interest which is compelling." The law must be shown "necessary, and not merely rationally related, to the accomplishment of a permissible state policy."⁴⁵⁾

Welche Personen oder Personengruppen und welche Rechte sind nun aber durch diese strenge Interpretation ("strict scrutiny") der *due process*- und *equal protection*-Klauseln des 5. und 14. *Amendment* besonders geschützt? Wenn und insoweit der *due process* des 14. *Amendment* als "concept of ordered liberty" die *Bill of Rights* "inkorporiert" und zugleich mit der *equal protection*-Klausel kaum unterscheidbar verknüpft: haben dann nur die sogenannten Kernrechte des *First Amendment*, d.h. *free speech, press, assembly, religion* als besonders "fundamental constitutional guarantees"⁴⁶⁾ (so offenbar ursprünglich Justice Stone) an dieser gesteigerten Schutzwirkung teil oder (so spätere Tendenz des Supreme Court) die gesamte *Bill of Rights* mit ihren zum Teil sehr speziellen Rechtsverbürgungen (2. *Amendment*: das Recht "to keep and bear arms"); oder bezieht diese Konstruktion gar andere Rechte mit ein, die in der *Bill of Rights* gar nicht erwähnt werden, die aber das 9. *Amendment*

erkennbar für möglich hält, sofern sie nur *fundamental* genug erscheinen?

Weiter: Gewährt der *strict scrutiny*-Maßstab seinen besonderen Schutz auch politischen Rechten (Wahlrecht etc., Punkt 2 bei Stone), deren ungeschmälernte Ausübung die Voraussetzung für den "normalen" "redress of grievances" im politischen Prozeß ist? Gibt es schließlich schlechthin "suspect categories" von Personen oder Personengruppen (Stone's letzte Kategorie), die als Gegenstand gesetzlicher oder exekutiver Diskriminierung ("classification") automatisch den gesteigerten Schutz der *strict scrutiny* genießen: rassische und andere Minderheiten, aber z.B. auch Frauen?⁴⁷⁾ Und was fordert dieser Schutz: nur Verbot der *segregation* oder auch *busing*, *affirmative action*? - Dies sind, technisch gesprochen, die Gegenstände der gegenwärtigen Debatte im und um den Supreme Court und seine Verfassungsinterpretationen.

V. Aktuelle Verfassungspolitische Diskussion

Jede Entscheidung des amerikanischen Supreme Court über Verfassungsfragen hat eine Doppelnatur. Sie ist *proskriptiv*: entscheidet einen konkreten Streit *inter partes*, erklärt ein bestimmtes Gesetz für nichtig oder verbietet bzw. gebietet einem bestimmten Träger öffentlicher Gewalt ein bestimmtes Verhalten: dem Board des School District von Topeka Ks. die

Rassentrennung in seinem District. Jede Entscheidung ist gleichzeitig - mehr oder weniger - *praeskriptiv*: sie betrifft indirekt, ohne weiteres Zutun des Gerichts, viele Sachverhalte gleicher oder verwandter Art, einfach weil der Supreme Court innerhalb eines funktionierenden Verfassungskonsensus operiert und er weithin respektiert wird. Oft geht der Supreme Court selbst darüber weit hinaus und formuliert explizit, aus seiner Verfassungsentscheidung abgeleitet, umfangreiche Forderungskataloge und Verhaltensrichtlinien, die der Sache nach Legislation sind, d.h. das Ziel haben, eine unbestimmte Zahl von Fällen für die Zukunft allgemein zu regeln. Es gibt natürlich ein breites Spektrum zwischen diesen Extremen, aber jede Entscheidung ist irgendwo zwischen ihnen angesiedelt.⁴⁸⁾ Nun hat der Supreme Court in den letzten Jahrzehnten viele seiner Entscheidungen sehr nahe an den praeskriptiven Pol gerückt. Das ist der Kontext für die zeitgenössische verfassungsrechtliche, -politische und -theoretische Kontroverse.

Die Desegrations-Entscheidung Brown I 1954 ist primär proskriptiv: "Rassentrennung ist verfassungswidrig" - weil sie im oben erörterten Sinne gegen die *equal protection*-Klausel des 14. Amendment verstößt. Mit Brown II 1955 beginnt die lange Reihe von praeskriptiven Entscheidungen über "the manner in which relief is to be accorded".⁴⁹⁾ Für die durch diese Entscheidungen aufgeworfenen Probleme müssen Stichworte genügen: busing; School Districts mit gewählten Leitungsgremien

werden unter zum Teil jahrelange Kuratel unterer Bundesgerichte (d.h. eines ernannten Richters) gestellt, die die Verhältnisse wie ein Gesetzgeber und Administrator in einem neu ordnen und dann wieder über daraus resultierende Klagen entscheiden; das knappe Scheitern - aber erst im Supreme Court - des Versuchs, die Grenzen von 85 Schulbezirken der *metropolitan area* von Detroit im Hinblick auf die ethnische Zusammensetzung der Bevölkerung mit dem Ziel der Rassenmischung durch die Bundesgerichte völlig neu ziehen zu lassen; das Verschwimmen der Grenzen zwischen *de iure-segregation*, die der jeweiligen öffentlichen Hand im Hinblick auf ihr früheres Verhalten zuzurechnen ist und für die sie deshalb korrekturpflichtig gemacht wird, und bloßer *de facto-segregation*, für die zunächst rechtlich keine öffentliche Verantwortlichkeit angenommen wurde. Sodann gehört der Komplex *affirmative action* hierher: Hat der Staat etwa in seinen Universitäten oder als Arbeitgeber oder haben private Institutionen (Universitäten) oder Arbeitgeber das Recht oder gar die Pflicht zu *benign discrimination* durch Vorhalt fester Quoten (etwa Studienplätze) für Angehörige bisher benachteiligter Gruppen oder allgemein durch deren bevorzugte Berücksichtigung (bei Einstellung, Beförderung, Studienplatzvergabe u.ä.), auch wenn diese Personen nach den sonst allgemein angewandten Maßstäben geringere Qualifikation aufweisen? Sollen oder dürfen *States*, Universitäten etc. die Folgen nicht individueller, sondern gesellschaftlicher Diskriminierung kompensieren, indem sie die Kosten auf persönlich völlig unbeteiligte Dritte abwälzen: auf

den Durchschnittsweißen, dem ein Studien- oder Arbeitsplatz oder eine Beförderung zugunsten des / der Angehörigen einer bislang diskriminierten Minderheit oder Gruppe versagt wird ? Eine dergestalt bevorzugte Beförderung einer Frau durch einen öffentlichen Arbeitgeber hat der Supreme Court erst kürzlich bestätigt.⁵⁰⁾ Oder ist die Verfassung schlechthin "farbenblind", verbietet das 14. Amendment auch die *racial classification* in "guter Absicht"? Ist auch *benign discrimination (affirmative action)* immer noch Diskriminierung ("reverse discrimination"), die lediglich gesellschaftlich produzierte Unselbstständigkeit perpetuiert? Wenn der Staat South Carolina sich auf absolute "Farbenblindheit" der Verfassung, d.h. die vollkommene Gleichheit aller beruft, um selbst bescheidene öffentliche Integrationsbemühungen (*busing* u.ä.) abzuwehren, so ist das sicher zynisch im Extrem (man denke an die alte englische *clean hands*-Doktrin). Der leidenschaftliche Appell eines liberalen jüdischen Intellektuellen und Verfassungsrechtlers gegen jede Form von staatlicher Politik zur "Wiedergutmachung" vergangener gesellschaftlicher Diskriminierung gegenüber ethnischen Gruppen - die er aus *eigener* Kraft überwunden hat - verdeutlicht die schier unermessliche moralische, politische, psychologische, rechtliche Komplexität dieses Problems.⁵¹⁾ Es läßt sich, etwas anders gewendet, auf die Frage nach dem Gleichheitsbegriff der Verfassung reduzieren: intendiert sie - soweit sie überhaupt in dieser Hinsicht etwas intendiert, vielleicht in Verbindung mit der Unabhängigkeitserklärung - eine *equality of opportunity* oder die Gleichheit des Ergebnisses, des sozialen oder

wirtschaftlichen Status? Wobei dann die letztgenannte Alternative aus der Sicht der Ersteren in der Regel als (mehr oder weniger *radical*) *egalitarianism* disqualifiziert wird. Die Frage ist so offen wie die dahinterstehenden hier angedeuteten Positionen kontrovers sind.⁵²⁾

In vergleichbarer Weise praeskriptiv hat der Supreme Court in den First Amendment-Bereichen *free speech/free press*, Obszönität und Religion operiert; sodann in bezug auf die Stellung des Beschuldigten im Strafverfahren von der ersten polizeilichen Vernehmung oder Untersuchung an: hier hat der Supreme Court im Namen der Verfassung praktisch ganze Abschnitte von bundeseinheitlichen Verfahrensordnungen ("Strafprozeßordnungen") geschrieben, für die der Kongreß als Gesetzgeber nicht zuständig wäre.⁵³⁾

Schließlich hat der Supreme Court die alte Tabu-Barriere der *political question*-Doktrin durchbrochen und die Neueinteilung von Wahlkreisen verlangt, die infolge demographischer Veränderungen extrem ungleich geworden waren, letztlich weil eben dadurch der politische Prozeß blockiert sei und die normale politische Selbstkorrektur unmöglich werde – eine Art politischer *by-pass*-Operation zur Wiederherstellung der politischen Zirkulation (J. Stone's 2. Punkt). Diesen Ansatz weitete das Gericht dann aus zur prinzipiellen *one man-one vote*-Forderung.⁵⁴⁾

Betrachten wir noch kurz die Problematik der *privacy*-Fälle und der Todesstrafe, um uns dann abschließend der politischen und theoretischen Kritik der modernen Rolle des Supreme Court zuzuwenden. Hier interessiert nur die Begründung des jeweils zu schützenden Rechts. In *Griswold v. Connecticut* 1965⁵⁵⁾ entwickelte der Supreme Court durch Justice Douglas ein Recht auf *privacy* (es ging um die Bestrafung in Connecticut wegen Benutzung, nicht Verkaufs, von Präservativen auch unter Ehepartnern). Dieses Recht auf *privacy* sei durch das 14. Amendment (*due process*) geschützt. Douglas begründet das in der Bill of Rights nicht erwähnte *right of privacy* mit den "Schatten" (*penumbras*), welche die spezifischen Regelungen der Amendments 1, 3, 4, 5, und 8 im Sinne einer geschützten Privatsphäre werfen; er sieht diese "zone of privacy created by several fundamental constitutional guarantees" dieser Amendments. - J. Goldberg mit C.J. Warren und J. Brennan, *concurring* (ebenso übrigens wie Justice Blackmun für die Gerichtsmehrheit in der gleich zu erwähnenden Abtreibungsentscheidung *Roe v. Wade* 1973) kommen nahe daran zu argumentieren, das 9. Amendment begründe das Recht (*privacy*), obwohl doch das Amendment nur sagt, daß allein die Nichterwähnung eines Rechts in den Amendments 1 - 8 nicht bedeutet, daß es dieses Recht nicht gibt; es muß dann anderweitig begründet werden. J. Harlan wiederum, ebenfalls *concurring*, entwickelt es ausschließlich aus dem Begriff "liberty" in der *due process* - Klausel des 14. Amendment, aber

unter Einbeziehung von Geschichte und von Vorstellungen der Menschen "of all free governments".

Gemeinsame *conclusio*: durch den *strict scrutiny*-Maßstab des 14. Amendment werden nicht nur die spezifischen Rechte der Bill of Rights selbst, sondern auch andere Rechte geschützt, die durch die "Ausstrahlung" der Bill of Rights generiert werden oder sonst "fundamental" sind. Will ein Gesetz derartige Rechte beschränken, dann reicht es nicht, [that it] "is rationally related to the effectuation of a proper state purpose. A closer scrutiny and stronger justification than that are required" - d.h. ein "compelling state interest" o.ä. - Der *dissent* von Stewart und Black in *Griswold* betont zwar, welch ein "uncommonly silly law" Connecticut gemacht habe, doch sei es deshalb noch nicht verfassungswidrig. Nur Black und Stewart in ihrem *dissent* deuten vorsichtig an - aber bezeichnenderweise immer noch ohne es auszusprechen, weil es offenbar eine Art Tabuschwelle ist - was eigentlich auf der Hand liegt: daß die Mehrheitsbegründung (Douglas) der Sache nach *substantive due process* ist, allerdings jetzt zugunsten allgemeiner Persönlichkeitsrechte, die eben höher bewertet werden als das (bei den Liberalen) diskreditierte *corporate property*. Die gewundene Begründung von Douglas ist vielleicht nur als "Ersatz" für das ungeliebte *substantive due process*-Argument erklärbar.⁵⁶⁾

Die Abtreibungsentscheidung Roe v. Wade 1973⁵⁷⁾ akzeptiert dieses so begründete *right of privacy* ohne weiteres Argument und gründet *darauf* die komplizierte Entscheidung, die sich wie ein allgemeines Gesetz liest (und auch so wirkt): praktische Abtreibungsfreiheit im 1. Trimester der Schwangerschaft, "reasonable" Regelungen zum Schutz der Gesundheit der Mutter im zweiten, schließlich praktische Regelungsfreiheit für den State bis zum Verbot aus [compelling] "interest in the potentiality of human life" im 3. Trimester, d.h. von der Lebensfähigkeit des Foetus an.

An diese Art von extensiver Verfassungsinterpretation, die den Grundrechtsschutz nachdrücklich ausweitet (aber auch in anderen Bereichen sichtbar wird), knüpft die heutige Kritik an.

