

## Kapitel 3 Zur Geltung von Landes-, Gliedstaats- und kantonalen Grundrechten im deutschen, US-amerikanischen und schweizerischen Verfassungsrecht

### A. Einleitung

Im vorliegenden Kapitel tritt eine vergleichende Betrachtungsweise an die Seite der bisher auf Unionsrecht ausgerichteten Untersuchung. Unterschiedliche Modelle lassen sich entdecken, mittels derer die potenzielle Spannung zwischen unterschiedlichen Ebenen in Föderalstaaten als Föderalsystemen, die alle mit dem Schutz von Grundrechten betraut sind, aufgelöst wird.<sup>1</sup> Dabei soll der Untersuchungszweck nicht darin bestehen, insgesamt in Richtung einer föderalstaatlichen Entwicklung der Europäischen Union zu argumentieren. Vielmehr geht es um beobachtbare Parallelen, aber auch das Herausarbeiten von Unterschieden, die in der Folge zu einem besseren Verständnis der unionsrechtlichen Problematik führen. Daher soll abschliessend bereits eine grobe Gegenüberstellung mit dem Unionsrecht folgen, dessen Aspekte in den Folgekapiteln konkreter ausgeführt werden.

Unterschiedliche Strategien können in Föderalstaaten beobachtet werden. So bestehen je nachdem ausdrückliche Klauseln über die Grundrechtsbindung verschiedener Ebenen, Klauseln über den Vorrang einer Rechtsebene über die andere oder aber auch ein eher gerichts- oder aber verfassungsgesetzgeberisches Vorgehen. Im vorliegenden Kapitel kann realistischlicherweise nur eine gesamthafte Darstellung des jeweiligen nationalen Verfassungssystems erreicht werden; dennoch sollen Details soweit als nützlich und möglich erfasst werden. Zugleich ist als unumgängliche Einschränkung voranzustellen, dass auch bei einem – wie hier vorgenommenen – grundsätzlichen funktionalen Ansatz bei der Rechtsvergleichung fingiert wird, dass Recht – in diesem Fall das jeweilige nationale Verfassungsrecht – eine Funktion hat, die in dieser klar identifizierbaren Form wohl nicht existiert.<sup>2</sup> Hingegen soll dieses Problem in seiner Auswirkung hier abgeschwächt werden, indem es bei der folgenden vergleichenden Untersuchung ohnedies eher um Erkenntnisgewinn durch eine Gegenüberstellung als um eine Bewertung einzelner nationaler Rechtsordnungen geht.

Bei rechtsvergleichenden Untersuchungen besteht zudem stets das Risiko, ohne Bewusstsein auf den jeweiligen Kontext vorzugehen und dadurch unbeabsich-

1 Vgl. zum hier nicht behandelten Thema des Verhältnisses von Grund- bzw. Menschenrechten und Föderalismus als solchem instruktiv *Besson*, *Le droit international et européen des droits de l'homme*, in: *La Convention européenne des droits de l'homme et les cantons - Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Kantone*, 229 ff.

2 Siehe zur funktionalen Rechtsvergleichung und deren Kritik *Kischel*, *Rechtsvergleichung*, 95 ff.

tigt Unterschiede oder Parallelen überzubetonen oder zu vernachlässigen. Zugleich führt eine all zu kontextbezogene Erörterung unterschiedlicher Rechtssysteme schnell zu einer unübersichtlichen Gegenüberstellung mehr oder weniger relevanter Details. Um diesen Gefahren gegenzusteuern, soll in der vorliegenden Untersuchung anhand von konkreten Fragen vorgegangen werden, die jeweils in jedem der drei ausgewählten Rechtssysteme beantwortet werden. Abschließend kann so als übergeordnete Frage beantwortet werden, ob es vergleichbare Entwicklungen bei der Grundrechtsbindung in Föderalsystemen, die Staaten sind, gibt, und ob sich daraus bereits an dieser Stelle Lehren ziehen lassen für das Föderalsystem des unionsrechtlichen Grundrechtsschutzes.

Einleitend wurde festgestellt, dass im Unionsrecht Befürchtungen einer dogmatisch nicht unbedingt einwandfreien Ausweitung des Anwendungsbereichs der Unionsgrundrechte und einer damit verbundenen weitgehenden Zentralisierung des Grundrechtsschutzes auf unionsrechtlicher Ebene bestehen. Es wird somit von einer zu erwartenden „linearen“ Entwicklung in Richtung Zentralisierung ausgegangen. Diese These soll nunmehr vergleichend anhand der geschichtlichen Entwicklung der gewählten Föderalsysteme geprüft werden: Ist die Bindung an die Grundrechte der zentralen Rechtsebene in Föderalsystemen im Lichte der Geschichte eine lineare Entwicklung in Richtung einer Zentralisierung?

Zugleich fragt sich, inwieweit die Bindung der Mitgliedstaaten an die Unionsgrundrechte Einschränkungen für die Ausübung der einschlägigen mitgliedstaatlichen Kompetenz mit sich bringt bzw. gar deren „Grundrechtskompetenz“, d.h. das Recht, eigene Grundrechtskataloge zu erstellen, beeinflusst. Besteht demgegenüber eine klar definierte Grundrechtskompetenz auf den unterschiedlichen Ebenen der ausgewählten Föderalsysteme? Wie ist diese ins jeweilige Verfassungssystem eingebettet, und wurde sie auch genutzt, um im Vergleich zum jeweils zentralisierten Grundrechtskatalog eigene Akzente in Bezug auf die zu schützenden Grundrechte und das zu erreichende Schutzniveau von einzelnen Grundrechten zu setzen?

Die Schaffung von Grundrechtskatalogen auf unterschiedlichen Ebenen klärt noch nicht den effektiven Geltungsumfang solcher Grundrechte der dezentralen Ebenen im jeweiligen Föderalsystem. Auch im Unionsrecht hängt der Geltungsumfang der Unionsgrundrechte nicht nur vom Umfang der Bindung der Mitgliedstaaten, sondern, wie noch zu zeigen ist, auch von den Wirkungen des Vorrangs des Unionsrechts ab.<sup>3</sup> Vor diesem Hintergrund stellen sich Fragen zum Umgang mit Konflikten zwischen den Grundrechten verschiedener Ebenen im Föderalsystem und zur Zuständigkeit der jeweiligen Gerichte, die Grundrechte anzuwenden haben. Wie wird im jeweiligen Föderalsystem mit Konflikten zwischen den anwendbaren Grundrechten der dezentralen und zentralen Ebene umgegan-

3 Siehe hierzu Kapitel 5 Abschnitt E.

gen? Welche Gerichte sind zuständig, um bestimmte Grundrechte anzuwenden? Im Unionsrecht gibt es, wie noch im Detail zu zeigen ist, einerseits Bereiche, in denen die Mitgliedstaaten außerhalb des Anwendungsbereichs des Unionsrechts und somit der Unionsgrundrechte handeln; andererseits bleiben aber selbst in den Bereichen, in denen Unionsrecht und die Unionsgrundrechte mit Vorrang ausgestattet zur Anwendung kommen, Spielräume für die Entfaltung nationaler Grundrechtsstandards. Dem ist an dieser Stelle eine Untersuchung der ausgewählten Föderalsysteme gegenüberzustellen.

Drei Föderalstaaten bieten sich für eine Untersuchung an, die Bundesrepublik Deutschland, die Vereinigten Staaten von Amerika und die Schweiz. In jedem Fall führen eine unterschiedliche Geschichte, ein unterschiedliches Gewicht verfassungsrelevanter Institutionen und andere Faktoren zu einer eigenen Form der Bewältigung der grundsätzlich ähnlich gelagerten Frage: Wie soll in einem Föderalsystem damit umgegangen werden, dass auf zwei oder mehr Ebenen ein eigenes System des Grundrechtsschutzes existiert, das die vollumfängliche Geltung des Rechtsbestandes anderer Ebenen desselben Föderalsystems potenziell in Frage stellen könnte? Aus Gründen der Vergleichbarkeit bietet es sich an, die soeben entwickelte einheitliche Grobstruktur der Untersuchung zu verfolgen.

Einleitend muss an dieser Stelle bereits die Wahl der Rechtsordnungen für die Untersuchung kurz erläutert werden, wird doch oft eine klare Unterscheidung zwischen dem Föderalismus in Deutschland und der Schweiz im Vergleich zu jenem in den Vereinigten Staaten von Amerika gezogen. *Halberstam* etwa betrachtet die Vereinigten Staaten als „horizontales“ Föderalsystem, in dem zentrale und dezentrale Einheiten über umfassende Kompetenzen nebeneinander verfügen und eigene Steuern einheben, während in „vertikalen“ Föderalsystemen wie Deutschland oder der Schweiz die Regierung der zentralen Einheit häufig durch die dezentralen Einheiten bzw. deren Staatsgewalten handeln muss und Entscheidungs- und Besteuerungskompetenzen eng miteinander verbunden sind, bzw. die dezentralen Einheiten auch an Entscheidungsprozessen auf zentraler Ebene beteiligt sind.<sup>4</sup> Trotz der grundsätzlichen Sinnhaftigkeit dieser Unterscheidung zeigt sich aber anhand der vorliegenden Untersuchung, dass für den Fall des Grundrechtsschutzes im Mehrebenensystem die Bruchlinien im Vergleich eben nicht unbedingt anhand der Unterscheidung zwischen vertikalen und horizontalen Föderalsystemen verlaufen. Vielmehr ergibt sich eine dogmatisch durchaus vergleichbare Ausgangssituation, die durch eine unterschiedlich starke Nutzung der bestehenden Möglichkeiten durch die Institutionen im jeweiligen Föderalsystem geprägt ist.

Aus der vergleichenden Perspektive sollen letztlich Lehren abgeleitet werden, die sich womöglich – notgedrungenerweise grob – auf den Fall des unionsrechtli-

4 *Halberstam*, Comparative Federalism, in: The Oxford Handbook of Law and Politics, 145.

chen Grundrechtsschutzes umlegen lassen. Dies soll gerade vor dem Hintergrund des einleitend<sup>5</sup> erwähnten, teils festzustellenden pessimistischen Grundtons geschehen, der mitgliedstaatliche Grundrechte als dem Untergang geweiht oder zumindest notwendigerweise in ihrer tatsächlichen Wirksamkeit immer stärker eingeschränkt auffasst. Allgemein ist die Diskussion in der Lehre in allen drei Föderalsystemen davon geprägt, dass häufig ein Desinteresse an den Grundrechtsordnungen der dezentralen Ebenen des jeweiligen Föderalsystems bzw. deren damit verbundene geringe Bedeutung beklagt wird,<sup>6</sup> wenngleich historische Ereignisse zu neuer Beschäftigung mit den jeweiligen Grundrechten führen.<sup>7</sup> Insgesamt wird den jeweiligen Grundrechten durchaus Entfaltungspotenzial und eine nützliche Rolle bei der Entwicklung des gesamten Grundrechtsschutzes im jeweiligen Föderalsystem attestiert.<sup>8</sup> Dies ist nun näher anhand der gewählten Fragestellungen zu analysieren.

## B. Zur geschichtlichen Entwicklung der ausgewählten Föderalsysteme

Die geschichtliche Entwicklung der drei ausgewählten Föderalsysteme verlief äußerst unterschiedlich. Für die vorliegende Untersuchung wird das Hauptaugenmerk darauf gelegt, wie sich die unterschiedlichen Rechtsebenen im jeweiligen Föderalsystem zu verschiedenen Zeiten zueinander verhielten und wie die Grundrechtsverantwortung – d.h. die Schaffung und Durchsetzung von Grundrechten –

<sup>5</sup> Siehe Kapitel 1.

<sup>6</sup> Siehe im deutschen Verfassungsrecht etwa *Huber*, Art. 142 GG, in: Grundgesetz - Kommentar, Rn. 6; *Tjarks*, Landesgrundrechte, 142. Im US-amerikanischen Verfassungsrecht zur mangelnden Kenntnis des gliedstaatlichen Verfassungsrechts *Williams*, New England Law Review on Remand 2010, 1 (4) bzw. zu dessen teils schlechtem Ruf *Gardner*, Michigan Law Review 1992, 761 (819 f.), den „zu“ langen Texten und vielen Verfassungsänderungen *Lutz*, Annals of the American Academy of Political and Social Science 1988, 23 (30) bzw. *Tarr*, Temple Law Review 1992, 1169 (1170 f.); zur Nichtbehandlung von gliedstaatlichem Verfassungsrecht in Kommentierungen u.ä. *Tarr*, Understanding State Constitutions, 1 m.w.N. Siehe im schweizerischen Verfassungsrecht zur Lethargie des kantonalen Grundrechtsschutzes *Schefer/Ziegler*, Grundrechte, in: Neues Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt, 76 f.

<sup>7</sup> Etwa der Bedarf nach neuen Landesverfassungen für die neuen Länder im deutschen Verfassungsrecht, siehe *Graf Vitzthum*, Bedeutung gliedstaatlichen Verfassungsrechts, in: VVDStRL 46, *passim*; vgl. hingegen im Gegenteil dazu die Empfehlung mancher, die Landesverfassungsgesetzgeber in den neuen deutschen Ländern könnten, wie in einigen Ländern zuvor geschehen, auf die Gewährleistung von Landesgrundrechten völlig verzichten, *Starck*, ZG 1992, 1 (22). Siehe auch im US-amerikanischen Verfassungsrecht zu häufiger werdenden Referenden und Verfassungsänderungen in jüngerer Zeit *Williams*, New England Law Review on Remand 2010, 1 (1 f.). Siehe im schweizerischen Verfassungsrecht zu den vielen Totalrevisionen von Kantonsverfassungen und dem Entstehen einer Verfassungsgerichtsbarkeit auf kantonomer Ebene *Auer*, Staatsrecht, Rn. 637.

<sup>8</sup> *Tjarks*, Landesgrundrechte, 101 ff.; vgl. zum US-amerikanischen dualen Konstitutionalismus und seinem Potenzial *Tarr*, Temple Law Review 1992, 1169 (1169) bzw. zu den Möglichkeiten eines gerichtlichen Dialogs zwischen den Verfassungsgerichten im US-amerikanischen Verfassungsrecht *Blocher*, Southern California Law Review 2011, 323 (342 ff.). Vgl. im schweizerischen Verfassungsrecht zu den Kantonen als „föderalistisches Labor“ *Ehrenzeller/Nobs*, ZBl 2009, 1 (30).

zwischen den Ebenen aufgeteilt wurde. Hierzu sind jeweils unterschiedliche Zeitabschnitte besonders hervorzuheben, wenngleich eine gewisse parallele Föderalisierungs- bzw. Zentralisierungstendenz allgemein feststellbar ist.<sup>9</sup>

## I. Zur geschichtlichen Entwicklung im deutschen Verfassungsrecht

Untersucht man die geschichtliche Entwicklung der Landesgrundrechte im deutschen Verfassungsrecht, kommt man kaum umhin, auch generell das Verhältnis von Landes- und Bundesrecht miteinzubeziehen. In diesem Lichte werden in der Folge mehrere Phasen untersucht, der Zeitraum bis hin zur Weimarer Verfassung, die Diskussion im Rahmen der Entstehung des Grundgesetzes in Bezug auf die umfassende Grundrechtsbindung aller Staatsgewalt und zuletzt die spätere Rolle der Landesgrundrechte, denen bei der Schaffung der Landesverfassungen der neuen Bundesländer erneut verstärkte Beachtung zukam.

### 1. Vom Alten Reich bis zur Verfassung von Weimar

Die Frage der Grundrechtsbindung im deutschen Föderalsystem begann sich erst mit der Schaffung echter Grundrechtsgarantien zu stellen. Geht man weit zurück, machte die Geltung des Personalitätsprinzips – etwa im fränkischen Recht – ein eigentliches Kollisionsrecht zwischen verschiedenen Rechtsebenen überflüssig, da die jeweiligen Rechtskreise unabhängig nebeneinander standen.<sup>10</sup> Das Alte Reich war im Vergleich dazu föderal, aber nicht bundesstaatlich gestaltet. Seine Gesetze waren daher grundsätzlich zu beachten und widersprechendes Landesrecht war automatisch unwirksam.<sup>11</sup> Jedoch besaß es keine geschriebene Verfassung und auch keine grundrechtsartigen Gewährleistungen.<sup>12</sup>

Erst im Deutschen Bund bestanden auf Ebene der Landesverfassungen Rechte der Staatsbürger; allerdings setzte sich das Bundesrecht im Konfliktfall gegen diese Rechte durch.<sup>13</sup> Einen Grundrechtekatalog auf Ebene des Bundesrechts sah erstmals die Paulskirchenverfassung vor. In Abschnitt VI zu den Grundrechten des deutschen Volkes sah § 130 einleitend vor, dass die nachstehenden Grundrechte den Verfassungen der Einzelstaaten „zur Norm dienen“ sollten und keine Verfassung oder Gesetzgebung auf Landesebene dieselben „je aufheben oder beschränken“ können sollte. Damit wurde die Idee verfolgt, den föderalen Verfas-

9 Siehe auch m.w.N. Besson, *Droits de l'homme et fédéralisme*, in: *La Convention européenne des droits de l'homme et les cantons - Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Kantone*, 17.

10 März, Bundesrecht, 31 f.

11 Ibid., 47 f.

12 Koriath, Art. 142 GG, in: *Grundgesetzkommentar*, Rn. 5.

13 Dreier, Art. 142 GG, in: *Grundgesetz - Kommentar*, Rn. 3. AA hingegen im Sinne einer lediglich völkerrechtlichen Verpflichtung der Mitgliedstaaten, kein widersprechendes Landesrecht zu erlassen, März, Bundesrecht, 52 ff.

sungsstaat von der Bundesebene ausgehend zu entwerfen.<sup>14</sup> Darüber hinaus legte die Bestimmung fest, dass die Grundrechte der Bundesverfassung einen nicht zu unterschreitenden Mindeststandard darstellten, erkannte aber zugleich dadurch implizit an, dass auch auf Landesebene die Befugnis zur Schaffung von Grundrechten in Landesverfassungen bestand.<sup>15</sup>

In der Reichsverfassung von 1871 hingegen fand sich kein Grundrechtsabschnitt. Somit fiel die Gewährleistung derartiger Rechte an Einzelne den Gliedstaaten zu, während jedoch zugleich ein strenger Vorrang von Reichsrecht gegenüber Landesrecht zu beachten war.<sup>16</sup> Gewisse Gewährleistungen in Reichsgesetzen wie etwa die Voraussetzungen der Enteignung erlangten gerade durch diesen Vorrang faktisch grundrechtsähnliche Bedeutung.<sup>17</sup>

In der zentralistisch ausgestalteten Weimarer Verfassung ordnete Artikel 13 Abs. 1 knapp gefasst<sup>18</sup> an, dass Reichsrecht Landesrecht breche, ohne dabei eine Bestimmung zu Landesgrundrechten zu enthalten. Die herrschende Meinung nahm in Bezug auf diese Vorgabe an, dass somit auch inhaltlich übereinstimmendes Landesverfassungsrecht wie etwa Grundrechte gebrochen werde.<sup>19</sup> Die Geltung war hier nicht nur zeitlich bedingt außer Kraft gesetzt und konnte auch nicht bei späterem Wegfall des Reichsrechts wiederaufleben; Reichsrecht bewirkte auch *pro futuro* eine Sperre für Landesrecht.<sup>20</sup> Als Folge verloren die wenigen gliedstaatlichen Grundrechtskataloge<sup>21</sup> weitgehend ihre rechtliche Bedeutung. Zugleich wurde das Verhältnis von Reichs- und Landesgrundrechten auch nicht sonderlich beachtet, da bereits der Vorrang der Verfassung in Zweifel gezogen wurde und zugleich keine Verfassungsbeschwerde auf Reichsebene existierte.<sup>22</sup> In den frühen Phasen der deutschen Verfassungsgeschichte zeigen sich somit zwar gewisse Entfaltungsmöglichkeiten für Landesgrundrechte, allerdings nur solange, bis die Weimarer Verfassung dem ein Ende setzte.

14 *Korioth*, Art. 142 GG, in: Grundgesetzkommentar, Rn. 5.

15 Zum damit verbundenen Versuch, in den Einzelstaaten eine Verfassungsumgestaltung zu erreichen, *Kühne*, Reichsverfassung, 181 f.

16 Artikel 2 Satz 1 der Reichsverfassung von 1871: „Innerhalb dieses Bundesgebietes übt das Reich das Recht der Gesetzgebung nach Maßgabe des Inhalts dieser Verfassung und mit der Wirkung aus, daß die Reichsgesetze den Landesgesetzen vorgehen.“ Vgl. auch *März*, Bundesrecht, 62 f.

17 Siehe auch *Kühne*, Revolution, in: Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa - Entwicklung und Grundlagen, Rn. 77 ff.

18 Wie sich anhand der Diskussionen im Verfassungsausschuss zeigt, beschäftigte man sich bewusst nicht näher mit dem als klar empfundenen Grundsatz, *März*, Bundesrecht, 69.

19 *Korioth*, Art. 31 GG, in: Grundgesetzkommentar, Rn. 4.

20 Vgl. m.w.N. *Schober*, Reichsrecht und Landesrecht, 51.

21 Siehe hierzu *Wittmayer*, Reichsverfassung, 174 ff.

22 *Korioth*, Art. 142 GG, in: Grundgesetzkommentar, Rn. 6.

## 2. Zur Schaffung des Grundgesetzes

Bei der Schaffung des Grundgesetzes trat erstmals besonders deutlich die Frage in den Vordergrund, wie die umfassende Bindung sämtlicher Staatsgewalt an die Grundrechte des Grundgesetzes mit den bestehenden Landesverfassungen und den darin enthaltenen Landesgrundrechten in Einklang gebracht werden konnte. Im Rahmen des Konventes von Herrenchiemsee als Vorstufe zur Schaffung des Grundgesetzes wurde die Frage der Fortgeltung der Landesgrundrechte und deren Verhältnisses zu auf Bundesverfassungsrechtsebene geregelten Grundrechten nur „kursorisch“ erörtert; letztlich fand sich im daraus hervorgegangenen Bericht aufgrund der länderfreundlichen Stimmung zwar keine konkrete Vorgängerbestimmung zum späteren Artikel 142 GG über die Weitergeltung von mit der Bundesverfassung übereinstimmenden Landesgrundrechten,<sup>23</sup> jedoch eine Formulierung, die Respekt gegenüber den bereits zwischen 1946 und 1948 entstandenen Landesverfassungen ausdrückte und zugleich klarstellte, dass den Ländern die Schaffung weiterer Grundrechte unbenommen sei.<sup>24</sup>

Hingegen wurde die Klärung dieser Frage umso dringlicher, als das Grundgesetz in Artikel 1 Abs. 3 eine umfassende Bindung jeglicher Staatsgewalt, auch jener der Länder,<sup>25</sup> an die Grundgesetzgrundrechte vorsah, und eine solche Bindung sich bei den Ländern auch auf die Verfassungsgebung erstreckte.<sup>26</sup> Während der späteren Beratungen im Rahmen der Entstehung des Bonner Grundgesetzes konnte allerdings keine eindeutige Lösung erzielt werden. Bereits aufgrund unklarer Zuständigkeiten im Verhältnis zum Grundrechteausschuss gelangte der Zuständigkeitsausschuss zu keinem eindeutigen Ergebnis bezüglich des Verhältnisses von Bundes- und Landesgrundrechten.<sup>27</sup> Im Hauptausschuss traten unterschiedliche Positionen bezüglich der Auswirkungen des Artikel 31 GG hervor, der von der Brechung von Landesrecht durch Bundesrecht sprechen sollte. Vertreten wurde so neben einer strengen Auffassung auch eine mildere, der zufolge Artikel 31 GG nur auf entgegenstehendes Landesrecht zur Anwendung kommen sollte; die Formulierung „bricht“ sollte in „geht vor“ geändert werden, um eine gliedstaatsfreundlichere reine Suspensionswirkung von Bundesrecht annehmen zu können.<sup>28</sup> Letztlich zeigen insbesondere diese Vorstöße, dass noch die Ansicht aus der Weimarer Zeit vorherrschte, dass grundsätzlich das Bundesrecht sogar inhaltsgleiches Landesrecht mit weitreichenden Folgen, nämlich Nichtigkeit, breche.<sup>29</sup>

23 Hierzu noch umfassend in Abschnitt D.I.1.

24 Koriath, Art. 142 GG, in: Grundgesetzkommentar, Rn. 6.

25 Höfling, Art. 1 GG, in: Grundgesetz - Kommentar, Rn. 87.

26 Jarass/Pieroth, GG Kommentar, Art. 1 GG, Rn. 35.

27 März, Bundesrecht, 77.

28 Von Coelln, Landesgrundrechte, 184 f.; März, Bundesrecht, 78 f.

29 Koriath, Art. 142 GG, in: Grundgesetzkommentar, Rn. 6.

Letztlich entstand aus einem Vorschlag zu einer authentischen Interpretation von Artikel 31 GG, die in eine Übergangsbestimmung mündete, der Artikel 142 GG.<sup>30</sup> Jedoch blieb trotz allem die exakte Ergänzungsfunktion der Bestimmung im Verhältnis zu Artikel 31 GG unklar, sowie auch ihre Stellung in den Übergangs- und Schlussbestimmungen, weit entfernt von Artikel 31 GG, mehr Fragen in Bezug auf ihren Inhalt aufwarf als beantwortete.<sup>31</sup> Im zeitlichen Kontext verstanden dürfte Artikel 142 GG wohl primär die Funktion zuzuordnen sein, trotz des Vorrangs des Bundesrechts die bereits entstandenen Landesverfassungen mit den darin enthaltenen Vorgaben zu Landesgrundrechten und zu Landesverfassungsbeschwerden vor Landesverfassungsgerichten abzusichern.<sup>32</sup>

### 3. Zu den Verfassungen der neuen Länder und zur wachsenden Bedeutung von Landesverfassungsgerichten

Während in der Folge den Vorgaben der Artikel 31 und 142 GG nur wenig praktische Bedeutung zukam, wurden sie während der 1980er Jahre im Rahmen einer vertieften Beschäftigung mit dem Verfassungsrecht der Länder erneut intensiv in der Lehre diskutiert.<sup>33</sup> Dieser Bedeutungsgewinn verstärkte sich durch die Schaffung von Verfassungen mit Grundrechtskatalogen und Landesverfassungsgerichten in den neuen Ländern in den frühen 1990er Jahren.<sup>34</sup> Auch die Landesverfassungsgerichte begannen, ihre Rechtsprechungsbefugnisse auf Grundrechtsnormen auszudehnen, indem auch der Vollzug von Bundesrecht durch Landesgerichte und -behörden am Maßstab der Landesgrundrechte geprüft wurde.<sup>35</sup> Dieses Vorgehen wurde in einem aufsehenerregenden Entscheid vom Bundesverfassungsgericht ungeachtet einer gewissen Zurückhaltung im Grundsatz bestätigt.<sup>36</sup> Zumindest bis in jene Zeit hatten sich die bestehenden Landesverfassungsgerichte derart bundesfreundlich in ihrer Rechtsprechung verhalten, dass teils von einer problematischen Verweigerung von Rechtsschutz die Rede war.<sup>37</sup>

30 Artikel 148a, in ursprünglicher Fassung: „Die Artikel 1 bis 20b stehen Bestimmungen gleichen Inhalts in den Länderverfassungen nicht entgegen.“

31 März, Bundesrecht, 80.

32 Koriath, Art. 142 GG, in: Grundgesetzkommentar, Rn. 6.

33 Siehe z.B. Graf Vitzthum, Bedeutung gliedstaatlichen Verfassungsrechts, in: VVDStRL 46, *passim*.

34 Vgl. zu dieser Entwicklung etwa Sacksofsky, NVwZ 1993, 235; Dietlein, Auslegung der Art. 31 und 142 GG; Dietlein, Jura 1994, 57; Dreier, Einheit und Vielfalt, in: Vielfalt des Rechts - Einheit der Rechtsordnung.

35 Siehe den Überblick bei Wermeckes, Grundrechtsschutz, 4 f.

36 BVerfGE 96, 345.

37 Sommer, Landesgrundrechte, 10.

#### 4. Zusammenfassung

Insgesamt erweist sich der Grundrechtsschutz im deutschen Verfassungsrecht in historischer Perspektive als eng mit dem Verhältnis von Bundes- und Landesrecht verknüpft, während die Sicherstellung von Grundrechten als solche erst dem Landesrecht zukam. Insbesondere in der Weimarer Verfassung drängte das Reichsrecht das Landesrecht zurück, allerdings ohne angemessene Gewährleistungen für Grundrechte zu bieten. Im Rahmen der Diskussionen rund um das Grundgesetz wurde die starke Position des Bundesrechtes beibehalten, während die umfassende Bindung jeglicher Staatsgewalt an die Grundrechte des Grundgesetzes geregelt wurde. Jedoch wurde auch zumindest ansatzweise Raum für bereits bestehende und künftige Landesgrundrechte neben den Grundrechten des Grundgesetzes gelassen. Der Konflikt zwischen beiden Positionen konnte hingegen nicht völlig geklärt werden und zeigt sich immer noch anhand der Diskussionen um die Bestimmungen und Rechtsfolgen der Artikel 31 und 142 GG. Auch das Bundesverfassungsgericht hat nur teilweise zu einer Klärung der einzelnen möglichen Fragen beigetragen. Letztlich blieben Landesgrundrechte in der Folge weitgehend bedeutungslos, bis im Rahmen der Schaffung neuer Landesverfassungen der neuen Bundesländer erneut zumindest eine Diskussion in der Lehre entstand und auch die Frage nach der Zuständigkeit von Landesverfassungsgerichten sich mit neuer Intensität stellte. Die jeweilige Bedeutung der Bundes- bzw. Landesebene für den Grundrechtsschutz variierte somit im Verlauf der Zeit.

#### II. Zur geschichtlichen Entwicklung im US-amerikanischen Verfassungsrecht

Die geschichtliche Entwicklung des Grundrechtsschutzes im US-amerikanischen Verfassungsrecht zeugt von wechselnden Auffassungen, auf welcher Ebene Grundrechtsschutz schwerpunktmäßig angesiedelt werden sollte. Während in einer frühen Phase die Verfassungen der Gliedstaaten zum Grundrechtsschutz berufen schienen, stärkten spätere Entwicklungen die Bundesebene, bis ab den 1970er Jahren erneut unter anderen Vorzeichen die Gliedstaatsebene neue Bedeutung erlangte. Insgesamt muss in Ermangelung einer eindeutigen Regelung im geschriebenen Verfassungsrecht die Entwicklung in der Rechtsprechung sehr genau beobachtet werden.

### 1. Zur Schaffung von Grundrechtskatalogen auf Gliedstaatsebene und in der Bundesverfassung

Ursprünglich waren die Gliedstaatsverfassungen dazu gedacht, die vorrangige Rolle beim Schutz der Grundrechte der US-amerikanischen Bürger zu spielen.<sup>38</sup> Trotz unterschiedlicher Vorgangsweisen im Einzelnen schufen mehrere der ursprünglichen Gliedstaaten bereits vor der Bundesverfassung auf gliedstaatlicher Ebene Verfassungen oder verfassungsähnliche grundlegende Rechtsdokumente.<sup>39</sup> Insbesondere die Verfassungen von Massachusetts, New York und Maryland sollen daher neben anderen für die Schaffung der Bundesverfassung Pate gestanden haben.<sup>40</sup> Als erster Gliedstaat erließ Virginia eine Grundrechtserklärung, gefolgt von allen weiteren im Laufe des 19. Jahrhunderts bis auf vier Gliedstaaten, die erst im 20. Jahrhundert folgten.<sup>41</sup> In den vor der Verfassung geschaffenen Grundrechtskatalogen von Gliedstaaten herrschte jedoch noch eine danach eher zurückgedrängte hortative Formulierung von Grundrechten vor, die gewährleistet werden „sollten“ („ought“) und nicht mussten („shall“).<sup>42</sup> Die praktische Funktion der Grundrechte in den frühen Gliedstaatsverfassungen darf daher auch nicht überschätzt werden. Zwar sollten sie durchaus zur Begrenzung der Ausübung der Hoheitsgewalt durch die Gliedstaaten dienen, jedoch eher im Sinne des Ausdrucks einer liberalen Philosophie denn als konkrete Rechtsinstrumente, um etwa eine Regierung zur Verantwortung zu ziehen.<sup>43</sup> Bald schon blickte man in die Richtung der neu zu schaffenden Bundesverfassung, um die teils als überbordend empfundenen Kompetenzen der Gliedstaatsgesetzgeber nach gliedstaatlichem Verfassungsrecht in die Schranken zu weisen, was etwa Eigentums- oder Freiheitsgrundrechte betraf.<sup>44</sup>

Die Schaffung der Bundesverfassung, die 1789 in Kraft trat, verzeichnete primär die Gruppe der „Föderalisten“ („Federalists“) als Erfolg. Hingegen war vor allem auf Bedenken der „Anti-Föderalisten“ („Anti-Federalists“) zurückzuführen, dass in Form von Verfassungszusätzen nachträglich ein Grundrechtskatalog geschaffen wurde.<sup>45</sup> Dieser bildete die Grundrechtskataloge der bereits bestehenden Gliedstaatsverfassungen ab.<sup>46</sup> Später hingegen kehrte sich diese Wirkung um und bei der Überarbeitung oder gar Neuerlassung ihrer gliedstaatlichen Verfas-

38 Gardner, Michigan Law Review 1992, 761 (773).

39 Siehe für einen Überblick Tarr, Understanding State Constitutions, 61.

40 So etwa John Adams, zitiert in Bowen, Constitutional Convention, 199.

41 Lutz, American Constitutionalism, 62. Siehe auch die Aufstellung bei Tarr, Understanding State Constitutions, 96 und 137.

42 Tarr, Understanding State Constitutions, 76.

43 Douglass, Equal Political Rights, 133.

44 Williams, American State Constitutions, 67.

45 Douglas, Vermont Law Review 1988, 127 (128).

46 Siehe etwa John Adams, zitiert in Bowen, Constitutional Convention, 7.

sungen orientierten sich Gliedstaaten am Vorbild der Bundesverfassung.<sup>47</sup> Trotzdem blieb unklar, wie die an die Bundesstaatsgewalt gerichteten Grundrechte der Bundesverfassung eine Schutzwirkung gegenüber dem Handeln der Gliedstaaten entwickeln sollten.

## 2. Der Vierzehnte Verfassungszusatz und der Beginn der selektiven Inkorporation

Erst ein Verfassungszusatz und richterliches Vorgehen schufen letztlich eine Lösung für das Problem, die an die Bundesebene gerichteten Grundrechte auch auf gliedstaatliches Verhalten zur Anwendung zu bringen. Bereits *James Madison* schlug eine Bestimmung als Teil der geplanten Verfassungszusätze vor, derzufolge kein Gliedstaat die Grundrechte der Gewissensfreiheit, der Pressefreiheit und des Rechts auf ein Geschworenengericht in Strafverfahren verletzen dürfe. Letztlich wurde diese jedoch nicht übernommen, da die Ansicht vorherrschte, der Grundrechtskatalog der Bundesverfassung solle nicht auf die Gliedstaaten Anwendung finden.<sup>48</sup> Während der ersten 75 Jahre wurden die Bundesverfassung und ihre Grundrechtsbestimmungen daher nur auf die Ausübung von Hoheitsgewalt durch den Bund angewendet. Die Gliedstaaten waren lediglich von einzelnen Bestimmungen betroffen, die sich direkt an sie richteten, wie etwa das Verbot der Entziehung von Grundrechten durch Gesetze („Bills of attainder“).<sup>49</sup>

Der Bürgerkrieg und die darauffolgende Wiederaufbauphase („Reconstruction“) bewirkten, dass der Grundrechtsschutz auf Ebene des Bundesrechtes als vorteilhafter gesehen wurde.<sup>50</sup> Zwar mussten nach dem Ende des Bürgerkrieges die Gliedstaaten des Südens, um erneut den Vereinigten Staaten beitreten zu dürfen, ohnehin ihre Verfassungen überarbeiten.<sup>51</sup> Aus diesen erzwungenen verfassungsgebenden Konventen ergaben sich zumindest formell beeindruckend fortschrittliche Dokumente mit umfassenden Grundrechtsgarantien etwa bezüglich der Gleichbehandlung aller.<sup>52</sup> Allerdings bestand ein großer Unterschied zwischen den Bestimmungen der jeweiligen Gliedstaatsverfassung und der tatsächlichen Praxis.<sup>53</sup> Daher stellte sich mit neuer Dringlichkeit die Frage, wie das Bundesrecht den Grundrechtsschutz sicherstellen wollte. Als Antwort wurde der Vierzehnte Verfassungszusatz erlassen, der den Gliedstaaten untersagt, die „Vorrechte oder Freiheiten“ („Privileges or Immunities Clause“) der Bürger der Vereinigten Staaten zu beschränken und irgend jemandem ohne ordentliches Gerichtsver-

47 *Williams*, American State Constitutions, 81.

48 *Epstein/Walker*, Constitutional Law, 68.

49 *Douglas*, Vermont Law Review 1988, 127 (129).

50 *Blocher*, Southern California Law Review 2011, 323 (332).

51 *Williams*, American State Constitutions, 90.

52 Siehe zu den Konventen und resultierenden Verfassungsbestimmungen *Foner*, Reconstruction, 316 ff.

53 *McConnell*, Virginia Law Review 1995, 947 (962 ff.).

fahren nach Recht und Gesetz („Due Process Clause“) Leben, Freiheit oder Eigentum zu nehmen bzw. jemandem den gleichen Schutz durch das Gesetz („Equal Protection Clause“) zu versagen. Auf dieser Grundlage begann der Oberste Gerichtshof („Supreme Court of the United States of America“) später im 19. Jahrhundert, seine Rechtsprechungslinie zur selektiven Inkorporation<sup>54</sup> zu entwickeln. Dadurch erklärte er immer umfassender Grundrechte aus der Bundesverfassung für auf gliedstaatliches Handeln anwendbar, indem er sich auf die „Due Process Clause“ des Vierzehnten Verfassungszusatzes stützte.<sup>55</sup>

### 3. Verstärkte Kompetenzausübung auf Bundesebene und verstärkter Grundrechtsschutz durch den Obersten Gerichtshof

Grundrechtseingriffe durch die Bundesebene konnten erst erfolgen, als vermehrt auch Bundeskompetenzen ausgeübt wurden. Als umso bedeutender erwies sich so der besondere Schutz durch die Bundesgrundrechte, die der Oberste Gerichtshof gegenüber gliedstaatlichem Handeln schuf. Aufgrund der beschränkt ausgeübten Bundeskompetenzen griffen im ausgehenden 19. und beginnenden 20. Jahrhundert zumeist Gliedstaaten in Grundrechte der Bürger ein, weswegen die Verantwortung für den Grundrechtsschutz bis in die 1930er Jahre in erster Linie bei den Gliedstaatsgerichten lag.

Erst mit dem umfassenden Tätigwerden des Bundes im Rahmen des „New Deal“ und mit der fortschreitenden Inkorporation der Bundesgrundrechte als gegenüber den Gliedstaaten anwendbare Normen verlagerte sich das Gewicht des Grundrechtsschutzes hin zum Obersten Gerichtshof.<sup>56</sup> Während das 19. Jahrhundert nämlich weitgehend von umfassenden Regelungsbefugnissen der Gliedstaaten geprägt war, begann der Bundesgesetzgeber erst mit Gesetzen wie dem „Interstate Commerce Act“ von 1887 oder dem „Sherman Antitrust Act“ von 1890 intensiver in die Gestaltung des Wirtschaftslebens einzugreifen, was erst zu jenem Zeitpunkt zu überlappenden Regelungsbefugnissen zwischen Bundes- und Gliedstaatsebene führte.<sup>57</sup> Mit dem „New Deal“ nahm die Tätigkeit des Bundesgesetzgebers weiter zu.<sup>58</sup>

Im Zeitraum des sogenannten „Warren Court“ der 1950er und 1960er Jahre zeigte sich der Oberste Gerichtshof dann besonders aktiv in seiner Rechtspre-

<sup>54</sup> Siehe (*Hurtado v. California*), 110 U.S. 516 (1884).

<sup>55</sup> Hingegen ist dies nicht die einzig mögliche Lesart des Verfassungszusatzes. In der Literatur existieren auch vereinzelt Meinungen, die die Bedeutung des Verfassungszusatzes als sehr begrenzt einstufen; er solle so beispielsweise lediglich die Bürgerrechtsgesetze von 1866 („Civil Rights Act“) im Verfassungsrang schützen, siehe *Berger, Government by Judiciary, passim*.

<sup>56</sup> *Abrahamson/Gutmann*, *Judicature* 1987, 88 (95); *Abrahamson*, *Hastings Constitutional Law Quarterly* 1991, 723.

<sup>57</sup> *Schapiro*, *Polyphonic Federalism*, 37.

<sup>58</sup> *Gardner/Rossi*, *Dual Enforcement*, in: *New Frontiers of State Constitutional Law*, 2.

chung, indem er sowohl den Schutzbereich und den Inhalt der Grundrechte des Grundrechtekatalogs der Bundesverfassung weit auslegte als auch diese Rechte auf die Gliedstaaten anwendete.<sup>59</sup> Die explosionsartige Entwicklung der Grundrechtsrechtsprechung auf Bundesebene ab der Phase der selektiven Inkorporation und insbesondere in den 1960er Jahren führte auch dazu, dass an Universitäten und Gerichten gliedstaatsrechtliche Präzedenzfälle zum Grundrechtsschutz in Vergessenheit gerieten.<sup>60</sup>

#### 4. Zum „Neuen Gerichts föderalismus“

Nach einer Phase, in der der Schutz der Grundrechte schwerpunktmäßig eindeutig auf Bundesebene angesiedelt war, kam es jedoch zu einem Wiederaufleben des gliedstaatlichen Grundrechtsschutzes. In den 1970er Jahren endete durch Umbesetzungen am Obersten Gerichtshof die Phase der steten Verstärkung des Grundrechtsschutzes auf der Ebene der Bundesverfassung. Als Gegenbewegung hierzu entwickelte sich der „Neue Gerichts föderalismus“ („New Judicial Federalism“).<sup>61</sup> Im Rahmen desselbigen durchsuchten Gliedstaaten Gliedstaatsverfassungen nach stärker schützenden Grundrechtsbestimmungen, als sie die Bundesverfassung bieten konnte.<sup>62</sup> So führte etwa die teils unvorhersehbare Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes im Bereich der Verfahrensrechte im Strafverfahren dazu, dass vor den Gliedstaatsgerichten vermehrt Argumente aus der jeweiligen Gliedstaatsverfassung vorgebracht wurden.<sup>63</sup> Zugleich wurde vertreten, die Gliedstaatsverfassungen sollten vermehrt als unabhängige, lokal und organisch gewachsene Rechtsstrukturen angesehen werden, was auch das Abweichen von der als unzulänglich empfundenen Grundrechtsrechtsprechung des Obersten Gerichtshofes in den späten Jahren des „Burger Court“ und den frühen Jahren des „Rehnquist Court“ rechtfertige.<sup>64</sup>

Während oft davon ausgegangen wurde, dass im Rahmen des Neuen Gerichts föderalismus die Gliedstaatsgerichte die Grundrechtsgarantien ihrer Verfassungen neu entdeckten und anwendeten, belegt eine Reihe von Fällen, dass bereits vor der selektiven Inkorporation der Grundrechte der Bundesverfassung auch gliedstaatliche Gerichte die Grundrechte der Bundesverfassung anwendeten, um etwa gliedstaatliche Gesetze außer Kraft zu setzen.<sup>65</sup> Dabei stützten sie sich aller-

59 Ibid., 4. Gliedstaatliches Verfassungsrecht wurde in der Folge auch als hierarchisch dem Bundesverfassungsrecht untergeordnet wahrgenommen.

60 Douglas, Vermont Law Review 1988, 127 (132 f.).

61 Als zentraler Text wird oft Brennan, Harvard Law Review 1977, 489 (503), genannt, der die gliedstaatlichen Gerichte dazu aufruft, in die vom Obersten Gerichtshof beim Grundrechtsschutz gelassene Bresche zu springen.

62 Williams, American State Constitutions, 113 ff.

63 Williams, New England Law Review on Remand 2010, 1 (6).

64 Gardner/Rossi, Dual Enforcement, in: New Frontiers of State Constitutional Law, 4.

65 Siehe m.w.N. Mazzone, Minnesota Law Review 2007, 1 (32 ff.).

dings auf die entsprechenden Grundrechtsgarantien als allgemein anwendbare Verfassungsgrundsätze des „Common Law“ auf Gliedstaatsebene.<sup>66</sup> Daher ist der Neue Gerichtsföderalismus wohl kaum als eine Wiederentdeckung einer alten Tradition zu verstehen.<sup>67</sup> Für den Großteil der US-amerikanischen Geschichte nahmen die gliedstaatlichen Verfassungsgerichte ihre Aufgabe der Durchsetzung der Grundrechte der eigenen Verfassung schlicht nicht<sup>68</sup> oder nur unzulänglich wahr, indem sie die entsprechenden gliedstaatlichen Grundrechte bereitwillig im Einklang mit der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes zur Bundesverfassung auslegten.<sup>69</sup> Der Schutz grundrechtsähnlicher Gewährleistungen erfolgte somit vorher maßgeblich auf der Grundlage solcher allgemeinen Grundsätze des „Common Law“ und nicht auf die gliedstaatlichen Verfassungen gestützt.<sup>70</sup>

Als Beginn<sup>71</sup> des Neuen Gerichtsföderalismus wird oft *People v. Anderson* gesehen, ein Entscheid, in dem der Oberste Gerichtshof von Kalifornien die Todesstrafe als Verstoß gegen das in der Gliedstaatsverfassung niedergelegte Verbot grausamer oder ungewöhnlicher Bestrafungen einstufte.<sup>72</sup> Zwar wurde die Todesstrafe in der Folge durch eine Verfassungsänderung erneut eingeführt, jedoch zeigte die Entscheidung, dass gliedstaatliche Höchstgerichte auf der Grundlage eigener Verfassungsbestimmungen durchaus der Rechtsprechungslinie des Obersten Gerichtshofes ausweichen und eigene Lösungen finden konnten.<sup>73</sup> Somit eröffnete sich ein ganzes „Paralleluniversum“ an Verfassungsrecht, das bisher kaum beachtet worden war und in dem zwar räumlich die Argumente auf die Anwendung von Gliedstaatsrecht beschränkt waren, jedoch materiell dieselben Fragen beantwortet werden konnten wie auf Bundesebene.<sup>74</sup>

Vor allem zwei Arten von Entscheidungen können als typische Beispiele für den Neuen Gerichtsföderalismus angeführt werden. In sogenannten „Umgehungsfällen“ stützen sich Gliedstaatshöchstgerichte systematisch auf in den eigenen Verfassungen niedergelegte Grundrechte, um weitergehenden Schutz zu bieten, als im Rahmen der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes für dasselbe Grundrecht gewährt wurde, und um ihre Entscheidungen zugleich vor der Über-

66 Ibid. (3).

67 *Abrahamson/Gutmann*, *Judicature* 1987, 88 (99).

68 *Rodriguez*, *State Constitutionalism*, in: *New Frontiers of State Constitutional Law*, 72.

69 *Gardner*, *Michigan Law Review* 1992, 761 (780 ff.).

70 *Kaye*, *Rutgers Law Journal* 1992, 727 (751 f.), stellt sogar in Frage, ob die gliedstaatlichen Verfassungen jemals in der Lage waren, eine solide Grundlage für solchen Grundrechtsschutz zu bieten.

71 Zugleich stellt der Neue Gerichtsföderalismus nicht das einzige Phänomen der jüngeren Geschichte des Gliedstaatenverfassungsrechts dar. Neben der Bewegung des Neuen Gerichtsföderalismus nutzten auch einige Höchstgerichte, insbesondere in Kalifornien und New Jersey, die in den Gliedstaatsverfassungen angelegten positiven Rechte, um durch deren ausgedehnte Auslegung soziale Umwälzungen auszulösen, siehe *Hershkoff*, *Harvard Law Review* 1999, 1131 (1144 ff.).

72 (*People v. Anderson*), 6 Cal.3d 628 (1972).

73 *Wilkes*, *Kentucky Law Journal* 1974, 421 (425).

74 *Williams*, *American State Constitutions*, 120.

prüfung durch den Obersten Gerichtshof zu schützen.<sup>75</sup> Dieses Recht, weitergehenden Grundrechtsschutz in der eigenen Verfassung niederzulegen, wurde auch vom Obersten Gerichtshof ausdrücklich bestätigt.<sup>76</sup> In einer zweiten Reihe von Fällen entschieden gliedstaatliche Höchstgerichte, in Zukunft zuerst auf der Grundlage des gliedstaatlichen Verfassungsrechts eine Entscheidung treffen zu wollen und nur, falls es für das Treffen einer Entscheidung unabdingbar sei, auf bundesverfassungsrechtliche Streitpunkte einzutreten.<sup>77</sup>

Insgesamt lässt sich der Neue Gerichtsföderalismus somit als weiteres Glied in der Kette des Grundrechtsschutzes einordnen, nachdem bereits auf gliedstaatlicher Ebene Grundsätze des „Common Law“ und die Grundrechte der Bundesverfassung mittels selektiver Inkorporation zum Einsatz gekommen waren.

### 5. Konsolidierung des Neuen Gerichtsföderalismus und Stand der selektiven Inkorporation

Die Lehre festigte den Status des Neuen Gerichtsföderalismus zusätzlich.<sup>78</sup> Zugleich entschied der Oberste Gerichtshof auch zu jener Zeit, dass die Entscheidungen von Gliedstaatsgerichten endgültig seien und nicht mehr der eigenen Überprüfungsbefugnis unterlägen, wenn sie auf angemessene und unabhängige gliedstaatsrechtliche Gründe („adequate and independent state law grounds“) gestützt seien.<sup>79</sup> In diesem Licht betrachtet die Lehre den Gerichtsföderalismus mittlerweile nicht mehr länger als neue, sondern als permanente Facette des US-amerikanischen Verfassungsrechts.<sup>80</sup>

Spätere Entwicklungen zeigen, dass der Oberste Gerichtshof weiterhin im Rahmen eines konzilianten Vorgehens versucht, zugleich gliedstaatlichem Verfassungsrecht seine Daseinsberechtigung zu gewähren, jedoch dieses auch als in das Gesamtsystem des Bundesverfassungsrechts eingeordnet betrachtet.<sup>81</sup> Auch die Gliedstaatshöchstgerichte setzen sich weiterhin kontinuierlich mit Entwicklungen auf der Bundesverfassungsebene auseinander. Öffentliche Aufmerksamkeit erregten Fälle, in denen im Lichte wegweisender Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes Gliedstaatsgerichte auf der Grundlage ähnlicher Bestimmungen gliedstaatlicher Verfassungen dieselben Fragen aufzugreifen begannen. In *Kelo v. City*

75 *Wilkes*, Kentucky Law Journal 1975, 873 (875), der von „evasion cases“ spricht.

76 (*PruneYard Shopping Ctr. v. Robins*), 447 U.S. 74 (1980), 81.

77 Siehe zu den Gerichten von Oregon, Washington, Maine und Vermont *Tarr*, Understanding State Constitutions, 162 Fußnote 115 m.w.N.

78 Vgl. als vielzitierten Beitrag *Brennan*, Harvard Law Review 1977, 489.

79 Siehe näher hierzu Abschnitt D.II.2.b.

80 *Tarr*, Understanding State Constitutions, 162.

