

Historisches Seminar der Universität Zürich

Prof. Dr. Tobias Straumann; MAS Applied History, Modul 2.3: Weltperspektiven III: USA;
Frühlingssemester 2022

Supreme Court und Bundesgericht - ausgewählte Aspekte der geschichtlichen Entwicklung und politische Betrachtungen im Vergleich

Essay vom 12. Juli 2022



Supreme Court in Washington D.C. (Aufnahme des Autors vom 28. Juli 2018)

von

Daniel Marugg

T +41 44 227 60 00

E danielpeter.marugg@unizh.ch / marugg@marugg-dr.ch

INHALTSVERZEICHNIS

1.	EINLEITUNG	3
2.	HAUPTTEIL	3
2.1.	SUPREME COURT UND BUNDESGERICHT ALS MODELLE DER INTEGRIERTEN VERFASSUNGSGERICHTSBARKEIT	3
2.2.	ENTWICKLUNG DER KOMPETENZEN	4
2.2.1.	BUNDESGERICHT	4
2.2.2.	SUPREME COURT	5
2.3.	UMFANG DER JEWEILIGEN VERFASSUNGSGERICHTSBARKEIT	5
2.3.1.	SUPREME COURT	5
2.3.2.	BUNDESGERICHT	6
2.4.	INWIEWEIT IST DIE TÄTIGKEIT DIESER GERICHTE (AUCH) POLITISCH?	6
2.4.1.	SUPREME COURT	6
2.4.2.	BUNDESGERICHT	8
3.	FAZIT	9
	Literaturverzeichnis	10

1. EINLEITUNG

- 1 Der Supreme Court und das Bundesgericht gehören zu den ältesten höchsten Gerichten weltweit und blicken seit ihrer Gründung 1787 resp. 1848 auf eine langjährige Geschichte zurück¹. Gestalt und Kompetenzen beider Gerichte waren nicht von Anfang gemäss ihrem heutigen Stand geregelt, sondern erfuhren ihre Ausgestaltung und Konkretisierung erst im Verlauf der Zeit.
- 2 Nachstehend werden einige dieser Schritte in ihrer geschichtlichen Entwicklung aufgezeigt und ausgewählte Themen verglichen. Namentlich beleuchtet werden die unterschiedlichen Kompetenzen und die Ausgestaltung der Verfassungsgerichtsbarkeit der beiden Gerichte sowie die Frage, ob und inwieweit die Tätigkeit dieser Gerichte (auch) politisch ist.
- 3 *Same same but different*. Wiewohl die USA und die Schweiz u.a. strukturell und geschichtlich einige Gemeinsamkeiten aufweisen, sind insbesondere ihre Rechtsordnungen sowie ihre obersten Gerichte weit verschiedener, als hierzulande bisweilen angenommen wird. Diese Arbeit ist denn auch nicht deshalb motiviert, Ungleiches durch einen Vergleich gleicher zu machen, sondern interessiert sich für die diskutieren Aspekte.

2. HAUPTTEIL

2.1. Supreme Court und Bundesgericht als Modelle der integrierten Verfassungsgerichtsbarkeit

- 4 In dieser Hinsicht weisen die beiden Gerichte Ähnlichkeiten auf. Sie gehören zu den Modellen, bei denen die Verfassungsgerichtsbarkeit - die gerichtliche Überprüfung, ob Urteile und Gesetze verfassungskonform ergangen sind - in die ordentliche Gerichtsbarkeit integriert und grundsätzlich durch die Gerichte aller Instanzen (und Behörden) auszuüben ist (sog. Einheitsmodell). Dagegen haben v.a. zeitlich jüngere Rechtsordnungen mit isolierter, verselbständigter Verfassungsgerichtsbarkeit hierfür Spezialgerichte errichtet². Für letztere wird mitunter ins Feld geführt, dass diese dann Sinn mache, wenn eine neue Verfassung geschaffen wurde, die sich bewähren und noch entwickeln muss und dafür von einem spezialisierten Gericht "begleitet" werden soll. Sosehr dieses Argument für die in Fn 2 genannten und weitere

¹ Supreme Court of the United States, geschaffen mit der Constitutional Convention 1787, formell erstellt mit dem Judiciary Act 1789 (<https://www.supremecourt.gov/about/historyandtraditions.aspx>); Schweizerisches Bundesgericht, gegründet mit der Bundesverfassung von 1848 (<https://www.bger.ch/index/federal/federal-inherit-template/federal-status/federal-geschichte.htm>).