Immerhin bieten einige der Supreme Court Justices, und damit manchmal auch der Supreme Court als Institution dieser Kritik durchaus Angriffsflächen. Die in den *privacy*-Fällen sichtbar gewordene Argumentationsrichtung : d.h. Expansion der traditionellen Grundrechte und gegebenenfalls Ableitung "neuer" Grundrechte - "not confined to the specific terms of the Bill of Rights" - aus einzelnen spezifischen "alten" Rechten oder aus ihrer Gesamtheit, die dann als "personal rights that are fundamental" unter dem Schutz der Bill of Rights und des 14. Amendment stehen, diese Argumentation⁵⁸⁾ also wird beispielhaft von Justice William Brennan vorangetrieben. Er ist deshalb Ziel besonders heftiger Kritik.⁵⁹⁾ Brennan, der 1986 sein 80.

Lebensjahr vollendet hatte, seit jetzt über 30 Jahren Mitglied des Supreme Court, ist als integre und integrierende Persönlichkeit wohl eine der großen Richterpersönlichkeiten überhaupt. Er ist immer wieder und konsequent für die Sicherung der Grundrechte eingetreten und hat innerhalb des Supreme Court sehr stark dafür plädiert, die Todesstrafe generell für unvereinbar mit der Verfassung zu erklären. Und er hat dabei einen der wenigen authentischen Einblicke in das innere Funktionieren, die *internal chemistry* der komplexen Institution Supreme Court gewährt.⁶⁰⁾

Brennan hatte wie man weiß in Sachen Todesstrafe keinen Erfolg. Der Supreme Court oder besser unterschiedliche Mehrheiten im Supreme Court haben in *Furman v. Georgia* 1972 nur in speziellen Ausgestaltungen einzelstaatlicher Todesstrafengesetze einen Verstoß gegen das 14. Amendment (*due process - equal protection*) gesehen, und zwar dort wo diese Gesetze durch unscharfe Tatbestandsfassungen in Verbindung mit gewissen Verfahrensgestaltungen (die Todesstrafe war etwa ins Belieben - "discretion"- der *jury* gestellt) zumindest die Möglichkeit für Manipulation und Willkür eröffneten. Das Gericht hat vier Jahre später die entsprechend korrigierten Gesetze nicht mehr beanstandet.⁶¹⁾ Es hat insbesondere die Tatsache, daß inzwischen mindestens 35 States wie auch der Bundesgesetzgeber unter Berücksichtigung der Supreme Court-Kritik die Todesstrafe gesetzlich reaffirmiert hatten, als Indiz dafür gewertet, daß sich die gesellschaftliche Einstellung zur Todesstrafe nicht

geändert habe. In der Argumentationslogik des 14. Amendment :
Todesstrafe für Mord "is not without justification and thus is
not unconstitutionally severe."

Das eigentliche Problem ist leicht skizziert: die Verfassung
äußert sich nicht explizit zur Todesstrafe, sie verbietet
"cruel and unusual punishments"(8. Amendment). Als dieser Text
entstand (1789 - 91), war die Todesstrafe weit verbreitet und
sie wurde offenbar nicht als "cruel and unusual" angesehen.
Natürlich *fordert* die Verfassung auch keine Todesstrafe; jeder
State kann sie abschaffen. Das wäre verfassungskonform, ist
aber Sache des einzelstaatlichen Gesetzgebers. Die Frage
lautet: gibt es einen Wertewandel in der amerikanischen
Gesellschaft? Wenn ja, *könnte* er in die
Verfassungsinterpretation und -anwendung dergestalt einbezogen
werden, daß die Strafe jedenfalls heute unter das
Verfassungsverbot der 8. und 14. Amendments fällt? Und ist der
Supreme Court berufen, diese Frage zu entscheiden, oder ist das
Aufgabe der Gesetzgeber?

Brennan bejaht diese Fragen einschließlich der Kompetenz des
Supreme Court. Aus dem 8. Amendment im besonderen und der Bill
of Rights im allgemeinen leitet er den Anspruch ab: "The State,
even as it punishes, must treat its members with respect for
their intrinsic worth as human beings" - die "human dignity"
als höchstes oder fundamentales Grundrecht. "The calculated
killing" eines Menschen sei damit unvereinbar, weil "an

absolute denial of the executed person's humanity". Diesen Eingriff rechtfertige kein noch so "compelling state interest".

Gibt es ein solches Grundrecht "human dignity" in der amerikanischen Verfassung? Der Begriff kommt dort nicht vor. Ist die Frage damit endgültig - verneinend- entschieden? Nicht für Brennan. Er knüpft an die im Gegensatz zu anderen präzisen Aussagen ("Der Präsident muß mindestens 35 Jahre alt sein") vielen offenen Formulierungen der Verfassung an wie: *due process, equal protection, necessary and proper, cruel and unusual*, usw. Für Brennan ist es gerade "the responsibility and burden and challenge" der Supreme Court Justices, mittels der "majestic generalities of their magnificent Constitution" diese Verfassung zum "Atmen" zu bringen und sie auf diese Weise dem gesellschaftlichen Wertewandel und veränderten Bedingungen anzupassen. Brennan - interessanterweise ebenso wie die gegen ihn argumentierende Mehrheitsmeinung (Justice Stewart) im zweiten Todesstrafenurteil 1976 - beruft sich dabei auf eine von Chief Justice Warren geprägte Formulierung; ihr zufolge muß die Anwendung derartiger Klauseln die "evolving standards of decency that mark the progress of [our] maturing society" reflektieren.⁶²⁾ Diese Formel wird in der Hand der Interpreten, die das Konzept der *living constitution* vertreten, zum dynamischen, flexiblen, "atmenden" Verbindungsstück (*linkage*) zwischen dem Text und den sich wandelnden gesellschaftlichen Werten und Verhaltensmustern, so in der

Formulierung der Justices Goldberg, Warren (Chief Justice) und Brennan in ihrer *concurring opinion* zu *Griswold*:

In determining which rights are fundamental, judges are not left at large to decide cases in light of their personal and private notions. Rather, they must look to the "traditions and [collective] conscience of our people" to determine whether a principle is "so rooted [there] ... as to be ranked as fundamental." The inquiry is whether a right involved "is of such a character that it cannot be denied without violating those 'fundamental principles of liberty and justice which lie at the base of all our civil and political institutions.' ..."⁶³⁾

Auf diese Weise können Werte, die außerhalb des Gedankenhorizontes des historischen Verfassungsgebers lagen, in den Grundrechtsschutzbereich "hineinwachsen". Ob die Gefahr der Subjektivität der Interpreten größer ist als bei anderen Interpretationsaufgaben - so die Kritiker - ist der (nicht lösbare) Kern des Problems.

Sagen nun die zwischen 1972 und 1976 ergangenen 35 *neuen* Todesstrafengesetze der Einzelstaaten (oder vielleicht wissenschaftlich kontrollierte *opinion polls*) etwas über diese Standards oder die "traditions and collective conscience of our people" aus? Die Gerichtsmehrheit beruft sich zugunsten der Todesstrafe ausdrücklich auf sie. Brennan weist das Argument zurück. Die Richter, auch ohne persönliche demokratische Legitimation, dürfen, ja müssen sie ignorieren: "... we [die Justices] should not permit the legislature to define for us the scope of permissible punishment"; die Bill of Rights habe nun einmal bestimmte Gegenstände dem politischen

Streit und der Mehrheitsentscheidung entzogen und als "legal principles" dem Schutz der Gerichte unterstellt. Diese müßten konsequent die "destruction of human dignity" durch die Todesstrafe deutlich machen "[which] treats members of the human race as nonhumans, as objects to be toyed with and discarded. It is, indeed, 'cruel and unusual'".⁶⁴⁾

Nun ist Brennan zwar in diesem spezifischen Zusammenhang der Mehrheit des Supreme Court voraus, die aber oft genug prinzipiell ähnlich argumentiert hat. Wie in einem Brennpunkt wird deshalb hier die allgemeine Problematik der Supreme Court-Rechtsprechung und der Kritik der letzten Jahre an ihr sichtbar, die oft persönlich auf Brennan zielt. Der Tenor dieser Kritik lautet : "Imperial Judiciary"⁶⁵⁾, wobei eine Formulierung von Nathan Glazer die Sache definiert: "Law ... for the purpose indeed of replacing democratic procedures with the authoritarian decisions of judges - became enormously popular."⁶⁶⁾

Auf einer verfassungstheoretischen Ebene gründet sich diese Kritik im wesentlichen auf zwei Ansätze: den demokratiethoretischen und den interpretationsmethodischen. Beide werden für gewöhnlich separat diskutiert, sind jedoch in der Sache engstens miteinander verzahnt.

Die demokratiethoretisch orientierten (drapierten?) Attacken gegen den Supreme Court (Brennan) sind sehr populär. Sie werden

von der (gelegentlich - Black und Stewart in *Griswold* - nicht nur konservativen) Minderheit im Supreme Court selbst (Rehnquist, Scalia, aber auch Black), von der Administration (Attorney General Edwin Meese, Assistant Attorney General Bradford Reynolds), und der wissenschaftlichen und politischen Publizistik vorgetragen. Der langjährige Associate und jetzt Chief Justice Rehnquist hat diese Verfassungsphilosophie schon 1976 artikuliert und seither immer wieder in seinen *dissenting opinions* vorgetragen, bis hin zur Infragestellung der Judicial Review überhaupt: Der demokratisch nicht legitimierte Supreme Court usurpiere in zentralen Bereichen von *social policy* die Aufgabe des Gesetzgebers und setze die subjektiven Maßstäbe und Präferenzen der Justices an die Stelle der Willensbildung im demokratisch legitimierten Gesetzgebungsverfahren. Der Supreme Court maße sich an "a roving commission to second-guess Congress... concerning what is best for the country.... corrosive of the fundamental values of our democratic society"; und schließlich unter Verwendung eines Lincoln-Zitates: "the people will have ceased to be their own rulers...".⁶⁷⁾

Für publizistische Kritik mögen konservative Zeitschriften wie *Policy Review* oder *Commentary* als repräsentativ gelten. *Commentary* beklagt im Februar 1986 den Rollenwandel des Supreme Court von der "historic role as a brake on social change to a role as the primary engine of such change". Er sei "the most important institution of government" geworden und erhebe den Anspruch (so W. Berns) "to make public policy". Der Autor

in *Commentary*, ein Verfassungsrechtler der University of Texas,⁶⁸⁾ kritisiert vehement nicht nur die Usurpation des Gerichts gegenüber der Legislative, sondern vor allem die Verletzung des föderalistischen Prinzips, also *social policy* durch das Bundes-Gericht statt durch einzelstaatliche Legislativen. J. Brennan stehe für die "essential irrelevance of the Constitution to constitutional law". Die Verfassung enthalte entgegen Brennans Auffassung überhaupt nur ganz wenige Individualrechte und schütze sie in erster Linie durch ein "system of decentralized democratic decision-making"; im übrigen sei die Verfassung "almost entirely for commercial purposes" konzipiert. Die Entscheidungen der Brennan-Richtung "have ... deprived us of perhaps the most essential element of the human dignity J. Brennan is concerned to protect, the right of self-government,..."

Was hier als eher polemisches Horrorgemälde des Supreme Court erscheint, in dem man dessen Realität kaum mehr wiedererkennt, ist etwa bei Brennan eine durchaus selbstverständliche zentrale Dimension seines Problembewußtseins:

...to countermand the will of a contemporary majority, the [unelected and unreviewable Supreme Court]Justices must render constitutional interpretations that are received as legitimate...Our commitment to self-governance in a representative democracy must be reconciled with vesting in electorally unaccountable Justices the power to invalidate the expressed desires of representative bodies on the ground of inconsistency with higher law.⁶⁹⁾

Kann dieser Widerspruch, besser: diese Spannung irgendwie aufgelöst werden? Ein Ansatz dafür wäre natürlich die seit Madison *im Grundsatz* gesicherte und akzeptierte Einsicht, daß die Verfassung als *fundamental law* (s.o.) bestimmte Entscheidungen und Werte/Wertungen für "transcendent" erklärt - "beyond the reach of temporary political majorities." Der majoritär-demokratische Prozeß hat Grenzen, die der Volkssouverän in der Verfassung selbst gesetzt hat.⁷⁰⁾

So weit - so gut. Aber was geschieht in den diffusen Zonen, die von den "majestic generalities" der Bill of Rights (*due process* etc.) geschaffen werden, in denen die von der Verfassung gesetzten "Grenzen" eben nicht klar erkennbar sind: obliegt hier die Ausfüllung und Grenzziehung dem Verfassungs-Interpreten und -Anwender Supreme Court oder dem demokratisch-majoritär politisch operierenden Gesetzgeber? Und wer entscheidet darüber, wer (und wie) entscheidet? Die *umpire*-Logik der Verfassung schiebt diese Rolle sicher dem Supreme Court zu.

Brennan macht es sich bei der Diskussion der Todesstrafe mit dem Hinweis auf die Grenzen des Mehrheitsprinzips doch vielleicht etwas zu leicht, geht es doch darum, überhaupt erst zu begründen, daß die in der ursprünglichen Verfassung bestenfalls offene Frage durch gesellschaftlichen Wertewandel in den Schutzbereich der Verfassung hineingewachsen ist und deshalb nicht mehr zur Disposition von legislativen Mehrheiten

steht. Die zentrale Frage ist: wie die Verfassung mit dem gesellschaftlichen Wandel verknüpft, ihm angepaßt werden kann.

Und hier verzahnt sich nun das demokratie-theoretische Element in der Kritik am Supreme Court mit der nur scheinbar rechtstechnischen Dimension der Interpretationsprinzipien. Diese helfen die Frage beantworten, was in die Entscheidungssphäre des Gesetzgebers und was in die des Supreme Court fällt. Die Interpretationsprinzipien haben deshalb einen hohen politischen Stellenwert - und das macht sie gegenwärtig zum nicht nur theoretisch heftig diskutierten Streitgegenstand.