81 So etwa (*Bush v. Gore*), 531 U.S. 98 (2000). Der Oberste Gerichtshof widersprach hier der Einstufung des Obersten Gerichtshofes von Florida, nach der die Stimmzählungsregeln bei Wahlen eine rein dem gliedstaatlichen Verfassungsrecht vorbehaltene Materie sei, und wendete die Grundrechte der Bundesverfassung an.

of *New London* entschied der Oberste Gerichtshof etwa, dass zu Zwecken der wirtschaftlichen Entwicklung Enteignungen zulässig sein können,<sup>82</sup> und löste damit umfassende Diskussionen auch auf Ebene des Gliedstaatsverfassungsrechts aus.<sup>83</sup>

Insgesamt zeigte sich spätestens seit den 1990er Jahren eine weitgehende Anerkennung des Neuen Gerichts föderalismus<sup>84</sup> und auch eine Reifung in Bezug auf die ausgetauschten Argumente.<sup>85</sup> Der Neue Gerichts föderalismus wird insoweit nicht länger grundsätzlich in Frage gestellt, sondern etwa ein Konstitutionalismus als Zusammenwirken („common enterprise“) von Gliedstaats- und Bundesverfassungsrecht und Gliedstaats- und Bundesgerichten postuliert, die durch Dialog Antworten auf die großen Auslegungsfragen im Grundrechtsbereich finden sollen.<sup>86</sup> Zugleich dürfe aber der Dialog nicht einfach über die Unterschiede z.B. im Wortlaut zwischen Grundrechten der Bundesverfassung und der Gliedstaatsverfassungen hinweggehen.<sup>87</sup> Auch wird die Praxis der Verfassungsänderung, um die Rechtsprechung der Gliedstaatshöchstgerichte zu verwerfen, bei Grundrechtsentscheidungen in Frage gestellt.<sup>88</sup>

## 6. Zusammenfassung

Besonders deutlich zeigt die – rechtsprechungsgetriebene – geschichtliche Entwicklung im US-amerikanischen Verfassungsrecht, dass Grundrechtsschutz in einem Föderalsystem nicht notwendigerweise als Ziel eine Zentralisierung anstreben muss. Während in den Gliedstaaten zuerst Grundrechte in den Verfassungen niedergelegt wurden und auch Gerichte aufgrund allgemeiner Grundsätze des „Common Law“ Individuen schützten, wandte sich das Bundesrecht erst über den Umweg des Vierzehnten Verfassungszusatzes und der darauffolgenden selektiven Inkorporation der grundrechtsbegründeten Beschränkung des gliedstaatlichen Handelns zu. Als der Oberste Gerichtshof jedoch nach den 1960er Jahren den Grundrechtsschutz weniger stark voranzutreiben begann, traten die Gliedstaatsgerichte im Rahmen des Neuen Gerichts föderalismus in die Bresche und loteten die verbliebenen Spielräume gliedstaatlicher Grundrechtsentfaltung aus. Die Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes hierzu und zur Zuständigkeit von Gliedstaats- und Bundesgerichten stützte dieses Vorgehen.

82 (*Kelo v. City of New London*), 545 U.S. 469 (2005).

83 *Schultz*, Albany Law Environmental Outlook Journal 2006, 41 (63 ff.).

84 *Collins*, Washington Law Review 1989, 5 (5 ff.).

85 *Shepard*, Valparaiso University Law Review 1996, 421 (444 ff.).

86 *Kahn*, Harvard Law Review 1993, 1147 (1168). Siehe auch *Friedman*, Hastings Constitutional Law Quarterly 2000, 93 (112 f.).

87 *Linde*, Rutgers Law Journal 1993, 927 (955 f.).

88 *Williams*, American State Constitutions, 132 f.

### III. Zur geschichtlichen Entwicklung im schweizerischen Verfassungsrecht

Im schweizerischen Verfassungsrecht wird die Entwicklung der Grundrechte vor allem durch die Interaktion zwischen den föderalen Ebenen vorangetrieben. In der Folge ist so auf die Anfänge der rechtlichen Verankerung von Grundrechtsnormen auf Bundesebene einzugehen, danach jedoch auf die kantonale Rechtsentwicklung, bis erneut die Bundesebene im modernen Bundesstaat interveniert. Letztlich ist die von der Lehre teils skeptisch beurteilte verbleibende Bedeutung der kantonalen Grundrechte zu beleuchten.

#### 1. Zu den Anfängen von Grundrechtsnormen auf Bundesebene

Die Struktur des entstehenden Bundesstaates beeinflusste zu Beginn besonders stark die Grundrechtsentwicklung. Vor der Konstituierung als Bundesstaat bildete die Schweizerische Eidgenossenschaft einen Staatenbund auf vertraglicher Grundlage.<sup>89</sup> Inhaltlich schuf dieses Netzwerk an Bündnisverträgen, das durchaus als eine Art Verfassung verstanden werden kann, jedoch eher eine Wehrverfassung.<sup>90</sup> Obwohl dies in den entsprechenden Verträgen typischerweise nicht ausdrücklich festgehalten wurde, bestand die Souveränität der Kantone, die auch ihre interne Organisation umfasste, ungeachtet der gegenseitigen Beistandsverpflichtungen fort.<sup>91</sup> Die Mediationsakte von 1803 führte hierzu aus, dass „die Kantone [...] alle Gewalt aus[üben], die nicht ausdrücklich [sic] der Bundesbehörde übertragen ist“. <sup>92</sup> Auch die Tatsache, dass die Akte erst im späten zwanzigsten Kapitel die Bundesakte enthielt, war kein Zufall, sondern wies auf die eher schwache Bedeutung hin, die dem Bund zukommen sollte.<sup>93</sup>

Grundrechte gewährleistete erstmals die Helvetische Verfassung von 1798, ging jedoch dabei einigermaßen unsystematisch vor.<sup>94</sup> Während die als Vorbild dienende Erklärung von 1789 im Rahmen der Französischen Revolution Meinungs- und Informationsfreiheit vorsah, setzte die Helvetische Verfassung letztere voraus und erwähnte nur die Pressefreiheit; auch ein allgemeiner Gleichbehandlungsgrundsatz findet sich höchstens indirekt, wenn man die Abschaffung erblicher Titel dahingehend auffasst.<sup>95</sup>

89 Martenet, *Autonomie constitutionnelle*, 131 f.

90 Kölz, *Histoire constitutionnelle* (Bd. I), 9.

91 Martenet, *Autonomie constitutionnelle* 133. Vgl. auch zu den politischen Strukturen in den Kantonen zu jener Zeit Auer, *Staatsrecht*, Rn. 516 ff.

92 Mediationsakte vom 5. März 1803, 20. Capitäl Artikel 12, siehe bei Kölz, *Quellenbuch*, 178.

93 Kölz, *Histoire constitutionnelle* (Bd. I), 163.

94 Schefer/Ziegler, *Grundrechte*, in: *Neues Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt*, 61. Für Kantonsverfassungen sieht Auer, *Staatsrecht*, Rn. 515, in dieser Phase gar einen „Black-out“ in dem Sinn, dass es keinen Platz für sie gab.

95 Kölz, *Histoire constitutionnelle* (Bd. I), 119.

Die Mediationsakte vom 5. März 1803, in deren XX. Kapitel die Bundesverfassung enthalten war, enthielt nur vereinzelt Grundrechtsbestimmungen, nämlich einen Gleichbehandlungsgrundsatz in Bezug auf die Herkunft, die Niederlassungsfreiheit und bis zu einem gewissen Grad die Handels- und Gewerbefreiheit.<sup>96</sup>

Der Bundesvertrag von 1815 gewährleistete in noch schwächerem Maße Grundrechte, da er primär darauf ausgerichtet war, den Kantonen Freiraum gegenüber dem Bund einzuräumen und nicht den Individuen.<sup>97</sup> Auch die Bundesurkunde von 1832 beschränkte sich darauf, die Niederlassungs- und die Petitionsfreiheit zu garantieren.<sup>98</sup> Somit bestanden bis zur Mitte des 19. Jahrhunderts nur wenige Elemente eines zentralisierten Grundrechtsschutzes.

## 2. Zum Fortschritt des Grundrechtsschutzes durch die Interaktion von kantonomer und Bundesebene

Der bestehende Mangel an Grundrechtsschutz wurde nach anfänglichem Zögern auf kantonomer Ebene ausgeglichen. Unter französischem Druck sahen die Kantone so anfangs in ihren Verfassungen ansatzweise Grundrechtsbestimmungen, insbesondere zur Rechtsgleichheit, vor; jedoch blieben diese vereinzelt und unvollständig, und schon bald kehrte sich diese Entwicklung wieder um.<sup>99</sup>

Im frühen 19. Jahrhundert erstarkten hingegen liberale Oppositionsbewegungen in den Kantonen, die den Erlass demokratischer und liberaler Verfassungen forderten. In der Folge wurden viele Kantonsverfassungen revidiert und Grundrechte in ihnen geregelt.<sup>100</sup> In der Zeit der Regeneration von 1830 bis 1848 begannen somit die Kantonsverfassungen, die persönliche Freiheit, die Unverletzlichkeit der Wohnung, das Recht auf den verfassungsmässigen Richter, das Eigentumsrecht und die Wirtschafts- und Niederlassungsfreiheit zu schützen.<sup>101</sup> In der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts entstand in den Kantonen aufgrund der Nähe zu den konkreten Lebensbedingungen der Bevölkerung neben dem politischen und wirtschaftlichen auch ein ausgeprägtes soziales Grundrechtsverständnis, so dass Fragen der Armutsbekämpfung und Schulbildung ins Zentrum rückten.<sup>102</sup>

Hingegen kam es in die Mitte des 19. Jahrhunderts auch zu einem einschneidenden Bedeutungsverlust für die Kantone. Die Wandlung der Eidgenossenschaft

96 *Schefer/Ziegler*, Grundrechte, in: Neues Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt, 61.

97 *Kölz*, Histoire constitutionnelle (Bd. I), 201 f.

98 *Hafner*, ZSR 2001, 11 (22 f.).

99 *Schefer/Ziegler*, Grundrechte, in: Neues Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt, 62.

100 *Brühwiler*, Freiheitsrechte, 7 f.

101 *Buser*, Kantonales Staatsrecht, Rn. 531. Vgl. auch zur Rolle der Kantonsverfassungen jener Zeit als Vorläufer der Bundesverfassung *Auer*, Staatsrecht, Rn. 547.

102 *Buser*, Kantonales Staatsrecht, Rn. 534 f.

vom Staatenbund zum Bundesstaat durch die neue Bundesverfassung von 1848 brachte für die Kantone den endgültigen Verlust der Souveränität im völkerrechtlichen Sinne.<sup>103</sup> Bereits in der Fassung von 1848 wie in jener von 1874 lautete der entsprechende Artikel 3 aBV ähnlich wie der heutige Artikel 3 BV: „Die Kantone sind souverän, soweit ihre Souveränität nicht durch die Bundesverfassung beschränkt ist, und üben als solche alle Rechte aus, welche nicht der Bundesgewalt übertragen sind“.<sup>104</sup> Trotz der Betonung des Souveränitätsbegriffs kann die Bestimmung derart verstanden werden, dass sie wie auch im neuen Artikel 3 BV primär den Stellenwert der Kantone betont<sup>105</sup> und nicht als Zuschreibung von Eigenstaatlichkeit zu verstehen ist,<sup>106</sup> wenngleich unterschiedliche Kantonsverfassungen den jeweiligen Kanton mit einer derartigen Bezeichnung versehen.<sup>107</sup> Zwar wurde diskutiert, im Rahmen der neuen Bundesverfassung von 1999 den Begriff der Souveränität etwa durch „Hoheitsbefugnisse“ oder „Eigenständigkeit“ zu ersetzen, um dies zu verdeutlichen. Letztlich wurde dies aus Gründen der Tradition und auch, um dem neu erwachten Selbstbewusstsein der Kantone gerecht zu werden, verworfen.<sup>108</sup>

Während zu jener Zeit in den Kantonen die Idee von Grundrechten bereits Fuß gefasst hatte, ging es Mitte des 19. Jahrhunderts bei der Schaffung der Bundesverfassung primär darum, die Grundrechte nun auch auf Bundesebene festzuschreiben und sie jenen konservativen Kantonen aufzuerlegen, die sie bisher zurückgewiesen hatten.<sup>109</sup> Dennoch wurde letztlich nur das grundrechtliche Minimum wie etwa die Niederlassungsfreiheit, das für die Schaffung eines Bundesstaates erforderlich schien, in die Bundesverfassung von 1848 aufgenommen.<sup>110</sup> Bereits die Niederlassungsfreiheit war umstritten, da man Konkurrenz und höhere Sozialausgaben fürchtete; hingegen wurde die Pressefreiheit als notwendig er-

103 Siehe zur damit verbundenen Möglichkeit des Bundesverfassungsgebers, die Souveränität der Kantone zu beschränken *Biaggini*, BV-Kommentar, Art. 3 BV, Rn. 3. Vgl. auch zur damit verbundenen Aufgabe des Grundsatzes der Gleichheit der Kantone und zur Hinwendung zum Mehrheitsprinzip *Kölz*, *Histoire constitutionnelle* (Bd. I), 609 ff.

104 *Schweizer*, Art. 3 BV, in: Die schweizerische Bundesverfassung - St. Galler Kommentar, Rn. 1.

105 *Rhinow*, Bundesverfassung 2000, 66.

106 Siehe *Ruch*, Art. 51 BV, in: Die schweizerische Bundesverfassung - St. Galler Kommentar, Rn. 6, der vor diesem Hintergrund die Bezeichnung der relativierten Souveränität jener der „beschränkten Staatsqualität“ (bei *Häfelin et al.*, Bundesstaatsrecht, Rn. 944) vorzieht. Hingegen aa *Auer*, Staatsrecht, Rn. 507, für den die Souveränitätsklausel des Artikel 3 BV die Existenz der souveränen Kantone voraussetzt und der somit eine zentrale Funktion der Kantonsverfassung darin sieht, die Staatlichkeit des jeweiligen Kantons darzustellen; vgl. auch zur zumindest historisch symbolischen Bedeutung der Souveränitätsfeststellung der Kantone *Aubert/Mahon*, *Petit Commentaire*, Art. 3, Rn. 11.

107 So spricht etwa die Verfassung des Kantons Jura von „Staat“ („état“), jene von Waadt von „demokratischer Republik („république démocratique“) oder jene von Obwalden von „Freistaat“, siehe m.w.N. *Ruch*, Art. 51 BV, in: Die schweizerische Bundesverfassung - St. Galler Kommentar, Rn. 6.

108 *Rhinow*, Bundesverfassung 2000, 67.

109 *Kölz*, *Histoire constitutionnelle* (Bd. I), 641.

110 *Schefer/Ziegler*, Grundrechte, in: Neues Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt, 64.

achtet, um kantonalen Zensur entgegenzuwirken.<sup>111</sup> Insgesamt verließ man sich an dieser Stelle erneut auf den Schutz der Rechte des Einzelnen auf Kantonsebene.<sup>112</sup>

Die Totalrevision von 1874 stärkte gewisse Gewährleistungen wie etwa jene der Handels- und Gewerbefreiheit,<sup>113</sup> ließ jedoch weiterhin Lücken wie etwa bei der Meinungsfreiheit, der Versammlungsfreiheit, der Eigentumsgarantie oder dem allgemeinen Schutz der persönlichen Freiheit.<sup>114</sup> Aus diesem Grund stützten sich maßgebliche Entwicklungen in der Rechtsprechung des Bundesgerichts jener Zeit auf die entsprechenden kantonalen Grundrechtsgarantien.<sup>115</sup> Jedoch erwiesen sich auch einige der kantonalen Grundrechtskataloge in Bezug auf wichtige Grundrechtsgarantien als lückenhaft, was etwa die Versammlungsfreiheit oder das Recht auf freie Meinungsäußerung betraf.<sup>116</sup> Das Bundesgericht sah sich daher gezwungen, auf das Willkürverbot der damaligen Bundesverfassung zurückzugreifen und dieses weit auszulegen, um die landesweite Anwendung bestimmter Grundrechtsinhalte sicherzustellen.<sup>117</sup> Als zweite Strategie entwickelte das Bundesgericht gemeineidgenössische Grundrechte auf der Grundlage kantonalen Verfassungen, die mit dem Bestehen einer Gesellschaft notwendig verbunden und daher in allen Kantonen zu schützen seien.<sup>118</sup> Auf diese Art entfernte sich die grundrechtsschützende Rechtsprechung bereits von den konkreten Bestimmungen der Kantonsverfassungen.<sup>119</sup> Zusätzlich dazu wurden auch dem Bundesgericht immer weitreichendere Kompetenzen zur Behandlung von Beschwerden mit bundesverfassungsrechtlichem, grundrechtsbezogenem Inhalt zugewiesen, die bisher dem Bundesrat zugeordnet gewesen waren.<sup>120</sup> Als Folge wurden mit der Zeit immer weniger Verfassungsbeschwerden vor dem Bundesgericht auf der Grundlage kantonalen Grundrechte entschieden.<sup>121</sup>

111 Buser, Kantonales Staatsrecht, Rn. 532.

112 Belser, Kantonale Grundrechte, in: La Convention européenne des droits de l'homme et les cantons - Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Kantone, 70.

113 Kölz, Histoire constitutionnelle (Bd. II), 589, versteht die Revision somit als primär wirtschafts- und fortschrittsfreundlich.

114 Schefer/Ziegler, Grundrechte, in: Neues Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt, 66.

115 Siehe etwa zum Versammlungsrecht BGE 12 I 93 E. 2; BGE 7 I 502 E. 2.

116 Siehe für eine Übersicht Brühwiler, Freiheitsrechte, 87.

117 Vgl. etwa der Entscheid zum Verbot der Feuerbestattung, da keine kantonale Grundrechtsbestimmung eine Verfügungsbefugnis über den eigenen Körper nach dem Tod gewährte, in BGE 45 I 132. Siehe auch Giacometti, Verfassungsgerichtsbarkeit, 267, dem zufolge mehr als die Hälfte aller Rekurse im Jahr 1933 auf der Grundlage des Willkürverbots beurteilt wurden.

118 BGE 35 I 559 E. 4. In diesem Fall schützte das Bundesgericht die Eigentumsfreiheit, obwohl sie in der Kantonsverfassung des Tessins nicht verankert war.

119 Schefer/Ziegler, Grundrechte, in: Neues Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt, 68.

120 Kölz, Histoire constitutionnelle (Bd. II), 805 ff.

121 Giacometti, Verfassungsgerichtsbarkeit, 266 f.

### 3. Zum Bedeutungsverlust der kantonalen Grundrechte

Bis in die Mitte des 20. Jahrhunderts betrachtete man primär die Kantonsverfassungen als Garanten der liberal-demokratischen Staatsidee der Schweiz.<sup>122</sup> Jedoch erstarkte bereits in jener Phase die Bundesebene durch die verstärkte Regulierung sozialstaatlicher Fragen und beschränkte sich die rechtliche Innovation in den Kantonen auf die Gesetzes- und Realaktebene, während die Kantonsverfassungen immer mehr als veraltet angesehen wurden.<sup>123</sup> Von dieser Entwicklung blieben mittelfristig auch die kantonalen Grundrechte nicht verschont, obwohl sie zuerst noch eine zentrale Rolle bei der vom Bundesgericht entwickelten Rechtsprechung zu Grundrechten spielten.

Die lückenhafte Gewährleistung von Grundrechten durch die Bundesverfassung von 1874 erwies sich auch Mitte des 20. Jahrhunderts nach wie vor als Problem.<sup>124</sup> Nach dem Zweiten Weltkrieg entwickelte das Bundesgericht aufgrund von stärker werdenden entsprechenden Aufforderungen aus der Lehre<sup>125</sup> in seiner Rechtsprechung ungeschriebene Grundrechte und füllte so die Lücken der Bundesverfassung. Es schützte so in seiner Rechtsprechung beispielsweise die Eigentumsgarantie,<sup>126</sup> die Meinungsäusserungsfreiheit,<sup>127</sup> die persönliche Freiheit<sup>128</sup> und später sogar das Recht auf Existenzsicherung.<sup>129</sup> Durch die Anerkennung ungeschriebener Grundrechte ergänzte das Bundesgericht – in nicht immer unumstrittener Weise<sup>130</sup> – den unvollständigen Grundrechtskatalog der Bundesverfassung.<sup>131</sup>

Die kantonalen Grundrechte unterstützten diese Entwicklung insoweit, als sie vom Bundesgericht als Ausdruck eines breiten gesellschaftlichen Konsenses über die Geltung eines jeweiligen Grundrechtes dienten und auch zur inhaltlichen Umschreibung einer solchen neuen Garantie beitrugen.<sup>132</sup> Gemäß der bundesgerichtlichen Rechtsprechung mussten nämlich für eine solche Anerkennung eines Grundrechts zwei Voraussetzungen erfüllt sein. Erstens muss der fragliche An-

122 So *Giacometti*, Staatsrecht, 552 f.

123 *Eichenberger*, Verfassungsbegriff, in: Die Baselstädtische Kantonsverfassung, 54.

124 Vgl. daraus folgende pessimistische Stellungnahmen zur künftigen Bedeutung der Bundesverfassungsgrundrechte etwa bei *Huber*, Garantie, 193 ff. Wesentlich optimistischer hingegen etwa *Giacometti*, Verfassungsgerichtsbarkeit, 268.

125 *Huber*, Rechtsquellenprobleme im schweizerischen Recht : Festgabe der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern für den schweizerischen Juristenverein 1955, 95; *Giacometti*, ZSR 1955, 149.

126 BGE 89 I 92 E. 3.

127 BGE 87 I 114 E. 2.

128 BGE 89 I 92 E. 3.

129 BGE 121 I 367 E. 2a-c.

130 Vgl. m.w.N. *Kley*, Geschichte, 213 ff.

131 Siehe hierzu auch *Grisel*, Droits constitutionnels, in: Festschrift für Ulrich Häfelin zum 65. Geburtstag, 59; *Rossinelli*, Libertés, 228 ff.

132 *Schefer/Ziegler*, Grundrechte, in: Neues Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt, 70.

spruch die Voraussetzung für die Ausübung anderer Freiheitsrechte bilden oder sonst als unentbehrlicher Bestandteil der demokratischen und rechtsstaatlichen Ordnung des Bundes erscheinen. Zweitens muss eine solche Gewährleistung „bereits einer weitverbreiteten Verfassungswirklichkeit in den Kantonen“ entsprechen und „von einem allgemeinen Konsens getragen“ sein.<sup>133</sup> Gerade beim zweiten Kriterium stützt sich das Bundesgericht aber nicht allein auf das geschriebene Verfassungsrecht der Kantone, da dieses ebenfalls lückenhaft sein könnte, sondern prüft die tatsächlich geübte Praxis, die Verfassungsrechtslehre und andere Quellen.<sup>134</sup>

Im Ergebnis verloren die kantonalen Grundrechte jedoch trotzdem an Bedeutung, wurden sie doch als Folge weniger als selbständige rechtliche Grundlage der gerichtlichen Prüfung von Grundrechtsfällen herangezogen.<sup>135</sup> Nur noch indirekt trugen sie auf diesem Wege als ungeschriebene oder später geschriebene und auf Bundesebene gehobene Gewährleistungen sowohl zur „vertikalen“ als auch zur „horizontalen“ Koordination bei, indem neue Grundrechte einerseits für den Bund verbindlich wurden und andererseits auch für Kantone, die gewisse Grundrechte noch nicht nachvollzogen hatten.<sup>136</sup>

Bis in die siebziger Jahre des 20. Jahrhunderts setzte sich so ein Prozess des Bedeutungsverlustes der kantonalen Grundrechte und zugleich der Kantonsverfassungen fort. Zwar führte in der Folge eine Reihe von Revisionen der bestehenden Kantonsverfassungen zu einer Neubelebung der Diskussion um das kantonale Verfassungsrecht.<sup>137</sup> Die meisten Kantonsverfassungen wurden somit im Laufe der Zeit Totalrevisionen unterworfen,<sup>138</sup> was auch in der Lehre zu einer neuerlich verstärkten Beschäftigung mit dem kantonalen Verfassungsrecht führte.<sup>139</sup> Jedoch ging diese Entwicklung nicht mit einer verstärkten Anwendung von und Beschäftigung mit kantonalen Grundrechten einher. Dies kann durchaus kritisch bewertet werden, da man sich so ohne vertiefte Prüfung mit den auf höherer Ebene des

133 So etwa BGE 115 Ia 234 E. 10.

134 Siehe etwa zum Recht auf Existenzsicherung in BGE 121 I 367 E. 2b. So schadet etwa eine unterschiedliche Verankerung einer Gewährleistung je nach Kanton, d.h. teils als Verfassungsnorm *de lege ferenda*, teils als ausdrückliches Grundrecht, teils als Staatszielbestimmung und teils rein auf Gesetzesebene, nicht.

135 *Schefer/Ziegler*, Grundrechte, in: Neues Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt, 70.

136 Vgl. hierzu *Belser*, Kantonale Grundrechte, in: La Convention européenne des droits de l'homme et les cantons - Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Kantone, 71.

137 Ein wichtiges Ziel dieser Revisionen war, die Kantonsverfassungen an die Änderungen des übergeordneten Rechts anzupassen, um so einem Legitimitätsverlust durch entstehende Inkohärenzen vorzubeugen, *Ehrenzeller/Nobs*, ZBl 2009, 1 (5). Dies ging aber auch einher mit einer verstärkten Diskussion über die Beteiligung der Kantone an den auswärtigen Angelegenheiten. Vgl. etwa zum Bundesgesetz vom 22. Dezember 1999 über die Mitwirkung der Kantone an der Aussenpolitik des Bundes (SR 138.1) *Buser*, Kantonales Staatsrecht, Rn. 275 ff.

138 Einen Überblick über die Reihenfolge der Totalrevisionen bzw. deren gegenseitige Beeinflussung bieten *Ehrenzeller/Nobs*, ZBl 2009, 1 (3 f.). Siehe auch den Überblick bei *Buser*, Kantonales Staatsrecht, Rn. 36 Fußnote 68.

139 *Ehrenzeller/Nobs*, ZBl 2009, 1 (2).

Bundes oder der EMRK festgelegten Mindestschutzstandards für Grundrechte zufrieden gibt.<sup>140</sup> Nicht zuletzt lässt sich anhand der Totalrevisionen der Kantonsverfassungen der vergangenen Jahrzehnte auch eine Tendenz zur Homogenität in zentralen Fragen feststellen, aufgrund welcher manche von einer „Bildung von gemeineidgenössischem Verfassungsrecht“ sprechen.<sup>141</sup>

#### 4. Zusammenfassung

Während die Schweiz sich in geschichtlicher Perspektive vom losen Verteidigungsbund hin zu einem Staat mit einer Verfassung auf Bundesebene entwickelte, erfolgte die Gewährleistung von Grundrechten zu unterschiedlichen Zeitpunkten auf unterschiedlichen Ebenen. Nach zaghaften Anfängen auf Bundesebene zu Zeiten der Helvetischen Republik waren es für eine lange Phase vorwiegend die Kantone, die in ihren Verfassungen grundrechtliche Gewährleistungen niederlegten und diese auch aktiv – wenngleich in unterschiedlichem Ausmaß – schützten. Sowohl die Verfassung von 1848 als auch die Totalrevision von 1874 ließen Grundrechtsschutzlücken bestehen, da auf den kantonalen Grundrechtsschutz abgestellt wurde. Wenig überrascht daher, dass das Bundesgericht sich anfänglich stark auf die kantonalen Grundrechtskataloge stützte bzw. deren Lücken zu füllen versuchte, um einen umfassenden Grundrechtsschutz in der Schweiz zu etablieren. Jedoch verloren in der Folge in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts die kantonalen Garantien an Bedeutung, da sich das Bundesgericht in der Folge nur noch auf sie stützte, um ungeschriebene Grundrechte der Bundesverfassung anzuerkennen, jedoch letztere für die Entscheidung von Fällen heranzog. In der Lehre wird daher der Bedeutungsverlust der kantonalen Grundrechte mit Missfallen aufgenommen, könnten letztere doch eine bedeutendere Rolle als innovationsfördernde Instrumente einnehmen.

#### IV. Zwischenergebnis

Während sich einige grobe Parallelen zwischen der geschichtlichen Entwicklung der untersuchten Föderalsysteme ziehen lassen, ergeben sich zugleich auch einige verallgemeinerungsfähige Beobachtungen. Im deutschen Verfassungsrecht übernahmen über eine längere Phase die Landesverfassungen die Funktion des Grundrechtsschutzes. Erst durch das Grundgesetz wurde die starke Rolle des Bundesrechts durch entsprechende Grundrechtsgarantien auf derselben Ebene ergänzt. Landesgrundrechte spielten erst in Bezug auf die neuen Länder und ihre

140 Belser, Kantonale Grundrechte, in: La Convention européenne des droits de l'homme et les cantons - Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Kantone, 93.

141 Ehrenzeller/Nobs, ZBl 2009, 1 (29).

Verfassungen wieder verstärkt eine Rolle in der Diskussion, jedoch blieb ihre praktische Bedeutung trotz vorsichtiger Rechtsprechung in diese Richtung gering.

Im US-amerikanischen Verfassungsrecht beeinflussten sich zuerst die Verfassungen des Bundes und der Gliedstaaten gegenseitig; in der Folge übernahmen die Gliedstaatsverfassungen die Rolle des Grundrechtsschutzes, während aufgrund des Versagens einiger Gliedstaaten in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts die Bundesverfassung durch den Obersten Gerichtshof mittels des Vierzehnten Verfassungszusatzes und der selektiven Inkorporation zu Zwecken des Grundrechtsschutzes in Stellung gebracht wurde. Erst als das grundrechtliche Schutzniveau, das auf Ebene der Bundesverfassung gesetzt wurde, nicht mehr für ausreichend befunden wurde, entwickelte sich der Neue Gerichtsföderalismus und schöpfte die verbleibenden Spielräume für Grundrechtsentfaltung auf Ebene der Gliedstaatsverfassungen aus.

Im schweizerischen Verfassungsrecht nahmen die kantonalen Grundrechte lange die führende Rolle ein. Sogar das Bundesgericht stützte sich mangels ausdrücklicher Garantien in der Bundesverfassung lange auf sie, ging jedoch in der Folge dazu über, eigene ungeschriebene Garantien zu entwickeln und sich dafür nur noch indirekt auf die kantonalen Grundrechte zu beziehen. Erst Totalrevisionen der kantonalen Verfassungen und Stimmen in der Lehre, die das fehlende Ausschöpfen der Entfaltungsmöglichkeiten kantonalen Grundrechtsschutzes bemängelten, führten zu erneutem Interesse an kantonalen Grundrechten, denen jedoch weiterhin nur geringe praktische Bedeutung zukommt.

Somit lassen sich zwei wesentliche Parallelen und zugleich Schlussfolgerungen ziehen. Als Erstes zeigt sich, dass die jeweilige dezentrale Ebene in einem Föderalsystem häufig die Grundrechtsverantwortung übernimmt, solange die zentrale Ebene nicht ausreichende Garantien bietet bzw. diese nicht länger als ausreichend wahrgenommen werden. Aus Grundrechtsperspektive bieten somit Föderalsysteme jeweils eine Rückzugslösung, sobald eine Ebene keinen ausreichenden Grundrechtsschutz sicherzustellen vermag. Eine Tendenz zur Zentralisierung ist als Zweites durchaus in allen drei Föderalsystemen festzustellen, jedoch nicht notwendigerweise als konstant unidirektionale Entwicklung. Gerade diese Entwicklung – d.h. Grundrechtsschutz wird zwar vorerst zentral gesteuert, kann jedoch erneut Raum lassen für dezentrale Grundrechtsentfaltung – kann aus Grundrechtsperspektive als positiv eingestuft werden, erlaubt sie doch trotz Sicherung eines zentralisierten Mindestschutzes weitergehenden Grundrechtsschutz und rechtliche Innovationen, wie das – noch näher zu untersuchende – Beispiel des Neuen Gerichtsföderalismus im US-amerikanischen Verfassungsrecht verdeutlicht. Somit kann letztlich die eingangs gestellte Frage, ob die Bindung an die Grundrechte der zentralen Rechtsebene in Föderalsystemen im Lichte der Ge-

schichte einer linearen Entwicklung in Richtung einer Zentralisierung unterliegt, bei näherer Betrachtung verneint werden.

### C. Zur Grundrechtskompetenz in den ausgewählten Föderalsystemen

Nachdem im geschichtlichen Überblick in allen ausgewählten Föderalsystemen zumindest ein gewisser Grad an Grundrechtszentralisierung festgestellt wurde, stellt sich die Frage, inwieweit diese Entwicklung die Grundrechtskompetenz dezentraler Einheiten in den Föderalsystemen in Frage stellt. Zu diesem Zweck ist zu untersuchen, inwieweit eine solche Kompetenz besteht, wie sie in das jeweilige Verfassungssystem eingebettet ist, und in welchem Umfang von ihr Gebrauch gemacht wurde, um eigene Grundrechtskataloge zu schaffen, die sich durch Grundrechte auszeichnen, die im Vergleich zum zentralisierten Grundrechtskatalog weniger oder mehr Schutz bieten. Ob solche Grundrechte vom jeweiligen zentralen Grundrechtskatalog abweichen, wird an dieser Stelle noch weitgehend aufgrund des jeweiligen Verfassungstexts beurteilt. Erst im folgenden Abschnitt soll der konkrete Umgang des jeweiligen Verfassungssystems mit parallel anwendbaren Grundrechten verschiedener Ebenen, die womöglich in Konflikt geraten, geprüft werden.

#### I. Zur Grundrechtskompetenz der Länder im deutschen Verfassungsrecht

Als erster Schritt sind die Grundlagen und Grenzen der Grundrechtskompetenz der Länder auszuleuchten. Anerkannt ist hier vor dem Hintergrund der sogenannten grundsätzlichen Trennung der Verfassungsräume<sup>142</sup> weitgehend, dass den Ländern eine solche Kompetenz zukommt. Umstritten ist hingegen, wie weit diese durch das Grundgesetz überlagert oder gar ausgeschlossen bzw. in der konkreten Ausübung beschränkt wird. Hierauf ist die tatsächliche Ausübung der Kompetenz zur Schaffung von Landesgrundrechten zu untersuchen.

##### 1. Grundlagen der Grundrechtskompetenz der Länder

Als anerkannt gilt, dass die Länder das Recht haben, Grundrechte zu erlassen, soweit ihre Hoheitsmacht als Gliedstaaten reicht. Sie unterliegen jedoch keiner Verpflichtung dazu. Auch wenn Grundrechte als notwendiger Bestandteil jeder Verfassung erachtet werden, wirkt hier bereits die umfassende Bindung der Landesstaatsgewalt an die Grundrechte des Grundgesetzes nach Artikel 1 Abs. 3

142 Dietlein, AöR 1995, 1 (12). Vgl. skeptisch zu diesem „Schlagwort“ Ott, Landesgrundrechte, 31 f.

GG.<sup>143</sup> Artikel 142 GG regelt nur das Fortgelten von Landesgrundrechten unter bestimmten Voraussetzungen und verlangt daher nicht, dass bereits Landesgrundrechte vorhanden sein müssen.<sup>144</sup>

Liegt nunmehr etwa ein grundrechtlicher Gesetzesvorbehalt vor, ist dieser als Eingriffsrechtfertigung zugunsten des jeweils zuständigen Gesetzgebers zu verstehen. Dies kann die Bundes- und Landesebene betreffen und aufgrund der Systematik konkurrierender Gesetzgebungskompetenzen auch wechseln.<sup>145</sup> Ein Verzicht auf eigene Grundrechte stellt noch keinen Widerspruch zu den Grundrechten des Grundgesetzes dar und widerspricht auch nicht dem Artikel 28 Abs. 3 GG, der dem Bund aufträgt, zu gewährleisten, dass die verfassungsmäßige Ordnung der Länder den Grundrechten entspricht.<sup>146</sup>

Die Länder verfügen somit über eine Grundrechtshoheit mit gewissen Spielräumen, müssen sich jedoch zugleich an die Durchgriffsnormen des Grundgesetzes halten wie etwa Artikel 1 Abs. 3 GG, der die Grundgesetzgrundrechte auch für die Landesstaatgewalt für verbindlich erklärt, Artikel 20 Abs. 2 und 3 GG, der dies für die Verfassungsprinzipien des Grundgesetzes vorgibt, und Artikel 28 Abs. 1 GG, der als Homogenitätsgebot ein Mindestmaß an Übereinstimmung im Staatsaufbau sicherstellen soll.<sup>147</sup>

## 2. Zur Bindung der Landesverfassungsgesetzgeber an die Kompetenzordnung des Grundgesetzes

Einschränkungen des genannten Spielraums der Landesverfassungsgesetzgeber könnten sich daraus ergeben, dass sich die Länder an die Kompetenzvorgaben des Grundgesetzes halten müssen, wenn sie Landesgrundrechte erlassen. Die Landesgrundrechtskataloge äußern sich nämlich auch zu Gebieten, die ganz oder teilweise der Gesetzgebungskompetenz des Bundes unterliegen bzw. stark durch Bundesrecht determiniert sind.<sup>148</sup> Da weder das Bundesverfassungsgericht eine eindeutige Entscheidung getroffen hat noch eine klare Regelung im Grundgesetz zu finden ist, werden in der Lehre konträre Positionen vertreten.

Eine Seite sieht die Verfassungsgebung der Länder als eine – wenn auch besondere – Art der Gesetzgebung, die an die Regeln der Kompetenzverteilung der Artikel 70 ff. GG gebunden sein müsse.<sup>149</sup> Daher sollen die Länder nicht über ihre

143 Wermeckes, Grundrechtsschutz, 52.

144 Storr, Verfassungsgebung, 182.

145 Von Coelln, Landesgrundrechte, 251.

146 Berkemann, NVwZ 1993, 409 (412); von Olshausen, Landesverfassungsbeschwerde, 122 Fußnote 63.

147 Wobei diese Homogenität nach Artikel 28 Abs. 3 GG primär der Bund gewährleisten soll, siehe Sommer, Landesgrundrechte, 32.

148 Poscher, Neue Justiz 1996, 351 (354). Siehe mit Beispielen Wermeckes, Grundrechtsschutz, 73 f.

149 Etwa März, Bundesrecht, 183 ff.; Graf Vitzthum, Bedeutung gliedstaatlichen Verfassungsrechts, in: VVDStRL 46, 12 Fußnote 21.

Verfassungen Rechtsbereiche regeln dürfen, die ihnen auf einfachgesetzlicher Ebene entzogen sind, bzw. soll es auch nicht zu dem Grundgesetz fremden Doppelzuständigkeiten kommen.<sup>150</sup> Geht man von der Nichtigkeit kompetenzwidrig erlassenen Landesrechts aus, wäre somit auch die Nichtigkeit derartiger Landesverfassungsbestimmungen die Folge.<sup>151</sup>

Eine zweite Auffassung akzeptiert ebenfalls die Bindung des Landesverfassungsrechts an die Kompetenzverteilung des Grundgesetzes, liest aber in die einschlägigen Artikel 70 ff. GG eine nicht ausdrücklich verankerte Kompetenz der Länder für ihr Verfassungsrecht, die aus ihrer Eigenstaatlichkeit und Verfassungsautonomie notwendigerweise folge; Landesgrundrechte stehen hingegen auch gemäß dieser Auffassung unter einem unausgesprochenen Vorbehalt entgegenstehenden Bundesrechts.<sup>152</sup>

Eine dritte Auffassung empfindet hingegen eine Bindung an die Kompetenzverteilung als unbefriedigend, da so die Verfassungsautonomie der Länder beträchtlich geschmälert werde und die Gefahr drohe, große Lücken in den Grundrechtskatalogen der Länder zu schaffen.<sup>153</sup> Da sich eine Verfassung neben Exekutive und Gerichtsbarkeit auch an den Gesetzgeber richte, sei die Verfassungsgebungskompetenz von der einfachen Gesetzgebungskompetenz zu unterscheiden; überdies übe die Verfassung stets auch eine Reservefunktion, etwa bei sich änderndem Bundesrecht, aus.<sup>154</sup> Ginge man von einer Bindung an die Kompetenzverteilung des Grundgesetzes und somit einer eindeutigen Trennung der Verfassungsgebungsbefugnisse wie bei den Gesetzgebungsbefugnissen vor, käme Artikel 142 GG, der doch inhaltsgleichen Landesgrundrechten die Geltung garantiere, nie zur Anwendung; es würden dann nämlich sämtliche inhaltsgleichen Landesgrundrechte bereits durch Grundgesetzgrundrechte verdrängt bzw. könnte es keine kumulative Grundrechtssetzungskompetenz geben.<sup>155</sup> Dementsprechend wird als Lösung eine immanente Selbstbeschränkung der Landesverfassung vorgeschlagen, aufgrund welcher der Regelungsanspruch von Landesgrundrechten von vorneherein auf landesrechtlich geregelte Bereiche beschränkt sei und Kollisionen mit Bundesrecht vermieden würden.<sup>156</sup>

Ein letzter Ansatz verneint ebenfalls die Bindung der Landesverfassungsgesetzgeber an die Kompetenznormen des Artikel 70 ff. GG in Bezug auf Grundrechtsbestimmungen.<sup>157</sup> Diese entziehen sich dieser Ansicht zufolge bereits wesensmäßig einer Differenzierung nach einzelnen Sachgebieten, wie sie bei einfache-

150 März, Bundesrecht, 186; Rozek, Grundgesetz, 131 ff..

151 Wermeckes, Grundrechtsschutz, 77.

152 Sachs, ThürVBl. 1993, 121 (122 f.).

153 Ibid. (122).

154 Sommer, Landesgrundrechte, 49 f.; Sacksofsky, NVwZ 1993, 235 (239).

155 Zierlein, AöR 1995, 205 (220).

156 Wiederin, Bundesrecht und Landesrecht, 352.

157 Siehe m.w.N. Wermeckes, Grundrechtsschutz, 79 Fußnote 443.

setzunglichen Regelungen möglich ist und worauf auch die Auflistungen von Bereichen der Kompetenzbestimmungen beruhen.<sup>158</sup> Es sei zwischen einfachem Landesrecht und Landesverfassungsrecht, wie dies auch auf Bundesebene stattfindet,<sup>159</sup> zu unterscheiden und das Landesverfassungsrecht somit von der Bindung an die Kompetenzordnung des Grundgesetzes freizustellen.<sup>160</sup> Zugleich biete es einen gewissen Schutz, wenn im Verfassungsrecht lediglich grundlegende, querschnittsartige Materien zu regeln seien, da so kein Missbrauch der dann nicht an die Artikel 70 ff. GG gebundenen Verfassungsgebungskompetenz der Länder stattfinden könne, etwa indem unter Umgehung der Kompetenzvorgaben des Grundgesetzes weite Teile des Bundesrechts in die eigene Landesverfassung aufgenommen würden.<sup>161</sup> Bei einem solchen Vorgehen würde nicht nur der Grundsatz des bundesfreundlichen Verhaltens verletzt,<sup>162</sup> dies widerspräche auch der Funktion einer Verfassung als Grundordnung eines Staates.<sup>163</sup>

Der dargestellte Meinungsstreit zeigt, dass unterschiedliche Positionen in Bezug auf die Bindung der Landesverfassungsgeber an die Kompetenzvorgaben des Grundgesetzes vertreten werden können. Letztlich kann aber sogar für den Fall, dass diese Bindung bejaht wird, mit guten Argumenten ein Bestehen einer Kompetenz zur Schaffung von Grundrechten des Landesverfassungsgebers begründet werden. Somit kann insgesamt von einer grundsätzlich weitreichenden Kompetenz, Landesgrundrechte zu schaffen, ausgegangen werden, wenngleich die Kollision mit Bundesrecht im Ergebnis zu einem Zurücktreten besagter Landesgrundrechte führen kann.

### 3. Zur Landesverfassungsbeschwerde an ein Landesverfassungsgericht

Teil der Grundrechtskompetenz der Länder stellt auch dar, ein Verfahren zur Durchsetzung der eigenen Grundrechte einzurichten. Grundsätzlich hat das Bundesverfassungsgericht bereits deutlich Stellung bezogen, dass die Länder Landesverfassungsgerichte und die Möglichkeit zu einer Verfassungsbeschwerde vor diesen einrichten dürfen.<sup>164</sup> Jedoch blieben wichtige Elemente wie etwa der zulässige Prüfmaßstab und der zulässige Prüfgegenstand bei einer solchen Beschwerde im Lichte der potenziellen Konflikte zwischen Landesverfassungs- und Bundesrecht unklar und werden weiterhin kontrovers diskutiert.<sup>165</sup>

158 Poscher, Neue Justiz 1996, 351 (354).

159 Siehe Artikel 79 GG.

160 Wermeckes, Grundrechtsschutz, 83.

161 Jutzi, Landesverfassungsrecht, 21.

162 Von Olshausen, Landesverfassungsbeschwerde, 157.

163 Jutzi, Landesverfassungsrecht, 22.

164 BVerfGE 96, 345 (373 f.).

165 Hierzu näher im Abschnitt D.I.2.c.

Somit ist die Existenz einer Länderkompetenz zur Verfassungsgesetzgebung und Schaffung von Grundrechtskatalogen auf Landesebene sowie einer Landesverfassungsbeschwerde vor Landesverfassungsgerichten weitgehend unbestritten, wenngleich die genaue dogmatische Begründung bzw. das Vorliegen und die Reichweite einer Bindung an die Kompetenzvorgaben des Grundgesetzes im Rahmen dieser Länderkompetenz noch teils ungeklärt scheinen.

#### 4. Zur praktischen Ausübung der Grundrechtskompetenz der Länder

Nachdem festgestellt wurde, dass den Ländern nach überwiegender Ansicht eine gut abgestützte Kompetenz zum Erlass von Grundrechtsnormen im Rahmen ihres Landesverfassungsrechts zukommt, ist zu prüfen, in welchem Ausmaß die Landesverfassungsgeber diese Kompetenz tatsächlich genutzt haben. Die verschiedenen Landesverfassungen weisen teils umfassende Grundrechtsteile, teils Rezeptionsklauseln und eigene Grundrechte, teils aber auch keinen Grundrechtsteil auf.<sup>166</sup> In wenigen Ländern existiert darüber hinaus keine Landesverfassungsbeschwerde zur unmittelbaren Geltendmachung von Landesgrundrechten.<sup>167</sup> Aufgrund dieser sehr unterschiedlichen Ausgangslage kann an dieser Stelle keine umfassende Darstellung sämtlicher Problemfälle geleistet werden.<sup>168</sup> Vielmehr werden anhand von Beispielen die unterschiedlichen denkbaren Konstellationen von Grundrechtssetzung auf Landesebene erörtert, die ein hinter dem Grundgesetz zurückbleibendes oder über es hinausgehendes Schutzniveau schafft.

##### a) *Aliud-Gewährleistungen*

Eine erste Gruppe von Landesgrundrechten, die sich inhaltlich von den Gewährleistungen des Grundgesetzes unterscheiden, umfasst *aliud*-Gewährleistungen, d.h. Landesgrundrechte, die eigene Gewährleistungen beinhalten. Allerdings ist im Einzelfall genau zu prüfen, ob tatsächlich eine neue Gewährleistung geschaffen wurde.<sup>169</sup> Artikel 16 Abs. 2 der Verfassung von Sachsen sieht so etwa ein Verbot grausamer, unmenschlicher und erniedrigender Behandlungen oder Strafen vor. Obwohl ein solches Verbot nicht ausdrücklich im Grundgesetz geregelt ist, lässt es sich bereits aus der in Artikel 1 Abs. 1 GG geregelten Garantie der Men-

166 Siehe für einen Überblick *Wermeckes*, Grundrechtsschutz, 27 ff.

167 Vgl. hierzu bzw. zu teils Ersatzfunktion übernehmenden Normenkontrollverfahren *Tjarks*, Landesgrundrechte, 119 ff.

168 Vgl. hierzu umfassend auch m.w.N. *Dietlein*, Auslegung der Art. 31 und 142 GG, 69 ff.; *Tjarks*, Landesgrundrechte, 145 ff.; *Wermeckes*, Grundrechtsschutz, 122 ff.

169 Vgl. skeptisch zu der Frage, ob es sich bei *aliud*-Gewährleistungen um über das Grundgesetz hinausgehenden Schutz durch Landesgrundrechte handelt *Martina*, Grundrechte der nordrhein-westfälischen Landesverfassung, 16 f.

schenwürde ableiten.<sup>170</sup> Auf ähnliche Art und Weise sind auch bestimmte soziale Grundrechte, die in Landesverfassungen verankert sind, zu beurteilen. Der in Artikel 54 Abs. 2 der Verfassung Brandenburgs geregelte Anspruch entlassener Strafgefangener auf Wiedereingliederung ergibt sich bereits aus der – im Grundgesetz wie auch in der brandenburgischen Verfassung niedergelegten – Garantie der Menschenwürde, wie die entsprechende Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts belegt.<sup>171</sup>

Hingegen kann man von einer *aliud*-Gewährleistung ausgehen, wenn etwa in Artikel 32 Abs. 2 der Verfassung von Brandenburg das Recht zur Errichtung von Hochschulen in freier Trägerschaft verbürgt ist, während sich aus der Wissenschaftsfreiheit des Artikel 5 Abs. 3 erster Satz GG lediglich ein Recht auf Gründung privater wissenschaftlicher Hochschulen ableiten lässt, nicht jedoch in Bezug auf nicht-wissenschaftliche Hochschulen.<sup>172</sup> Auch das in Artikel 141 Abs. 3 erster Satz der Bayerischen Verfassung niedergelegte Recht auf den Genuss der Naturschönheiten und die Erholung in der freien Natur, das das Betreten von Wald und Bergweide, das Befahren der Gewässer und die Aneignung wildwachsender Waldfrüchte im ortsüblichen Umfang umfasst, kann als über die allgemeine Handlungsfreiheit in Artikel 2 GG hinausgehendes Landesgrundrecht und *aliud*-Gewährleistung eingestuft werden.<sup>173</sup>

#### b) Hinter dem Grundgesetzstandard zurückbleibende Landesgrundrechte

In verschiedenen Konstellationen gewähren Landesgrundrechte insgesamt betrachtet ein niedrigeres Schutzniveau als die Grundrechte des Grundgesetzes. So kann etwa der Schutzbereich eines Grundrechtes in der Landesverfassung verengt werden. Artikel 8 Abs. 3 der Verfassung von Brandenburg verbietet zum Beispiel, Menschen ohne ihre freiwillige und ausdrückliche Zustimmung medizinischen oder wissenschaftlichen Versuchen zu unterwerfen. Entgegen der Rechtsprechung zu Artikel 1 Abs. 1 GG<sup>174</sup> wird dadurch nicht in allen Fällen die Gefahr einer Verletzung der Menschenwürde durch die einvernehmliche Mitwirkung der Betroffenen beseitigt. Die ausdrückliche und umfassende Legalisierung von medizinischen und wissenschaftlichen Versuchen an Menschen allein auf der Grundlage

170 BVerfGE 1, 332 (348); 45, 187 (228).

171 BVerfGE 35, 202 (235). In ähnlicher Weise ist in Bezug auf spezielle, in Landesverfassungen gewährte Freiheits- und Gleichheitsrechte nicht leichtfertig von einer *aliud* Gewährleistung auszugehen, werden doch die im Grundgesetz normierten entsprechenden Rechte des Artikel 2 Abs. 1 GG und Artikel 3 Abs. 1 GG als in ihrem Anwendungsbereich umfassend verstanden, siehe *Wermeckes*, Grundrechtsschutz, 20 f.

172 So *ibid.*, 145 f.

173 Vgl. *ibid.*, 198 f., auch zur potenziellen Einschränkung der Rechte Dritter, insbesondere in Bezug auf Eigentumsrechte.

