

# «Was wir jetzt beobachten, ist eine Konterrevolution»

Der Zürcher Verfassungsrechtler Johannes Reich sagt, der Supreme Court verändere die amerikanische Politik. Die Streichung des fünfzig Jahre alten Rechts auf Abtreibung komme einem Bildersturm gleich, erklärt er im Gespräch mit Peter Rásonyi

Herr Reich, am 24. Juni hat der Supreme Court der USA das von ihm selbst vor fünfzig Jahren erlassene Recht auf Abtreibung abgeschafft. Das hat in Amerika einen Aufruhr ausgelöst. Doch die Richter begründeten den Entscheid einfach nachvollziehbar damit, dass die amerikanische Verfassung sich nirgendwo zur Abtreibungsfrage äussere. Deshalb habe das Oberste Gericht hier keine Kompetenz. Überzeugt Sie diese Argumentation?

Die entscheidende Frage ist die methodische. Versteht man die Verfassung tatsächlich so, wie sie das Publikum zur Zeit der Formulierung der entsprechenden Verfassungszusätze angeblich verstanden hat? Hier geht es um einen Verfassungszusatz von 1868. Darin ist festgehalten, dass niemandem Leben, Freiheit oder Eigentum ohne ordnungsgemässes Verfahren entzogen werden darf. Aber von Abtreibung steht dort tatsächlich nichts. Die Mehrheit des Supreme Court ging methodisch der Frage nach: War ein Recht auf Abtreibung damals in der Tradition und Rechtspraxis fest verankert? Dabei kam sie zu einer negativen Antwort.

Führt diese Argumentation dazu, dass sich das Gericht entpolitisiert, indem es eine Frage von derart grosser gesellschaftspolitischer Tragweite an den Gesetzgeber delegiert?

Das ist zumindest der Anspruch des Originalismus, den die konservative Mehrheit des Gerichts vertritt. Man kann diesen tatsächlich als Selbstbeschränkung der Gerichte charakterisieren. Der Supreme Court hat in den fünfziger und sechziger Jahren die Grundrechte stark ausgebaut. Er hat die Rassendiskriminierung für verfassungswidrig erklärt, die Privatsphäre der Bürger gestärkt. Das wurde von konservativer Seite als Übergriff in die Gesetzgebung gedeutet. In dem Sinne ist der Originalismus ähnlich wie die Reformation ein restaurativer Ansatz: zurück zur Schrift. In der Praxis wirkt er sich aber ziemlich revolutionär aus. Das Urteil «Roe v. Wade», welches das Recht auf Abtreibung fünfzig Jahre lang garantiert hatte, einfach aus dem Weg zu räumen, kann schon mit einem Bildersturm verglichen werden.

Die Mehrheit des Gerichts sagt, sie richte sich nach dem Buchstaben der Verfassung und binde die persönlichen Präferenzen der Richter zurück. Gelingt ihr das?

Dass man bei der Verfassungsauslegung den historischen Kontext zur Zeit der Inkraftsetzung in den Blick nimmt, ist auch bei uns der Normalfall. Die Situation in den USA unterscheidet sich von der Schweiz oder Deutschland aber in zweierlei Hinsicht. Erstens ist die amerikanische Verfassung sehr kurz. Sie enthält bloss etwa 4000 Wörter, die schweizerische Bundesverfassung hat etwa fünfmal so viele. Der zweite Unterschied ist, dass die US-Verfassung praktisch nicht geändert werden kann. Wenn beispielsweise ein Streit darüber entsteht, ob nun ein Abtreibungsrecht existiere oder nicht, kann nicht wie etwa in der Schweiz die Verfassung geändert werden. Die amerikanische Verfassung gilt so, wie sie der Supreme Court versteht. Doch Originalismus ist immer auch selektiv. Die eindeutige Rekonstruktion der Rechtslage vor zwei Jahrhunderten ist praktisch nicht möglich.

Warum ist die amerikanische Verfassung fast nicht abänderbar?

Es gibt zwei Voraussetzungen für Verfassungsänderungen. Zuerst eine Zweidrittelmehrheit in beiden Häusern des Kongresses und dann eine Ratifikation durch drei Viertel der Gliedstaaten. Die zweite Hürde ist seit der Zeit der Gründerväter enorm gestiegen mit der starken Ausdehnung von 13 auf 50 Glied-



Ein Sturm der Entrüstung folgt in den USA auf den richterlichen Entscheid gegen das Recht auf Abtreibung.

JOSHUA ROBERTS / REUTERS

staaten. Ursprünglich war nicht absehbar, dass die Hürde einmal dermassen hoch sein würde. Deshalb waren damals Verfassungsänderungen durchaus noch möglich. Heute hat man sich durch dieses System weitgehend blockiert.