Hier stehen einander extreme Positionen gegenüber. Die eine fordert Respekt für *original intent* der Verfassungsväter; sie betont außerdem den fast reinen Prozeßcharakter der Verfassung und verneint oder reduziert zumindest ihre inhaltlichen Wertentscheidungen auf ein Minimum. Die andere Position - repräsentiert wiederum von Brennan - betont die "substantial value choices", welche die Verfassung in der Bill of Rights einschließlich der Civil War Amendments getroffen habe und die letztendlich die Basis für *democratic self-governance* seien: das freie selbstverantwortliche Individuum, seine "human dignity". Brennan u. a. interpretieren diese grundlegenden, aber offenen Wertungen mittels der allgemeinen Klauseln der Verfassung dynamisch im Hinblick auf normative und objektive Wandlungsprozesse in der Gesellschaft, die sie über die

"evolving standards of decency" in die
Verfassungs*interpretation* mit einbeziehen.⁷¹⁾

Edwin Meese, Attorney General, fordert dagegen die
"Jurisprudence of Original Intention" bis zur Karikatur,
verleiht ihr aber, publizistisch vielfach unterstützt, die
Autorität seines Amtes und fordert in ihrem Namen z.B. die
Korrektur der Abtreibungsentscheidungen: "...the original
meaning of constitutional provisions...the literal provisions
of the Constitution. The text of the document and the original
intention of those who framed it... as the only reliable guide
for judgment..."⁷²⁾

Gegen diese Kritik sei auf mehr formaler Ebene kritisch darauf
hingewiesen, daß *original intent* - abgesehen davon, daß Supreme
Court Justices notorisch schwache Historiker sind⁷³⁾ - als feste
Größe einfach nicht verfügbar ist: auf welche Personen in
welchem Stadium und auf welcher Ebene der damaligen Debatte
kommt es an (Philadelphia Convention, Ratifikationsdebatte
allgemein oder/und in den einzelnen Ratifikationskonventen;
Kongreßdebatten und einzelstaatliche Ratifizierungsdebatten der
Bill of Rights); in Philadelphia wurde geheim verhandelt, die
Quellenlage ist noch heute mehr als problematisch; fast alle
Bestimmungen der Verfassung haben Kompromißcharakter als
Ergebnis oft harter und langer *bargaining*-Prozesse zwischen oft
gegensätzlichen Positionen: keines dieser Ergebnisse entsprach
den Zielvorstellungen der Beteiligten - was also kann in

dieser Lage "original intent" sein? Es ist so sicher, daß diese Frage überhaupt nicht beantwortet werden kann, daß "original intent" jedenfalls in dieser Form die Verfassungsinterpretation nicht lenken kann: "... historically there can be no real 'original intention' behind the document. Not only were there hundreds of Founders, including the Anti-Federalists, with a myriad of clashing contradictory intentions, but in the end all the Founders created something that no one of them ever intended."⁷⁴⁾

Der eigentlich inhaltliche Gegensatz ist noch schärfer. Meese behauptet, nach dem Willen der Väter der Verfassung seien deren "principles [were] intended to be enduring not transitory"; sei ihr Gehalt unabhängig von den "circumstances of each age" und sie seien "not to be changed by ordinary interpretation". Dafür sei nur der Amendierungsprozeß zuständig.⁷⁵⁾ – Dieses statische Verfassungskonzept macht unverständlich, wie die Verfassung 200 Jahre überleben und heute in einer völlig veränderten Welt der amerikanischen Gesellschaft sogar noch nützlich sein kann.

Ganz anders stellt sich das Verfassungs- und Interpretationskonzept von Brennan u.a. dar. In einem bestimmten historischen Kontext geprägte "fundamental principles" sind in ihren spezifischen Konturen nicht an diesen Kontext gebunden (dieser mag sogar anachronistisch werden). Fortdauernder Respekt für die "fundamental choices" erlaubt späteren Generationen dennoch (to) "adopt them as their own

guide to evaluating quite different historical practices." Man denkt "fundamental principles" weiter in eine offene Zukunft und für eine sich ständig verändernde Welt. "...the genius of the Constitution rests not in any static meaning it might have had in a world that is dead and gone, but in the adaptability of its great principles to cope with current problems and current needs."⁷⁶⁾ Von hier aus ist die Anknüpfung an veränderte gesellschaftliche Bedingungen und einen Normenwandel in der Gesellschaft mittels der Formel von den "evolving standards of decency" oder den "traditions and collective conscience of our people" zumindest (nach-)vollziehbar. Und es ist diese Offenheit der Verfassung für gesellschaftliche Wandlungsprozesse, auf der Basis ihrer Kürze und Allgemeinheit, aber angereichert mit 200 Jahren Interpretation und Erfahrung, welche ihre Vitalität und Nützlichkeit für Amerika auch nach 200 Jahren ausmachen.

Natürlich wäre es naiv anzunehmen, daß ein dynamischer Verfassungsbegriff eindeutige und sichere Lösung verbürgt. Das würde die richterliche Funktion wieder auf die der *slot machine* reduzieren: "... the intellectual struggles over meanings and the historical process are relentless. That's how the culture changes".⁷⁷⁾ So ist es denkbar, daß die "evolving standards" im Namen der "decency" durchaus gegen die Todesstrafe, aber gleichzeitig auch gegen die Abtreibung tendieren (und dieser Standpunkt *wird* eingenommen). Ist dieser Widerspruch (wenn es denn überhaupt einer ist - vielleicht nur von einer eng oder

schematisch verstandenen "liberalen" Position aus) ein zusätzliches Argument für mehr *judicial restraint*, für den Gesetzgeber und *gegen* das Gericht?

Jedenfalls räumt Brennans dynamischer Interpretationsansatz - bei vollem Respekt für das Demokratie-Postulat - der Supreme Court-Rechtsprechung breiten Raum im Hinblick auf neue soziale und normative Lagen als *Verfassungsinterpretation* ein; der andere, "original intent"-orientierte statische Ansatz dagegen überantwortet dieselben Sachprobleme weitestgehend der Verantwortung des Gesetzgebers.

Hinter diesen unterschiedlichen Modellen - Verfassungsinterpretation oder Gesetzgebung - und Interpretationsstrategien - dynamisch oder statisch - als Mittel zur Bewältigung der Probleme gesellschaftlichen Wandels verbirgt sich aber mehr als der aktuelle gesellschaftspolitische Konflikt um Schulgebete, Abtreibung und Todesstrafe. Dies sind nur die augenblicklich sichtbaren Kontroversen zwischen verschiedenen politisch-moralischen Grundströmungen in der amerikanischen Gesellschaft. Ihnen liegen in unserem Problemzusammenhang fundamental unterschiedliche Auffassungen über den "Gründungsakt" der amerikanischen Republik und ihrer Verfassung sowie über die Rolle der Geschichte in ihm und seither zugrunde. Verkürzt ausgedrückt geht es um den Konflikt zwischen "Wahrheit" und "Geschichte".

Gordon S. Wood hat kürzlich in einem bedeutenden Aufsatz auf das geistige Band aufmerksam gemacht, das viele der heute konservativen Verfassungstheoretiker und Supreme Court-Kritiker (einschließlich des Verfassers der "original intent"-Reden von Att. Gen. Meese) verbindet: der Einfluß der politischen Philosophie von Leo Strauss, wenn auch bereits durch Generationen von Schülern und Interpreten gebrochen und vermittelt.⁷⁸⁾

Für Brennan ist die Verfassung von 1787 das Resultat konkreten menschlichen Handelns in Raum und Zeit: Reaktion auf eine konkrete historische Lage, Kompromißprodukt vielfältig widerstreitender Interessen und *bargaining*-Prozesse. In jedem späteren Zeitpunkt wird die jeweilige konkrete Gestalt der Verfassung von ihrer (d.h. ihrer Interpreten) dialektischen Auseinandersetzung mit den historischen Wandlungsprozessen der Gesellschaft über die Zeit bestimmt, mit anderen Worten die Verfassung ist *in* der Geschichte und wandelt sich mit ihr.

E. Meese, R. Bork, L. A. Graglia, W. Berns und viele andere Kritiker des jüngeren Supreme Court ("Straussianer") dagegen klammern die historische Kontingenz aus der Entstehung wie aus der späteren Entwicklung der Verfassung weitestgehend aus. Sie sehen in der amerikanischen Republik und ihrer Verfassung das politik-philosophisch begründete normative Modell der "besten politischen Ordnung", von den zu Halbgöttern stilisierten

"Founders" in jenem "singular moment" des "Founding" geschaffen. Hier ist gar nicht mehr von historischer Zeit und konkretem Handeln die Rede, sondern von dem, was die Anthropologen den "Gründungsmythos" nennen. Das so geschaffene Modell der guten politischen Ordnung ist das des klassischen Republikanismus, gegründet auf *civic virtue* bzw. *participation* und Gemeinwohlorientierung seiner Bürger, mit wenigen naturrechtlich begründeten (ewigen) Grundrechten ("unalienable or natural... fundamental rights"-W. Berns) ausgestattet, mißtrauisch gegenüber individueller Interessenwahrnehmung.

Historische Veränderungen wie der Übergang zur Moderne finden nicht *in* dieser Verfassung statt. Sie hat im Verständnis dieser Interpretation keinen Raum für die sich entwickelnde individualistische ("pursuit of happiness"), egalitäre, demokratische, kommerzielle künftige Welt einschließlich der vom Supreme Court in den letzten Jahrzehnten via *due process* oder *equal protection* historisch abgeleiteten Individualrechte. Diese Verfassung entfaltet sich nicht in der dialektischen Auseinandersetzung mit der Geschichte. Ihre Verteidiger wehren sich gegen die Geschichte, um die ursprüngliche Reinheit der Verfassung zu bewahren - in der Furcht, Geschichte könne "detach... America from the principles of 1776"(W. Berns). Geschichte erodiert das Absolute. Auslegung der Heiligen Texte ist deshalb gefragt und nicht Anpassung an Geschichte.

Mit "Wahrheit", "Heiligkeit" und "Ewigkeitswert" sind offenbar für Meese und seine intellektuellen (von L. Strauss inspirierten) Zulieferer "the founding", die Verfassung und die Schriften ihrer Väter ausgestattet. Diese haben für Meese et al., wie G. Wood meint, "timeless and universal meaning embodied in the philosophical aims of the Founders and discoverable through textual analysis." Die Founders waren "men of genius who created once and for all the fundamental principles of our government." Und als anti-Brennan-Straussianer Walter Berns: "Jefferson's ... purpose ... was ... to 'proclaim timeless truths' concerning the principles of popular government" - also nicht etwa nur in bezug auf die konkrete amerikanische Verfassung, sondern auf "popular government" schlechthin.

Dieser philosophisch (politik-theoretisch) begründete Verfassungsfundamentalismus bietet sich darüber hinaus als intellektuell reputierlicher Ausweg für die Frustrationen gegenüber den komplexen Herausforderungen durch die Modernität der heutigen Gesellschaft an - und verstärkt ihn dadurch wieder: " ... a rational, scholarly, ... , but still apparently secular refuge against the confusion and erosion of values in our modern world". Ähnlich hatte Amerika im 19. Jahrhundert auf die dogmatische und institutionelle Zersplitterung des Protestantismus mit einem "return to the fundamentals of Scriptures" reagiert.

Aus beiden Quellen speist sich die geradezu verzweifelt anmutende Suche so vieler Brennan- und Supreme Court-Kritiker nach einer von historischer Relativierung und "subjektivistischer" Interpretation unverfälschten, "reinen" oder "heiligen", nach der "ursprünglichen" Verfassung, nach ihrer "true meaning" (Walter Berns) und der "original intention" ihrer Väter. Diese Suche tritt an die Stelle des für verfehlt gehaltenen Versuchs, durch Interpretation den historischen Wandel in der Verfassung selbst aufzufangen. Sich auf Geschichte oder Geschichtlichkeit der Verfassung einzulassen würde die Erosion jener "once and for all" definierten "fundamental principles of our government" einleiten. "The writings of the Founders" werden deshalb "the scripture of the American creed, ... the source of continuous sectarian controversy over ever more refined readings". Alle Aufmerksamkeit der Interpreten muß sich deshalb nach Walter Berns auf "the original basic document" konzentrieren und auf "The Federalist, where that text is elucidated".⁷⁹⁾

Offenheit für Geschichte einerseits und andererseits deren ängstliche Abwehr bei der Interpretation der Verfassung charakterisieren also das Grundsätzliche in der aktuellen Kontroverse zwischen Brennan und Meese (die jeweils für bedeutende Gruppen in dieser Auseinandersetzung stehen). Etwas verwirrend ist, daß *beide* Positionen als "historistisch" bezeichnet werden.⁸⁰⁾ Aber der Scheinwiderspruch löst sich auf, wenn man im Hinblick auf Meese und die Straussianer die

ahistorisch-antiquarische Bedeutungskomponente des Historismus im Auge hat und bezüglich Brennans auf die Geschichtlichkeit der Verfassung – die den Verfassungsfundamentalismus aufhebt – als einen ganz anderen Aspekt des Historismus abhebt.

Dieser Hintergrund erklärt auch die schon früher erwähnten Gegensätze zwischen den beiden Verfassungskonzepten: die anpassungsfähige Dynamik auf der einen, die in sich historisch abgeschlossene Statik auf der andern Seite, in deren Sicht nur der Gesetz- oder Verfassungsgeber neue Antworten auf veränderte Lagen formulieren kann. Hierbei muß man bedenken, daß angesichts der hohen Barrieren gegen Verfassungsänderungen der Verfassungsgeber nur in außergewöhnlichen Situationen tätig werden kann. Und andererseits ist nachdrücklich darauf hinzuweisen, daß die Dynamik des Verfassungswandels, daß die Hereinnahme der Geschichte in die Verfassung, Grenzen haben. Grenzen zieht das *corpus* der durch 200 Jahre sich entfaltenden Verfassungsinterpretation, ziehen Geschichte, Erfahrung und Gewohnheit, ererbte Konventionen, Werte und Bedeutungen, schließlich die Notwendigkeit "to proceed and to persuade by reasoned argument in a public context".⁸¹⁾

Es wäre sicher verfehlt – wie es der aktuelle politische Streit oft tut – zwischen den Modellen 'Verfassungsinterpretation' oder 'Gesetzgebung' als Mittel zur Bewältigung gesellschaftlicher Probleme ein striktes Entweder-Oder zu

konstruieren. In der politischen Realität kann es sich nur um ein Sowohl-als-auch, idealiter sogar um wechselseitige Ergänzung handeln. Über die relativen Vorteile beider Modelle entscheiden nicht verfassungsrechtliche, sondern einerseits taktische Erwägungen der politischen Auseinandersetzung, andererseits Kategorien politischer Philosophie oder der Auffassung von Geschichte.