174 BVerwGE 64, 274 (279).

der freiwilligen und ausdrücklichen Zustimmung könnte damit ein Zurückfallen hinter das Schutzniveau des Grundgesetzes bedeuten.<sup>175</sup>

Verbote der Aussperrung von Arbeitnehmern durch den Arbeitgeber, wie sie in Verfassungsentwürfen etwa für Thürigen ursprünglich vorgesehen waren, könnten ebenfalls zu einer Verengung des Schutzbereichs eines Landesgrundrechts führen.<sup>176</sup> Das Bundesgericht stufte nämlich im Rahmen des Artikel 9 Abs. 3 GG über die Vereinigungs- und insbesondere Koalitionsfreiheit zumindest die suspendierende Abwehraussperrung als notwendiges Mittel der Arbeitskämpfparität ein.<sup>177</sup>

Neben der Verengung des Schutzbereichs können auch erweiterte Beschränkungsmöglichkeiten eines Grundrechts zu einem niedrigeren Schutzniveau führen. Artikel 17 Abs. 2 der Verfassung von Brandenburg statuiert so etwa einen allgemeinen, unbeschränkten Gesetzesvorbehalt für das Recht auf Freizügigkeit. Hingegen sieht im Vergleich dazu Artikel 11 Abs. 2 GG vor, dass eine gesetzliche Einschränkung nur in bestimmten Fällen zulässig ist wie etwa bei einer Gefahr für die freiheitliche demokratische Grundordnung oder zur Bekämpfung von Seuchengefahr. Ein ähnlicher Fall liegt vor, wenn dem grundsätzlich<sup>178</sup> ohne Unterwerfung unter die sonstigen Beschränkungsmöglichkeiten geregelten Artikel 5 Abs. 3 GG zur Forschungsfreiheit etwa in der Verfassung von Brandenburg eine Bestimmung gegenübersteht, gemäß welcher gesetzliche Beschränkungen dann erlaubt sind, wenn Forschung geeignet ist, die Menschenwürde zu verletzen oder die natürlichen Lebensgrundlagen zu zerstören.<sup>179</sup>

### c) Über den Grundgesetzstandard hinausgehende Landesgrundrechte

Eine weitere Gruppe von Landesgrundrechten gewährt weitergehenden Schutz, als im Grundgesetz vorgesehen ist. So kann etwa der Kreis der Grundrechtsberechtigten oder der Grundrechtsverpflichteten erweitert, die materielle, durch das

175 Hinzuweisen ist hier darauf, wenngleich es sich nur um ein Beispiel zu demonstrativen Zwecken handelt, dass sich in Artikel 8 Abs. 1 der Verfassung von Brandenburg ein Gesetzesvorbehalt für Eingriffe in das in Artikel 8 generell geregelte Recht auf Leben vorgesehen ist. Wird nunmehr Artikel 8 Abs. 3 lediglich als Konkretisierung dieses Rechts auf Leben und nicht als Vorgabe zur unbedingten Freigabe freiwilliger Menschenversuche verstanden, könnte sichergestellt werden, dass grundgesetzkonform auch mit der Einwilligung des Probanden gegen die Menschenwürde verstoßende Versuche unzulässig sind, *Dietlein*, Auslegung der Art. 31 und 142 GG, 74 f. Es ist somit zumindest in diesem Fall auch eine Auslegung möglich, die das Problem der Unvereinbarkeit mit dem Grundgesetz löst.

176 *Ibid.*, 111.

177 BVerfGE 84, 212 (229).

178 Vgl. hingegen etwa zur Einschränkung im Fall kollidierenden Verfassungsrechts BVerfGE 122, 89 (107).

179 Artikel 31 Abs. 2 der Verfassung von Brandenburg. Denkbar scheint hier allenfalls, diese Beschränkungen als auch dem Grundgesetz immanent und somit ebenso für die Forschungsfreiheit des Artikel 5 Abs. 3 GG geltend zu lesen, *Dietlein*, Auslegung der Art. 31 und 142 GG, 120.

Grundrecht gewährleistete Rechtsposition ausgeweitet oder Einschränkungsmöglichkeiten reduziert werden.

Als Beispiel für den ersten Fall werden in Artikel 23 und 24 der Verfassung von Sachsen die Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit als „Jedermannsrechte“ und nicht als nur deutschen Staatsangehörigen vorbehaltene Rechte geregelt. In Artikel 8 Abs. 2 zweiter Satz der Verfassung von Berlin wird auch den nächsten Angehörigen ein Recht auf Auskunft über eine Freiheitsentziehung gewährt.<sup>180</sup> Den Kreis der Grundrechtsverpflichteten weitet Artikel 7 Abs. 2 der Verfassung von Brandenburg aus, indem er statuiert, dass jeder jedem die Anerkennung seiner Würde schulde, und so auch Private zur Achtung der Menschenwürde verpflichtet.<sup>181</sup> Eine inhaltlich über die in Artikel 5 Abs. 1 GG gewährleistete Informationsfreiheit hinausgehende Gewährleistung beinhaltet das in Artikel 21 Abs. 4 der Verfassung von Brandenburg vorgesehene Recht auf Einsicht in Akten und sonstige amtliche Unterlagen der Behörden und Verwaltungseinrichtungen des Landes und der Kommunen, soweit nicht überwiegende öffentliche oder private Interessen entgegenstehen. Zuletzt kann bezüglich der Reduktion der Einschränkungsmöglichkeiten von Grundrechten Artikel 14 Abs. 2 der Verfassung von Sachsen-Anhalt genannt werden. Die Bestimmung unterwirft das Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis nur dem einfachen, nicht privilegierten Gesetzesvorbehalt. Artikel 10 Abs. 2 Satz 2 GG hingegen ergänzt im Vergleich dazu diese Beschränkungsvorgabe darum, dass das Gesetz bestimmen kann, dass eine Beschränkung, wenn sie dem Schutze der freiheitlichen demokratischen Grundordnung oder des Bestandes oder der Sicherung des Bundes oder eines Landes dient, dem Betroffenen nicht mitgeteilt wird, und dass an die Stelle des Rechtsweges die Nachprüfung durch von der Volksvertretung bestellte Organe und Hilfsorgane tritt. So sind im Grundgesetz umfassendere Beschränkungsmöglichkeiten vorgesehen.

Als Unterfall weitergehenden Schutzes durch Landesgrundrechte im Vergleich zum Grundgesetz gibt es auch die im Schrifttum als „ambivalent“ bezeichneten Rechte, bei denen eine landesgrundrechtliche Mehrgewährleistung zugleich durch Grundrechte des Grundgesetzes geschützte Rechtspositionen Dritter beeinträchtigt.<sup>182</sup> Beispielsweise beschränkt ein Aussperrungsverbot wie jenes in Artikel 29 Abs. 5 der Hessischen Verfassung die Handlungsfreiheit der Arbeitgeber, enthält jedoch ein grundrechtliches „Mehr“ für die Arbeitnehmer, denen Nachteile aus einer Aussperrung erspart bleiben.<sup>183</sup>

180 Vgl. auch *Wermeckes*, Grundrechtsschutz, 129.

181 Bereits Artikel 5 Abs. 1 der Verfassung hält fest, dass die Landesgrundrechte, soweit die Verfassung es bestimmt, auch „Dritte“ als unmittelbar geltendes Recht binden.

182 *Wermeckes*, Grundrechtsschutz, 25.

183 *Dreier*, Einheit und Vielfalt, in: *Vielfalt des Rechts - Einheit der Rechtsordnung*, 142 f.

*d) Teilweise niedrigeren, teilweise höheren Schutz bietende Landesgrundrechte*

Einzelne Landesgrundrechte entfalten in einigen Aspekten eine höhere, in anderen jedoch eine niedrigere Schutzwirkung als im Vergleich dazu ein Grundrecht des Grundgesetzes.<sup>184</sup> In einem solchen Fall stellt sich die Frage, ob ein Zurückbleiben im Schutz grundsätzlich akzeptiert wird. Ist dies nicht der Fall, würden die weniger Schutz bietenden Elemente schlicht durch das entsprechende Grundgesetzgrundrecht überlagert.<sup>185</sup> Anderenfalls sind die Teile des Grundrechtes jeweils nach den Regeln zu behandeln, die für weitergehenden bzw. weniger weitgehenden Schutz durch Landesgrundrechte im Vergleich zum Grundgesetz gelten.<sup>186</sup> Als Beispiel gewährt Artikel 17 der Verfassung von Brandenburg das Recht auf Freizügigkeit allen Menschen, nicht nur allen Deutschen, knüpft jedoch Einschränkungen dieses Rechts an weniger strenge Voraussetzungen als Artikel 11 GG.<sup>187</sup>

*5. Zusammenfassung*

Die Untersuchung der Grundrechtskompetenz der Länder im deutschen Verfassungssystem zeigt, dass diese nach mehrheitlicher Ansicht über eine Grundrechts-hoheit mit gewissen Spielräumen verfügen, jedoch zugleich an Durchgriffsnormen des Grundgesetzes gebunden sind. Insbesondere besteht eine klare Regelung, der zufolge die Länder umfassend an die Grundrechte des Grundgesetzes gebunden sind. Auch die umstrittene Frage der Bindung an die Kompetenznormen des Grundgesetzes ändert nichts am Gesamtbefund. Die Grundrechtskompetenz der Länder umfasst neben der Schaffung von Grundrechtskatalogen auf Landesverfassungsebene auch jene von Landesverfassungsgerichten und einer Landesverfassungsbeschwerde vor ebendiesen. Wendet man sich der tatsächlichen Nutzung dieser Kompetenz zu, zeigt ein Überblick über verschiedene Kategorien von grundrechtlichen Gewährleistungen in Landesverfassungen eine Reihe von möglichen Abweichungen gegenüber den im Grundgesetz verbürgten Grundrechten. Bei *aliud*-Gewährleistungen wird eine andere Rechtsposition geschützt als durch die Grundgesetzgrundrechte. Landesgrundrechte bieten darüber hinaus teils auch weiter gehenden bzw. enger gefassten Schutz; es kann sich jedoch auch für Teile eines Landesgrundrechts um weiter gehenden und für andere Teile um weniger weit gehenden Schutz handeln. Zuletzt können Landesgrundrechte in durch Grundgesetzgrundrechte abgesicherte Rechtspositionen Dritter eingreifen. Somit

184 Graf Vitzthum, Bedeutung gliedstaatlichen Verfassungsrechts, in: VVDStRL 46, 32 Fußnote 91.

185 Von Olshausen, Landesverfassungsbeschwerde, 121 f.; Dreier, Einheit und Vielfalt, in: Vielfalt des Rechts - Einheit der Rechtsordnung, 134 f.; März, Bundesrecht, 200.

186 Siehe hierzu Abschnitt D.I.1.b.

187 Wermeckes, Grundrechtsschutz, 24 f.

besteht eindeutig eine umfassende Kompetenz zur Schaffung von Landesgrundrechten, die in unterschiedlichem Umfang, aber dennoch eindeutig genutzt wurde.

## II. Zur Grundrechtskompetenz der Gliedstaaten im US-amerikanischen Verfassungsrecht

An dieser Stelle ist zu fragen, wie weit Gliedstaaten als Teile des Gesamtsystems des US-amerikanischen Verfassungssystems befugt sind, Grundrechtsnormen zu erlassen, bzw. welche Normen des Bundesrecht und der Bundesverfassung dabei Grenzen setzen. Auf der Grundlage dieser Befugnis kann in der Folge die Ausübung der Grundrechtskompetenz durch die Gliedstaaten dargestellt werden.

### 1. Grundlagen der Kompetenzen der Bundes- und Gliedstaatsebene

Allgemein gilt im US-amerikanischen Verfassungsrecht, dass die volle Gesetzgebungsmacht bei den Gliedstaaten liegt („Plenary Powers“)<sup>188</sup> und sie nur die notwendigen und geeigneten Kompetenzen an den Bund übertragen haben, damit dieser seine Ziele erreichen kann („Necessary and Proper Clause“).<sup>189</sup> Jedoch hat der Kongress dabei einen umfassenden Ermessensspielraum, sodass auch nicht ausdrücklich verliehene Kompetenzen bestehen können, die zur Erreichung der Ziele der Verfassung notwendig sind.<sup>190</sup>

Im Gegensatz dazu regeln Gliedstaatsverfassungen nicht so sehr, wie weit der Gliedstaatgesetzgeber tätig werden darf, sondern welche Rechtsakte verboten sind.<sup>191</sup> Somit setzt das Bundesverfassungsrecht den Schwerpunkt im Bereich der Schaffung von Kompetenzen, während auf Ebene der Gliedstaatsverfassungen die Begrenzung staatlichen Handelns im Mittelpunkt steht.<sup>192</sup> Daher wird beispielsweise im Rahmen der Gliedstaatsverfassungen diskutiert, ob die positive Regelung einer Regelungsbefugnis in einer Gliedstaatsverfassung zugleich den Ausschluss für eine bestimmte Alternative bedeuten könnte.<sup>193</sup>

Gewisse Vorgaben der Bundesverfassung beschränken allerdings die Möglichkeiten der Verfassungsgesetzgebung in den Gliedstaaten. In der Literatur wird daher überzeugend vertreten, dass das US-amerikanische Verfassungssystem als ein zusammengesetztes Ganzes aus den zwei Ebenen des Bundes und der Glied-

188 Siehe hierzu bereits früh *Cooley*, Legislative power, 127.

189 Artikel 1 Abs. 8 UAbs. 18 Bundesverfassung.

190 (*McCulloch v. Maryland*), 17 U.S. 316 (1819), 407.

191 *Tarr*, Understanding State Constitutions, 7.

192 So bereits früh *Dodd*, Yale Law Journal 1919, 137 (160).

193 *Williams*, William and Mary Law Review 1983, 169 (178 f.). Teils regeln Gliedstaatsverfassungen ausdrücklich, dass dem nicht so sei, vgl. Artikel 12 Abs. 8 der Verfassung von Alaska.

staaten zu betrachten sei.<sup>194</sup> So sieht Artikel 4 Abs. 4 der Bundesverfassung als sogenannte Garantieklausel („Guarantee Clause“) vor, dass der Bund jedem Staat eine republikanische Staatsform garantiert, d.h. etwa die Etablierung einer monarchischen Staatsform verhindert.<sup>195</sup> Neben der Garantieklausel werden auch andere Bestimmungen als Beleg dafür herangezogen. Die Vertrauensklausel („Full Faith and Credit Clause“)<sup>196</sup> verlangt von jedem Gliedstaat die Durchsetzung der Rechtsakte anderer Gliedstaaten; die Privilegien-und-Immunitäten-Klausel<sup>197</sup> verbietet die Ungleichbehandlung von Bürgern anderer Gliedstaaten.<sup>198</sup> Hingegen fehlt eine eindeutige Klausel, die die Bindung der Gliedstaaten an die Grundrechte der Bundesverfassung feststellt, sodass der Vierzehnte Verfassungszusatz bzw. die selektive Inkorporation in der Rechtsprechung in die Lücke treten mussten.<sup>199</sup> Die Gliedstaatsverfassungen sind somit insgesamt in das System der Bundesverfassung eingebaut und werden zugleich von der Bundesverfassung begrenzt.<sup>200</sup>

## 2. Zur praktischen Ausübung der Grundrechtskompetenz der Gliedstaaten

Die meisten Gliedstaatsverfassungen enthalten einen Grundrechtekatalog. In älteren Versionen sind in diesen Katalogen, die oft getrennt von den die Regierungsform betreffenden Bestimmungen stehen, teils auch Bestimmungen enthalten, die heute kaum noch als Grundrechte aufgefasst würden.<sup>201</sup> Mit der Zeit glichen sich die Bestimmungen der Gliedstaatsverfassungen aber immer mehr dem Grundrechtskatalog der Bundesverfassung an. Beispielsweise sind Grundrechte im Bereich des Strafverfahrens wie etwa das Recht, nicht willkürlichen Durchsuchungen und Festnahmen unterworfen zu werden, oder das Recht auf anwaltlichen Beistand häufig identisch gestaltet wie die entsprechenden Rechte der Bundesverfassung.<sup>202</sup> Jedoch sind andere Bestimmungen auch spezifischer als in der Bundesverfassung verfasst. Der größere Umfang und die höhere Genauigkeit des Wortlauts der Grundrechtskataloge in den Gliedstaatsverfassungen dürfte vor dem Hintergrund zu verstehen sein, dass die Repräsentanten, die den Wortlaut des Bundesgrundrechtskataloges prägten, eine weniger homogene Gruppe bilde-

194 Gardner, *Interpreting State Constitutions*, 18; *Bilionis*, *North Carolina Law Review* 1992, 1803 (1805).

195 Siehe umfassender zur „Guarantee Clause“ Tymkovich, *Minnesota Law Review* 2012-2013, 1804 (1806 ff.).

196 Artikel 4 Abs. 1 der Bundesverfassung.

197 Artikel 4 Abs. 2 der Bundesverfassung.

198 Williams, *American State Constitutions*, 18 f. m.w.N.

199 Siehe hierzu Abschnitt B.II.2.

200 Williams, *American State Constitutions*, 99.

201 So verlangt etwa die Grundrechtserklärung von Virginia von den Bürgern, einander gegenseitig mit „christlicher Nachsicht, Liebe und Barmherzigkeit“ zu behandeln, Tarr, *Temple Law Review* 1992, 1169 (1171).

202 Williams, *American State Constitutions*, 115.

ten und daher nur zu vager formulierten Kompromissen gelangten als die Verfasser der Gliedstaatsverfassungen.<sup>203</sup>

#### a) *Aliud-Gewährleistungen*

Eine Vielzahl von Grundrechten in den Gliedstaatsverfassungen hat kein eindeutiges Gegenüber im Bundesverfassungsrecht. Unklar, ob es sich tatsächlich um eine *aliud*-Gewährleistung handelt, dürften noch Fälle sein, in denen nur geringfügige Unterschiede im Wortlaut zur vergleichbaren Grundrechtsbestimmung der Bundesverfassung vorliegen. So verbietet etwa Artikel 1 Abs. 17 der Verfassung von Kalifornien „grausame oder ungewöhnliche Bestrafungen“ („cruel or unusual punishment“), im Gegensatz zum Vorbild des Achten Verfassungszusatzes, der von „grausamen und ungewöhnlichen Bestrafungen“ („cruel and unusual punishment“) spricht.<sup>204</sup>

Bei anderen Grundrechten liegt ein eindeutigerer Fall einer *aliud*-Gewährleistung vor. Viele gliedstaatliche Verfassungen enthalten so Bestimmungen, die – ohne dass hierfür ein äquivalentes Recht auf Bundesebene bestünde – ein Recht auf ein Rechtsmittel für jeden Schaden vorsehen, den eine Privatperson durch eine andere erleiden kann.<sup>205</sup> Als weiteres Beispiel wurde in Artikel 1 Abs. 25 der Verfassung von South Carolina in einer 2010 angenommenen Verfassungsänderung<sup>206</sup> das Recht aufgenommen, zu jagen, zu fischen und aus der Tierwelt Nutzen zu ziehen („to hunt, fish and harvest wildlife“), wenngleich Beschränkungen etwa zu Zwecken des Artenschutzes zulässig sind und private Eigentumsrechte sowie die Souveränität des Staates über seine natürlichen Ressourcen weiterhin gültige Beschränkungen darstellen. Viele Gliedstaatenverfassungen sehen auch ein ausdrückliches Recht, an Wahlen teilzunehmen, und ein Recht auf eine saubere und gesunde Umwelt vor, was die Bundesverfassung nicht ausdrücklich bestimmt.<sup>207</sup> Auch enthalten einige dieser Verfassungen ein ausdrückliches Recht auf Privatsphäre (*privacy*), dass sich in der Bundesverfassung nicht findet.<sup>208</sup> Im Bereich der Arbeitsbeziehungen schrieben die Gliedstaaten insbesondere in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts Gewährleistungen wie das Recht auf gewerkschaftliche Organisation und Kollektivverhandlungen, aber teils auch entgegenstehende Garantien in Form eines Rechts auf Arbeit („right to work“) in ihre Verfassungen.<sup>209</sup> In der Vergangenheit fügten bereits vor dem entsprechenden Tä-

203 *Exum*, North Carolina Law Review 1992, 1741 (1746).

204 Siehe hierzu etwa der Oberste Gerichtshof von Kalifornien in (*People v. Anderson*), 6 Cal.3d 628 (1972).

205 Vgl. hierzu *Schuman*, Temple Law Review 1992, 1197 (1197 ff.).

206 *Williams*, New England Law Review on Remand 2010, 1 (3).

207 *Gardner*, Interpreting State Constitutions, 173.

208 *Tarr*, Understanding State Constitutions, 13.

209 *Ibid.*, 148 f.

tigwerden des Bundesgesetzgebers Gliedstaatsverfassungsgesetzgeber den eigenen Verfassungen in mehreren Fällen Bestimmungen zur Gleichbehandlung aufgrund des Geschlechtes hinzu und erweiterten<sup>210</sup> damit den Umfang des Gleichbehandlungsgabotes über den der entsprechenden Bestimmung der Bundesverfassung hinaus.<sup>211</sup>

Zugleich gibt es auch Gewährleistungen in Gliedstaatsverfassungen, die nicht als Teil des Grundrechtskatalogs aufgeführt sind, aber aufgrund ihres grundrechtsähnlichen Inhaltes von den Gliedstaatsgerichten wie Grundrechte ausgelegt und durchgesetzt werden,<sup>212</sup> ohne dass ein Äquivalent auf Ebene der Bundesverfassung bestünde. Gerade „soziale“ Grundrechte finden sich in vielen Gliedstaatsverfassungen, während der Oberste Gerichtshof sich auf Bundesebene äußerst zurückhaltend zu Schutzpflichten des Staates aufgrund von Bestimmungen der Bundesverfassung äußerte.<sup>213</sup> So enthalten viele Gliedstaatsverfassungen ein – unterschiedlich formuliertes – Recht auf Bildung.<sup>214</sup> Artikel 8 Abs. 4 UAbs. 1 der Verfassung von New Jersey sieht beispielsweise vor, dass der Gesetzgeber ein kostenloses, „gründliches und effizientes“ („thorough and efficient“) Schulssystem einzurichten und aufrechtzuerhalten hat.

Zuletzt existiert eine Gruppe von ungeschriebenen („unenumerated“) Grundrechten in Gliedstaatsverfassungen. Diese Grundrechte beruhen auf Bestimmungen in den Gliedstaatsverfassungen, die dem Neunten Verfassungszusatz zur Bundesverfassung nachgebildet wurden,<sup>215</sup> der klarstellt, dass die Aufzählung von Grundrechten in der Verfassung nicht so ausgelegt werden darf, das andere dem Volk vorbehaltene Rechte dadurch versagt oder eingeschränkt werden.<sup>216</sup> Als solche ungeschriebenen Grundrechte, die kein Äquivalent auf Bundesverfassungsebene kennen, schützten gliedstaatliche Gerichte beispielsweise das Grundrecht auf lokale Selbstverwaltung oder auf die Identität einer politischen Partei.<sup>217</sup>

210 *Tarr/Porter*, Hastings Constitutional Law Quarterly 1982, 919 (923).

211 *Tarr*, Understanding State Constitutions, 13.

212 *Ibid.*, 22.

213 (*DeShaney v. Winnebago County Department of Social Services*), 489 U.S. 189 (1989), 195. Siehe auch zu den gliedstaatlichen Verfassungen *Pascal*, Rutgers Law Journal 2007-2008, 863, (869 f.).

214 *Gardner*, Interpreting State Constitutions, 173.

215 *Ely*, Democracy and Distrust, 203 Fußnote 87.

216 „The enumeration [...] shall not be construed to deny or disparage others retained by the people.“ Vgl. *Bonham*, Texas Law Review 1985, 1321 (1323 f.) m.w.N. zu den Bestimmungen in Gliedstaatsverfassungen in Fußnote 16. Siehe näher zum Neunten Verfassungszusatz *Caplan*, Vanderbilt Law Review 1983, 223; *Sager*, Chicago-Kent Law Review 1988, 239; *Lash*, Drake Law Review 2007-2008, 875.

217 Für diese und weitere Beispiele siehe *Bonham*, Texas Law Review 1985, 1321 (1325 f.).

*b) Hinter dem Schutzstandard der Bundesverfassung zurückbleibende  
Gliedstaatsgrundrechte*

In einigen Fällen bleibt zumindest der Wortlaut von gliedstaatlichen Verfassungsbestimmungen hinter jenem der Bundesverfassung zurück. Bei der Regelung der Rede- und Meinungsfreiheit sehen so mehrere Gliedstaatsverfassungen vor, dass nicht die Rede an sich, sondern nur die Presse geschützt sei.<sup>218</sup> Viele Gliedstaatsverfassungen enthalten auch eine potenziell einschränkende Klausel, der zufolge Personen für den Missbrauch der Rede- und Meinungsfreiheit verantwortlich gemacht werden können.<sup>219</sup>

Aufgrund der noch zu erörternden Konstellation, dass in der Praxis auch vor Gliedstaatsgerichten Argumente gestützt auf Bundes- sowie Gliedstaatsgrundrechte vorgebracht werden können und somit in der Praxis Gliedstaatsgrundrechte eigenständig nur zum Einsatz kommen, wenn kein Bundesverfassungsgrundrecht gleichen oder höheren Schutz bietet, wird jedoch in den genannten Fällen typischerweise das Schutzniveau des jeweiligen Gliedstaatsgrundrechts im Rahmen der Auslegung an den Bundesverfassungsstandard angeglichen.<sup>220</sup>

*c) Über den Schutzstandard der Bundesverfassung hinausgehende  
Gliedstaatsgrundrechte*

Häufig sehen gliedstaatliche Verfassungen Rechte vor, die über den grundrechtlichen Schutzstandard der Bundesverfassung hinaus zusätzlichen Schutz bieten. Solche Aspekte zusätzlichen Schutzes weisen abweichend bzw. häufig präziser formulierte Gliedstaatsgrundrechte auf, so etwa das oft zu findende Verbot religiöser Prüfungen für Zeugen oder Geschworene oder ein ausdrücklich niedergelegtes Recht auf Privatsphäre.<sup>221</sup>

Andere Gliedstaatsgrundrechte weichen in ihrer Formulierung noch deutlicher von parallelen Grundrechtsgewährleistungen in der Bundesverfassung ab. So sind etwa die Bestimmungen zur Religionsfreiheit teils nicht nur wesentlich genauer gefasst als jene des Ersten Verfassungszusatzes, sondern überdies auch affirmativ<sup>222</sup> in der Form von Rechten ausgedrückt. Der Erste Verfassungszusatz hält in Bezug auf die Religionsfreiheit nur fest, dass der Kongress kein Gesetz erlassen darf, das die Einführung einer Staatsreligion zum Gegenstand hat oder die freie

218 Simon, University of Kansas Law Review 1985, 305 (314).

219 Ibid. (314).

220 Siehe Anderson, UCLA Law Review 1983, 455 (456) in Fußnote 2 m.w.N. bzw. Abschnitt D.II.2.

221 Tarr, Temple Law Review 1992, 1169 (1172).

222 Teils wurde auf dieser Grundlage argumentiert, Gliedstaatsgerichte seien in einer wesentlich besseren Position, positive Rechte durchzusetzen, siehe etwa Hershkoff, Harvard Law Review 1999, 1131 (1136 ff.).

Religionsausübung verbietet.<sup>223</sup> Artikel 1 Abs. 5 der Verfassung von New Hampshire verleiht dagegen jedem Individuum das Recht, Gott nach Maßgabe des eigenen Gewissens und des eigenen Verstandes anzubeten; zugleich dürfe niemand deswegen oder wegen des religiösen Bekenntnisses verletzt, gestört oder gehindert werden, solange nicht der öffentliche Friede oder die Religionsausübung anderer dadurch gestört werde.<sup>224</sup>

Auch der Adressatenkreis ist bei gliedstaatlichen Grundrechten teils weiter gefasst als in der Bundesverfassung. Die Bundesverfassung und ihre Grundrechte – mit Ausnahme des Verbotes der Sklaverei im Dreizehnten Verfassungszusatz – schützen grundsätzlich nur vor durch den Staat verursachten Grundrechtseingriffen („State Action Doctrine“). Auf gliedstaatlicher Ebene hingegen sind die Gliedstaaten weder verpflichtet, dies ähnlich zu regeln, noch sehen ihre Verfassungen effektiv in den meisten Fällen eine solche Einschränkung auf staatliches Handeln vor.<sup>225</sup> Daraus haben gliedstaatliche Gerichte in ihrer Rechtsprechung verschiedene Strategien entwickelt, um Grundrechten implizit drittwirkungsähnliche Wirkung zu verleihen.<sup>226</sup> Darüber hinaus sind einige Bestimmungen von Gliedstaatsverfassungen bereits ausdrücklich als auf privates Handeln anwendbar formuliert,<sup>227</sup> während im Vergleich dazu im Bundesverfassungsrecht sogar nur drittwirkungsähnliche Wirkungen des Verfassungsrechts aufgrund der strengen Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes weitgehend ausgeschlossen sind.<sup>228</sup> Als Beispiel sehen viele Gliedstaatsverfassungen ein umfassender formuliertes Grundrecht der Redefreiheit vor, das sich nicht nur auf staatliche Beschränkungsmaßnahmen beziehen dürfte.<sup>229</sup>

Darüber hinaus legen auch Gliedstaatshöchstgerichte in vergleichbaren Situationen oft einen niedrigeren Prüfmaßstab an als der Oberste Gerichtshof.<sup>230</sup> Beispielsweise lehnt der Oberste Gerichtshof auf der Grundlage, dass kein staatliches Handeln vorliege, konstant ab, Einschränkungen der Rede- und Versamm-

223 „Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof [...]“.

224 „Every individual has a natural and unalienable right to worship God according to the dictates of his own conscience, and reason; and no subject shall be hurt, molested, or restrained, in his peers on, liberty, or estate, for worshipping God in the manner and season most agreeable to the dictates of his own conscience; or for his religious profession, sentiments, or persuasion; provided he doth not disturb the public peace or disturb others in their religious worship.“

225 *Devlin*, Rutgers Law Journal 1990, 819 (860 ff.).

226 Siehe mit Beispielen aus der Rechtsprechung *Hershkoff*, Dual Enforcement, in: New Frontiers of State Constitutional Law, 156 ff.

227 Artikel 1 Abs. 19 der Verfassung von New Jersey sieht so vor, dass Arbeitnehmer in der Privatwirtschaft das Recht haben, sich kollektiv zu organisieren und kollektiv zu verhandeln.

228 Siehe für einen Überblick über die Entwicklung in der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes *Turner*, Florida Law Review 2013, 281 (287 ff.).

229 Siehe auch *Kamp*, Yale Law Journal 1980, 165 (180).

230 Siehe m.w.N. aus der Rechtsprechung *Williams*, American State Constitutions, 188 Fußnote 289; *Cole*, Georgia Law Review 1990, 327 (335 ff.).

lungsfreiheit auf Privatgrundstücken als Grundrechtsverletzungen einzustufen.<sup>231</sup> Hingegen bestätigte der Oberste Gerichtshof von New Jersey, dass auf einem privaten Universitätsgelände ebendiese Grundrechte vor Einschränkungen geschützt seien, insbesondere da in der Gliedstaatsverfassung das Recht auf Redefreiheit und Versammlungsfreiheit affirmativ formuliert sei.<sup>232</sup> Damit ist die Rede- und Versammlungsfreiheit auf Ebene der Gliedstaatsverfassungen stärker geschützt als durch die Bundesverfassung.<sup>233</sup>

### 3. Zusammenfassung

Theoretisch ist im US-amerikanischen Verfassungssystem die Kompetenz der Gliedstaaten die Regel und jene des Bundes die Ausnahme. Dennoch beschränkt die Bundesverfassung mit verschiedenen Vorgaben die Möglichkeiten der Gliedstaaten. Diese haben somit zwar die Kompetenz, eine Verfassung mit Grundrechtsbestimmungen zu erlassen, müssen jedoch die Bundesverfassung und den Vorrang des Bundesrechtes respektieren. Die Gliedstaaten haben die ihnen zustehende Befugnis, Grundrechte zu erlassen, durchaus unterschiedlich genutzt, um mit der Bundesverfassung identische, eigenständige, weniger weitreichende und über Bundesverfassungsgrundrechte hinausgehende Gliedstaatsgrundrechte in ihren Verfassungen zu verankern. Bei den weitergehenden Gliedstaatsgrundrechten ist beispielsweise die Erweiterung des Adressatenkreises bemerkenswert, durch die – entgegen dem Bundesverfassungsrecht – das gliedstaatliche Verfassungsrecht der Drittwirkung von Grundrechten grundsätzlich offener gegenübersteht. Es zeigt sich insgesamt, dass die Gliedstaaten die ihnen zukommende Befugnis durchaus genutzt haben, um in verschiedenen Aspekten vom von der Bundesverfassung vorgesehenen Grundrechtskatalog abzuweichen.

### III. Zur Grundrechtskompetenz der Kantone im schweizerischen Verfassungsrecht

Für eine nähere Untersuchung der Grundrechtskompetenz der Kantone und deren Ausübung durch die Kantone im schweizerischen Verfassungsrecht ist zunächst das Verhältnis der Kantone und ihrer Verfassungen zum System der schweizerischen Bundesverfassung zu prüfen. Besonders sticht das Erfordernis der Gewährleistung der Kantonsverfassungen hervor, aufgrund dessen eine – zu-

231 (Lloyd Corp. Ltd. v. Tanner), 407 U.S. 551 (1972).

232 (State v. Schmid), 84 N.J. 535 (1980). Eine ähnliche Entscheidung eines gliedstaatlichen Höchstgerichtes bestätigte der Oberste Gerichtshof sogar ausdrücklich, (PruneYard Shopping Ctr. v. Robins), 447 U.S. 74 (1980). Jedoch ist auf die massive Kritik in der Lehre an der Entscheidung hinzuweisen, die insbesondere die fehlende Berücksichtigung des Eigentumsrechts des jeweiligen Grundstücksbesitzers bemängelt, so etwa Sisk, Rutgers Law Journal 2007, 1145 (1146).

233 Oppervall, Santa Clara Law Review 1981, 801 (842).

mindest grobe – Kontrolle dieser Verfassungen durch die Bundesversammlung vorgenommen wird. Hierauf muss noch auf die Bindung der Kantone an die Grundrechte, wie sie ausdrücklich in der Bundesverfassung geregelt ist, eingegangen werden. Zuletzt ist darzustellen, inwieweit die Kantone von der Befugnis, Grundrechte<sup>234</sup> in ihren Verfassungen zu erlassen, Gebrauch gemacht haben.

### 1. Die Kantonsverfassungen im System der Bundesverfassung

Trotz der Eingliederung in den Bundesstaat behalten die Kantone im System des schweizerischen Verfassungsrechts ein sehr hohes Maß an substantieller Autonomie, was etwa die Festlegung und Erfüllung der eigenen Aufgaben, den Umgang mit Einnahmen, die interne Organisation und die Gestaltung der politischen Entscheidungsverfahren umfasst.<sup>235</sup> Der jeweiligen Kantonsverfassung kommt dabei eine ordnende Funktion zu.<sup>236</sup> Für diese Ordnungsfunktion lässt die Bundesverfassung jedoch nur vordefinierte Handlungsspielräume. Der immer noch große Aufgabenbereich der Kantone, deren Eigenständigkeit auch durch den Bund nach Artikel 47 Abs. 1 BV zu wahren ist, umfasst die eigenen Kompetenzen, aber auch den Vollzug von Bundesrecht.<sup>237</sup> Soweit hier also Handlungsspielräume verbleiben, bildet die Kantonsverfassung die „Richtschnur staatlichen Handelns“.<sup>238</sup> Gemäß der Lehre handle es sich bei den Kantonen letztlich um 26 „selbständige und nicht als blo[ß]e Teilrechtsordnungen angelegte Normengebäude“.<sup>239</sup>

Dies spiegelt auch die Regelung der Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen wieder. Der Grundsatz des Artikel 3 BV legt fest, dass die Kantone alle Zuständigkeiten ausüben, die nicht durch die Bundesverfassung der Bundesgewalt übertragen sind.<sup>240</sup> Somit kommt den Kantonen, wie genauer in Artikel 43 BV ausgeführt wird, eine originäre Zuständigkeit zu, im Rahmen welcher sie die

234 Begrifflich spricht hier das Bundesrecht primär von „verfassungsmä[ß]igen“ Rechten, während im kantonalen Verfassungsrecht eher der Begriff der Grundrechte verwendet wird, *Auer*, Staatsrecht, Rn. 1432.

235 *Buser*, Kantonaes Staatsrecht, Rn. 15.

236 *Eichenberger*, Verfassungsbegriff, in: Die Baselstädtische Kantonsverfassung, 39 f.; als weitere Funktionen der Kantonsverfassungen werden in der Literatur typischerweise auch jene der Machtkontrolle, der Organisation, der Integration und der Orientierung genannt, *Biaggini*, Verfassungsstaatlichkeit, in: Staatsrecht, 81. Vgl. auch zur Rolle des Bundes bei der „Wahrung“ der kantonalen Eigenständigkeit *Biaggini*, BV-Kommentar, Art. 47 BV, Rn. 3.

237 Artikel 46 Abs. 1 BV. Vgl. zur vorherigen Rechtslage *Aubert/Mahon*, Petit Commentaire, Art. 46, Rn. 3.

238 *Jaag*, ZBl 1994, 151 (153).

239 *Ehrenzeller/Nobs*, ZBl 2009, 1 (1).

240 Vgl. zu diesem Prinzip der Einzelermächtigung bzw. zum Verfassungsvorbehalt für Bundesaufgaben *Biaggini*, BV-Kommentar, Art. 3 BV, Rn. 5.

Aufgaben bestimmen, die sie erfüllen.<sup>241</sup> Der Bund erfüllt hingegen nur jene Aufgaben, die ihm die Bundesverfassung zuweist.<sup>242</sup>

## 2. Zur Gewährleistung von Kantonsverfassungen durch den Bund

Obwohl die Kantone in ihrer Verfassungsgebung grundsätzlich autonom sind und ihre Verfassungen als vollwertige Staatsverfassungen aufgefasst werden,<sup>243</sup> sind sie durch den Rahmen der Bundesverfassung eingeschränkt und müssen für ihre Verfassungen gemäß Artikel 51 Abs. 2 BV die Gewährleistung des Bundes einholen.

Während der einschlägige Artikel 51 BV bei der Pflicht zur Verfassungsgebung weder ein qualifiziertes Verfahren der Verfassungsgebung noch einen spezifischen Inhalt fordert,<sup>244</sup> stellt er dennoch drei wesentliche Anforderungen an eine Kantonsverfassung. Eine solche Verfassung muss demokratisch sein,<sup>245</sup> minimale politische Rechte gewährleisten<sup>246</sup> und sie darf dem Bundesrecht nicht widersprechen.<sup>247</sup> Für die Gewährleistung von Grundrechten wird damit nur wenig Konkretes vorgegeben. Bezüglich der Garantie politischer Rechte wird typischerweise auf Artikel 34 BV zurückverwiesen, der diese Rechte „gewährleistet“ (Abs. 1) und dabei auch die freie Willensbildung und die unverfälschte Stimmabgabe schützt (Abs. 2).<sup>248</sup> Die Gewährleistung durch den Bund sowie die Publikationspflicht in der systematischen Rechtssammlung führen überdies dazu, dass die Demokratiepflicht auch die Schriftlichkeit der Kantonsverfassung erfordert, auch wenn diese Anforderung nicht ausdrücklich in der Bundesverfassung niedergelegt ist.<sup>249</sup>

Endet das Verfahren der Gewährleistung<sup>250</sup> damit, dass die Gewährleistung verweigert wird,<sup>251</sup> bewirkt dies die Nichtigkeit der entsprechenden Bestimmung der Kantonsverfassung *ex tunc* und führt dazu, dass der Kanton die Norm aufhe-

241 Häfelin et al., Bundesstaatsrecht, Rn. 1050. Hingegen müssen die Kantone gegebenenfalls Aufträgen und Vorgaben des Bundesrechts dabei gerecht werden, Aubert/Mahon, Petit Commentaire, Art. 43, Rn. 3.

242 Artikel 42 BV.

243 Buser, Kantonales Staatsrecht, Rn. 87.

244 Ruch, Art. 51 BV, in: Die schweizerische Bundesverfassung - St. Galler Kommentar, Rn. 4 f.

245 Artikel 51 Abs. 1 erster Satz BV.

246 Artikel 51 Abs. 1 zweiter Satz BV.

247 Jaag, Rechtsstellung der Kantone, in: Verfassungsrecht der Schweiz/Droit constitutionnel suisse, Rn. 17.

248 Ruch, Art. 51 BV, in: Die schweizerische Bundesverfassung - St. Galler Kommentar, Rn. 12.

249 Martenet, Autonomie constitutionnelle, 203 ff.

250 Im Rahmen dieses Verfahrens hat die Bundesversammlung, d.h. National- und Ständerat als die beiden Kammern des Parlaments, den Inhalt der Kantonsverfassung zu prüfen, vgl. Artikel 172 Abs. 2 BV.

251 Siehe die Beispiele bei Auer, Staatsrecht, Rn. 571 Fußnote 144, der diese als mehrfach eher politisch motiviert als rechtlich haltbar einstuft, was den inneren Widerspruch einer „Rechtskontrolle durch eine Politbehörde“ zum Ausdruck bringe. Ein positiver Gewährleistungsbeschluss hat lediglich deklaratorische Wirkung, *ibid.*, Rn. 573.

ben oder abändern muss.<sup>252</sup> Als Folge der Gewährleistung hat der Bund auch für die Einhaltung der Kantonsverfassungen zu sorgen.<sup>253</sup> Insgesamt zeigt sich somit, dass die Kantonsverfassungen über das Verfahren der Gewährleistung auf eine besondere Art in das schweizerische Bundesverfassungssystem eingefügt sind.

### 3. Zur praktischen Ausübung der Grundrechtskompetenz der Kantone

An dieser Stelle ist darzulegen, inwieweit die Kantone von ihrer Kompetenz Gebrauch gemacht haben, um Grundrechtsgewährleistungen in ihren Verfassungen zu schaffen. Einleitend fällt auf, dass im Rahmen der in jüngerer Zeit durchgeführten Totalrevisionen vermehrt Grundrechtsbestimmungen in die Verfassungen aufgenommen wurden.<sup>254</sup> Vor den Totalrevisionen der Kantonsverfassungen bestanden im Vergleich dazu einige sehr kurz gehaltene Kantonsverfassungen wie etwa jene des Kantons Basel-Stadt. Sie enthielt größtenteils nur Bestimmungen organisatorischer Natur und weder einen Katalog der Staatsaufgaben noch der Grundrechte.<sup>255</sup> Ab Mitte der 1990er Jahre hingegen setzte sich das Konzept der sogenannten „erweiterten Kernverfassung“ durch, im Rahmen welcher eine Kantonsverfassung nicht nur ein reines Organisationsstatut der neben der Bundesverfassung noch erforderlichen Elemente umfassen sollte, sondern sich auf kantonale Handlungsspielräume konzentrieren und in diesen – auf Rechtsetzungs- und

252 *Ruch*, Art. 51 BV, in: Die schweizerische Bundesverfassung - St. Galler Kommentar, Rn. 19. Vgl. mit konkreten Beispielfällen umstrittener kantonaler Verfassungsbestimmungen *Buser*, Kantonales Staatsrecht, Rn. 92 ff. Siehe auch zum Umgang mit womöglich bereits erzeugten Rechtswirkungen nicht gewährleister Kantonsverfassungsbestimmungen *Auer*, Staatsrecht, Rn. 579, der einen Widerruf von entsprechenden Verfügungen oder Realakten für erforderlich hält.

253 *Künzli*, Art. 186 BV, in: Bundesverfassung - Basler Kommentar, verweist hier neben der in Artikel 186 Abs. 4 BV verankerten Bundesaufsicht auch auf Artikel 52 Abs. 1 BV, gemäß dem der Bund die verfassungsmäßige Ordnung der Kantone schützt. Das Bundesgericht erachtet Kantonsverfassungsbestimmungen ebenfalls als bindend und prüft sie nicht im abstrakten Normkontrollverfahren (vgl. BGE 118 Ia 124 E. 3a m.w.N.), da es sich dabei wegen Artikel 172 Abs. 2 BV als *lex specialis* nicht um sonstige, nach Artikel 182 lit. b Bundesgerichtsgesetz (SR 173.110) vor dem Bundesgericht anfechtbare „kantonale Erlasse“ handle (vgl. auch *Buser*, Kantonales Staatsrecht, Rn. 96) und der Verfassungsgesetzgeber die Überprüfung von Kantonsverfassungen wohl nicht zwei verschiedenen Organen anvertrauen habe wollen, da dies die Gefahr unterschiedlicher Entscheidungen mit sich brächte, BGE 104 Ia 215 E. 1b. In späterer Rechtsprechung erlaubte das Bundesgericht hingegen eine konkrete Überprüfung von Kantonsverfassungsbestimmungen, wenn übergeordnetes Recht zum Zeitpunkt der Gewährleistung noch nicht in Kraft war (BGE 111 Ia 239 E. 3b) oder sich ungeschriebene, übergeordnete Verfassungsprinzipien weiter entwickelt haben (BGE 131 I 126 E. 3.1-3.2). In der Lehre wird sogar eine noch weiter gehende, allgemeine gerichtliche Kontrollbefugnis gefordert, da eine solche nicht durch die rein parlamentarische Gewährleistung ersetzt werden könne, *Ruch*, Art. 51 BV, in: Die schweizerische Bundesverfassung - St. Galler Kommentar, Rn. 23; vgl. auch m.w.N. *Kälin*, Beschwerde, 146 ff. Vgl. zu den dafür sprechenden Argumenten ausführlich *Auer*, Staatsrecht, Rn. 607 ff., der für die Streichung des Gewährleistungsverfahrens plädiert.

254 Nur die Kantone Zug, Appenzell Innerrhoden und Wallis kennen den Begriff der Grundrechte nicht, *Auer*, Staatsrecht, Rn. 1403.

255 *Buser*, Kantonales Staatsrecht, Rn. 49.

Vollzugsebene<sup>256</sup> – das Wesen des kantonalen Gemeinwesens zum Ausdruck bringen sollte.<sup>257</sup>

Im Rahmen einzelner Totalrevisionen wurde zwar noch argumentiert, auch die neue Verfassung könne in einer Kurzform geschaffen werden, da etwa im Bereich der Grund- und Menschenrechte ohnehin bundesstaatliche, europäische und globale Garantien bestünden.<sup>258</sup> Jedoch wurden letztlich die Kantonsverfassungen in Langform neu geschaffen und spricht sich auch in der Lehre kaum jemand für die Kurzform aus,<sup>259</sup> was auch eine stärkere Anerkennung der Relevanz kantonalen Grundrechtsnormen zum Ausdruck bringen dürfte.

In Bezug auf Grundrechtsgewährleistungen verfügen die meisten neueren Kantonsverfassungen über umfassende Grundrechtskataloge.<sup>260</sup> Die Verfassung des Kantons Freiburg etwa enthält eine umfassende Auflistung von Grundrechten, die alle ausführlich geregelt werden.<sup>261</sup> Andere Kantonsverfassungen geben Grundrechte hingegen nur in verkürzter Form wieder. Die Verfassung des Kantons Basel-Landschaft etwa listet viele Freiheitsrechte nur kurz auf, während andere Grundrechte wie jenes der Gleichberechtigung von Frau und Mann oder jenes auf Rechtsschutz näher ausgeführt werden.<sup>262</sup> Die Verfassung des Kantons Graubünden verweist überhaupt nur auf die Verbindlichkeit der Grundrechtsgarantien aus der Bundesverfassung und internationalen Abkommen der Schweiz.<sup>263</sup> Durch das pauschale Vorgehen bei solchen Verweisen kann von einer dynamischen Verweisung ausgegangen werden.<sup>264</sup> Einen dritten Weg beschreitet etwa die Kantonsverfassung von St. Gallen, die eine Auflistung der nach Maßgabe der Bundesverfassung gewährleisteten Grundrechte enthält, darüber hinaus jedoch auch ausdrücklich „überdies“ gewährleistete kantonale Rechte verzeich-

256 *Ehrenzeller/Nobs*, ZBl 2009, 1 (6).

257 *Betschart*, Schaffhauser Verfassungsrechts, in: Schaffhauser Recht und Rechtsleben - Festschrift zum Jubiläum 500 Jahre Schaffhausen im Bund, 75.

258 *Buser et al.*, Baselstädtische Kantonsverfassung, 211 ff.

259 *Buser*, Kantonales Staatsrecht, Rn. 49 Fußnote 89.

260 Vgl. etwa die Bestandsaufnahmen bei *Wiederkehr*, Kerngehaltsgarantie, 7 ff.; *Auer*, Staatsrecht, Rn. 1440 ff.

261 Siehe Artikel 8 bis 32 der Verfassung des Kantons Freiburg (SR 131.219).

262 § 8 und § 9 der Verfassung des Kantons Basel-Landschaft (SR 131.222.2). Siehe auch *Biaggini/Gutmannsbauer*, Grundrechtsgarantien, in: Staats- und Verwaltungsrecht des Kantons Basel-Landschaft II, 6.

263 Artikel 7 und 8 der Verfassung des Kantons Graubünden (SR 131.226). Die Methode, nur kurz auf die Bundesverfassung und Menschenrechtskonventionen zu verweisen, ist nicht unumstritten. So werden nach Ansicht mancher dadurch zentrale Grundrechte nicht ausdrücklich erwähnt, während „rein optisch“ anderen, ausdrücklich aufgeführten Gewährleistungen wie dem Recht auf Gebärdensprache vergleichsweise zu viel Raum eingeräumt werde. Streng rechtlich betrachtet hingegen seien derartige Verweise ohnedies nicht erforderlich, da die entsprechenden Garantien der Bundesverfassung auch die Kantone binden, *Jaag/Rüssli*, Staats- und Verwaltungsrecht, Rn. 702.

264 *Ibid.*, Rn. 707.

net.<sup>265</sup> Zuletzt wird in der Lehre für möglich befunden, dass das Bundesgericht auch ungeschriebene kantonale Grundrechte anerkennen könnte.<sup>266</sup>

Aufgrund dieser unterschiedlichen Formen der Grundrechtsverankerung finden sich in Kantonsverfassungen in unterschiedlichem Grad mit den Grundrechten der Bundesverfassung übereinstimmende bzw. davon abweichende Garantien.<sup>267</sup> Teils werden Garantien auf Kantonsebene auch nur in leicht anderem Wortlaut wiedergegeben, ohne dass dies notwendigerweise zu einem inhaltlichen Unterschied führen dürfte. So erklärt etwa Artikel 7 BV, dass die Würde des Menschen zu achten und zu schützen ist, während Artikel 9 der Kantonsverfassung von Zürich sie für „unantastbar“ erachtet.<sup>268</sup> In der Folge ist vor diesem Hintergrund zu untersuchen, ob sich Fälle von *aliud*-Gewährleistungen und im Vergleich zur Bundesverfassung weitergehende oder weniger weitgehende kantonale Grundrechte finden lassen.

#### a) *Aliud*-Gewährleistungen

Kantonale Grundrechte enthalten teils eigenständige Inhalte, die sich als solche nicht in der Bundesverfassung wiederfinden lassen. Gerade vor diesem Hintergrund wird in der Lehre auch eine Stärkung kantonaler Grundrechte befürwortet, da sich im Rahmen dieser Gewährleistungen auch innovative Ideen finden, die über den Stand der Bundesverfassung hinausgehen,<sup>269</sup> wie etwa Ansprüche auf eine familienergänzende Tagesbetreuungsmöglichkeit für Kinder.<sup>270</sup> Weitere Garantien anderer Kantonsverfassungen, die einen eigenen Schutzbereich aufweisen, sind etwa das Recht auf Wohnung,<sup>271</sup> der Anspruch auf Stipendien,<sup>272</sup> ein selbständig einklagbares Grundrecht auf Schutz vor staatlicher Willkür,<sup>273</sup> der Anspruch auf Opferhilfe im Fall schwerer Straftaten,<sup>274</sup> ein Recht auf würdiges

265 Siehe Artikel 2 bzw. Artikel 3 der Verfassung des Kantons St. Gallen (SR 131.225). Diese zusätzlich gewährten Rechte beinhalten etwa jenes, Privatschulen zu gründen, zu führen und zu besuchen, oder als benachteiligte Schulpflichtige Unterstützung zu erhalten.

