

# Entwicklungen des Verfassungsrechts im außereuropäischen Raum

## I. Amerika

### „Originalismus“ als methodologischer Scheinriese und verfassungspolitische Konterrevolution

Rechtsvergleichende Kritik der Auslegung  
der Verfassung der Vereinigten Staaten von Amerika aufgrund  
ihres Wortlauts in seiner ursprünglichen Bedeutung

von

Prof. Dr. Johannes Reich, LL.M. (Yale), Universität Zürich

#### Inhalt

I.	Verfassung als mosaische Gesetzestafel . . . . .	714
II.	Originalismus – Bedingungen eines unwahrscheinlichen Aufstiegs . . . . .	716
	1. Inthronisation der Verfassung zur „Königin von Amerika“ . . . . .	716
	2. Kommunikative Unterscheidung zwischen Text und Auslegung als Prämisse der gesellschaftlichen Inanspruchnahme der Verfassung . . . . .	718
	3. Regelskeptizismus als Folge des Siegeszuges des Rechtsrealismus . . . . .	721
	4. United States Supreme Court als semi-autonomer Akteur . . . . .	724
	a) Politische Abhängigkeiten und Restriktionen der Verfassungsgerichtsbarkeit . . . . .	724
	b) „Verfassungsrechtlicher Protestantismus“ . . . . .	726
	5. Originalismus als restauratives Projekt . . . . .	727
	a) Rekonstruktion der Verfassung als rechtliches Dokument . . . . .	727
	b) Erkenntnistheoretische und verfassungstheoretische Kritik . . . . .	729
III.	Verfassungspolitische und verfassungstheoretische Dimensionen des Originalismus . . . . .	732
	1. Differenzierung zwischen Verfassungspolitik und Verfassungstheorie . . . . .	732
	2. Verfassungstheoretische Dimension: Originalismus als Scheinriese . . . . .	733
	3. Verfassungspolitik: Originalismus als Schlachtruf einer restaurativen „Konterrevolution“ . . . . .	735
	a) „Conservative Legal Movement“ als verfassungspolitische Antwort auf die gerichtliche Revolution des „Warren-Court“ . . . . .	735
	b) Originalismus als verfassungspolitischer Gigant . . . . .	738
IV.	Folgerungen: Semi-Autonomie der Verfassungsgerichtsbarkeit . . . . .	740

DAS ÖFFENTLICHE RECHT DER GEGENWART

JAHRBUCH DES  
ÖFFENTLICHEN RECHTS  
DER GEGENWART

NEUE FOLGE / BAND 65

herausgegeben von

Susanne Baer, Oliver Lepsius,  
Christoph Schönberger, Christian Waldhoff  
und Christian Walter



Mohr Siebeck

Prof. Dr. Dr. h.c. SUSANNE BAER, LL.M., Humboldt Universität zu Berlin, Juristische Fakultät, Unter den Linden 6, D-10099 Berlin

Prof. Dr. OLIVER LEPSIUS, Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Allgemeine und Vergleichende Staatslehre, Universität Bayreuth, D-95440 Bayreuth

Prof. Dr. CHRISTOPH SCHÖNBERGER, Universität Konstanz, Fachbereich Rechtswissenschaft, Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Europarecht, Vergleichende Staatslehre und Verfassungsgeschichte, D-78457 Konstanz

Prof. Dr. CHRISTIAN WALDHOFF, Humboldt-Universität zu Berlin, Juristische Fakultät, Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Finanzrecht, Unter den Linden 6, D-10099 Berlin

Prof. Dr. CHRISTIAN WALTER, Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Völkerrecht, Juristische Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München (LMU), Prof.-Huber-Platz 2, D-80539 München

ISBN 978-3-16-155255-7

ISSN 0075-2517

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2017 Mohr Siebeck Tübingen. [www.mohr.de](http://www.mohr.de)

Die Annahme zur Veröffentlichung erfolgt schriftlich und unter dem Vorbehalt, dass das Manuskript nicht anderweitig zur Veröffentlichung angeboten wurde. Mit der Annahme zur Veröffentlichung überträgt der Autor dem Verlag das ausschließende Verlagsrecht. Das Verlagsrecht endet mit dem Ablauf der gesetzlichen Urheberschutzfrist. Der Autor behält das Recht, ein Jahr nach der Veröffentlichung einem anderen Verlag eine einfache Abdruckgenehmigung zu erteilen. Bestandteil des Verlagsrechts ist das Recht, den Beitrag fotomechanisch zu vervielfältigen und zu verbreiten und das Recht, die Daten des Beitrags zu speichern und auf Datenträger oder im Online-Verfahren zu verbreiten.

Dieses Jahrbuch einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen aus der Bembo-Antiqua gesetzt, auf alterungsbeständiges Papier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

## I. Verfassung als mosaische Gesetzestafel

Die am 17. September 1787 unterzeichnete United States Constitution (U.S.-Const.)<sup>1</sup> wurde in intensiver Auseinandersetzung mit der ungeschriebenen britischen Verfassung entworfen.<sup>2</sup> Die Verfassung des Vereinigten Königreiches gleicht einem mäandrierenden Fluss. Fortwährend passt sie ihre Gestalt der sich wandelnden politischen Landschaft an. Sie ist daher in den Worten von *John Griffith* „nichts mehr und nichts weniger als das, was geschieht“.<sup>3</sup> Alles, was geschehe, sei verfassungskonform.<sup>4</sup> Und würde für einmal überhaupt nichts geschehen, wäre auch das verfassungskonform.<sup>5</sup> Zu dieser normativen Geschmeidigkeit steht die U.S.-amerikanische Verfassung in scharfem Kontrast.<sup>6</sup> *James Madison* konnte die Revisionsbestimmung – den späteren Art. V U.S.-Const.<sup>7</sup> – noch als Kompromiss zwischen Flexibilität und Rigidität anpreisen.<sup>8</sup> Mit der Erweiterung der Vereinigten Staaten von dreizehn auf fünfzig Gliedstaaten mutierte die United States Constitution aber zur starrsten Verfassung überhaupt.<sup>9</sup> Zwischen 1789 und 2014 wurden 11.623 Anträge auf Änderung der Verfassung eingebracht; 27 (0,2%) waren erfolgreich.<sup>10</sup> Selbst diese seltenen Teilrevisionen tasteten den *bestehenden* Verfassungstext nicht an.<sup>11</sup> Die Verfassungsurkunde wurde nur ergänzt, der inhaltlich widersprechende, ältere Teil des Verfassungstextes

<sup>1</sup> *Constitution of the United States of America*.

<sup>2</sup> Vgl. etwa *Alexander Hamilton*, The Federalist Papers No. 78: The Judiciary Department, zitiert nach: Yale Law School, Avalon Project (verfügbar unter [http://avalon.law.yale.edu/18th\\_century/fed78.asp](http://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed78.asp)) sowie *Bernard Bailyn*, The Ideological Origins of the American Revolution, 1990, 66–77, 175, 180–184; *Gordon S. Wood*, The Creation of the American Republic 1776–1787, 1969, 259–268.

<sup>3</sup> *John A. Griffith*, The Political Constitution, *Modern Law Review* 42 (1979) 1–21 (19): „The constitution of the United Kingdom (...) is no more and no less than what happens. Everything that happens is constitutional. And if nothing happened that would be constitutional also.“ (Im Haupttext durch den Autor übersetzt.); ähnlich bereits *Alexis de Tocqueville*, De la démocratie en Amérique. Band 1 (1835), in: *Alexis de Tocqueville: Oeuvres complètes*. Band 1, 1961, 101: „En Angleterre, la constitution peut (...) changer sans cesse, ou plutôt elle n'existe point.“

<sup>4</sup> *Griffith* (Fn. 3), 19 (Übersetzung des Autors).

<sup>5</sup> *Griffith* (Fn. 3), 19 (Übersetzung des Autors).

<sup>6</sup> Vgl. nur *Astrid Lorenz*, How to Measure Constitutional Rigidity, *Journal of Theoretical Politics* 17 (2008) 339–361 (359) (wonach die Verfassungen des Vereinigten Königreiches und der Vereinigten Staaten bezüglich der Anforderungen einer Änderung der Bestimmungen empirisch betrachtet Gegenpole bilden).

<sup>7</sup> Änderungen der Verfassung erfordern demnach eine Mehrheit von zwei Dritteln beider Parlamentskammern und sind nur rechtswirksam, wenn ihnen drei Viertel der Gliedstaaten zustimmen; zu den Anforderungen im Einzelnen vgl. statt anderer *Laurence H. Tribe*, *American Constitutional Law*, 3. Aufl. 2000, 94–117.

<sup>8</sup> Vgl. *James Madison*, The Federalist Papers No. 43: The Same Subject Continued (The Powers Conferred by the Constitution Further Considered), Ziff. 8, zitiert nach: Yale Law School, Avalon Project (verfügbar unter [http://avalon.law.yale.edu/18th\\_century/fed43.asp](http://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed43.asp)): „[Article V U.S.-Const.] guards equally against that extreme facility, which would render the Constitution too mutable; and that extreme difficulty, which might perpetuate its discovered faults.“

<sup>9</sup> Vgl. *Lorenz* (Fn. 6), 359; *Donald S. Lutz*, Toward a Theory of Constitutional Amendment, *American Political Science Review* 88 (1994) 355–370 (369).

<sup>10</sup> United States Senate, Statistics and Lists: Measures Proposed to Amend the Constitution, verfügbar unter [http://www.senate.gov/reference/measures\\_proposed\\_to\\_amend\\_constitution.htm](http://www.senate.gov/reference/measures_proposed_to_amend_constitution.htm).

<sup>11</sup> Beispielsweise wurde Art. I Sect. 3 Cl. 3 Satz 1 U.S.-Const. hinsichtlich der „free Persons“ durch das Fourteenth Amendment Sect. 1 U.S.-Const., Art. I Sect. 3 Cl. 1 U.S.-Const. (Wahl der Mitglieder des Senats durch die gliedstaatlichen Parlamente) durch das Seventeenth Amendment Sect. 1 U.S.-

aber weder angepasst noch aus dem Dokument entfernt.<sup>12</sup> Diese Unantastbarkeit unterstreicht die *zivilreligiöse Sakralität* der Verfassung.<sup>13</sup> Angesichts der Verehrung, die sie durch Politik und Gesellschaft erfährt, und der Unveränderlichkeit ihres Textes erinnert die U.S.-amerikanische Verfassung an den Dekalog, der Moses nach alttestamentarischer Überlieferung auf „Tafeln aus Stein“ übergeben worden sein soll.<sup>14</sup>

Dieses Verständnis der Verfassung als „felsenechte“ und „unveränderliche“ „Verankerung“ war für den 2016 verstorbenen Richter des United States Supreme Court, *Antonin Scalia*, bestimmend.<sup>15</sup> Die von ihm verfochtene Richtung des „Originalismus“<sup>16</sup> (deutsch: Originalismus)<sup>17</sup> besagt, dass die U.S.-amerikanische Verfassung einzig nach ihrem *Wortlaut* auszulegen ist, wie er zum Zeitpunkt, in dem die Verfassung durch die jeweiligen Volksvertretungen genehmigt worden ist, *gewöhnlich* verstanden wurde („*original public meaning of the text*“).<sup>18</sup> Absichten und Überlegungen von an der Ausarbeitung des Verfassungstextes beteiligten Personen, die im Wortlaut der Ver-

---

Const. (Wahl der Mitglieder des Senats durch das Volk) inhaltlich geändert, doch sind beide materiell aufgehobenen Bestimmungen Teil der Verfassungsurkunde geblieben.

<sup>12</sup> Diese Praxis scheint sich erst allmählich etabliert zu haben, schlug doch *James Madison* Ergänzungen der Verfassung vor, die in den Text „eingewoben“ werden sollten, ihn also verändert hätten. Dieses Vorgehen wurde jedoch verworfen, ohne dass sich die Gründe dafür in der Retrospektive identifizieren ließen; vgl. *Akhil Reed Amar*, *The Consent of the Governed: Constitutional Amendment Outside Article V*, *Columbia Law Review* 94 (1994) 457–508 (491).

<sup>13</sup> Stilbildend zum Begriff der Zivilreligion im Allgemeinen und zum zivilreligiösen Charakter der U.S.-amerikanischen Verfassung im Besonderen *Robert N. Bellah*, *Civil Religion in America*, *Daedalus* 96 (1967) 1–21 (9) (den Status der U.S.-amerikanischen Verfassung als „Heilige Schrift“ im zivilreligiösen Sinn bezeichnend); ähnlich bereits *Alexis de Tocqueville*, *De la démocratie en Amérique*. Band II (1840), in: *Alexis de Tocqueville: Oeuvres complètes*. Band I, 1961, 301 (wonach die protestantisch-christliche Religion in den Vereinigten Staaten eine *politische* Institution bilde, da sie zur Erhaltung von Republik und Demokratie beitrage); ferner *Niklas Luhmann*, Grundwerte als Zivilreligion, in: ders., *Soziologische Aufklärung* 3, 4. Aufl., 2005, 336–354 (336–342); das Konzept der Zivilreligion kritisch referierend *Horst Dreier*, *Säkularisierung und Sakralität*, 2013, 89–102.

<sup>14</sup> Vgl. Exodus (2. Buch Moses) Kapitel 31, Vers 18 (Neue Zürcher Bibel): „Und als er [Gott] aufhörte mit Mose zu reden auf dem Berg Sinai, gab er ihm die beiden Tafeln des Zeugnisses, Tafeln aus Stein, beschrieben vom Finger Gottes.“

<sup>15</sup> *Antonin Scalia*, *Common-Law Courts in a Civil-Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws*, in: Amy Gutmann (Hrsg.), *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law*, 1997, 3–47 (47) („a rock-solid, unchanging Constitution“); *Michael J. Gerhardt*, *A Tale of Two Textualists: A Critical Comparison of Justices Black and Scalia*, *Boston University Law Review* 74 (1994) 25–66 (30) (aus einem Interview von *Antonin Scalia* mit der Jerusalem Post vom 19. Februar 1990 zitierend: „The Constitution is an anchor. (...) It’s a rock to hold on to.“

<sup>16</sup> Unter Vorbehalt eines expliziten anderweitigen Hinweises ist mit „Originalismus“ (engl: *originalism*) nachfolgend ausschließlich die insbesondere von *Antonin Scalia* vertretene Richtung des Originalismus gemeint; für eine Übersicht über weitere Formen des Originalismus vgl. etwa *Lawrence Solum*, *We are all Originalists now*, in: Robert W. Bennett/Lawrence Solum (Hrsg.), *Constitutional Originalism. A Debate*, 2011, 1–77.

<sup>17</sup> Die Wortschöpfung „*originalism*“ geht auf *Paul Brest*, *The Misconceived Quest for the Original Understanding*, *Boston University Law Review* 60 (1980) 204–238 (204) zurück; vgl. *Lawrence Solum*, *Originalism and Constitutional Construction*, *Fordham Law Review* 82 (2013) 453–537 (459).

<sup>18</sup> *Scalia* (Fn. 15), 38; detailliert *Antonin Scalia/Bryan A. Garner*, *Reading Law: The Interpretation of Legal Texts*, 2012, 78–91; vgl. auch *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570, 605 (2008) („[T]he public understanding of a legal text in the period after its enactment or ratification“; Hervorhebungen im Original).

fassung keinen Niederschlag gefunden haben („*original intent*“), bleiben für die Auslegung dagegen *unbeachtlich*.<sup>19</sup>

Der vorliegende Beitrag zeigt auf, dass der Aufstieg des Originalismus unter den spezifischen rechtskulturellen Bedingungen der Vereinigten Staaten als erheblich *unwahrscheinlich* gelten muss. Der zivilreligiösen Bedeutung der Verfassung und der seit Mitte des 20. Jahrhunderts durch den amerikanischen Rechtsrealismus beförderten, tief sitzenden Skepsis gegenüber der tatsächlichen Relevanz von Rechtsnormen für gerichtliche Entscheide zum Trotz, gibt der Originalismus nämlich vor, die Verfassung als genuin *rechtliches* Dokument zu restaurieren (Ziff. II). Diese Paradoxie lässt sich auflösen, wenn zwischen der *verfassungspolitischen* und der *methodologisch-verfassungstheoretischen* Dimension des Originalismus differenziert wird. In verfassungspolitischer Hinsicht hat sich der Originalismus nämlich tatsächlich zu einem *Giganten* entwickelt, dem es gelungen ist, die Wahrnehmung der durch den United States Supreme Court in der Ära von Chief Justice *Earl Warren* (1953–1969) initiierten „gerichtlichen Revolution“ zu revidieren. Als Methode der Verfassungsinterpretation erweist sich der Originalismus indessen als „*Scheinriese*“: Aus der Ferne betrachtet, nimmt er sich „schrecklich groß“ aus, doch wird er mit jedem Schritt, mit dem man ihm näher kommt, „ein Stückchen kleiner“, um schließlich auf Normalmaß zu schrumpfen (Ziff. III).<sup>20</sup> Die Konsequenzen dieser Analyse für die Institution der Verfassungsgerichtsbarkeit werden abschließend in rechtsvergleichender Perspektive formuliert (Ziff. IV).