Insbesondere sollte man sich hüten, das eine oder andere Modell a priori als "liberal" oder "konservativ" zu qualifizieren. Diese Qualität hängt allein vom Kontext und den jeweils verfolgten inhaltlichen Strategien ab, für welche diese Modelle instrumentalisiert werden.

Beide Modelle sind jeweils für "konservative" oder "liberale" Werte einsetzbar. Der statische *original intent*-Ansatz verbirgt nur, enthält aber nicht minder aktuelle gesellschaftspolitische (konservative) Ziele⁸²⁾ als Brennans dynamischer Ansatz, mit dem Unterschied, daß letzterer seine (liberalen) *value choices* offen artikuliert. Insofern ist Brennans Vorwurf an seine Kritiker gerechtfertigt: "arrogance cloaked as humility".⁸³⁾

Aber die inhaltliche politische Zielsetzung ist nicht an das eine oder andere dieser Modelle gebunden. Welches jeweils vom Supreme Court als dominante Strategie und welches als kritische Gegenstrategie gewählt wird, hängt, wenn man die drei großen Phasen der historischen Entwicklung des Supreme Court und die

jeweils anstehende inhaltliche Thematik überprüft, entscheidend davon ab, welche inhaltliche Verfassungspolitik der Supreme Court jeweils tendenziell verfolgt und wie die anderen relevanten gesellschaftlichen und politischen Akteure einschließlich der anderen *branches of government* dazu stehen.

Die Austauschbarkeit dieser Modelle und der ihnen zugeordneten interpretatorischen Strategien ("original intent" v. Offenheit für gesellschaftlichen Wandel) in bezug auf die normativen Inhalte verdeutlicht folgende Äußerung:

... today we have two Constitutions. One was drawn and adopted by our forefathers The second Constitution is the one adopted from year to year by the judges in their decisions.... The due process clause has been the chief means by which the judges have written a new Constitution and imposed it upon the American people.⁸⁴⁾

Sie faßt nicht, wie man meinen könnte, die gegenwärtige Kritik am Supreme Court zusammen. Vielmehr artikuliert hier Assistant Attorney General Robert H. Jackson (später selbst Justice am Supreme Court) im März 1937 die liberale New Deal-Kritik an der konservativen Rechtsprechung des Supreme Court.

Ähnlich austauschbar mit ihren jeweiligen Gegenpositionen und abgehoben von den normativen Inhalten sind die anderen "klassischen" Kritik-Argumente gegen den Supreme Court, die mit der originalistischen Interpretation eng verknüpft sind : die Behauptung, der Supreme Court verstoße gegen die Gewaltenteilung, mißbrauche die Verfassung, insbesondere die

Bill of Rights und das 14. Amendment als "charter for judicial activism"⁸⁵⁾, usurpiere Macht und Funktionen anderer Gewalten, mißachte insbesondere die demokratischen Prozesse und Zuständigkeiten und ersetze sie durch subjektiv-willkürliche richterliche Maßstäbe (zu beachten ist, daß der *originalism* alle diese Topoi mit hervorbringt, während sie umgekehrt einzeln oder gemeinsam auch ohne den originalistischen Nexus verwendet werden können). Das zeigen fast 200 Jahre Geschichte der Kritik am Supreme Court⁸⁶⁾: die erwähnten Argumente (Topoi) kehren in jeder historischen Phase des Supreme Court regelmäßig wieder, unabhängig von den Inhalten der vom Supreme Court jeweils verfolgten Entscheidungspolitik, die ja erheblichen Wandlungen unterlag. Diese Topoi bilden das ständig verfügbare Repertoire der Gruppen oder politisch-gesellschaftlichen Strömungen, die sich in der Entscheidungspolitik des Supreme Court (längerfristig) nicht vertreten fühlen.

Aus dem unauflösbaren Dilemma der interpretatorischen Kontroversen - hinter denen inhaltliche politisch-gesellschaftliche und moralisch-philosophische Gegensätze stehen, ohne mit jenen identisch zu sein - zieht John Hart Ely die Konsequenz, die in der Sache auf Punkt 2 von Harlans *footnote* 4 von 1938 zurückgeht. Er betont wieder nachdrücklich den Prozeßcharakter der Verfassung und fordert deshalb größte Zurückhaltung hinsichtlich der Entfaltung von Grundrechten u.ä. Die einzige rationale Basis für die *judicial review* und allein legitime Aufgabe des Supreme Court sieht er dort, wo es darum

geht, die politischen Kanäle offen und die Prozesse funktionsfähig zu erhalten, mittels welcher die Wert- und Zielfragen politisch zu lösen sind.⁸⁷⁾ Das verweist also wieder auf die schon klassisch gewordenen Entscheidungen Baker v. Carr (1962) oder Reynolds v. Sims (1964) zur Wahlkreiseinteilung und zum Prinzip des gleichen Stimmgewichts.⁸⁸⁾

In eine andere Richtung als die der Funktionsbegrenzungen des Supreme Court geht folgende Überlegung. In einer Welt oft raschen politischen Wandels gerät der Supreme Court immer wieder in die Lage, daß seine Entscheidungspolitik in Widerspruch zu (anderen, neuen) dominanten Kräften des übrigen politischen Systems gerät. Diese versuchen dann mit den erwähnten Kritik-Argumenten und mittels der Ernennungspolitik auf den Supreme Court Einfluß auszuüben. Dieser ändert dann unter Umständen schließlich seine Entscheidungspolitik in zentralen Fragen - bis zu einem neuen Konfliktzyklus. Ein Ausweg wäre nach H. Wechsler vielleicht eine Entscheidungsstrategie, die langfristig und konsequent angelegt ist und nicht subjektivistischen oder (jedenfalls kurzfristigen) politisch-gesellschaftlichen Forderungen nachgibt. Sie müßte sich als "exercise of reason and not merely as an act of willfulness" legitimieren: "A principled decision ... rests on reasons ... that in their *generality* and their *neutrality* transcend any immediate result that is involved." Wechsler und der sogenannte "reasoned elaborationism", für den er sogar als Kronzeuge gilt, werden zwar gemeinhin gegen den "Aktivismus" des Supreme Court in den späten 1950er bis 1960er Jahren ins Feld geführt. Doch lassen sich ihre

Grundgedanken auch in unserem Zusammenhang als stabilisierende und objektivierende Elemente nutzen.⁸⁹⁾ Sie sind per se weder konservativ noch liberal. Das betont sogar ein Autor wie Dworkin. Und auch Brennan argumentiert ähnlich, wenn er den Vorwurf des Subjektivismus abwehrt mit dem Hinweis auf die "responsibility that judges have to proceed and to persuade by reasoned argument in a public context."⁹⁰⁾ Allerdings würde wohl auch Attorney General Meese diese Argumentation mit tragen können.⁹¹⁾ Und auch der Hinweis auf die Erforderlichkeit des langen Atems liefert kein überzeugendes Unterscheidungskriterium, da jede Seite ihre Entscheidungspolitik nur zu gern langfristig durchsetzen würde.

Schließlich soll noch auf die praktische und alltagspolitische Kritik am Supreme Court hingewiesen werden. Überblickt man die fast 200 Jahre Geschichte dieses Protestes, so fällt auf, daß er insgesamt offenbar heftiger, intensiver und anhaltender war als die übliche Interpretation des Gerichts als integrierende Symbol-Institution und das Image seiner Akzeptanz es wahrhaben wollen.⁹²⁾

Die politische Kritik nimmt vielfältige Formen an. Der trotzige Protest Präsident Andrew Jacksons anlässlich der Entscheidung gegen Georgia zugunsten der Cherokees 1832 - "John Marshall has made his decision - now let him enforce it"⁹³⁾ - wurde zwar nicht die Regel, blieb aber keineswegs völlig vereinzelt. Sie spiegelte sich in dem offenen Widerstand von Governor O. Faubus im Jahre 1957 gegen die gerichtliche Anordnung der *desegregation* in den öffentlichen Schulen in Little Rock, Arkansas. Nur der zögernd-widerwillige,

durch die Herausforderung der Autorität des Bundes durch den Einzelstaat provozierte Einsatz von Bundestruppen durch Präsident Eisenhower und die rechtliche Klarstellung durch den Supreme Court 1958 verschafften der Autorität des Supreme Court hier Geltung.⁹⁴⁾ Attorney General Meese stellte erst kürzlich diese Entscheidung des Supreme Court und damit dessen Autorität zur verbindlichen Auslegung des "supreme law of the land" in Frage. Zwar erfolgte nach öffentlichen Protesten eine gewisse Einschränkung, aber die Tendenz zur Schwächung der Autorität des Gerichts - jedenfalls solange es eine bestimmte nicht gebilligte Entscheidungspolitik verfolgt - liegt auf der Hand.⁹⁵⁾

Die Mehrzahl der Protest- oder Widerstandsformen indessen ist weit weniger dramatisch. Diese Versuche spielen sich innerhalb des Rahmens der Verfassung ab und machen von ihren Möglichkeiten Gebrauch. Diese politische Kritik produziert etwa Initiativen mit dem Ziel, die Zuständigkeiten der Bundesgerichte (einschließlich des Supreme Court) oder die Appellationsmöglichkeit an den Supreme Court bundesgesetzlich zu beschneiden⁹⁶⁾ oder gar durch Verfassungsänderung bestimmte Fragen verbindlich und "judicial review"-fest gegen den Supreme Court zu entscheiden. Das gemeinsame Ziel ist, die Wirkungsmöglichkeiten - die Macht - des Supreme Court einzuschränken. So wollte etwa Senator Jesse Helms die Frage der Verfassungsmäßigkeit freiwilliger Gebete in öffentlichen Schulen der bundesgerichtlichen Zuständigkeit entziehen lassen. Ähnliche Anträge betrafen die Abtreibung. Amendierungsanträge zur Verankerung der Schulgebete in der

Verfassung wurden seit 1962 (d.h. sieht der wichtigen Schulgebetsentscheidung Engel v. Vitale) in fast jedem Kongreß eingebracht, 150 allein im 88. Kongreß (1963/64). Insgesamt hat es in den knapp 200 Jahren seiner Geschichte wohl Tausende solcher Gesetzes- und Verfassungsinitiativen gegeben.⁹⁷⁾ Mit Ausnahme des XI. Amendments und mehrerer Reformen des Judiciary Act (s.o.) sind die meisten von ihnen auf der Strecke geblieben. Wohl nicht aussichtsreicher, aber doch ernster zu nehmen sind Ansätze, "antidemokratische" Richter durch Änderung von Art.3 der Verfassung zu "entlassen und zu disziplinieren", kurz zu kontrollieren.⁹⁸⁾

Eine der wirkungsvollsten Formen des Protestes ist vielleicht nicht zuletzt das schlichte Unterlaufen oder Ignorieren von Entscheidungen des Supreme Court durch Bürger, *school boards*, lo
(oder doch in erster Linie) auf unterer oder lokaler Ebene möglich, und nur in Bereichen, die nicht im engeren Sinne hochpolitisch, nicht allzu empfindlich sind oder/und in denen es lokalen oder regionalen (Mehrheits-) Konsens gibt. Zu ihnen gehört sicher das vom First Amendment erfaßte Verhältnis Staat-Religion, insbesondere das vom Supreme Court immer wieder als damit unvereinbar untersagte Schulgebet.⁹⁹⁾ Bemerkenswert ist der Einfall jenes *school board*, der statt des verbotenen Schulgebetes den *Congressional Record* rezitieren ließ - was könnte patriotischer sein - , just die Stelle, wo der Kongreß-Geistliche die Sitzung mit einem Gebet eröffnet...

Schließlich versucht das politische System über die Richterernennungen durch den Präsidenten die Entscheidungspolitik des Supreme Court zu beeinflussen. Aus sehr komplexen Gründen waren diese Versuche oft nur begrenzt erfolgreich.¹⁰⁰⁾ Immerhin wurden Justice Brennan und Chief Justice Earl Warren von Präsident Eisenhower ernannt, wie überhaupt die Mehrheit der zur Zeit amtierenden Richter von konservativen Präsidenten seit Eisenhower und Nixon – dies alles sehr zur Enttäuschung konservativer Gruppen. Denn auch der Burger Court hat die stark Grundrechteorientierte Entscheidungspolitik des Warren Court nur unwesentlich modifiziert.¹⁰¹⁾

Und die Bedeutung der Kontroverse um die Nominierung von Judge Bork und ihres Scheiterns im Senat liegt vermutlich darin, daß die geplante Ernennung zu offensichtlich, zu kurzfristig, zu radikal eine ja auch im Senat heftig umstrittene Entscheidungspolitik des Supreme Court mit politischen Mitteln ändern und das Gericht auf eine als noch problematischer empfundene positivistisch-historistische Verfassungsinterpretation (Bork und Meese) festlegen sollte. Oder mehr im Sinne des charakteristischen Verfassungsprozeßdenkens ausgedrückt: darin daß der Senat aufgefordert war "not to confirm a man but to establish on the Court a doctrine and a set of concrete decisions, most of which are reversals of established law and precedent."¹⁰²⁾

Der "public context" (Brennan) setzt nicht nur der Entscheidungsfreiheit des Gerichts, sondern auch dem natürlich prinzipiell legitimen, hier aber allzu direkten und massiven Versuch der politischen Einflußnahme auf diese Freiheit Grenzen. Der Senat hätte offensichtlich als Ziel vor Augen, die Möglichkeit längerfristig angelegter "principled decisions" (Wechsler) jedenfalls offenzuhalten. Die hier sichtbar gewordene mindestens indirekte (und ex negativo erfolgende) demokratische Legitimierung des Supreme Court könnte die Heftigkeit der aktuellen Kontroverse um seine Entscheidungspolitik etwas mildern.