266 Biaggini, BV-Kommentar, Artikel 189, Rn. 6. Vgl. bereits zu ungeschriebenen Bundesverfassungsgrundrechten Abschnitt B.III.3.

267 Vgl. auch zum Streit darüber, ob der Begriff des kantonalen Grundrechts primär vom Bundesgericht oder von den Kantonen selbst zu bestimmen sei, Auer, Staatsrecht, Rn. 1439.

268 Siehe Jaag/Riisli, Staats- und Verwaltungsrecht, Rn. 703.

269 Schefer/Ziegler, Grundrechte, in: Neues Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt, 74.

270 Artikel 11 Abs. 2 lit. a bzw. Artikel 11 Abs. 1 lit. n Kantonsverfassung von Basel-Stadt (SR 131.222.1).

271 Artikel 38 Kantonsverfassung von Genf (SR 131.234).

272 Artikel 3 lit. c Kantonsverfassung von St. Gallen (SR 131.225).

273 Artikel 11 Abs. 1 Kantonsverfassung von Bern (SR 131.212).

274 Artikel 29 Abs. 3 Kantonsverfassung von Bern (SR 131.212).

Sterben,<sup>275</sup> ein Recht auf „Whistleblowing“,<sup>276</sup> ein bedingtes Recht auf Streik<sup>277</sup> oder eine eigenständige Demonstrationsfreiheit.<sup>278</sup>

*b) Hinter dem Schutzstandard der Bundesverfassung zurückbleibende kantonale Grundrechte*

Obwohl grundsätzlich zulässig,<sup>279</sup> sind nur wenige ausdrücklich weniger weitreichende Grundrechtsgewährleistungen in den Kantonsverfassungen ersichtlich.<sup>280</sup> Dies dürfte wohl auf die erwähnten Revisionen der Kantonsverfassungen zurückzuführen sein, im Rahmen welcher hauptsächlich kurze Grundrechtskataloge und Verweisungen auf die Bundesverfassung sowie eigenständige, typischerweise über die Bundesverfassung hinausgehende Grundrechte in die Kantonsverfassungen aufgenommen wurden.

Trotzdem lässt sich etwa Artikel 22 Abs. 2 der Kantonsverfassung von Freiburg<sup>281</sup> anführen. Während die Bestimmung in Abs. 1 die Freiheit der wissenschaftlichen Lehre und Forschung wortgleich mit der Bundesverfassung<sup>282</sup> gewährleistet, schreibt Abs. 2 vor, dass Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler ihre Verantwortung gegenüber Menschen, Tieren, Pflanzen und deren Lebensgrundlagen wahrzunehmen haben. Zwar kennt auch die Forschungsfreiheit auf Ebene der Bundesverfassung Schranken. So müssen an dieser Stelle andere Verfassungsbestimmungen wie etwa jene zur nachhaltigen Entwicklung,<sup>283</sup> zur Verpflichtung, Vorschriften über den Schutz des Menschen und seiner natürlichen Umwelt zu erlassen,<sup>284</sup> und zur Tierwürde<sup>285</sup> berücksichtigt werden.<sup>286</sup> Jedoch bietet die ausdrückliche Formulierung des Artikel 22 Abs. 2 der Kantonsverfassung zumindest theoretisch bei einer besonders weiten Auslegung die Möglichkeit, dass das Grundrecht der Forschungsfreiheit auf kantonaler Ebene weitergehend eingeschränkt werden könnte als auf Bundesebene.

275 Artikel 43 Abs. 2 Kantonsverfassung von Waadt (SR 131.231).

276 Artikel 26 Abs. 3 Kantonsverfassung von Genf (SR 131.234).

277 Artikel 27 Abs. 3 Kantonsverfassung von Neuenburg (SR 131.233).

278 Artikel 24 Kantonsverfassung von Freiburg (SR 131.219). Das Bundesgericht lehnt die Anerkennung einer solchen eigenständigen Freiheit im Rahmen der Auslegung der Bundesverfassung ab und schützt nur die Meinungs- und Versammlungsfreiheit, BGE 127 I 164, E. 3a.

279 Siehe hierzu sogleich Abschnitt E.III.1.b.

280 Vgl. die rein theoretischen Beispiele bei *Wiederkehr*, Kerngehaltsgarantie, 128.

281 SR 131.219.

282 Artikel 20 BV.

283 Artikel 73 BV.

284 Artikel 74 BV.

285 Artikel 120 BV.

286 Siehe hierzu näher *Schweizer/Hafner*, Art. 20 BV, in: Die schweizerische Bundesverfassung - St. Galler Kommentar, Rn. 25 ff.

### c) Über den Schutzstandard der Bundesverfassung hinausgehende kantonale Grundrechte

Eine weitere Gruppe von kantonalen Grundrechten bietet weitergehenden Schutz als die Bundesverfassung, sei es durch eine Erweiterung des Schutzbereiches oder durch eine Begrenzung der möglichen Einschränkungen von Grundrechten.

Für eine Erweiterung des Schutzbereichs lassen sich mehrere Beispiele aus der Verfassung des Kantons Zürich nennen. Artikel 11 Abs. 2 etwa enthält ein Diskriminierungsverbot, das über die Diskriminierungstatbestände des Artikel 8 Abs. 2 BV hinaus noch genetische Merkmale und die sexuelle Orientierung nennt.<sup>287</sup> Die Verfassungen der Kantone Neuenburg und Jura gewähren ausländischen Staatsangehörigen unter bestimmten Voraussetzungen das aktive Stimmrecht in kantonalen Angelegenheiten.<sup>288</sup> Artikel 16 der Kantonsverfassung von Zürich geht über das Petitionsrecht von Artikel 33 BV hinaus, indem die Behörden verpflichtet werden, binnen sechs Monaten Stellung zu einer Petition zu nehmen.<sup>289</sup> Andere Kantonsverfassungen legen hier eine Beantwortungsfrist von einem Jahr fest oder verlangen eine Antwort „innerhalb einer angemessenen Frist“.<sup>290</sup> Artikel 18 Abs. 1 der Kantonsverfassung von Zürich ergänzt die Verfahrensgarantien von Artikel 29 ff. BV, in dem er vorschreibt, dass jede Person vor Gericht und Verwaltungsinstanzen Anspruch auf „rasche und wohlfeile Erledigung“ des Verfahrens hat. Artikel 12 der Kantonsverfassung von Zürich verweist auf die Sprachenfreiheit von Artikel 18 BV, fügt jedoch hinzu, dass diese auch die Gebärdensprache umfasse.<sup>291</sup> Artikel 13 der Kantonsverfassung von Zürich sieht neben dem Recht auf Ehe und Familie, wie in Artikel 14 BV verankert, auch das Recht vor, die Form des partnerschaftlichen Zusammenlebens frei zu wählen.<sup>292</sup> Artikel 14 gewährt ein Recht auf Bildung, das auch den Anspruch auf den Besuch von Mittel- und Hochschule umfasst, während in Artikel 19 BV nur ein Anspruch auf ausreichenden und unentgeltlichen Grundschulunterricht festgelegt wird. Artikel 15 schreibt die Schulfreiheit vor, aufgrund welcher ein Recht auf Gründung, Organisation und Besuch von privaten Bildungseinrichtungen besteht. Artikel 17 gewährt ein Recht auf Zugang zu amtlichen Dokumenten, so

287 *Jaag/Rüssli*, Staats- und Verwaltungsrecht, Rn. 709.

288 Artikel 73 Kantonsverfassung des Kantons Jura (SR 131.235) bzw. Artikel 37 Abs. 1 Bst. c Kantonsverfassung von Neuenburg (SR 131.233). Vgl. hierzu näher *Auer*, Staatsrecht, Rn. 973 ff.

289 Vgl. allgemein zu verschiedenen Bestimmungen aus Kantonsverfassungen *Wiederkehr*, Kerngehaltsgarantie, 42 ff.

290 Siehe *Schefer/Ziegler*, Grundrechte, in: *Neues Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt*, 123, die auf die Kantonsverfassungen von Bern und von Basel-Stadt verweisen.

291 Als Kommunikationssprache mit Behörden ist die Gebärdensprache jedoch Menschenrechtlich in Artikel 21 Bst. b des UNO-Übereinkommens vom 13. Dezember 2006 über die Rechte von Menschen mit Behinderung (SR 0.109) verankert, siehe *Kägi-Diener*, Art. 18 BV, in: *Die schweizerische Bundesverfassung* - St. Galler Kommentar, Rn. 18.

292 Hier zog der Bund auf Gesetzesebene durch das Partnerschaftsgesetz von 2004 (SR 211.31) nach, *Jaag/Rüssli*, Staats- und Verwaltungsrecht, Rn. 714.

weit keine überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen.<sup>293</sup>

Andere Kantonsverfassungen gehen weiter im Grundrechtsschutz als die Bundesverfassung, indem sie in Bezug auf den Schutz des Kerngehalts von Grundrechten detailliertere Regelungen treffen. Dadurch wird der Kreis möglicher Einschränkungen eines solchen Grundrechtes enger gezogen. So schützt etwa Artikel 28 Abs. 4 der Kantonsverfassung von Bern<sup>294</sup> als Kern von Grundrechten jene Gewährleistungen, die die Verfassung als „unantastbar“ bezeichnet oder bei denen Einschränkungen in keinem Fall zugelassen sind. Einzelne Grundrechtsbestimmungen konkretisieren in der Folge diese Vorgabe, wie etwa Artikel 14 Abs. 2 der Kantonsverfassung von Bern, der es ausnahmslos untersagt, jemanden zur Vornahme einer religiösen Handlung oder zu einem Bekenntnis zu zwingen.<sup>295</sup>

Im Bereich der sozialen Grundrechte bestehen zwar durchaus über die Bundesverfassung hinausgehende Gewährleistungen, jedoch sind diese wie auf Bundesebene als Sozialziele abgefasst und dürften ähnlich zu verstehen sein. Auch bei den Sozialzielen verweisen Kantonsverfassungen wie etwa jene von Zürich teils eher kurz gefasst auf jene der Bundesverfassung.<sup>296</sup> Jedoch enthalten andere Kantonsverfassungen eigene, zusätzliche Sozialziele.<sup>297</sup> Allerdings zeigt sich letztlich in der kantonalen Rechtsprechung, dass auch soziale Grundrechte in Kantonsverfassungen nicht als subjektive, direkt gerichtlich klagbare Ansprüche gegenüber dem Staat angesehen werden.<sup>298</sup> Jedoch sind Entwicklungen für die Zukunft nicht auszuschließen. Während die Bundesverfassung akribisch zwischen Sozialzielen und Grundrechten unterscheidet, weichen die Kantonsverfassungen diese Unterscheidung auf, wie sich etwa am Grundrecht auf Tagesbetreuung zeigen lässt.<sup>299</sup> Die Auswirkungen dieser Aufweichung bleiben aber momentan zumin-

293 Der Zugang von Privatpersonen zu amtlichen Akten als Teil des Öffentlichkeitsprinzips ist in anderen Kantonsverfassungen auch teils als Teil der Informationsfreiheit niedergelegt, siehe Artikel 19 Abs. 2 Kantonsverfassung von Freiburg (SR 131.219).

294 SR 131.212.

295 Siehe auch umfassender hierzu *Wiederkehr*, Kerngehaltsgarantie, 102 ff. Vgl. hierzu auch Artikel 15 Abs. 4 Kantonsverfassung von Freiburg (SR 131.219), der zwar keinen Kernbereich der Glaubens- und Gewissensfreiheit festlegt, aber ebenso ausdrücklich bestimmte Beschränkungen, nämlich Zwang, Machtmissbrauch und Manipulation, verbietet.

296 *Jaag/Rüssli*, Staats- und Verwaltungsrecht, Rn. 726.

297 So etwa im Fall des Kantons Zürich jenes, dass Eltern vor und nach der Geburt eines Kindes nicht in eine Notlage geraten, oder dass ältere Menschen ihr Leben nach ihren Kräften selbstbestimmt gestalten und an der gesellschaftlichen Entwicklung teilhaben können (Artikel 19 Abs. 2 der Kantonsverfassung von Zürich).

298 Siehe etwa zur Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts von Basel-Landschaft zum „Recht auf Wohnung“ aus der Kantonsverfassung *Biaggini/Gutmansbauer*, Grundrechtsgarantien, in: Staats- und Verwaltungsrecht des Kantons Basel-Landschaft II, 26.

299 *Ehrenzeller/Nobs*, ZBl 2009, 1 (13).

dest in den Kantonen, die eine eigene Verfassungsgerichtsbarkeit geschaffen haben, noch abzuwarten.<sup>300</sup>

Neben den Sozialzielen sind hier als zumindest potenziell über die Bundesverfassung hinausgehende kantonale Grundrechtsgarantien auch ungeschriebene Grundrechte zu nennen. Teils geben Kantonsverfassungen nämlich ausdrücklich zu verstehen, dass die jeweilige Aufzählung von Grundrechten nicht abschließend zu verstehen ist und eröffnen damit auch Spielraum dafür, in Zukunft nicht nur weitere, neu in die Bundesverfassung aufgenommene geschriebene oder ungeschriebene Grundrechte zu übernehmen,<sup>301</sup> sondern auch eigene Garantien zu entwickeln. Für solche künftigen Weiterentwicklungen im Grundrechtsbereich ist nach Ansicht der Lehre auf Kantonsebene Raum, etwa um den Grundrechtsschutz von in der Schweiz lebenden Menschen ohne schweizerische Staatsbürgerschaft zu verbessern, indem klassische Grundrechte wie die Meinungsfreiheit oder die Verfahrensrechte um Förder- und Schutzmaßnahmen wie Dolmetscherdienste ergänzt werden.<sup>302</sup>

Dennoch ist abschließend zu berücksichtigen, dass das Bundesgericht den Schutzbereich der bundesverfassungsrechtlichen Grundrechte häufig weit auslegt, sodass „parallele“ kantonale Gewährleistungen kaum noch einen eigenständigen Gehalt aufweisen.<sup>303</sup> So interpretierte es etwa das kantonale Grundrecht auf Schutz vor staatlicher Willkür als lediglich gleich weitreichend wie die entsprechende Bestimmung der alten Bundesverfassung, wenngleich zumindest in der Lehre vertreten wurde, man könne sich darüber hinaus auch auf das kantonale Grundrecht bei Abwesenheit konkret schützender positiver Rechtsnormen berufen.<sup>304</sup>

#### 4. Zusammenfassung

Den Kantonen kommt im schweizerischen Verfassungsrecht eine substantielle Autonomie, insbesondere im Sinne von weitgehenden Kompetenzen, zu. Jedoch wird diese effektiv durch Vorgaben der Bundesverfassung für die Kantone eingeschränkt. Eindeutig anerkannt ist somit auch die Kompetenz der Kantone, in ihren Verfassungen Grundrechte zu regeln. Hingegen ist zugleich ein Verfahren der Gewährleistung vorgesehen, im Rahmen dessen die Bundesversammlung sich zumindest aufgrund grober Kriterien zum Inhalt einer Kantonsverfassung äußern

300 Ibid. (13).

301 So etwa Artikel 11 Kantonsverfassung von Basel-Stadt (SR 131.222.1), der die Grundrechte aus der Bundesverfassung ebenfalls für die Kantonsverfassung „gewährleistet“, die folgende Aufzählung von Rechten jedoch mit „namentlich“ einleitet.

302 *Wiederkehr*, Kerngehaltsgarantie, 236 f.

303 *Biaggini/Gutmannsbauer*, Grundrechtsgarantien, in: Staats- und Verwaltungsrecht des Kantons Basel-Landschaft II, 8.

304 BGE 121 I 267 E. 3b m.w.N.

darf. Ein vergleichbares Instrument besteht in keiner anderen untersuchten Verfassungsrechtsordnung. Dessen ungeachtet darf jedoch nicht überschätzt werden, wie sich die genannte Einbindung auf die Ausgestaltung der Grundrechtsnormen in Kantonsverfassungen auswirkt. Während die Kantone ausdrücklich an die Bundesgrundrechte ebenso gebunden sind wie an ihre kantonalen Grundrechte, haben die Kantone nämlich durchaus ihre Kompetenz im Grundrechtsbereich genutzt. Wenngleich dies nicht immer dazu führt, dass kantonale Grundrechte genügend in der Rechtsprechung berücksichtigt werden, so besteht somit, ohne dass darin ein Widerspruch zur Bundesverfassung bestünde, ein Reservoir an grundrechtlichen Normen auf Ebene der Kantonsverfassungen.

Letztlich ergibt sich so ein Bild, in dem trotz unterschiedlicher Form der Kantonsverfassungen deren Mehrheit umfassend eigene Grundrechte schützt. Jedoch handelt es sich hier häufig um inhaltsgleiche Grundrechte im Vergleich zur Bundesverfassung. In anderen Fällen gehen aber kantonale Grundrechte weiter, was den Umfang ihres Schutzbereiches oder die Einschränkungsmöglichkeiten von Grundrechten betrifft. Hingegen fallen – wohl aufgrund der eher in jüngerer Geschichte erfolgten Revisionen – nur wenige kantonale Grundrechte auf, die geringeren Schutz bieten würden als die Bundesverfassung. Insgesamt sticht die Innovationskraft der kantonalen Verfassungsgesetzgeber hervor, die – auch im Vergleich zum deutschen und US-amerikanischen Verfassungsrecht – eine Vielzahl von *aliud*-Gewährleistungen und Schutzbereichserweiterungen von Grundrechten auf kantonomer Ebene geschaffen haben.

#### IV. Zwischenergebnis

Soll nun vor dem Hintergrund der untersuchten Föderalsysteme beantwortet werden, ob die im geschichtlichen Überblick festgestellte Zentralisierungstendenz von derartigen Föderalsystemen die Grundrechtskompetenz dezentraler Einheiten in Frage stellt, so zeigt sich ein in Grundzügen ähnliches Bild. Sowohl im deutschen als auch im US-amerikanischen und schweizerischen Verfassungsrecht besteht eine eigenständige Kompetenz der Länder, Gliedstaaten und Kantone zur Schaffung eigener Verfassungen und Grundrechtskataloge. Hingegen sind stets gewisse Schranken im Bundesverfassungsrecht vorgesehen. Neben Vorrangregeln, deren genaue Wirkung in der Folge noch zu prüfen ist, sind auch andere Vorgaben, etwa zu Kompetenzen, zu beachten. Eindeutige Klauseln über die Grundrechtsbindung der dezentralen Ebenen an die zentrale Verfassung im schweizerischen und deutschen Verfassungsrecht stehen der durch die Rechtsprechung etablierten Lösung im US-amerikanischen Verfassungsrecht gegenüber. Hervor sticht darüber hinaus das Verfahren der Gewährleistung von Kantonsverfassungen durch die Bundesversammlung in der Schweiz, das die Eingliederung der Kantonsverfassungen in das Verfassungssystem der Schweiz besonders deutlich

macht. Dessen ungeachtet zeigt eine Untersuchung der Ausübung der festgestellten Grundrechtskompetenz, das in allen Föderalsystemen die dezentralen Einheiten teils inhaltsgleiche Grundrechte im Vergleich zur zentralen Verfassung geschaffen haben, aber auch weniger weit gehende und weiter gehende Grundrechtsgarantien sowie Grundrechte, die kein eindeutiges Äquivalent in der jeweiligen zentralen Verfassung besitzen.

Somit kann trotz geschichtlicher Zentralisierungstendenz letztlich aus heutiger Perspektive kein Verdorren der dezentralen Grundrechtskompetenzen festgestellt werden. Im Gegenteil werden zumindest die Verfassungsgebungskompetenzen zum Zweck der Schaffung von dezentralen Grundrechtskatalogen weitgehend genutzt. Besonders sticht hier die Innovationskraft der schweizerischen kantonalen Verfassungen hervor, die auf dem Wege der Verfassungsgesetzgebung weitreichend die eigenen Spielräume ausgelotet haben.

#### D. Grundrechtskonflikte und Gerichtszuständigkeitsfragen in den ausgewählten Föderalsystemen

Aufgrund der gewonnenen Erkenntnisse über die geschichtliche Entwicklung und über die Grundrechtskompetenz in den ausgewählten Föderalsystemen stellt sich an dieser Stelle die Frage, wie es um die effektive Geltung und Geltendmachung von Landes-, Gliedstaats- bzw. kantonalen Grundrechten bestellt ist. Wie wird vor dem Hintergrund des Vorrangs des zentralen Rechts gegenüber dem dezentralen Recht mit Konflikten umgegangen, die sich zwischen parallel anwendbaren Grundrechten unterschiedlicher Ebenen ergeben? Wie wurde geregelt, vor welchen Gerichten welche Grundrechte anwendbar sind?<sup>305</sup> Zugleich ergibt sich aus der Antwort auf diese Fragen, in welchem Umfang neben den festgestellten Spielräumen bei der Grundrechtsschaffung auch Spielräume für die Grundrechtsanwendung bestehen. Dies ist umso mehr von Bedeutung, da in allen drei Föderalsystemen das Bestehen von weiterreichenden Grundrechten auf dezentraler Ebene festgestellt wurde. Weniger als auf dem jeweiligen Verfassungstext liegt der Schwerpunkt nunmehr auf der Rechtsprechungspraxis der zuständigen Höchstgerichte, die oft eigenständig Entwicklungen wie etwa eine Angleichung von Grundrechtsstandards angestoßen haben.

305 Vgl. zur – hier nicht weiter einschlägigen – Problematik von „föderalen Klauseln“ („clauses fédérales“), die für jede Rechtsebene in einem Föderalsystem die Geltung des jeweils eigenen Grundrechtskataloges vorsehen, Besson, Droits de l'homme et fédéralisme, in: La Convention européenne des droits de l'homme et les cantons - Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Kantone, 24.

## I. Grundrechtskonflikte und Gerichtszuständigkeitsfragen im deutschen Verfassungsrecht

Bei der Untersuchung der effektiven Geltung von Landesgrundrechten zeigt sich deutlich, dass im System des deutschen Verfassungsrechts eine vertikale Betrachtungsweise von oben nach unten vorherrscht, die insbesondere den Vorrang des Bundesrechts – verkörpert in Artikel 31 GG und je nach Auffassung abgeschwächt durch Artikel 142 GG – in den Mittelpunkt stellt. Dies ist eine Konsequenz aus der strengen und umfassenden Bindung sämtlicher Staatsgewalt, auch jener der Länder, an die Grundrechte des Grundgesetzes. Die Frage der Landesgrundrechte stellt sich somit weniger – verglichen etwa mit dem US-amerikanischen Recht – als eine des Anwendungsbereiches als vielmehr als eine der verbleibenden Geltungsmöglichkeiten der bereits durch einfaches Bundesrecht verdrängten Landesgrundrechte. Um dies zu verdeutlichen, sind in der Folge zuerst Artikel 31 und 142 GG, ihr Verhältnis zueinander und die sich daraus ergebenden Rechtsfolgen näher zu prüfen. Auf dieser Grundlage ergibt sich, wie weit Landesgrundrechte weitergelten können, auch wenn sie von Bundesverfassungsgrundrechten inhaltlich abweichen. Um die mögliche Geltendmachung von Landesgrundrechten zu untersuchen, ist überdies die Zuständigkeit und Bindung an Grundrechte von Gerichten und Behörden näher zu beleuchten.

### 1. *Zum Umgang mit Konflikten zwischen Bundesverfassungsgrundrechten und Landesgrundrechten*

Um an dieser Stelle die konkrete Geltung von Landesgrundrechten auszuleuchten, muss näher geprüft werden, wie sich die Vorrangregel des Grundgesetzes und die Sonderregelung für die Weitergeltung von Landesgrundrechten auswirken. Auf dieser Grundlage und mithilfe der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts kann in der Folge untersucht werden, wie mit inhaltlich zum Grundgesetz parallelen, weiter gehenden oder weniger weitgehenden Landesgrundrechten umgegangen wird.

#### a) *Zur Vorrangregelung in Bezug auf Landesgrundrechte in den Artikeln 31 und 142 GG*

Das Verhältnis zwischen Bundes- und Landesrecht im Allgemeinen und in Bezug auf Landesgrundrechte regeln die Artikel 31 und 142 GG. Artikel 31 formuliert so kurz wie prägnant „Bundesrecht bricht Landesrecht“ zum Thema des Verhältnisses zwischen Bundes- und Landesrecht. Im Detail sind hier allerdings noch einige Klarstellungen erforderlich. So umfasst der Begriff des *Rechts* hier sämtliche

Landesnormen, auch jene von Verfassungsrang,<sup>306</sup> Gültige Normen des Bundes- und Landesrechts<sup>307</sup> müssen auf denselben Sachverhalt anwendbar sein<sup>308</sup> und unterschiedliche Rechtsfolgen nach sich ziehen,<sup>309</sup> d.h. es muss eine Kollision vorliegen.<sup>310</sup>

Artikel 142 GG wiederum sieht vor, dass „[u]ngeachtet der Vorschrift des Artikel 31“ Bestimmungen der Landesverfassungen „insoweit“ in Kraft bleiben, als sie „in Übereinstimmung“ mit den Artikeln 1 bis 18 GG Grundrechte gewährleisten. Er setzt damit das Bestehen von Landesgrundrechten voraus.<sup>311</sup> Die Bestimmung bekräftigt die Verfassungsautonomie der Länder<sup>312</sup> und stellt einen Prüfungsmaßstab für die Landesverfassungsbeschwerde sicher.<sup>313</sup> Der Sinn der Norm wird in der Ermöglichung bundesstaatlicher Vielfalt und der Stärkung der Rechte des Einzelnen gesehen,<sup>314</sup> insbesondere vor dem Hintergrund, dass so die Artikel 1 bis 18 GG nur als grundrechtlich zu garantierendes Mindestniveau zu verstehen sind.<sup>315</sup> „Ungeachtet der Vorschrift des Artikels 31“ klärt zusätzlich den Anwendungsbereich der Vorschrift in Bezug auf Artikel 31 GG, nämlich dass Artikel 142 den Artikel 31 nicht vollständig verdrängt, sondern nur beschränkt auf übereinstimmende Grundrechte in Bundes- und Landesrecht wirksam wird.<sup>316</sup>

Um das Verhältnis der beiden Normen im Detail zu verstehen, muss jedoch zuerst noch die Rechtsfolge der Anwendung von Artikel 31 GG dargestellt werden.

#### aa) Zum Streit über die Rechtsfolgen der Anwendung des Artikel 31 GG

In Bezug auf die Rechtsfolgen, die eine Anwendung der Kollisionsregel des Artikel 31 GG herbeiführen soll, besteht Uneinigkeit in der Lehre, da hier sowohl länder- als auch bundesfreundliche Ansätze vertreten werden.

306 BVerfGE 26, 116 (135). Einzelfallentscheidungen wie jene von Gerichten sind jedoch nicht erfasst, BVerfGE 96, 345 (364).

307 Siehe etwa *Jarass/Pieroth*, GG Kommentar, Art. 31, Rn. 3, zum Fall von gegen das jeweilige Verfassungsrecht verstoßenden Bundesrechts- bzw. Landesrechtsnormen.

308 BVerfGE 26, 116 (135 f.); 98, 145 (159).

309 BVerfGE 36, 342 (363).

310 *Sacksofsky*, NVwZ 1993, 235 (237). Sind etwa eine Verbotsnorm und eine Ermessensnorm anwendbar, die es dem Normanwender erlauben, beiden Befehlen gleichzeitig gerecht zu werden, z.B. in Form einer rechtsfehlerfreien Ausübung des gewährten Ermessens, liegt kein Rechtsfolgenwiderspruch und damit keine Kollision vor, siehe *von Coelln*, Landesgrundrechte, 190.

311 *Von Coelln*, Landesgrundrechte, 59.

312 *Jarass/Pieroth*, GG Kommentar, Art. 142 GG, Rn. 1.

313 BVerfGE 96, 345 (369 f.).

314 *Von Campenhausen/Unruh*, Art. 142 GG, in: Das Bonner Grundgesetz - Kommentar, Rn. 5.

315 *Kunig*, Art. 142 GG, in: Grundgesetz-Kommentar, Rn. 9.

316 *Korioth*, Art. 142 GG, in: Grundgesetzkommentar, Rn. 11.

Das Bundesverfassungsgericht hat sich nicht klar geäußert, welche Rechtsfolgen bei kollidierendem Landesverfassungsrecht eintreten.<sup>317</sup> In einem Entscheid hielt es fest, dass Artikel 31 GG als Grundsatz zur Regelung von Kollisionen verschiedene Rechtstechniken zu beinhalten vermöge. Bei inhaltlich übereinstimmenden Vorschriften des Grundgesetzes und einer Landesverfassung sei zwar denkbar, dass die landesverfassungsrechtliche Norm als nichtig behandelt werde. Diese Annahme verbiete jedoch im Bundesstaat der Respekt vor einer Landesverfassung; auch eine reine Nichtanwendbarkeit sei denkbar, jedoch nicht geboten; vielmehr seien als richtige Lösung beide Normen als nebeneinander bestehend, d.h. „parallel laufend“, anzuerkennen.<sup>318</sup> Da das Gericht zugleich im selben Entscheid bereits bei den Tatbestandsmerkmalen des Artikel 31 GG ein hohes Maß an Respekt für Landesverfassungsrecht erkennen ließ, rechtfertigte dies für manche die Annahme, dass Artikel 31 GG als Rechtsfolge einen reinen Anwendungsvorrang und nicht Nichtigkeit zumindest für inhaltlich übereinstimmendes Landesverfassungsrecht vorsehe.<sup>319</sup> Eine spätere Entscheidung erging zur Überprüfbarkeit der Anwendung von bundesrechtlichem Verfahrensrecht anhand der Landesgrundrechte. In dieser hielt das Gericht fest, dass Landesgrundrechte zu beachten seien, soweit sie gemäß Artikel 142 GG in Kraft blieben und „im konkreten Fall“ nicht im Sinne des Artikel 31 GG durch Bundesrecht verdrängt würden.<sup>320</sup> Die Formulierung deutet erneut in die Richtung, dass das Bundesverfassungsgericht Landesgrundrechte nicht umfassend als nichtig auffasst, sondern jeweils den Einzelfall betrachtet, wie dies wohl bei einem Anwendungsvorrang zu tun wäre.<sup>321</sup> Eine endgültige Klarstellung erfolgte hingegen nicht.

In der Lehre besteht demgegenüber eine herrschende Meinung, der zufolge der Grundsatz, dass Bundesrecht Landesrecht bricht, bedeute, Landesrecht sei umfassend nichtig; bestehendes Landesrecht werde aufgehoben, zukünftiges gesperrt, und auch bei späterem Wegfall des Bundesrechts lebe Landesrecht nicht

317 Frühere Entscheide erweisen sich als wenig ergiebig. In einem frühen Entscheid zu einfachem Landesrecht hielt das Gericht so fest, dass im vorliegenden Fall mangels einer Kollision im Sinne des Artikel 31 GG eine landesrechtliche Regelung „nicht nichtig“ sei, BVerfGE 26, 116 (135). Daraus lassen sich allerdings kaum Schlussfolgerungen und insbesondere keine Schlüsse für Landesverfassungsrecht ziehen, *von Coelln*, Landesgrundrechte, 196 Fußnote 843. In einem weiteren Entscheid betonte es, dass Landesrecht nicht wiederauflebe, bezog sich dabei jedoch auf entgegen der Sperrwirkung von zuvor bestehendem Bundesrecht erlassenes Landesrecht. Die aus diesem Grund kompetenzwidrig erfolgte Rechtsetzung des Landesgesetzgebers dürfe nicht durch die Aufhebung der Sperre als „geheilt“ angesehen werden. Solches Recht sei von Anfang an nichtig und könne daher später nicht wieder aufleben, BVerfGE 29, 11 (17).

318 BVerfGE 36, 342 (366).

319 So *Poscher*, Neue Justiz 1996, 351 (352); *von Coelln*, Landesgrundrechte, 193. Das Gericht stellte als Teil seiner Begründung ausdrücklich fest, dass sowohl Gesamtstaat als auch Gliedstaaten im Bundesstaat Staatsqualität und eine Verfassung besäßen, weswegen kein Land eine „Amputation“ von Staatsfundamentalnormen durch den Gesamtstaat hinnehmen müsse mit der Folge, dass seine eigene Verfassung ein „Verfassungstorso“ werde, BVerfGE 36, 342 (361).

320 BVerfGE 96, 345 (366).

321 Vgl. auch *von Coelln*, Landesgrundrechte, 196.

wieder auf.<sup>322</sup> Wie gezeigt, kann diese Auffassung auch auf die Vorgängerbestimmung der Weimarer Verfassung bzw. die Diskussionen rund um Artikel 31 GG im Rahmen der Schaffung des Grundgesetzes gestützt werden.<sup>323</sup> Aus dieser Rechtsfolge von Artikel 31 GG werden in der Folge auch konzeptuelle Argumente abgeleitet, etwa dass die sich aus Artikel 31 GG ergebende Nichtigkeit von Bundesrecht entgegenstehendem Landesrecht im Gegensatz zur Theorie eines Anwendungsvorrangs darauf hinweise, dass die Bundesrepublik Deutschland eben kein reiner „Staatenverbund“ sei.<sup>324</sup>

Hingegen vertreten andere einen bloßen Anwendungsvorrang als Folge des Artikel 31 GG, demzufolge zwar Nichtigkeit für das einfache Landesrecht gelten mag, jedoch in Bezug auf Landesverfassungsrecht eine nuanciertere Herangehensweise gefordert ist.<sup>325</sup> Dieser Anwendungsvorrang soll also für einfaches Bundesrecht in Bezug auf entgegenstehendes Landesverfassungsrecht gelten.<sup>326</sup> Landesverfassungsrecht behält demnach, soweit es nicht oder durch spätere Änderung des Bundesrechts nicht mehr kollidiert, seine Geltung bzw. lebt wieder auf.<sup>327</sup>

Fügt man Artikel 142 GG dem Bild hinzu, werden zusätzliche Argumente für einen reinen Anwendungsvorrang als Rechtsfolge von Artikel 31 GG ins Treffen geführt.<sup>328</sup> Artikel 142 GG sei nämlich überwiegend in zeitlicher Hinsicht als dy-

322 *Jarass/Pieroth*, GG Kommentar, Art. 31, Rn. 5; *Huber*, Art. 31 GG, in: Grundgesetz - Kommentar, Rn. 23; *Wittreck*, DVBl 2000, 1492 (1495 f.).

323 Siehe Abschnitt B.I.

324 *Huber*, Art. 31 GG, in: Grundgesetz - Kommentar, Rn. 24 Fußnote 55.

325 *Von Coelln*, Landesgrundrechte, 192.

326 Etwa bei *Poscher*, Neue Justiz 1996, 351 (352).

327 So etwa bereits *Sacksofsky*, NVwZ 1993, 235 (239); *von Olshausen*, Landesverfassungsbeschwerde, 134 ff. Auch anhand der im Rahmen der Föderalismusreform 2006 eingeführten Möglichkeit der Abweichungsgesetzgebung lässt sich dieser Meinungsstreit demonstrieren. So sieht Artikel 72 Abs. 3 erster Satz GG nunmehr bestimmte Materien vor, in denen die Länder, auch nachdem der Bund Gebrauch von einer Kompetenz gemacht hat, eigene Gesetze erlassen können, die von bundesrechtlichen Regelungen abweichen. Es besteht somit eine „doppelte Vollkompetenz“, bei der jeweils die letzte getroffene Regelung Anwendungsvorrang genießt, *Jarass/Pieroth*, GG Kommentar, Art. 72, Rn. 29. Der Vorrang der später erlassenen Regelung ist eindeutig als Anwendungsvorrang gestaltet, sodass ein früher erlassenes Bundes oder Landesgesetz nicht nichtig wird, sondern wieder aufleben kann, wenn ein später von Bund oder Land erlassenes Gesetz außer Kraft tritt, *Huber*, Art. 31 GG, in: Grundgesetz - Kommentar, Rn. 6. Während man diese Regelung als Hinweis lesen könnte, wie Artikel 31 GG zu verstehen sein soll, wird sie von Vertretern der Nichtigkeit als Rechtsfolge von Artikel 31 GG als Spezialregelung zu oder Modifikation von Artikel 31 GG verstanden, *Jarass/Pieroth*, GG Kommentar, Art. 72 Rn. 32 m.w.N.; *Huber*, Art. 31 GG, in: Grundgesetz - Kommentar, Rn. 6.

328 Zumindest hinzuweisen ist auch auf eine weitere Ansicht in der Lehre, der zufolge Artikel 142 GG nicht entweder Nichtigkeit oder ein Anwendungsvorrang, sondern eine besondere Rechtsfolge beizumessen sei, nämlich dass er Landesgrundrechte „bundesgesetzfest“ werden lasse. Inhaltsgleiche Landesgrundrechte, die aufgrund dieser Inhaltsgleichheit auch keine Rechtszersplitterung hervorriefen, könnten so dem einfachen Bundesrecht gegenüber Bestand haben, siehe *Sommer*, Landesgrundrechte, 67 ff. Dies dürfte allerdings bereits dem Grundgedanken der getrennten Verfassungsräume von Bund und Ländern, die durch die Koexistenz, aber unterschiedliche Anwendbarkeit von Bundes- und Landesgrundrechten versinnbildlicht wird, zuwiderlaufen. Insofern überzeugt auch wenig, dass *Sommer* als Argument lediglich aufführt, anderenfalls verbliebe im Sinne einer teleologischen Auslegung den

namische Bestimmung aufzufassen.<sup>329</sup> Dies bedeutet, dass Artikel 142 GG auf ältere und neue Bestimmungen des Landesverfassungsrechts anwendbar sei und auch keine Sperrwirkung für die Änderung der Landesgrundrechte eintrete. Durch die Formulierung des „in-Kraft-Bleibens“ soll hier das auf Dauer angelegte Verhältnis zwischen Bundes- und Landesrecht beschrieben werden und nicht ein Stichtag.<sup>330</sup> Ein Anwendungsvorrang, im Rahmen dessen Landesgrundrechte zeitweise durch Bundesrecht verdrängt werden, jedoch in der Folge bei dessen Wegfallen wieder aufleben können, werde einer solchen dynamischen Perspektive wohl eher gerecht. In diese Richtung weist auch Artikel 28 Abs. 3 GG, demzufolge der Bund eine unter anderem den Grundrechten entsprechende Verfassungsordnung zu gewährleisten hat; dies spiegle ein nicht nur vorübergehendes, sondern der Verfassungsordnung inhärentes Spannungsverhältnis der Bundesstaatlichkeit in Bezug auf den notwendigen Grad an Grundrechtshomogenität wider.<sup>331</sup>

Auch wird als besonderes Problem bei der Annahme der Nichtigkeit als Rechtsfolge vorgebracht, dass sich dann durch Bundesrecht, das zuvor die Nichtigkeit von Landesverfassungsrecht bewirkt hat und später selbst wegfällt, auf Ebene des Landesverfassungsrechts eine Grundrechtsschutzlücke ergebe, die sich nur durch den komplizierten Weg der Verfassungsänderung erneut beheben ließe.<sup>332</sup> Zugleich könne der Querschnittscharakter eines Landesgrundrechts nicht berücksichtigt werden, wenn bei der Kollision eines Landesgrundrechts mit einem Bundesgesetz die vollständige Nichtigkeit des Grundrechts angenommen würde, obwohl es lediglich im begrenzten Anwendungsbereich des entsprechenden Bundesgesetzes zur Kollision komme.<sup>333</sup> Selbst wenn in diesem Zusammenhang stattdessen eine Teilnichtigkeit bejaht wird,<sup>334</sup> erzeugt dies erneut Schwierigkeiten in Bezug auf die Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit der Rechtslage, wenn in der Folge unklar ist, ob ein Grundrecht nur für einen bestimmten Bereich oder gar für eine bestimmte Situation „gebrochen“ wurde.<sup>335</sup> Auch in Bezug auf die Rechtssicherheit lässt sich für einige ein Anwendungsvorrang eher vertre-

---

Ländern wegen der umfassenden Gesetzgebungstätigkeit des Bundes zu wenig Raum für Landesrecht und die Anwendung der Landesgrundrechte (72 f.).

329 Jarass/Pieroth, GG Kommentar, Art. 142 GG, Rn. 2; Tjarks, Landesgrundrechte, 36 f.; Kunig, Art. 142 GG, in: Grundgesetz-Kommentar, Rn. 5.

330 Koriath, Art. 142 GG, in: Grundgesetzkommentar, Rn. 9. Vgl. auch zur Entstehungsgeschichte der Formulierung Sommer, Landesgrundrechte, 59.

331 Dietlein, Auslegung der Art. 31 und 142 GG, 25 f.

332 Starck, Verfassungen, 16. Vgl. etwa zu den Eigentumsrechtsgarantien der Landesverfassungen von Olschhausen, Landesverfassungsbeschwerde, 131. Betroffene Landesverfassungsbestimmungen könnten beispielsweise nicht mehr bei rein landesinternen Sachverhalten herangezogen werden, Sacksofsky, NVwZ 1993, 235 (239); Endter, EuGRZ 1995, 227 (228).

333 Endter, EuGRZ 1995, 227 (228 f.). Wie von Coelln, Landesgrundrechte, 194 Fußnote 835, feststellt, muss ein solches Landesgrundrecht über das Grundgesetz hinaus reichen.

334 Tjarks, Landesgrundrechte, 70.

335 Sommer, Landesgrundrechte, 84.

ten als die These der Nichtigkeit,<sup>336</sup> sei es doch einfacher, geltendes Recht jeweils im konkreten Fall auf seine Anwendbarkeit hin zu prüfen, als im Vergleich dazu in der Vergangenheit nach Normen des Bundesrechtes zu suchen, die jemals in Kollision mit Landesverfassungsrecht getreten sein könnten.<sup>337</sup>

Hingegen lassen sich auch Argumente gegen einen Anwendungsvorrang wie etwa das Prinzip der Kontinuität finden. So träten im Fall eines Anwendungsvorrangs nach Außerkrafttreten eines Bundesgesetzes innerhalb eines Landes landesgesetzliche Regelungen möglicherweise aufgrund wieder geltenden und entgegenstehenden Landesverfassungsrechts außer Kraft.<sup>338</sup> Somit würde einem Land eine formal vom Landesverfassungsgesetzgeber stammende, aber tatsächlich vom Bundesgesetzgeber gesteuerte Landesverfassungsentwicklung aufgezwungen.<sup>339</sup> Allerdings erscheint dies nur als die denknotwendige Folge der durch einen Anwendungsvorrang besser geschützten Verfassungsautonomie der Länder. Zugleich ist nicht ersichtlich, inwieweit der Landesverfassungsgesetzgeber bereits vor Außerkrafttreten von Bundesrecht, aber auch nachher gehindert wäre, die Rechtslage entsprechend den eigenen Vorstellungen unter Beachtung der bundesrechtlichen Grenzen anzupassen,<sup>340</sup> und inwieweit sich diese Rechtssituation als Folge von jener der Nichtigkeitssanktion grundlegend unterscheidet, entstehen doch in beiden Fällen Regelungslücken und mögliche Inkohärenzen.<sup>341</sup>

Letztlich geht somit – trotz einiger Diskussionen in Bezug auf einen möglichen reinen Anwendungsvorrang gerade im Zusammenhang mit den Landesgrundrechten – die herrschende Meinung davon aus, dass bei einer Kollision von Bundes- und Landesrecht generell Nichtigkeit als Rechtsfolge eintrete. Hingegen besteht auch Uneinigkeit über das genaue Zusammenwirken der Bestimmungen des Artikel 31 und 142 GG, wie an dieser Stelle näher zu prüfen ist.

#### bb) Zum Verhältnis der Artikel 31 und 142 GG

Diskutiert wird neben den Rechtsfolgen von Artikel 31 GG auch das Verhältnis von Artikel 31 und 142 GG. Grundsätzlich wird vor einer Anwendung von Artikel 142 GG als Sonderregelung zu Artikel 31 GG zuerst geprüft, in welchem Verhältnis ein Landesgrundrecht zu einem Bundesgrundrecht steht. In der Folge wird eine mögliche Kollision mit Bundesrecht geprüft.<sup>342</sup> Auf die Rechtsprechung

336 Für diese Rechtsfolge hingegen etwa *Tjarks*, Landesgrundrechte, 23.

337 Vgl. hierzu auch *Heckmann*, Geltungskraft, 320.

338 *Tjarks*, Landesgrundrechte, 75 f., der jedoch aufgrund von Artikel 142 GG eine Ausnahme von der Nichtigkeitsrechtsfolge des Artikel 31 GG für den Fall von Landesgrundrechten einräumen will.

339 *Jutzi*, Landesverfassungsrecht, 27 f.

340 Indirekt wohl auch eingestanden durch *Tjarks*, Landesgrundrechte, 75, der von einem erst wieder durch die Landesparlamente aufzufüllenden rechtsfreien Raum spricht.

341 *Sommer*, Landesgrundrechte, 86.

342 *Ibid.*, 59.

gestützt, geht die herrschende Meinung davon aus, dass Artikel 31 GG gleichlautendes Landesverfassungsrecht unberührt lässt.<sup>343</sup> Demnach kommt auch Artikel 142 GG wenig eigenes Gewicht zu;<sup>344</sup> bei einer alleinigen Anwendung von Artikel 31 GG ergäbe sich nämlich so dasselbe Resultat.<sup>345</sup> Artikel 142 GG kann so auch als besonders auf die Landesgrundrechte zugeschnittene Bestimmung verstanden werden, die jedoch keine eigenen, besonderen Rechtsfolgen zeitigt.

Als Gegenmeinung wird hingegen vertreten, Artikel 142 GG sei eine eigene, konstitutive Bedeutung zuzuschreiben; nur durch diese Ausnahme als *lex specialis* zu Artikel 31 GG werde eine abweichende Rechtsfolge, nämlich das Inkraftbleiben von Landesgrundrechten, festgelegt, und nur auf dieser Grundlage könne der Schluss gezogen werden, dass Artikel 31 GG auf gleichlautendes Landesverfassungsrecht keine Anwendung finde.<sup>346</sup> Überdies bestätige dies der Wortlaut von Artikel 142 GG, der ein Inkraftbleiben von Bestimmungen der Landesverfassungen „auch insoweit“ vorsehe, als sie übereinstimmende Gewährleistungen zu Grundrechten des Grundgesetzes vorsähen. Das Wort „auch“, dem Gegenmeinungen dementsprechend weniger Bedeutung zuerkennen,<sup>347</sup> weise nämlich darauf hin, dass auch gleichlautendes Landesverfassungsrecht immer nach Artikel 31 GG verdrängt werde und Artikel 142 GG als Ausnahme von dieser Verdrängungswirkung agiere.<sup>348</sup>

Als dritte Ansicht wird das Erfordernis einer Kollision für die Anwendung von Artikel 31 GG anerkannt, jedoch Artikel 142 GG dennoch als *lex specialis* betrachtet. Nur diese Bestimmung nehme dann effektiv derartige Grundrechte aus dem Anwendungsbereich von Artikel 31 GG heraus.<sup>349</sup>

Abschließend lässt sich als Zwischenfazit festhalten, dass die Weitergeltung der Landesgrundrechte maßgeblich vom Verhältnis zwischen Bundes- und Landesrecht, insbesondere Landesverfassungsrecht, geprägt wird. Daraus und aus der zurückhaltenden Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hat sich eine intensive Diskussion in der Lehre ergeben, in welchem Verhältnis die Bestimmungen des Artikel 31 und 142 GG zueinander stehen und welche Rechtsfolge sich

343 März, Bundesrecht, 193 ff.; Koriath, Art. 142 GG, in: Grundgesetzkommentar, Rn. 3 m.w.N.

344 Von Coelln, Landesgrundrechte, 201; Sacksofsky, NVwZ 1993, 235 (237); Ott, Landesgrundrechte, 54; als „Bekräftigung“ des Rechts der Länder, Landesgrundrechte in ihren Verfassungen zu verankern, verstanden bei Dreier, Art. 142 GG, in: Grundgesetz - Kommentar, Rn. 31.

345 Sommer, Landesgrundrechte, 29.

346 Huber, Art. 142 GG, in: Grundgesetz - Kommentar, Rn. 3 ff.; Koriath, Art. 142 GG, in: Grundgesetzkommentar, Rn. 3.

347 Siehe etwa bei von Campenhausen/Unruh, Art. 142 GG, in: Das Bonner Grundgesetz - Kommentar, Rn. 6 ff.; Kunig, Art. 142 GG, in: Grundgesetz-Kommentar, Rn. 5.

348 Huber, Art. 142 GG, in: Grundgesetz - Kommentar, Rn. 4; Koriath, Art. 142 GG, in: Grundgesetzkommentar, Rn. 15.

349 Siehe hierzu von Campenhausen/Unruh, Art. 142 GG, in: Das Bonner Grundgesetz - Kommentar, Rn. 6. Teils wird auch Artikel 142 GG an dieser Stelle herangezogen, um eine besondere Rechtsfolge zu begründen, nämlich eine föderalismusfreundlichere Teilnichtigkeit bei weitergehenden Landesgrundrechten im Gegensatz zur bundesstaatsfreundlichen Gesamtnichtigkeit, die durch Artikel 31 GG angeordnet werde, siehe so Tjarks, Landesgrundrechte, 33 f.

aus Artikel 31 GG ergibt, nämlich Nichtigkeit oder ein reiner Anwendungsvorrang. Bezüglich beiden Themen zeigt sich, dass länderfreundliche Stimmen zu meist entgegen der herrschenden Meinung versuchen, den verbleibenden Spielraum für Landesgrundrechte auszubauen, indem Artikel 142 GG mehr Bedeutung zugeschrieben werden soll oder ein reiner Anwendungsvorrang des Bundesrechts mehr Raum für Landesgrundrechte etwa im Fall des späteren Wegfalls von Bundesrecht lassen soll.

#### *b) Zur Geltung abweichender Landesgrundrechte*

Wie festgestellt<sup>350</sup> decken sich Landesgrundrechte teilweise nicht mit den Grundrechten des Grundgesetzes. Zugleich verdrängt Artikel 31 GG kein gleichlautendes Landesverfassungsrecht. In der Folge ist zu untersuchen, wann nunmehr von gleichlautendem Landesverfassungsrecht bei Grundrechten ausgegangen wird und wie mit vom Grundgesetzstandard abweichenden Landesgrundrechten umgegangen wird.

##### *aa) Zu inhaltsgleichen Landesgrundrechten*

Bereits festgehalten wurde, dass nach herrschender Meinung Artikel 142 GG lediglich die Rolle einer zusätzlichen Klarstellung zukommt und dass gleichlautendes Landesverfassungsrecht nicht durch Artikel 31 GG verdrängt wird. Dennoch kann an dieser Stelle auf die Diskussion zu dieser Bestimmung zurückgegriffen werden, um zu untersuchen, wie überhaupt die Inhaltsgleichheit von Landesgrundrechten zu definieren ist. Artikel 142 GG schreibt vor, dass Landesgrundrechtsbestimmungen soweit in Kraft bleiben, als sie in Übereinstimmung „mit den Artikel 1 bis 18“ GG Grundrechte gewährleisten. Hingegen wird diese Anforderung durch die Rechtsprechung nicht über die Maßen streng umgesetzt.