## II. Originalismus – Bedingungen eines unwahrscheinlichen Aufstiegs

### 1. Inthronisation der Verfassung zur „Königin von Amerika“

Die Idee der *schriftlichen* Verfassung als oberstes Gesetz eines territorial definierten Herrschaftsverbandes hat sich in den späteren Gliedstaaten der Vereinigten Staaten nach der Mitte des 18. Jahrhunderts durchgesetzt.<sup>21</sup> *Thomas Paine* beschrieb die Ablösung der monarchischen Kolonialherrschaft des British Empire durch die U.S.-amerikanische Verfassung als Umstellung von der Herrschaft des Königs auf die Herrschaft des Rechts. Das *Recht* sei nunmehr „König von Amerika“.<sup>22</sup> Innerhalb des

<sup>19</sup> *Antonin Scalia*, Address before the Attorney General’s Conference on Economic Liberties in Washington, D.C. (June 14, 1986), in: United States Department of Justice (Hrsg.), *Original Meaning Jurisprudence: A Sourcebook*, 1987, 101–106 (104); eingehend *Scalia/Garner* (Fn. 18), 92, 391–396; ferner *Antonin Scalia/John F Manning*, A Dialogue on Statutory and Constitutional Interpretation, *George Washington Law Review* 80 (2012) 1610–1619 (1612, 1615–1619); im gleichen Sinn für die Auslegung von Rechtssätzen allgemein *Thompson v. Thompson*, 484 U.S. 174, 191 f. (1988) (Scalia, J., concurring).

<sup>20</sup> Der Ausdruck „Scheinriese“ entstammt soweit ersichtlich der Kinder- und Jugendliteratur, nämlich *Michael Ende*, *Jim Knopf und Lukas der Lokomotivführer* (mit Bildern von Reinhard Michl), 1983, 132–134. *Michael Ende* beschreibt darin den „Scheinriese[n]“ Tur Tur, der „mit jedem Schritt“, den er näher kommt, „ein Stückchen kleiner“ wird, und „nur von ferne so schrecklich groß“ aussieht.

<sup>21</sup> Vgl. *Bailyn* (Fn. 2), 67–69, 175–184, 189–193; *Niklas Luhmann*, *Verfassung als evolutionäre Errungenschaft*, *Rechtshistorisches Journal* 9 (1990) 176–220 (178–181, 210 f.); *Wood* (Fn. 2), 259–268.

<sup>22</sup> *Thomas Paine*, *Common Sense* (hrsg. von Issac Kramnick), 1986 (Originalausgabe: 1776), 98: „But where, say some, is the King of America? (...) [S]o far as we approve of monarchy, (...) in Ameri-

Rechtssystems erklärt sich die U.S.-amerikanische Verfassung autologisch zum „obersten Gesetz des Landes“.<sup>23</sup> Aus diesem Blickwinkel beurteilt, bildet die *Verfassung* das Äquivalent des Königs. Gleich einem Monarchen kommen der Verfassung sowohl *rechtliche* als auch *politische* Funktionen zu. Einerseits ermöglicht die Verfassung als oberstes Gesetz die Kontrolle der Politik durch Recht: Der Verfassung nachgeordnetes Recht lässt sich als verfassungskonform oder verfassungswidrig taxieren.<sup>24</sup> Andererseits wird Recht durch die Verfassung dem politischen System verfügbar gemacht: Der Politik wird ermöglicht, Zustände durch Recht zu beeinflussen oder ihren Vorstellungen in Rechtssätzen symbolisch Ausdruck zu verleihen.<sup>25</sup>

Seitdem der United States Supreme Court aus dem Vorrang der Verfassung auf seine eigene Zuständigkeit geschlossen hat, diesen Vorrang letztverbindlich durchzusetzen,<sup>26</sup> ist er – um beim eingeführten Bild der Verfassung als „Königin von Amerika“ zu bleiben – gleichsam zum Willensvollstrecker der Königin mutiert. Im Hinblick auf die Legitimität des obersten Bundesgerichts als Verfassungsgericht sind mit der Eigenschaft der Verfassung als struktureller Kopplung von Recht und Politik besondere Herausforderungen verbunden. Die Legitimität der Verfassungsrechtsprechung ist wesentlich von der Respektierung der Grenze zwischen Recht und Politik abhängig.<sup>27</sup> Erscheint Verfassungsrechtsprechung als Fortsetzung der Politik mit anderen Mitteln, läuft sie Gefahr, als illegitim wahrgenommen zu werden.<sup>28</sup> Diese Legitimitätsfrage wird seit den 1960er-Jahren im U.S.-amerikanischen Kontext mit der Wendung der „*countermajoritarian difficulty*“ geradezu obsessiv problematisiert.<sup>29</sup> Die 1962 von *Alexander Bickel* kreierte Bezeichnung bringt zum Ausdruck, dass die verfassungsgerichtliche Kompetenz, als verfassungswidrig beurteilte Gesetze zu verwer-

---

ca the law is king. For as in absolute governments the King is law, so in free countries the law ought to be king; and there ought to be no other.“; sinngleich auch *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137, 163 (1803) („The government of the United States has been emphatically termed a *government of laws, and not of men*.“; Hervorhebungen hinzugefügt); die Passage geht auf Art. XXX Constitution of the Commonwealth of Massachusetts von 1780 zurück, die maßgeblich durch *John Adams* ausgearbeitet worden ist; vgl. *The Works of John Adams*, Bd. IV, 1851, 230.

<sup>23</sup> Art. VI Sect. 2 U.S.-Const.: „This Constitution (...) shall be the supreme Law of the Land (...)“; vgl. dazu *Hamilton* (Fn. 2): „No legislative act (...) contrary to the Constitution, can be valid. To deny this, would be to affirm, that the deputy is greater than his principal; that the servant is above his master; that the representatives of the people are superior to the people themselves; (...)“

<sup>24</sup> *Niklas Luhmann*, *Das Recht der Gesellschaft*, 1995, 474–476, 478.

<sup>25</sup> *Luhmann* (Fn. 24), 424f., 478; weiterführend *Johannes Reich*, „Schutz der Kinder und Jugendlichen“ als rechtsnormatives und expressives Verfassungsrecht. Rechtsnatur und Normgehalt von Art. 11 Abs. 1 der Bundesverfassung, *Zeitschrift für Schweizerisches Recht* 131 I (2012) 363–387 (371–375).

<sup>26</sup> *Marbury v. Madison* (Fn. 22) 177f.

<sup>27</sup> Vgl. statt anderer *Luhmann* (Fn. 24), 231; der im Haupttext applizierte Legitimitätsbegriff ist deskriptiver Natur und lehnt sich an *Max Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft* [unvollendet; 1919–1920], in: *Knut Borchhardt/Edith Hanke/Wolfgang Schluchter* (Hrsg.), *Max Weber Gesamtausgabe*. Bd. 23, 2013, 449–454 (zum Legitimitätsglauben und zu den drei reinen Typen legitimer Herrschaft) an.

<sup>28</sup> Vgl. *Robert A. Dahl*, *Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker*, *Journal of Public Law* 6 (1957) 279–295 (279–281); vgl. dazu auch hinten unter Ziff. II/4/a.

<sup>29</sup> Entsprechend die Diagnose von *Barry Friedman*, *The Birth of an Academic Obsession: The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Five*, *Yale Law Journal* 112 (2002) 153–259 (155–163, 216–219); repräsentativ für den über die Vereinigten Staaten hinaus geführten Meinungsstreit sind etwa *Aharon Barak*, *The Judge in a Democracy*, 2006, 91–95, 241 einerseits und *Jeremy Waldron*, *The Core of the Case Against Judicial Review*, *Yale Law Journal* 115 (2006) 1346–1406 (1346) andererseits.

fen, mit einer demokratischen Ordnung in einem inhärenten Spannungsverhältnis stehen kann.<sup>30</sup>

## 2. Kommunikative Unterscheidung zwischen Text und Auslegung als Prämisse der gesellschaftlichen Inanspruchnahme der Verfassung

Die Institution der Verfassungsgerichtsbarkeit weist darauf hin, dass zwischen der Anerkennung des Vorrangs der Verfassung und dem Konsens über ihren konkreten Inhalt eine Differenz besteht. Die im politischen Diskurs gleichsam rituell wiederholte Mahnung, wonach der United States Supreme Court in seiner Rolle als Verfassungsgericht allein „der Verfassung“ verpflichtet sei,<sup>31</sup> spiegelt daher einen Konsens vor, der angesichts grundlegender politischer und gesellschaftlicher Differenzen über den verfassungsrechtlichen Gewährleistungsinhalt gar nicht besteht. Gerade dadurch wird der zivilreligiöse Charakter der Verfassung deutlich.<sup>32</sup> Die Verfassung bündelt gleich einem *Brennglas* inhaltlich gegensätzliche politische Ideen und Konzepte in einem einzigen Punkt. Soziale Bewegungen, die seit der Gründung der Vereinigten Staaten eine treibende Kraft der amerikanischen Politik und Zivilgesellschaft bilden,<sup>33</sup> leiten ihre restaurativen oder progressiven Forderungen denn auch häufig unmittelbar aus der U.S.-amerikanischen Verfassung ab.<sup>34</sup> Diese *gesellschaftliche Inanspruchnahme der Verfassung* verspricht, die Legitimität der formulierten Forderungen zu erhöhen,<sup>35</sup> da sie auf einen vermeintlich unhinterfragbaren, von einer zivilreligiösen Sakralität getragenen Grundkonsens rekurriert. Konservative und restaurativ orientierte Bewegungen beteuern gemeinhin, es gelte die „echte“, unter dem Staub einer „aktivistischen“ und expansiven Rechtsprechung<sup>36</sup> *verschüttete Verfassung*, wie sie von den Gründervätern ursprünglich geschaffen und verstanden worden sei, zu

<sup>30</sup> Vgl. *Alexander M. Bickel*, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, 2. Aufl., 1986, 16f. („[J]udicial review is a counter-majoritarian force in our system (...) [W]hen the Supreme Court declares unconstitutional a legislative act (...) it thwarts the will of representatives of the (...) people (...)“; die Erstaufgabe stammt aus dem Jahr 1962).

<sup>31</sup> Vgl. zur Illustration Präsident *Barack Obama*, Remarks by the President Announcing Judge Merrick Garland as his Nominee to the Supreme Court, 16. März 2016 (*verfügbar unter* [www.whitehouse.gov/the-press-office/2016/03/16/remarks-president-announcing-judge-merrick-garland-his-nominee-supreme](http://www.whitehouse.gov/the-press-office/2016/03/16/remarks-president-announcing-judge-merrick-garland-his-nominee-supreme)): „[O]ur Supreme Court really is unique. It’s supposed to be above politics. It has to be. And it should stay that way.“; zum „Kult um die Verfassung“ („cult of the Constitution“) allgemein vgl. *Michael Kammen*, *A Machine That Would Go Of Itself. The Constitution in American Culture*, 1986, 22, 26, 153, 208, 213, 249.

<sup>32</sup> Vgl. *Luhmann* (Fn. 13), 348 (wonach mit „Zivilreligion“ kein empirischer Konsens angesprochen sei; vielmehr handle es sich um eine „laufend in Anspruch genommene[n] Prämisse“).

<sup>33</sup> Vgl. *Tocqueville* (Fn. 3), 195 (wonach sich Bürger, die sich für die Erreichung eines gemeinsamen Zieles zusammenschließen, in den Vereinigten Staaten als äußerst durchsetzungsfähig erweisen würden); zum Begriff der sozialen Bewegung vgl. statt anderer *Donatella Della Porta/Mario Diani*, *Social Movements*, 2. Aufl., 2009, 20–29.

<sup>34</sup> Vgl. eingehend *Reva B. Siegel*, *Constitutional Culture, Social Movement Conflict and Constitutional Change. California Law Review* 94 (2006) 1323–1419.

<sup>35</sup> *Reva B. Siegel*, Text in Contest: Gender and the Constitution from a Social Movement Perspective, *University of Pennsylvania Law Review* 150 (2001) 297–351 (322).

<sup>36</sup> Vgl. zu dieser Ära des „Warren Court“ (1953–1969) hinten unter Ziff. III/4/a.

bergen.<sup>37</sup> Dieses an die alttestamentarische Vertreibung aus dem Garten Eden erinnernde Narrativ des Abfalls von hochgehaltenen Tugenden und des anschließenden Niedergangs ist im politischen und rechtlichen Kontext ein gängiges Stilmittel, um einen grellen Kontrast zwischen der vorgeblich dunklen Gegenwart und einer in leuchtenden Farben gezeichneten, als erstrebenswert dargestellten und meist stark verklärten Vergangenheit herzustellen.<sup>38</sup> Umgekehrt wird die Verfassung durch progressive soziale Bewegungen oft als abgegebenes *Versprechen* dargestellt, das der Einlösung harret.<sup>39</sup> Die Verfassung verliert unter diesen Vorzeichen ihren konservierenden Charakter und mutiert zu einer die tradierte gesellschaftliche, politische und rechtliche Ordnung progressiv verändernden, emanzipatorischen Kraft. Entsprechend hat etwa *Martin Luther King Jr.* als eine der führenden Figuren des Civil Rights Movement wiederholt auf die Verfassung rekurriert und die politischen Institutionen aufgefordert, jene Rechte und Ansprüche auch tatsächlich zu verwirklichen, welche die Verfassungsurkunde „auf dem Papier“ gewährleiste.<sup>40</sup> Die Auffassung, wonach zumindest der „Geist“ der Verfassung bestimmte Ansprüche eigentlich bereits enthalten habe, diese aber bisher zu Unrecht nicht als solche erkannt worden seien, schimmert zuweilen auch in der Rechtsprechung durch.<sup>41</sup> Sehr viel expliziter wird diese Argumentation in Teilen des Schrifttums mit Verweis auf eine mit dem Verfas-

<sup>37</sup> Repräsentativ für diese Auffassung im wissenschaftlichen Kontext etwa *Randy E. Barnett*, *Restoring the Lost Constitution*, 2. Aufl., 2004, 360 („[A]ll the judicial deviations from original meaning we have witnessed since the founding have not completely undercut the ability of the remaining provisions to protect our liberty. Nor have the unwritten judicial ‘amendments’ foisted upon us completely undermined the promise of restoring the original meaning of the unrepealed text. All these lost passages may have been forgotten by the Supreme Court, but they have not gone. (...) So long as the courts profess fealty to the written Constitution (...), the opportunity still exists to (...) restore the lost Constitution.“); kritisch aus einer historisch-soziologischen Perspektive etwa *Daniel Levin*, *Federalists in the Attic: Original Intent, the Heritage Movement, and Democratic Theory, Law and Social Inquiry* 29 (2004) 105–126 (108–118) und aus einem rechtlichen Blickwinkel *Cass R. Sunstein*, *Radicals in Robes: Why Extreme-Right-Wing Courts are Wrong for America*, 2005, 12 (der die vorstehende Argumentation als Versuch beschreibt, die „Constitution in Exile“ aus der Emigration in die Rechtspraxis zurückzulotsen).

<sup>38</sup> *Johannes Reich*, Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit. Evolution und Dogmatik von Art. 94 Abs. 1 und 4 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, 2011, N 489; *Benjamin Schindler*, *Verwaltungsrechtswissenschaft und Geschichtsschreibung. Narrative über Vergangenes – Versuch einer Typologie*, *Administrory* 1 (2016) 54–77 (59 f.) (*verfügbar unter* [https://adhi.univie.ac.at/index.php/adhi/article/view/1657/pdf\\_3](https://adhi.univie.ac.at/index.php/adhi/article/view/1657/pdf_3)).

<sup>39</sup> Ganz explizit in diesem Sinn *Martin Luther King Jr.*, *I Have A Dream* (1963), in: James Melvin Washington (Hrsg.), *A Testament of Hope. The Essential Writings of Martin Luther King, Jr.*, 1991, 217–220 (217): „In a sense we’ve come to our nation’s capital to cash a check. *When the architects of our republic wrote the magnificent words of the Constitution (...) they were signing a promissory note to which every American was to fall heir.* (...) It is obvious today that America has defaulted on this promissory note (...). Instead of honoring this sacred obligation, America has given the Negro people (...) a check which has come back marked ‚insufficient funds.‘ But we refuse to believe that the bank of justice is bankrupt. (...) And so, we’ve come to cash this check, a check that will give us upon demand the riches of freedom and the security of justice.“ (Hervorhebungen hinzugefügt).