² Bspw. das österreichische Verfassungsgericht (1919) und das deutsche Bundesverfassungsgericht (1949), oder die in diversen osteuropäischen Staaten nach 1989 errichteten Verfassungsgerichte.

Rechtsordnungen für Länder nach Kriegen oder politischen Umbrüchen wie 1989 zutreffen mag, tut es dies für die USA und die Schweiz im Umkehrschluss nicht, waren die jeweiligen Verfassungen bei der Gründung von Supreme Court oder Bundesgericht doch ebenfalls neu und auch umstritten³.

- 5 Die Materialien und die in weiten Teilen unterschiedliche Entwicklungsgeschichte beider Gerichte seit deren Gründung lassen darauf schliessen, dass es nicht ein bewusstes Ziel der jeweiligen Verfassungsgeber war, eine integrierte Verfassungsgerichtsbarkeit einzurichten oder für eine solche "vorzuspüren". Es ging primär um die zukünftige, neuartige Rechtsprechung auf Bundesebene. So wurde die Schaffung eines Bundesgerichts in den USA v.a. damit begründet, dass die Gerichte der 13 Einzelstaaten den Bund betreffende Rechtsfragen kaum einheitlich entscheiden würden⁴. In der Schweiz wurde dem Bundesgericht 1848 als noch nicht ständigem Gericht ebenfalls die Rechtspflege überantwortet, die in den Bereich des Bundes fällt⁵, allerdings mit zu Beginn noch beschränkten Kompetenzen.

2.2. Entwicklung der Kompetenzen

2.2.1. Bundesgericht

- 6 Die Übertragung neuer Kompetenzen an das Bundesgericht erfolgte zum einen explizit mit den beiden Verfassungsrevisionen 1874 und 1999. Zum anderen wurde sein Tätigkeitsfeld implizit erweitert durch die mit diesen Verfassungsrevisionen eingeführten neuen gesetzgeberischen Kompetenzen des Bundes sowie durch Rechtsvereinheitlichungen. Hinzu kamen im Verlauf der Zeit einige wenige originäre verfassungsrechtliche Entscheidungen des Bundesgerichts, mit welchen es seine Kompetenzen in diesem Sinne selbständig erweiterte⁶.
- 7 Diese Entwicklung ist typisch für eine Rechtsordnung wie die schweizerische, die zum Rechtskreis des Zivilrechts gehört, das auf dem parlamentarisch verfassten, kodifizierten Recht basiert. Es ist der Gesetzgeber, der Recht setzt und ändert. Namentlich durch Gerichtsurteile

³ Die USA waren der erste Versuch weltweit, einen grossen Staat als Republik zu organisieren, mit zudem dreizehn sehr eigenständigen Einzelstaaten. In der Schweiz endete der Sonderbundskrieg 1847 mit dem Sieg der liberalen über die konservativen Kantone und damit ihrem Sieg in der Bundesrevision, womit "die Liberalen" letztlich auch die Bundesverfassung von 1848 gegen "die Konservativen" durchsetzen konnten.

⁴ U.a. Federalist Papers Nr. 3 (John Jay) und Nrn. 22, 61-70, 78 und 81-85 (Alexander Hamilton und James Madison); Library of Congress: <https://guides.loc.gov/federalist-papers/full-text>.

⁵ Art. 95 BV 1848 i.V.m. Art. 1 OG 1849.

⁶ S. Beispiele bei Tschentscher, 204.

(fort-)geschriebenes Recht, als Fall- oder Richterrecht (s. sogleich), spielt in diesen Rechtsordnungen eine weniger grosse Rolle.