So finden sich Grundrechte im Grundgesetz nämlich bereits nicht nur in den Artikel 1 bis 18, sondern auch etwa in der Grundsatznorm über den Rechtsschutz gegen die öffentliche Gewalt im Artikel 19 Abs. 4 GG.<sup>351</sup> Auch solche, an anderen Stellen im Grundgesetz aufgeführten Grundrechte stehen nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts den in Artikel 142 GG ausdrücklich genannten Rechten „der Qualität nach“ gleich, weswegen Artikel 142 auch auf derartige inhaltsgleiche Landesgrundrechte Anwendung findet.<sup>352</sup> Auch differenziert Artikel

<sup>350</sup> Abschnitt C.I.4.

<sup>351</sup> Anzumerken ist außerdem, dass auch etwa Artikel 18 GG nicht so sehr ein Grundrecht festlegt, sondern Voraussetzungen für die Beschränkung bzw. Verwirkung eines Grundrechts, so Koriath, Art. 142 GG, in: Grundgesetzkommentar, Rn. 12.

<sup>352</sup> BVerfGE 22, 267 (271). Einigkeit in der Lehre ortet hier *von Coelln*, Landesgrundrechte, 197. Auch in der Lehre wird für ein „dynamisches“ Verständnis des Begriffes plädiert, siehe etwa Koriath, Art. 142 GG, in: Grundgesetzkommentar, Rn. 8.

142 GG nicht nach Kategorien wie Abwehr- oder Leistungs- und Teilhaberechten, sodass sämtliche Arten von Grundrechten als umfasst angesehen werden können.<sup>353</sup> Ziel von Artikel 142 GG ist, im Rahmen einer inhaltlichen Betrachtungsweise die möglichst weitgehende Fortgeltung der Landesgrundrechte sicherzustellen und weniger auf den Ort oder die Form der entsprechenden Verbürgung im Grundgesetz abzustellen.<sup>354</sup> Somit sind nach gängiger Ansicht etwa auch prozessuale Landesgrundrechte umfasst.<sup>355</sup>

Artikel 142 GG kommt überdies aufgrund von „Übereinstimmung“ zur Anwendung. Die dahinterliegende Idee ist weniger jene einer völligen Homogenität, sondern der Schutz der Eigenständigkeit der Landesgrundrechte, deren Fortgelten gewährleistet werden soll, sofern ihr Inhalt mit einem Grundgesetzgrundrecht vereinbar ist bzw. sie in Einklang mit dem Grundgesetz ausgelegt werden können.<sup>356</sup> Je nachdem, ob Artikel 142 GG als Norm konstitutiver Wirkung verstanden wird oder lediglich als deklarativer Zusatz zu Artikel 31 GG,<sup>357</sup> kommt dem Begriff der Übereinstimmung mehr oder weniger eigene Bedeutung zu. Geht man von der herrschenden Auffassung einer schwachen Wirkung aus,<sup>358</sup> bedeutet Übereinstimmung dabei in Anlehnung an Artikel 31 GG nur Widerspruchsfreiheit.<sup>359</sup> Dies hat das Bundesverfassungsgericht mit dem Hinweis bestätigt, dass auch weitergehende und weniger weitgehende Landesgrundrechte nicht als im Widerspruch zu Grundgesetzgrundrechten stehend aufzufassen seien, soweit das jeweils engere Grundrecht nicht als Maximalstandard verfasst sei.<sup>360</sup>

Inhaltsgleichheit wird somit letztlich nicht eng definiert. Sie kann auch bei geringfügigen sprachlichen Abweichungen gegeben sein.<sup>361</sup> Einen als Inhaltsgleichheit anerkannten Fall stellt auch die sogenannte Rezeption, d.h. die Eingliederung der Grundrechte des Grundgesetzes in Landesverfassungsrecht, dar, wie sie teils in Landesverfassungen vorgesehen ist.<sup>362</sup> Es handelt sich hierbei nicht um reine Verweisbestimmungen auf ohnedies geltende Grundrechte des Grundgesetz-

353 Sacksofsky, Art. 142 GG, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Rn. 24 ff. Umstritten ist hier lediglich der Fall grundrechtlich formulierter Staatszielbestimmungen, siehe Dietlein, Jura 1994, 57 (58).

354 Von Coelln, Landesgrundrechte, 198.

355 Dreier, Einheit und Vielfalt, in: Vielfalt des Rechts - Einheit der Rechtsordnung, 128 f.

356 Koriath, Art. 142 GG, in: Grundgesetzkommentar, Rn. 13.

357 Siehe bereits Abschnitt D.I.1.a.bb.

358 Siehe Abschnitt D.I.1.a.bb.

359 Sommer, Landesgrundrechte, 32.

360 BVerfGE 96, 345 (365). Teils wird hingegen in der Lehre auch Inhaltsgleichheit für die Anwendung des Artikel 142 GG verlangt, insbesondere im Lichte der Entstehungsgeschichte der Bestimmung. Diese zeige nämlich, dass weitergehende, aber nicht kollidierende Landesgrundrechte ohnedies als unproblematisch gesehen wurden und Artikel 142 GG die Existenz inhaltsgleicher Landesgrundrechte im Hinblick auf die unklare Reichweite des Artikel 31 GG sicherstellen sollte, siehe bei von Coelln, Landesgrundrechte, 200 m.w.N.

361 Koriath, Art. 142 GG, in: Grundgesetzkommentar, Rn. 13 f.

362 Vgl. etwa Artikel 4 Abs. 1 der Verfassung des Landes Nordrhein-Westfalen oder Artikel 2 Abs. 1 der Verfassung des Landes Baden-Württemberg. Siehe für eine Übersicht Wermeckes, Grundrechtsschutz, 31 f.

zes, sondern um die Schaffung eigenständiger, aber inhaltlich gleicher Grundrechte im Landesrecht.<sup>363</sup> Die Unterscheidung zwischen Landes- und Grundgesetzgrundrechten als unabhängige Gewährleistungen ist unabdingbar, binden doch Landesgrundrechte beispielsweise nicht die Gerichte und Behörden des Bundes.<sup>364</sup> Inhaltsgleichheit kann sich somit auch nicht auf den Adressatenkreis beziehen, da dieser bei Landesgrundrechten stets nur die Landesstaatsgewalt umfasst und damit notwendigerweise enger ausfällt.<sup>365</sup>

#### bb) Zur Geltung von über den Grundgesetzstandard hinausgehenden Landesgrundrechten

Weitergehender Schutz durch Landesgrundrechte fällt an dieser Stelle ebenfalls unter den zuvor erörterten Begriff der Übereinstimmung und kann somit fortbestehen, ohne dass die Rechtsfolge des Artikel 31 GG eintritt. Dies gilt etwa, wenn eine landesrechtliche Gewährleistung in sachlicher oder persönlicher Hinsicht überhaupt nicht oder zumindest nicht in derselben Form im Grundgesetz verankert ist, oder weitergehende Einschränkungsmöglichkeiten im Grundgesetz bestehen.<sup>366</sup> Auch für durch abweichende landesverfassungsgerichtliche Rechtsprechung geprägte Landesgrundrechtsinhalte gelten dieselben Regeln.<sup>367</sup> Aufgrund des Charakters des Grundgesetzes als Mindeststandard werden weitergehende Landesgrundrechte als klar zulässig eingestuft.<sup>368</sup> Das Grundgesetz gilt diesbezüglich als nicht abschließende Regelung in Bezug auf zusätzliche Freiheitsverbürgungen.<sup>369</sup> Ein weiter gefasster Schutzbereich könnte so allenfalls mit dem Grundgesetz kollidieren, wenn dieses einen Maximalstandard oder geringere Beschränkungsmöglichkeiten vorsieht, während das Landesgrundrecht zu einem grundgesetzlich nicht gedeckten Eingriff zwingen würde. Beides ist typischerweise nicht der Fall.<sup>370</sup> Auch im Fall eindeutig abschließender Determinierung durch

363 Dietlein, AöR 1995, 1 (5). Vgl. hingegen zur These einer Doppelverbürgung desselben materiell existierenden Grundrechts in der Rechtsprechung BVerfGE 22, 267 (271) bzw. Kunig, NJW 1994, 687 (687 f.). Da er Artikel 31 GG als auch gleichlautendes Landesverfassungsrecht verdrängend versteht, sieht Koriath, Art. 142 GG, in: Grundgesetzkommentar, Rn. 10, hier Artikel 142 GG als notwendig an, um einer solchen Inkorporation Wirkung zu verleihen bzw. die Geltung von Bundesgrundrechten zugleich als Landesgrundrechte sicherzustellen. Die Rezeption wird allgemein als dynamischer Natur aufgefasst und bezieht sich somit auf die Grundgesetzgrundrechte in ihrer jeweiligen Fassung, von Coelln, Landesgrundrechte, 61. Siehe hingegen zu den Bedenken gegenüber dieser Auffassung Wermeckes, Grundrechtsschutz, 37 f.

364 Lindner, BayVBl. 2004, 641 (647). Differenziert Tjarks, Landesgrundrechte, 86 f.

365 Dietlein, Jura 1994, 57 (60). Zugleich wird bei einer dynamischen Rezeption jedoch abgesehen davon ein Auseinanderklaffen des grundrechtlichen Schutzniveaus verhindert, Wermeckes, Grundrechtsschutz, 35.

366 Jarass/Pieroth, GG Kommentar, Art. 142 GG, Rn. 3; Wermeckes, Grundrechtsschutz, 121 ff.

367 Wermeckes, Grundrechtsschutz, 107.

368 Vgl. auch mit Verweis auf die Beratungen bei der Schaffung des Grundgesetzes von Coelln, Landesgrundrechte, 229.

369 Zierlein, AöR 1995, 205 (223).

370 Vgl. prägnant von Coelln, Landesgrundrechte, 230 f.

einfaches Bundesrecht käme es zu einer solchen Kollision, wenn erkennbar ist, dass erweiterter landesverfassungsrechtlicher Grundrechtsschutz ausgeschlossen ist.<sup>371</sup>

Unzulässig ist es hingegen, wenn ein verstärkter Schutz eines Individuums durch ein Landesgrundrecht zugleich zu einem Eingriff in die Rechte eines anderen Grundrechtsträgers führt.<sup>372</sup> Als Lösung wird eine Gesamtbilanz von Schutz und Eingriff vorgeschlagen, die dann, wenn der landesrechtliche Grundrechtsschutz zur Beschränkung bundesrechtlich gewährleisteter Grundrechtspositionen Dritter führt, zum Zurücktreten des entsprechenden Landesgrundrechts führen muss.<sup>373</sup> Ein solcher Eingriff in ein Bundesgrundrecht ist nur im vom Grundrecht selbst geregelten Ausmaß möglich.<sup>374</sup> Gewährt dieses hingegen Spielräume zur Entfaltung der kollidierenden Grundrechte, kann das Landesgrundrecht in diesem Ausmaß berücksichtigt werden.<sup>375</sup> Ein Konflikt zwischen Landesgrundrecht und Bundesrecht liegt auch dann nicht vor, wenn das Bundesrecht Spielräume für weitergehendes Landesrecht gewährt, dies etwa bei der Gestaltung eines nur teilweise bundesrechtlich geregelten Verfahrens.<sup>376</sup>

Derartige, durch das Bundesrecht gewährte Spielräume können unterschiedliche Formen annehmen. Ein erster Fall ist jener bundesrechtlich gewährten Ermessens. Hier kann ein Rechtsanwender typischerweise dem Normbefehl des Bundesrechts – eine Entscheidung unter mehreren möglichen, jedoch kein bestimmtes Resultat – und des Landesgrundrechts – eine vom Grundrecht gedeckte Entscheidung – gerecht werden.<sup>377</sup> Mehr auf der Tatbestands- als auf der Rechtsfolgenseite ist der Fall unbestimmter Rechtsbegriffe angeordnet, bei denen der Gesetzgeber die Präzisierung eines Norminhaltes bewusst der rechtsanwendenden Praxis überantwortet.<sup>378</sup> Da so insbesondere bei normativ unbestimmten Rechtsbegriffen<sup>379</sup> wertende Entscheidungen durch den Rechtsanwender erfolgen müssen, können im Rahmen solcher Entscheidungen auch weitergehende Landesgrundrechte berücksichtigt werden.<sup>380</sup> Auf der Rechtsfolgenseite kann ein Ermessen gewährt werden, bei dem das Gesetz die Richtigkeit divergierender Entscheidungen akzeptiert und das tendenziell einen gewissen Spielraum bietet.<sup>381</sup> Darüber hinaus können auch Auslegungsspielräume genutzt werden, um – so

371 Von *Olshausen*, Landesverfassungsbeschwerde, 159; *Jutzi*, DÖV 1983, 836 (839).

372 Siehe bereits Abschnitt C.I.4.c.

373 *Dreier*, Art. 142 GG, in: Grundgesetz - Kommentar, Rn. 49 ff.

374 *Erbguth/Wiegand*, DVBl 1994, 1325 (1329).

375 Von *Coelln*, Landesgrundrechte, 242; *Werneckes*, Grundrechtsschutz, 107.

376 BVerfGE 96, 345 (366).

377 Von *Coelln*, Landesgrundrechte, 257.

378 BVerfGE 87, 234 (263 f.).

379 Vgl. zu diesen bzw. zur Heranziehung von Landesgrundrechten, wenn ohnedies bereits die Verkehrssitte oder ein objektives Sittengesetz zur wertenden Ausfüllung anerkannt wird, *Ott*, Landesgrundrechte, 131.

380 *Sobota*, DVBl 1994, 793 (797).

381 *Ott*, Landesgrundrechte, 132.

weit dies bundesrechtskonform erfolgt – eine landesverfassungsrechtskonforme Auslegung unter Berücksichtigung eines weitergehenden Landesgrundrechtes zu erzielen.<sup>382</sup>

cc) Zur Geltung von hinter dem Grundgesetzstandard zurückbleibenden Landesgrundrechten

Zuletzt wird auch von einer die Geltung eines Landesgrundrechts erhaltenden Übereinstimmung mit dem Grundgesetz ausgegangen, wenn der Schutz durch ein Landesgrundrecht hinter jenem des Grundrechts des Grundgesetzes zurückbleibt, etwa da der Schutzbereich kleiner ist oder weitergehende Einschränkungsmöglichkeiten bestehen.<sup>383</sup> Hingegen bestehen hier auch zwei in der Lehre vertretene, anders argumentierende Theorien.

Als erste Theorie wird teils vorgebracht, dass hinter dem Grundgesetz und dem dadurch gewährten Mindeststandard zurückbleibende Grundrechte als mit dem Grundgesetz kollidierend und somit nichtig anzusehen seien.<sup>384</sup> Jedoch lässt sich dem im Grundgesetz verbürgten Mindeststandard<sup>385</sup> an Grundrechtsschutz nur entnehmen, dass die Grundgesetzgrundrechte auch für die Landesstaatsgewalt verbindlich sind; jedoch werden dadurch keine inhaltlichen Vorgaben zur Ausgestaltung der Landesverfassungen geschaffen, müssen diese doch grundsätzlich keine Grundrechte vorsehen bzw. als Folge auch keine gleich stark geschützten.<sup>386</sup> Auch geschichtlich betrachtet bezog sich die Diskussion zum Mindeststandardcharakter der Grundrechte des Grundgesetzes primär auf landesgrundrechtliche Mehrgewährleistungen.<sup>387</sup>

Die früher<sup>388</sup> vertretene Ergänzungslehre als zweite Theorie ging demgegenüber davon aus, dass enger gefasste Landesgrundrechte in Kraft bleiben, aber automatisch auf den Stand des grundgesetzlichen Schutzes ausgedehnt werden.<sup>389</sup> Allerdings wird so ohne eine entsprechend stützende Vorgabe im Grundgesetz in den Grundrechtsbestand der Landesverfassungen eingegriffen. Zugleich müssten dann in den Ländern, in denen keine entsprechende Gewährleistung auf Verfassungsebene vorgesehen ist, wie in jenen mit enger ausgestalteten Landesgrund-

382 *Von Coelln*, Landesgrundrechte, 262.

383 *Dreier*, Einheit und Vielfalt, in: Vielfalt des Rechts - Einheit der Rechtsordnung, 134 ff.

384 Vgl. z.B. *Dietlein*, Jura 1994, 57 (60); *Jutzi*, Landesverfassungsrecht, 38; *Martina*, Grundrechte der nordrhein-westfälischen Landesverfassung, 18 ff. Teils wird auch von einer Teilnichtigkeit z.B. bei einer zu weitreichenden Beschränkungsmöglichkeit des Landesgrundrechtes ausgegangen, *Rozeck*, AöR 1994, 450 (463).

385 Artikel 1 Abs. 3 GG.

386 *Siehe von Olshausen*, Landesverfassungsbeschwerde, 122 Fußnote 63, der zu Recht darauf hinweist, dass der Landesverfassungsgesetzgeber, der überhaupt keine Grundrechte vorsehen muss, auch derartige vorsehen können muss, die hinter dem Grundgesetz zurückbleiben.

387 *Tjarks*, Landesgrundrechte, 61.

388 *Wermeckes*, Grundrechtsschutz, 103.

389 *Siehe etwa Erbguth/Wiegand*, DVBl 1994, 1325 (1328).

rechten die Bundesgrundrechte vollumfänglich als Landesgrundrechte gelten; ansonsten wäre das paradoxe Ergebnis, dass ein unvollständiger Schutz „ergänzt“, ein nicht vorhandener jedoch akzeptiert würde.<sup>390</sup>

Vor dem Hintergrund dieser wenig überzeugenden Ansätze hat hingegen das Bundesverfassungsgericht entschieden, enger formulierte Landesgrundrechte könnten in Kraft bleiben, da sie keine mit dem Grundgesetz unvereinbaren Rechtsfolgen mit sich bringen.<sup>391</sup> Dies überzeugt auch. Denn die Annahme ist berechtigt, dass die weniger weitreichenden Landesgrundrechte nicht den Sinn haben, weitergehenden Schutz durch andere Normen auszuschließen; somit ist auch nicht von einer Kollision mit Bundesgrundrechten auszugehen.<sup>392</sup> Das Landesgrundrecht stellt in einem solchen Fall in partieller Übereinstimmung mit dem Grundgesetz einen Mindestschutzstandard sicher, während ohnedies die Staatsgewalt des Landes an die Grundrechte des Grundgesetzes gebunden ist<sup>393</sup> und das Landesgrundrecht nicht beanspruchen kann, einen Maximalschutzstandard zu beinhalten, da ansonsten Artikel 31 GG zum Tragen käme.<sup>394</sup> Unzulässig wäre so lediglich, wenn das Landesgrundrecht nicht nur als Mindestgarantie verfasst ist, sondern einen Normbefehl enthielte, keinen weitergehenden Schutz zuzulassen.<sup>395</sup> So hingegen kann etwa bei einem Landesgrundrecht mit enger gefasstem Schutzbereich davon ausgegangen werden, dass es ein vom Grundgesetz unter Schutz gestelltes Verhalten nicht verbietet, sondern lediglich den landesverfassungsrechtlichen Schutzrahmen dafür festlegt und keine Aussagen über dessen Erlaubtheit trifft.<sup>396</sup> Auch bei weiterreichenden Beschränkungsmöglichkeiten eines Landesgrundrechts liegt keine Kollision vor, da lediglich eine Möglichkeit für den Landesgesetzgeber eröffnet wird; letzterer darf diese jedoch in der Folge nicht ausschöpfen, da er weiterhin an die Vorgaben des Grundgesetzes gebunden ist.<sup>397</sup> Auf Verfahrensebene eröffnet sich im Fall einer Landesverfassungsbeschwerde sogar ein zusätzlicher Weg für Bürger, die eigenen Rechte zu schützen; entsprechend stellt ein „Weniger“ an Schutz auf Landesebene hier immer noch eine Verstärkung des Grundrechtsschutzes insgesamt dar und somit mehr als ein „Nichts“.<sup>398</sup>

390 Sacksofsky, NVwZ 1993, 235 (238).

391 BVerfGE 96, 345(365).

392 Jarass/Pieroth, GG Kommentar, Art. 142 GG, Rn. 3.

393 Artikel 1 Abs. 3 GG.

394 Jutzi, DÖV 1983, 836 (839); Wermeckes, Grundrechtsschutz, 131.

395 BVerfGE 96, 345 (365).

396 Von Coelln, Landesgrundrechte, 218. Vgl. auch Sommer, Landesgrundrechte, 79.

397 Von Coelln, Landesgrundrechte, 220.

398 Tjarks, Landesgrundrechte, 63.

### c) Zusammenfassung

Abschließend gilt nach herrschender Meinung im deutschen Verfassungsrecht eine Kollisionsregel, die entgegenstehendes Landesrecht und gerade Landesgrundrechte mit Nichtigkeit bedroht. Auch im Verhältnis von Artikel 31 und 142 GG spiegelt sich wider, dass primär der Vorrang des Bundesrechts im Vordergrund steht. Jedoch bleiben für Landesgrundrechte Spielräume, die auch die Rechtsprechung bestätigt hat, obwohl die Landesstaatsgewalt umfassend an die Grundgesetzgrundrechte gebunden ist. Somit bleiben Landesgrundrechte „in Übereinstimmung“ mit jenen des Grundgesetzes in Kraft, worunter eine Reihe von Fällen subsumiert wird. Weitere Geltung kommt somit nicht nur über die Liste der Grundrechte in den Artikeln 1 bis 18 GG hinausgehenden Landesgrundrechten zu, sondern auch weniger weit gehenden und weiter gehenden derartigen Gewährleistungen, sofern es zu keiner Kollision mit Grundgesetzgrundrechten oder einfachem Bundesrecht kommt. Auch weniger weit geltende Landesgrundrechte bieten somit etwa im Rahmen einer Landesverfassungsbeschwerde auf niedrigerem Niveau Grundrechtsschutz, während zugleich jedoch die Landesstaatsgewalt an die Grundgesetzgrundrechte in vollem Umfang gebunden bleibt und etwa eine Verfassungsbeschwerde an das Bundesverfassungsgericht weiterhin offen steht.

## 2. Zur Zuständigkeit und Bindung von Behörden und Gerichten

Teil der Fragestellung, wieweit Landesgrundrechte gelten, ist auch, inwieweit und für welche Adressaten sie als bindend und als Prüfungsmaßstab im Rahmen von Verfassungsbeschwerden und ähnlichen Verfahren gelten. Auseinandergehalten werden muss an dieser Stelle die materielle und die prozessuale Seite, nämlich inwieweit Landesgrundrechte bestehen und was etwa die Landesverfassungsgerichte als Prüfungsmaßstab heranziehen dürfen.<sup>399</sup> Als Grundregel gilt, dass ein in Kraft bleibendes Landesgrundrecht die Landesangehörigen berechtigt und die Staatsgewalt des jeweiligen Landes bindet.<sup>400</sup> Im Landesverfassungsraum richten sich solche Grundrechte an den Gesetzgeber wie an die Verwaltung und Rechtsprechung und dienen als Maßstab für die Gültigkeit einer Norm, aber auch für die Auslegung und Anwendung im Einzelfall.<sup>401</sup> Somit ist zuerst vor dem Hintergrund kritischer Stimmen in der Lehre das genaue Ausmaß der Bindung der Bundesstaatsgewalt an Grundrechte zu untersuchen. In der Folge ist die Konstellation der Grundrechtsbindung bei der Anwendung von Bundesrecht durch Landes-

399 Sommer, Landesgrundrechte, 13.

400 Jarass/Pieroth, GG Kommentar, Art. 142 GG, Rn. 4.

401 BVerfGE 51, 304 (323).

gerichte und -behörden zu klären. Zuletzt bietet ein viel diskutiertes Urteil des Bundesverfassungsgerichts die Gelegenheit, den zulässigen Prüfungsmaßstab der Landesverfassungsgerichte näher zu beleuchten.

#### a) Zur Grundrechtsbindung der Bundesstaatsgewalt

Gerichte und Behörden des Bundes sind nach herrschender Meinung bei der Ausübung ihrer Befugnisse nicht an im Rahmen von Artikel 142 GG fortgeltende Landesgrundrechte gebunden.<sup>402</sup> Anderenfalls wäre der Maßstabscharakter der Grundgesetzgrundrechte für die Anwendung des Bundesrechts gefährdet und würde der Rechtsprechungsbereich der Landesverfassungsgerichte auf die Tätigkeiten der Bundesbehörden ausgedehnt.<sup>403</sup> Im Einzelfall schließt dies die Anwendung der Landesgrundrechte aus, wenn etwa ein Gericht des Bundes die Anwendung von materiellem Bundesrecht oder Verfahrensrecht des Bundes durch die Gerichte und Behörden der Länder gebilligt hat oder ein Gericht eines Landes, weil es dafür zuständig ist, eine Bundesbehörde in Bezug auf die Anwendung von Bundesrecht kontrolliert.<sup>404</sup>

Jedoch gibt es vereinzelt kritische Stimmen gegenüber dieser Auffassung, die in unterschiedlichem Ausmaß eine Bindung an die Landesgrundrechte mit Ausnahme des Bundesgesetzgebers bejahen, wenngleich eine Zustimmung zur Bindung nicht gleichbedeutend mit der Bejahung der Kontrollkompetenz der Landesverfassungsgerichte gegenüber Bundesorganen sein soll.<sup>405</sup> Für diese Ansicht wird vorgebracht, dass es sich bei Landesrecht auch um Recht im Sinne des Artikel 20 Abs. 3 GG handle, an das somit auch die Exekutive des Bundes gebunden sei.<sup>406</sup> Hingegen ist der Vollzug von Landesrecht durch den Bund – im Gegensatz zum umgekehrten Fall der Ausführung von Bundesgesetzen durch die Länder nach den Artikeln 83 ff. GG – nicht vorgesehen. Jedoch regle dies nur die Kompetenz zum Vollzug, nicht jedoch die Rechtsbindung der handelnden Behörde.<sup>407</sup> Dennoch bleibt unklar, wie eine solche Bindung ohne Kontrolle durch die Landesverfassungsgerichte funktionieren soll.<sup>408</sup>

402 Lindner, BayVBl. 2004, 641 (647).

403 Koriath, Art. 142 GG, in: Grundgesetzkommentar, Rn. 16.

404 Ibid., Rn. 16.

405 Ott, Landesgrundrechte, 149 m.w.N.

406 Sommer, Landesgrundrechte, 92.

407 Ibid., 93.

408 Vgl. auch zum Problem der räumlichen Bindungsreichweite in derartigen Fällen Ott, Landesgrundrechte, 151.

b) *Zur Grundrechtsbindung bei der Anwendung von Bundesrecht durch Landesbehörden und -gerichte*

In Bezug auf die Landesstaatsgewalt ergeben sich andere Schwierigkeiten. Damit Landesgrundrechte die Landesstaatsgewalt überhaupt binden können, müssen sie in Kraft sein.<sup>409</sup> Probleme ergeben sich hier ab dem Moment, in dem es nicht nur um die Anwendung von Landes-, sondern auch Bundesrecht geht.

Artikel 142 GG vermag nicht zu bewirken, dass Landesgrundrechte zum inhaltlichen Maßstab für Bundesrecht werden, da weiterhin der Nachrang gegenüber Bundesrecht gilt.<sup>410</sup> Nur wenn keine volle bundesrechtliche Determinierung einer Entscheidung einer Landesverwaltungsbehörde oder eines Landesgerichts vorliegt, können die Landesgrundrechte zur Anwendung kommen, etwa im Fall einer eingeschalteten Rechtsverordnung eines Landes aufgrund einer Ermächtigung durch den Bundesgesetzgeber nach Artikel 80 Abs. 1 GG,<sup>411</sup> im Fall von Ermessenseinräumung durch das Bundesrecht<sup>412</sup> oder beim Vorliegen unbestimmter Rechtsbegriffe.<sup>413</sup>

c) *Zur Prüfungsbefugnis der Landesverfassungsgerichte*

Eine besonders heikle Frage stellt vor dem Hintergrund der Verflechtung von Bundes- und Landesrecht und dem zuvor erörterten Vorrang des Bundesrechts dar, welche Rechtsakte Landesverfassungsgerichte anhand welchen Prüfungsmaßstabs prüfen dürfen. In einem vielzitierten Entscheid äußerte sich das Bundesverfassungsgericht hierzu, der an dieser Stelle näher zu erörtern ist.

Grundsätzlich hielt das Gericht fest, die Kompetenzordnung lasse eine Landesverfassungsbeschwerde zu, wobei die Landeskompetenz jedoch nur in dem Umfang bestehe, die zur Sicherung eines wirksamen Grundrechtsschutzes erforderlich sei.<sup>414</sup> Somit können die Länder Landesverfassungsgerichte mit Entscheidungs- und Kassationsbefugnissen einrichten.<sup>415</sup> Bereits in Landesverfassungen, die vor dem Grundgesetz erlassen wurden, aber auch später in den neuen Ländern wurden mittlerweile Landesverfassungsgerichte sowie die Möglichkeit zur Verfassungsbeschwerde geschaffen.<sup>416</sup>

Weitere Aspekte der Entscheidung gaben hingegen Anlass zu Diskussionen. Als erste Schwierigkeit kommt praktisch aufgrund des Erfordernisses der Rechts-

409 *Von Coelln*, Landesgrundrechte, 63.

410 *Dreier*, Art. 142 GG, in: Grundgesetz - Kommentar, Rn. 53.

411 Vgl. zum landesrechtlichen Status einer solchen Verordnung BVerfGE 18, 407 (418).

412 *Lindner*, BayVBl. 2004, 641 (648 ff.).

413 *Korioth*, Art. 142 GG, in: Grundgesetzkommentar, Rn. 15.

414 BVerfGE 96, 345 (368 ff.).

415 *Sommer*, Landesgrundrechte, 29.

416 Vgl. den prägnanten Überblick bei *von Coelln*, Landesgrundrechte, 66 f.

wegeerschöpfung und der damit verbundenen gerichtlichen Überprüfung von Behördenentscheidungen<sup>417</sup> und dem weitgehenden Gebrauch des Bundes seiner Kompetenz zur Schaffung von gerichtlichen Verfahrensregeln<sup>418</sup> fast immer Bundesrecht in Form des Verfahrensrechts zur Anwendung, wenn ein materiell auf Landesrecht beruhender Rechtsakt vor dem Landesverfassungsgericht überprüft werden soll. Dem Bundesverfassungsgericht zufolge dürfen jedoch Landesverfassungsgerichte die landesgerichtliche Anwendung von Bundesverfahrensrecht am Maßstab von Landesgrundrechten prüfen, die inhaltsgleich mit Grundrechten des Grundgesetzes sind, sofern die maßgebliche Beschwerde auf der Landesstaatsgewalt beruht.<sup>419</sup> Dabei stützte sich das Bundesverfassungsgericht insbesondere auf Artikel 31 GG und hielt fest, dass im Falle inhaltsgleichen Landesverfassungsrechts keine Kollision im Sinne von Artikel 31 GG vorliege und dessen Rechtsfolge daher nicht ausgelöst werde, was sich bereits aus Artikel 31 GG ergebe und Artikel 142 GG lediglich für Landesgrundrechte zusätzlich konkretisiere.<sup>420</sup>

Es erstaunt an dieser Stelle, dass das Bundesverfassungsgericht das Landesgrundrecht nur dann als tauglichen Prüfungsmaßstab zu befinden scheint, wenn Inhaltsgleichheit mit einem Grundrecht des Grundgesetzes besteht.<sup>421</sup> Denn es spricht weder ein Argument gegen die Anwendung eines enger gefassten Landesgrundrechts, durch die eine Beschwerde vor einem Landesverfassungsgericht letztlich schlicht erfolglos bleiben würde,<sup>422</sup> noch gegen jene eines weiter gehenden Landesgrundrechts, sofern keine Kollision entsteht und ohnehin dadurch der Prüfungsmaßstab wegfiel.<sup>423</sup> Würde hingegen der Grundrechtsschutz auf das bereits vom Grundgesetz vorgegebene Maß festgelegt, scheinen die Landesverfassungsgerichte tatsächlich zu „regionalen Hilfssenaten“ des Bundesverfassungsgerichts degradiert zu werden.<sup>424</sup>

417 Siehe z.B. Artikel 51 Abs. 2 erster Satz Gesetz über den Bayerischen Verfassungsgerichtshof vom 10. Mai 1990.

418 Siehe Artikel 74 Abs. 1 Nr. 1 GG. Vgl. auch *Jarass/Pieroth*, GG Kommentar, Art. 74 GG, Rn. 9.

419 BVerfGE 96, 345.

420 BVerfGE 96, 345 (364 f.).

421 BVerfGE 96, 345 (373 f.). Dabei deutet die Wortwahl des Gerichtes, das „regelmäßig“ nur solche Grundrechte als Maßstab zur Verfügung stehen sieht, für manche bereits an, dass eine gewisse Unsicherheit gegenüber künftigen Entwicklungen bestehe und dass nur solche Grundrechte eine konkrete Rechtslage widerspruchsfrei gestalten und somit einen Konflikt des Richters mit seiner Bindung an das Bundesrecht vermeiden, *von Coelln*, Landesgrundrechte, 151.

422 *Lange*, NJW 1998, 1278 (1278).

423 *Von Coelln*, Landesgrundrechte, 291. Insbesondere hier bleibt das Bundesverfassungsgericht unklar, da es zuvor die Möglichkeit bejaht hatte, dass weitergehende Landesgrundrechte unter bestimmten Voraussetzungen gegenüber Bundesrecht Bestand haben können, BVerfGE 96, 345 (366). Siehe auch *Dietlein*, Jura 2000, 19 (21). Offen bliebe so auch, welche Folgen überhaupt bestehenbleibende weiter gehende Landesgrundrechte haben sollten, *von Coelln*, Landesgrundrechte, 291 Fußnote 1329.

424 *Sobota*, DVBl 1994, 793 (801). Dies erscheint auch deshalb fragwürdig, da in anderen Konstellationen das Bundesverfassungsgericht die Eigenständigkeit der Landesverfassungsgerichte besonders betont hat, vgl. BVerfGE 36, 342 (357); BVerfGE 96, 231 (242).

Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob die vom Bundesverfassungsgericht gezogene Unterscheidung zwischen der Anwendung von Bundesverfahrensrecht und materiellem Bundesrecht tragfähig ist, da für letzteres das Gericht die Frage der Prüfungsbefugnis von Landesverfassungsgerichten ausdrücklich offen gelassen hat.<sup>425</sup> Zweifel ruft hervor, dass bereits die Verfahrensrelevanz vorwiegend materiell-rechtlich ausgerichteter Grundrechte anerkannt ist.<sup>426</sup> Auch bezüglich des einfachen Rechts ist keine klare Differenzierung ersichtlich, wie sich etwa ein Landesgrundrecht auf die Unverletzlichkeit der Wohnung strukturell völlig anders auf eine auf die bundesrechtliche Strafprozessordnung gestützte Durchsuchungsanordnung auswirke als vergleichsweise etwa auf den Inhalt einer solchen Entscheidung nach Strafprozessrecht.<sup>427</sup> Somit wird in der Lehre teils für eine künftig umfassendere Prüfkompetenz der Landesverfassungsgerichte plädiert.<sup>428</sup>

Überzeugend sind demgegenüber mehrere andere Aspekte der Entscheidung, so etwa der Befund des Bundesverfassungsgerichts, dass eine doppelte Bindung im Fall derartiger inhaltsgleicher Grundrechte bestehe. Dies ist relevant, da somit Bürgern eine zusätzliche Option verfassungsgerichtlichen Rechtsschutzes eröffnet wird.<sup>429</sup>

Teils wird das Bundesverfassungsgericht auch gerügt, überhaupt eine Prüfungsmöglichkeit der Anwendung von Bundesrecht am Maßstab von Landesverfassungsrecht vorgesehen zu haben, da dies der Höherrangigkeit von Bundesrecht widerspreche, weil für dieses nur der eigene, bundesverfassungsrechtliche Rahmen maßgeblich sei.<sup>430</sup> Dies bedingt jedoch eine bestimmte Lesart des Artikel 31 GG als Rechtsgrundlage für die Höherrangigkeit und für eine Überordnung des Bundesverfassungsraumes über die Verfassungsräume der Länder,<sup>431</sup> der eben so gut eine Perspektive des Artikel 31 GG als ausnahmsweise, begrenzt anwendbare Vorrangregel für Kollisionsfälle und eines „Nebeneinander“ der Verfas-

425 BVerfGE 96, 345 (362).

426 *Sommer*, Landesgrundrechte, 131. Vgl. etwa BVerfGE 69, 315 (355) zum Einfluss der Versammlungsfreiheit auf die Ausgestaltung und Anwendung relevanter Verfahrensvorschriften.

427 *Von Coelln*, Landesgrundrechte, 328.

428 *Ibid.*, 351.

429 Siehe so etwa BVerfGE 96, 345 (348); in diesem Fall war die neben der Landesverfassungsbeschwerde erhobene Bundesverfassungsbeschwerde im Annahmeverfahren gescheitert. Das Vorgehen des Bundesverfassungsgerichts überzeugt auch im Licht der früher teils vertretenen gegenteiligen Annahme einer Doppelverbürgung ein und desselben Grundrechts im Landes- und Bundesverfassungsrecht (siehe *Sommer*, Landesgrundrechte, 89). Eine solche Doppelverbürgung führte nämlich im Widerspruch zu Artikel 90 Abs. 3 BVerfGG, der ein solches paralleles Vorgehen ausdrücklich zulässt, zu einem Prozesshindernis, aufgrund dessen eine parallele Verfassungsbeschwerde zum Bundes- und Landesverfassungsgericht wegen Rechtshängigkeit nicht möglich wäre, siehe BVerfGE 22, 267 (272). Siehe auch *Tjarks*, Landesgrundrechte, 116 f. Vgl. zur Problematik der Zuständigkeitskonkurrenz von Bundesverfassungsgericht und Landesverfassungsgerichten darüber hinaus *Sommer*, Landesgrundrechte, 107 ff.

430 Siehe etwa *Rozek*, AöR 1994, 450 (466), der darauf gestützt sogar die landesverfassungskonforme Auslegung von Bundesrecht in Fällen, in denen sie bundesrechtlich möglich ist, nicht für verpflichtend hält.

431 So etwa *Huber*, Art. 31 GG, in: Grundgesetz - Kommentar, Rn. 7.

sungsräume gegenübergestellt werden kann.<sup>432</sup> Eine solche dürfte das Bundesverfassungsgericht durch seine Entscheidung zumindest implizit vertreten.

Als weiteres Argument gegen die Entscheidung wird die Gefährdung der bundeseinheitlichen Anwendung des Bundesrechts durch Landesgrundrechte und die damit verbundene Prüfungskompetenz von Landesverfassungsgerichten vorgebracht.<sup>433</sup> Hingegen kann dem das Argument der im Föderalismus gerade gewollten Vielfalt entgegengesetzt werden, das eine „Föderalisierung der Verfassungsrechtsprechung“ – begrenzt auf die vom Bundesrecht belassenen Spielräume – zu stützen vermag.<sup>434</sup>

Zusammenfassend kann es so eine Landesverfassungsbeschwerde geben, jedoch nicht beispielsweise nach einer bundesgerichtlichen Bestätigung einer landesgerichtlichen Entscheidung oder bei einer Zurückverweisung unter Bindung an bundesgerichtliche Maßstäbe. In solchen Fällen beruht die Beschwer nicht mehr auf Landesstaatsgewalt.<sup>435</sup> Wegen der begrenzten Landeskompetenz ist überdies die Rechtswegeerschöpfung, gegebenenfalls bis zum zuständigen Bundesgericht, als zwingende Voraussetzung vorzusehen.<sup>436</sup> Somit geht das Bundesverfassungsgericht wie gezeigt im Prinzip großzügig vor und akzeptiert das Bestehen eines Landesverfassungsraums, der eine eigene Beschwerdemöglichkeit aufgrund von Landesgrundrechten bereithält; jedoch bleiben im Detail gewisse Schranken wie etwa jene der Inhaltsgleichheit<sup>437</sup> bzw. die Beschränkung auf die Anwendung von Landesgrundrechten auf die Prüfung von Bundesverfahrens-

432 Dietlein, NVwZ 1994, 6 (8); von Coelln, Landesgrundrechte, 281. So auch BVerfGE 4, 178 (189); BVerfGE 64, 301 (317). Zugleich ließe sich eine umfassende Lesart von Artikel 31 GG im Sinne einer *lex superior* Regel nur dann aufrechterhalten, wenn von einer einheitlichen, auf einer Grundnorm beruhenden Rechtsordnung ausgegangen wird. So geht etwa Huber, Art. 31 GG, in: Grundgesetz - Kommentar, Rn. 7, davon aus, dass die Länder ihre Staatlichkeit von der Bundesverfassung ableiten. Dem setzt ein Teil der Lehre hingegen das Konzept der zwei Teilrechtsordnungen des Bundes und der Länder entgegen, die erst zusammen die Gesamtrechtsordnung der Bundesrepublik bilden, so etwa März, Bundesrecht, 107 f.; von Coelln, Landesgrundrechte, 281 f. Vgl. auch zur Staatsqualität der Länder in der Literatur m.w.N. Wermekes, Grundrechtsschutz, 47 Fußnote 255 bzw. in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts BVerfGE 1, 14 (34); BVerfGE 34, 9 (19 f.); BVerfGE 36, 342 (360 f.); BVerfGE 86, 148 (214).

433 Rozek, AöR 1994, 450 (469 ff.); Berkemann, NVwZ 1993, 409 (414 f.); Sobota, DVBl 1994, 793 (797).

434 Hesse, JZ 1995, 265 (269). Zwar gilt somit klar eine bundeseinheitliche Geltung des Bundesrechts, jedoch nicht unbedingt eine bundesweit einheitliche Anwendung, da die Landesgrundrechte zu regionalen Differenzierungen führen können, Sobota, DVBl 1994, 793 (798). Auch prozessuale Mechanismen weisen in die Richtung, dass nicht unbedingt eine völlig einheitliche Rechtsanwendung auf Ebene des Bundesrechts erforderlich ist. So stellt etwa die Vorlagepflicht für Landesverfassungsgerichte nach Artikel 100 Abs. 3 GG die Einheitlichkeit der Verfassungsrechtsordnung sicher, indem bei einem Abweichen von der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts oder eines anderen Landesverfassungsgericht das Bundesverfassungsgericht befasst werden muss. Jedoch bezieht sich dies nicht auf das einfache Bundesrecht, von Coelln, Landesgrundrechte, 314.

435 BVerfGE 96, 345 (371 f.).

436 BVerfGE 96, 345 (371 f.).

437 Wie das Gericht ausführt, bedeutet dies in der Praxis durchaus eine bedeutende Einschränkung der Möglichkeit, Landesgrundrechte anzuwenden. Im Rahmen einer Beschwerde muss in der Folge ein Landesverfassungsgericht zuerst prüfen, ob ein Anwendungsfall für ein Landesgrundrecht vorliegt,

recht.<sup>438</sup> Offen blieb als weitere Frage in dem Entscheid, inwieweit Landesverfassungsgerichte im Rahmen ihrer Prüfungskompetenz auch die Grundgesetzkonformität eines Bundesgesetzes prüfen dürfen, was gegebenenfalls in eine Vorlagefrage an das Bundesverfassungsgericht nach Artikel 100 Abs. 1 GG münden kann.<sup>439</sup> Dies ist nicht zu verwechseln mit dem Fall, in dem keine Vermischung der Prüfungsmaßstäbe droht, wenn nämlich das Landesverfassungsgericht im Rahmen einer Vorprüfung zu untersuchen hat, ob sich eine Kollision zwischen Bundesrecht und Landesgrundrecht ergibt und ob das Bundesgesetz mit dem Grundgesetz vereinbar ist, da ansonsten das Bundesrecht nicht gültig ist und keine Brechungswirkung gegenüber dem Landesrecht entwickeln kann.<sup>440</sup>

#### d) Zusammenfassung

Insgesamt zeigt sich zur Zuständigkeit und Bindung von Behörden und Gerichten ein Bild, das von einer auf Artikel 1 Abs. 3 GG gestützten, umfassenden Bindung an die Grundgesetzgrundrechte und vom Vorrang des Bundesrechts geprägt ist. Aufgrund des in Artikel 31 GG verankerten Vorrangs ist die Bundesstaatsgewalt nur an die Grundrechte des Grundgesetzes, nicht jedoch an jene des Landesverfassungsrechts gebunden, und darüber hinaus kann auch bei der Anwendung von Bundesrecht die Landesstaatsgewalt nur soweit an Landesgrundrechten gemessen werden, wie das Bundesrecht Spielräume dafür gewährt. Grundsätzlich hat in seiner zentralen Entscheidung das Bundesverfassungsgericht sich zuletzt eindeutig für eine Landesverfassungsgerichtsbarkeit ausgesprochen und auch das Bestehen von sich von Grundgesetzgrundrechten unterscheidenden Landesgrundrechten

dann gebunden an die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts die hypothetische Lösung der Anwendung des Grundgesetzes auf den Fall ergründen und dieses als letzten Schritt mit dem Ergebnis der Anwendung der Landesverfassung vergleichen. Entsprechen die Ergebnisse einander, liegt Inhaltsgleichheit vor, BVerfGE 96, 345 (373 ff.).

438 Vgl. zur prozessualen Einordnung der Landesverfassungsbeschwerde z.B. im fachgerichtlichen Verfahren als außerordentlicher Rechtsbehelf ohne Suspensiv- oder Devolutiveffekt *Dietlein*, NVwZ 1994, 6 (9); *Rozeck*, AöR 1994, 450 (460); *Zierlein*, AöR 1995, 205 (226).

439 Gegen eine solche Prüfung etwa *Rozeck*, AöR 1994, 450 (468); dafür von *Olshausen*, Landesverfassungsbeschwerde (153 f.). Diese Befugnis hat insbesondere der Berliner Verfassungsgerichtshof für sich beansprucht, wobei er nicht die abschließende Entscheidungsbefugnis beanspruchte, BerlVerfGH L VerfGE 1, 44 (51). Siehe auch *Sommer*, Landesgrundrechte, 25. Der Verfassungsgerichtshof stützt sich dabei auf das Argument, vor der Grundgesetzwidrigkeit eines Bundesgesetzes nicht „die Augen verschließen“ zu dürfen, BerlVerfGH L VerfGE 9, 45 (49 f.). Hingegen ist dies wenig überzeugend, da bereits umgekehrt das Bundesverfassungsgericht sich als nicht befugt erachten würde, eine landesrechtliche Norm wegen eines Verstoßes gegen Landesverfassungsrecht zu prüfen, BVerfGE 41, 88 (118). Verneint man somit die entsprechende Kompetenz des Landesverfassungsgerichtes, bleibt als Grundrechtsverstoß nur noch der Fall einer nicht landesverfassungskonformen Auslegung, die vom Grundgesetz zugelassen worden wäre, übrig, was teils als Verringerung dere materiell-rechtlichen Bedeutung der Landesgrundrechte beklagt wird, siehe von *Coelln*, Landesgrundrechte, 295.

440 Von *Coelln*, Landesgrundrechte, 298, der zusätzlich darauf hinweist, dass gegebenenfalls bei weiterreichenden Landesgrundrechten noch eine Vorlageentscheidung an das Bundesverfassungsgericht erforderlich sein könnte.

ten bejaht. Jedoch zeigt sich anhand der Diskussion in der Lehre, dass zwar gewisse Elemente der Klarheit geschaffen wurden, etwa in Bezug auf das Bestehen unabhängiger Parallelgewährleistungen im Bundes- und Landesverfassungsrecht, die parallele Verfassungsbeschwerden ermöglichen, oder in Bezug auf das Rangverhältnis zwischen Bundes- und Landesverfassungsrecht, das einer eigenen Landesverfassungsgerichtsbarkeit nicht grundsätzlich im Weg steht. Zugleich bleiben jedoch die Erkenntnisse des Bundesverfassungsgerichts zur Notwendigkeit inhaltsgleicher Grundrechte als zulässiger Prüfmaßstab und zur Trennung zwischen der Prüfung von Bundesverfahrensrecht und von materiellem Bundesrecht anhand der Landesgrundrechte erklärungsbedürftig.

### 3. Fazit

Sollen somit zuletzt die Besonderheiten der Geltung der Landesgrundrechte im deutschen Verfassungsrecht hervorgehoben werden, so fällt die umfassende, ausdrückliche Bindung sämtlicher Staatsgewalt an die Bundesverfassungsgrundrechte auf. Diese ist zusätzlich abgesichert durch einen mit Nichtigkeitsfolge bewehrten Vorrang des Bundesrechts. Bei näherer Betrachtung zeigt sich – wobei hier die Lehre mehr Klarheit zu schaffen vermag als die nicht immer eindeutige Rechtsprechung – jedoch, dass gewisse Spielräume etwa für Landesverfassungsgerichte und Landesgrundrechte verbleiben, wo Bundesrecht eine Situation nicht vollständig determiniert. Hingegen wirken sich Landesgrundrechte tatsächlich wenig aus, und die Diskussion bleibt weitgehend auf die Lehre beschränkt. Selbst in der Rechtsprechung zur Zulässigkeit von Landesverfassungsgerichten und Landesverfassungsbeschwerden bleiben zentrale Fragen offen.

## II. Grundrechtskonflikte und Gerichtszuständigkeitsfragen im US-amerikanischen Verfassungsrecht

Untersucht man die tatsächliche Geltung von Gliedstaatsgrundrechten im US-amerikanischen Verfassungsrecht, ist primär der Vorrang des Bundesrechts, aber auch – in Ermangelung einer ausdrücklichen Regelung – die Bindungsreichweite der Bundesgrundrechte zu prüfen, die sich letztlich erst aus der Rechtsprechung zur selektiven Inkorporation ergibt. Andererseits findet seit Beginn des Neuen Gerichtsföderalismus ein verstärkter Schutz der Gliedstaatsgrundrechte auf Ebene der Gliedstaatsgerichte Verbreitung. Geht man auf dieser Grundlage dazu über, die Geltungsreichweite und Funktion als Rechtmäßigkeitsmaßstab der Gliedstaatsgrundrechte in Bezug auf die Gerichte und Behörden zu untersuchen, muss besonders auf das dual ausgestaltete US-amerikanische Gerichtssystem hingewiesen werden, das häufig Gerichte zugleich über Gliedstaats- und Bundesrechtsfragen entscheiden lässt bzw. besondere Mechanismen und Strategien der

Abstützung auf Bundes- und Gliedstaatsrecht ermöglicht, die wiederum Spielraum für Bundes- und Gliedstaatsgerichte mit sich bringen.

### *1. Zum Umgang mit Konflikten zwischen Bundesverfassungsgrundrechten und Gliedstaatsgrundrechten*

Im US-amerikanischen Verfassungsrecht existiert keine Klausel, die vollumfänglich die Bindung der Gliedstaaten an die Grundrechte der Bundesverfassung vorschreibt. Die tatsächliche Geltung von Bundesverfassungs- und Gliedstaatsgrundrechten kann so nur geklärt werden, indem auf den Prozess der selektiven Inkorporation der Bundesverfassungsgrundrechte eingegangen wird. Um den Umgang mit Konflikten zwischen Bundesverfassungs- und Gliedstaatsgrundrechten zu erfassen, ist die Nutzung des verbliebenen Spielraums auf Gliedstaatsverfassungsebene im Rahmen des Neuen Gerichts föderalismus näher zu beleuchten.