<sup>40</sup> Vgl. *Martin Luther King Jr.*, *I See the Promised Land* (1968), in: J. M. Washington (Fn. 39), 279–286 (282): „All we say to America is, ‚Be true to what you said on paper.‘ (...) [S]omewhere I read of the freedom of assembly. Somewhere I read of the freedom of speech. Somewhere I read of the freedom of press. Somewhere I read that the greatness of America is the right to protest for right.“

<sup>41</sup> Vgl. *Bell v. Maryland*, 378 U.S. 226, 286 (1964) (Goldberg A., concurring).

sungstext eng verflochtene, angeblich existierende „ungeschriebene Verfassung“ vertreten.<sup>42</sup>

Die durch diese Argumentationsmuster auf unterschiedliche Weise erzeugte *Differenz* zwischen dem *Text* selbst einerseits und dessen *Auslegung* andererseits unterstreicht die *zivilreligiöse Sakralität* der Verfassung. Gleich wie in interkonfessionellen Auseinandersetzungen wird der Dissens kommunikativ als auf das zutreffende *Verständnis* des Textes beschränkt dargestellt, sodass die *Schrift* als solche mit ihrer Autorität als jeglichem Streit *entzogen* erscheint. Die Verfassung ist in dieser Perspektive nie schadhaf; fehlbar sind einzig die Menschen, die mit ihrer Auslegung betraut sind. Entscheidungen, die sich aus heutiger Perspektive als Fanal der Ungerechtigkeit präsentieren mögen, lassen sich auf diese Weise im Sinne von „Anti-Präzedenzfällen“<sup>43</sup> als völlig bezugslos neben der Verfassung stehend darstellen.<sup>44</sup> Hinsichtlich des erzielten Ergebnisses lassen sich in komparativer Perspektive Bezüge zur Berufung des deutschen Bundesverfassungsgerichts auf die Radbruch'sche Formel<sup>45</sup> herstellen. Auch diese naturrechtlich begründete, verdeckte Rückwirkung bewirkt, dass nicht etwa die *Rechtsordnung* selbst, sondern einzig deren *Anwendung* durch fehlbare Menschen als defektiv erscheint.<sup>46</sup>

<sup>42</sup> Vgl. *Laurence H. Tribe*, *The Invisible Constitution*, 2008, und vor allem *Akhil Reed Amar*, *America's Unwritten Constitution*, 2012; zu Letzterem äußerst kritisch *Richard A. Posner*, *Reflections on Judging*, 2013, 219–233, 341, 358.

<sup>43</sup> Kaum mehr bestritten dürfte sein, dass *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393 (1857) (wonach dem Beschwerdeführer, der in einem Gliedstaat, in dem die Sklaverei erlaubt war, als Kind von Sklaven geboren worden war, selbst dann weder die U.S.-amerikanische Staatsbürgerschaft noch die Klagebefugnis vor Bundesgerichten zukommen sollte, nachdem er in einen Teil der Vereinigten Staaten verbracht wurde, in dem die Sklaverei aufgrund eines durch den U.S.-Kongress erlassenen Gesetzes rechtswidrig war) einen solchen Gegenpräzedenzfall bildet; vgl. zu den Hintergründen eingehend *Mark A. Graber*, *Dred Scott and the Problem of Constitutional Evil*, 2006, ferner *Oliver Lepsius*, *La Cour, c'est moi. Zur Personalisierung der (Verfassungs-)Gerichtbarkeit im Vergleich Deutschland – England – USA*, JöR 64 (2016) 123–182 (129). Ein oft mit dem Prädikat „anti-precedent“ belegter Fall ist ferner *Lochner v. New York* 198 U.S. 45 (1905); vgl. nur *John Hart Ely*, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, 1980, 14f. („These cases (...) conventionally referred to under the head of *Lochner v. New York* (...) are now *universally* acknowledged to have been *constitutionally improper*.“; Anmerkung im Original weggelassen; Hervorhebung hinzugefügt.).

<sup>44</sup> Vgl. als Beispiel für ein entsprechendes argumentatives Vorgehen *Amar* (Fn. 42), 271–275.

<sup>45</sup> Vgl. *Gustav Radbruch*, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, *Süddeutsche Juristen-Zeitung* 1946, 105–110 und insbesondere BVerfGE 95, 96 (134–138) m.w.H. – Mauerschützen [1996].

<sup>46</sup> Vgl. die einschlägige Beobachtung der Folgen einer entsprechenden naturrechtlichen Argumentation durch *Gerald Grünwald*, *Zur Kritik der Lehre vom überpositiven Recht*, 1971, 14 („Diese punktuelle Betrachtung der einzelnen Gesetze bewirkt, daß für jeden Staat zu jeder Zeit festgestellt werden kann, daß in ihm eine intakte Rechtsordnung gelte oder gegolten habe – nämlich eine Rechtsordnung, bestehend aus den jeweiligen staatlichen Gesetzen, korrigiert durch die Normen des überpositiven Rechts. Mögen in einem Staate noch so abscheuliche Gesetze bestehen, befolgt und durchgesetzt werden – die Welt des geltenden Rechts ist immer eine heile Welt.“); daran anschließend und spezifisch im Zusammenhang mit BVerfGE 95, 96 (Mauerschützen) *Horst Dreier*, *Gustav Radbruch und die Mauerschützen*, JZ 52 (1997), 421–434 (431).

### 3. Regelskeptizismus als Folge des Siegeszuges des Rechtsrealismus

Gemäß einer bekannten, durch *Issac Asimov* geprägten Wendung soll der politische Diskurs in den Vereinigten Staaten dem Motto „*my ignorance is just as good as your knowledge*“ verpflichtet sein.<sup>47</sup> Die damit sehr pointiert diagnostizierte Skepsis gegenüber besonderer Sachkenntnis von Experten wird verbreitet auf die egalitäre, puritanisch-religiös imprägnierte Kultur Amerikas zurückgeführt.<sup>48</sup> Angesichts einer tatsächlich oder vermeintlich weltweit um sich greifenden Tendenz hin zu einer „post-faktischen Politik“<sup>49</sup> lässt sich dieser angeblich spezifisch amerikanische Hang zum Anti-Intellektualismus freilich kaum mehr überzeugend als Alleinstellungsmerkmal der Vereinigten Staaten darstellen. Schlüssig erscheint demgegenüber der Zusammenhang zwischen der in den Vereinigten Staaten prävalenten Betonung eines egalitären und meritokratischen Individualismus einerseits und einem verbreiteten Argwohn gegenüber abstrakten, für die konkrete Problemlösung zumindest nicht unmittelbar relevanten Theorien andererseits, wie ihn *Alexis de Tocqueville* um die Mitte des 19. Jahrhunderts beobachtet hatte.<sup>50</sup>

Von diesem *skeptischen Pragmatismus* ist auch die U.S.-amerikanische Rechtskultur durchdrungen. Als wegweisend hat sich dabei *Oliver Wendell Holmes'* Identifikation von „Recht“ mit der Voraussage, wie Gerichte entscheiden werden, erwiesen.<sup>51</sup> Recht wird dadurch zu einer *sozialen Praxis* transformiert, die *empirisch beobachtbar* ist, jedoch keiner eigenen, normativen Rationalität folgt. Weniger rechtsnormative Regeln als vielmehr außerrechtliche Faktoren sollen demnach das mit der gerichtlichen Entscheidpraxis identische „Recht“ formen.<sup>52</sup> Dieses Misstrauen gegenüber der effektiven Relevanz rechtsnormativer Vorgaben für rechtliche Entscheide wird als empirischer *Regelskeptizismus* („rule skepticism“) bezeichnet.<sup>53</sup> *Holmes'* Interesse galt

<sup>47</sup> *Issac Asimov*, A Cult of Ignorance, Newsweek vom 21. Januar 1980, 19.

<sup>48</sup> Stilbildend *Richard Hofstadter*, Anti-Intellectualism in American Life, 1962, 22f., 407f.; für die anhaltende Relevanz der These vgl. *Colleen J. Shogan*, Anti-Intellectualism in the Modern Presidency: A Republican Populism, Perspectives on Politics 5 (2007) 295–303 (300f.).

<sup>49</sup> Vgl. bereits *Paul Krugman*, The Post-Truth Campaign, New York Times vom 23. Dezember 2011, 31 („post-truth politics“).

<sup>50</sup> Vgl. *Tocqueville* (Fn. 13), 46f.: „L'égalité développe dans chaque homme le désir de juger tout pour lui-même; elle lui donne, en toutes choses, le goût du tangible et du réel, le mépris des traditions et des formes. (...) Les sciences ont alors une allure plus libre et plus sûre, mais moins haute. (...) En Amérique, la partie purement pratique des sciences est admirablement cultivée, et l'on s'y occupe avec soin de la portion théorique immédiatement nécessaire à l'application; les Américains font voir de ce côté un esprit toujours net, libre, original et fécond; mais il n'y a presque personne, aux Etats-Unis, qui se livre à la portion essentiellement théorique et abstraite des connaissances humaines. Les Américains montrent en ceci l'excès d'une tendance qui se retrouvera, je pense, quoique à un degré moindre, chez tous les peuples démocratiques.“

<sup>51</sup> Vgl. *Oliver Wendell Holmes Jr.*, The Path of Law, Harvard Law Review 10 (1897) 457–478 (461): „The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law.“

<sup>52</sup> Vgl. als *locus classicus*: *Oliver Wendell Holmes Jr.*, The Common Law, 1881, 1: „The life of the law has not been logic: it has been experience. (...) [T]he prevalent moral and political theories, intuitions of public policy, (...) even the prejudices which judges share with their fellow-men, have had a good deal more to do than the syllogism in determining the rules by which men should be governed.“

<sup>53</sup> *H.L.A. Hart*, The Concept of Law, 3. Aufl., 2012, 136; die Differenzierung zwischen einem em-

indessen nicht der Formulierung eines Rechtsbegriffs.<sup>54</sup> Vielmehr nahm er die Perspektive des Anwalts ein, dessen Klient vor Gericht zu erscheinen hat oder gerichtliche Verfahren möglichst zu meiden versucht.<sup>55</sup> Trotz dieser Vorbehalte entwickelte der American Legal Realism diesen durch *Holmes* formulierten Denkansatz konsequent fort.<sup>56</sup> Leitmotiv des Rechtsrealismus bildete die These, wonach sich konkrete rechtliche Entscheidungen (gerichtliche Urteile, Verfügungen der Verwaltung etc.) höchstens in geringem Umfang durch rechtsnormative Vorgaben (Rechtssätze, Präzedenzfälle etc.) erklären lassen.<sup>57</sup> Eine weitaus größere Rolle wurde außerrechtlichen Faktoren, insbesondere den Besonderheiten des konkreten Sachverhalts, zugeschrieben.<sup>58</sup> Selbst den Mahlzeiten, die der Richter vor der Verhandlung einnimmt, sollte Relevanz für die von ihm getroffenen Urteile zukommen.<sup>59</sup> Diese provokante These sollte sich freilich viel später als in bestimmten Konstellationen durchaus zutreffend erweisen.<sup>60</sup>

Der für den amerikanischen Rechtsrealismus charakteristische empirische Regelskeptizismus wurde auch durch die *Organisation und Arbeitsweise der Gerichte* befördert. Die Besonderheiten der U.S.-amerikanischen Justizorganisation können zur Folge haben, dass in den verschiedenen Bezirken der unterinstanzlichen Bundesgerichte über einen relativ langen Zeitraum eine *unterschiedliche* Rechtspraxis zur *identischen* Gesetzesbestimmung besteht, was sich allein mit materiellrechtlichen Argumenten meist nicht zureichend erklären lässt.<sup>61</sup> Solche Disparitäten sind auch Folge des freien Annahmeverfahrens des United States Supreme Court, demgemäß es im richterli-

---

pirischen und einem konzeptionellen Regelskeptizismus wird detailliert herausgearbeitet bei *Brian Leiter*, *Legal Realism and Legal Positivism Reconsidered*, *Ethics* 111 (2001) 278–301 (288–300).

<sup>54</sup> *Brian Leiter*, *American Legal Realism*, in: Dennis Patterson (Hrsg.), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, 2. Aufl., 2010, 249–266 (251).

<sup>55</sup> Vgl. *Holmes* (Fn. 51), 1 („When we study law we are not studying a mystery but a well known profession. We are studying what we shall want in order to appear before judges, or to advise people in such a way as to keep them out of court. (...). The object of our study, then, is prediction, the prediction of incidence of the public force through the instrumentality of the courts.“ – Hervorhebungen im Original weggelassen.); identisch die Perspektive von *Jerome Frank*, *Law and the Modern Mind* (1930; Neudruck 2009), 100.

<sup>56</sup> Vgl. etwa *Jerome Frank*, *Are Judges Human? Part One: The Effect on Legal Thinking of the Assumption that Judges Behave like Human Beings*, *University of Pennsylvania Law Review* 80 (1931) 17–53 (17f.); *Karl N. Llewellyn*, *Some Realism about Realism: Responding to Dean Pound*, *Harvard Law Review* 44 (1931) 1222–1264 (1237).

<sup>57</sup> Statt aller *Frank* (Fn. 55), 140.

<sup>58</sup> Vgl. klassisch *Frank* (Fn. 55), 108–115 (wonach Richter ihre Intuition, wie ein konkretes Urteil zu lauten hat, durch rechtliche Argumente zu rationalisieren versuchten); in diesem Sinn bereits *Joseph C. Hutcheson Jr.*, *The Judgement Intuitive: The Function of the „Hunch“ in Judicial Decision*, *Cornell Law Quarterly* 14 (1928/29) 274–288 (285).

<sup>59</sup> Vgl. *Jerome Frank*, *Courts on Trial: Myth and Reality in American Justice*, 1949, 161f.; zur Vorliebe zahlreicher Rechtsrealisten für Provokationen *John H. Langbein/Renée Lettow Lerner/Bruce P. Smith*, *History of the Common Law. The Development of Anglo-American Legal Institutions*, 2009, 988 („Many realists seem to have had as a defining characteristic the desire to shock.“).

<sup>60</sup> Vgl. *Shai Danziger/Jonathan Levav/Liora Avnaim-Pessoa*, *Extraneous Factors in Judicial Decisions*, *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America* 108 (2011) 6889–6892 (6890, 6892) (wonach der Entscheid über Gesuche um die Gewährung bedingter Entlassungen aus dem Strafvollzug durch die untersuchten israelischen Gerichte nach Arbeitspausen in vergleichbaren Fällen signifikant häufiger zugunsten des Gesuchstellers ausfalle).

<sup>61</sup> *Langbein/Lettow Lerner/Smith* (Fn. 59), 987.

chen Ermessen liegt, ein vorinstanzliches Urteil zur Entscheidung anzunehmen.<sup>62</sup> Das Gericht nimmt seit ein bis zwei Jahrzehnten konstant nur rund 1% derjenigen Fälle zur Entscheidung an, in denen es angerufen wird.<sup>63</sup> Das bedeutet, dass kaum mehr als 0,1% derjenigen Urteile, für deren Überprüfung der United States Supreme Court funktionell zuständig ist, auch tatsächlich vom obersten Gericht entschieden werden.<sup>64</sup> Nachdem etwa die Hälfte der vom United States Supreme Court gefällten Urteile auf verfassungsrechtlicher Grundlage entschieden werden,<sup>65</sup> bleiben vor allem grundlegende einfachgesetzliche Fragen verschiedentlich höchstrichterlich ungeklärt.

Der durchschlagende Erfolg des amerikanischen Rechtsrealismus hat die U.S.-amerikanische Rechtstradition nachhaltig mit einer *tiefen und andauernden Skepsis gegenüber der effektiven Steuerungskraft von Rechtsnormen durchtränkt*. Nachdem der Rechtsrealismus kein ausgereiftes alternatives Theorieangebot vorzuweisen hatte, das in der Lage gewesen wäre, abweichende Erklärungsansätze für gerichtliche Entscheide anzubieten, bildete der Rechtsrealismus allein nach seinen Auswirkungen beurteilt eine vornehmlich *destruktive Kraft*.<sup>66</sup> Das hinterlassene Vakuum wurde ab den 1960er-Jahren vornehmlich durch die Anwendung des ökonomischen Modells menschlichen Verhaltens auf rechtliche Vorgänge gefüllt.<sup>67</sup> Die Vertreter des Law and Economics-Ansatzes konnten ihr Theoriegebäude gleichsam auf der durch den Rechtsrealismus zurückgelassenen Trümmerlandschaft errichten. Die ökonomische Analyse des Rechts hat sich in den Vereinigten Staaten in der Folge als vorherrschendes Forschungsparadigma der Rechtswissenschaften etabliert.<sup>68</sup> Zu diesem Siegeszug hat freilich nicht nur der Rechtsrealismus, sondern auch erhebliche private Forschungsförderung beigetragen, die darauf abzielte, als „progressiv“ wahrgenommene Strö-

<sup>62</sup> 28 U.S. Code §§ 1254, 1257 sowie Rules of the Supreme Court of the United States (2013) [verfügbar unter [www.supremecourt.gov/ctrules/2013RulesoftheCourt.pdf](http://www.supremecourt.gov/ctrules/2013RulesoftheCourt.pdf)], Rule 10, Satz 1 („Review on a writ of certiorari is not a matter of right, but of judicial discretion.“).

<sup>63</sup> Vgl. aktuell The Supreme Court – The Statistics, Harvard Law Review 129 (2015) 381–395 (389); dieser Anteil ist seit rund einem Jahrzehnt ungefähr konstant; vgl. Michael Graetz/Linda Greenhouse, The Burger Court and the Rise of the Judicial Right, 2016, 9 (wonach das Gericht in den letzten Jahren von 8'000 Fällen rund 70 zur Entscheidung angenommen habe); Richard A. Posner, Foreword: A Political Court, Harvard Law Review 119 (2005) 31–102 (35–37).