2.2.2. Supreme Court

- 8 Das verhält sich anders im System des Common Law, zu welchem die amerikanische Rechtsordnung zählt. Dieses stützt sich nicht nur auf Gesetze, sondern wird auch durch gerichtliche Urteile, welche zukünftig als Präjudizien zu beachten sind (Fallrecht), sowie durch richterliche Verfassungs- und Gesetzesauslegung (Richterrecht) fortgebildet.
- 9 Der ursprüngliche Text der amerikanischen Verfassung, in Kraft seit 1789, und damit der den Supreme Court und die nachgeordneten Bundesgerichte betreffende Artikel III, wurden nie revidiert; die Hürden für eine Verfassungsänderung sind denn auch sehr hoch⁷. Beigefügt wurden bis heute einzig 27 Amendments, welche namentlich einen Grundrechtskatalog und den Schutz individueller Bürgerrechte sowie eine negative bundesstaatliche Kompetenzklausel ("diejenigen Kompetenzen, welche die Verfassung nicht dem Bund übertragen hat, bleiben den Einzelstaaten oder dem Volk vorbehalten") umfassen. Damit kommt dem Supreme Court bei der Verfassungsauslegung grosses Gewicht zu.
- 10 Der Supreme Court eignete sich über die Jahre Kompetenzen auch selbst an. Einer der berühmtesten Fälle ist die Entscheidung *Marbury v. Madison* von 1803⁸, in welchem er sich als zuständig erklärte zur verfassungsmässigen Kontrolle auch von Bundesgesetzen, obwohl solches dem Verfassungstext nicht zu entnehmen ist⁹. Inhaltlich geht es in den Urteilen des Supreme Court heute fast nurmehr um Fragen der Verfassungsgerichtsbarkeit.

2.3. Umfang der jeweiligen Verfassungsgerichtsbarkeit

2.3.1. Supreme Court

- 11 Ein wesentlicher Unterscheid der Kompetenzen der beiden Gerichte besteht heute darin, dass der Supreme Court jedes Bundesgesetz oder solche der Gliedstaaten auf seine Verfassungsmässigkeit überprüfen und gegebenenfalls auch für unanwendbar erklären kann.

⁷ Art. V US-Verfassung: Zweidrittelmehrheit in Senat und Repräsentantenhaus und Dreiviertelmehrheit aller Gliedstaaten (US Senate: https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm).

⁸ Library of Congress: <https://www.loc.gov/rr/program//bib/ourdocs/marbury.html>.

⁹ Art. III Abschn. 2 Abs. 2 US-Verfassung.

- 12 Der Supreme Court übt seine Verfassungsgerichtsbarkeit in einem freien Annahmeverfahren aus, wobei er grundsätzlich nur Fälle zur Beurteilung annimmt, bei welchen es um Konflikte bei der Verfassungsauslegung und der Auslegung von Bundesgesetzen geht¹⁰.

2.3.2. Bundesgericht

- 13 Das Bundesgericht hat dieses Ermessen nicht, sondern muss in seiner Funktion als gesetzlich etablierte Beschwerdeinstanz alle Beschwerden prüfen, welche die gesetzlichen Eintretensvoraussetzungen erfüllen¹¹. Es prüft primär Rechtsfragen sowie in eingeschränktem Mass Sachverhaltsfragen¹².
- 14 Die Verfassungsgerichtsbarkeit ist jedoch beschränkt. Das Bundesgericht prüft nur kantonale Gesetze auf ihre Verfassungsmässigkeit und hat Bundesgesetze sogar dann anzuwenden, wenn diese verfassungswidrig sind (sog. Anwendungsgebot¹³). Es wird immer wieder diskutiert, ob die schweizerische Rechtsordnung nicht auch eine vollständige Verfassungsgerichtsbarkeit benötigt. Bislang blieben entsprechende Reformbestrebungen allerdings erfolglos (s. weiter para. 20).

2.4. Inwieweit ist die Tätigkeit dieser Gerichte (auch) politisch?

- 15 Jede Gerichtstätigkeit ist grundsätzlich politisch, jeder Richter urteilt als Mensch und somit auch politisch. Dem ist an sich nichts entgegenzusetzen, solange der Richter sein Amt unabhängig und korrekt ausübt¹⁴. Sodann werden Urteile immer auch politisch rezipiert und öfters politisch instrumentalisiert. Diese Tatsachen galten bereits, bevor diese Fragestellung seit der Idee für diese Arbeit im letzten Februar eine gewisse Aktualisierung erfuhr (s. para. 17).