Also statuiert der Originalismus ein Ideal, das in der Praxis kaum umsetzbar ist?

Er ist sicher ein Ideal, dessen demokratischen Anspruch man hinterfragen kann. Er statuiert für sich, dass er die Kompetenzen zurückgibt an den Gesetzgeber. Doch damit bleibt die Schwierigkeit bestehen, dass man laut der Doktrin des Originalismus möglichst genau einer Verfassung folgt, der heute niemand zugestimmt hat. Es ist gleichsam die kalte Hand der Gründerväter, welche die Regeln bestimmt. Wenn man aber die Grundordnung praktisch nicht ändern kann, bleibt vom demokratischen Ideal der Selbstregierung fast nichts übrig. In anderen Epochen hingegen hat der Supreme Court meistens versucht, die generelle Entwicklung zu begleiten und zumindest nicht zu verhindern.

Ist das nicht genau das, was die heutige Mehrheit im Supreme Court anstrebt: eine generelle Entwicklung der Politik zu erleichtern, in diesem Fall bloss eine konservative statt eine progressive?

Die Entscheidungen der Mehrheit des Supreme Court sind die Folge der Arbeit einer sozialen und politischen Bewegung, des Conservative Legal Movement, die in den frühen achtziger Jahren angestossen worden ist. Jetzt wird eingelöst, was lange Zeit versprochen wurde. Was aber überrascht, ist die Vehemenz, mit der die Mehrheit vorgeht. Sie erinnert schon etwas an einen Bildersturm. «Move fast and break things» ist vielleicht ein gutes Motto für eine Tech-Firma, aber kaum für Juristen, die sich ja selbst als konservativ bezeichnen. Konservativ sein heisst in der Tradition von Edmund Burke inkrementeller Wandel. Was wir jetzt beobachten, ist eine Konterrevolution. Sie wurde versprochen, sie wird jetzt eingelöst, weil nun die Mehrheitsverhältnisse klar sind. Zuvor hatte sich der Supreme Court unter Chief Justice Roberts noch bemüht, das Ideal des Gerichts, das von der Politik entrückt ist, hochzuhalten. Das hat man etwa bei den Urteilen zu Obamacare gesehen. Das hat sich deutlich geändert.

Eine Sicherung gegen solche Bilderstürme war bisher die Tradition, dass das Gericht dem Respekt vor Präzedenzfällen eine hohe Bedeutung beimisst. Warum gilt das offensichtlich nicht mehr?

Der Originalismus will dem geschriebenen Wort der Verfassung folgen. Der fehlende Respekt vor Präzedenzfällen ist ihm deshalb eigen. Das, was sich seit der Zeit der Gründerväter angehäuft hat an Rechtsentwicklung, das räumt er weg, so wie das der Protestantismus mit dem Katholizismus gemacht hat. Dabei nimmt man Einbussen bei der Rechtssicherheit in Kauf. Überraschend ist auch hier die Vehemenz, mit der die Mehrheit vorgeht. «Roe v. Wade» war immerhin ein Entscheid, der fünfzig Jahre Gültigkeit hatte. Nun wurde er in Bausch und Bogen verrissen. Diese scharfe Rhetorik zeigt die Entschlossenheit der konservativen Mehrheit.

Der Supreme Court hat versichert, das Abtreibungsurteil habe keine Implikationen für andere Persönlichkeitsrechte. Doch die Minderheit der Richter äusserte die Befürchtung, dies sei, der Logik der Mehrheit folgend, durchaus der Fall. Sind deshalb bald weitere Freiheitsrechte in Gefahr?

Die Meinungsäusserung des konservativen Richters Clarence Thomas kann man durchaus als Einladung lesen, Fälle zur gleichgeschlechtlichen Ehe oder zum Recht auf Privatsphäre vor Gericht zu bringen. Diese Rechte stützen sich auf frühere Entscheidungen des Supreme Court, die wie das Recht auf Abtreibung vom 14. Amendment der Verfassung ausgingen. Wenn das Gericht in diesen Fällen wieder gleich vorgehen wie bei der Abtreibung, würde es wohl meist zum gleichen Schluss kommen. Doch der Originalismus war schon immer selektiv in seinen Zielsetzungen. Die Abtreibungsfrage war ihm besonders wichtig, ebenso das generelle Zurückbinden der Kompetenzen der Zentralregierung, der Gerichte und der Verwaltung.

Belegt ein solch selektives Vorgehen, dass der Originalismus nicht nur als Methode, sondern auch als politisches Programm verstanden werden muss?