Anmerkungen

- ¹ Nach Henry J. Abraham, "Contemporary Judicial Process and a Democratic Society", *Political Science Quarterly* 101 (1986), 279.
- ² Zit. bei Abraham (Anm. 1), 278; s.a. Warren E. Burger, Chief Justice, Speech before Am. Bar Association 10.8.1970, "The State of the Federal Judiciary", *Forbes* 108 Nr. 7 (1.7.1971), 15-18. - Vgl. zur "law explosion" and "litigation explosion" auch Lawrence M. Friedman, *Total Justice* (New York, 1985), pp. 3-7, 15-20.
- ³ David O'Brien, "The Supreme Court: A Co-Equal Branch of Government", *Supreme Court Historical Society Yearbook* (Washington, D.C., 1984), 93. Justice John M. Harlan Jr. hatte schon 1963, zit. bei O'Brien, p. 94 mit Anm. 43, gemeint, die Arbeitsbasis des SC sei "the control it possesses over the amount and character of its business".
- ⁴ Tab. 4 bei O'Brien (Anm. 3), 96.
- ⁵ Schon 1925 meinte der damalige Chief Justice Taft, die Funktion des modernen SC, jedenfalls nach dem Judiciary Act von 1925, sei "not the remedying of a particular litigant's wrong, but the consideration of cases whose decision involves principles, the application of which are of wide public or governmental interest, and which should be authoritatively declared by the final court". Damit sind ganz besonders Vefassungsprinzipien angesprochen, s. William H.

Taft, "The Jurisdiction of the Supreme Court under the Judiciary Act of February 13, 1925", *Yale Law Journal* 35 (Nov. 1925), 2.

- 6 Aus der unüberschaubaren Literatur zu diesem Thema nur den "Klassiker" Robert G. McCloskey, *The American Supreme Court* (Chicago, 1960); Alexander M. Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics* (Indianapolis, 1962), insbes. chap. 1; Christopher Wolfe, *The Rise of Modern Judicial Review: From Constitutional Interpretation to Judge-Made Law* (New York, 1986); Kermit L. Hall, *The Supreme Court and Judicial Review in American History. Bicentennial Essays on the Constitution*, Am. Hist. Association (Washington, D.C., 1985); ferner der von demselben Autor hrsg. Sammelband mit berühmten älteren Arbeiten zur Thematik, Kermit L. Hall, ed., *Judicial Review in American History: Major Historical Interpretations* (New York, 1987); Warren E. Burger, *The Doctrine of Judicial Review*, Jeremy Bentham Lecture, The University College London, Feb. 2, 1972, *Current Legal Problems* 1972 vol. 25; Winfried Brugger, "Verwaltungsgerichtspolitik à la USA", *Zeitschrift für Rechtspolitik* (1987, Nr.2), 52-61; und zu fast allen im Text angeschnittenen Fragen jetzt auch ders., *Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit in den Vereinigten Staaten von Amerika* (Tübingen, 1987).
- 7 Dazu McCloskey (Anm. 6), chap. 1 und 2; Wolfe (Anm. 6), chap. 1. - Mehr oder minder ausgeprägte Zweifel bei mehreren der weiter unten zit. konservativen Kritiker, auch bei Rehnquist (Anm. 67); bes. nachdrücklich bei Hermine Herta Meyer, *Fourteenth Amendment* (Anm. 40), pp. 204-213.
- 8 Zit. bei Marjorie Fribourg, *The Supreme Court in American History* (New York, 1969), p. 16.
- 9 Vgl. Tab. 5 bei O'Brien (Anm. 3), 98, für die Zeit 1800-1982.
- 10 *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803), abgedr. in Geoffrey R. Stone et al., *Constitutional Law* (Boston, Toronto, 1986), p. 18, 24.
- 11 Bickel, *Least Dangerous Branch* (Anm. 6), p. 16.
- 12 zit. nach der amerikan. Ausgabe, Phillips Bradley, ed., Alexis de Tocqueville, *Democracy in America* (New York, 1958), vol 1. chap. 16.
- 13 Robert H. Jackson, *The Struggle for Judicial Supremacy* (New York, 1949), p. XI.
- 14 *The Federalist*, ed. Jacob E. Cooke (Middletown, CT, 1961), p. 522f.
- 15 In diesem Zusammenhang immer noch lesenswert Edward S. Corwin, *The "Higher Law" Background of American Constitutional Law* (Ithaca, NY, 1963), ursprünglich in *Harvard Law Review* 42 (1928/29), 149-185 und 365-409; besonders wichtig sind mehrere Arbeiten von Gerald Stourzh zur Entstehung des modernen Verfassungsbegriffs in England und Amerika im 17. und 18. Jh.: *Vom Widerstandsrecht zur Verfassungsgerichtsbarkeit: Zum Problem der Verfassungswidrigkeit im 18. Jahrhundert*, Kleine Arbeitsreihe des Instituts für Europäische und Vergleichende Rechtsgeschichte an der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Univ. Graz, Heft 6 (Graz, 1974); "Staatsformenlehre und Fundamentalgesetze in England und Nordamerika im 17. und 18. Jahrhundert: Zur Genese des modernen Verfassungsbegriffs", *Herrschaftsverträge, Wahlkapitulationen, Fundamentalgesetze*, Hrsg. Rudolf Vierhaus (Göttingen, 1977), pp. 294-328, bes. 318 ff.; "The American Revolution, Modern Constitutionalism, and the Protection of Human Rights", *Truth and Tragedy: A Tribute to Hans J. Morgenthau*, eds. Kenneth W. Thompson et al. (Washington, D.C., 1977), pp.162-175; "The Declaration of Rights, Popular Sovereignty and the Supremacy of the Constitution: Divergencies between the

- American and the French Revolutions", *La Révolution Américaine et l'Europe* (Paris 1979), pp. 347-364; *Fundamental Laws and Individual Rights in the 18th Century Constitution*, Bicentennial Essay No. 5, The Claremont Institute for the Study of Statesmanship and Political Philosophy (Claremont, CA, 1984). - Ferner Stanley N. Katz, "The American Constitution: A Revolutionary Interpretation", Richard Beeman, Stephen Botein, Edward C. Carter II, eds. *Beyond Confederation: Origins of the Constitution and American National Identity*, (Chapel Hill, NC, 1987), pp. 23-37; die Verfassung als "an act of the people in their constituting capacity", W. Berns (Anm. 59), p. 237; Martyn P. Thompson, "The History of Fundamental Law in Political Thought from the French Wars of Religion to the American Revolution", *American Historical Review* 91 (1986), 1103-1128.
- ¹⁶ Hamilton (Anm. 14), p. 524f, 523.
- ¹⁷ Montesquieu, *De l'Esprit des Lois* (1748, hier Paris, 1874), Livre XI chap. VI, pp. 144, 146, 149.
- ¹⁸ Vgl. Winfried Steffani, "Verfassungsgerichtsbarkeit und demokratischer Entscheidungsprozeß", *Aus Politik und Zeitgeschichte*, B 21/68 (22. Mai 1968), 6f.
- ¹⁹ Art. 76 der Weimarer Verfassung. Dazu Georg Anschütz, *Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919. Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis*, 14. Aufl. (Berlin 1933/Neudr. Darmstadt, 1965), Anm. 1-3, S. 401-3, der dort nachdrücklich diesen Unterschied zu den USA hervorhebt. Georg-Christoph von Unruh, "Nordamerikanische Einflüsse auf die deutsche Verfassungsentwicklung", *Deutsches Verwaltungsblatt* (1976), 455 ff., 460-3. - Neuere Versuche, doch eine ähnliche Tradition richterlicher Kontrolle in der deutschen Geschichte aufzuzeigen, sind jedenfalls in dem hier interessierenden Punkte nicht überzeugend, s. Theodor Schieder, "Vom Reichskammergericht zum Bundesverfassungsgericht: Das Problem der rechtlichen Kontrolle politischer Macht in der deutschen Geschichte", *25 Jahre Bundesverfassungsgericht 1951-1976: Festakt ... am 18. November 1976* (Heidelberg, Karlsruhe, 1976), pp. 21-38; gekürzt auch als "Rechtliche Kontrolle politischer Macht: Zu Problemen und Aufgaben des Bundesverfassungsgerichts", *Universitas* 32 (1977), 337-348.
- ²⁰ Dazu Archibald W. Cox, *The Role of the Supreme Court in American Government* (London, Oxford, New York, 1976), chap. 1, bes. pp. 16-30.
- ²¹ Public Law 88-352, 78 Stat. 241 et ss.
- ²² *Commonwealth v. Alger*, 7 Cush. (61 Mass.) 53, 85 (1851), zit. bei William M. Wiecek, "The 'Imperial Judiciary' in Historical Perspective", *Supreme Court Historical Society Yearbook* (Washington, D.C., 1984), 61-89, 71.
- ²³ *The Civil Rights Cases*, 109 U.S. 3 (1883), abgedruckt bei Stone, *Constitutional Law* (Anm. 10), p. 1469.
- ²⁴ Vgl. z. B. Forrest McDonald, *Novus Ordo Seclorum: The Intellectual Origins of the Constitution* (Kansas, NE, 1985), pp. 208, 226, 242.
- ²⁵ Etwa William W. Freehling, *Prelude to Civil War: The Nullification Controversy in South Carolina, 1816-1836* (New York, 1965).
- ²⁶ Ausführlich Charles F. Hobson, "The Negative on State Laws: James Madison, the Constitution, and the Crisis of Republican Government", *William and Mary Quarterly* 36 (1979), 215-235.
- ²⁷ *U.S. v. Nixon* (Tonbänder-Fall), 418 U.S. 683 (1973), abgedr. in Stone (Anm. 10), p. 398; *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer* (Steel Seizure Case), 343 U.S.

- 579 (1952), in Stone, p. 346; *Immigration and Naturalization Service v. Chadha* (Legislative Veto), 462 U.S. 919 (1983), in Stone, p. 371. Zu *Chadha* s. Rodolphe J.A. de Seife, "Legislative Delegation of Powers: A Hobson's Choice?", *The John Marshall Law Review* 17 (1984), 279-307.
- ²⁸ Oliver Wendell Holmes Jr., *Collected Legal Papers* (New York, 1920/repr. New York, 1952), p. 295f.: "I do not think the United States would come to an end if we lost our power to declare an Act of Congress void. I do think the Union would be imperiled if we could not make that declaration as to the laws of the several States".
- ²⁹ James Madison an George Washington, 16.4.1787, Robert A. Rutland et al., eds., *The Papers of James Madison*, vol. 9 (Chicago, London, 1975), p. 382, 384. Dabei hat Madison ebenso potentielle Konflikte zwischen national government und Einzelstaaten im Auge wie zwischen "interested majorities" und den "rights of minorities and of individuals" innerhalb der Einzelstaaten oder der Union in einer Federal Republic, also die Thematik des späteren Federalist Nr. 10. - In der Debatte über die *removal power* des Präsidenten im ersten Kongreß 1789 nannte Elbridge Gerry im House of Representatives die Supreme Court Richter "constitutional umpires", zit. bei Cooper und Lund, "Landmarks of Constitutional Interpretation" (Anm. 84), 13.
- ³⁰ Vgl. allgemeine Darstellungen wie Alfred H. Kelly, Winfred A. Harbison, Herman Belz, *The American Constitution: Its Origins and Development*, 6. Aufl. (New York, London, 1983); McCloskey (Anm. 6).
- ³¹ *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. (19 How.) 393 (1857), in Stone (Anm. 10), p. 440.
- ³² Dazu Henry J. Abraham, *Freedom and the Court: Civil Rights and Liberties in the United States*, 3. Aufl. (New York, 1977), chap. 4; Ellis Sandoz, *Conceived in Liberty: American Individual Rights Today* (North Scituate, MA, 1978), pp. 22-38; Christopher Wolfe (Anm. 6), chap. 6.
- ³³ William M. Wiecek, "The Liberal Critique of the United States Supreme Court", demnächst veröffentlichter Beitrag für "Krefelder Historische Symposien: Deutschland und Amerika", 28.-31. Mai 1987, p. 4. - Die *freedom of contract*-Doktrin entstammt *Allgeyer v. Louisiana*, 165 U.S. 578 (1897), Auszug in Stone (Anm. 10), p. 728.
- ³⁴ *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905), in Stone (Anm. 10), p. 728; der oben erwähnte dissent von J. Holmes ib., p. 733. - Auf Bundesebene die *Slaughterhouse Cases*, 83 U.S. 36 (1873); *U.S. v. Knight*, 156 U.S. 1 (1895).
- ³⁵ *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937), in Stone (Anm. 10), p. 743. Der SC "overruled" ausdrücklich seine frühere anti-New Deal-Rechtssprechung und billigte ein State-Minimum-Lohngesetz für Frauen; vgl. etwa Abraham (Anm. 32), p. 107 und chap. IV.
- ³⁶ Vgl. allgemein Wolfe (Anm. 6), chap's 10-12; Abraham (Anm. 32), chap's 2, 5-7; Cox (Anm. 20), chap's 2 und 3; Kelly, Harbison, Belz (Anm. 30), chap's 26, 29; Michael Kammen, *Spheres of Liberty: Changing Perceptions of Liberty in American Culture* (Madison, WI, 1986), bes. part 3; Paul L. Murphy, *The Constitution in Crisis Times 1918-1969* (New York, 1972), chap. 6; Lawrence M. Freedman, *Total Justice* (Anm. 2), chap. 5 für "due process revolution" allgemein; schließlich auch Brugger, *Grundrechte* (Anm. 6).
- ³⁷ Robert H. Walker, "The Constitution and Social Change: From Liberties to Rights", *Doshisha American Studies* (March 1988), 1-15. Allerdings sieht Walker diese Entwicklung mit den Civil War Amendments schon abgeschlossen. - Vgl.