#### *a) Zum Vorrang des Bundes- und Bundesverfassungsrechts gegenüber Gliedstaatsrecht*

Die Bundesverfassung bildet nicht nur aufgrund entsprechender auf die Gliedstaaten anwendbarer Vorgaben,<sup>441</sup> sondern auch aufgrund ihres Vorranges den äußeren Rahmen des verfassungsrechtlichen Spielraumes, der den Gliedstaaten zukommt. So kann eine Gliedstaatsverfassung keine Normen enthalten, die etwa gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz („Equal Protection Clause“) oder die „Due Process Clause“ verstoßen.<sup>442</sup>

Die Vorrangsklausel („Supremacy Clause“) des Artikel 6 Abs. 2 der Bundesverfassung schreibt nämlich vor, dass die Bundesverfassung, sämtliche Formen von Bundeserlassen und völkerrechtliche Verträge das vorrangige Recht darstellen („the supreme law of the land“). Dabei erwähnt Artikel 6 Abs. 2 der Bundesverfassung auch ausdrücklich das gliedstaatliche Verfassungsrecht.<sup>443</sup> Auf dieser Grundlage kann der Oberste Gerichtshof entgegenstehendes Gliedstaatsrecht für verfassungswidrig erklären.<sup>444</sup> Dies hat der Gerichtshof auch in Bezug auf Gliedstaatsverfassungsrecht, das nicht im Einklang mit der Bundesverfassung stand, getan.<sup>445</sup> Beispielsweise wurde eine Änderung der Verfassung in Kalifornien vom Obersten Gerichtshof verworfen, die Eigentümern uneingeschränktes Ermessen bei der Wahl, an wen sie Eigentum vermieten oder verkaufen, eingeräumt hätte.

441 Siehe hierzu bereits Abschnitt C.II.1.

442 Gardner, Constitutional Positivism, in: New Frontiers of State Constitutional Law, 46 f.

443 Artikel 6 Abs. 2 der Bundesverfassung spricht so von entgegenstehendem Recht der jeweiligen Verfassung oder des Gesetzesrecht des Gliedstaates („anything in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding“).

444 (Ware v. Hylton), 3 U.S. 199 (1796).

445 (Dodge v. Woolsey), 59 U.S. 331 (1856); (Cummings v. Missouri), 71 U.S. 277 (1867).

Ein solches in Verfassungsrang gehobenes Recht zu diskriminieren verstöße gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz des Vierzehnten Verfassungszusatzes.<sup>446</sup> Als Rechtsfolge ist ein nicht mit der Bundesverfassung konformes gliedstaatliches Gesetz grundsätzlich so zu behandeln, als sei es nie erlassen worden, und kann auch keine Rechte verleihen.<sup>447</sup> Zu unterscheiden ist allerdings, ob es sich um kompetenzwidrig erlassenes gliedstaatliches Recht handelt oder um einen Normenkonflikt mit höherrangigem Recht. Im ersten Fall gilt Nichtigkeit,<sup>448</sup> im zweiten eine reine Nichtanwendbarkeit, d.h. dass bei Wegfall des höherrangigen Rechts eine gliedstaatliche Norm wiederaufleben kann.<sup>449</sup>

Aber auch nicht auf Verfassungsstufe stehende Erlasse des Bundesrechts gehen gliedstaatlichen Verfassungen vor. Verordnungen kommt dabei dieselbe präemptive Wirkung zu wie Gesetzen.<sup>450</sup> Auch Rechtsgrundsätze des Bundesrechtes gehen Grundrechten auf Gliedstaatsverfassungsebene vor, soweit diese dem Bundesrecht widersprechen.<sup>451</sup> Der Gerichtshof differenziert hier nicht zwischen Gesetzes- und Verfassungsrecht auf gliedstaatlicher Ebene.<sup>452</sup>

#### *b) Zum Prozess der Inkorporation der Bundesverfassungsgrundrechte*

In Abwesenheit einer klaren Regelung, ob die Bundesverfassungsgrundrechte auch auf die Gliedstaaten anwendbar sind, begann der Oberste Gerichtshof im späten 19. Jahrhundert in einem bis heute andauernden Prozess, die Grundrechte der Bundesverfassung, ohne dass dies sehr deutlich aus deren Wortlaut hervorginge, auf die Gliedstaaten und deren Handeln für anwendbar zu erklären. Der zentrale hierfür verwendete Begriff ist jener der Inkorporation. Grundsätzlich wird der Begriff der Inkorporation so verstanden, dass eine solche stattfindet, wenn eine Bestimmung aus dem Grundrechtekatalog der Bundesverfassung auf die Gliedstaaten angewendet wird.<sup>453</sup>

446 (Reitman v. Mulkey), 387 U.S. 369 (1967), 380 f.

447 (Chicago, Indianmpolia & Louisville Ry. v. Hackett), 227 U.S. 559 (1912), 566.

448 Siehe zur „invalidation“ bzw. Ungültigerklärung *Williams*, American State Constitutions, 100-101, wobei die formelle Aufhebung des Gesetzes durch den jeweiligen Gesetzgeber zu erfolgen hat.

449 Siehe mit einem Vergleich zum schweizerischen Verfassungsrecht *Baumann*, ZBl 2017 643 (657).

450 (Fidelity Fed. Sav. & Loan Ass'n. v. dela Cuesta), 458 U.S. 141 (1982), 153 f.

451 Siehe etwa zu einer Kollision zwischen gliedstaatlichen Eigentumsrechten und Grundsätzen des Wasserrechts auf bundesrechtlicher Ebene (Hinterlider v. LaPlata River & Cherry Creek Ditch Co.), 304 U.S. 92 (1938), 102.

452 (Reynolds v. Sims), 377 U.S. 533 (1964), 584.

453 *Solum*, Journal of Contemporary Legal Issues 2009, 409 (416). Jedoch muss hier bei näherer Betrachtung differenzierter vorgegangen werden. Bei der Inkorporation wird nicht notwendigerweise der gesamte materielle Inhalt einer Bestimmung auf die Gliedstaaten übertragen. So bestimmt etwa der Erste Verfassungszusatz im Wortlaut, dass der Kongress bestimmte Gesetze nicht zu erlassen habe („Congress shall make no law“); jedoch beschäftigt sich die Inkorporation nicht mit den Befugnissen des Kongresses, sondern mit der Anwendung der Substanz bestimmter Grundrechte, siehe ausführlich *Curtis*, Journal of Contemporary Legal Issues 2009, 3 (3 ff.). Zugleich ließe eine grobe Betrachtung auch außer Acht, dass bereits vor einer Inkorporation Bindungswirkungen der Bundesgrundrechte gegenüber den gliedstaatlichen Organen vorliegen. So kann unabhängig von einer Inkorporation der

Die Entwicklung der Inkorporation zeigt vor allem, dass das Bedürfnis, die Bundesgrundrechte auf die Gliedstaaten anzuwenden, als sehr stark empfunden wurde. Jedoch entwickelten sich im Laufe der Zeit in Ermangelung einer eindeutigen, tragfähigen Basis im Wortlaut der Verfassung und ihrer Zusätze unterschiedliche Ansätze in Lehre und Rechtsprechung, um dieses Anliegen umzusetzen.

aa) Zu frühen Ansätzen und den Grundlagen der Inkorporation im Vierzehnten Verfassungszusatz

Vor der Annahme des Vierzehnten Verfassungszusatzes 1868 stellte der Oberste Gerichtshof in *Barron v. Baltimore* klar, dass der Grundrechtekatalog der Bundesverfassung nur darauf abzielte, die Befugnisse der Hoheitsgewalt auf Bundesebene zu begrenzen.<sup>454</sup> Rein auf den Wortlaut bezogen richteten sich jedoch nur der Erste, Sechste und Siebente Verfassungszusatz ausdrücklich an die Bundesebene.<sup>455</sup> Der Gerichtshof hingegen befand, dass die Verfassung und damit die Grundrechte für die Regelung des Bundes geschaffen wurden und nicht für jene der Gliedstaaten;<sup>456</sup> überdies richte sich die Bundesverfassung, wo dies beabsichtigt sei, ausdrücklich an die Gliedstaaten.<sup>457</sup>

Die Annahme des Vierzehnten Verfassungszusatzes 1868 schuf zwei<sup>458</sup> Möglichkeiten, erneut die Anwendung der Bundesverfassungsgrundrechte auf die Gliedstaaten dogmatisch zu begründen. Eine erste Bestimmung des Verfassungszusatzes schreibt vor, dass kein Staat die Privilegien oder Immunitäten der US-amerikanischen Bürger einschränken dürfe („Privileges or Immunities Clause“). Als Zweites sieht die „Due Process Clause“ vor, dass kein Staat jemandem Leben, Freiheit oder Eigentum ohne ordentliches Gerichtsverfahren entziehen darf.<sup>459</sup> Während anfangs und auch später noch vereinzelt diskutiert wurde, ob eine Inkorporation über die Privilegien-oder-Immunitäten-Klausel stattfinden sol-

Gliedstaatsgesetzgeber den Kongress nicht ermächtigen, ein die Redefreiheit einschränkendes Gesetz zu erlassen, bzw. können auch Gliedstaatsbehörden kein grundrechtswidriges Bundesgesetz vollziehen, *Solum*, Journal of Contemporary Legal Issues 2009, 409 (417).

454 (*Barron v. Mayor and City Council of Baltimore*), 32 U.S. 243 (1833), 250 f.

455 *Israel*, Georgetown Law Journal 1982, 253 (255).

456 (*Barron v. Mayor and City Council of Baltimore*), 32 U.S. 243 (1833), 247.

457 *Ibid.*, 250.

458 Als dritte potenziell relevante Bestimmung dürfen die Gliedstaaten niemandem innerhalb ihres Hoheitsbereiches den gleichen Schutz durch das Gesetz versagen („Equal Protection Clause“). Wenn gleich diese Klausel im vorliegenden Zusammenhang eine weniger bedeutende Rolle spielt, existieren zumindest in der Lehre auch Vorschläge, wie Inkorporation im Rahmen des Gleichbehandlungsgrundsatzes im Vierzehnten Verfassungszusatz stattfinden könnte, etwa um Fälle von Altersdiskriminierung zu erfassen, siehe *Dorf*, Virginia Law Review 2002, 951 (990 ff.).

459 „Nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law.“

le, schob der Oberste Gerichtshof dem früh einen Riegel vor.<sup>460</sup> Er legte die Klausel sehr eng aus, sodass sie nur wenige Staatsbürgerrechte wie jenes der Reisefreiheit zwischen Gliedstaaten und den Anspruch auf Schutz auf Hoher See erfassete.<sup>461</sup> In der Folge wurden zwar noch gelegentlich Argumente für eine volle Inkorporation im Rahmen der Klausel in Sondervoten einzelner Richter vorgebracht, jedoch ohne letzten Endes Niederschlag in der Rechtsprechung zu finden.<sup>462</sup>

Nachdem die erste Möglichkeit, über den Vierzehnten Verfassungszusatz zu einer Inkorporation der Bundesgrundrechte zu gelangen, somit ausgeschlossen worden war, wurde in *Hurtado v. California* argumentiert, die „Due Process Clause“ erlaube es, den gesamten Grundrechtskatalog der Bundesverfassung auf die Gliedstaaten anzuwenden. Der Oberste Gerichtshof verneinte dies zwar, entwickelte jedoch als eine Art Vorstufe der Inkorporation die „grundlegende Fairness“-Doktrin („fundamental fairness“), derzufolge einzelne Grundrechte als anwendbar zu erachten seien.<sup>463</sup> Zugleich bestand in dieser Phase der Rechtsprechung keine direkte Verbindung zwischen diesen selbständig geschützten Grundrechten und jenen des Grundrechtskataloges der Bundesverfassung.<sup>464</sup> Zeitlich fiel diese Entwicklung nämlich mit der sogenannten *Lochner*-Phase zusammen, in der der Oberste Gerichtshof besonders bestimmte Grundrechte wirtschaftlicher Natur gegenüber gliedstaatlichem Handeln schützte.<sup>465</sup> Er leitete dabei nicht in der Bundesverfassung schriftlich niedergelegte Grundrechte im Sinne einer Inkorporation daraus her, dass diese Grundrechte sich im Grundrechtekatalog der

460 Dabei war etwa vertreten worden, eine weite Auffassung, welche Rechte der Bürger nun als Privilegien oder Immunitäten aufzufassen seien, könnte an dieser Stelle sämtliche Bürgern zustehenden Rechte miteinbeziehen und zu einer umfassenden „Föderalisierung“ der gliedstaatlichen Regulierungsbefugnisse führen; eine weniger weitreichende Ansicht sieht gemeinsame Rechte der Bürger als umfasst an, was als Teilmenge zur Inkorporation der Bundesgrundrechte als allen Bürgern zustehende Rechte führen sollte; siehe für einen Überblick *Solum*, *Journal of Contemporary Legal Issues* 2009, 409 (424 ff.). Vgl. für einen historisch geprägten Ansatz in jüngerer Lehre *Curtis*, *North Carolina Law Review* 2000, 1071 (1076 ff.).

461 (In *Re Slaughter-House Cases*), 83 U.S. 36 (1872), 79.

462 Siehe etwa Richter Black in (*Duncan v. Louisiana*), , 319 U.S. 145 (1968), 166. Siehe auch m.w.N. *Israel*, *Georgetown Law Journal* 1982, 253 (266 ff.). Einen solchen Fokus auf die Privilegien-oder-Immunitäten-Klausel befürworten manche in der Lehre bis heute, indem sie zugleich dem Begriff der Inkorporation seine Nützlichkeit absprechen, siehe *Lash*, *Journal of Contemporary Legal Issues* 2009, 447 (448); *Lash*, *Northwestern University Law Review* 1993-1994, 1106 (1109).

463 (*Hurtado v. California*), 110 U.S. 516 (1884), 535. Diese Doktrin stütze sich auf die „Due Process Clause“ des Vierzehnten Verfassungszusatzes und bewirke, dass diese Klausel gliedstaatliches Handeln untersagt, das grundlegende Rechte des Individuums verletzt. In der Rechtsprechung finden sich unterschiedliche Formulierungen, denen jedoch gemein sein dürfte, dass gewisse „Prinzipien der Freiheit und Gerechtigkeit“, die dem Konzept der „geordneten Freiheit“ inhärent und die als grundlegend in „Traditionen und Gewissen“ des Volkes verwurzelt seien, geschützt sein sollen. Siehe der Oberste Gerichtshof etwa in (*Palko v. Connecticut*), 302 U.S. 319 (1937), 325; (*Snyder v. Massachusetts*), 291 U.S. 97 (1934), 105.

464 Siehe etwa (*Adamson v. California*), 332 U.S. 46 (1947), 66.

465 Siehe insbesondere (*Lochner v. State of New York*), 198 U.S. 45 (1905) und (*Allgeyer v. Louisiana*), 165 U.S. 578 (1897). Jedoch schützte der Gerichtshof auch andere Arten von Rechten, etwa das Recht der Eltern auf Erziehung ihrer Kinder in (*Meyer v. Nebraska*), 262 U.S. 390 (1923) und (*Pierce v. Society of the Sisters of the Holy Names of Jesus and Mary*), 268 U.S. 510 (1925).

Bundesverfassung fänden und über den Vierzehnten Verfassungszusatz inkorporiert worden seien, d.h. nunmehr auf die Gliedstaaten anwendbar seien. Stattdessen bezeichnete er derartige Grundrechte als im Common Law anerkannte Privilegien, die für das Streben nach Glück eines jeden unabdingbar seien.<sup>466</sup> Die Gerichte, die mit dem Schutz solcher als Teil des Common Law anerkannten Grundrechte befasst waren, standen gewissermaßen über der Trennung der Sphären von Bundes- und Gliedstaatsrecht.<sup>467</sup> Zugleich wurde der Fairnessdoktrin ein hohes Maß an Subjektivität bei der Anerkennung von Grundrechten vorgeworfen.<sup>468</sup>

#### bb) Zur Entwicklung der selektiven Inkorporation

Die Grundbausteine der selektiven Inkorporation fallen mit der Abkehr des Obersten Gerichtshofes von seiner *Lochner*-Rechtsprechung und der Rückkehr zu einer mehr auf den Text der Bundesverfassung bezogenen Auslegung zusammen. Zugleich bedeutete dies auch eine Abwendung von der auf das Common Law und auf davon geschützte ungeschriebene Grundrechte abstellenden grundlegenden Fairness-Doktrin.

Die Abkehr des Obersten Gerichtshofes von der *Lochner*-Phase begann damit, dass er verneinte, dass der Begriff der Freiheit in Abs. 1 des Vierzehnten Verfassungszusatzes sämtliche Freiheiten der ersten acht Verfassungszusätze umfasse.<sup>469</sup> Dies wies nicht nur bereits auf ein Abweichen von der umfassenden Prüfungsbeurteilung hin, die sich der Gerichtshof in *Lochner* auf der Grundlage der Vertragsfreiheit geschaffen hatte, sondern stellte zugleich klar, dass der Gerichtshof nur Schritt für Schritt Grundrechte als auf die Gliedstaaten anwendbar anerkennen würde.

In *Caroline Products* führte der Gerichtshof diese Linie weiter, indem er im Gegensatz zur bisherigen *Lochner*-Rechtsprechungslinie allgemeine Regulierungsmaßnahmen der Gliedstaaten mit einer Vermutung der Verfassungskonfor-

466 (Meyer v. Nebraska), 262 U.S. 390 (1923), 399. Auch in der Lehre wird festgestellt, dass der Oberste Gerichtshof hier allgemein von im Common Law geschützten Grundrechten ausging und sein eigenes Tätigwerden zum Schutz dieser Grundrechte etwa gegenüber Gliedstaatenrecht nicht als föderales Handeln im Sinne von Bundesgrundrechten, die gegen Gliedstaatenrecht durchgesetzt wurden, verstand, *Post*, Duke Law Journal 2002, 1513 (1592 f.).

467 *Schapiro*, Polyphonic Federalism, 39. Siehe zu diesen Sphären Abschnitt II.2.b.

468 So etwa Richter Black in (Adamson v. California), 332 U.S. 46 (1947), 89. Hingegen hielten dem andere entgegen, dass die Anwendung des Grundrechtskataloges der Bundesverfassung, die als Lösung vorgeschlagen wurde, aufgrund der weit gefassten Bestimmungen dieses Katalogs wohl kaum weniger Raum für eine subjektive Auslegung von Grundrechten biete, so etwa Richter Harlan in (Griswold v. Connecticut), 381 U.S. 479 (1965), 501.

469 (Palko v. Connecticut), 302 U.S. 319 (1937), 323. Der Gerichtshof unterschied hierbei die Vertragsfreiheit im Sinne von *Lochner* von jenen Freiheiten, die an im Grundrechtskatalog aufgeführte Freiheiten angelehnt waren; nur letztere könnten im Einzelfall nach einer gesonderten Prüfung, wenn sie unter den Begriff der geordneten Freiheit („ordered liberty“) fielen, als gültig gegen die Gliedstaaten anerkannt werden, *ibid.*, 324 f.

mität ausstattete.<sup>470</sup> Zugleich fügte er in einer häufig zitierten Fußnote hinzu, dass diese Vermutung nur in geringerem Ausmaße zur Anwendung kommen solle, wenn derartige Maßnahmen sichtbar („on its face“) mit einer Bestimmung der Verfassung wie den ersten zehn Verfassungszusätzen in Konflikt zu stehen schienen; die genannten Garantien seien hierbei ebenfalls als einschlägig zu erachten, soweit sie als im Rahmen des Vierzehnten Verfassungszusatzes anwendbar befunden worden seien.<sup>471</sup>

Ab diesem Zeitpunkt begann der Gerichtshof daher zu untersuchen, welche der in der Bundesverfassung im Wortlaut verankerten Grundrechte auf die „Due Process Clause“ des Vierzehnten Verfassungszusatzes übertragen werden konnten. Die teils geäußerte Idee, dass die „Due Process Clause“ nur andere Grundrechte als jene des Grundrechtskataloges schützen könne,<sup>472</sup> verwarf der Oberste Gerichtshof und befand, dass ein weiter Kreis von Grundrechten unter die Klausel falle, unabhängig davon, ob ein Grundrecht sich im Grundrechtskatalog der Bundesverfassung wiederfinde oder nicht.<sup>473</sup> Somit anerkannte der Oberste Gerichtshof die Notwendigkeit, Grundrechte gegenüber den Gliedstaaten anzuwenden, die zumindest in ihrer Substanz auch im Grundrechtskatalog der Bundesverfassung aufgeführt waren.<sup>474</sup> Hingegen sah der Gerichtshof diese Aufführung in der Bundesverfassung nicht als stärkendes Argument für eine Anwendung eines Grundrechtes auch den Gliedstaaten gegenüber, sondern vermutete im Gegenteil, dass eine solche Grundlage in der Verfassung eher gegen eine Anwendung im Rahmen der „Due Process Clause“ des Vierzehnten Verfassungszusatzes sprach.<sup>475</sup> Eine eigene, eindeutige Verankerung als Teil des „Due Process“ im Sinne der entsprechenden Klausel des Vierzehnten Verfassungszusatzes müsse nachgewiesen werden.<sup>476</sup>

Da der Oberste Gerichtshof sich gegen Ende der *Lochner*-Phase ohnedies unter politischem Druck befand,<sup>477</sup> wählte er zu dieser Zeit ein einzelfallbezogenes, selektives Vorgehen bei der Inkorporation von Grundrechten des Grundrechtskataloges der Bundesverfassung.<sup>478</sup> Später hingegen entwickelte sich ein erneut we-

470 (United States v. Carolene Products Co.), 304 U.S. 144 (1938), 152.

471 Ibid., 152 Fußnote 4. Somit stellte der Gerichtshof erneut stärker auf den Verfassungstext ab, während er zuvor in der *Lochner*-Phase aufgrund des gegenteiligen Vorgehens kritisiert worden war, *Lash*, Journal of Contemporary Legal Issues 2009, 447 (453).

472 So etwa noch (*Hurtado v. California*), 110 U.S. 516 (1884), 534 f.

473 (*Powell v. Alabama*), 287 U.S. 45 (1932), 67. Vgl. hingegen noch uneindeutig in dieser Hinsicht (*Chicago, Burlington & Quincy Railroad v. Chicago*), 166 U.S. 226 (1897).

474 Siehe etwa zur Redefreiheit (*Gitlow v. New York*), 268 U.S. 652 (1925); zum Recht auf anwaltlichen Beistand in Strafverfahren (*Powell v. Alabama*), 287 U.S. 45 (1932).

475 In (*De Jonge v. Oregon*), 299 U.S. 353 (1937), 364, entschied der Gerichtshof etwa, dass die ausdrückliche Erwähnung der Redefreiheit im Ersten Verfassungszusatz einen Schutz eines solchen Grundrechts im anderen Kontext nicht „ausschliesse“. Siehe *Lash*, Journal of Contemporary Legal Issues 2009, 447 (451).

476 (*Twining v. New Jersey*), 211 U.S. 78 (1908), 99.

477 Siehe etwa *Ackerman*, *We the People*, 312 ff.

478 *Lash*, Journal of Contemporary Legal Issues 2009, 447 (454).

niger auf dem Wortlaut gründendes Vorgehen des Obersten Gerichtshofes in Bezug auf Rechte wie etwa das Recht auf Privatleben.<sup>479</sup> Während der 1960er Jahre verdrängte die Doktrin der selektiven Inkorporation dann endgültig jene der grundlegenden Fairness in der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes. Somit untersucht und überträgt der Gerichtshof ein Grundrecht nunmehr typischerweise in seiner Gesamtheit, d.h. mitsamt der begleitenden Grundsätze der Rechtsprechung auf Bundesebene, auf die Gliedstaaten.<sup>480</sup> Insbesondere betraf dies anfangs die im Strafverfahren zentralen Grundrechtsgarantien.<sup>481</sup>

Zwar vertraten auch innerhalb der Kompromisstheorie der selektiven Inkorporation Richter des Obersten Gerichtshofs unterschiedliche Ansichten. Eine Gruppe wollte so etwa im Strafverfahren lediglich die wichtigsten Grundrechtsvorgaben inkorporieren, um den Gliedstaaten Raum für Experimente zu lassen,<sup>482</sup> während andere eine umfassende Inkorporation als Ziel sahen.<sup>483</sup> Dieses Vorgehen setzte sich aber auch in den folgenden Dekaden fort<sup>484</sup> und führte letztlich zu einer mittlerweile praktisch vollumfänglichen Inkorporation der Grundrechte der Bundesverfassung.<sup>485</sup>

Dies bedeutet jedoch nicht, dass die Doktrin der selektiven Inkorporation sich nicht im Fokus der Kritik sah und sieht. Aus dogmatischer Perspektive kann etwa bemängelt werden, dass es mit der in identischem Wortlaut abgefassten „Due Process Clause“ des Fünften Verfassungszusatzes nur schwer in Einklang zu bringen ist, wenn die Inkorporation über den Weg der „Due Process Clause“ des Vierzehnten Verfassungszusatzes durchgeführt wird.<sup>486</sup> Kritisiert wurde die selek-

479 (Griswold v. Connecticut), 381 U.S. 479 (1965), 482 f.

480 *Amsterdam*, New York University Law Review 1970, 785 (294 f.). Grundsätzlich anerkennen beide genannten Doktrinen den weiten Kreis an möglicherweise unter der „Due Process Clause“ geschützten Grundrechten. Jedoch untersuchte der Oberste Gerichtshof in der früheren Phase der grundlegenden Fairness lediglich, ob im vorliegenden Fall ein bestimmter Aspekt eines einschlägigen Grundrechtes verletzt wurde, *Israel*, Georgetown Law Journal 1982, 253 (291). Auch stützt sich der Gerichtshof weniger auf die zuvor dominante abstrakte Frage, ob ein Grundrecht für ein vollständiges, zivilisiertes Rechtssystem unabdingbar ist, sondern untersucht mehr den Bedarf dafür in einem *Common Law*-Rechtssystem wie jenem der Gliedstaaten, vgl. etwa (Duncan v. Louisiana), 391 U.S. 145 (1968), 149 Fußnote 14.

481 *Epstein/Walker*, Constitutional Law, 79. Siehe so zum Schutz vor ungerechtfertigter Durchsuchung und zur Nutzung von auf verfassungswidrige Art beschafften Beweismitteln im Rahmen des Vierten Verfassungszusatzes (Mapp v. Ohio), 367 U.S. 643 (1961), 654 ff.

482 So etwa Richter Harlan in (Duncan v. Louisiana), 391 U.S. 145 (1968), 176.

483 So etwa Richter Black in (Adamson v. California), 332 U.S. 46 (1947), 89.

484 Siehe etwa (Williams v. Florida), 399 U.S. 78 (1970); (Crist v. Bretz), 437 U.S. 28 (1978).

485 Siehe die Übersicht bei *Epstein/Walker*, Constitutional Law, 80. Siehe etwa zur 2010 erfolgten Inkorporation des Zweiten Verfassungszusatzes über das Recht, Waffen zu führen, (McDonald v. Chicago), 561 U.S. 742 (2010).

486 *Dorf*, Virginia Law Review 2002, 951 (969). Da letztere Bestimmung dann bereits die Bundesebene bindet, ist in der Folge unklar, warum für inkorporierte Grundrechte wie das Grundrecht auf Meinungsfreiheit auf Bundesebene auf die entsprechende ausführliche Bestimmung der Bundesverfassung zurückgegriffen werden müsste bzw. ob diese so nicht obsolet werden müsste. Vgl. auch zur *Due Process Clause* des Fünften Verfassungszusatzes und der Übernahme des Wortlautes in den Vierzehnten Verfassungszusatz *Daykin*, University of San Francisco Law Review 1970, 61 (65 f.).

tive Inkorporation auch als „verwässerte“ Form der bereits verworfenen Theorie einer vollumfänglichen Inkorporation.<sup>487</sup> Gestärkt wurde derartige Kritik dadurch, dass der Oberste Gerichtshof nie eine umfassende theoretische Begründung für das eigene Vorgehen bei der selektiven Inkorporation lieferte, und somit nach Ansicht mancher weder Argumente aus dem Wortlaut der Verfassung noch aus deren Geschichte die Theorie stützten, sondern lediglich das willkommene Ergebnis.<sup>488</sup>

Hingegen wird für die selektive Inkorporation vorgebracht, dass diese es erlaube, die Subjektivität der zuvor geltenden Doktrin der grundlegenden Fairness zurückzudrängen, da die Umstände des Einzelfalles und deren subjektive Bewertung weniger relevant seien bei der Inkorporation einer Grundrechtsgarantie in ihrer Gesamtheit.<sup>489</sup> Zudem seien auch Bedenken aus Gründen des Föderalismus zurückzuweisen, da es bei der selektiven Inkorporation um den Schutz des Individuums vor einer missbräuchlichen Machtausübung sowohl auf Bundes- als auch Gliedstaatsebene gehe und nicht um den Ausbau der Befugnisse der Bundes- gegenüber der Gliedstaatsebene.<sup>490</sup>

Zusammenfassend hat somit ungeachtet des Fehlens einer ausdrücklichen Bestimmung zur Bindung der Gliedstaaten an die Bundesverfassungsgrundsätze die Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs über das Instrument der selektiven Inkorporation schrittweise eine ebensolche, den Großteil der Bundesgrundrechte umfassende Bindung geschaffen, wenngleich Kritik nicht immer ausblieb. Es bleibt nunmehr zu untersuchen, inwieweit die dennoch verbleibenden Spielräume zur Grundrechtsentfaltung auf Gliedstaatsebene in der Praxis genutzt wurden.

### *c) Zum Neuen Gerichtsföderalismus und zur Geltung und Auslegung gliedstaatlicher Grundrechtsbestimmungen*

Der Neue Gerichtsföderalismus kann als eine Art Reaktion auf die Anwendung der Bundesgrundrechte auf die Gliedstaaten im Rahmen der selektiven Inkorporation und deren als unzulänglich empfundene Auslegung in den späten 1960er Jahren verstanden werden. Es handelt sich dabei um ein verstärktes Tätigwerden der Gliedstaatsgerichte und -höchstgerichte auf der Grundlage der Gliedstaatsgrundrechte. Die Gliedstaatsgerichte konnten sich zu diesem Zweck auf gut ausgebaute Grundrechtskataloge in den Gliedstaatsverfassungen stützen.<sup>491</sup> Im All-

487 So Richter Harlan in (Pointer v. Texas), 380 U.S. 400 (1965), 408 f.

488 So Richter Harlan in (Duncan v. Louisiana), 391 U.S. 145 (1968), 180 f.

489 So Richter Brennan in (Cohen v. Hurley), 366 U.S. 117 (1961), 158. Gerade im Bereich der Strafrechtsgrundrechte sei die selektive Inkorporation zu bevorzugen, da sie eine effektivere – weil weniger einzelfallbezogene und daher vorhersehbarere – Umsetzung des Grundrechtsschutzes auf Gliedstaatsebene begünstige, so Richter Goldberg in (Pointer v. Texas), 380 U.S. 400 (1965), 414.

490 (Pointer v. Texas), 380 U.S. 400 (1965), 414.

491 Siehe Abschnitt C.II.2.

gemeinen enthalten heute im Gegensatz zu früher nur noch wenige Verfassungen von Gliedstaaten weniger ausgedehnte Grundrechtskataloge als die Bundesverfassung.<sup>492</sup> Bei gleichen<sup>493</sup> sowie bei ungleichen Grundrechtsgarantien in Bundes- und Gliedstaatsverfassung besteht vor dem Hintergrund des dualen Gerichtssystems<sup>494</sup> die Möglichkeit, dass derselbe Anspruch auf Grundlage der Bundesverfassung oder der – weniger „bekannten“ – gliedstaatlichen Verfassungsgarantien an Gerichte herangetragen wird.<sup>495</sup>

Mehrere Situationen sind in der Folge in Bezug auf die effektive Geltung der Gliedstaatsgrundrechte zu erörtern, je nachdem, ob Gliedstaatsgerichte in der Folge nach paralleler Auslegung im Verhältnis zum Obersten Gerichtshof streben oder gliedstaatsrechtliche Grundrechte als weniger weitgehend oder weitergehend im Vergleich zu den Bundesgrundrechten aufgefasst wurden.

aa) Zu verschiedenen Auslegungsstrategien der gliedstaatlichen Höchstgerichte

Im Rahmen des Neuen Gerichts föderalismus etablierten sich unterschiedliche Auslegungsstrategien der Höchstgerichte verschiedener Gliedstaaten. Auf diese ist in der Folge kurz einzugehen, um die Relevanz der Geltung von über den Bundesverfassungsstandard hinausgehenden oder dahinter zurückbleibenden Gliedstaatsgrundrechten einordnen zu können.

Obwohl sie sich im Rahmen des Neuen Gerichts föderalismus verstärkt auf Gliedstaatsverfassungsrecht bezogen, folgten insgesamt in einer klaren Mehrheit von Fällen die Gliedstaatsgerichte weiterhin der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes.<sup>496</sup> Dies blieb nicht unwidersprochen. Während entsprechenden Auslegungsvorgängen durch gliedstaatliche Höchstgerichte werden nämlich, wie kritisiert wird, Unterschiede im Wortlaut<sup>497</sup> und die Absichten der Verfasser der Bundesverfassung<sup>498</sup> teils übergangen und auch nicht immer überzeugend der historische Kontext von Verfassungsbestimmungen herausgearbeitet.<sup>499</sup> Als Gegenbewegung schlugen Teile der Lehre einen Verfassungspositivismus („Constitutional Positivism“) als Methode der Auslegung vor, aufgrund dessen bei der Ausle-

492 *Gardner*, *Interpreting State Constitutions*, 165 f.

493 Teilweise übernehmen auch gliedstaatliche Verfassungen Begriffe und Normen anderer gliedstaatlicher Verfassungen. Das Verbot willkürlicher Durchsuchungen und Festnahmen in Artikel 1 Abs. 6 der Verfassung von Delaware ist etwa eine Kopie der entsprechenden Bestimmung in der Verfassung von Pennsylvania. Ein solches „Wurmloch“, das in die andere Verfassung überführt, wird typischerweise als Argument für eine identische Auslegung beider Bestimmungen herangezogen, siehe *Gardner*, *Constitutional Positivism*, in: *New Frontiers of State Constitutional Law*, 56.

494 Siehe Abschnitt D.II.2.

495 *Williams*, *William and Mary Law Review* 1983, 169 (109 f.).

496 *Solimine*, *Indiana Law Review* 2002, 335 (338) m.w.N.

497 *Gardner*, *Constitutional Positivism*, in: *New Frontiers of State Constitutional Law*, 41 Fußnote 7 m.w.N.

498 *Gardner*, *Michigan Law Review* 1992, 761 (793 f.).

499 *Landau*, *Valparaiso University Law Review* 2004, 451 (457 f.).

gung verstärkt die Eigenheiten der jeweiligen Gliedstaatsverfassung berücksichtigt werdenen sollten.<sup>500</sup> Dem wiederum traten andere mit eigenen Vorschlägen, etwa mehr auf Dialog zwischen den Gerichten ausgerichteten Modellen, gegenüber.<sup>501</sup> Auch rügten manche am Verfassungspositivismus, dass er zu Unrecht von einer klaren, eindeutig abgrenzbaren Verfassungsidentität der Gliedstaaten ausgehe, da sie selbige als notwendigerweise durch die Gesamtstaatsverfassungsidentität geprägt sahen.<sup>502</sup>

Faktisch lässt sich in einer Vielzahl von Fällen beobachten, dass die gliedstaatlichen Höchstgerichte systematisch das Bundesverfassungsrecht zur Lösung von Fällen heranziehen und sich auch häufig neben dem Wortlaut der Verfassung auf die entsprechende Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes stützen.<sup>503</sup> Manche Gerichte folgen gleichschrittartig („lockstep“) den Auslegungen des Obersten Gerichtshofes.<sup>504</sup> Die gleichschrittartige Auslegung von Gliedstaatsgrundrechten wird aber kritisiert, da sie die doppelte Gewährleistung eines Rechtes auf Bundes- und Gliedstaatsebene überflüssig mache.<sup>505</sup> Die Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes kläre hier nicht notwendigerweise neben der Auslegung eines Bundesverfassungsgrundrechts jene des Gliedstaatsgrundrechts.<sup>506</sup>

Andere Höchstgerichte von Gliedstaaten legen Gliedstaatsgrundrechte auf der Grundlage der Verfassungsgeschichte so aus, dass kein weitergehender Schutz als in der Bundesverfassung geboten werden soll, und folgen damit üblicherweise dem Obersten Gerichtshof, während in bestimmten Fällen, soweit bestimmte Kriterien erfüllt sind, Abweichungen möglich bleiben („limited lockstep“).<sup>507</sup> Gerade hierfür geriet jedoch der Neue Gerichts föderalismus insgesamt in die Kritik, da vorgebracht wurde, dass es von Seiten der Gliedstaatshöchstgerichte nicht ge-

500 So etwa *Linde*, University of Baltimore Law Review 1980, 379; *Williams*, South Carolina Law Review 1984, 353; *Williams*, Georgia State University Law Review 1986-1987, 143.

501 *Kahn*, Harvard Law Review 1993, 1147; *Friedman*, Hastings Constitutional Law Quarterly 2000, 93.

502 *Gardner*, Constitutional Positivism, in: New Frontiers of State Constitutional Law, 49 f.

503 Siehe etwa bei *Simon*, University of Kansas Law Review 1985, 305 (308); *Linde*, Georgia Law Review 1984, 165 (186 ff.).

504 Kritisiert als „unreflective adoptionism“ bei *Latzer*, Rutgers Law Journal 1991, 863 (864).

505 *Tarr*, Understanding State Constitutions, 182. Als Gegenentwurf wird vorgebracht, dass der Vierzehnte Verfassungszusatz beinhalte, dass ein Versagen des Gliedstaates beim Grundrechtsschutz erst dann feststehe, wenn sämtliche Gewalten, auch die richterliche, sich nicht entsprechend dessen Vorgaben verhalten hätten. Erst ab diesem Zeitpunkt könne Bundesverfassungsrecht zum Einsatz kommen. Somit seien gliedstaatliche Gerichte immer dazu verpflichtet, einen Fall umfassend zuerst anhand des Gliedstaatsrechts mitsamt Gliedstaatsgrundrechten zu prüfen, *Linde*, Oregon Law Review 1970, 125 (134 f.).

506 *Brennan*, Harvard Law Review 1977, 489 (502). Um schwierigen Fragen zu entgehen, wurde auch vorgeschlagen, gliedstaatliche Gerichte sollten primär die Grundrechte der Bundesverfassung anwenden und nur, wenn sich ein Fall nicht auf dieser Grundlage vollumfänglich lösen lasse, auf die anwendbaren Normen des Gliedstaatsrechtes eingehen. Dies ruft jedoch ungerechtfertigterweise Zweifel daran hervor, ob die unabhängige Anwendung gliedstaatlichen Verfassungsrechts rechtmäßig sei, *Tarr*, Understanding State Constitutions, 183.

507 So der Oberste Gerichtshof von Illinois in (*People v. Caballes*), 221 Ill. 2d 282 (2006).

nüge, eine andere Ansicht als der Oberste Gerichtshof in bestimmten Grundrechtsfragen zu haben, um durch das eigene Urteil die Auffassung des letzteren zu ersetzen.<sup>508</sup> Mit etwas mehr Vorsicht begannen Gliedstaatsgerichte darauf hin, in ihrer Rechtsprechung Kriterien zu etablieren, gemäß denen sie Abweichungen von der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes zu den Bundesverfassungsgrundrechten rechtfertigen wollten.<sup>509</sup> Dies wurde jedoch von anderer Seite missbilligt, da so lediglich eine „reaktionäre“ Rechtsprechung auf Gliedstaatsebene entstehen könne, die nur auf Abweichungen von der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes fokussiere und keine grundsatzgetragenen, eigenständigen Rechtsprechungslinien entwickle.<sup>510</sup> Auch trafen die gewählten Kriterien bei Teilen der Lehre auf Skepsis<sup>511</sup> und in der Praxis auf Schwierigkeiten bei der Anwendung.<sup>512</sup>

Überzeugender erscheint das Vorgehen anderer Gliedstaatshöchstgerichte, die bereits als Ausgangsposition die Möglichkeit einer unterschiedlichen Lösung von Fällen auf Bundes- und Gliedstaatsverfassungsebene anerkennen, in einer ausführlicheren Prüfung zuerst das Bundesverfassungsrecht untersuchen und in der Folge die Übernahme einer bestimmten Lösung in das gliedstaatliche Verfassungsrecht sorgfältig begründen.<sup>513</sup>

Als weitere Technik binden sich Gliedstaatsgerichte auch für die Zukunft an die Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes zu parallelen Grundrechtsgaran-

508 Skeptisch hierzu *Williams*, *South Carolina Law Review* 1984, 353 (398 ff.). Auf Gliedstaatsebene wurden in Verfassungsänderungen darauf hin die Auslegungen der Gliedstaatshöchstgerichte verworfen oder eine Übernahme der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes angeordnet, *Williams*, *American State Constitutions*, 128 f.

509 *Williams*, *Notre Dame Law Review* 1997, 1015 (1021). Stärkerer Grundrechtsschutz auf Gliedstaatsebene sollte so beispielsweise nur gewährt werden, wenn solide Gründe („sound policy reasons“) vorlägen, so etwa der Oberste Gerichtshof von New Jersey in (*State v. Stever*), 107 N.J. 543 (1987), 558.

510 *Collins*, *Hastings Constitutional Law Quarterly* 1981, 1 (3).

511 So werde nämlich zu Unrecht eine Vermutung der Richtigkeit der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes eingerichtet, die erst durch objektiv belegbare Unterschiede zwischen Gliedstaats- und Bundesverfassung etwa im Wortlaut oder der Entstehungsgeschichte einer Bestimmung widerlegt werden kann, so skeptisch Justice Morris Pashman in der Entscheidung des Obersten Gerichtshofes von New Jersey (*State v. Hunt*), 91 N.J. 338 (1982), 355; vgl. auch *Williams*, *American State Constitutions*, 170. Als solche Kriterien nennt etwa der Oberste Gerichtshof von Washington den Wortlaut, Unterschiede zwischen den Wortlauten der Bestimmungen, die Verfassungsgeschichte, älteres Gliedstaatsrecht, strukturelle Unterschiede und das Bestehen besonderer gliedstaatlicher oder lokaler Interessen, (*State v. Gunwall*), 106 Wn. 2d 54 (1986), 61 f.

512 Dies hatte zur Folge, dass Gerichte die eigenen Kriterienkataloge teils nicht konsistent heranzogen oder aber später für nicht abschließend erklärten, siehe *Williams*, *American State Constitutions*, 151 ff. m.w.N.

513 Zur Unterscheidung *Williams*, *William and Mary Law Review* 2005, 1499 (1505 ff.), der im zweiten Fall von einer „adoptionist analysis“ spricht; siehe auch *Latzer*, *Rutgers Law Journal* 1991, 863 (864). Ein solches Vorgehen findet in der Lehre vor allem aus föderaler Perspektive Anerkennung, da so die Gliedstaatsverfassungsgerichte einer als unangemessen angesehenen Einschränkung von Grundrechten, die sich aus der zu engen Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes ergebe, genau so entgegenreten könnten, wie sie sich auch im Fall, dass sie mit der Rechtsprechung auf Bundesverfassungsebene einverstanden seien, mit einer identischen Auslegung der Gliedstaatsverfassung zufrieden geben können, *Gardner*, *Georgetown Law Journal* 2003, 1003 (1059).

tion in der Bundesverfassung („prospective lockstepping“).<sup>514</sup> Jedoch trifft auch dieses Vorgehen in der Lehre auf Kritik, da auf diese Art das Schutzniveau gliedstaatlicher Grundrechte gesenkt werde, nur weil der Oberste Gerichtshof auf Bundesverfassungsebene kein gleich hohes Niveau an Grundrechtsschutz gefunden habe.<sup>515</sup> Auch überschreite es die Befugnisse eines gliedstaatlichen Gerichtes, gesamthaft die gegenwärtige und künftige Rechtsentwicklung eines anderen Souveräns in die eigene Rechtsordnung zu übernehmen.<sup>516</sup> Zugleich verliere sich der Nutzen einer doppelten gerichtlichen Zuständigkeit zur Grundrechtsauslegung, wenn eine auf einer Ebene gefundene Auslegung auf einer anderen nicht selbständig bestätigt oder verworfen werden kann.<sup>517</sup>

Vor dem Hintergrund dieser unterschiedlichen Strategien ist nunmehr aus dogmatischer Sicht zu untersuchen, wie mit sich vom Bundesverfassungsstandard unterscheidenden gliedstaatlichen Grundrechten umgegangen wird.

#### bb) Zur Geltung von über den Bundesverfassungsstandard hinausgehenden Gliedstaatsgrundrechten

Weitergehender Schutz von Gliedstaatsgrundrechten durch Gliedstaatsgerichte lässt sich kohärent aus der Bundesverfassung heraus begründen. Hindernisse einer solchen Auslegung von Gliedstaatsgrundrechten ergeben sich, wie zu zeigen ist, eher aus einer nicht unbedingt überzeugenden Wahrnehmung der Entscheidungsbefugnisse des Obersten Gerichtshofes.

So klärt einer unter Richtern und Verfassungsjuristen weitverbreiteten<sup>518</sup> Ansicht zufolge eine Auslegung von Grundrechtsbestimmungen der Bundesverfassung durch den Obersten Gerichtshof auch die Auslegung analoger Bestimmungen in Gliedstaatsverfassungen. Jedoch ist kein dogmatischer Grund ersichtlich, warum derartige Auslegungen die Vermutung genießen sollten, auch eine richtige

514 *Williams*, American State Constitutions, 200. Dabei gehen Gerichte durchaus nicht notwendigerweise ohne nähere Begründung vor. Sie verwerfen sogar wiederholt eigene frühere Rechtsprechung, wenn später hinzutretende Rechtsprechung des Obersten Gerichtshof zum parallelen Grundrecht eine andere Lösung auf Bundesverfassungsebene findet. Siehe etwa zum Verbot der Doppelbestrafung in Bezug auf Beschlagnahmeregeln mit möglicherweise punitivem Charakter der Oberste Gerichtshof von Washington (*State v. Catlett*), 81 Wash.App. 791 (1996).

515 *Latzer*, Rutgers Law Journal 1991, 863 (864). Darüber hinaus ist für manche bereits zweifelhaft, ob ein solches Urteil eines Gliedstaatshöchstgerichts überhaupt derartige Aussagen über den zu beurteilenden Fall hinaus treffen könne bzw. ob solche Aussagen aufgrund der eingeschränkten Befugnisse eines Gerichtes als *dicta* aufzufassen seien, *Williams*, American State Constitutions, 225.

516 Siehe etwa der Oberste Gerichtshof von Alaska in (*Doe v. State*), 189 P.3d 999 (2008), 1005. Zugleich könne es so praktisch zu einer Verfassungsänderung auf Gliedstaatsstufe kommen, ohne dass die notwendigen Verfahren eingehalten werden, so etwa Richter Utter in der Entscheidung des Obersten Gerichtshofs von Washington (*State v. Smith*), 117 Wn.2d 263 (1991), 282. Zumindest bürde die Gliedstaatsverfassung an Bedeutung ein, da ihr der eigene Inhalt weitgehend genommen werde, *Collins*, Texas Law Review 1985, 1095 (1111).

517 *Tarr*, Understanding State Constitutions, 175 f.

518 *Williams*, American State Constitutions, 135.

Auslegung der Gliedstaatsverfassung darzustellen.<sup>519</sup> Zwar kann es ungewohnt erscheinen, dass so Gliedstaatsgerichte der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes trotz der Vorrangklausel der Bundesverfassung nicht folgen müssen.<sup>520</sup> Jedoch überzeugt hier eine klare Unterscheidung zwischen Fällen, in denen der Gerichtshof eine Grundrechtsverletzung feststellt, und jenen, in denen keine solche Verletzung festgestellt wird. Zwar scheint das Gewicht beider Entscheidungen für viele auf den ersten Blick identisch. Jedoch kann nicht automatisch davon ausgegangen werden, dass ein gliedstaatliches Handeln, das im Lichte der Bundesverfassungsgrundrechte zulässig ist, somit auch im Lichte der Gliedstaatsverfassung erlaubt ist.<sup>521</sup> Strengerer Grundrechtsschutz auf Gliedstaatsebene kann immer noch dazu führen, dass ein gliedstaatliches Handeln auf dieser Grundlage als grundrechtswidrig eingestuft wird.

Der Oberste Gerichtshof entschied, dass Gliedstaatsgerichte den Grundrechte-katalog der Bundesverfassung nicht weiter auslegen dürfen als er selbst, wenn aus seiner eigenen Rechtsprechung hervorgeht, dass es sich um einen Maximal-schutzstandard handelt.<sup>522</sup> Wenden sie hingegen Gliedstaatsgrundrechte auf gliedstaatliches Handeln etwa durch die Polizei an, darf auch ein höheres Schutzniveau als auf Bundesverfassungsebene durchgesetzt werden.<sup>523</sup>

Zugleich weigert sich der Oberste Gerichtshof, Entscheidungen der Gliedstaatsgerichte anhand der Grundrechte der Bundesverfassung zu überprüfen, die auf Gliedstaatsrecht oder Gliedstaatsverfassungsrecht gestützt waren, sogar wenn die entsprechenden Bestimmungen im Bundes- und Gliedstaatsrecht identisch oder zumindest sehr ähnlich sind.<sup>524</sup> Damit lässt der Oberste Gerichtshof eindeutig weitergehende Grundrechte im Gliedstaatsverfassungsrecht zu, solange Gliedstaatsrecht anwendbar ist.<sup>525</sup>

Dies bedeutet, dass im Lichte des Vorrangs des Bundesrechtes Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes, die ein Grundrecht der Bundesverfassung stärken bzw. ihm ein gewisses Schutzniveau zuordnen, bundesweit gelten und befolgt werden müssen. Entscheidet der Oberste Gerichtshof hingegen, dass ein be-

519 *Brennan*, Harvard Law Review 1977, 489 (502).

520 *Williams*, William and Mary Law Review 1983, 169 (185).

521 So etwa der Oberste Gerichtshof von Oregon in (*State v. Scharf*), 288 Or. 451 (1980), 454, der betont, die Bundesverfassung beschränke hier nur die Handlungsmöglichkeiten der Gliedstaatsbehörden, während die Erlaubnis für ihr Handeln sich aus der Gliedstaatsverfassung ergeben müsse.

522 Auch in einer Gliedstaatsverfassung kann festgelegt werden, dass der Maximalschutzstandard jener des parallelen Grundrechtes in der Bundesverfassung ist. Artikel 1 Abs. 12 der Verfassung von Florida sieht vor, dass die Bürger ein Recht haben, nicht willkürlichen (*unreasonable*) Durchsuchungen und Festnahmen unterworfen zu werden. Zugleich hält die Bestimmung ausdrücklich fest, dass sie im Einklang mit dem Vierten Verfassungszusatz zur Bundesverfassung und dessen Auslegung durch den Obersten Gerichtshof zu interpretieren ist. Damit ist der Bundesschutzstandard auch der höchstmögliche Schutzstandard des entsprechenden Grundrechtes in Florida, siehe auch *Gardner*, *Interpreting State Constitutions*, 127.

523 (*Oregon v. Hass*), 420 U.S. 714 (1975), 719.

524 *Linde*, University of Baltimore Law Review 1980, 379 (389).