2.4.1. Supreme Court

- 16 Die Wahl der neun Bundesrichter erfolgt auf Vorschlag des Präsidenten durch den Senat. Sie geschieht auf Lebenszeit (wobei ein Amtsenthebungsverfahren/*impeachment* ähnlich

¹⁰ Rule 10 of the Supreme Court: "*Review on a writ ... is not a matter of right, but of judicial discretion [and] will be granted only for compelling reasons.*" (<https://www.supremecourt.gov/ctrules/2019RulesoftheCourt.pdf>).

¹¹ Art. 72 *et seqq.* BGG.

¹² Art. 94 *et seqq.* BGG.

¹³ Art. 189 Abs. 4 und 190 BV.

¹⁴ Handnotizen des Autors aus der Grundvorlesung zum Zivilprozessrecht: "Nur die Besten sind zu Richtern gut genug", nach Georg Leuch (1888-1959).

demjenigen gegenüber dem Präsidenten möglich ist). Damit sollen die Richter nach ihrer Wahl vom politischen Tagesgeschäft abgekoppelt und unabhängig sein.

- 17 Es gab bereits früher umstrittene Wahlen von Bundesrichtern, und die Polarisierung der amerikanischen Gesellschaft und Politik ist keine neue Erscheinung¹⁵. Diese Polarisierung entlang der Bruchlinien der beiden politischen Lager (vereinfacht nach Schlagworten: "konservativ, ländlich, republikanisch, eher weiss und Teile der hispanischen Bevölkerung v. liberal, städtisch, demokratisch, eher multiethnisch") hat sich jedoch seit den 1980er-Jahren akzentuiert, wofür die Vorgeschichte und die Umstände der Wahl der drei konservativen Richter aus dem sog. *Conservative Legal Movement*¹⁶ während der letzten republikanischen Administration und die im Frühjahr/Sommer 2022 ergangenen, umstrittenen Urteile des Supreme Court¹⁷ nur ein aktuelles Abbild sind. Besonders an der Entscheidung zum Abtreibungsrecht¹⁸ ist namentlich, dass der Supreme Court damit mit *Roe v. Wade* ein fast 50-jähriges, wichtiges Präjudiz aufhob und sich gegen die Mehrheitsmeinung in der amerikanischen Bevölkerung - nicht jedoch derjenigen in einzelnen Gliedstaaten mit strengen Abtreibungsgesetzen - stellte, was die harschen Reaktionen im unterliegenden Lager noch verstärkte. Das gilt insbesondere auch mit Bezug auf die Urteilsbemerkungen des Bundesrichters Thomas, wonach das Gericht zukünftig weitere Präzedenzfälle (bloss deshalb) überdenken sollte, weil sie "nachweislich fehlerhaft" seien¹⁹. Zu erwähnen ist hier jedoch auch, dass der Supreme Court in derselben Besetzung bspw. im Dezember 2020 auf eine Klage, welche den behaupteten Wahlbetrug bei der letzten Präsidentschaftswahl zum Gegenstand hatte, nicht einmal eintrat²⁰, was entsprechende Proteste aus dem anderen Lager nach sich zog.

¹⁵ "Der Konflikt zweier Gesellschaftssysteme zieht sich durch die Geschichte der USA seit dem Bürgerkrieg" (Berg, Präsentation).

¹⁶ Diese drei Richter gehören zudem zu den "*textualists*" und "*originalists*", welche sich bei ihrer Rechtsprechung von einer wortwörtlichen Auslegung der Verfassung und der Ergründung der ursprünglichen Absicht der Verfassungsgeber leiten lassen.

¹⁷ *West Virginia v. EPA* (Umweltschutz); *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* (Abtreibung); *New York State Rifle & Pistol Assn., Inc. v. Bruen* (Tragen von Waffen): <https://www.supremecourt.gov/opinions/slipopinion/21>.

¹⁸ Urteilsbegründung, ergänzende und Minderheitsmeinungen zu *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*: https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/19-1392_6j37.pdf.

¹⁹ *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, Justice Thomas concurring p. 3: "we should reconsider all of this Court's substantive due process precedents [betreffend Zugang zu Verhütungsmitteln, Recht auf gleichgeschlechtlichen Geschlechtsverkehr und Eheschliessung]. Because any substantive due process decision is 'demonstrably erroneous'."