Er war und ist immer beides. Methodisch ist er so etwas wie ein Glaubensbekenntnis aller Richter, das notwendig war, um überhaupt von republika-

nischen Präsidenten für die Wahl in den Supreme Court berücksichtigt zu werden. Politisch ist er ein Beispiel dafür, wie man erfolgreiche langfristige Allianzen in der Demokratie bildet. Mit diesem Konzept konnten nicht nur Konservative überzeugt werden, sondern auch Libertäre, Wirtschaftsliberale und konservative Christen. Das macht die Anziehungskraft des Originalismus als Programm einer gut organisierten sozialen und politischen Bewegung aus. Man hat Netzwerke gebildet, beispielsweise mit der «Federalist Society». Zuerst in Harvard, Yale und Chicago. Die politische Verlässlichkeit potenzieller Kandidaten für Positionen in der Verwaltung und den Gerichten lässt sich so bis ins erste Jahr des Studiums zurückverfolgen.

Mit welchen Strategien könnten die Progressiven die konservative Mehrheit im Kongress bekämpfen? Wäre die Ernennung zusätzlicher Richter bei ausreichenden Mehrheiten im Senat ein möglicher Weg?

Die amerikanische Verfassung gibt die Zahl der Mitglieder des Supreme Court nicht vor. Rechtlich wäre das somit möglich. Das Risiko besteht, dass die Gegenseite bei entsprechenden Mehrheiten dasselbe täte. Sinnvoller und im Verfassungsrahmen möglich wäre es, eine faktische Amtszeitbeschränkung einzuführen. In anderen amerikanischen Gerichten gibt es die Regelung von Senior Judges, die sich nach einer gewissen Zeit auf eine repräsentative Rolle zurückziehen. Sie sind nur noch ausnahmsweise an der Urteilsberatung beteiligt und machen Platz für neue Mitglieder. Eine ähnliche Regelung wäre auch für den Supreme Court möglich und wesentlich sinnvoller als «court packing» (Vergrösserung der Richterzahl, Anm. d. Red.)

Die konservative Mehrheit der Richter möchte die Gesetzgeber stärken. Werden die Bürger damit ihre demokratischen Rechte und Präferenzen besser durchsetzen können?

Wenn sich das Gericht zurückzieht und den Gesetzgeber entscheiden lässt, ist es umso wichtiger, die Integrität des politischen Prozesses zu schützen. Doch das ist nicht mehr der Fall. Die problematische Seite der neuen Rechtsprechung ist, dass sich der Supreme Court auch dort zurückzieht. Zum Beispiel hat er in der vorletzten Legislaturperiode festgehalten, dass das extreme Zurechtschneiden der Wahlkreisgrenzen nach parteipolitischen Vorteilen schlecht für die Demokratie sei. Trotzdem hat er angeordnet, dass solche Fälle nicht mehr vor Bundesgerichten angefochten werden können. Das hat dazu beigetragen, dass in den meisten Wahlkreisen von vornherein klar ist, wer gewinnt. So können die Präferenzen der Bürger nicht mehr gut abgebildet werden, was wiederum die Polarisierung fördert. Und es könnte bald zu einem weiteren Schritt kommen. In der nächsten Legislaturperiode wird es in einem Fall darum gehen, ob Fragen der Organisation von Wahlen in den einzelnen Gliedstaaten überhaupt noch von Gerichten überprüft werden dürfen.

Gefährdet das vehemente Vorgehen des neu besetzten Supreme Court dessen Autorität in der Bevölkerung?

Heute stimmt laut Umfragen die Rechtsprechung des Supreme Court in wichtigen Fragen nicht mehr mit den Präferenzen der Bevölkerungsmehrheit überein. Die Liberalen haben die Legitimität des Supreme Court aber immer damit verteidigt, dass er in den groben Linien mit der Meinung der Bevölkerungsmehrheit übereinstimme. Die Konservativen haben eine Bewegung aufgebaut, die Liberalen nicht. Und nun ergeht es ihnen wie dem Frosch im Kochtopf, der zu spät merkt, dass das Wasser siedend heiss geworden ist.

«Wenn man die Grundordnung praktisch nicht ändern kann, bleibt vom demokratischen Ideal der Selbstregierung fast nichts übrig.»

## Kenner des Verfassungsrechts



pra. · Johannes Reich ist seit 2018 Professor für öffentliches Recht und Umweltrecht an der Universität Zürich. In seiner Forschungstätigkeit unter anderem an der Universität Yale hat er sich eingehend mit Schweizer und internationalem Verfassungsrecht beschäftigt.