525 *Tarr/Porter*, Hastings Constitutional Law Quarterly 1982, 919 (922).

stimmtes gliedstaatliches Verhalten nicht gegen Bundesgrundrechte verstößt, bleibt ein weitergehender Schutz auf Gliedstaatsebene den gliedstaatlichen Gerichten vorbehalten.<sup>526</sup> Dies umfasst auch den Fall nicht ausdrücklich in der Gliedstaatsverfassung niedergelegter Grundrechte.<sup>527</sup>

cc) Zur Geltung von hinter dem Bundesverfassungsstandard zurückbleibenden Gliedstaatsgrundrechten

Im US-amerikanischen Verfassungssystem existieren auch Konstellationen, in denen Gliedstaatshöchstgerichte die Gliedstaatsgrundrechte weniger weitreichend auslegen als die Grundrechte der Bundesverfassung. Allgemein anerkannt ist hingegen, dass die Rechtsprechung des Obersten Gerichtshof auch im Falle abweichender Grundrechtsgewährleistungen in Gliedstaatsverfassungen einen Mindeststandard an Grundrechtsschutz festlegt, der nicht unterschritten werden kann.<sup>528</sup> Zwar können Gliedstaatsgrundrechte durch Gliedstaatsgerichte so ausgelegt werden, dass sie weniger Schutz bieten als jene der Bundesverfassung.<sup>529</sup> Jedoch muss dann auf andere Art sichergestellt werden, dass das Mindestschutzniveau der Bundesgrundrechte gewährleistet bleibt.<sup>530</sup> Daher sehen teils Gliedstaatsgerichte es als die einzig relevante „praktische“ Frage an, ob die Verfassung auf Gliedstaatsebene weitergehende Rechte gewährt.<sup>531</sup>

In der Praxis besteht durchaus gliedstaatliche Rechtsprechung, die Grundrechte nur unter dem Mindeststandard des Obersten Gerichtshofs schützt, sei es bei der Auslegung der eigenen Gliedstaatsverfassung oder der Bundesverfassung.<sup>532</sup> Als ein Beispiel für ersteres kann die Rechtsprechung des gliedstaatlichen Höchstgerichtes in Massachusetts zur gliedstaatlichen Verfassung genannt werden, die auf verfassungswidrige Weise erlangte Beweismittel zum Verfahren zulässt.<sup>533</sup> Letzteres Vorgehen ist hingegen nicht dogmatisch abgesichert, sondern kommt vielmehr durch bewusste Undeutlichkeiten im Wortlaut von Entscheidungen der Gliedstaatsgerichte oder durch die Abwesenheit von Kontrolle durch Bundesgerichte zustande.<sup>534</sup>

526 Williams, American State Constitutions, 115.

527 Bonham, Texas Law Review 1985, 1321 (1323).

528 Schapiro, Enforcement of Rights, in: New Frontiers of State Constitutional Law, 107 f.

529 Linde, University of Baltimore Law Review 1980, 379 (383 f.). AA hingegen etwa *Exum*, North Carolina Law Review 1992, 1741 (1748).

530 Williams, American State Constitutions, 114.

531 Siehe so etwa der Oberste Gerichtshof von North Carolina, (*State v. Jackson*), 503 S.E.2d 101 (1998), 103.

532 Miller/Wright, Arizona Law Review 2008, 227 (230).

533 Gardner, Interpreting State Constitutions, 166.

534 Miller/Wright, Arizona Law Review 2008, 227 (228 f.). Vgl. auch den gegenteiligen Fall bei besser auf Gliedstaatsebene geschützten Grundrechten. Da im Rahmen des Neuen Gerichts föderalismus mit der Zeit der Grundrechtsschutz insbesondere im Bereich der Strafverfahrensrechte auf Gliedstaats-ebene besser ausgestaltet war als auf Bundesebene, tendierten auch – statt zuvor Staatsanwälte –

#### d) Zusammenfassung

Insgesamt zeigt eine Untersuchung der tatsächlichen Geltung von Gliedstaatsgrundrechten, dass einerseits eine klare Vorrangregelung für das Bundesrecht gegenüber dem Gliedstaatsrecht besteht, während andererseits das Fehlen einer eindeutigen Grundlage für die Bindung der Gliedstaaten an die Grundrechte der Bundesverfassung im Verfassungstext maßgeblich den Prozess der Inkorporation vorantrieb. Trotz wechselnder Entwicklungsschritte stand stets als zentrales und kaum je als solches zurückgewiesenes Anliegen im Mittelpunkt, die gliedstaatliche Ausübung der Staatsgewalt gleichermaßen wie die bundesstaatliche den grundrechtlichen Beschränkungen der Bundesverfassung zu unterwerfen. Zugleich darf jedoch an dieser Stelle nicht der Spielraum vergessen werden, den Gliedstaatsgerichte in Bezug auf die Anwendung von Gliedstaatsrecht und auch Gliedstaatsgrundrechten haben. Der Neue Gerichtsföderalismus zeigt, dass die so eröffneten Spielräume sowohl für Pluralität als auch für Homogenität genutzt werden können. Gliedstaatsgerichte folgten so teils in unterschiedlichem Umfang und aus mehr oder weniger überzeugenden Gründen der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes zu Grundrechten. Hingegen ändert dies nichts daran, dass auch weiter gehende Gliedstaatsgrundrechte gelten können. Bei weniger weitreichenden Gliedstaatsgrundrechten muss grundsätzlich der Mindestschutzstandard der Bundesverfassung sichergestellt werden, auch wenn in der Praxis vereinzelt Verstöße gegen diesen Grundsatz zu beobachten sind, die sich wohl aus der – nun zu untersuchenden – Dualität des US-amerikanischen Gerichtssystems ergeben.

#### 2. Zur Zuständigkeit und Bindung von Behörden und Gerichten

Im US-amerikanischen Gerichtssystem besteht keine strikte Trennung der Zuständigkeit von Gerichten für Gliedstaats- und Bundesrecht. Als Folge musste der Oberste Gerichtshof in seiner Rechtsprechung auch eine klare Linie entwickeln, wann er als höchste Auslegungsinstanz des Bundesrechts die eigene Zuständigkeit wegen der Anwendung von Bundesrecht begründet sieht bzw. wann eine rein auf gliedstaatsrechtlicher Grundlage getroffene Entscheidung vorliegt. Die parallele Anwendbarkeit von Gliedstaats- und Bundesrecht bedeutete auch für die Gliedstaatsgerichte, dass Strategien zum Umgang mit den parallelen Rechtsgrundlagen entwickelt werden mussten.

---

Strafverteidiger in gliedstaatlichen Verfahren immer mehr dazu, sich, wie gleich noch zu erörtern ist, auf die Rechtsprechung *Michigan v. Long* zu stützen, um eine Überprüfung durch den Obersten Gerichtshof auszuschließen, siehe *Welsh*, Hastings Constitutional Law Quarterly 1983, 819 (820).

## a) Zu den Grundzügen des dualen US-amerikanischen Gerichtssystems

Bemerkenswert ist am US-amerikanischen Föderalsystem das umfassend dual ausgestaltete Gerichtssystem, bei dem vollständige Instanzenzüge von Gliedstaatsgerichten und Bundesgerichten nebeneinander bestehen.<sup>535</sup> Die entsprechende Kompetenz auf Bundesebene, eigene Gerichte zu schaffen, wurde dabei schon früh genutzt, wohl auch um in bestimmten Gebieten wie etwa der Steuereinhebung die einheitliche Rechtsauslegung zu fördern und um ausreichend unabhängige Gerichte für Streitigkeiten zwischen Gliedstaaten und deren Bürgern zu schaffen.<sup>536</sup> Erwähnenswert ist an dieser Stelle als ein Beispiel der „Civil Rights Act“ von 1871, der die Möglichkeit schuf, sich bei bestimmten Verletzungen von durch die Bundesverfassung garantierten Grundrechten an Bundesgerichte zum Schutz vor gliedstaatlichen Rechtsakten zu wenden.<sup>537</sup>

Jedoch überlappen einander die Zuständigkeiten der Gerichte sehr häufig, so dass Angelegenheiten, die das Gliedstaatsrecht betreffen, vor Bundesgerichten entschieden werden und umgekehrt.<sup>538</sup> Dieser „intersystemische“ („intersystemic“)<sup>539</sup> Aufbau der Gerichtsbarkeit im föderalen Kontext führt auch dazu, dass der Oberste Gerichtshof grundsätzlich die höchste Auslegungsinstanz für Bundesrecht darstellt und dabei Bundesrechtsfragen klärt, die vor anderen Bundesgerichten oder vor Gliedstaatsgerichten aufgetreten sind.<sup>540</sup> Hingegen ist die höchste Auslegungsinstanz für Gliedstaatsrecht das jeweilige Höchstgericht des Gliedstaates und der Oberste Gerichtshof nicht für die Prüfung gliedstaatsrechtlicher Fragen zuständig.<sup>541</sup> Daraus ergibt sich auch, dass gliedstaatliche Grundrechte in ihrer Auslegung durch ein gliedstaatliches Gericht noch von jener eines Bundesgerichts abweichen können, was zugleich eine gewisse Pluralität, jedoch auch Einbußen bei der Vorhersehbarkeit der Rechtsprechung mit sich bringt.<sup>542</sup>

Dies bedeutet, dass die Gliedstaatsgerichte sich auch zu bundesrechtlichen Angelegenheiten äußern können, soweit ihnen diese nicht ausdrücklich durch den

535 Siehe mit Vergleichen zu anderen Föderalsystemen *Schapiro*, Enforcement of Rights, in: New Frontiers of State Constitutional Law, 103.

536 *Bourguignon*, South Carolina Law Review 1995, 647 (687).

537 *Sedler*, University of Toledo Law Review 1984-1985, 465 (467). In der Literatur werden verschiedene Gründe genannt, warum auch die zur Verfügung stehenden Prozesswege es vorteilhaft erscheinen lassen, sich eher an Bundesgerichte zu wenden: Bereits können vor diesen sowohl auf Gliedstaats- als auch auf Bundesverfassungsrecht gestützt Ansprüche geltend gemacht werden; nicht zuletzt wird auch den Bundesgerichten höhere Kompetenz zugerechnet; und je nach Prozessweg steht als letzte Instanz der Weg zu einem Bundesberufungsgericht oder „nur“ zu einem Gliedstaatsberufungsgericht offen, so *ibid.* (470 f.), der allerdings auch darauf verweist, dass der Oberste Gerichtshof nur auf eine sehr begrenzte Anzahl von Fällen eintritt.

538 *Schapiro*, Enforcement of Rights, in: New Frontiers of State Constitutional Law, 104.

539 *Ibid.*, 108 ff.

540 (*Martin v. Hunter's Lessee*), 14 U.S. 304 (1816).

541 (*Murdock v. City of Memphis*), 87 U.S. 590 (1875); (*Erie Railroad v. Tompkins*), 304 U.S. 64 (1938).

542 *Schapiro*, Enforcement of Rights, in: New Frontiers of State Constitutional Law, 113 f.

Kongress entzogen wurden; die doppelte Durchsetzung („dual enforcement“) etwa von Grundrechten stößt somit hier an keine Grenzen.<sup>543</sup>

*b) Zur Abgrenzung der Sphären des Bundes- und des Gliedstaatsrechts zu Zwecken der Gerichtszuständigkeit*

Entscheidet ein Gliedstaatshöchstgericht allein auf Gliedstaatsrecht gestützt, hat der Oberste Gerichtshof keine Befugnis, eine solche Entscheidung anhand des Bundesverfassungsrechts oder der darin enthaltenen Grundrechte erneut zu prüfen. Um die Reichweite der eigenen Zuständigkeit zur Auslegung von Bundesrecht und zur Überprüfung von gliedstaatlichen Gerichtsentscheiden festzulegen, entwickelte der Oberste Gerichtshof in seiner Rechtsprechung die Doktrin der angemessenen und unabhängigen gliedstaatsrechtlichen Grundlage („adequate and independent state ground“). Insgesamt kann dies als Endpunkt einer Entwicklung verstanden werden, in der zuerst eine klarere Trennung der Rechtssphären herbeigeführt wurde und in der Folge der Oberste Gerichtshof versuchte, ein missbräuchliches Abschirmen der Entscheidungen von Gliedstaatsgerichten vor bundesgerichtlicher Überprüfung zu verhindern.

In früher Rechtsprechung hielt der Oberste Gerichtshof als Grundsatz fest, dass er selbst nicht dazu befähigt sei, im Falle von gliedstaatsrechtlichen Fragen zu entscheiden, ob ein gliedstaatliches Gericht korrekt geurteilt habe oder nicht.<sup>544</sup> Sogar wenn eine bundesrechtliche Frage im Fall auf unrichtige Art mitentschieden worden sei, werde er untersuchen, ob trotzdem auf der Grundlage alternativer Argumente im gliedstaatlichen Recht das Urteil aufrechterhalten werden könnte, trotz unrichtiger Entscheidung der bundesrechtlichen Frage.<sup>545</sup> Grundsätzlich muss die gliedstaatsrechtliche Grundlage „breit genug“ („sufficiently broad“) sein, um das Urteil zu stützen, d.h. die unterschiedliche Entscheidung der einschlägigen bundesrechtlichen Frage darf nicht zu einer Aufhebung des entsprechenden Urteils führen.<sup>546</sup>

Anfangs begründete der Gerichtshof sein derartiges Vorgehen primär als Frage der Zuständigkeit; er sei nicht zuständig, eine angemessen im Gliedstaatsrecht begründete Entscheidung zu „stören“. <sup>547</sup> Erst später stützte er seine Haltung mit verfassungspolitischen Gründen zusätzlich ab; es sei mit der eigenen Autorität als höchstes Gericht nicht in Einklang zu bringen, wenn ein gliedstaatliches Gericht dieselbe Entscheidung erneut trafe, nachdem dessen Ansichten zum Bundesrecht

543 *Hershkoff*, Harvard Law Review 2001, 1833 (1877 ff.).

544 (*Murdock v. City of Memphis*), 87 U.S. 590 (1875), 635.

545 *Ibid.*, 635.

546 *Ibid.*, 636.

547 (*Enter. Irrigation Dist. v. Farmers Mut. Canal Co.*), 243 U.S. 157 (1917), 164.

durch den Gerichtshof korrigiert wurden. Dadurch würde nämlich die Entscheidung des Obersten Gerichtshofes zu einem reinen Rechtsgutachten degradiert.<sup>548</sup>

Etwa zur selben Zeit klärte der Oberste Gerichtshof in *Eerie Railroad Co. v. Tompkins* auch die Abgrenzung zwischen den Sphären des Bundes- und des Gliedstaatsrechtes. Zuvor wurde von der Existenz eines allgemeinen Rechts bestehend aus Common Law und bestimmten höherrangigen oder verfassungsrechtlichen Grundprinzipien als dritter Kategorie neben Bundes- und Gliedstaatsrecht ausgegangen.<sup>549</sup> Für die Auslegung dieser Kategorie waren Gliedstaats- wie Bundesgerichte gleichermaßen zuständig. Als Folge konnten Bundesgerichte häufig die eigene Zuständigkeit begründen und einer zu großen Eigenständigkeit der Gliedstaatsgerichte entgegenwirken.<sup>550</sup> In *Eerie Railroad Co. v. Tompkins* entschied der Oberste Gerichtshof, dass diese dritte Kategorie nicht existiere.<sup>551</sup> Trotz dieser Klarstellung blieben Zweifel an der genauen Rechtslage bezüglich der Unterscheidung zwischen nur auf Gliedstaatsrecht basierenden und teils auf Bundesrecht gestützten Entscheidungen.<sup>552</sup>

In *Michigan v. Long* reagierte der Oberste Gerichtshof auf die Gefahr, dass Gliedstaatsgerichte sich bewusst auf gliedstaatsrechtlichen Gründen „ausruhen“<sup>553</sup> könnten, um die eigenen Entscheidungen vor der Überprüfung durch Bundesgerichte abzuschirmen. Während zuvor galt, dass der Oberste Gerichtshof grundsätzlich auf Gliedstaatsrecht beruhende Entscheide möglichst gliedstaatsrechtlichen Gerichten überließ, schuf er nun eine entgegengesetzte Vermutung. Die Überprüfung auf Bundesebene solle nun möglich sein, außer ein Fall weise eindeutig keinen bundesrechtlichen Aspekt auf.<sup>554</sup>

Der Oberste Gerichtshof entschied, dass davon auszugehen sei, ein Gliedstaatsgericht habe einen Fall auf der Grundlage von Erfordernissen des Bundesrechts entschieden, wenn es sich primär auf solches Recht stütze oder die Entscheidung verwoben sei („interwoven“) mit Bundesrecht und die Angemessenheit und Unabhängigkeit der Entscheidungsgründe im rein gliedstaatlichen Recht nicht eindeutig aus der Entscheidung hervorgingen; ein Gliedstaatsgericht, das hingegen nur im Sinne von Präzedenzfällen bundesrechtliche Rechtsprechung zitiere, müsse lediglich in einer „eindeutigen Stellungnahme“ („plain statement“) auf ebendiesen Umstand hinweisen, damit der Oberste Gerichtshof keine Überprüfung der somit als eigenständig auf Gliedstaatsrecht gestützt zu erachtenden Entscheidung vornehme.<sup>555</sup>

548 (Herb v. Pitcairn), 324 U.S. 117 (1945), 126.

549 *Roosevelt*, Columbia Law Review 2003, 1888 (1896).

550 *Collins*, Tulane Law Review 2000, 1263 (1273 ff.).

551 (*Eerie Railroad v. Tompkins*), 304 U.S. 64 (1938).

552 *Pollock*, Texas Law Review 1985, 977 (981).

553 So etwa *Frank*, Southwestern University Law Review 1977, 1157 (1157).

554 *Bonham*, Texas Law Review 1985, 1321 (1337 f.).

555 (*Michigan v. Long*), 463 U.S. 1032 (1983), 1040 f.

Obwohl damit eine Möglichkeit für Gliedstaatshöchstgerichte geschaffen wurde, die Überprüfung auf Bundesebene auszuschließen, finden sich häufig keine derartigen eindeutigen Stellungnahmen in deren Entscheidungen.<sup>556</sup> Teils mag dies damit zusammenhängen, dass Gliedstaatshöchstgerichte den Auslegungsspielraum der Gliedstaatsverfassung schützen wollen, indem keine verbindliche Auslegung der Verfassungsbestimmung vorgenommen wird, um in späteren Entscheidungen vom Bundesrecht auf Basis der Gliedstaatsverfassung abweichen zu können.<sup>557</sup> Eine andere Erklärung sieht den Versuch, die Grenzen zwischen Bundes- und Gliedstaatsrecht als Entscheidungsgrundlage zu verwischen, als darin begründet an, dass Richter unpopuläre Entscheidungen auf diese Art als vom Bundesrecht aufgezwungen darstellen können und so Kritik von sich selbst ablenken.<sup>558</sup>

Letztlich bleibt trotzdem die Doktrin der angemessenen und unabhängigen gliedstaatsrechtlichen Grundlage umstritten.<sup>559</sup> So wird etwa in Frage gestellt, warum dieselbe Rechtsprechung auf prozedurale Fragen zur Anwendung kommt. Der Oberste Gerichtshof stützt sich auch in jenen Fällen auf die Doktrin, in denen gliedstaatliche Gerichte bundesrechtliche Ansprüche wegen der Verletzung gliedstaatlicher Verfahrensrechte verwerfen.<sup>560</sup> Jedoch wenden Bundesgerichte im Gegensatz zu gliedstaatlichen Gerichten nur bundesrechtliche Verfahrensregeln an und sind nicht durch Gliedstaatsrecht gebunden; somit könnten sie feststellen, dass ein Anspruch auf gliedstaatsrechtlicher Ebene wegen gliedstaatlicher Verfahrensregeln zu verwerfen wäre, jedoch selbst bundesrechtliche Verfahrensregeln anwenden und somit eine Entscheidung treffen, die nicht auf Gliedstaatsrecht gestützt ist.<sup>561</sup> Bei verfahrensrechtlichen Regelungen erfolgt hingegen eine qualitative Prüfung des Gliedstaatsrechts im Hinblick darauf, ob es einheitlich und beständig angewendet wird und weder unüblich noch sonderlich beschwerlich scheint.<sup>562</sup>

Zusammenfassend entwickelte der Oberste Gerichtshof über die Jahre eine Trennung der Sphären von Gliedstaats- und Bundesrecht, was die Letztentscheidungsgewalt über darin verortete Rechtsfragen betrifft. Jedoch behielt er in Form der nicht unumstrittenen Doktrin der angemessenen und unabhängigen gliedstaatsrechtlichen Grundlage ein gewisses Maß an Kontrolle, obwohl diese an sich Gliedstaatsgerichten das letzte Wort in Gliedstaatsrechtsfragen überlassen soll. Im Hinblick auf ihre Doppelrolle als Ausleger und Anwender von Gliedstaats-

556 Siehe für einen Überblick über die Rechtsprechung *Simon*, Albany Law Review 2003, 969 (983 ff.).

557 *Latzer*, Emerging Issues in State Constitutional Law 1991, 17 (31 f.).

558 *Althouse*, Duke Law Journal 1993, 979 (988 f.).

559 Vgl. etwa skeptisch *Matasar/Bruch*, Columbia Law Review 1986, 1291 (1294).

560 *Meltzer*, Harvard Law Review 1986, 1128 (1134).

561 *Roosevelt*, Columbia Law Review 2003, 1888 (1899).

562 *Meltzer*, Harvard Law Review 1986, 1128 (1137 ff.).

und Bundesrecht reagierten die Gliedstaatsgerichte in der Folge mit der Entwicklung unterschiedlicher Strategien.

*c) Zur Abstützung der eigenen Entscheidungen von Gliedstaatshöchstgerichten auf Bundes- und Gliedstaatsverfassungsrecht*

Drei Arten, auf verfassungsrechtliche Fragen einzugehen, entwickelten sich in der Praxis der Gliedstaatshöchstgerichte.<sup>563</sup> Eine erste Gruppe von Gerichten stützt sich konstant auf Bundes- und Gliedstaatsverfassungsrecht zur Entscheidungsfindung.<sup>564</sup> Jedoch erweist sich als Folge die Abgrenzung zwischen auf Gliedstaats- und auf Bundesrecht gestützten Entscheidungen als schwierig. Daher wurde in diesem Zusammenhang in der Lehre gefordert, dass Gerichte eindeutig zwischen der Anwendung von Gliedstaats- und Bundesrecht unterscheiden sollten, da etwa bei einer Entscheidung auf der Grundlage der Gliedstaatsverfassung jegliche weitere Diskussion von Bundesrecht als *obiter dictum* einzustufen wäre.<sup>565</sup>

Eine zweite Gruppe stützt sich primär auf Gliedstaatsverfassungsrecht, da dieses zumindest in einigen Fällen älter als Bundesverfassungsrecht ist und dieser Ansicht zufolge als hauptsächliche Quelle des Grundrechtsschutzes aufgefasst wird.<sup>566</sup>

Eine dritte Gruppe verfolgt einen ergänzenden Zugang, bei dem zuerst der Fall nach Bundesverfassungsrecht beurteilt wird; erst wenn keine Grundrechtsverletzung nach diesem festgestellt wird, erfolgt eine ergänzende Untersuchung auf der Grundlage der Gliedstaatsgrundrechte.<sup>567</sup> Dieser Ansatz berücksichtigt die faktisch dominante Rolle des Grundrechtsschutzes auf Bundesebene.<sup>568</sup> Während der zweite Ansatz so eher davon ausgeht, dass die Gliedstaatsverfassung das gleiche oder ein besseres Schutzniveau für Grundrechte bietet als die Bundesverfassung und die Autonomie der Gliedstaaten hervorhebt, betont der dritte Ansatz die Notwendigkeit eines grundrechtlichen Mindeststandards auf Bundesebene, der auch als Bindeglied zwischen den Gliedstaaten fungieren soll.<sup>569</sup>

*d) Zusammenfassung*

Zusammenfassend lässt das duale System der Gerichtsbarkeit einige Unschärfen, die von den Gerichten wohl bewusst genutzt worden sind. Einerseits hat der

<sup>563</sup> Siehe etwa bei *Hession*, *Baylor Law Review* 1985, 463 (464 ff.) m.w.N.

<sup>564</sup> Siehe *Pollock*, *Texas Law Review* 1985, 977 (983) m.w.N.

<sup>565</sup> *Utter/Pitler*, *Indiana Law Review* 1987, 635 (652).

<sup>566</sup> *Pollock*, *Texas Law Review* 1985, 977 (984). Siehe auch m.w.N. zu einzelnen Gliedstaatshöchstgerichten *Williams*, *American State Constitutions*, 140 f.

<sup>567</sup> Vgl. auch in der Lehre *Pollock*, *Rutgers Law Review* 1983, 707 (708).

<sup>568</sup> *Pollock*, *Texas Law Review* 1985, 977 (984).

<sup>569</sup> *Ibid.* (985 f.).

Oberste Gerichtshof zwar eine Trennung der Sphären von Gliedstaats- und Bundesrecht in Bezug auf die Gerichtszuständigkeit in seiner Rechtsprechung entwickelt, jedoch zugleich in Form der Doktrin der angemessen und unabhängigen gliedstaatsrechtlichen Grundlage ein Instrument geschaffen, um gegen missbräuchliches Abschirmen der Entscheide von Gliedstaatsgerichten vorzugehen, die sich zumindest teils auf Bundesrecht stützen. Auf der anderen Seite nutzen Gliedstaatsgerichte die Unschärfe im anwendbaren Recht gerade bei Grundrechtsfragen, um ihre Entscheidungsgrundlage bewusst unklar zu belassen oder sich primär auf Gliedstaats- oder Bundesverfassungsgrundrechte zu stützen. Insgesamt sticht jedoch somit besonders hervor, dass im US-amerikanischen Verfassungsrecht tatsächlich eine völlig selbständige Sphäre der Grundrechtsanwendung durch die jeweils zuständigen Gerichte besteht. Vor diesem Hintergrund wird die Bedeutung der zuvor geschilderten Inkorporation der Grundrechte der Bundesverfassung besonders klar, stünde es doch ansonsten in Abwesenheit einer einschlägigen Bundesverfassungsnorm gliedstaatlichen Gerichten offen, sich lediglich auf die eigenen Gliedstaatsgrundrechte zu verlassen.

### 3. Fazit

Fasst man die wesentlichen Züge des US-amerikanischen Verfassungssystems zusammen, soweit es die Geltung der Gliedstaatsgrundrechte betrifft, so besteht eine eindeutige Vorrangregel des Bundesrechts, jedoch keine ausdrückliche Regelung zur Anwendbarkeit der Bundesverfassungsgrundrechte auf die Gliedstaaten. Dies führte zum mittlerweile weit fortgeschrittenen Prozess der selektiven Inkorporation. Ähnlich rechtsprechungsgetrieben präsentiert sich die Reaktion der Gliedstaatsgerichte, die im Rahmen des Neuen Gerichtsföderalismus verstärkt die eigenen Grundrechtsgarantien in ihrer Rechtsprechung betonen. Durch die Trennung der Sphären von Bundes- und Gliedstaatsrecht und das duale Gerichtssystem kann es zuletzt sogar dazu kommen, dass neben der zulässigen Anwendung weitergehender gliedstaatlicher Grundrechte auch weniger weitgehende gelegentlich zur Anwendung kommen, da aufgrund der einschlägigen Rechtsprechung nicht immer lückenlos für eine Kontrolle der Bundesgerichte über das Vorgehen der gliedstaatlichen Gerichte gesorgt ist. Insgesamt besteht somit ein deutlicherer, wenngleich ebenso nicht unbegrenzter Freiraum für die gliedstaatliche Grundrechtsentfaltung.

### III. Grundrechtskonflikte und Gerichtszuständigkeitsfragen im schweizerischen Verfassungsrecht

Um das Bild der tatsächlichen Geltung von kantonalen Grundrechten im schweizerischen Verfassungssystem zu entwerfen, muss als Erstes die Regelung des Vor-

rangs von Bundesrecht vor kantonalem Recht untersucht werden. Hierauf gestützt lässt sich ein Befund über die Zulässigkeit abweichender kantonaler Grundrechtsstandards erstellen. Die tatsächliche Anwendbarkeit kantonaler Grundrechte ergibt sich in der Folge, wenn zuletzt noch die Grundrechtsbindung der Kantone und die Zuständigkeit der Gerichte näher geprüft wird.

### 1. *Zum Umgang mit Konflikten zwischen Bundesverfassungsgrundrechten und Gliedstaatsgrundrechten*

An dieser Stelle ist eine nähere Untersuchung der Vorrangregelung der Bundesverfassung für Bundesrecht erforderlich, die auch die Rechtsfolgen einer Kollision zwischen Bundes- und kantonalem Recht ausführt. Auf dieser Grundlage kann in der Folge die Eigenständigkeit und letztlich die faktische Geltung der kantonalen Grundrechte geklärt werden, wenn letztere vom Schutzstandard der Bundesverfassungsgrundrechte abweichen.

#### a) *Zur Regelung des Vorrangs des Bundesrechts gegenüber kantonalem Recht*

Der mögliche Wirkungsumfang der kantonalen Grundrechte hängt unter anderem von der Vorrangregelung des Bundesrechts gegenüber kantonalem Recht ab. Dabei ist auf die Unterscheidung zwischen Kompetenz- und Normenkonflikten, die Rechtsfolgen eines Konflikts zwischen kantonalem und Bundesrecht sowie auf gleichlautende kantonale Grundrechtsbestimmungen und ihre rechtliche Beurteilung einzugehen.

#### aa) *Zur Unterscheidung von Norm- und Kompetenzkonflikten*

In der Bundesverfassung findet sich erst seit ihrer Neufassung eine ausdrückliche Vorrangsklausel. Dennoch sind einige Aspekte wie etwa die Rechtsfolgen von Konflikten zwischen Bundes- und kantonalem Recht weiterhin umstritten, wenn gleich dies in der Praxis kaum Schwierigkeiten zu verursachen scheint.<sup>570</sup> Bevor hierauf einzugehen ist, muss hingegen der Konfliktbegriff, der Artikel 49 Abs. 1 BV zugrunde liegt, geklärt werden.

Ursprünglich enthielt die Bundesverfassung von 1874 keine ausdrückliche Regelung über den Vorrang von Bundesrecht gegenüber kantonalem Recht.<sup>571</sup> Jedoch wurde ein solcher Vorrang teils aus anderen Bestimmungen abgeleitet, teils als notwendiger, ungeschriebener bundesstaatlicher Verfassungsgrundsatz angese-

570 „Bezeichnenderweise“, wie *Biaggini*, BV-Kommentar, Art. 49 BV, Rn. 8, feststellt.

571 *Aubert/Mahon*, Petit Commentaire, Art. 49, Rn. 2; *Biaggini*, BV-Kommentar, Art. 49 BV, Rn. 1.

hen.<sup>572</sup> Der in der Verfassung von 1999 verankerte Artikel 49 Abs. 1 BV hält hingegen fest, dass Bundesrecht entgegenstehendem kantonalem Recht vorgeht, was als mildere Formulierung etwa gegenüber einem „Bruch“ des kantonalen Rechts durch Bundesrecht die Möglichkeit zu subtileren Konfliktlösungen eröffnet.<sup>573</sup> Der Vorrang von Bundesrecht erstreckt sich auch auf Verordnungsrecht des Bundes und gilt auch gegenüber dem Verfassungsrecht der Kantone.<sup>574</sup>

Für ein vollständiges Verständnis der Bestimmung muss an dieser Stelle zwischen Kompetenzkonflikten und Normkonflikten bzw. der Regelung, die Artikel 49 Abs. 1 BV in dieser Hinsicht trifft, unterschieden werden. Als eine Kategorie löst Artikel 49 Abs. 1 BV Normkonflikte auf. Hier widersprechen sich zwei Normen derart, dass sie denselben Sachverhalt unterschiedlich regeln.<sup>575</sup> Als typischer Fall verstößt etwa kantonales Recht im kantonalen Zuständigkeitsbereich gegen Grundrechte, wobei hier die Verletzung von Artikel 49 Abs. 1 BV dogmatisch betrachtet in der entsprechenden Bundesrechtsverletzung aufgeht.<sup>576</sup>

In Artikel 49 Abs. 1 BV werden aber auch Kompetenzkonflikte angesprochen, da der Erlass bundesrechtswidrigen Rechts durch den Kanton auf einer Verletzung der Kompetenzordnung beruht.<sup>577</sup> Bei „typischen“ Fällen einer Kompetenzverletzung wie dem Erlass von kantonalem Recht, das bestehendem Bundesrecht widerspricht, oder dem Erlass neuen Bundesrechts in einer bisher kantonale geltenden Materie ist kantonales Recht bereits wegen Artikel 3 BV als ungültig zu betrachten.<sup>578</sup> Im umgekehrten Fall von kompetenzwidrig erlassenen Bundesrecht hingegen zeigt sich ein anderes Bild. Die tatsächliche Durchsetzung des Vorranges bei kompetenzwidrig erlassenen Bundesrecht erweist sich als schwierig. Bundesrecht soll nur Vorrang zukommen, wenn der Bund für seinen Erlass zuständig ist. Dadurch kann in den Kantonen vorbehaltenen Bereichen das kantonale Recht vorhandenem und künftigen Bundesrecht vorgehen.<sup>579</sup> Da aufgrund von Artikel 190 BV jedoch das Bundesgericht Bundesgesetze auch dann anwenden muss, wenn sie verfassungswidrig sind, kann in einem solchen Fall der Kon-

572 Waldmann, Art. 49 BV, in: Bundesverfassung - Basler Kommentar, Rn. 2.

573 Biaggini, BV-Kommentar, Art. 49 BV, Rn. 6.

574 Ruch, Art. 49 BV, in: Die schweizerische Bundesverfassung - St. Galler Kommentar, Rn. 7. Vgl. zur Frage der demokratischen Legitimation der jeweiligen Normen bzw. zur Verringerung des Konfliktpotenzials durch bundesrechtskonforme, aber auch „föderalismus-freundliche“ Auslegung Biaggini, BV-Kommentar, Art. 49, Rn. 5.

575 Ruch, Art. 49 BV, in: Die schweizerische Bundesverfassung - St. Galler Kommentar, Rn. 8.

576 Waldmann, Art. 49 BV, in: Bundesverfassung - Basler Kommentar, Rn. 12; Ruch, Art. 49 BV, in: Die schweizerische Bundesverfassung - St. Galler Kommentar, Rn. 14.

577 So etwa Imboden, Bundesrecht, in: Staat und Recht, 132.

578 Ein Abstellen auf Artikel 49 Abs. 1 BV ist somit nicht erforderlich, so Biaggini, BV-Kommentar, Art. 49 BV, Rn. 7; Aubert/Mahon, Petit Commentaire, Art. 49, Rn. 6.

579 Auer/Malinverni/Hottelier, Droit constitutionnel suisse I, Rn. 1012.

flikt *de facto* zugunsten des kompetenzwidrigen Bundesrechts ausgehen.<sup>580</sup> Der Vorrang des Bundesrechts zeigt sich somit aufgrund der Regelungen der Bundesverfassung als zulasten des kantonalen Rechts ausgeprägt, was die Fälle von Kompetenzverletzungen betrifft.<sup>581</sup> Hintergrund der Regelung ist, dass im Verfassungssystem der Bundesversammlung bzw. der gesetzgebenden Gewalt eine Vorrangstellung gegenüber der richterlichen Gewalt eingeräumt wird, die sich neben der Immunität von Bundesgesetzen auch in einer beschränkten Immunität von durch die Bundesversammlung gewährleisteten Bestimmungen von Kantonsverfassungen gegenüber anderem Bundesrecht niederschlägt.<sup>582</sup>

bb) Zu den Rechtsfolgen von Norm- und Kompetenzkonflikten und zu gleichlautenden Normen im kantonalen und Bundesrecht

Vor dem Hintergrund der Regelung des Artikel 49 Abs. 1 BV und der Unterscheidung zwischen Norm- und Kompetenzkonflikten ist auf die Frage der Rechtsfolgen eines Konflikts zwischen kantonalem und Bundesrecht einzugehen. Auch bedarf der Untersuchung, wie mit gleichlautenden Normen, insbesondere Grundrechtsnormen, umzugehen ist.

Die herrschende Auffassung geht davon aus, dass bei dem Bundesrecht entgegenstehenden kantonalen Recht in den meisten Fällen sowohl ein Kompetenz- als auch ein Normkonflikt vorliegt<sup>583</sup> und somit Nichtigkeit des kantonalen Rechts anzunehmen ist.<sup>584</sup> Hierbei wird teils eine absolute, von Anfang an bestehende und teils eine erst durch die Feststellung des Bundesgerichts eintretende Form der Nichtigkeit vertreten.<sup>585</sup> Jedoch ist zu berücksichtigen, dass bei einem allgemeinen Zielkonflikt, bei dem Bund und Kantone im jeweiligen Zuständigkeitsrecht legiferieren, das Bundesgericht bereits keine Bundesrechtswidrigkeit und somit keinen Normkonflikt erkennt.<sup>586</sup> Das Bundesgericht pflegt darüber hinaus bei tatsächlich vorliegenden Normkonflikten im Rahmen der abstrakten Normenkontrolle kantonalen Erlasse am Bundesrecht derartige Erlasse gegebenenfalls *ex*

580 Kritisch hierzu etwa *Aubert/Mahon*, Petit Commentaire, Art. 49, Rn. 7; *Ruch*, Art. 49 BV, in: Die schweizerische Bundesverfassung - St. Galler Kommentar, Rn. 6. Artikel 190 BV agiert in einem solchen Fall als Anwendungsgebot, verbietet jedoch zugleich nicht grundsätzlich die Prüfung von Bundesrecht im Lichte des Verfassungsrechts, sodass das Bundesgericht sich befugt sieht, eine Verfassungswidrigkeit wenigstens festzustellen und den Bundesgesetzgeber dazu einzuladen, das Bundesrecht entsprechend abzuändern. So etwa BGE 136 II 120 E. 3.5.1. Vgl. auch *Aubert/Mahon*, Petit Commentaire, Art. 49, Rn. 7.

581 Vgl. hingegen *Aubert/Mahon*, Petit Commentaire, Art. 49, Rn. 8, der den seltenen Fall schildert, in dem kantonales Recht nicht „immunisiertes“ Bundesrecht, etwa eine kompetenzwidrig erlassene Verordnung des Bundesrechts, verdrängen kann.

582 *Baumann*, ZBl 2017, 643 (646 ff.). Dies gilt jedoch nicht für (immunisierte) Bundesgesetze und für später erlassenes Bundesrecht, siehe etwa BGE 140 I 394 E. 9.1.

583 *Häfelin et al.*, Bundesstaatsrecht, Rn. 1178.

584 *Rhinow/Schefer/Uebersax*, Verfassungsrecht, Rn. 754 ff.; *Häfelin et al.*, Bundesstaatsrecht, Rn. 1175.

585 Siehe m.w.N. *Waldmann*, Art. 49 BV, in: Bundesverfassung - Basler Kommentar, Rn. 23.

586 BGE 122 I 70 E. 2a.

nunc et pro futuro aufzuheben, ohne dass der kantonale Gesetzgeber noch tätig werden muss.<sup>587</sup> Auf dieser Grundlage wird die Nichtigkeitsthese kritisiert und eine reine Nichtanwendbarkeit vertreten.<sup>588</sup> Eine weitere Auffassung vertritt, dass bei Kompetenzkonflikten von der Ungültigkeit kantonalen Rechts auszugehen ist, bei Normkonflikten hingegen von einer auf den jeweiligen Konfliktsaspekt beschränkten Verdrängung in Form eines Anwendungsvorrangs des Bundesrechts.<sup>589</sup>

Während bei gegen Bundesrecht verstößendem kantonalem Recht ein eindeutiger Fall eines Normkonflikts vorliegt, bleibt fraglich, wie mit gleichlautendem kantonalem Recht umzugehen ist. Dies ist etwa der Fall, wenn kantonales Recht den Inhalt von Bundesrecht wiedergibt oder Bundesrecht eine bestehende kantonale Regelung übernimmt. Nach traditioneller Ansicht liegt in einem solchen Fall ein Kompetenz-, jedoch kein Normkonflikt vor, aufgrund dessen dem kantonalen Recht keine Wirkung zukommt.<sup>590</sup> Andere bezeichnen die Rechtsfolge mit der Nichtigkeit.<sup>591</sup> Da dies jedoch nicht unbedingt auf den Wortlaut von Artikel 49 Abs. 1 BV gestützt werden kann, der von „entgegenstehendem“ kantonalem Recht spricht, wird in jüngerer Lehre auch davon ausgegangen, dass solchem Recht nur keine Wirkung zukommt, es jedoch anfechtbar ist.<sup>592</sup> Einer weiteren, ähnlichen Ansicht zufolge könne, da aufgrund des Fehlens eines inhaltlichen Widerspruchs nicht nach Artikel 49 Abs. 1 BV vorzugehen sei, kompetenzwidrig erlassenes, inhaltsgleiches Kantonsrecht aufgrund von Artikel 3 BV überhaupt keine Wirkung entfalten; es sei daher nichtig oder zumindest anfechtbar, könne aber jedenfalls nach Wegfall des gleichlautenden Bundesrechts nicht wiederaufleben.<sup>593</sup>

#### cc) Zum Umgang mit gleichlautenden kantonalen Grundrechten

Im kantonalen Recht sind Grundrechtsbestimmungen teils identisch ausgestaltet wie in der Bundesverfassung, was auf unterschiedliche Art verstanden werden kann. Die herrschende Lehre sieht bereits keine Grundlage, in solchen Fällen einen Kompetenzkonflikt anzunehmen. Trotz des Grundrechtskatalogs der Bun-

587 BGE 135 I 28 E. 5.5.

588 Auer/Malimverni/Hottelier, Droit constitutionnel suisse I, Rn. 1117 ff.; Hangartner, ZSR 2009, 431 (437 ff.); zustimmend Ruch, Art. 49 BV, in: Die schweizerische Bundesverfassung - St. Galler Kommentar, Rn. 22.

589 Biaggini, BV-Kommentar, Art. 49 BV, Rn. 8, der dies damit rechtfertigt, dass im schweizerischen Normenkontrollsystem ohnedies gewöhnlich keine Befugnis des Rechtsanwenders zur förmlichen Ungültigerklärung und Aufhebung einer bundesrechtswidrigen Norm vorliege. Siehe auch Waldmann, Bundesrecht, in: Staats- und Verwaltungsrecht auf vier Ebenen - Festschrift für Tobias Jaag, 541.

590 Aubert/Mahon, Petit Commentaire, Art. 49, Rn. 6.

591 Rhinow/Schefer/Uebersax, Verfassungsrecht, Rn. 766.

592 Häfelin et al., Bundesstaatsrecht, Rn. 1183 ff.

593 Waldmann, Art. 49 BV, in: Bundesverfassung - Basler Kommentar, Rn. 29.

desverfassung komme den Kantonen eine eigene Kompetenz<sup>594</sup> zum Erlass von Grundrechtsgewährleistungen zu, sodass auch bei gleichlautenden Grundrechtsbestimmungen kein Eingriff in die Zuständigkeit des Bundes vorliege.<sup>595</sup> Auch beim Fall von in Bezug auf Bundesrecht gleichlautenden, aber kompetenzwidrig erlassenen Bestimmungen kantonalen Rechts wird daher einhellig als Ausnahme anerkannt, dass Grundrechtsgarantien von jeglicher Rechtsfolge wie Nichtigkeit ausgenommen sind.<sup>596</sup>

In Bezug auf die Rechtsfolgen wurden geschichtlich betrachtet unterschiedliche Positionen vertreten. Selten wurde früher so argumentiert, auch gleichlautende Kantonsgrundrechtsgarantien seien als nichtig aufzufassen.<sup>597</sup> In herrschender Lehre hingegen wird derartigen Grundrechtsgarantien schlicht keine selbständige Bedeutung beigemessen, sofern sie keine weitergehenden Garantien enthalten als die Bundesverfassungsgrundrechte.<sup>598</sup> Auch das Bundesgericht bestätigt dies in seiner Rechtsprechung.<sup>599</sup>

Insgesamt gewährt somit die Vorrangregelung von Bundesrecht gegenüber kantonalem Recht durchaus Raum für eine eigenständige kantonale Grundrechtsentfaltung, wenngleich im Einzelnen die Diskussion zu den Rechtsfolgen eines Konflikts nicht abgeschlossen ist. Auffallend ist insbesondere der faktische Vorrang auch kompetenzwidrig erlassener Bundesgesetze, der sich aus den begrenzten Prüfungsbefugnissen des Bundesgerichts ergibt.

#### *b) Zur Eigenständigkeit und Geltung abweichender kantonalen Grundrechte*

Die unterschiedlichen Ansichten zur Eigenständigkeit kantonaler Grundrechte sind an dieser Stelle näher zu untersuchen, da sie direkten Einfluss darauf haben, wie mit kantonalen Grundrechten in Bezug auf deren Zulässigkeit und Geltung umzugehen ist, wenn letztere vom von der Bundesverfassung vorgegebenen Grundrechtsschutzstandard abweichen.

<sup>594</sup> Siehe hierzu bereits Abschnitt C.III.

<sup>595</sup> *Biaggini*, BV-Kommentar, Art. 49 BV, Rn. 10; *Häfelin et al.*, Bundesstaatsrecht, Rn. 1184; *Ruch*, Art. 49 BV, in: Die schweizerische Bundesverfassung - St. Galler Kommentar, Rn. 23; *Waldmann*, Art. 49 BV, in: Bundesverfassung - Basler Kommentar, Rn. 13.

<sup>596</sup> *Ruch*, Art. 49 BV, in: Die schweizerische Bundesverfassung - St. Galler Kommentar, Rn. 23; *Waldmann*, Art. 49 BV, in: Bundesverfassung - Basler Kommentar, Rn. 13.

<sup>597</sup> *Kurer*, Grundrechtsgarantien, 142 ff.

<sup>598</sup> Siehe auch noch näher Abschnitt D.III.1.b.aa.

<sup>599</sup> Etwa BGE 121 I 196 E. 2d. So kann das kantonale Verfassungsrecht zur Sprachenfreiheit beispielsweise lediglich das Territorialitätsprinzip, wie es bereits im Bundesrecht gilt, wiederholen; jedoch kann zusätzlich dazu der damit verbundene, im kantonalen Verfassungsrecht verankerte Auftrag zu berücksichtigen sein, das Verständnis zwischen den Sprachgemeinschaften zu fördern.

## aa) Zur Eigenständigkeit kantonaler Grundrechte

Die Rechtsprechung zu weiterreichenden kantonalen Grundrechten und ein guter Teil der Lehre sehen kantonale Grundrechte nur als beschränkt eigenständige Gewährleistungen an. Untersucht man diese Position näher, ergeben sich jedoch auch Argumente dafür, dies anders aufzufassen, die letztlich auch zu einer anderen Herangehensweise an die Frage abweichender Grundrechtsstandards auf kantonaler Ebene führen können.

Als auf die Rechtsprechung gestützte Ansicht ist weit verbreitet, dass den kantonalen Grundrechten nur begrenzt Eigenständigkeit zukommen soll. Das Bundesgericht stellte so fest, dass einer kantonalen Verfassungsgarantie nur dann eine „eigene Tragweite“ zukomme, wenn sie einen ausgedehnteren Schutzbereich aufweise.<sup>600</sup> In der Praxis stellt das Bundesgericht daher, wenn kein begründeter, entgegengesetzter Antrag des Beschwerdeführers vorliegt, häufig nur kurz fest, dass ein kantonales Grundrecht nicht über den Bundesverfassungsstandard hinausgehe.<sup>601</sup> Dieser Position schließt sich ein Großteil der Lehre an.<sup>602</sup> Begründet wird diese Auffassung teils mit dem Vorrang des Bundesrechts,<sup>603</sup> teils mit der Theorie einer Suspension kantonaler Grundrechte in einem solchen Fall.<sup>604</sup>

Hingegen überzeugt die Suspensionsthese wenig, da das Bundesgericht selbst sich häufig auf parallele Gewährleistungen aus Bundes- und Kantonsverfassung stützt und somit eine gewisse eigenständige Bedeutung und Geltung der kantonalen Grundrechte bereits dadurch zum Ausdruck bringt.<sup>605</sup> Aber auch gegen die auf den Vorrang gestützte Ansicht und für die eigenständige Geltung kantonaler Grundrechte sprechen mehrere Argumente. Bereits die typische Formulierung in den Kantonsverfassungen selbst, die teils oder gesamthaft nur kurz auf Garantien aus der Bundesverfassung oder internationalen Menschenrechtskonventionen der Schweiz verweisen, lautet, dass Grundrechte „gewährleistet“ seien, und weist somit auf die eigenständige Verankerung solcher Rechte im kantonalen Recht hin.<sup>606</sup> Verweigert man den kantonalen Grundrechten und Grundrechtskatalogen jeglichen eigenständigen Gehalt, stellt sich überdies die Frage nach dem Zweck

600 BGE 121 I 196 E. 2d. Vgl. auch BGE 134 I 114 E. 2.2; BGE 118 Ia 427 E. 4a; zu ungeschriebenen Bundesverfassungsgrundrechten etwa BGE 97 I 839 E. 3.

601 So etwa BGE 139 I 218 E. 3.1; BGE 135 I 130 E. 4.2; etwas ausführlicher etwa BGE 127 I 185 E. 3.

602 Siehe etwa Haller, Art. 189 BV, in: Die schweizerische Bundesverfassung - St. Galler Kommentar, Rn. 33; Mahon, Droit constitutionnel II, 24; Belser/Waldmann/Molinari, Grundrechte I, 64; nicht ganz eindeutig Rhinow/Schefer/UEbersax, Verfassungsrecht, Rn. 1037; Seferovic, Art. 189 BV, in: Bundesverfassung - Basler Kommentar, Rn. 40.

603 Siehe etwa Buser, Kantonales Staatsrecht, Rn. 541.

604 Mahon, Droit constitutionnel II, 24, betrachtet nicht weiter als die Bundesverfassungsgrundrechte gehende kantonale Grundrechte als „gewissermaßen aufgehoben“ („en quelque sorte [...] suspendues“).

605 So z.B. BGE 139 I 280 E. 4.1. Siehe m.w.N. Auer, Staatsrecht, Rn. 1450.

606 Schefer/Ziegler, Grundrechte, in: Neues Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt, 82; Ehrenzeller/Nobs, ZBl 2009, 1 (12).

derartiger Kataloge. Aufgrund der häufig verkürzten Wiedergabe und inhaltlicher Verweise etwa auf die Bundesverfassungsgrundrechte können sie nicht lediglich Transparenzgründen dienen, etwa um die Bandbreite der geltenden Grundrechte darzustellen.<sup>607</sup> Aufgrund des Artikel 3 BV kann auch vorgebracht werden, dass die Gewährleistung eigener Grundrechte zu den Attributen von Souveränität und Staatlichkeit der Kantone gehört.<sup>608</sup> Dem teils verwendeten Begriff der unselbständigen kantonalen Grundrechte ist bereits vor dem Hintergrund zu widersprechen, dass allgemein sowohl Bund als auch Kantone eine eigene Grundrechtskompetenz zuerkannt wird.<sup>609</sup>

In diesem Licht überzeugt die These der begrenzten Eigenständigkeit oder Unselbständigkeit der kantonalen Grundrechte kaum und erscheint die vom Bundesgericht verwendete Formulierung potenziell missverständlich, da in jedem Fall dem kantonalen Grundrecht Eigenständigkeit zukommt, es sich jedoch prozessual effektiv nur eigenständig auswirken kann, wenn es weiter geht als das jeweilige Bundesverfassungsgrundrecht.<sup>610</sup> Gleichlautende kantonale Garantien sind hingegen zulässig und bleiben grundsätzlich selbständig bestehen, wie auch die zuvor genannte Rechtsprechung bestätigt; sie werden hingegen allenfalls „in ihrer Wirkung überrollt“. <sup>611</sup> In der Folge ist nun darauf einzugehen, in welchem Umfang vor dem Hintergrund dieser widerstreitenden Ansichten abweichende kantonale Grundrechte gelten.