²⁰ *Texas v. Pennsylvania, et al.*: <https://www.supremecourt.gov/search.aspx?filename=/docket/docket-files/html/public/220155.html>.

18 Es gilt die Feststellung, dass der Supreme Court mit seiner unbeschränkten Verfassungsgerichtsbarkeit und den damit umfangreichen Kompetenzen auch gegenüber dem Gesetzgeber sicher ein "politisches" Gericht ist als eines, dass diese Verfassungsgerichtsbarkeit nur beschränkt ausüben kann. Ob der Supreme Court nun aber zu einem *parteilichen* Gericht verkommt, wie das von verschiedenen Seiten behauptet wird, kann hier nicht untersucht werden. Immerhin ist nach der vorliegend vertretenen Auffassung festzuhalten, dass der Supreme Court als Institution bislang grundsätzlich funktioniert hat, namentlich auch innerhalb des mit der Verfassung sorgfältig austarierten Systems der *checks and balances*. Entscheidend wird sein, wie sich das zukünftig mit allen drei amerikanischen Institutionen für sich genommen und im Zusammenspiel verhalten wird und wie resistent die Institutionen gegen Bedrohungen sein werden. Zu denken ist hier etwa an die gegenwärtige Untersuchung der Vorkommnisse und der Verantwortlichkeiten für die Ereignisse vom 6. Januar 2021 sowie namentlich auch an die vor allem republikanischen Versuche, die gliedstaatlichen Wahlgesetze abzuändern oder Grenzen von Wahlkreisen gar zu manipulieren (*gerrymandering*). Zu diesem Thema hat der Supreme Court am 30. Juni 2022 den Fall *Moore v. Harper* aus North Carolina angenommen²¹, ein Urteil wird im Sommer 2023 erwartet.

2.4.2. Bundesgericht

19 Auch die Wahl der Bundesrichter ist eine politische. Die Vereinigte Bundesversammlung wählt die haupt- und nebenamtlichen Bundesrichter unter u.a. "freiwilliger Rücksicht auf die Proportionsansprüche der grossen politischen Parteien"²² für sechs Jahre, und es werden namentlich bei der periodischen Wiederwahl vereinzelt Stimmen laut, Bundesrichter aus politischen Gründen nicht mehr wiederzuwählen, bisher jedoch grundsätzlich erfolglos²³. Ebenso kein Erfolg beschieden war bislang Versuchen, ein Losverfahren für Bundesrichter einzuführen oder die Richterwahl von der Parteipolitik zu trennen, oder nur schon betreffend Abschaffung der Mandatssteuer (Abgabe eines jährlichen Betrags der Bundesrichter an "ihre" Partei).

20 Die immer wieder diskutierte Einführung einer vollständigen Verfassungsgerichtsbarkeit (s. para. 14) und damit die Möglichkeit, dass eine beschränkte Anzahl Richter Entscheidungen der demokratischen Mehrheit von Volk und Parlament "übersteuern" könnte, würde das schweizerische System einschneidend verändern. Die Änderung und namentlich die

²¹ *Moore v. Harper*: <https://www.supremecourt.gov/docket/docketfiles/html/public/21-1271.html>.

²² Bundesgericht: <https://www.bger.ch/index/federal/federal-inherit-template/federal-richter.htm>.

²³ S. u.a. Prof. Dr. Lorenz Langer in Universität Zürich Jahresbericht 2020: https://www.uzh.ch/cmsssl/dam/jcr:022490f0-3054-4d4c-aceb-dda0c69a8a9d/UZH_JB_2020_Wie-Bundesrichter-gewählt-werden.pdf.

Konkretisierung einer Verfassungsbestimmung obliegt dem demokratischen Gesetzgeber, Parlament und Volk, und nicht einem Gericht. Zu erwähnen ist hier aber auch, dass das Bundesgericht bei seinen Entscheidungen heute mit Bezug auf von der EMRK geschützte Grundrechte die Rechtsprechung des europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (mithin Völkerrecht) anwendet und so zumindest indirekt und teilweise auch als Verfassungsgericht urteilt, was in Einzelfällen auch wieder politische Kritik nach sich zieht. Kritisiert wird sodann auch, dass das Parlament bei der Konkretisierung von Initiativtexten mitunter nicht das umsetze, was von Volk und Ständen beschlossen worden sei; hier würde ein umfassende Verfassungsgerichtsbarkeit u.U. disziplinierend wirken.