- auch Morton Keller, "Powers and Rights: Two Centuries of American Constitutionalism", *Journal of American History* 74/3 (Dec. 1987), 675-694. Diese Entwicklung ist (potentiell) so revolutionär, bedeutet praktisch eine neue Verfassung, gerade weil "[T]he significance of race in the American past can scarcely be exaggerated". Leon F. Litwack, "Trouble in Mind: The Bicentennial and the Afro-American Experience", *Journal of American History* 74/2 (Sept.1987), 317, und passim 315-337.
- ³⁸ Für diese Phase als Übersicht Kelly, Harbison, Belz (Anm. 30), chap's 18-20.
- ³⁹ Vgl. Paul L. Murphy, *The Meaning of Freedom of Speech: First Amendment Freedoms from Wilson to FDR* (Westport, CT, 1972); ders., *World War I and the Origin of Civil Liberties in the United States* (New York, 1979); Zechariah Chafee Jr., *Freedom of Speech in the United States*, 4. Aufl. (Cambridge, MA, 1948).
- ⁴⁰ Der Beginn 1925 ist ein press freedom-Fall, *Gitlow v. New York*, 268 U.S. 652 (1925), in Stone (Anm. 10), p. 954, wo die Sache eher beiläufig und ohne besondere Begründung eingeführt wird. Für eine historisch argumentierende extensive Interpretation s. Michael Kent Curtis, *No State Shall Abridge: The Fourteenth Amendment and the Bill of Rights* (Durham, NC, 1986); ebenso historisch begründend, aber restriktiv Raoul Berger, *Government by Judiciary: The Transformation of the Fourteenth Amendment* (Cambridge, MA, 1977); extrem ablehnend Hermine Herta Meyer, *The History and Meaning of the Fourteenth Amendment: Judicial Erosion of the Constitution Through the Misuse of the Fourteenth Amendment* (New York, 1977), das Ergebnis sei, daß "... the Constitution no longer exists", p. 289. Vgl. ferner Abraham (Anm. 32), chap. 3; Sandoz (Anm. 32), pp. 63 ff. - Kritik z.B. von Attorney General Edwin Meese, Rede vor der Am. Bar Association am 9. Juli 1985 in Washington, abgedr. Elder Witt, *A Different Justice: Reagan and the Supreme Court* (Washington, D.C., 1986), pp. 171, 176.
- ⁴¹ *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319, 326f. (1937), in Stone (Anm. 10), p. 711, 712.
- ⁴² *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144, 152-3 (1938), in Stone (Anm. 10), p. 745, "footnote 4", *ibid.*, p. 750.
- ⁴³ Dazu Abraham (Anm. 32), chap. 2; Wolfe (Anm. 6), pp. 248 ff.
- ⁴⁴ "Strict scrutiny" wird vom SC wohl seit *Skinner v. Oklahoma*, 316 U.S. 535 (1942), in Stone (Anm. 10), p. 751, 753 im obigen Sinne des Begriffs verwendet. Zu den inhaltlichen Maßstäben vgl. z.B. *DeFunis v. Odegaard*, 416 U.S. 312 (1974), in Harold W. Chase und Craig R. Ducat, *Constitutional Interpretation: Cases - Essays - Materials* (St. Paul, MN, 1974), p. 811, 812: "Generally, when reviewing a state-created classification alleged to be in violation of the equal protection clause of the [14th] Amendment, the question is whether the classification is reasonably related to a legitimate public purpose ... this 'rational basis' test ... However, where the classification is based upon race, a heavier burden of justification is imposed upon the state." - Den Umfang dieser strengeren *strict scrutiny*-Begründung definiert der SC (*J. Powell*) unter Berufung auf frühere Entscheidungen in *Regents of the Univ. of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978), in Stone (Anm. 10), p. 582, 585 so: "... in order to justify the use of a suspect classification, a State must show that its purpose or interest is both constitutionally permissible and substantial, and that its use of the classification is 'necessary ... to the accomplishment' of its purpose or the safeguarding of its interest". Oder *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), in Stone (Anm. 10), p. 854, 856 (*J. Blackmun*): "Where certain 'fundamental rights' are involved, the Court has held that regulation limiting these rights may be justified only by a 'compelling state interest', ...".

- ⁴⁵ *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965), in Stone (Anm. 10), p. 841, 844.
- ⁴⁶ Aus der *majority opinion* (J. Douglas) in *Griswold* (Anm. 45).
- ⁴⁷ *Frontiero v. Richardson*, 411 U.S. 677 (1973), in Stone (Anm. 10), p. 613.
- ⁴⁸ Auf die unendlich differenzierte und reiche Diskussion und Literatur zu der Frage, welche Rolle der Supreme Court im rechtlichen, politischen, gesellschaftlichen und moralischen Haushalt der amerikanischen Nation letztlich spielt, welche Funktionen er - neben der Entscheidung von Rechtskonflikten - eigentlich hat: *policy maker*, politischer Akteur, wie seine Entscheidungen zustandekommen, wovon sie abhängen, wie sie wirken, usw. usw., kann hier nicht eingegangen werden. Die preskriptive Dimension betont Justice Brennan nachdrücklich: ein SC-Urteil etwa über die Unvereinbarkeit von Jim Crow mit der *Gleichheitsgarantie* der Verfassung "is not simply a contemplative exercise in defining the shape of a just society. It is an order - supported by the full coercive power of the State - that the present society change in a fundamental aspect", William J. Brennan Jr., Lecture: "The Constitution of the United States: Contemporary Ratification", 12.10.1985, Georgetown Univ., Washington, D.C., in Elder Witt (Anm. 40), pp. 183-191, 184.
- ⁴⁹ *Brown v. Board of Education of Topeka, KS* (*Brown I*), 347 U.S. 483 (1954), und *dto.*, (*Brown II*), 349 U.S. 294 (1955), in Stone (Anm. 10), p. 461, 467.
- ⁵⁰ Die erste wichtige *busing*-Entscheidung ist *Swann v. Charlotte-Mecklenburg Board of Education*, 402 U.S. 1 (1971), in Stone (Anm. 10), p. 475. - Der *Detroit-Fall* ist *Milliken v. Bradley*, 418 U.S. 717 (1974), in Chase und Ducat (Anm. 44), p. 92; zum Problem der Grenzziehung zwischen *school districts* s. Lino A. Graglia, *Disaster by Decree: The Supreme Court Decisions on Race and the Schools* (Ithaca, London, 1976), chap. 8, und zu *busing* allgemein chap's. 7, 9, 10 *ibid.* - Für die Unterscheidung zwischen bzw. Ineinsfallen von *de jure/de facto-segregation* s. *Keyes v. School District no. 1, Denver*, 413 U.S. 189 (1973); *Dayton, Ohio, Board of Education v. Brinkman*, 433 U.S. 406 (1977) (*Dayton I*) und *dto.*, 443 U.S. 526 (1979) (*Dayton II*), in Stone (Anm. 10), pp. 482, 486f. - Zu *affirmative action* die *DeFunis-* und *Bakke-Fälle*, s.o. Anm. 44. - Der letzterwähnte Fall ist *Johnson v. Transportation Agency of Santa Clara County, CA*, 25.3.1987, Auszüge *New York Times* (26.3.1987), 12 (J. Brennan). - Zu der Frage, ob private Arbeitgeber nach Titel VII des Civil Rights Act 1964 ein *affirmative action*-Ausbildungsprogramm unterhalten dürfen, das Schwarze gegenüber Weißen bevorzugt, s. *United Steelworkers of America v. Weber* (1979), in *The Supreme Court and Individual Rights*, ed. Congressional Quarterly (Washington, D.C., 1980), p. 235. - Zur *affirmative action*-Problematik nur zwei unterschiedliche Stellungnahmen: Laurence H. Tribe, *Constitutional Choices* (Cambridge, MA, 1985), chap. 14; dagegen Orrin G. Hatch, "The Son of Separate but Equal: The Supreme Court and Affirmative Action", in McGuigan und Rader, eds., *Blueprint*, (Anm. 96), chap. 5.
- ⁵¹ Schon J. John M. Harlan, als derzeit einziger Südstaatler im SC in seinem berühmten *dissent* in *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896), in Stone (Anm. 10), p. 451, 453: "Our constitution is color-blind, and neither knows nor tolerates classes among citizens. In respect of civil rights, all citizens are equal before the law. ... The law regards man as man, and takes no account ... of his color when his civil rights as guaranteed by the supreme law of the land are involved." (Hervorhebung K.K.). - Die Frage *benign discrimination* wird in *Bakke* (Anm. 44) ausführlich diskutiert. - Der *South Carolina-Fall* ist *North Carolina State Board of Education v. Swann*, 402 U.S. 43, in Chase-Ducat (Anm. 44), p. 804. - Der jüd. Intellektuelle ist Henry J. Abraham, "Some Post-*Bakke*, *Weber*, and *Fullilove* Reflections on Reverse Discrimination", *Univ. of Richmond*

Law Rev. (1980), 373, abgedr. Glenn A. Phelps und Robert A. Poirier, eds., *Contemporary Debates on Civil Liberties: Enduring Constitutional Questions* (Lexington, MA, Toronto, 1985), 162-8.

- ⁵² Charakteristisch für die eher konservative erstere Auffassung Walter Berns, *Taking the Constitution Seriously* (New York, 1987), p. 196; vgl. vom verfassungsrechtlichen Standpunkt Charles Redenius, *The American Ideal of Equality: From Jefferson's Declaration to the Burger Court* (Port Washington, NY, 1981), pp. 3-4, 41, 49, passim; historisch-politologisch Martin Diamond, "The Idea of Equality: The View from the Founding", in Walter Nicgorski und Ronald Weber, eds., *An Almost Chosen People: The Moral Aspirations of Americans* (Notre Dame, London, 1976), pp. 19-37, "modern egalitarianism", p. 37. - Gleichheit als "equal treatment" - "equal rights and duties" bei Wilson Carey McWilliams, "On Equality as the Moral Foundation for Community", in Robert H. Horwitz, ed., *The Moral Foundations of the American Republic*, 2nd ed. (Charlottesville, VA, 1982), pp. 183, 191, 208, dort zit. Hamilton: "equal opportunity to obtain inequalities".
- ⁵³ Hier müssen pauschale Verweisungen auf berichtende Literatur genügen, so zu *free speech/free press*: Abraham, *Freedom and the Court* (Anm. 32), chap. 5; *The Supreme Court and Individual Rights* (Anm. 50), pp. 15-77. Isidore Starr, *The Idea of Liberty: First Amendment Freedoms* (St. Paul, MN, 1978), chap. 11-17, 19. - Zu *Obszönität*: Abraham a.a.O., pp. 209-227; *Supreme Court ...*, a.a.O., pp. 56-59; Starr, a.a.O., chap. 18. - Zu *Religion*: Abraham, a.a.O., chap. 6; *Supreme Court ...*, a.a.O., pp. 79-99; Starr, a.a.O., Sect. I+II. - *Strafverfahren*: *Supreme Court ...*, a.a.O., pp. 153-210; Abraham, a.a.O., pp. 118-149. J. Brennan nannte diese Entwicklung seit dem *Miranda-Urteil* 1966 "a revolution in the area of criminal procedure", zit. bei Stuart Taylor (Anm. 60).
- ⁵⁴ *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (1962), in Stone (Anm. 10), p. 95; *Reynolds v. Sims*, 377 U.S. 533 (1964), in Stone, p. 768. - Vgl. Robert B. McKay, *Reapportionment: The Law and Politics of Equal Representation* (New York, 1965).
- ⁵⁵ *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965), in Stone (Anm. 10), p. 841.
- ⁵⁶ *Griswold*, in Stone (Anm. 10), p. 848, 849. - Offener zu dieser Frage Paul G. Kauper, "Penumbras, Peripheries, Emanations, Things Fundamental and Things Forgotten: The *Griswold* Case", *Michigan Law Rev.* 64 (1965), 235, 252-3; nachdrücklich Brugger, *Grundrechte* (Anm. 6), pp. 106 ff.
- ⁵⁷ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), in Stone (Anm. 10), p. 854.
- ⁵⁸ Die obigen Zitate aus der *concurring opinion* der Richter Goldberg, Warren und Brennan in *Griswold* (Anm. 55). - Justice Harlan kritisiert eben diese Vorgehensweise: "...when a statute affects only matters not mentioned in the Federal Constitution and is not arbitrary or irrational", dann dürfe das Gericht nicht "pick out particular human activities, characterize them as 'fundamental', and give them added protection under an unusually stringent equal protection test." Dieses Verfahren "would go far toward making this Court a 'superlegislature'". *Dissent* in *Shapiro v. Thompson*, 394 U.S. 618 (1969), in Stone (Anm. 10), p. 802, 806.
- ⁵⁹ Etwa die heftige Attacke des Asst. Att. Gen. for Civil Rights Bradford Reynolds, Rede vor der Univ. of Missouri Law School, Columbia, MO, zit. bei Robert Pear, "Aide in Justice Department Holds that Brennan has 'Radical' Views", *New York Times* (13.9.1986), A 1 und 10: "B. seeks not limited government in order to secure individual liberty, but unlimited judicial power to further a personalized egalitarian vision of society" und versuche, eine "radically egalitarian society" zu errichten. - Auf wissenschaftlichem, wenn

auch noch polemischem Niveau der Aufsatz von Cooper und Lund, "Landmarks of Constitutional Interpretation" (Anm. 84); Michael W. McConnell, "The Counter-Revolution in Legal Thought", *Policy Review* 41 (Summer 1987), 18-25; Dinesh D'Souza, "The Neoliberal Censorship: The Ideological Assault on the Constitution, the Bible and the Great Works of Western Thought", *Policy Review* 38 (Fall 1986), 8, 12-14; Walter Berns, *Taking the Constitution Seriously* (New York, 1987), pp. 233-7, 239: J. Brennan als "prince of revisionists", p. 233.