<sup>64</sup> Vgl. Posner (Fn. 63), 36.

<sup>65</sup> Posner (Fn. 63), 37 (auf der Basis der Periode von 1955 bis 2003).

<sup>66</sup> Langbein/Lettow Lerner/Smith (Fn. 59), 988.

<sup>67</sup> Johannes Reich, Verhaltensökonomische Revolution im europäischen und nationalen Verwaltungsrecht? Potenziale und Grenzen des „Nudging“, in: Giovanni Biaggini/Oliver Diggelmann/Christine Kaufmann (Hrsg.), Polis und Kosmopolis. Festschrift für Daniel Thürer, 2015, 627–638 (629–631).

<sup>68</sup> Vgl. Fred R. Shapiro, The Most Cited Legal Scholars, Journal of Legal Studies 29 (2000) 409–426 (424) (der Richard A. Posner im Zeitraum von 1956 bis 1999 auf der Basis rechtswissenschaftlicher Fachzeitschriften als weitaus meistzitierten Autor ausweist) sowie die thematische Zitationsanalyse von William M. Landes/Richard A. Posner, The Influence of Economics on Law: A Quantitative Study, Journal of Law & Economics 36 (1993) 385–424 (385, 424); als unzutreffend hat sich damit die Prophezeiung von Morton J. Horwitz, Law and Economics: Science or Politics?, Hofstra Law Review 8 (1980) 905–912 (905) („I have the strong feeling that the economic analysis of law has peaked out as the latest fad in legal scholarship (...). Future legal historians will need to exercise their imaginations to figure out why so many people could have taken most of this stuff so seriously.“) erwiesen.

mungen innerhalb der Rechtswissenschaften, namentlich die Critical Legal Studies, zu verdrängen.<sup>69</sup>

#### 4. *United States Supreme Court als semi-autonomer Akteur*

##### a) *Politische Abhängigkeiten und Restriktionen der Verfassungsgerichtsbarkeit*

Als Folge dieser Hinwendung zur sozialwissenschaftlichen Analyse des Rechts bildet der United States Supreme Court seit der Mitte des 20. Jahrhunderts auch einen politikwissenschaftlichen Untersuchungsgegenstand. Weitreichende Folgen sollte die 1957 durch *Robert A. Dahl* formulierte These zeitigen, wonach der United States Supreme Court einen „politischen Akteur“ bilde, dessen Legitimität aber darauf beruhe, als Institution des *Rechtssystems* wahrgenommen zu werden.<sup>70</sup> Die politische Natur des Gerichts stand für *Dahl* mit der Tatsache im Zusammenhang, dass die Mitglieder des United States Supreme Court durch den Präsidenten ernannt werden.<sup>71</sup> Personen, die sich um das Präsidentenamt bewerben, äußern sich daher oft bereits im Wahlkampf über ihre Präferenzen hinsichtlich zukünftiger Richter.<sup>72</sup> Auch in den entsprechenden Anhörungen des Senats nehmen die grundlegenden politischen Überzeugungen der für das Richteramt vorgeschlagenen Personen breiten Raum ein.<sup>73</sup> Diese politischen Abhängigkeiten und Restriktionen, denen sich Richter ausgesetzt sehen, führen gemäß der Analyse *Dahls* dazu, dass der United States Supreme Court in seiner *Rechtsprechung*, mit Ausnahme kurzer Übergangsperioden, mit den durch die jeweilige dominante politische Kraft vorgegebenen politischen Leitlinien inhaltlich übereinstimmt.<sup>74</sup> Das Gericht sei institutionell zu schwach,

<sup>69</sup> Vgl. zur Förderung der *Law and Economics*-Bewegung durch die konservative John M. Olin Foundation *Steven M. Teles*, *The Rise of the Conservative Legal Movement*, 2008, 192–199 sowie 109–111, 124–132, 182–207; *Henry G. Manne*, *How Law and Economics was Marketed in a Hostile World: A Very Personal History*, in: Francesco Parisi/Charles K. Rowley (Hrsg.), *The Origins of Law and Economics: Essays by the Founding Fathers*, 2005, 309–327 (321–325); zur Relevanz des Rechtsrealismus vgl. auch *Morton J. Horwitz*, *The Transformation of American Law: 1870–1960*, 1992, 270–272.

<sup>70</sup> *Dahl* (Fn. 28), 279–281.

<sup>71</sup> Vgl. Art. II Sect. 2 Cl.2 U.S.-Const.: „[The President] (...) shall nominate, and by and with the Advice and Consent of the Senate, shall appoint (...) Judges of the supreme Court.“

<sup>72</sup> Vgl. beispielsweise die dritte nationale Fernsehdebatte der Bewerbenden um die U.S.-Präsidentschaft für die Amtszeit 2017–2020 vom 19. Oktober 2016 in Las Vegas, Arizona, in: American Presidency Project hosted at the University of California, Santa Barbara (Hrsg.), *verfügbar unter* [www.presidency.ucsb.edu/ws/index.php?pid=119039](http://www.presidency.ucsb.edu/ws/index.php?pid=119039): *Hillary Clinton* (Demokraten) („I feel strongly that the Supreme Court needs to stand on the side of the American people, not on the side of the powerful corporations and the wealthy. (...) [W]e need a Supreme Court that will stand up on behalf of women’s rights, on behalf of the rights of the LGBT community, that will stand up and say no to Citizens United (...) [I]t is important that we not reverse marriage equality, that we not reverse *Roe v. Wade* [vgl. Fn. 175], that we stand up against *Citizens United* [vgl. Fn. 125], we stand up for the rights of people in the workplace, that we stand up and basically say: The Supreme Court should represent all of us.“) sowie *Donald Trump* (Republikaner) („The Supreme Court: It’s what it’s all about. (...) [I]t’s just so imperative that we have the right justices. (...) We need a Supreme Court that (...) is going to uphold the Second Amendment (...)“).

<sup>73</sup> Vgl. nur *Robert G. McCloskey/Sanford Levinson*, *The American Supreme Court*, 6. Aufl., 2016, 308–311.

<sup>74</sup> *Dahl* (Fn. 28), 293.

eigene Präferenzen gegen den Widerstand der vorherrschenden politischen Richtung durchzusetzen.<sup>75</sup> In diesem Licht betrachtet, erschiene das oberste Bundesgericht als *majoritärer Akteur*, wogegen sich die „*countermajoritarian difficulty*“<sup>76</sup> zumeist als rechtsnormative Fiktion erweise.

Illustrativ für diese relative Machtlosigkeit der Justiz, die zugleich ihre Legitimität begründet,<sup>77</sup> ist der binnen zwei Jahren aufgegebene Widerstand der Mehrheit des United States Supreme Court gegen verschiedene im Zeichen des „New Deal“ stehende Bundesgesetze in den 1930er-Jahren.<sup>78</sup> In ähnlicher Weise lässt sich der grundlegende Leitentscheid in Sachen *Griswold v. Connecticut* deuten.<sup>79</sup> Darin erklärte das Gericht ein gliedstaatliches Gesetz, das verheirateten Personen die Verwendung von Mitteln zur Empfängnisverhütung untersagte, mit Verweis auf das im „Halbschatten“ (engl.: „penumbra“) des Grundrechtskatalogs ungeschrieben garantierte Recht auf Privatsphäre für verfassungswidrig.<sup>80</sup> Nachdem die für verfassungswidrig erklärten Bestimmungen Mitte der 1960er-Jahre zu den dominierenden politischen Anschauungen im Widerspruch standen und daher auch kaum durchgesetzt wurden, wird der Entscheid im Schrifttum als Beleg für die majoritäre Rolle des Gerichts interpretiert.<sup>81</sup>

Das durch *Robert A. Dahl* geprägte Verständnis des Gerichts als Agent der dominanten politischen Kraft ist mittlerweile in unterschiedlichem Ausmaß breit anerkannt.<sup>82</sup> Die Akzeptanz des Modells ist mit der Vorstellung von Verfassungsrechtssprechung als einer von der Politik völlig unabhängigen Tätigkeit zwar unverträg-

<sup>75</sup> *Dahl* (Fn. 28), 293–295.

<sup>76</sup> Vgl. dazu vorne unter Ziff. II/1.

<sup>77</sup> Eingehender *Johannes Reich*, Art. 191c BV, in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney (Hrsg.), Bundesverfassung, Basler Kommentar, 2015, N 1–3 m.w.H.

<sup>78</sup> Vgl. dazu statt anderer *McCloskey/Levinson* (Fn. 73), 108–113, 116–119; *Gregory A. Caldeira*, Public Opinion and the U.S. Supreme Court: FDR's Court-packing Plan, *American Political Science Review* 81 (1987) 1139–1153; für Beispiele aus den Jahren 1959–1961, in denen das Gericht aufgrund widersprechender politischer Ziele der dominierenden politischen Kraft von der eigenen Rechtsprechung abrückte, vgl. *Mark Tushnet*, *The Warren Court as History*, in: ders., *The Warren Court in Historical and Political Perspective*, 1993, 6.

<sup>79</sup> *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

<sup>80</sup> *Griswold v. Connecticut* (Fn. 79) 483–485 (1965).

<sup>81</sup> Vgl. *Richard Posner*, *Sex and Reason*, 1992, 325; *Cass R. Sunstein*, Second Amendment Minimalism: Heller as *Griswold*, *Harvard Law Review* 122 (2008) 246–274 (247 f., 260–264).

<sup>82</sup> Vgl. statt aller *Jack M. Balkin/Sanford Levinson*, *The Processes of Constitutional Change: From Partisan Entrenchment to the National Surveillance State*, *Fordham Law Review* 75 (2006) 489–535 (490); *Barry Friedman*, *The Will of the People*, 2009, 376; *Mark A. Graber*, *The Nonmajoritarian Difficulty: Legislative Deference to the Judiciary*, *Studies in American Political Development* 7 (1993) 35–73 (71 f.); *Gerald N. Rosenberg*, *The Hollow Hope*, 2. Aufl., 2008, 10–21; *Jeffrey A. Segal/Harold J. Spaeth*, *The Supreme Court and the Attitudinal Model*, 1993, 32–64; ferner *Roy B. Flemming/B. Dan Wood*, *The Public and the Supreme Court: Individual Justice Responsiveness to American Policy Moods*, *American Journal of Political Science* 41 (1997) 468–498 (492 f.); *William Mishler/Reginald S. Sheehan*, *The Supreme Court as a Countermajoritarian Institution? The Impact of Public Opinion on Supreme Court Decisions*, *American Political Science Review* 87 (1993) 87–101 (96 f.); *Jeffrey Rosen*, *The Most Democratic Branch*, 2006, 4; *James A. Stimson/Michael B. Mackuen/Robert S. Erikson*, *Dynamic Representation*, *American Political Science Review* 89 (1995) 543–565 (555 f.); *Keith E. Whittington*, „Interpose Your Friendly Hand“: Political Supports for the Exercise of Judicial Review by the United States Supreme Court, *American Political Science Review* 99 (2005) 583–596 (584 f.); in der Sache auch *Bruce Ackerman*, *We the People*, Foundations, 1991, 267 f.

lich, bedeutet aber nicht notwendig, dass sich autoritative Verfassungsinterpretation in durch rechtliches Vokabular getarnter Politik erschöpft. Das Konzept des United States Supreme Court als „politischer Akteur“ besagt nämlich einzig, dass der Möglichkeitsraum der Verfassungsinterpretation durch institutionelle Faktoren in bestimmten, tendenziell seltenen Fällen erheblich beschränkt ist. Reduziert ist dieser Raum vor allem dann, wenn eine bestimmte Interpretation der Verfassung Konsequenzen nach sich zöge, die mit zentralen Politikgehalten der dominanten politischen Kraft unvereinbar sind. Umgekehrt kann der Judikative dann eine wichtigere Rolle zukommen, wenn der U.S.-Kongress entweder blockiert ist oder die Politik von der Durchsetzung zentraler Politikinhalte aus kurzfristig orientiertem Nutzenskalkül absieht und die Verwirklichung bestimmter Politikprogramme damit gleichsam an das Höchstgericht delegiert.<sup>83</sup> In diesem Sinn erscheint der United States Supreme Court als „*semi-autonom*“.<sup>84</sup>

Diese nur partielle Autonomie des Höchstgerichts bleibt nicht ohne Folgewirkungen für die *Wissenschaft* vom Verfassungsrecht. „Constitutional law scholarship“ ist in den Vereinigten Staaten nach ihrem Selbstverständnis denn auch keine im engen Sinn positive Wissenschaft, sondern vornehmlich einer auf Methodenvielfalt beruhenden pragmatischen Kritik, Beeinflussung und Reflektion des Verfassungsrechts und der Verfassungsrechtsprechung verpflichtet.<sup>85</sup> In der deutschen Wissenschaft vom öffentlichen Recht wird denn auch der Kontrast zwischen dem problemorientierten Ansatz des rechtlichen Diskurses in den Vereinigten Staaten einerseits und der rechtswissenschaftlichen Dogmatik deutscher Provenienz, die auf einem erheblich höheren Abstraktionsniveau operiert, andererseits hervorgehoben.<sup>86</sup>

### b) „Verfassungsrechtlicher Protestantismus“

Nachdem die Legitimität des United States Supreme Court vornehmlich auf seiner Wahrnehmung als *rechtlicher* Institution beruht,<sup>87</sup> dürfte das Verständnis des Gerichts

<sup>83</sup> In diesem Sinn *Graber* (Fn. 82), 71–73 (der *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954) betreffend die Aufhebung der Rassensegregation in den Schulen der Südstaaten als einen Fall der „Delegation“ der Politikdurchsetzung an die Judikative deutet).

<sup>84</sup> In diesem Sinn *Richard H. Pildes*, Is the Supreme Court a „Majoritarian“ Institution?, *Supreme Court Review* 50 (2010) 103–158 (154).

<sup>85</sup> Vgl. nur *Paul Brest*, The Fundamental Rights Controversy: The Essential Contradictions of Normative Constitutional Scholarship, *Yale Law Journal* 90 (1981) 1063–1109 (1109); *Robert C. Post*, Constitutional Scholarship in the United States, *International Journal of Constitutional Law* 7 (2009) 416–423 (422).

<sup>86</sup> Vgl. *Oliver Lepsius*, Kritik der Dogmatik, in: Gregor Kirchhof/Stefan Magen/Karsten Schneider (Hrsg.), Was weiß Dogmatik?, 2012, 39–62 (47f.); *ders.*, Was kann die deutsche Staatsrechtslehre von der amerikanischen Rechtswissenschaft lernen?, in: Helmuth Schulze-Fieliz (Hrsg.), Staatsrechtslehre als Wissenschaft, Die Verwaltung Beiheft 7, 2007, 319–366 (326–330); zur deutlich pragmatischeren Orientierung der schweizerischen Wissenschaft vom Öffentlichen Recht vgl. *Dietrich Schindler* [jun.], Die Staatslehre in der Schweiz, *JöR* 25 (1976), 255–279 (263); *Giovanni Biaggini*, Die Staatsrechtswissenschaft und ihr Gegenstand: Wechselseitige Bedingtheiten am Beispiel der Schweiz, in: Helmuth Schulze-Fieliz (Hrsg.), Staatsrechtslehre als Wissenschaft, Die Verwaltung Beiheft 7, 2007, 267–291 (288).

<sup>87</sup> Vgl. dazu vorne unter Ziff. II/1.

als „politischer Akteur“ dessen Autorität gleichwohl unterminiert haben. Zeichen dafür ist die prominent vertretene These, Richter des United States Supreme Court würden allein ihren persönlichen politischen Präferenzen zum Durchbruch verhelfen, wenn sie vorgäben, die Verfassung „auszulegen“.<sup>88</sup> In einer milderer Variante wird unter dem Schlagwort des „*Popular Constitutionalism*“ gefordert, das dem United States Supreme Court zukommende, als „anti-demokratisch“<sup>89</sup> verstandene Monopol zur letztverbindlichen Auslegung der Verfassung sei aufzubrechen, um die Verfassungsinterpretation stärker in die Sphäre von Politik und Zivilgesellschaft zu verlagern.<sup>90</sup> Entsprechend wird selbst der durch Umfragen ermittelten öffentlichen Meinung ein als legitim verstandener Einfluss auf die Auslegung der Verfassung zugestanden.<sup>91</sup> Diese Ausweitung der „Gesellschaft der Verfassungsinterpreten“<sup>92</sup> lässt sich in Fortführung einer von *Sanford Levinson* entworfenen Analogie als „verfassungsrechtlicher *Protestantismus*“ bezeichnen,<sup>93</sup> da der Protestantismus das päpstliche Interpretationsmonopol der Schrift auf der Grundlage des allgemeinen Priestertums aller Gläubigen verwirft.<sup>94</sup>

## 5. Originalismus als restauratives Projekt

### a) Rekonstruktion der Verfassung als rechtliches Dokument

Der Originalismus ist zu den beschriebenen, für die Vereinigten Staaten spezifischen gesellschaftlichen, politischen und rechtskulturellen Strömungen, in denen die U.S.-amerikanische Verfassung und der United States Supreme Court verortet sind, völlig *konträr* ausgerichtet. In gewisser Weise erscheint der Originalismus deshalb als anachronistischer Gegenentwurf zum verfassungsrechtlichen Zeitgeist. Während sich die U.S.-amerikanische Verfassung zu einem zivilreligiös verehrten Dokument

---

<sup>88</sup> *Posner* (Fn. 63), 50f., 76; diese Kritik ist freilich alles andere als neu, vgl. nur *John Hart Ely*, *The Wages of Crying Wolf: A Comment on Roe v. Wade*, *Yale Law Journal* 82 (1973) 920–949 (944) („[The Warren Court’s] inferences were often controversial, but just as often our profession’s prominent criticism deigned not to address them on their terms and contented itself with assertions that the Court was indulging in sheer acts of will, ramming its personal preferences down the country’s throat (...)“; Hervorhebungen hinzugefügt).