3. FAZIT

- 21 Es gibt *per se* keine "bessere" oder "schlechtere" Ausgestaltung oder Kompetenzordnung eines höchsten Gerichts einer Rechtsordnung. Das gilt insbesondere auch mit Bezug auf eine beschränkte oder vollständige Verfassungsgerichtsbarkeit. Entscheidend ist bei beiden Konzepten zudem, wie unabhängig und soweit möglich unpolitisch sowie "zurückhaltend oder eher aktivistisch"²⁴ die Richter ihre Arbeit ausüben.
- 22 Eine vollständige Verfassungsgerichtsbarkeit kann in der Tat zu einer Politisierung des Gerichts führen. Insbesondere bei der Konkretisierung von Verfassungsbestimmungen sind oft verschiedene Lösungen möglich, womit politische Fragen oder Anschauungen der Richter vermehrt eine Rolle spielen und in ihrer Tragweite mehr als bei einer beschränkten Verfassungsgerichtsbarkeit bedeutende Auswirkungen zeitigen können. Auch eine Nichtausübung der Kompetenz der vollkommenen Verfassungsgerichtsbarkeit kann so politisch sein, wie das bspw. dem deutschen Verfassungsgerichtshof mit Bezug auf seine "Corona-Urteile" vorgeworfen wurde²⁵.
- 23 Trotz den vorstehend diskutierten Unzulänglichkeiten oder Defiziten der beschränkten Verfassungsgerichtsbarkeit in der Schweiz erscheint ein Systemwechsel zu einer vollkommenen Verfassungsgerichtsbarkeit eher unrealistisch und ist nach der hier vertretenen Auffassung abzulehnen. Das geltende Modell entspricht dem etablierten schweizerischen Rechtsverständnis resp. dem Vertrauen in den demokratischen Gesetzgeber, der zudem nicht wie andernorts übermässig polarisiert oder sogar teilweise blockiert ist. Die entsprechenden politischen Auseinandersetzungen sind auf der Ebene von Volk und Parlament zu führen und nicht an resp. in ein relativ kleines Richterergremium zu delegieren.

²⁴ Fontana, a.a.O.

²⁵ Kley, Präsentation.

Literaturverzeichnis

Berg, P. D. (18./19. Februar 2022). Geschichte der USA (Präsentation MAS Applied History, Modul 2.3: Welterperspektiven III: USA).

Fontana, K. (11. Juni 2022). Braucht die Schweiz ein Verfassungsgericht? *Neue Zürcher Zeitung*, 135 (243. Jg.), S. 13.

Giacometti, Z. (1933). *Die Verfassungsgerichtsbarkeit des Schweizerischen Bundesstaates: Die staatsrechtliche Beschwerde*. Zürich: Polygraphischer Verlag.

Kley, P. D. (18. Februar 2022). Verfassungsgeschichte der USA (Präsentation MAS Applied History, Modul 2.3: Welterperspektiven III: USA).

Seferovic, G. (2020). *Das Schweizerische Bundesgericht 1848-1874: die Bundesgerichtsbarkeit im frühen Bundesstaat (Diss.)*. Universität Zürich, Rechtswissenschaftliche Fakultät.

Teles, S. M. (2008). *The Rise of the Conservative Legal Movement: The Battle for Control of the Law*. (E. S. Suzanne Mettler, Hrsg.) Princeton University Press.

Tschentscher, A. (2014 - Schutz der Verfassung: Normen, Institutionen, Höchst- und Verfassungsgerichte Tagung der Vereinigung für Verfassungsgeschichte in Hofgeismar vom 12. bis 14. März 2012). Supreme Court und Schweizerisches Bundesgericht als Modelle integrierter Verfassungsgerichtsbarkeit. *Der Staat - Zeitschrift für Staatslehre und Verfassungsgeschichte, Deutsches und Europäisches Öffentliches Recht, Beiheft 22*, S. 187-221.

(letzmaliger Besuch der in dieser Arbeit angegebenen Websites im Juli 2022.)