- ⁶⁰ Zur Persönlichkeit Brennans s. Stuart Taylor, "Brennan: 30 Years and the Thrill is not Gone", *New York Times* (16.4.1986), B 8; Jeffrey T. Leeds, "A Life on the Court: A Conversation with Justice Brennan", *New York Times Magazine* (5.10.1986), 25-26, 74-79; E.R. Shipp, "Brennan Focuses on High Court and the States", *New York Times* (19.11.1986), A 16. - Zur Todesstrafe seine *concurring opinion* in *Furman v. Georgia* (1972) und den *dissent* in *Gregg v. Georgia* (1976), beide unten Anm. 61; ferner die schon erw. (Anm. 48) Rede Brennans am 12.10.1985, "The Constitution of the United States: Contemporary Ratification", Georgetown Univ., Washington, D.C.; ders., "Constitutional Adjudication and the Death Penalty: A View from the Court", The 1986 Oliver Wendell Holmes, Jr. Lecture, *Harvard Law Review* 100 (1986/7), 313-331; hier auch zu den inneren Arbeitsprozessen des SC, insbes. die Fallauswahl im Rahmen der eigenen *discretion* im Hinblick auf Fragen, die einzelnen Richtern wichtig erscheinen, sowie zum Problem der Koalitionsbildung innerhalb des SC. Kaum ernsthaft hierzu verwertbar dagegen Bob Woodward und Scott Armstrong, *The Brethren: Inside the Supreme Court* (New York, 1979).
- ⁶¹ Das erste Todesstrafen-Urteil: *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238 (1972), in Chase-Ducat (Anm. 44), p. 1041; das zweite: *Gregg v. Georgia*, 49 L.Ed. 859 (1976), in Alpheus Th. Mason und William M. Beaney, *American Constitutional Law*, 6.Aufl. (Englewood Cliffs, NJ, 1978), p. 756. - Vgl. auch Franklin E. Zimring und Gordon Hawkins, *Capital Punishment and the American Agenda* (Cambridge, MA, 1986).
- ⁶² Brennan, *concurring*, in *Furman v. Georgia*, ebenso *dissent* in *Gregg v. Georgia* (beide Anm. 61); Holmes Lecture (Anm. 60), 330, 329, 326, 328; p. 319 für die Warren-Formel (übrigens sprach Warren s.Z. für vier Richter); sie stammt aus *Trop v. Dulles*, 356 U.S. 86, 101 (1958). Zur human dignity als allgemeinstem Grundrecht: die Verfassung mit Bill of Rights und Civil War Amendments "is a sublime oration on the dignity of man ... a sparkling vision of the supremacy of the human dignity of every individual", Georgetown Univ.-Rede (Anm. 48), p. 187; 191 li.Sp., allgemein pp. 185-191. - Die Argumentation ähnelt der "Grundnorm" von Hans Kelsen, *General Theory of Law and State* (Cambridge, MA, 1949), pp. 115 ff.
- ⁶³ *Griswold v. Connecticut* (Anm. 55), Stone, (Anm. 10), p. 843. - J. Harlan, *concurring*, meinte gar, unter den Schutz des 14. Amendment (allerdings *due process*) fielen alle jene Rechte "which are ... *fundamental*; which belong ... to the citizens of all free governments", *ibid.* p. 845-6 (Hervorhbg. im Orig.).
- ⁶⁴ Holmes Lecture (Anm. 60), 328-9, wobei er den alten Gedanken Madisons in der Formulierung durch West Virginia State Board of Education v. Barnette, 319 U.S. 624, 638 (1943) aufgreift; ähnlich Georgetown Univ.-Rede (Anm. 60), p. 186 li. Sp.; das letzte Zit. *ib.*, p. 191 li.Sp.
- ⁶⁵ William M. Wiecek (Anm. 22), 61-89; schon Louis Boudin, "Government by Judiciary", *Political Science Quart.* 26 (1911), 238-270, abgedr. in Hall, *Judicial Review* (Anm. 6), pp. 59-91; Raoul Berger: *Government by Judiciary: The Transformation of the Fourteenth Amendment* (Cambridge, MA, 1977); Walter Berns (Anm. 59), p. 214 ff. und passim ausführlich zu "government by

- judiciary", p. 218: SC ein moderner *Council of Revision*. Don E. Fehrenbacher, *Slavery, Law, and Politics: The Dred Scott Case in Historical Perspective* (New York, 1981), p. 5: "Government by Judiciary is now ... democracy's non-democratic alternative to representative government when the latter bogs down in failure or inaction." - Dagegen aber z.B. Eugene V. Rostow, "The Democratic Character of Judicial Review", ursprüngl. *Harvard Law Rev.* 66 (1952), 193, abgedr. in Rostow, *The Sovereign Prerogative: The Supreme Court and the Quest for Law* (New Haven, London, 1962), pp. 147-192.
- ⁶⁶ Nathan Glazer, "Towards an Imperial Judiciary?", *Public Interest* 41 (Fall 1975), 104-122, 120, oder 106: "American courts, the most powerful in the world ... are now far more powerful than ever before." Oder Daniel Patrick Moynihan, "What Do You Do When the Supreme Court is Wrong?", *Public Interest* 57 (Fall 1979), 3-24.
- ⁶⁷ William H. Rehnquist, "The Notion of a Living Constitution", *Texas Law Review* 54 (May 1976), 693, 698, 706, 702. Zur *judicial review*: ihre "antidemocratic and antimajoritarian facets ... require some justification in this Nation, which prides itself on being a self-governing representative democracy", *ibid.* 695-6.
- ⁶⁸ Walter Berns (Anm. 59), p. 217; Zitate im übrigen aus Lino A. Graglia, "How the Constitution Disappeared", *Commentary* (Febr. 1986), 19-27. - Oder Irving Kristol: "... the courts have, in effect, been in charge of our social policy for the past 25 years." In "Symposium: Two More Years: A Final Reagan Agenda", *The American Spectator* 19 (Oct. 1986), 14, 17.
- ⁶⁹ J. Brennan, Georgetown Univ. Lecture (Anm. 60), p. 184 r.Sp.
- ⁷⁰ Wiederum Formulierungen von Brennan (Anm. 69), p. 186 li.Sp.
- ⁷¹ Brennan, (Anm. 69), p. 186-9.
- ⁷² Edwin Meese, zwei Reden vor der American Bar Association am 9.7.1985 in New York, am 17.7.1985 in London, abgedr. bei Elder Witt, *A Different Justice: Reagan and the Supreme Court* (Washington, D.C., 1986), pp. 171-183: 176, 172, 177, 179-182; ders., "The Battle for the Constitution", *Policy Review* 35 (Winter 1986), 32-35. Robert Bork, "Interpreting the Constitution", *Dialogue* No. 1 (1987), 28-32; zu einigen Aspekten auch schon ders., "Neutral Principles and some First Amendment Problems", *Indiana Law Journal* 47 (Fall 1971), 1-35. Oder Spec. Asst. to the Att. Gen. Terry Eastland, "The Burger Court and the Founding Fathers", *Policy Review* 28 (Spring 1984), 14-19.
- ⁷³ Unter Historikern jedenfalls ist diese Skepsis verbreitet, s. dazu mit Beispielen Leonard Levy, *Constitutional Opinions: Aspects of the Bill of Rights* (New York, 1986), p. 193-197; Wilcomb E. Washburn, "The Supreme Court's Use and Abuse of History", *OAH Newsletter* (August 1983), 7-9; Mark Tushnet, "Should Historians Accept the Supreme Court's Invitation?", *OAH Newsletter* (Nov. 1987), 12-13.
- ⁷⁴ Das letzte Zitat ist Gordon S. Wood, "The Fundamentalists and the Constitution", *New York Review of Books* 35 (18.2.1988), 33, 39 Sp. 1, auch 38 Sp. 4. - Vgl. im übrigen die auf profunde Kenntnis des Quellenstandes gestützte Untersuchung von James H. Hutson (Chief, Manuscript Division, Library of Congress), die die Textaussage stützt: "The Creation of the Constitution: The Integrity of the Documentary Record", *Texas Law Review* 65 (1986/87), 1-39, 38f.: "... impossible to rely upon the documentary record to discover the intentions of the Framers. A jurisprudence of original intention is not precluded by these findings, but it would be obliged to seek the intention of the Framers in the words of the Constitution, as the Framers themselves intended." - Vgl. auch die Kritik von Floyd Abrams: "Mr. Meese Caricatures the

- Constitution", *New York Times* (25.7.1986), A 31; John G. Wofford, "The Blinding Light: The Uses of History in Constitutional Interpretation", *Chicago Law Rev.* 31 (Spring 1964), 502-533, bes. 503-511.
- ⁷⁵ Edwin Meese, Rede 17.7.1985 (Anm. 72), p. 181 li.Sp.
- ⁷⁶ Brennan, Georgetown Univ. Lecture (Anm. 60), p. 186.
- ⁷⁷ Wood (Anm. 74), 39, Sp.2.
- ⁷⁸ Wood (Anm. 74), 33-40. - Zu dem hier interessierenden Problem des Verhältnisses von politischer Philosophie, Verfassung und Geschichte vgl. von Leo Strauss etwa *What is Political Philosophy? and Other Studies* (Glencoe, IL, 1959), bes. chap. 2 "Political Philosophy and History".
- ⁷⁹ Nach Wood (Anm. 74), p. 39, 40, 35, 34; die anderen erwähnten Autoren sind in dieser Arbeit mehrfach zitiert; Walter Berns, *Taking the Constitution Seriously* (New York, 1987), pp. 225, 229, 245, 244, 217, 240, 241. - Eine sehr sorgfältige historische Untersuchung der Frage, ob die amerikanische Tradition und Erfahrung vor 1776 für eine strikte *interpretive review* der Verfassung (positivistische, "fundamentalistische" Interpretation im engsten Sinn, strikt gebunden an den Verfassungstext) oder auch für eine *noninterpretive review* spricht (d.h. für die Einbeziehung von bzw. Orientierung an allgemeineren *fundamental law*-Prinzipien einer erweiterten "ungeschriebenen" Verfassung), s. Thomas C. Grey, "Origins of the Unwritten Constitution: Fundamental Law in American Revolutionary Thought", *Stanford Law Review* 30 (May 1978), 843-893, abgedr. in Hall, *Judicial Review* (Anm. 6), pp. 265-315. - Für eine deutsche Version normativer politischer Theorie (wenn auch nicht direkt auf die Verfassung bezogen, ebenfalls an L. Strauss, sodann Hennis und Oberndörfer orientiert) s. Hans Herbert v. Arnim, "Zur normativen Politikwissenschaft", *Der Staat* 26 (1987), 477-496. - Zum Gründungsmythos vgl. G.S. Kirk, *Myth: Its Meaning and Functions in Ancient and Other Cultures* (Cambridge, Engl., 1970), p. 11 ff.; Bronislaw Malinowski, *Magie, Wissenschaft und Religion und andere Schriften* (Frankfurt, 1973), p. 98; verschiedene Arbeiten von Mircea Eliade, z. B. *Myth and Reality* (New York, Evanston, IL, 1963), pp. 13-14, 19. Ders., *Mythen, Träume und Mysterien* (Salzburg, 1961), p. 20-21: " ... ist der Mythos Ausdruck der absoluten Wahrheit, weil er eine heilige Geschichte erzählt ..." (Hervorhbg. Orig.). Speziell zur Verfassung auch W. Y. Elliott, "The Constitution as the American Social Myth", in Conyers Read, ed., *The Constitution Reconsidered* (New York, 1938, repr. 1968), bes. pp. 210 ff.
- ⁸⁰ Betr. Meese, Bork bei Ronald Dworkin, "From Bork to Kennedy", *New York Review of Books* (17.12. 1987), 40; betr. die Brennan-Position G. S. Wood (Anm. 74).
- ⁸¹ Brennan, Holmes Lecture (Anm. 60), 329.
- ⁸² "The Talk of the Town" (o.V.), *The New Yorker* (3. Aug. 1987), 17-20. Folgt man dagegen Meeses Worten, so geht es ausschließlich um "fidelity to the Constitution", "to de-politicise the law", um "first principles ... neither conservative nor liberal, neither right nor left", in "The Battle for the Constitution", *Policy Review* 35 (Winter 1986), 32-35 - gespielte Naivität, rhetorisches Geschick, politische Befangenheit?
- ⁸³ Brennan, Georgetown Univ. Lecture (Anm. 60), p. 184 r.Sp.
- ⁸⁴ Zit. bei Charles J. Cooper und Nelson Lund, "Landmarks of Constitutional Interpretation: Seven Lessons in the Rule of Law for Justice Brennan", *Policy Review* 40 (Spring 1987), 10.
- ⁸⁵ Att. Gen. E. Meese, "The Battle for the Constitution" (Anm. 82), 34 r.Sp.