<sup>89</sup> *Larry D. Kramer*, *Popular Constitutionalism*, circa 2004, *California Law Review* 92 (2004) 959–1011 (1003).

<sup>90</sup> Vgl. insbesondere *Larry D. Kramer*, *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*, 2004, 207–226; *ders.*, *Undercover Anti-Populism*, *Fordham Law Review* 73 (2005) 1343–1359 (1344); *ders.*, *Foreword: We the Court*, *Harvard Law Review* 115 (2001) 4–169 (128–169); *Mark Tushnet*, *Talking the Constitution Away from the Courts*, 1999, 177–194; *ders.*, *Popular Constitutionalism as Political Law*, *Chicago-Kent Law Review* 81 (2006) 991–1006 (999).

<sup>91</sup> Vgl. *Or Bassok*, *The Supreme Court’s New Source of Legitimacy*, *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law* 16 (2013) 153–198 (192–198).

<sup>92</sup> *Peter Häberle*, *Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten*, *JZ* 30 (1975) 297–305.

<sup>93</sup> Vgl. *Sanford Levinson*, *Constitutional Faith*, 1988, 27–53; ähnlich *Posner* (Fn. 42), 220.

<sup>94</sup> *Locus classicus* ist *Martin Luther*, *An den christlichen Adel deutscher Nation* (1520; Ausgabe von 1962), 14, 20–23; dazu eingehend *Thomas Kaufmann*, *An den christlichen Adel deutscher Nation von des christlichen Standes Besserung. Kommentar zu Schriften Luthers*, Band 3, 2014, 81–88, 116–119; für die Zürcher Reformation vgl. *Huldrych Zwingli*, *Die 67 Artikel*, in: *Emil Egli/Georg Finsler* (Hrsg.), *Huldreich Zwinglis sämtliche Werke*, Band I. *Corpus Reformatorum LXXXVIII*, 1905, 458–465, 460.

entwickelt hat, auf das ganz unterschiedliche politische und gesellschaftliche Forderungen projiziert werden,<sup>95</sup> insistiert der Originalismus als Theorie der Verfassung auf dem *rechtlichen* Charakter der United States Constitution als „Gesetz“.<sup>96</sup> Aus dieser Rekonstruktion der Verfassung als allein rechtliches Dokument folgt die *Zurückweisung* sowohl des für die U.S.-amerikanische Rechtskultur zumindest seit Mitte des 20. Jahrhunderts dominanten *Regelskeptizismus*<sup>97</sup> als auch der Relevanz außerrechtlicher Faktoren für gerichtliche Entscheide. Der Originalismus geht nämlich davon aus, dass sich der Sinn einer Verfassungsbestimmung auf dem Weg einer rein *rechtlichen* Operation ergründen lässt. Zudem wird unterstellt, dass die ermittelte ursprüngliche Bedeutung des Verfassungstextes richterliche Entscheide effektiv anleiten kann.<sup>98</sup> Auch mit der Idee eines „verfassungsrechtlichen Protestantismus“<sup>99</sup> ist der Originalismus inkompatibel. Vor deutlich mehr als 200 Jahren niedergeschriebene, teilweise grammatikalisch komplexe, aufeinander Bezug nehmende rechtsnormative Sätze<sup>100</sup> in ihrer ursprünglichen Bedeutung zu rekonstruieren, erfordert nämlich spezifisches linguistisches, historisches und juristisches Fachwissen. Originalistisch geprägte Urteilerwägungen verweisen daher regelmäßig auf Wörterbücher aus dem 18. Jahrhundert.<sup>101</sup> Insoweit ist es konsequent, dass der Originalismus auf der Interpretation der Verfassung durch *Richter* als *Experten* der verbindlichen Auslegung von *Recht* beharrt.<sup>102</sup> Ganz explizit weist der Originalismus damit auch die weitherum akzeptierte Stellung des United States Supreme Court als „politischer Akteur“<sup>103</sup> zurück, indem er für sich in Anspruch nimmt, die Verfassung völlig *wertungsneutral* anzuwenden.<sup>104</sup> Im verfassungspolitischen Kontext wird dieser Anspruch auf Politikferne und Wertungsneutralität mit dem Bann der „Gesetzgebung von der Richterbank aus“ („legislating from the bench“) gleichgesetzt.<sup>105</sup>

<sup>95</sup> Vgl. dazu vorne unter Ziff. II/2.

<sup>96</sup> Vgl. Robert H. Bork, *The Tempting of America: The Political Seduction of the Law*, 1990, 145; Antonin Scalia, *Originalism: The Lesser Evil*, *University of Cincinnati Law Review* 57 (1989) 849–865 (854).

<sup>97</sup> Zum Regelskeptizismus vgl. vorne Ziff. II/3.

<sup>98</sup> Zur rechtsnormativen Verbindlichkeit des Verfassungstextes in seiner ursprünglichen Bedeutung vgl. etwa Scalia (Fn. 15), 38; Scalia/Garner (Fn. 18), 78–91.

<sup>99</sup> Vgl. dazu vorne unter Ziff. II/4/b.

<sup>100</sup> Klassisches Beispiel für komplexe grammatikalische Strukturen ist das Second Amendment der U.S.-Const.; vgl. den Wortlaut der Bestimmung hinten in Fn. 142 und zur diesbezüglichen Rechtsprechung hinten Ziff. III/2.

<sup>101</sup> Vgl. statt anderer die einlässliche Auseinandersetzung mit historischen Quellen sowohl in der Begründung des Gerichts als auch in den Minderheitsvoten in *District of Columbia v. Heller* (Fn. 18) 581–586, 605, 646–648, 685.

<sup>102</sup> Vgl. Antonin Scalia, *Originalism: The Lesser Evil*, *University of Cincinnati Law Review* 57 (1989) 849–865 (864).

<sup>103</sup> Vgl. dazu vorne unter Ziff. II/4/a.

<sup>104</sup> Scalia (Fn. 102), 864; vgl. für einen Anwendungsfall aus der Rechtsprechung etwa *Stanford v. Kentucky*, 492 U.S. 361, 379f. (1989) (worin Antonin Scalia für das Gericht argumentierte, dass es der Durchsetzung persönlicher politischer Präferenzen durch ein „Komitee von Philosophenkönigen“ gleichkommen würde, die Todesstrafe für Verurteilte, die bei Begehung der Straftat wenigstens 16 Jahre alt waren, auf der Grundlage des Eight Amendment für verfassungswidrig zu erklären); *Stanford* wurde später in *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005) umgestoßen.

<sup>105</sup> Vgl. Erwin Chemerinsky, *Seeing the Emperor's Clothes: Recognizing the Reality of Constitutional Decision Making*, *Boston University Law Review* 86 (2006) 1069–1081 (1069) (wonach Präsident

Der Originalismus erscheint damit innerhalb des verfassungsrechtlichen Diskurses als *restauratives Projekt*, das die Verfassung von außerrechtlichen Zugriffen abschirmen soll, ihre Auslegung in die Hände des Richters als eines *passiven*, auf die Bewahrung und Perpetuierung des althergebrachten rechtsnormativen Erbes spezialisierten Experten legt und den tief in der U.S.-amerikanischen Rechtskultur verwurzelten Regelskeptizismus zurückweist. Als Theorie der Verfassung und ihrer Auslegung verstanden, erscheint der Aufstieg des Originalismus vor diesem Hintergrund als überraschend.

## b) Erkenntnistheoretische und verfassungstheoretische Kritik

Die Einschätzung der Karriere des Originalismus als unwahrscheinlich verfestigt sich angesichts verschiedener Einwände, die gegen diese Theorie der Verfassung und ihrer Auslegung formuliert werden können. Der Originalismus beruht auf der Prämisse, dass sich die objektive, gleichsam in Stein gemeißelte Bedeutung sprachlicher Festlegungen in der Verfassung vollständig rekonstruieren lässt (sog. „*fixation thesis*“).<sup>106</sup> Sprachliche Aussagen gewinnen und verändern ihre Bedeutung jedoch durch ihren *intersubjektiven Gebrauch*.<sup>107</sup> Das gilt auch für den Verfassungstext: „*Domestic Violence*“ (Art. IV Sect. 4 U.S.-Const.) war Ende des 18. Jahrhunderts gleichbedeutend mit „Störungen der öffentlichen Ordnung durch Gewaltakte und Aufruhr“, während die Wendung heute für „häusliche Gewalt“ steht. Erkenntnistheoretisch muss die Möglichkeit der vollständigen Rekonstruktion der „ursprünglichen“ und „objektiven“ Bedeutung eines mehr als 200 Jahre alten, normativen Textes daher erheblich angezweifelt werden.<sup>108</sup> Selbst wenn diese Möglichkeit grundsätzlich bejaht werden sollte, ist die gleichsam archäologische Bergung des verschütteten Sinns einer Norm mit erheblichen *Unsicherheiten* behaftet. Diese wiegen umso schwerer, als dass die Auslegung einer Verfassungsbestimmung notwendig folgenreich ist. Die Verfassungskonformität des Patient Protection and Affordable Care Act von 2010 („*Obamacare*“)<sup>109</sup> wurde denn auch, abhängig von der höchst umstrittenen ursprünglichen Bedeutung des Begriffs „*commerce*“ des damals seit 224 Jahren gültigen ersten Artikels der U.S.-amerikanischen Verfassung<sup>110</sup>, von den verschiedenen Mitgliedern des Uni-

---

George W. Bush 2005 angekündigt habe, er werde Richter ernennen, die „nicht Gesetze von der Richterbank aus erlassen“ würden [„not legislate from the bench“]).

<sup>106</sup> Vgl. *Lawrence Solum*, *The Fixation Thesis: The Role of Historical Fact in Original Meaning*, *Notre Dame Law Review* 91 (2015) 1–78 (6–9).

<sup>107</sup> Klassischer Referenzpunkt der These, wonach Sprache ihren Sinn durch ihren Gebrauch in „Sprachspielen“ gewinnt, ohne ihre Unschärfe zu verlieren, und Sinnermittlung daher vor allem durch Beobachtung erfolgen muss („[D]enk nicht, sondern schau!“), ist *Ludwig Wittgenstein*, *Philosophische Untersuchungen* [Spätfassung], in: Joachim Schulte (Hrsg.), *Kritisch-genetische Edition*, 2001, 714–989 (787).

<sup>108</sup> Vgl. *Ian C. Bartrum*, *Wittgenstein’s Poker: Contested Constitutionalism and the Limits of Public Meaning Originalism* (Working Paper), Social Science Research Network (SSRN), 2016, 12–24 (*verfügbar unter* <https://ssrn.com/abstract=2827799>).

<sup>109</sup> Patient Protection and Affordable Care Act, 42 U.S.C. § 18001 (2010).

<sup>110</sup> Vgl. Art. I Sect. 8 Cl. 3 U.S. Const.: „The Congress shall have Power (...) [t]o regulate Commerce with foreign Nations, and among the several States, and with the Indian Tribes.“

ted States Supreme Court völlig gegensätzlich beurteilt.<sup>111</sup> Derartige Urteile werfen ein Schlaglicht auf die Tatsache, dass Richter zwar juristisch ausgebildet sind, hinsichtlich des methodisch korrekten Umgangs mit *historischen Quellen* jedoch üblicherweise kein besonderes Fachwissen vorweisen können. Seitens der Geschichtswissenschaft wird daher der Vorwurf erhoben, originalistische Urteilerwägungen kämen als sonderbare Mischung aus Rhetorik und „*law office history*“ daher, die grundlegenden methodischen Prinzipien der historischen Forschung missachteten.<sup>112</sup> Epistemologisch zumindest nicht zwingend erscheint sodann der Umgang mit Tatsachen, die zum Zeitpunkt, in dem eine bestimmte Verfassungsnorm erlassen wurde, noch unbekannt waren. Fraglich ist etwa, ob der Umstand, dass das Second Amendment das Wort „Waffen“ („*arms*“) nicht näher spezifiziert, tatsächlich logisch zur Folge haben muss, dass die Verfassungsbestimmung auch das Eigentum an jenen Arten tragbarer Waffen schützt, die im Zeitpunkt der Ratifikation der Verfassungsabstimmung am 15. Dezember 1791 noch völlig unbekannt gewesen sind.<sup>113</sup>

Der Originalismus wird sodann verbreitet mit dem Rekurs auf die *Volkssouveränität* verteidigt, da die Verfassung über ein höheres Maß an demokratischer Legitimation verfüge als andere Rechtssätze.<sup>114</sup> Dagegen lässt sich einwenden, dass die U.S.-amerikanische Verfassung im 18. Jahrhundert nicht etwa in einer Volksabstimmung, sondern durch gliedstaatliche Konvente genehmigt worden ist. Zur Wahl der Mitglieder dieser Konvente waren nur rund 10% der erwachsenen Bevölkerung berechtigt.<sup>115</sup> Offen bleibt mit dem Verweis auf die Volkssouveränität zudem die bereits von *Thomas Jefferson* aufgeworfene Frage, auf welcher Grundlage und in welchem Maß ein demokratisch erzielter Konsens spätere Generationen zu binden vermag.<sup>116</sup> Ferner ist

<sup>111</sup> Vgl. für die gegensätzlichen Auffassungen *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, 567 U.S. \_ (2012) vom 28. Juni 2012 [Docket No. 11–393] (zitiert gemäß der Paginierung der *slip opinion*), Mehrheitsmeinung von *John Roberts* (23), Minderheitsvotum von *Antonin Scalia* et al. (4f.) und Minderheitsvotum *Clarence Thomas* (1f.) einerseits sowie Minderheitsvotum *Ruth Bader Ginsburg* (23) andererseits; vgl. für die inhaltlich ebenfalls stark divergierenden Einschätzungen statt anderer *Akhil Reed Amar*, *America's Constitution. A Biography*, 2005, 107f. und *Jack Balkin*, *Commerce*, *Michigan Law Review* 109 (2010) 1–51 einerseits und *Randy E. Barnett*, *The Original Meaning of the Commerce Clause*, *University of Chicago Law Review* 68 (2001) 101–147 andererseits.

<sup>112</sup> Vgl. *Jack N. Rakove*, *The Second Amendment: The Highest Stage of Originalism*, *Chicago-Kent Law Review* 76 (2000) 103–166 (106) („[M]any ventures in constitutional interpretation (...) are vulnerable to the dishonoring charge of ‚law office history‘ – that is, history made batman to the service of a favored cause (...).“); *Leonard Levy*, *Original Intent and the Framers' Constitution*, 1988, 284–398.

<sup>113</sup> Bejahend *Caetano v. Massachusetts*, 577 U.S. \_ (2016) vom 21. März 2016.

<sup>114</sup> Vgl. statt aller *Solum* (Fn. 16), 2f.

<sup>115</sup> *Posner* (Fn. 42), 230 (mit dem Hinweis, dass Frauen, Sklaven, Indigene, freie Afroamerikaner in den Südstaaten, Frauen, arbeitsverpflichtete Diener und – mit Ausnahme von Pennsylvania – Männer, die über kein Eigentum verfügten, kein aktives und passives Wahlrecht besaßen).

<sup>116</sup> *Thomas Jefferson*, Letter to James Madison (Paris, September 6, 1789), in: Paul Leicester Ford (Hrsg.), *The Works of Thomas Jefferson*, Band VI, 1904, 3–11 (3f.): „The Question [sic!] Whether [sic!] one generation of men has a right to bind another, seems never to have been started either on this or our side of the water [i.e. the Atlantic Ocean]. (...) [T]hat no such obligation can be transmitted I think very capable of proof. I set out on this ground which I suppose to be self evident [sic!], ‚that the earth belongs in usufruct to the living;‘ that the dead have neither powers nor rights over it.“ (Hervorhebungen im Original weggelassen.)