#### bb) Zur Geltung von über den Bundesverfassungsstandard hinausgehenden kantonalen Grundrechten

Unabhängig davon, ob kantonale Grundrechte als selbständig oder unselbständig angesehen werden, herrscht Einigkeit, dass über die Bundesverfassung hinausgehende kantonale Grundrechte zulässig sind, was sowohl *aliud*-Gewährleistungen als auch nur höheren Schutz bietende Grundrechte umfasst.<sup>612</sup> Dies ist ein Ausdruck des im schweizerischen Verfassungsrecht geltenden Günstigkeitsprinzips und zugleich auch eine Ausprägung des Subsidiaritätsprinzips.<sup>613</sup>

Trotz der etwas ungenauen Sprache bringt das Bundesgericht wohl dies zum Ausdruck, wenn es kantonalen Grundrechten nur dann „eigene Tragweite“ zu-

607 *Schefer/Ziegler*, Grundrechte, in: Neues Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt, 82.

608 *Auer*, Staatsrecht, Rn. 1446.

609 *Wiederkehr*, Kerngehaltsgarantie, 127 f. Siehe zu dieser Kompetenz bereits Abschnitt C.III.

610 *Schefer/Ziegler*, Grundrechte, in: Neues Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt, 78.

611 *Kägi-Diener*, Grundrechtsschutz, in: Handbuch des schweizerischen Verfassungsrechts, Rn. 19.

612 *Auer*, Staatsrecht, Rn. 1451 f. m.w.N. Siehe für Beispiele bereits Abschnitt C.III.3.

613 *Belser*, Kantonale Grundrechte, in: La Convention européenne des droits de l'homme et les cantons - Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Kantone, 89.

misst, wenn sie einen „ausgedehnteren Schutzbereich“ aufweisen.<sup>614</sup> Raum für kantonale Grundrechte entsteht somit dort, wo die Bundesverfassung ein Grundrecht überhaupt nicht kennt, einen engeren Schutzbereich für das gleiche Grundrecht vorsieht oder weniger strenge Voraussetzungen für die Einschränkung eines solchen Grundrechtes einrichtet.<sup>615</sup>

Als Beispiel eines Zusammenwirkens von Grundrechten können Abwehrrechte genannt werden. In einem solchen Fall verstärken sich Bundes- und kantonales Grundrecht, sodass das Grundrecht, das den weitergehenden Schutz gewährt, gegenüber kantonalem Recht zur Anwendung kommt. Soweit beide Rechte auf dasselbe Schutzobjekt gerichtet sind, geraten sie auch nicht in Konflikt und gelten so parallel.<sup>616</sup> Ob eine Grundrechtsgarantie auf kantonaler Ebene stärkeren Schutz genießt, kann sich aus der kantonalen Rechtsprechung ergeben.<sup>617</sup>

Nicht jede genauere Formulierung eines kantonalen Grundrechts bedeutet allerdings ein über das Bundesrecht hinausgehendes Schutzniveau. Das Bundesgericht entschied so etwa, dass ein kantonales Grundrecht, das klar das Petitionsrecht auch in Bezug auf Gemeinden vorsah, keinen umfassenderen Schutz bot als die ungenauer verfasste Petitionsfreiheit auf Bundesebene, sondern nur „offene Fragen“ im Bundesrecht beantwortete.<sup>618</sup> Kritisiert wird jedoch, dass das Bundesgericht bereits in der Vergangenheit bei der Anerkennung ungeschriebener Grundrechte,<sup>619</sup> aber auch gegenwärtig kantonalen Grundrechten zu wenig

614 BGE 121 I 196 E. 2d.

615 *Belser*, Kantonale Grundrechte, in: La Convention européenne des droits de l'homme et les cantons - Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Kantone, 89. Siehe für weitere Beispiele *Auer*, Staatsrecht, Rn. 1449.

616 *Schefer/Ziegler*, Grundrechte, in: Neues Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt, 78.

617 BGE 119 Ia 53 E. 2. Es muss jedoch nicht kantonale Rechtsprechung vorliegen; das Bundesgericht prüft hier in überzeugender Weise zuerst den Wortlaut der kantonalen Vorschrift und stellt lediglich im Anschluss fest, dass „auch“ keine kantonale Rechtsprechung vorliege.

618 BGE 98 Ia 487 E. 5a. Da sich die entsprechenden Fragen im konkreten Fall aber nicht stellten, bezog das Bundesgericht nicht Stellung, ob es gegebenenfalls das kantonale Grundrecht angewendet hätte, sondern deutete dies lediglich an. Es hielt nämlich fest, dass es, da das kantonale Grundrecht in Bezug auf die relevanten Fragen von Natur, Umfang und Inhalt der Petitionsfreiheit nicht „deutlicher“ verfasst sei als jenes der Bundesverfassung, entscheiden könne, als ob nur das Bundesverfassungsgrundrecht anzuwenden sei.

619 Siehe hierzu auch Abschnitt B.III.3. Bereits als das Bundesgericht 1963 die persönliche Freiheit als ungeschriebenes Grundrecht anerkannte, beschloss es beispielsweise, dass unter diesen Umständen nicht mehr geprüft werden müsse, ob die einschlägige baselstädtische Kantonsverfassung, die nur in Aspekten die persönliche Freiheit schütze, stillschweigend eine ebensolche Garantie enthalte, BGE 89 I 92 E. 3 mit Bezug auf die damals für die Schweiz noch nicht verbindliche EMRK. Es signalisierte so, dass es auf ein kantonales Grundrecht nicht mehr ankomme, sobald das gleiche oder ein ähnliches Grundrecht als Teil der Bundesverfassung anerkannt sei, auch wenn es dadurch nicht mehr prüfte, ob womöglich auf kantonaler Ebene eine weiterreichende Garantie bestünde, *Belser*, Kantonale Grundrechte, in: La Convention européenne des droits de l'homme et les cantons - Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Kantone, 79.

Raum einräumt<sup>620</sup> und vorschnell Unterschiede im Schutzniveau einebnen.<sup>621</sup> Daraus können sich durchaus beträchtliche Auswirkungen für einzelne Grundrechte ergeben, etwa in Bezug auf die unmittelbare Anwendbarkeit des Rechts auf Bildung.<sup>622</sup> Neben dem Bundesgericht trifft auch die kantonalen Gerichte der Vorwurf, die Entfaltung kantonalen Grundrechte nur unzureichend unterstützt zu haben.<sup>623</sup> Obwohl gute Argumente für die Abstützung auf kantonale Grundrechtsgarantien sprechen,<sup>624</sup> halten die kantonalen Gerichte sich in der Praxis zurück.<sup>625</sup> Dies dürfte teils auf die Gerichtsbarkeitsorganisation in der Schweiz zurückzuführen sein.<sup>626</sup> Jedoch zeigen gelegentlich kantonale Gerichte die Möglich-

620 Auch in Folgeentscheiden stützte sich das Bundesgericht immer weniger auf kantonale Grundrechte und vermehrt auf allgemeine rechtsstaatliche Ideen und rechtsvergleichende Erwägungen, wie etwa bei der Anerkennung neuer ungeschriebener Grundrechte BGE 97 I 45 E. 3 oder bei der Begrenzung des Schutzbereichs solcher Grundrechte BGE 101 Ia 336 E. 7a (zum begrenzten Schutzbereich des Grundrechts der persönlichen Freiheit).

621 Kritisch zu einer solchen „Harmonisierung von oben“ *Belser*, Kantonale Grundrechte, in: La Convention européenne des droits de l'homme et les cantons - Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Kantone, 81.

622 Das Bundesgericht verweigert diesem Recht, wie es auf völkerrechtlicher Ebene in Artikel 13 des Internationalen Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (SR 0.103.1) verankert ist, die unmittelbare Anwendbarkeit, BGE 126 I 240 E. 2b-e; BGE 120 Ia 1 E. 5, 10-13. Hingegen könnte es mit guten Gründen kritisiert werden, wenn die Voraussetzungen der unmittelbaren Anwendbarkeit der Bestimmungen völkerrechtlicher Verträge dadurch, dass ein kantonales Grundrecht auf Bildung wie etwa Artikel 11 Abs. 1 lit. n Kantonsverfassung von Basel-Stadt (SR 131.222.1) nicht selbstständig angewendet wird, auf letzteres übertragen werden; wenn daher kantonale Verfassungen auf Bundesverfassungsgrundrechte und Menschenrechtsnormen auf völkerrechtlicher Ebene verweisen und die kantonalen Grundrechte als „im Rahmen“ dieser Normen gewährleistet bezeichnen, wird vorgebracht, dass dies weniger als eine inhaltliche Gleichsetzung denn als Vorrangregel für den Fall einer Kollision mit den entsprechenden Normen verstanden werden sollte, siehe *Schefer/Ziegler*, Grundrechte, in: Neues Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt, 82 f.

623 Während der Einblick in die Kantonsverfassungen zeigt, dass generell Grundrechtsgewährleistungen auf kantonomer Ebene ein wichtiger Platz eingeräumt wird, bemängelt die Lehre, dass in der Rechtsprechungspraxis kantonale Grundrechte kaum von den kantonalen Gerichten herangezogen werden, *Biaggini/Gutmansbauer*, Grundrechtsgarantien, in: Staats- und Verwaltungsrecht des Kantons Basel-Landschaft II, 5. Siehe auch *Schefer/Ziegler*, Grundrechte, in: Neues Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt, 76 Fußnote 118; bereits früh *Häfelin*, Kantonsverfassungen, in: Föderalismus und die Zukunft der Grundrechte, 43 f.; *Bolz*, ZBl 1999, 571 (574).

624 Vgl. etwa bereits früh *Giacometti*, Staatsrecht, 172, für den dies verdeutlichen würde, dass die Kantone bei der Ausübung ihrer Staatsgewalt aus eigenem Willen und nicht nur aufgrund der Bundesverfassung liberale Gemeinwesen sind; für *Kägi-Diener*, Grundrechtsschutz, in: Handbuch des schweizerischen Verfassungsrechts, Rn. 17, wäre die Abstützung auf kantonale Grundrechte ein Integrationsbeitrag der Kantone in die umfassendere nationale und internationale Werte- und Rechtsgemeinschaft.

625 Siehe zu Entscheidungen, bei denen kantonale Garantien als nicht weitergehend als die Bundesverfassung eingestuft wurden, statt einer ausdrücklichen kantonalen Bestimmung zur Informationsfreiheit allein auf Artikel 10 EMRK und das entsprechende damals ungeschriebene Grundrecht der Bundesverfassung gestützt vorgegangen wurde, und ohne überzeugende Begründung entschieden wurde, die Anerkennung neuer ungeschriebener Grundrechte auf kantonomer Ebene sei dem Bundesgericht vorbehalten, kritisch *Biaggini/Gutmansbauer*, Grundrechtsgarantien, in: Staats- und Verwaltungsrecht des Kantons Basel-Landschaft II, 13 ff. bzw. 32 (BLVG 1993, 31 E. 3d). Dabei weisen beispielsweise Kantonsverfassungen bereits auf diese Möglichkeit hin (siehe Artikel 6 Verfassung des Kantons Basel-Landschaft, SR 131.222.2).

626 Siehe hierzu noch Abschnitt D.III.2.

keiten kantonaler Grundrechtsentfaltung auf,<sup>627</sup> die dann auch in der Lehre begrüßt wird.<sup>628</sup>

Dogmatisch eindeutige Grenzen für weitergehende kantonale Grundrechte können sich hingegen aus einem Eingriff in durch ein Bundesverfassungsgrundrecht abgesicherte Rechtspositionen Dritter ergeben. So könnten aufgrund eines kantonalen Grundrechts positive Schutzmaßnahmen zu treffen sein, die mit einem Bundesverfassungsgrundrecht in Konflikt treten. Dies wäre etwa der Fall, wenn wegen eines auf kantonaler Ebene besonders weit gefassten Diskriminierungsverbots das Mittragen bestimmter Transparente im Rahmen von Demonstrationen untersagt würde.<sup>629</sup> Sofern möglich ist ein solcher Konflikt im Rahmen der praktischen Konkordanz zu lösen. Anderenfalls hingegen muss das kantonale Grundrecht weichen.<sup>630</sup>

#### cc) Zur Geltung von hinter dem Bundesverfassungsstandard zurückbleibenden kantonalen Grundrechten

Welche Ansicht in Bezug auf die Eigenständigkeit kantonaler Grundrechte vertreten wird, wirkt sich aus, wenn es um die Zulässigkeit von hinter dem Schutzstandard der Bundesverfassungsgrundrechte zurückbleibenden kantonalen Grundrechten geht. Auch in Bezug auf weniger weitreichende kantonale Grundrechts-

627 Im Falle bestimmter Vorgaben bei Volksrechten konnten sich beispielsweise kantonale Gerichte teils nicht auf eine parallele Rechtsprechung des Bundesgerichts beziehen und mussten selbst Stellung beziehen. In einem Entscheid von 1990 entschied so das damalige Verfassungsgericht des Kantons Basel-Landschaft, dass in Ermangelung eines verbindlichen bundesrechtlichen Begriffs bestimmter Ausgaben in Bezug auf das Finanzreferendum von der bundesgerichtlichen Begriffsbestimmung abgewichen werden dürfe, wo sich nach Auslegung des kantonalen Rechts oder aufgrund einer feststehenden und unangefochtenen Rechtsauffassung und Praxis des kantonalen Gesetzgebers eine andere Rechtsauffassung aufdränge; das Finanzreferendum sei nämlich ein Instrument des kantonalen Verfassungsrechts, während das Bundesgericht lediglich über die Einhaltung der dem Bürger durch die Bundesverfassung zugesicherten Mitwirkungsrechte zu wachen habe, BLVGE 1990, 14 f. E. 3b. *Biagini/Gutmannsbauer*, Grundrechtsgarantien, in: Staats- und Verwaltungsrecht des Kantons Basel-Landschaft II, 29, argumentieren gar, das Gericht hätte stärker formulieren sollen, eine solche eigenständige Auslegung *müsse* und *dürfe* nicht nur erfolgen.

628 Vgl. zur „Schrittmacherfunktion“, die kantonale Instanzen so wahrnehmen und dadurch sogar das Bundesgericht gegenüber der Bundesversammlung stärken könnten, *Schefer/Ziegler*, Grundrechte, in: Neues Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt, 76; zum Potenzial der Weiterentwicklung der Bundesverfassung über mittlerweile schweizweit auf kantonaler Ebene gewährleistete Grundrechte *Ehrenzeller/Nobs*, ZBl 2009, 1 (14); zur Offenheit der Bundesverfassung für die Entwicklung neuer bzw. für die Konkretisierung bestehender Grundrechtsgarantien *Schweizer*, Vorbemerkungen zu Art. 7-36, in: Die schweizerische Bundesverfassung - St. Galler Kommentar, Rn. 21 f; zum Potenzial im Bereich sozialer Grundrechte *Kägi-Diener*, Grundrechtsschutz, in: Handbuch des schweizerischen Verfassungsrechts, Rn. 17; zu Anstößen für die Weiterentwicklung des kantonalen Verfassungsrechts *Wiederkehr*, Kerngehaltsgarantie, 154 f.

629 Siehe für weitere Beispiele *Schefer/Ziegler*, Grundrechte, in: Neues Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt, 79.

630 *Auer/Malinverni/Hottelier*, Droit constitutionnel suisse I, Rn. 1056.

garantien findet grundsätzlich das Günstigkeitsprinzip Anwendung.<sup>631</sup> Hingegen sieht jene Auffassung, die eher von der Unselbständigkeit der kantonalen Grundrechte ausgeht, zugleich typischerweise auch vor, dass die Grundrechte der Bundesverfassung einen Minimalstandard festlegen, der nicht unterschritten werden darf.<sup>632</sup>

Hingegen sprechen die besseren Argumente für die Zulässigkeit solcher kantonalen Grundrechte, was auch in Zusammenhang damit steht, dass ihnen Eigenständigkeit zukommen soll. Geht man zurück zur Frage der Grundrechtskompetenz, verfügen nämlich die Kantone über eine solche; es besteht jedoch keine Verpflichtung diese Kompetenz überhaupt auszuüben.<sup>633</sup> Kantone können minimalistisch vorgehen und nur auf die Bundesverfassung oder internationale Garantien verweisen oder auf andere Art die Grundrechte nur kurz in ihren Verfassungen regeln.<sup>634</sup> Darüber hinaus erzeugen weniger weitgehend schützende kantonale Grundrechte auch keinen Konflikt mit dem Bundesrecht bzw. mit der Grundrechtskompetenz des Bundes.<sup>635</sup> Dies wäre höchstens der Fall, wenn das kantonale Grundrecht verbieten würde, dass das weitergehende Bundesverfassungsgrundrecht zur Anwendung kommt.<sup>636</sup> Somit können auch weniger weitreichende Grundrechtsgarantien in kantonalen Verfassungen vorgesehen werden, da die Anwendung des Mindeststandards der Grundrechte der Bundesverfassung dadurch nicht behindert wird.<sup>637</sup>

### c) Zusammenfassung

Bei der Regelung des Vorrangs von Bundesrecht vor kantonalem Recht gibt es im schweizerischen Recht eine Debatte, was die Unterscheidung von Norm- und Kompetenzkonflikten sowie deren Rechtsfolgen für tatsächliche Konflikte betrifft. Hingegen dürfte generell jedenfalls von der Ungültigkeit von kantonalem

631 *Belser*, Kantonale Grundrechte, in: La Convention européenne des droits de l'homme et les cantons - Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Kantone, 89.

632 *Biaggini*, BV-Kommentar, Art. 49 BV, Rn. 10 m.w.N.; *Mahon*, Droit constitutionnel II, 24. Vgl. auch zur früher vom Bundesrat vertretenen, gleichlautenden Ansicht *Auer/Malinverni/Hottelier*, Droit constitutionnel suisse II, Rn. 89.

633 *Mahon*, Droit constitutionnel II, 24, vertritt so beispielsweise, dass die Kantone mindestens gleich schützende Grundrechte vorsehen müssen im Vergleich zur Bundesverfassung, jedoch nur wenn sie überhaupt Grundrechte gewähren wollen.

634 Siehe etwa *Auer*, Staatsrecht, Rn. 1448, für den die Verfassungen der Kantone Zug, Appenzell Innerrhoden und Wallis die Grundrechte „recht stiefmütterlich“ behandeln.

635 So aber *Wiederkehr*, Kerngehaltsgarantie, 128. Vgl. bereits früher zu diesem Streit *Häfelin*, Kantonsverfassungen, in: Föderalismus und die Zukunft der Grundrechte, 39 ff.

636 *Schefer/Ziegler*, Grundrechte, in: Neues Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt, 78 Fußnote 129.

637 *Auer*, Staatsrecht, Rn. 1449; *Auer/Malinverni/Hottelier*, Droit constitutionnel suisse II, Rn. 89, weisen zusätzlich darauf hin, dass dadurch die kantonale Verfassung etwa einem Freiheitsrecht eine weniger weite Tragweite zuordnen kann als in der Bundesverfassung vorgesehen ist, was zumindest theoretisch bei einer Interessenabwägung durch Bundesrichter im Rahmen der Anwendung eines Bundesverfassungsgrundrechts berücksichtigt werden könnte.

Recht in solchen Fällen auszugehen sein, was häufig auch für gleichlautendes kantonales Recht angenommen wird. Hingegen besteht für kantonale Grundrechtsgarantien jeweils eine eigene Behandlung, da bei ihnen weder ein Kompetenzkonflikt noch eine besondere Rechtsfolge bei gleichlautendem Inhalt mit Bundesrecht gilt. In Bezug auf die Eigenständigkeit und Geltung kantonaler Grundrechte, soweit sie vom Bundesverfassungsstandard abweichen, geht die Rechtsprechung in Übereinstimmung mit einem Gutteil der Lehre nur von einer eigenen Tragweite kantonaler Grundrechte aus, soweit kantonale Grundrechte *aliud*-Gewährleistungen enthalten oder über die Bundesverfassung hinausgehen. Wenngleich gute Argumente dagegen sprechen, ergibt sich aus dieser Position auch die weitverbreitete, wenngleich nicht völlig unumstrittene Auffassung, dass hinter dem Bundesverfassungsstandard zurückbleibende kantonale Grundrechte nicht zulässig sind. Vor allem aufgrund der in der Praxis geringen Bedeutung der kantonalen Grundrechte, die auch in der Lehre kritisiert wird, bleibt diese Frage hingegen letztlich bis zu einem gewissen Grad offen.

## 2. Zur Zuständigkeit und Bindung von Behörden und Gerichten

Vor dem Hintergrund der Vorrangregelung und ihren Auswirkungen auf die kantonalen Grundrechte ist die Bindungsreichweite der unterschiedlichen Grundrechtsgarantien in Bezug auf Bund und Kantone zu klären. Darauf gestützt ergibt sich ein Bild der Gerichtszuständigkeit und wie diese die Entfaltung der kantonalen Grundrechte prägt.

### a) Zur Grundrechtsbindung der Kantone im System der Bundesverfassung

Ähnlich wie im deutschen Verfassungsrecht existiert auch im schweizerischen Verfassungsrecht eine Bestimmung, die die Bindung der verschiedenen Ebenen des Föderalsystems an Grundrechte ausdrücklich regelt. Artikel 35 Abs. 1 BV legt fest, dass die Grundrechte „in der ganzen Rechtsordnung zur Geltung kommen“ müssen, und bezieht sich dabei auch auf die kantonalen Grundrechte.<sup>638</sup> Artikel 35 Abs. 2 BV ergänzt, dass, wer immer staatliche Aufgaben wahrnimmt, auch an die Grundrechte gebunden ist und zu deren Verwirklichung beizutragen hat.<sup>639</sup> Alle Staatsorgane in sämtlichen ihrer Funktionen sind somit von dieser Grundrechtsbindung erfasst.<sup>640</sup> Dies gilt trotz der beschränkten Prüfungsbefugnis des Bundesgerichtes in Bezug auf Bundesgesetze nach Artikel 190 BV auch für

638 *Schweizer*, Art. 35 BV, in: Die schweizerische Bundesverfassung - St. Galler Kommentar, Rn. 6.

639 Zu den je nach Grundrecht unterschiedlich zu konkretisierenden Ansprüchen diesbezüglich siehe *Belser/Waldmann/Molinari*, Grundrechte I, 110 m.w.N. aus der Rechtsprechung; vgl. auch zu positiven Verpflichtungen bzw. Schutzpflichten etwa *Besson*, ZSR 2003, 49 (70 ff.).

640 Siehe hierzu umfassend *Martenet*, ZSR 2011, 243 (244 ff.).

den Bundesgesetzgeber.<sup>641</sup> Aufgrund des Vorrangs des Bundesrechts gegenüber kantonalem Recht ist somit davon auszugehen, dass die Kantone sowohl an die Bundes- als auch an die kantonalen Grundrechtsgewährleistungen gebunden sind, während für das Handeln des Bundes nur die Bundesverfassungsgrundrechte zur Anwendung kommen.<sup>642</sup>

#### b) Zur Zuständigkeit der Gerichte im schweizerischen Verfassungssystem

Abgesehen von vier Bundesgerichten sind in der Schweiz alle staatlichen Gerichte kantonale Gerichte; die Kantone verfügen grundsätzlich über Autonomie bei der Organisation ihrer Gerichtsbarkeit, die allerdings durch bundesrechtliche Vorgaben eingeschränkt wird.<sup>643</sup> Daraus ergibt sich ein einigermaßen komplexes System der Grundrechtsdurchsetzung, das sich von Kanton zu Kanton in Einzelheiten unterscheidet.<sup>644</sup> Somit ist in der Folge allgemein auf kantonale Gerichte und das Bundesgericht einzugehen bzw. auf die Rolle, die kantonale Grundrechte vor dem jeweiligen Gericht aufgrund der einschlägigen Zuständigkeiten spielen.

#### aa) Zu den kantonalen Gerichten

Die Kantone können eine eigene Verfassungsgerichtsbarkeit einrichten. In mehreren Kantonen wurde – häufig beim Kantonsgericht – eine solche Gerichtsbarkeit eingerichtet, die sich in einigen Fällen auch mit Beschwerden wegen der Verletzung von verfassungsmäßigen Rechten oder Grundrechten befasst.<sup>645</sup> Eine solche kantonale Verfassungsgerichtsbarkeit kann dabei überkantonale Maßstäbe wie das Bundesrecht heranziehen, aber auch untergeordnetes kantonales Recht an der Kantonsverfassung messen, soweit den Grenzen des Bundesrechts entsprochen wird.<sup>646</sup> Die zentralen Vorgaben des Bundesrechts hierbei sind das Legali-

641 Belser/Waldmann/Molinari, Grundrechte I, 109. Siehe hierzu auch Abschnitt D.III.1.a.aa.

642 Siehe zum Vorrang bereits Abschnitt D.III.1.a.

643 Auer, Staatsrecht, Rn. 235 f.

644 Siehe auch *Schweizer*, Art. 35 BV, in: Die schweizerische Bundesverfassung - St. Galler Kommentar, Rn. 25 ff., der zugleich auf die Rolle der weiteren, hier nicht näher behandelten Bundesgerichte eingeht.

645 Siehe für einen Überblick Auer, Staatsrecht, Rn. 264 ff., der die Kantone Basel-Stadt, Basel-Landschaft und Graubünden nennt. Anerkennt man als Verfassungsgerichte auch jene, die nur auf gesetzlicher Grundlage eine abstrakte Normenkontrolle von kantonalen Erlassen unterhalb der Gesetzesstufe vornehmen, kann gar bei elf Kantonen von einer Verfassungsgerichtsbarkeit gesprochen werden (Rn. 1519 f.). Konkrete Normenkontrollverfahren, denen zufolge kantonale Rechtsakte anhand höherrangigem kantonalen Recht gemessen werden können, bestehen in allen Kantonen; die früher durch bundesgerichtliche Rechtsprechung den Kantonen gewährte Möglichkeit, Rechtsanwendungsorganen die Prüfung von kantonalen Gesetzen auf ihre Vereinbarkeit mit der Kantonsverfassung zu untersagen, da es sich um Akte einer übergeordneten Gewalt handle, wird inzwischen durch keinen Kanton mehr wahrgenommen, *ibid.*, Rn. 1513 und 1586.

646 *Ibid.*, Rn. 1495 f.

tätsprinzip nach Artikel 5 Abs. 1 BV, aber auch insbesondere der Vorrang des Bundesrechts nach Artikel 49 Abs. 1 BV.<sup>647</sup>

Trotz dieser Möglichkeiten ist eine relativ geringe praktische Bedeutung kantonaler Grundrechte in der Gerichtspraxis festzustellen. Das Fehlen einer Verfassungsgerichtsbarkeit kann im Gegensatz zu früher nicht ausschlaggebend für diese geringe Bedeutung sein.<sup>648</sup> Kritisiert wird, dass als Folge kantonale Grundrechte, wenn sich die kantonalen Behörden und Gerichte nicht ausreichend auf sie stützen, erst im Instanzenzug auf Bundesebene durchgesetzt werden.<sup>649</sup> Dies steht im Widerspruch zu den bewusst eigenständig gewählten Formulierungen in Kantonsverfassungen, die einen Auftrag an die kantonalen Behörden und insbesondere Gerichte formulieren, diese Gewährleistungen weiter zu entwickeln.<sup>650</sup>

Auf Ebene der kantonalen Gerichte dürfte hier einerseits eine Rolle spielen, dass diese nicht nur rein anhand der kantonalen Verfassung als Verfassungsgerichte tätig werden, sondern zugleich Kantonsrecht am Maßstab der Bundesgrundrechte und internationaler Menschenrechtsgarantien prüfen.<sup>651</sup> Darüber hinaus besteht über die kantonalen Grundrechtsgarantien weniger Wissen bezüglich ihrer tatsächlichen Tragweite, unter anderem da sie in der Lehre weniger diskutiert werden.<sup>652</sup> Jedoch ändert sich dieses Bild nur geringfügig, wenn man sich dem Bundesgericht zuwendet.

#### bb) Zur Rolle des Bundesgerichts

Grundsätzlich richten sich, wie zuvor im Rahmen der Untersuchung der Grundrechtsbindung festgestellt, die kantonalen Grundrechte an die Behörden des jeweiligen Kantons, an Bezirke und Gemeinden.<sup>653</sup> Jedoch kann auch das Bundesgericht als höhere Instanz die kantonalen Grundrechte in Verfahren anwenden.

647 Ibid., Rn. 1503.

648 *Biaggini/Gutmannsbauer*, Grundrechtsgarantien, in: Staats- und Verwaltungsrecht des Kantons Basel-Landschaft II, 11. Siehe auch *Belser*, Kantonale Grundrechte, in: La Convention européenne des droits de l'homme et les cantons - Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Kantone, 90, die auf die Neuerungen in den neuen Kantonsverfassungen in Bezug auf die Verfassungsdurchsetzung hinweist. In einer optimistischen Lesart kann die schwache Rolle kantonaler Grundrechtsgarantien so verstanden werden, dass bereits im Alltag Gesetzgeber und Verwaltung Grundrechte grundsätzlich respektieren und daher eine Auseinandersetzung mit diesen Rechten im Rahmen der Verfassungsrechtsprechung eher selten notwendig wird, *Biaggini/Gutmannsbauer*, Grundrechtsgarantien, in: Staats- und Verwaltungsrecht des Kantons Basel-Landschaft II, 31.

649 So am Beispiel des besonders strengen Legalitätsprinzips in der Verfassung des Kantons Bern und seiner Durchsetzung in BGE 124 I 216 *Schefer/Ziegler*, Grundrechte, in: Neues Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt, 75 Fußnote 116.

650 Ibid., 81.

651 Somit ist auch der Ausbau des Grundrechtsschutzes auf Bundesebene dank der schöpferischen Rechtsprechung des Bundesgerichts und dank des Wirksamwerdens der EMRK bzw. der Garantien der neuen Bundesverfassung im Jahr 2000 von Bedeutung, so auch *Biaggini/Gutmannsbauer*, Grundrechtsgarantien, in: Staats- und Verwaltungsrecht des Kantons Basel-Landschaft II, 30.

652 Ibid., 31.

653 *Jaag/Rüssli*, Staats- und Verwaltungsrecht, Rn. 723.

Die gerichtliche Geltendmachung der Verletzung von kantonalen Grundrechten kann mittels kantonalen Rechtsmitteln oder mit der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten oder der subsidiären Verfassungsbeschwerde beim Bundesgericht erfolgen.<sup>654</sup> Die Verletzung kantonalen verfassungsmäßiger Rechte ist ausdrücklich als Beschwerdegrund vorgesehen.<sup>655</sup> Das Bundesgericht ist darüber hinaus befugt, auch Entscheidungen der höchsten kantonalen Instanzen in kantonalen Grundrechtsfragen einer Rechtskontrolle zu unterziehen. Jedoch erlegt sich das Gericht selbst bei der Auslegung kantonalen Rechts „in Zweifelsfällen“ Zurückhaltung auf, d.h. etwa wenn für die Auslegung der kantonalen Behörde gleich viel spricht wie für eine andere Auslegung.<sup>656</sup>

Erneut ist jedoch auch vor dem Bundesgericht eine geringe Bedeutung kantonalen Grundrechte festzustellen. Häufig gehe es dabei, wie kritisiert wird, vor schnell von einer Übereinstimmung in der Tragweite zwischen kantonalen und Bundesgrundrechten aus und mache somit kantonale Bestrebungen zu mehr Eigenständigkeit zunichte.<sup>657</sup> Nur in seltenen, weiter zurückliegenden Fällen entschied das Bundesgericht anders. So hielt es etwa fest, dass aufgrund eines kantonalen Grundrechts ein besonderes Recht auf Entschädigung bei unrechtmäßiger Festnahme bestehe<sup>658</sup> oder ein Entzug der Freiheit nur in bestimmten Fällen aufgrund eines Urteils oder einer Entscheidung zum Zwecke der Durchführung eines Strafverfahrens zulässig sei.<sup>659</sup> In späterer Rechtsprechung weigerte sich das Bundesgericht beispielsweise, ein in einer Kantonsverfassung niedergelegtes Willkürverbot als eigenständiges Grundrecht anzuerkennen, da ansonsten eine Ausweitung der Legitimation zur staatsrechtlichen Beschwerde erfolgt wäre, die in die Kompetenz des Bundesgesetzgebers und nicht der Kantone falle.<sup>660</sup>

Deutlich dürfte sich hier die strenge Rügspflicht im öffentlich-rechtlichen Beschwerdeverfahren auswirken, aufgrund welcher das Bundesgericht nicht von sich aus nicht angerufene Grundrechte heranziehen kann.<sup>661</sup> Auch werden kantonale Grundrechtsgarantien durchaus in jenen seltenen Fällen näher erörtert, in denen beschwerdeführende Parteien tatsächlich ihre Rüge maßgeblich auf derar-

654 Siehe Artikel 82 ff. und 113 ff. Bundesgesetz über das Bundesgericht (SR 173.110).

655 Artikel 95 Bst. c Bundesgesetz über das Bundesgericht (SR 173.110). Dies vor dem Hintergrund, dass die Funktion des Bundesgerichtes als Verfassungsgericht durch Artikel 189 Abs. 1 BV nur indirekt zum Ausdruck kommt, indem die Beschwerde wegen der Verletzung verfassungsmäßiger Rechte in den Gründen der Verletzung von Bundes- und Völkerrecht enthalten ist. Somit musste die Verletzung kantonalen verfassungsmäßiger Rechte ausdrücklich hinzugenommen werden, da die Rechtsprechung zum kantonalen Recht grundsätzlich nicht Aufgabe des Bundesgerichtes ist, *Häfelin et al.*, Bundesstaatsrecht, Rn. 1972.

656 *Kälin*, Beschwerde, 75.

657 Bereits früh *Eichenberger*, Kantonsverfassung, in: Recht als Prozess und Gefüge - Festschrift für Hans Huber zum 80. Geburtstag, 158.

658 BGE 113 Ia 177 E. 2a.

659 BGE 104 Ia 297 E. 2.

660 BGE 121 I 267 E. 3c. Vgl. kritisch zum Entscheid *Uhlmann*, Willkürverbot, Rn. 549.

661 Siehe Artikel 106 Abs. 2 Bundesgerichtsgesetz (SR 173.110) bzw. *Buser*, Kantonales Staatsrecht, Rn. 550.

tige Garantien stützen.<sup>662</sup> Trotzdem wird bemängelt, dass Kantonsgrundrechte selbst dann, wenn die Parteien ihre Rüge auf sie stützten, nicht immer angemessen berücksichtigt würden<sup>663</sup> bzw. die Rüge kurz angebunden damit abgetan werde, dass die Beschwerdeführer nicht dargelegt hätten, inwieweit eine kantonale Garantie über den Schutzanspruch aus der Bundesverfassung hinausgehe.<sup>664</sup> Bereits aus prozessualen Gründen werden in diesem Zusammenhang die kantonalen Grundrechte typischerweise selten allein, sondern immer zusammen mit völkerrechtlich oder auf Ebene der Bundesverfassung gewährleisteten Rechten angeufen.<sup>665</sup>

### c) Zusammenfassung

Aufgrund der ausdrücklichen Regelung zur Grundrechtsverwirklichung in der Bundesverfassung sind in der Schweiz Kantone wie Bund an die Bundesverfassungsgrundrechte gebunden; wegen des Vorrangs des Bundesrechts hingegen binden die kantonalen Grundrechte nur die kantonalen Behörden und Gerichte. Bei der Gerichtszuständigkeit sind in der Regel stets kantonale Gerichte zuerst mit Grundrechtsfragen konfrontiert, wenden jedoch in der Praxis nur selten kantonale Grundrechte, sondern eher bundesverfassungs- oder völkerrechtliche Garantien an. Das Bundesgericht kann zwar ebenso Entscheide der kantonalen Höchstgerichte einer Rechtskontrolle unterwerfen und auch kantonale Grundrechte zur Anwendung bringen. Die Zurückhaltung bei der Auslegung kantonalen Rechts weicht hingegen in Grundrechtsfragen einer vereinheitlichenden Vorgangsweise, bei der kantonale und Bundesgrundrechte häufig als übereinstimmend angesehen und behandelt werden.

### 3. Fazit

Kurz zusammengefasst sticht im schweizerischen Verfassungsrecht die ausdrückliche Bindung sämtlicher Staatsgewalt an die Bundesverfassungsgrundrechte hervor, jedoch auch die stark zugunsten von Bundesrecht ausgeprägte Vorrangregelung; bei den Rechtsfolgen des Vorrangs zeigen sich indessen lebhaft Diskussionen. Dessen ungeachtet bestehen Spielräume für die Entfaltung von über die Bundesverfassung hinausgehenden kantonalen Grundrechten, während die eigenständige Geltung weniger weitreichender kantonalen Garantien – trotz guter, ent-

662 So etwa Entscheide im Kanton Basel-Landschaft, siehe BLVGE 1994, 61 f. E. 3a; BLVGE 1998/1999, 146 ff. E. 9.

663 *Belser*, Kantonale Grundrechte, in: La Convention européenne des droits de l'homme et les cantons - Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Kantone, 80.

664 So z.B. BGE 138 I 331 E. 5.1.

665 *Buser*, Kantonales Staatsrecht, Rn. 546.

gegengesetzter Argumente – in der Rechtsprechung und der Lehre verneint wird. Dem wirkt auch das grundsätzlich auf Kantonsebene eingerichtete Gerichtssystem nicht entgegen, in dem das Bundesgericht zwar Zurückhaltung bei der Überprüfung von rein kantonsrechtlich abgestützten Entscheiden übt, jedoch generell eine Tendenz zur Einebnung von Grundrechtsunterschieden sowohl von Seiten des Bundesgerichts als auch der kantonalen Gerichten vorherrscht. Die kantonalen Grundrechte spielen somit trotz der Vielfalt, die sich in den kantonalen Verfassungen wie gezeigt findet, nur eine untergeordnete Rolle.

#### IV. Zwischenergebnis

Bei der vergleichenden Untersuchung der tatsächlichen Geltung und Rolle von Grundrechten der dezentralen Ebene in Föderalsystemen zeigt sich besonders deutlich, dass eine rein auf den Wortlaut dezentraler Verfassungen gerichtete Perspektive wichtige Aspekte vernachlässigt hätte.

So bestehen im deutschen Verfassungsrecht eine eindeutige Regelung der umfassenden Bindung der Bundes- und Landesstaatsgewalt an die Grundrechte des Grundgesetzes sowie eine recht klare Regelung des Vorrangs des Bundesrechts, die üblicherweise als mit der Rechtsfolge der Nichtigkeit ausgestattet verstanden wird. Zugleich besteht die Kompetenz der Landesverfassungsgeber, eigene Grundrechte zu schaffen, weiter und wurde auch genutzt. Auch bleiben in vom Bundesrecht nicht abschließend determinierten Situationen Freiräume zur Entfaltung von Landesgrundrechten. Jedoch spielen diese in der gerichtlichen Praxis letztlich eine untergeordnete Rolle und bleibt auch etwa die Rechtsprechung zur Zulässigkeit von Landesverfassungsgerichten und den einschlägigen Beschwerden lückenhaft. Die rein rechtlich bestehenden Möglichkeiten für wirksame Landesgrundrechte erscheinen so letztlich nicht ausgeschöpft.

Vergleichbar präsentiert sich die Rechtslage im schweizerischen Verfassungsrecht. Erneut besteht eine eindeutige Regelung, die sämtliche Staatsgewalt an die Grundrechte des Bundesverfassungsrechts bindet, und auch ein klarer Vorrang des Bundesrechts mit – nicht unumstrittener – Nichtigkeitsfolge für entgegenstehendes kantonales Recht. Es wurde bereits gezeigt, dass die kantonale Kompetenz, Grundrechte zu schaffen, bestehen bleibt und besonders rege genutzt wurde, was sich etwa in einer hohen Zahl von *aliud*-Gewährleistungen im Vergleich zur Bundesverfassung niederschlägt. Jedoch reichen bereits die Entfaltungsspielräume von kantonalen Grundrechten nach herrschender Ansicht weniger weit, sind so doch nur weiterreichende kantonale Grundrechte als eigenständige Garantien anerkannt. Darüber hinaus erfahren die kantonalen Grundrechte auch trotz des kantonal geprägten Gerichtssystems nur wenig Berücksichtigung in der Rechtsprechung.

Demgegenüber finden sich im US-amerikanischen Verfassungssystem deutliche Unterschiede. Während die Gliedstaaten durchaus eine Grundrechtskompetenz besitzen und ausgeübt haben, fehlt abgesehen von der Vorrangklausel der Bundesverfassung eine eindeutige Regelung über die Anwendbarkeit der Bundesverfassungsgrundrechte auf die Gliedstaaten. Dies wurde in der Rechtsprechung über das Verfahren der selektiven Inkorporation kompensiert, das mittlerweile fast vollumfänglich eine Bindung der Gliedstaaten an die Bundesverfassungsgrundrechte herbeigeführt hat. Hingegen darf diese Entwicklung nicht als voranschreitende Obsoleterklärung gliedstaatlicher Grundrechte missverstanden werden. Unter anderem auch aufgrund des dualen Gerichtssystems, das es ermöglicht, dass gliedstaatliche Gerichte in ihrer eigenen Sphäre ohne Berührungspunkte mit dem Bundesrecht Entscheidungen zu treffen vermögen, hat sich der Neue Gerichts föderalismus als Bewegung etabliert, im Rahmen welcher Gliedstaatsgerichte den eigenen Verfassungen und den darin enthaltenen Grundrechten verstärkt Bedeutung in ihrer Rechtsprechung zukommen lassen. Obwohl somit letztlich rechtlich in etwa vergleichbare Rahmenbedingungen vorherrschen wie in den anderen beiden untersuchten Föderalsystemen, kommen gliedstaatliche Grundrechtsgarantien wesentlich mehr zur Geltung und wird somit das Potenzial der Gliedstaatsverfassungen mehr ausgereizt. Bei der Entfaltung dezentraler Grundrechtsgarantien handelt es sich, kurz zusammengefasst, somit nicht nur um eine Frage des rechtlichen Könnens, sondern auch um eine Frage des tatsächlichen Wollens.

## E. Ergebnis und Gegenüberstellung mit dem Unionsrecht

Um die im vorliegenden Kapitel gewonnenen Erkenntnisse mit dem Unionsrecht in Verbindung zu setzen, kann auf die weiteren Schritte der Untersuchung zu ebendiesem verwiesen werden. So ergeben sich auch zusätzliche Handlungs- und Bewertungshinweise in Bezug auf im Unionsrecht vorherrschende Vorstellungen und Befürchtungen.

Betrachtet man die geschichtliche Entwicklung, kann im Unionsrecht momentan eine verstärkte Aufmerksamkeit für Grundrechtsfragen und die Besorgnis erkannt werden, dass die verstärkte Beschäftigung des Gerichtshofs mit dem Anwendungsbereich der Unionsgrundrechte ein lineares Vorgehen in Richtung einer stärkeren Unitarisierung des unionsrechtlichen Grundrechtsschutzes zulasten der dadurch verdrängten mitgliedstaatlichen Systeme des Grundrechtsschutzes andeuten könnte.<sup>666</sup> Hingegen kann aus der vorliegenden vergleichenden Untersuchung von Föderalstaaten als Föderalsystemen der Schluss gezogen werden, dass

<sup>666</sup> Siehe zur geschichtlichen Entwicklung Kapitel 5 Abschnitt B.I.

eine lineare Entwicklung bzw. Zentralisierung kein Naturgesetz ist und der Schwerpunkt des Grundrechtsschutzes sich verlagern kann, wie etwa das Beispiel des Neuen Gerichts föderalismus im US-amerikanischen Verfassungsrecht zeigt. Während im deutschen Verfassungsrecht abgesehen vom gelegentlichen Aufflackern des Interesses für Landesgrundrechte womöglich die am ehesten lineare Entwicklung hin zu einer Zentralisierung feststellbar ist, kann auch das Beispiel des schweizerischen Verfassungsrecht erwähnt werden. Hier übernahmen die Kantone während langer Zeit eine zentrale Rolle beim Schutz von Grundrechtsinteressen. Erst mit Revisionen der Bundesverfassung und einer aktiven Rolle des Bundesgerichts etwa bei der Schaffung ungeschriebener Grundrechte auf Bundesverfassungsebene verlagerte sich der Schwerpunkt des Grundrechtsschutzes auf die Bundesebene. Hingegen führte dies dazu, dass die kantonalen Grundrechte für längere Zeit geradezu zu Stichwortgebern für Entwicklungen in der Bundesverfassung degradiert wurden. In jüngeren Jahren hingegen tritt zumindest die Lehre aufgrund des Ausbaus der kantonalen Verfassungsgerichtsbarkeit und der Totalrevisionen der Kantonsverfassungen erneut für die stärkere Berücksichtigung kantonalen Grundrechte ein.

In Bezug auf die Frage der Grundrechtskompetenz wird – gerade vor dem Hintergrund der begrenzten Kompetenzen der Union in diesem Bereich<sup>667</sup> – jene der Mitgliedstaaten nicht in ihrem Bestehen in Frage gestellt. Wie noch im Einzelnen zu zeigen ist,<sup>668</sup> gibt es eindeutig Bereiche, in denen allein die mitgliedstaatlichen Grundrechte zur Anwendung kommen, für die den Mitgliedstaaten zweifelsohne eine Grundrechtssetzungskompetenz zukommen muss. Bei der tatsächlichen Nutzung dieser Grundrechtskompetenz kann davon ausgegangen werden, dass dem umfassenden Katalog der Grundrechtecharta eine große Vielfalt an Grundrechtskatalogen und auch -kulturen auf mitgliedstaatlicher Ebene gegenübersteht. Vergleich man die Situation mit den untersuchten Föderalsystemen, zeigt sich hier ein weitgehend einheitliches Bild, insofern als in sämtlichen Föderalsystemen weitgehend anerkannt ist, dass den dezentralen Einheiten eine Kompetenz zur Schaffung eigener Grundrechtskataloge zukommt. Umstritten ist lediglich teils die Reichweite der bundesverfassungsrechtlichen Vorgaben, die diese Kompetenz einschränken, wie das Beispiel der Bindung der Landesverfassungsgeber an die Kompetenzordnung des Grundgesetzes im deutschen Verfassungsrecht zeigt. Als Besonderheit kann hier noch auf das eigene Gewährleistungsverfahren für Kantonsverfassungen im schweizerischen Verfassungsrecht hingewiesen werden. Aus diesem relativ einheitlichen Bild sticht nun hingegen hervor, wie weit die bestehenden Kompetenzen auf dezentraler Ebene genutzt wurden. Etwa im schweizerischen Verfassungssystem kann auf eine Vielzahl von *aliud*-Gewährleis-

667 Siehe Kapitel 5 Abschnitt B.I.5.

668 Siehe Kapitel 6.

tungen und über die Bundesverfassungsgrundrechte hinausgehenden kantonalen Grundrechten hingewiesen werden. Auf Ebene der Verfassungsgebung verfügen daher die dezentralen Einheiten der geprüften Föderalsysteme über einigen Spielraum. Letztlich muss dieser jedoch auch genutzt werden, um die Grundlage für einen effektiven dezentralen Grundrechtsschutz zu schaffen.

Zuletzt stellt sich die Frage der tatsächlichen Geltung von dezentralen Grundrechtsgarantien. Im Unionsrecht ist hier einerseits die Reichweite der Bindung der Mitgliedstaaten an die Unionsgrundrechte zu berücksichtigen, andererseits aber auch im Bereich der Bindung die Wirkung des Vorrangs des Unionsrechts bzw. die sich daraus ergebenden Gestaltungsspielräume für mitgliedstaatliche Grundrechtsentfaltung.<sup>669</sup> In den untersuchten Föderalsystemen zeigt sich der höhere Integrationsgrad von Föderalstaaten daran, dass zwar ebenso eine Regelung über den Vorrang des Bundesrechts existiert, jedoch in allen drei Systemen gemäß der herrschenden Meinung typischerweise davon ausgegangen wird, dass ein Konflikt zwischen zentralem und dezentralem Recht die Nichtigkeit bzw. Ungültigkeit des letzteren nach sich zieht. Nur Stimmen in der Lehre vertreten teils einen der Situation im Unionsrecht vergleichbaren Anwendungsvorrang. Dessen ungeachtet bestehen in allen drei untersuchten Systemen Spielräume für die Entfaltung dezentraler Grundrechte, soweit keine zentrale Determinierung einer Situation vorliegt. Damit können auch weitergehende dezentrale Grundrechte zur Anwendung kommen; überraschend und systematisch wenig überzeugend erscheint hingegen, dass im schweizerischen Verfassungsrecht allgemein davon ausgegangen wird, dass im Gegensatz zur Situation im deutschen und US-amerikanischen Verfassungsrecht weniger weitgehenden kantonalen Grundrechten keine eigenständige Wirkung zugestanden wird. Bereits an dieser Stelle zeigt sich, dass durchaus potenziell bestehender rechtlicher Spielraum nicht immer zum Vorteil dezentraler Grundrechte genutzt wird.

Darüber hinaus sticht auch das US-amerikanische Verfassungsrecht an dieser Stelle hervor. Während das Fehlen einer Klausel zur Bindung der Gliedstaaten an die Bundesverfassungsgrundrechte durch die selektive Inkorporation zwar mit den Unwägbarkeiten einer rein durch die Rechtsprechung vorangetriebenen Entwicklung, aber letztlich doch sehr weitgehend ausgeglichen wurde, zeigt sich hier an zwei Aspekten eindrucksvoll, wie rechtliche Spielräume auf dezentraler Ebene zur Grundrechtsentfaltung genutzt werden können. Einerseits wurden gliedstaatliche Gerichte von sich aus im Rahmen des Neuen Gerichtsföderalismus aktiv, um in ihren Entscheidungen den Gliedstaatsgrundrechten möglichst häufig entscheidungsrelevante Bedeutung zu verleihen. Andererseits wurde auch durch die Rechtsprechung in Bezug auf das duale Gerichtssystem eine Situation geschaffen, in der gliedstaatliche Gerichte die eigene Entscheidung, soweit sie vollumfänglich

669 Siehe hierzu noch näher Kapitel 5 Abschnitt E.

auf gliedstaatliches Recht gestützt werden kann, auch von Einflüssen des Bundesrechts und Überprüfung durch die Bundesgerichte abschirmen können. Im Vergleich dazu erfahren kantonale bzw. Landesgrundrechte im deutschen und schweizerischen Verfassungssystem eine eher stiefmütterliche Behandlung. Gerade beim schweizerischen Verfassungsrecht gibt dieser Befund zu denken, kann so doch offensichtlich ein umfassender Bestand an kantonalen Grundrechten nicht wirklich zur Geltung gelangen, wenn die gerichtliche Praxis sich dieser Herausforderung nicht ausreichend zu stellen bereit ist.

Zusammengefasst zeigen sich anhand der vorliegenden vergleichenden Untersuchung klare Unterschiede, wie trotz grob vergleichbarer rechtlicher Rahmenbedingungen letztlich durch die Aktivität von Akteuren wie Verfassungsgebern und Gerichten ein deutlich unterschiedlicher Grad an Grundrechtsentfaltung erreicht werden kann. Dies ist somit die zentrale Erkenntnis, die sich für die nun näher zu untersuchende Situation im Unionsrecht ergibt. Es ist zu beantworten, ob Spielräume für die Mitgliedstaaten und ihre Grundrechte bestehen, nicht nur dadurch, dass das Unionsrecht einen Bereich nicht vollständig determiniert,<sup>670</sup> sondern auch, da weiterhin selbständige, vom Unionsrecht gar nicht erfasste Bereiche mitgliedstaatlichen Handelns verbleiben.<sup>671</sup> In einem solchen Fall sind Resignation oder Befürchtungen einer unabwendbaren Verdrängung der eigenen mitgliedstaatlichen Grundrechtskultur nicht angezeigt. Die effektive Ausfüllung dieser Spielräume bleibt dann allerdings den nationalen Verfassungsgebern und der nationalen Gerichtsbarkeit als Aufgabe für die Zukunft auferlegt.

---

670 Kapitel 5 Abschnitt E.

671 Kapitel 6.