- ⁸⁶ William M. Wiecek (Anm. 22), 61-89.
- ⁸⁷ John Hart Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review* (Cambridge, MA, London, 1980), pp. 75-77, 101-5.
- ⁸⁸ S. Anm. 54.
- ⁸⁹ Herbert Wechsler, "Toward Neutral Principles of Constitutional Law", *Harvard Law Review* 73 (1959/60), 1, 11, 19. - Vgl. auch John W. Johnson, *American Legal Culture, 1908-1940* (Westport, CT, 1981), p. 159f.
- ⁹⁰ Ronald Dworkin, "Reagan's Justice", *New York Review of Books* 31 (8.11.1984), 31. Brennan, Holmes Lecture (Anm. 60), 329.
- ⁹¹ So in der Tat ausdrücklich Meese, "The Battle for the Constitution" (Anm. 82), 35 li.Sp.
- ⁹² Allgemein dafür Wiecek (Anm. 22).
- ⁹³ Der Fall ist *Worcester v. Georgia* (1832), mit dem Zitat von Jackson nach Richard B. Morris, *Encyclopedia of American History*, 6.Aufl. (New York, 1982), p. 204-5.
- ⁹⁴ Vgl. Charles C. Alexander, *Holding the Line: The Eisenhower Era, 1952-1961* (Bloomington, IN, 1975), pp. 197-200. - Die Entscheidung ist *Cooper v. Aaron*, 358 U.S. 1 (1958), nach Stone (Anm. 10), p. 471.
- ⁹⁵ Att. Gen. E. Meese, Rede v.d. Tulane Univ., New Orleans, am 21.10.1986, nach Stuart Taylor, Jr., "Meese Says Rulings by U.S. High Court Don't Establish Law", *New York Times* (23.10.1986), A 1, 20; ders., "Meese and the Supreme Court: He Deals with Critics by Softening His Remarks", *ib.* (19.11.1986), A 16; auch Anthony Lewis, "When the Top U.S. Lawyer Attacks the Top U.S. Court", *Internat. Herald Tribune* (30.10.1986), 5.
- ⁹⁶ John P. East, "The Case for Withdrawal of Jurisdiction", in Patrick B. McGuigan und Randall R. Rader, eds., *A Blueprint for Judicial Reform* (Washington, D.C., 1981), pp. 29-36. - Stuart S. Nagel, "Court-Curbing Periods in American History", in Theodore L. Becker und Malcolm M. Feeley, eds., *The Impact of Supreme Court Decisions*, 2nd ed. (New York, 1973), pp. 9-21.
- ⁹⁷ *Engel v. Vitale*, 370 U.S. 421 (1962), bei Stone (Anm. 10), p. 1374. - Für solche Initiativen im Hinblick auf die Schulgebetsfrage James C. McClellan, "The Making and the Unmaking of the Establishment Clause", in McGuigan und Rader (Anm. 96), pp. 295-325, 319 zu Sen. Helms, die Zahlen in Anm. 108, p. 325; William M. Beaney und Edward N. Beiser, "Prayer and Politics: The Impact of *Engel* and *Schempp* on the Political Process", in Becker und Feeley (Anm. 96), pp. 22-36; Silverstein und Ginsberg (Anm. 101), p. 385 in Anm. 58, geben Nachweise aus Hearings im Kongress. - Für Gesetzes- und Verfassungsänderungsinitiativen im Hinblick auf die Abtreibungsentscheidungen s. Laurence H. Tribe, *Constitutional Choices* (Cambridge, MA, 1985), chap. 5; Robert J. Spitzer, *The Right to Life Movement and Third Party Politics* (New York, 1987), p. 54, 77 Anm. 31.
- ⁹⁸ Dazu Jules B. Gerard, "A Proposal to Amend Art. III: Putting a Check on Antidemocratic Courts", in McGuigan und Rader (Anm. 96), pp. 217, 225f.
- ⁹⁹ Albert P. Blaustein und Clarence C. Ferguson, Jr., "Avoidance, Evasion and Delay", in Becker und Feeley (Anm. 96), pp. 100-109 (bezieht sich auf die *segregation*-Frage nach *Brown* 1954). - Direkt für die Schulgebetsfrage s. Robert H. Birkby, "The Supreme Court and the Bible Belt: Tennessee Reaction to the 'Schempp' Decision", *ib.*, pp. 110-118; Kirk W. Elifson und Kirk Hadaway,

"Prayer in Public Schools: When Church and State Collide", *Public Opinion Quarterly* 49 (Fall 1985), 317-329.

- ¹⁰⁰ Vgl. Robert Scigliano, *The Supreme Court and the Presidency* (New York, London, 1971), chaps. 4 und 5; Henry J. Abraham, *Justices and Presidents: A Political History of Appointments to the Supreme Court* (New York, 1974), chaps. 2 und 3, im übrigen Fallstudien; Laurence H. Tribe, *God Save this Honorable Court: How the Choice of Supreme Court Justices Shapes Our History* (New York, 1985). Tribe warnt davor, den Einfluß des Präsidenten zu unterschätzen, p. X, 50 ff., passim ; noch ganz aus konservativer Perspektive gegen den "liberalen" SC, Charles Grassley, "Judicial Nominations and the Senate's 'Advice and Consent' Function", McGuigan und Rader (Anm. 96), pp. 107 ff.; Jeremy Rabkin, "The New Chief, the New Justice, and the New Court", *The American Spectator* 19 (Oct. 1986), 20-22.
- ¹⁰¹ Leise "Enttäuschung" artikuliert besonders deutlich Terry Eastland, Spec. Ass't to the Att. Gen., "The Burger Court and the Founding Fathers", *Policy Review* 28 (Spring 1984), 14-19. - Vgl. die sachliche, breite Diskussion in Herman Schwartz, ed., *The Burger Years: Rights and Wrongs in the Supreme Court 1969-1986* (New York, 1987); Mark Silverstein und Benjamin Ginsberg, "The Supreme Court and the New Politics of Judicial Power", *Political Science Quarterly* 102 (1987), 371-388, diskutieren rechtstechnische Gründe, die dem SC erlauben, neue Koalitionen mit anderen Gruppen in der amerikanischen Gesellschaft als mit der Administration (wie in der New Deal-Zeit) zu bilden: als Erklärung für das geringe Maß an Richtungsänderung in der Burger-Zeit. - David M. O'Brien, "The Supreme Court: From Warren to Burger to Rehnquist", *Political Science* 20 (Winter 1987), 12-20; und Lawrence Baum, "Explaining the Burger Court's Support for Civil Liberties", *ib.*, 21-28.
- ¹⁰² "The Talk of the Town" (o.V.), *The New Yorker* (3.8.1987), 18. - Ganz im obigen Sinn Gordon S. Wood (Anm. 74), 40: J. Bork "seemed in the eyes of many of the real conservatives in the Senate to be antagonistic to some of these inherited meanings in our constitutionalism, and was thus in fact a radical" - und ein solcher ([who]"violates too radically the accepted or inherited meanings of the culture") kann Dritte nicht mehr überzeugen. - Vgl. im übrigen auch Ronald Dworkin, "From Bork to Kennedy", *New York Review of Books* 34 (17.12.1987), 36-42, bes. 40f.

M A T E R I A L I E N

1. A BIBLIOGRAPHIC GUIDE TO AFRO-AMERICAN STUDIES
(based on the holdings of the John F. Kennedy-
Institut library). Comp. and ed. by Werner Sollors.
Berlin 1972. - out of print -
2. VIOLENCE IN THE UNITED STATES: RIOTS - STRIKES -
PROTEST AND SUPPRESSION. A working bibliography
for teachers and students. Comp. and ed. by Dirk
Hoerder.
Berlin 1973. - out of print -
3. A BIBLIOGRAPHIC GUIDE TO AFRO-AMERICAN STUDIES:
SUPPLEMENT ONE (based on recent acquisitions of
the John F. Kennedy-Institut library). Comp. and
ed. by Werner Sollors.
Berlin 1974. - out of print -
4. STUDIES ON THE INTERACTION OF SOCIETY AND CULTURE
IN AMERICAN PAST AND PRESENT. A bibliography of
dissertations, 1938-1973. Comp. and ed. by Dirk
Hoerder.
Berlin 1974. DM 10.-
5. BIBLIOGRAPHIE AMERIKANISTISCHER VERÖFFENTLICHUNGEN
IN DER DDR BIS 1968. Zsgest. und hrsg. von Christian
Freitag (u.a.)
Berlin 1976. DM 10.-
6. A BIBLIOGRAPHIC GUIDE TO WOMEN'S STUDIES I
(based on the holdings of the John F. Kennedy-
Institut library). Comp. and ed. by Dagmar Loytved,
Hanna-Beate Schöpp-Schilling.
Berlin 1976. DM 12.-
7. AMERICAN LABOR HISTORY. Research, teaching, and
bibliographic aids. Comp. and ed. by Dirk Hoerder.
Berlin 1976. - out of print -
8. A BIBLIOGRAPHIC GUIDE TO WOMEN'S STUDIES II
(based on the holdings of the John F. Kennedy-
Institut library). Comp. and ed. by Dagmar Loytved,
Hanna-Beate Schöpp-Schilling.
Berlin 1976. DM 12.-

9. WORKING PAPERS ON AMERICAN STUDIES IN THE TEACHING OF ENGLISH. Ed. by Winfried Fluck. Berlin 1976. DM 12.-

10. YOUNG MR. LINCOLN. Der Text der Cahiers du Cinéma und der Film von John Ford. Ergebnisse und Materialien eines Seminars hrsg. von Winfried Fluck. Berlin 1979. - out of print -

11. DIRECTORY OF EUROPEAN HISTORIANS OF CANADA AND THE UNITED STATES. Addresses, publications, research in progress. Comp. and ed. by Willi Paul Adams und Wolfgang J. Helbich. Berlin 1979. - out of print -

12. "ANGLOS ARE WEIRD PEOPLE FOR ME". Interviews with Chicanos and Puerto Ricans with a preface and introductions by Wolfgang Binder. Berlin 1979. DM 22.-

13. A BIBLIOGRAPHIC GUIDE TO WOMEN'S STUDIES. SUPPLEMENT ONE. (based on the holdings of the John F. Kennedy Institut library) Comp. and ed. by Dagmar Loytved. Berlin 1980. DM 12.-

14. DIE DEUTSCHSPRACHIGE AUSWANDERUNG IN DIE VEREINIGTEN STAATEN. Berichte über Forschungsstand und Quellenbestände, hrsg. von Willi Paul Adams. Berlin 1980. - out of print - DM 12.-

15. USA UND DEUTSCHLAND. AMERIKANISCHE KULTURPOLITIK 1942-1949. Bibliographie - Materialien - Dokumente. Hrsg. Michael Hoenisch, Klaus Kämpfe, Karl-Heinz Pütz. Berlin 1980. DM 22.-

16. THE ROLE OF THE UNITED STATES IN THE RECONSTRUCTION OF ITALY AND WEST GERMANY, 1943-1949. Papers presented at a German-Italian Colloquium... Introd. and ed. by Ekkehart Krippendorff. Berlin 1981. DM 22.-

17. PROCEEDINGS OF THE CONFERENCE ON AMERICAN STUDIES RESOURCES IN EUROPE held at the library of the John F. Kennedy-Institut from October 16th-20th, 1980. Ed. by Hans Kolligs and Peter Snow. Berlin 1981. DM 4.-

18. AFRO-AMERICAN STUDIES: A BIBLIOGRAPHY (based on the holdings of the John F. Kennedy-Institut library)
Comp. and ed. by Dagmar Loytved. 2 vols.
Berlin 1981. DM 42.-
19. THE MICROFORM HOLDINGS OF THE JOHN F. KENNEDY-
INSTITUT LIBRARY.
Berlin 1982. DM 15.-
20. BÜRGERINITIATIVEN IN AMERIKANISCHEN GROSSTÄDTEN.
Ulrich Andersch, Andreas Falke, Peggy White,
Sue Wilcox.
Berlin 1982. DM 21.-
21. REAGANISM: DAWN OR DUSK OF AMERICAN CONSERVATISM?
Karl-Heinz Pütz.
Berlin 1984. DM 15.-
22. DER REGIONALE WANDEL IM SÜDEN DER USA.
Rudolf Hartmann.
Berlin 1985. DM 20.-
23. DIE AMERIKANISCHEN WAHLEN VON 1984 UND DIE DEMO-
CRATIC NATIONAL CONVENTION. MATERIALIEN UND BEITRÄGE.
Hrsg. von Karl-Heinz Pütz.
Berlin 1985. DM 25.-
24. PAZIFISMUS IN DEN USA.
Hrsg. von Ekkehart Krippendorff. 2 Bände.
Berlin 1986. DM 46.-
25. DIRECTORY OF EUROPEAN HISTORIANS OF NORTH AMERICA.
Addresses, Publications, Research in Progress.
Rev. ed. Comp. and ed. by Willi Paul Adams and
Wolfgang J. Helbich DM 10.-

WORKING PAPERS

1. Jürgen Honeck, "Spekulantentum" und Versorgungskrise in Pennsylvanien zur Zeit des amerikanischen Unabhängigkeitskrieges
Berlin 1986.
2. Carl-Ludwig Holtfrerich, U.S. economic (policy) development and world trade during the interwar period compared to the last twenty years
Berlin 1986.
3. Monika Medick-Krakau, Administration und Kongreß in der amerikanischen Außenpolitik der Ära Eisenhower: Die Beispiele Außenhandelspolitik und Allianzpolitik
Berlin 1986.
4. Christoph Scherrer, The U.S. autoindustry: Can it adapt to global competition?
Berlin 1986.
5. Adam Gwiazda, American-European relations with the Comecon countries in the 1980's
Berlin 1986.
6. Carl-Ludwig Holtfrerich, The Roosevelts and foreign trade: Foreign economic policies under Theodore and Franklin Roosevelt
Berlin 1986.
7. Christoph Scherrer, Mini-Mills - A new growth path for the U.S. steel industry?
Berlin 1987.
8. Novak Jankovič, The relevance of post-Keynesian economic theory for socialist economies
Berlin 1987.
9. Carl-Ludwig Holtfrerich und Hans Otto Schötz, Vom Weltgläubiger zum Weltschuldner: Erklärungsansätze zur historischen Entwicklung und Struktur der internationalen Vermögensposition der USA.
Berlin 1987.
10. Kay Mitusch, Die USA in der Weltwirtschaft 1919 - 1987
Berlin 1987.
11. Stephan Görisch, Träume von Besitz, Arbeit und Unabhängigkeit. Die Vereinigten Staaten im Spiegel deutscher Informationsschriften für Auswanderer im 19. Jahrhundert.
Berlin 1988.

WORKING PAPERS

12. Jan Haas, Ziele und Ergebnisse der Sozialpolitik in der
Ära Reagan.
Berlin 1988.