Auf dieser vermeintlichen oder tatsächlichen Illegitimität der Bindung zukünftiger Generationen baut etwa die Kritik von *Louis Michael Seidman*, *On Constitutional Disobedience*, 2012, 11f., 59 an der U.S.-Verfassung auf („The sheer oddity of making modern decisions based upon an old and archaic text

äußerst fraglich, ob die U.S.-amerikanische Verfassung tatsächlich mit der Zielsetzung verfasst worden ist, den Text in seiner ursprünglichen Bedeutung über Jahrhunderte hinweg, gleichsam in Stein gemeißelt als oberste rechtsnormative Vorgabe bestehen zu lassen.<sup>117</sup> Die sprachliche Unbestimmtheit einiger Bestimmungen lässt die Verfassung vielmehr als zumindest teilweise entwicklungs offen erscheinen.<sup>118</sup> Ausgewählte Normen öffnen das Verfassungsrecht sodann für ethische und moralische Überlegungen.<sup>119</sup> In diesem Sinn verbietet der achte Verfassungszusatz „grausame und ungewöhnliche Bestrafungen“ („*cruel and unusual punishments*“).<sup>120</sup> Würde die Bestimmung nach den Grundsätzen des Originalismus ausgelegt, böte sie keinerlei Schutz gegen um 1791 gesellschaftlich akzeptierte und praktizierte Bestrafungen wie den Pranger, das öffentliche Auspeitschen oder körperliche Verstümmelung.<sup>121</sup> Die Auslegung verschiedener Klauseln der Verfassung allein aufgrund ihres Wortlautes in seiner ursprünglichen Bedeutung würde zudem bestimmte Verfassungsnormen ihrer Wirksamkeit berauben.<sup>122</sup> Ob etwa gegenüber dem Anbringen eines GPS-Aufzeichnungsgeräts an einem privaten Fahrzeug zu Überwachungszwecken aufgrund des Verbots „willkürlicher Durchsuchungen“ („*unreasonable searches*“) durch den vierten Verfassungszusatz<sup>123</sup> verfassungsrechtlicher Schutz besteht,<sup>124</sup> lässt sich zumindest nicht allein aufgrund des Normtextes entscheiden. Gleiches gilt für die Vereinbarkeit der Einschränkung politischer Werbung über elektronische Massenmedien durch Unternehmen im Vorfeld von Wahlen mit der verfassungsrechtlich garantierten Meinungsäußerungsfreiheit.<sup>125</sup> Neuere Richtungen des Originalismus unterscheiden denn auch zwischen Auslegung („*interpretation*“) und Anwendung („*construction*“) des Verfassungstextes.<sup>126</sup> An methodologisch praktisch unüberwindbare Hürden stößt

ought to give constitutionalists pause. They insist that we follow the commands of people who knew nothing of our problems and have nothing to do with us, who are not even biologically related to most of us. In what sense are their hopes, fears, preoccupations, and obsessions our own? (...) There were (...) real individual people in Philadelphia in 1787, and all of those real people are now really dead. There are, today, real people who are alive and who must decide how to solve real, modern problems.“)

<sup>117</sup> Vgl. die einlässlich begründete negative Einschätzung von *H. Jefferson Powell*, *The Original Understanding of Original Intent*, *Harvard Law Review* 98 (1985) 885–948; so auch etwa *William N. Eskridge*, *The New Textualism*, *University of California Los Angeles Law Review* 37 (1990) 621–691 (670).

<sup>118</sup> Vgl. allgemein *Eskridge* (Fn. 117), 670–672.

<sup>119</sup> Einflussreich für diese Sichtweise *Ronald Dworkin*, *Freedom’s Law. The Moral Reading of the American Constitution*, 1996, 7–12.

<sup>120</sup> Eighth Amendment U.S. Const.: „Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted.“

<sup>121</sup> Vgl. *John F. Stinneford*, *The Original Meaning of „Unusual“: The Eighth Amendment as a Bar to Cruel Innovation*, *Northwestern University Law Review* 102 (2008) 1739–1825 (1742, 1820); ferner *Scalia* (Fn. 102), 861, 864.

<sup>122</sup> Vgl. *David A. Strauss*, *Foreword: Does the Constitution Mean What it Says?*, *Harvard Law Review* 125 (2015) 1–61 (36f.) mit dem Hinweis auf die elektronische Überwachung.

<sup>123</sup> Fourth Amendment U.S. Const.: „The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.“

<sup>124</sup> Vgl. dazu *United States v. Jones*, 565 U.S. \_ (2012) vom 23. Januar 2012.

<sup>125</sup> Vgl. aber *Citizens United v. Federal Election Commission*, 558 U.S. 310, 392 (2010) (Scalia A., concurring).

<sup>126</sup> Statt anderer *Jack Balkin*, *Abortion and Original Meaning*, *Constitutional Commentary* 24

ein ausschließlich am Wortlaut orientierter Originalismus schließlich in jenen Fällen, in denen Ungleichbehandlungen aufgrund ethnischer Kriterien auf der Grundlage von Verfassungsbestimmungen, die im Kontext der Rechtmäßigkeit der Sklaverei erlassen worden waren, zu beurteilen sind.<sup>127</sup>

### III. Verfassungspolitische und verfassungstheoretische Dimensionen des Originalismus

#### 1. Differenzierung zwischen Verfassungspolitik und Verfassungstheorie

Angesichts der dargestellten, teilweise drastischen Konsequenzen, welche die Anwendung einer ausschließlich am Wortlaut der U.S.-amerikanischen Verfassung in ihrer ursprünglichen Bedeutung orientierten Verfassungsrechtsprechung nach sich ziehen würde,<sup>128</sup> hat sich selbst *Antonin Scalia* – immerhin der Bannerträger des Originalismus – als bloß „zaghafter Originalist“ („faint-hearted originalist“) bezeichnet.<sup>129</sup> Um die Relevanz des Originalismus differenziert einzuschätzen, drängt sich daher eine präzisere Unterscheidung der verschiedenen Bezugssysteme des Originalismus auf. Entsprechend ist zwischen dem *Originalismus als Theorie der Verfassung und ihrer Auslegung* einerseits (verfassungstheoretische oder methodologische Dimension) und dem *Originalismus als Instrument der Verfassungspolitik* (verfassungspolitische Dimension) andererseits zu differenzieren.

(2007) 291–352 (308–311); *Randy E. Barnett*, Interpretation and Construction, *Harvard Journal of Law and Public Policy* 34 (2011) 65–72; *ders.*, (Fn. 37), 120–131; *Lawrence Solum*, Originalism and Constitutional Construction, *Fordham Law Review* 82 (2013) 453–537.

<sup>127</sup> Klassisches Beispiel für diese letztlich unüberwindbaren Schwierigkeiten ist *Bolling v. Sharpe*, 347 U.S. 497 (1954), der die getrennte Organisation von Schulen nach ethnischen Kriterien (Rassensegregation) auch gegenüber der *Bundesregierung* (District of Columbia) auf der Grundlage des Fifth Amendment für verfassungswidrig erklärte. Nachdem der entsprechende Verfassungszusatz 1791 im Kontext einer Verfassung erlassen worden war, welche die Sklaverei als rechtmäßig beurteilte, lässt sich das Urteil allein auf der Grundlage des Verfassungstextes in seiner ursprünglichen Bedeutung nicht als zutreffend begründen und hat seitens strikter Originalisten heftige Kritik hervorgerufen; vgl. *Bork* (Fn. 96), 83f.; *Lino A. Graglia*, Constitutional Theory: The Attempted Justification for the Supreme Court's Liberal Political Program, *Texas Law Review* 65 (1986) 789–798 (796f.). Demgegenüber erklärte *Antonin Scalia*, dass Diskriminierung aufgrund ethnischer Kriterien ganz generell „illegal, unmoralisch und verfassungswidrig“ sei; vgl. *City of Richmond v. J.A. Croson Co.*, 488 U.S. 469, 521 (1989) („I share the view (...) that [t]he lesson of the great decisions of the Supreme Court and the lesson of contemporary history have been the same for at least a generation: discrimination on the basis of race is illegal, immoral, unconstitutional, inherently wrong, and destructive of democratic society.“; *Scalia*, J., concurring). *Antonin Scalia* unterließ es freilich, auf den potenziellen Widerspruch dieser Aussage mit seinen methodologischen Überzeugungen einzugehen. *Bolling* ist mit *Posner* (Fn. 42), 225 wohl tatsächlich „an embarrassment to textualists“. In rechtlicher Hinsicht unterscheidet sich *Bolling* sodann grundlegend von dem am gleichen Tag entschiedenen, bekannteren, inhaltlich aber gleichlautenden grundlegenden Leitentscheid *Brown v. Board of Education of Topeka* (Fn. 83), der sich auf die *Gliedstaaten* bezog und sich deshalb auf das Fourteenth Amendment stützte, das aber nach seinem Wortlaut auf die *Bundesregierung* unanwendbar ist.

<sup>128</sup> *Antonin Scalia* bezog sich auf den Umstand, dass der Originalismus nicht verhindern könnte, dass die Bestrafung mittels Auspeitschens wieder eingeführt würde; vgl. dazu den vorangehenden Abschnitt II/5/b.

<sup>129</sup> *Scalia* (Fn. 102), 864.

Die *verfassungstheoretische* Dimension des Originalismus entspricht ihrer kommunizierten Selbstdarstellung. Der Originalismus inszeniert sich als eine spezifische Theorie der Auslegung der Verfassung, gemäß welcher der Sinn von Verfassungsnormen mit dem Wortlaut in seiner ursprünglichen und gewöhnlichen Bedeutung zusammenfällt und sich auf diesen beschränkt.<sup>130</sup> Damit ist die Vorstellung der Verfassung als unverrückbare und im Strom der Zeit unveränderliche rechtliche Grundlage im Sinn einer „mosaischen Gesetzestafel“<sup>131</sup> verknüpft. Mit der „*Verfassungspolitik*“ ist das politische, administrative und zivilgesellschaftliche Engagement angesprochen, das auf die inhaltliche *Beeinflussung der Erzeugung von Verfassungsrecht* gerichtet ist.<sup>132</sup> Als Folge der Rigidität der U.S.-amerikanischen Verfassung werden in den Vereinigten Staaten Formen der sozialen Mobilisierung,<sup>133</sup> durch die Verwaltung ausgearbeitete Programme,<sup>134</sup> grundlegende, durch Wahlen legitimierte Sozial- und Wirtschaftsreformen<sup>135</sup> und das Recht des Präsidenten, die Mitglieder der Bundesgerichte zu ernennen,<sup>136</sup> dazu verwendet, das Verständnis des positiven Verfassungsrechts zu formen. Im Kontext der Vereinigten Staaten geht „*Verfassungspolitik*“ mithin weit über die formelle Revision der Verfassung auf der Grundlage von Art. V U.S.-Const. hinaus. Diese Faktoren machen das vorstehend weit umschriebene Verständnis des Begriffs der „*Verfassungspolitik*“ notwendig.

## 2. *Verfassungstheoretische Dimension: Originalismus als Scheinriese*

Aus Distanz betrachtet, erscheint der *effektive Einfluss* des Originalismus auf den Ausgang konkreter gerichtlicher Verfahren tatsächlich beträchtlich. Die Verwendung von historischen Wörterbüchern in Gerichtsurteilen ist ein guter Indikator für dem Originalismus verpflichtete Urteilsbegründungen, da solche Diktionäre dazu benutzt werden, die gewöhnliche Bedeutung eines Begriffs zu einem bestimmten Zeitpunkt in der Vergangenheit zu eruieren.<sup>137</sup> Binnen rund drei Jahrzehnten hat sich die

---

<sup>130</sup> Vgl. statt anderer *Scalia* (Fn. 15), 38; *ders.* (Fn. 19), 104; *ders.* (Fn. 96), 864; *ders./Garner* (Fn. 18), 78–91.

<sup>131</sup> Vgl. zu diesem Bild vorne unter Ziff. I.

<sup>132</sup> Für eine engere Umschreibung des Begriffs der „*Verfassungspolitik*“ im schweizerischen Kontext mit seinen direkt-demokratischen Einflusskanälen auf die Verfassungsgebung vgl. *Johannes Reich*, Direkte Demokratie und völkerrechtliche Verpflichtungen im Konflikt. Funktionellrechtlich differenzierte Herstellung praktischer Konkordanz zwischen der Beachtung des Völkerrechts und konfligierenden Volksinitiativen im schweizerischen Bundesverfassungsrecht, *ZaöRV* 68 (2008) 979–1025 (999). – Das im Haupttext anklingende Verständnis der Rechtserzeugung lehnt sich an *Hans Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., 1960, 240 an.

<sup>133</sup> Zur Bedeutung sozialer Bewegungen für die Ausformung des Verfassungsrechts vgl. vorne unter Ziff. II/2.

<sup>134</sup> Vgl. zur vor allem durch die Administration unter Präsident *Ronald Reagan* entworfenen Programmatik, mittels der Verpflichtung auf den Originalismus die Verfassungsrechtsprechung zu beeinflussen, hinten unter Ziff. III/4/b.

<sup>135</sup> Vgl. *Ackerman* (Fn. 82), 47–50, 266–269, 289f.

<sup>136</sup> Zu den entsprechenden Kompetenzen vgl. vorne unter Ziff. II/4/a.

<sup>137</sup> Kritisch zu dieser Praxis *Frank H. Easterbrook*, Text, History, and Structure in Statutory Interpretation, *Harvard Journal of Law and Public Policy* 17 (1994) 61–70 (67) (der die Verwendung von Wörterbüchern als „dumm“ („silly“) bezeichnet, da es sich bei einem Diktionär lediglich um ein „Wörter-

Erwähnung von Wörterbüchern in Urteilen des United States Supreme Court fast verzehnfacht. Mittlerweile finden sich in rund einem Drittel aller Entscheide des Höchstgerichts entsprechende Hinweise.<sup>138</sup> Diese Zunahme dürfte indessen vor allem *kompensatorischen Charakter* haben. Der am Wortlaut in seiner ursprünglichen und gewöhnlichen Bedeutung interessierte Originalismus drängte nämlich rivalisierende methodische Ansätze zurück. Mit dem Aufstieg des Originalismus verminderte sich spiegelbildlich sowohl die Erwähnung der Normgenese („legislative history“) als auch die Auseinandersetzung mit möglichen Absichten des Gesetzgebers („original intent“).<sup>139</sup> Besonders in verfassungsrechtlichen Urteilen gleicht der Originalismus daher dem *Ungeheuer des schottischen Loch Ness*: Es wird oft erwähnt, jedoch kaum je gesichtet.<sup>140</sup> Von erheblicher Bedeutung ist der Originalismus meist nur dann, wenn zu einer Verfassungsbestimmung nur wenige oder zeitlich weit zurückliegende Präzedenzfälle existieren.<sup>141</sup>

Diese Konstellation beschränkte sich seit dem Aufstieg des Originalismus praktisch auf das *Second Amendment*<sup>142</sup>.<sup>143</sup> Die Leitentscheidung zum zweiten Verfassungszusatz – das Urteil *District of Columbia v. Heller* vom 26. Juni 2008<sup>144</sup> – bildete den vorläufigen Höhepunkt des Originalismus. Demgemäß garantiert der zweite Verfassungszusatz ein *individuelles*, nicht bloß ein kollektives Recht auf Eigentum, Besitz und Tragen von Waffen.<sup>145</sup> Nicht nur die Gerichtsmehrheit, sondern auch die Minderheitsvoten argumentierten praktisch durchgehend auf der Grundlage des Wortlautes des Second Amendment in derjenigen Bedeutung, die ihm zum Zeitpunkt seiner Ratifikation am 15. Dezember 1791 (mutmaßlich) objektiv zugekommen ist.<sup>146</sup> Voraussichtlich bildete die *Heller*-Entscheidung auch den *Kulminationspunkt* des Originalismus. Politisch wurde die Eigenschaft des zweiten Verfassungszusatzes als

---

museum“ („museum of words“) handle, das über die Bedeutung eines Wortes innerhalb eines Rechtsatzes wenig aussage).

<sup>138</sup> James J. Brudney/Lawrence Baum, Oasis or Mirage: The Supreme Court’s Thirst for Dictionaries in the Rehnquist and Roberts Eras, *William and Mary Law Review* 55 (2013) 483–580 (491).

<sup>139</sup> Vgl. für diese Tendenz Posner (Fn. 42), 205–207.

<sup>140</sup> Lawrence Rosenthal, Originalism in Practice, *Indiana Law Journal* 87 (2012) 1183–1245 (1244) („[A]uthentically originalist adjudication is something like the Loch Ness Monster: much discussed, but rarely encountered. In constitutional adjudication, nonoriginalism is where the action is.“).

<sup>141</sup> Den beschränkten Einfluss des Originalismus auf die Rechtsprechung bestätigt explizit auch Jonathan O’Neill, Originalism in American Law and Politics, 2005, 205–212 in seiner detaillierten Rechtsprechungsanalyse.

<sup>142</sup> Die Bestimmung lautet wie folgt: „A well regulated Militia, being necessary to the security of a free State, the right of the people to keep and bear Arms, shall not be infringed.“

<sup>143</sup> Vgl. zu den nur wenigen Präzedenzfällen *District of Columbia v. Heller* (Fn. 18) 619–626 sowie Akhil Reed Amar, The Second Amendment: A Case Study in Constitutional Interpretation, *Utah Law Review* 45 (2001) 889–914 (909); Sunstein (Fn. 81), 249; seit *District of Columbia v. Heller* (Fn. 18) hat sich die Anzahl der einschlägigen Entscheide freilich vermehrt; vgl. *McDonald v. Chicago*, 561 U.S. 742 (2010) (wonach sich der Verfassungszusatz auch auf die Gliedstaaten bezieht) und *Caetano v. Massachusetts* (Fn. 113) (wonach die Bestimmung auch den Besitz und das Tragen von Waffen schützt, die im Zeitpunkt ihrer Ratifikation am 15. Dezember 1791 noch nicht bekannt waren).

<sup>144</sup> *District of Columbia v. Heller* (Fn. 18); der United States Supreme Court bestätigte das vorinstanzliche Urteil des United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit *Parker v. District of Columbia* 478 F.3d 370 (2007).

<sup>145</sup> Vgl. *District of Columbia v. Heller* (Fn. 18) 576–595.

<sup>146</sup> Vgl. *District of Columbia v. Heller* (Fn. 18) 581–586, 605, 646–648, 685.

Individualrecht im Zeitpunkt des Urteils kaum mehr bestritten. Wichtige Exponenten der beiden maßgebenden Parteien begrüßten die Entscheidung ausdrücklich.<sup>147</sup> Auch in der Bewerbung um die U.S.-Präsidentschaft für die Amtsdauer 2017–2020 sprachen sich sowohl *Hillary Clinton* als Kandidatin der Demokratischen Partei als auch *Donald Trump*, der Bewerber der Republikanischen Partei, für den individualrechtlichen Charakter des Second Amendment aus.<sup>148</sup> Aus der Perspektive des politischen Systems lässt sich die *Heller*-Entscheidung demnach sowohl als Beleg für die *semi-autonome Stellung* des United States Supreme Court<sup>149</sup> als auch als Manifestation des „*Popular Constitutionalism*“<sup>150</sup> lesen.<sup>151</sup>

Die *effektive Relevanz* des Originalismus als Theorie der Verfassung und ihrer Auslegung für den Ausgang konkreter Verfahren des United States Supreme Court erscheint vor diesem Hintergrund *eng beschränkt*.<sup>152</sup> Diese limitierte Bedeutung steht in einem eigentümlichen Missverhältnis zur überbordenden wissenschaftlichen und politischen Aufmerksamkeit, die dem Originalismus zuteilwird. Angesichts dieser Divergenz erzeugt der Originalismus in seiner verfassungstheoretischen Ausprägung den Eindruck, ein *Scheinriese* zu sein: Aus der Ferne betrachtet, nimmt er sich „schrecklich groß“ an, wird aber „mit jedem Schritt“, mit dem man ihm näher kommt, „ein Stückchen kleiner“, um schließlich auf menschliches Normalmaß zu schrumpfen.<sup>153</sup>

### 3. Verfassungspolitik: Originalismus als *Schlachtruf* einer restaurativen „Konterrevolution“

#### a) „*Conservative Legal Movement*“ als verfassungspolitische Antwort auf die gerichtliche Revolution des „*Warren-Court*“

Während der am Wortlaut in seiner ursprünglichen Bedeutung anknüpfende Originalismus als Methode der Verfassungsinterpretation in seinen Auswirkungen bescheiden bleibt, haftet ihm sein Ruf, wirkungsmächtig zu sein, in der Verfassungspolitik<sup>154</sup> völlig zu Recht an. Die Ursachen des Originalismus in seiner verfassungspolitischen Dimension liegen in der Amtszeit von Chief Justice *Earl Warren* zwischen 1953 und 1969. Die Rechtsprechung dieser Ära wird gemeinhin mit Adjektiven wie

<sup>147</sup> Vgl. *Reva. B. Siegel*, *Dead or Alive: Originalism as Popular Constitutionalism in Heller*, *Harvard Law Review* 122 (2008) 191–245 (243f.); *Sunstein* (Fn. 81), 249 je m.w.H.

<sup>148</sup> Vgl. die dritte nationale Fernsehdebatte der Bewerbenden um die U.S.-Präsidentschaft für die Amtszeit 2017–2020 vom 19. Oktober 2016 (Fn. 72): *Hillary Clinton* (Demokraten) („[T]here’s no doubt that I respect the Second Amendment, that I also believe there’s an individual right to bear arms.“) sowie *Donald Trump* (Republikaner) („D.C. vs. *Heller* (...) was a well-crafted decision.“).

<sup>149</sup> Vgl. dazu vorne unter Ziff. II/4/a.

<sup>150</sup> Vgl. zum „*Popular Constitutionalism*“ vorne unter Ziff. II/4/b.

<sup>151</sup> Vgl. entsprechende Deutungen bei *Siegel* (Fn. 147), 243–245 und *Sunstein* (Fn. 81), 247f., 260–264.

<sup>152</sup> Ähnlich *O’Neill* (Fn. 141), 212 („limited influence on the Court“); *Rosenthal* (Fn. 140), 1244.

<sup>153</sup> Vgl. für den „Scheinriesen“, der „nur von ferne so schrecklich groß“ aussieht, aber „mit jedem Schritt“, den er näher kommt, „ein Stückchen kleiner“ wird, *Ende* (Fn. 20), 132–134.

<sup>154</sup> Zum Begriff vgl. vorne unter Ziff. III/1.

„revolutionär“, „aktivistisch“ oder „liberal“ belegt.<sup>155</sup> Grundlegende Leitentscheide des Gerichts beendeten die Segregation an öffentlichen Schulen, stärkten die Medienfreiheit, anerkannten ein allgemeines, ungeschriebenes Grundrecht auf den Schutz der Privatsphäre, bekräftigten die Verteidigungsrechte in Strafverfahren und setzten die Wahlrechtsgleichheit in den Gliedstaaten konsequent durch.<sup>156</sup> Die Verwirklichung *demokratischer und gesellschaftlicher Gleichheit* bildete den gemeinsamen Bezugspunkt der „revolutionären verfassungsrechtlichen Erneuerung“<sup>157</sup>, die der „Warren Court“ anstieß.<sup>158</sup>

Der bereits Mitte der 1960er-Jahre aufkeimende Widerstand gegen die als expansiv wahrgenommene Rechtsprechung<sup>159</sup> gewann mit der Präsidentschaft von *Richard Nixon* (1969–1974) an Struktur und Organisation.<sup>160</sup> Konservative Kritiker der Rechtsprechung des „Warren-Court“ betonten nunmehr den sämtliche Staatsgewalten *beschränkenden* Charakter der Verfassung<sup>161</sup> und monierten, der United States Supreme Court hätte die Rechtsetzung als Stammfunktion der Legislative usurpiert.<sup>162</sup> Konservative Hoffnungen, wonach das Gericht unter dem Vorsitz des von Präsident

<sup>155</sup> Stellvertretend *Graetz/Greenhouse* (Fn. 63), 2–4; *Lucas A. Powe*, *The Warren Court and American Politics*, 2000, 486; *Tushnet* (Fn. 78), 12f., 18, 21, 32.

<sup>156</sup> *Owen Fiss*, *A Life Twice Lived*, *Yale Law Journal* 100 (1991) 1117–1129 (1119) („[T]he values we identify with the Warren Court [are] equality, procedural fairness, freedom of speech, and religious liberty (...)“); vgl. in diesem Sinn statt aller die grundlegenden Leitentscheide *Brown v. Board of Education of Topeka* (Fn. 83) und *Bolling v. Sharpe* (Fn. 127) (Verfassungswidrigkeit von nach Ethnien getrennten Schulen), *Trop v. Dulles*, 356 U.S. 86 (1958) (Verfassungswidrigkeit des Verlustes der Staatsangehörigkeit als Bestrafung), *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (1962) (wonach die Frage der Wahlkreiseinteilung eine justiziable Frage sei), *Reynolds v. Sims*, 377 U.S. 533 (1964) (wonach Wahlkreise nach dem Grundsatz „one man one vote“ ungefähr die gleiche Größe aufweisen müssen), *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (zur Aufklärungspflicht gegenüber Angeschuldigten über deren strafprozessualen Rechte), *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964) (zur Medienfreiheit) oder *Griswold v. Connecticut* (Fn. 79) (wonach der Zugang zu Kontrazeptiva durch das Recht auf Privatsphäre geschützt ist; vgl. dazu auch vorne unter Ziff. II/4a).

<sup>157</sup> *Fiss* (Fn. 156), 1118 („The result was a program of constitutional reform almost revolutionary in its aspiration and, now and then, in its achievements. (...)“).

<sup>158</sup> *Graetz/Greenhouse* (Fn. 63), 2f.; *Powe* (Fn. 155), 486; *Tushnet* (Fn. 78), 12f., 18, 21, 32; konservative Kritiker identifizierten eben diesen revolutionären Charakter freilich als eigentliches Problem der Warren-Ära; vgl. *Berger* (Fn. 157), 3f.

<sup>159</sup> Vgl. *McCloskey/Levinson* (Fn. 73), 308; *Graetz/Greenhouse* (Fn. 63), 2f. (wonach das Gericht in Umfragen verbreitet negativ beurteilt worden sei und sogar Rufe nach einem Impeachment von Chief Justice Earl Warren laut geworden seien.).

<sup>160</sup> Vgl. *Solum* (Fn. 16), 7f.; *Teles* (Fn. 69), 1f., 144–146, 279f.

<sup>161</sup> Vgl. *Berger* (Fn. 157), 3f.; *Edwin Meese III*, *The Supreme Court of the United States: Bulwark of a Limited Constitution*, *South Texas Law Journal* 27 (1986) 455–466 (457) („The purpose of the Constitution was the creation of limited but energetic government with structures to keep the power in check.“).

<sup>162</sup> Vgl. stellvertretend *Lino A. Graglia*, *Judicial Review on the Basis of „Regime Principles“: A Prescription for Government by Judges*, *South Texas Law Journal* 26 (1985) 435–452 (441): „[J]udicial usurpation of legislative power has become so common and so complete that the Supreme Court has become our most powerful and important instrument of government (...). Questions literally of life and death (...), of public morality (...), and of public safety (...), are all, now, in the hands of the judges in the guise of questions of constitutional law. (...) The result is that the central truth of constitutional law today is that it has nothing to do with the Constitution (...)“; den (vermeintlich oder tatsächlich) expansiven und daher kontroversen Charakter der Grundrechtsauslegung in der Warren-Ära spricht auch *Antonin Scalia*, *Economic Affairs as Human Affairs*, *Cato Journal* 4 (1985) 703–709 (705) an.

Nixon ernannten Chief Justice *Warren E. Burger* – dem Nachfolger von *Earl Warren* – die Rechtsprechung des „Warren-Court“ zurückdrängen würde, zerschlugen sich aber weitgehend.<sup>163</sup> Angesichts einer als wenig kohärent kritisierten Rechtsprechung des „Burger-Court“ ging der politische Konservatismus gleichwohl verfassungspolitisch gestärkt aus dieser von 1969 bis 1986 dauernden Ära hervor.<sup>164</sup> Unter diesen geänderten Vorzeichen ließ sich der Anspruch, wonach Verfassungsbestimmungen gemäß ihrem Wortlaut in seiner ursprünglichen Bedeutung auszulegen seien, zunehmend *exklusiv* formulieren.<sup>165</sup> War der Wortlaut in seinem objektiv-historischen Sinn seit der Ratifizierung der U.S.-amerikanischen Verfassung als *ein* Element der Verfassungsinterpretation präsent,<sup>166</sup> sollte nunmehr einzig der Originalismus die United States Constitution bewahren können.<sup>167</sup>

Während der achtjährigen Präsidentschaft von *Ronald Reagan* (1981–1989) wurde die Parole, die Verfassung sei allein nach ihrem Wortlaut in seiner gewöhnlichen Bedeutung im Zeitpunkt ihrer Ratifikation auszulegen, zum *Schlachtruf* einer konservativ ausgerichteten, personell und ideologisch vielfältig mit der Republikanischen Partei verbundenen *sozialen Bewegung*. Dieses „*Conservative Legal Movement*“<sup>168</sup> erntete damit in den 1980er-Jahren die Früchte langjähriger Aufbauarbeit.<sup>169</sup> Dank intellektueller Vorarbeiten konnte mit dem Originalismus auf eine Theorie der Verfassung zurückgegriffen werden, die mit den politischen Zielen eines schlanken Staates („*limited government*“) und konservativen Werten gleichermaßen übereinstimmte.<sup>170</sup> Das 1982 gegründete, weit verzweigte und an sämtlichen renommierten Law Schools präsen- tative konservative studentische Netzwerk der „*Federalist Society*“ ermöglichte die Rekrutierung juristisch hoch qualifizierter und politisch verlässlich konservativ orientierter Bundesrichter (Federal Judges).<sup>171</sup> Mit Ausnahme von *David Souter* (1990–2009) und *Anthony Kennedy* (1988) waren alle nach 1985 durch republikanische Präsidenten ernannten Richter des United States Supreme Court – *Antonin Scalia* (1986–2016), *Clarence Thomas* (1991), *John G. Roberts* (2005; Chief Justice)

<sup>163</sup> Vgl. *Vincent Blasi*, The Rootless Activism of the Burger Court, ders. (Hrsg.), The Burger Court. A Counter-Revolution That Wasn't, 1983, 198–217 (216f.) (wonach das Gericht unter Chief Justice Burger auch „aktivistisch“ gewesen sei, anders als der „Warren-Court“ aber nicht über ein kohärentes Konzept verfügt habe, das diesen „richterlichen Aktivismus“ angeleitet habe); *Teles* (Fn. 69), 1f.

<sup>164</sup> *Graetz/Greenhouse* (Fn. 63), 344f.

<sup>165</sup> Vgl. *Berger* (Fn. 157), 402 („The sole and exclusive vehicle of change the Framers provided was the amendment process; judicial discretion and policymaking were in high disfavor; all agents and servants of the people were to be bound by the chains of a fixed Constitution.“).

<sup>166</sup> *Robert Post/Reva Siegel*, Originalism as a Political Practice: The Right's Living Constitution, *Fordham Law Review* 75 (2006) 545–574 (546f.) m.w.H.

<sup>167</sup> *Bork* (Fn. 96), 159 („The interpretation of the Constitution according to the original understanding, then, is the *only* method that can preserve the Constitution (...).“); *Edwin Meese III*, A Return to Constitutional Interpretation from Judicial Law-Making, *New York Law School Law Review* 30 (1996) 925–933 (931) (wonach der Originalismus „a return to Constitutional *authenticity*“ markiere); – Hervorhebung jeweils hinzugefügt.

<sup>168</sup> *Teles* (Fn. 69), 1.

<sup>169</sup> Vgl. *Teles* (Fn. 69), 274–277.

<sup>170</sup> Vgl. etwa *Berger* (Fn. 157), 276, 319; *Bork* (Fn. 96), 158f.; vgl. ferner die analytische Aufarbeitung bei *O'Neill* (Fn. 141), 111–132.

<sup>171</sup> *Ann Southworth*, Lawyers of the Right Professionalizing the Conservative Coalition, 2008, 27–28, 130–148; *Teles* (Fn. 69), 135–180.

und Samuel Alito (2006) – mit der „Federalist Society“ eng verbunden.<sup>172</sup> Der Originalismus bildete somit das theoretische Fundament, um zentrale Leitentscheide aus der Ära von Chief Justice *Earl Warren* hinsichtlich ihres Anwendungsbereichs als Präzedenzfälle zurückzudrängen oder ganz aufzuheben.<sup>173</sup>

Diese unmittelbare Verknüpfung verfassungspolitischer Zielsetzungen mit einer bestimmten Methode der Verfassungsauslegung wurde durch *Edwin Meese III*, einem Vertrauten von Präsident *Reagan*, explizit offen gelegt. Während seiner Amtszeit als Justizminister unter Präsident *Reagan* formulierte *Meese* in einem Beitrag für eine Fachzeitschrift zunächst das *verfassungspolitische Programm*, das „Abdriften“ der Rechtsprechung des damaligen United States Supreme Court in den „radikalen Egalitarismus“ des „Warren-Court“ mit seiner expansiven Grundrechtsdeutung zu verhindern, um unmittelbar daran anschließend den Originalismus im Sinne einer Methode der Verfassungsinterpretation als jenes *Instrument* zu identifizieren, mit dem sich das gesteckte verfassungspolitische Ziel erreichen lasse.<sup>174</sup> Der instrumentelle Charakter des Originalismus impliziert dessen *selektive Anwendung*. Bereits in der Phase seiner konzeptionellen Ausarbeitung sollte sich die am Wortlaut in seiner ursprünglichen objektiven Bedeutung ansetzende Auslegung der Verfassung nur gegen *ausgewählte* Präzedenzfälle richten.<sup>175</sup> Die Selektion der ins Visier genommenen höchstrichterlichen Entscheidungen orientierte sich an den Leitsätzen der Urteile, mithin am materiellen Verfahrensausgang und nicht an ihrer methodischen Begründetheit.<sup>176</sup>

### b) Originalismus als verfassungspolitischer Gigant

Als Methode der Verfassungsinterpretation mag sich der Originalismus gemessen an seinen konkreten Auswirkungen als Scheinriese entpuppt haben, verfassungspolitisch hat er sich seit der Präsidentschaft *Ronald Reagans* (1981–1989) als *Gigant* erwiesen. Die Verfassung in Übereinstimmung mit jenem Verständnis, das zur Zeit ihrer Zustimmung durch die Gliedstaaten herrschend war, auszulegen, gleicht mittlerweile einem *Glaubensbekenntnis*, das jede Person ablegen muss, die durch einen Präsidenten der Republikanischen Partei zum Richter eines Bundesgerichts ernannt werden will.<sup>177</sup> Beleg für den verfassungspolitischen Erfolg des Originalismus als restaurative

<sup>172</sup> *Teles* (Fn. 69), 141 f., 158–160, 170.

<sup>173</sup> Vgl. *Post/Siegel* (Fn. 166), 547 f., 552, 554–556, 558, 560, 572.

<sup>174</sup> *Meese III* (Fn. 161), 464: „In my opinion, a drift back toward the radical egalitarianism and expansive civil libertarianism of the Warren Court would once again be a threat to the notion of a limited but energetic government. What, then, should a constitutional jurisprudence actually be? It should be a *jurisprudence of original intention*.“ (Hervorhebungen im Original; sinngemäße Übersetzung des Autors im Haupttext.); vgl. zu den Hintergründen auch *O'Neill* (Fn. 141), 137–141, 146–160.

<sup>175</sup> Vgl. *O'Neill* (Fn. 141), 141–146; illustrativ *Bork* (Fn. 96), 158 f., 324 (wonach beispielsweise die auf den *identischen* verfassungsmethodischen Überlegungen – der Anerkennung eines *ungeschriebenen* Rechts auf Privatsphäre – beruhenden *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973) und *Griswold v. Connecticut* (Fn. 79) aus originalistischer Sicht völlig *gegensätzlich* zu behandeln seien; *Griswold* sei hinsichtlich seiner *Konsequenzen* „unwichtig“ und könne daher akzeptiert werden, während *Roe* umgestoßen werden müsse; *Brown v. Board of Education of Topeka* (Fn. 83) wiederum könne bestehen bleiben.)

<sup>176</sup> Eingehend *Post/Siegel* (Fn. 166), 562–568 m.w.H.

<sup>177</sup> Vgl. die dritte nationale Fernsehdebatte der Bewerbenden um die U.S.-Präsidentschaft für die Amtszeit 2017–2020 vom 19. Oktober 2016 (Fn. 72): *Donald Trump* (Republikaner) („[T]he justices that

Kraft ist der Aufstieg der Verfassungstheorie des „*Popular Constitutionalism*“. Dieser beruht nämlich auf der resignativen Einsicht, dass gesellschaftliche Veränderungen nach der „Konterrevolution“ durch den Originalismus nicht mehr durch die Verfassungsrechtsprechung initiiert werden können. Dieser Zusammenhang erklärt die Forderung des „*Popular Constitutionalism*“, den Gerichten die Verfassung zu entreißen,<sup>178</sup> um progressive gesellschaftliche Veränderungen herbeizuführen.<sup>179</sup>

Die *Anziehungskraft*, die der Originalismus als verfassungspolitisches Argument ausübt, beruht auf vielfältigen Faktoren. Mit dem Anspruch, die U.S.-amerikanische Verfassung in ihrer „authentischen“ Form wiederherzustellen, rekurriert der Originalismus auf einen idealisierten *Gründungsmythos* der Vereinigten Staaten.<sup>180</sup> Der Anspruch auf Authentizität verweist indessen nicht nur auf die konservative Grundierung des Originalismus, sondern auch auf seine *anti-elitäre Selbstinszenierung*. Wird nämlich einzig dem Verfassungstext in seiner ursprünglichen und gewöhnlichen Bedeutung Authentizität zuerkannt, setzt dies gleichzeitig das von Richtern als „Elite“ geschaffene Fallrecht in seiner Legitimität herab. Der Originalismus als Theorie der Verfassung und ihrer Interpretation mag den Richter zum alleinigen Experten der Verfassungsauslegung erklären,<sup>181</sup> doch kann sich dieser als bloßer Vollstrecker und Diener eines demokratisch gefassten Willens darstellen. In diesem Sinn verspricht der Originalismus trotz der grundlegenden Transformationen der U.S.-amerikanischen Gesellschaft seit den 1950er-Jahren *Beständigkeit*, indem er die Verfassung als „felsfest“ und als „Anker“ in stürmischen Zeiten darstellt.<sup>182</sup> Als Methode der Verfassungsauslegung stellt der Originalismus die Verfassung demnach zwar als rechtliches Dokument dar, in verfassungspolitischer Hinsicht wird die United States Constitution indessen *mythologisiert*.<sup>183</sup> Die Anerkennung der Verbindlichkeit des Verfassungstextes in seiner ursprünglichen Bedeutung wird denn auch als Akt der „Treue“ dargestellt.<sup>184</sup> Das Bekenntnis zum Originalismus wird dadurch *moralisch aufgeladen* und gewinnt einen zivilreligiösen Pflichtcharakter. Als politische Botschaft vereinigt der Originalismus ähnlich dem für die Präsidentschaft von *Ronald Reagan* charakteristischen Konservatismus eine *wertkonservative Grundhaltung* mit einer *libertären* Konzeption einer beschränkten Staatstätigkeit.<sup>185</sup>

---

I am going to appoint (...) will interpret the Constitution the way the Founders wanted it interpreted.“). – Neben dem 1986 zum Chief Justice beförderten und 2005 im Amt verstorbenen *William Rehnquist* sind oder waren vier der seit 1981 durch republikanische Präsidenten ernannten sieben Richter des United States Supreme Court – nämlich *Antonin Scalia* (1986–2016), *Clarence Thomas* (1991), *John G. Roberts* (2005; Chief Justice) und *Samuel Alito* (2006) – mindestens teilweise dem Originalismus verpflichtet.

<sup>178</sup> Vgl. den Titel des Werks von *Tushnet* (Fn. 90) („Taking the Constitution Away from the Courts“).

<sup>179</sup> Vgl. statt anderer *Kramer* (Fn. 89), 966.

<sup>180</sup> Vgl. *Levin* (Fn. 37), 108–118; *Post/Siegel* (Fn. 166), 561.

<sup>181</sup> Vgl. dazu vorne unter Ziff. II/5/a.

<sup>182</sup> Vgl. das Zitat vorne in Fn. 15.

<sup>183</sup> *Gordon S. Wood*, Comment, in: Gutmann (Fn. 15), 49–63 (63); *Levin* (Fn. 37), 110; *Post/Siegel* (Fn. 166), 572.

<sup>184</sup> Vgl. *Randy E. Barnett*, *Scalia’s Infidelity: A Critique of Faint-Hearted Originalism*, *University of Cincinnati Law Review* 75 (2006) 7–24 (12).

<sup>185</sup> Vgl. dazu vorne unter Ziff. III/3/a.

#### IV. Folgerungen: Semi-Autonomie der Verfassungsgerichtsbarkeit

Auf der Grundlage der vorstehend eingeführten Unterscheidung zwischen der *verfassungspolitischen* und der *verfassungstheoretischen* Dimension des Originalismus<sup>186</sup> hat sich der Einfluss der auf den Wortlaut der Verfassung in seiner ursprünglichen Bedeutung rekurrierenden Doktrin differenziert analysieren lassen.<sup>187</sup> Sichtbar werden dadurch die bereits in den Funktionen der Verfassung angelegten,<sup>188</sup> vielfältigen Bezüge zwischen Recht und Politik. Folge dieser *Interdependenz* ist die Einsicht, dass grundlegender institutioneller Wandel ein Zusammenwirken zwischen den politischen Behörden und der Verfassungsgerichtsbarkeit erfordert.<sup>189</sup> Für das Rechtssystem bedeutet diese gegenseitige Abhängigkeit von Recht und Politik auch, dass es sozialen Bewegungen gelingen kann, das Verfassungsrecht über die Verfassungsrechtsprechung nach ihren Vorstellungen zu formen.<sup>190</sup> Die Analyse der verfassungspolitischen Dimension des Originalismus zeigt auf, dass hierfür eine komplexe Arbeitsteilung innerhalb der sozialen Bewegung erforderlich ist.<sup>191</sup> Neben diesen Verbindungen zwischen Recht und Politik wirft die nach verschiedenen Dimensionen des Originalismus unterscheidende Analyse aber auch ein Schlaglicht auf die bestehende *Differenz* zwischen Politik und Recht. Die beschränkte effektive Relevanz des Originalismus als Theorie der Verfassung und ihrer Auslegung belegt, dass eine Doktrin selbst dann keine unbesehene Fortsetzung im Rechtssystem<sup>192</sup> erfährt, wenn sie breite politische Unterstützung genießt, theoretisch zureichend ausgearbeitet und innerhalb des relevanten Netzwerks von Experten personell breit und qualifiziert abgestützt ist.<sup>193</sup> Die Untersuchung der Wirkungsweise des Originalismus als Theorie der Verfassung und ihrer Auslegung widerspricht damit einem radikalen Regelskeptizismus, der den Unterschied zwischen Politik und Recht negiert.<sup>194</sup> Vielmehr stützt sie die Konzeption der Verfassungsgerichtsbarkeit als gegenüber der Politik *semi-autonome* Institution.<sup>195</sup>

Angesichts ihrer semi-autonomen Stellung bleibt die Verfassungsgerichtsbarkeit darauf angewiesen, dass sie sich zumindest im Grundsatz von einem breiten Konsens innerhalb des politischen Systems getragen sieht.<sup>196</sup> Der Rekurs auf den Verfassungstext in seiner ursprünglichen Bedeutung dürfte dafür als Legitimationsgrundlage regelmäßig nicht ausreichen. Der Wortlaut in seiner ursprünglichen Bedeutung bleibt für die Auslegung der Verfassung gleichwohl nicht ohne Relevanz. *Leon Green* – ein prominenter Vertreter des Rechtsrealismus – formulierte 1930 die Einsicht, dass Rechtsnormen dem Richter nur eine erste Orientierung vermitteln. Ähnlich

<sup>186</sup> Vgl. vorne unter Ziff. III/1.

<sup>187</sup> Vgl. dazu vorne unter Ziff. III/2 und III/3/b.

<sup>188</sup> Vgl. dazu vorne unter Ziff. II/1.

<sup>189</sup> Zum New Deal vgl. II/4/a, zur Ära des „Warren-Court“ Ziff. III/3a.

<sup>190</sup> Vgl. dazu vorne Ziff. II/2.

<sup>191</sup> Vgl. dazu vorne unter Ziff. III/3a.

<sup>192</sup> Vgl. zum Originalismus als verfassungsrechtlicher „Scheinriese“ vorne unter Ziff. III/2.

<sup>193</sup> Vgl. zum hohen Organisationsgrad und zur breiten Abstützung des „Conservative Legal Movement“ vorne unter Ziff. III/3a.

<sup>194</sup> Vgl. dazu vorne unter Ziff. II/3.

<sup>195</sup> Vgl. dazu vorne unter Ziff. II/4/a.

<sup>196</sup> Vgl. die Beispiele aus der New Deal-Ära sowie die Entscheide *Griswold* und *Heller* in Ziff. II/4/a und Ziff. III/2.

einem Nahverkehrsbus wiesen sie nur den Weg in die Nähe des rechtlich zu beurteilenden Problems, könnten den Richter aber nicht davon entbinden, die letzte Wegstrecke selbständig zu Fuß zu gehen.<sup>197</sup> Mit dem Wortlaut einer Verfassungsbestimmung in seiner ursprünglichen Bedeutung verhält es sich ebenso. Er vermittelt den rechtsanwendenden Behörden einen ersten, je nach Konstellation unterschiedlich genau abgesteckten *Orientierungsrahmen*. Um zu einer konkreten Entscheidung über die verfassungsrechtliche Einordnung eines Sachverhalts zu gelangen, sind indes weitere Gesichtspunkte zu berücksichtigen.<sup>198</sup> In jenen Fällen, in denen die Verfassung keine ausreichenden Konsenschancen vermittelt, hat das Verfassungsgericht die Konsensbereitschaft der Politik mit *rechtlichen* Mitteln zu eruieren. Aufschlussreich ist diesbezüglich die Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts zur „alten“, bis zum 31. Dezember 1999 geltenden Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874 (aBV).<sup>199</sup> Die Bundesverfassung erwies sich in vielerlei Hinsicht als unvollständig. Den fehlenden Grundrechtskatalog machte das Höchstgericht durch die Anerkennung „ungeschriebener Freiheitsrechte“ wett.<sup>200</sup> Für die Anerkennung eines Grundrechts als ungeschriebener Bestandteil der Bundesverfassung setzte das Bundesgericht stets voraus, dass der entsprechende Anspruch eine „Voraussetzung für die Ausübung anderer (in der Verfassung genannter) Freiheitsrechte“ bildete oder anderweitig „als unentbehrliche[r] Bestandteil[e] der demokratischen und rechtsstaatlichen Ordnung des Bundes“ erschien.<sup>201</sup> Mit dem Hinweis auf die „dem Verfassungsrichter gesetzten Schranken“ prüfte das Bundesgericht jeweils auch, „ob die in Frage stehende Gewährleistung bereits einer weitverbreiteten Verfassungswirklichkeit in den Kantonen entspreche und von einem *allgemeinen Konsens* getragen sei.“<sup>202</sup> Dieses Vorgehen kommt einer *Anerkennung der politischen Dimension der Verfassungsgerichtsbarkeit* gleich. Gleichzeitig zeigt die bundesgerichtliche Begründungsformel auf, dass diese Konsensbereitschaft der Politik nach *rechtlichen* Kriterien zu prüfen ist, nachdem die Verfassungsgerichts-

<sup>197</sup> *Leon Green*, Judge and Jury, 1930, 214 („Rules will carry those who must pass judgment only so far, figuratively speaking, into the neighborhood of the problem to be passed upon, and then the judges must get off and walk.“).

<sup>198</sup> Vgl. ähnlich der durch *Jack Balkin*, Living Originalism, 2011 vorgelegte „*framework originalism*“; für den Entwurf einer am konzeptionellen Leitbild des Verfassungsgebers der betreffenden Verfassungsbestimmung orientierten evolutiv und kontextuell orientierten Methodik der Verfassungsinterpretation und –anwendung vgl. eingehend *Reich* (Fn. 38), N 55–97.

<sup>199</sup> Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874 (in Kraft bis zum 31. Dezember 1999; *verfügbar unter* [www.bj.admin.ch/dam/data/bj/staat/gesetzgebung/archiv/bundesverfassung/bv-alt-d.pdf](http://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/staat/gesetzgebung/archiv/bundesverfassung/bv-alt-d.pdf)); per 1. Januar 2000 abgelöst durch die Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; Systematische Sammlung des Bundesrechts [SR] Nr. 101; *verfügbar unter* [www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19995395/index.html](http://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19995395/index.html)).

<sup>200</sup> Vgl. statt aller BGE 121 I 367 E. 2 S. 370 (Anerkennung eines ungeschriebenen Grundrechts auf Existenzsicherung; vgl. nunmehr Art. 12 BV); BGE 96 I 219 E. 4 S. 224 (Anerkennung der Versammlungsfreiheit als ungeschriebenes Grundrecht; vgl. Art. 22 BV); BGE 91 I 480 E. II.1 S. 486 (Anerkennung der Sprachenfreiheit als ungeschriebenes Grundrecht; vgl. Art. 18 BV); BGE 89 I 92 E. 3 S. 98 (Anerkennung der persönlichen Freiheit; vgl. Art. 11 BV); BGE 87 I 114 E. 2 S. 117 (Anerkennung der Meinungsäußerungsfreiheit; vgl. Art. 22 BV).

<sup>201</sup> Vgl. statt aller BGE 121 I 367 E. 2 S. 370, 115 Ia 234 E. 10a S. 268, 100 Ia 392 E. 4c S. 400, 99 Ia 689 E. 6 S. 693, 96 I 219 E. 4 S. 223, 96 I 104 E. 1 S. 107.

<sup>202</sup> BGE 121 I 367 E. 2 S. 370; ferner auch BGE 115 Ia 234 E. 10a S. 268, 104 Ia 88 E. 5c S. 96, 100 Ia 392 E. 4c S. 400.

barkeit ihre Legitimität wesentlich aus ihrer Anerkennung als *rechtliche* Praxis gewinnt.<sup>203</sup> Politische Untersuchungen der Konsensbereitschaft wie etwa Meinungsumfragen würden die Trennlinie zwischen Recht und Politik dagegen missachten.<sup>204</sup> Die hauptsächliche Lehre aus der semi-autonomen Stellung der Verfassungsgerichtsbarkeit könnte daher sein, dass ein Verfassungsgericht zu beachten hat, dass es auf eine grundsätzliche *Konsensbereitschaft der Politik* angewiesen ist, aber gerade deshalb auf der *rechtlichen* Erueierung der Möglichkeit politischer Zustimmung insistieren muss.

---

<sup>203</sup> Vgl. dazu vorne unter Ziff. II/1.

<sup>204</sup> Vgl. dagegen zur angeblich legitimierenden Kraft von Meinungsumfragen vorne unter Ziff. II/4/b bei Fn. 91.