

Philipp R. Mrutzek

# Geordnete Freiheit – »Levels of Scrutiny« in der Rechtsprechung des U.S. Supreme Courts

# Wissenschaftliche Beiträge aus dem Tectum Verlag

Reihe Rechtswissenschaften



# **Wissenschaftliche Beiträge aus dem Tectum Verlag**

Reihe Rechtswissenschaften  
Band 113

Philipp R. Mrutzek

## **Geordnete Freiheit – »Levels of Scrutiny« in der Rechtsprechung des U.S. Supreme Courts**

**Tectum Verlag**

Philipp R. Mrutzek

Geordnete Freiheit – »Levels of Scrutiny« in der Rechtsprechung des U.S. Supreme Courts  
Wissenschaftliche Beiträge aus dem Tectum Verlag  
Reihe: Rechtswissenschaften; Bd. 113

Zugl. Dissertation am Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Osnabrück, 2018

© Tectum Verlag – ein Verlag in der Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2018 ePDF:  
978-3-8288-7176-2

(Dieser Titel ist zugleich als gedrucktes Werk unter der ISBN 978-3-8288-4257-1 im  
Tectum Verlag erschienen.)

ISSN: 1861-7875

Alle Rechte vorbehalten

Besuchen Sie uns im Internet  
[www.tectum-verlag.de](http://www.tectum-verlag.de)

#### **Bibliografische Informationen der Deutschen Nationalbibliothek**

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der  
Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Angaben  
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

## **Vorwort**

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Osnabrück hat diese Untersuchung im Sommer 2018 als Dissertation angenommen. Sie wurde durch ein Stipendium der Konrad-Adenauer-Stiftung finanziert, wofür ich mich herzlich bedanke!

Mein besonderer Dank gilt auch meinem Doktorvater Herrn Professor Bernd J. Hartmann, LL.M. (Virginia), der mir die Möglichkeit gegeben hat, dieses Thema zu bearbeiten. Nur durch seine Unterstützung und Kritik hat er dafür gesorgt, dass die Untersuchung in der hier vorliegenden Form beendet werden konnte. Herrn Professor Oliver Dörr, LL.M. (Lond.), danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Das Frühjahr 2016 durfte ich als »research fellow« an der Loyola School of Law in Chicago verbringen. Herrn Professor Barry O. Sullivan und Insa Blanke bin ich für die herzliche Aufnahme, wertvolle Anregungen und Diskussionen zu tiefem Dank verpflichtet.

Letztlich bedanke ich mich von Herzen bei den Menschen, die mir mein Studium ermöglicht und gefördert haben: meinen lieben Eltern Anette und Ralf, meinem Bruder Niklas und meinen Großeltern Rosemarie und Rolf für die vorbehaltlose Unterstützung. Ihnen ist dieses Buch gewidmet.



# Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis .....	XIII
<b>ERSTER TEIL: Einleitung: Reiz und Gang der Untersuchung .....</b>	<b>1</b>
<b>§ 1 – Bearbeitungswürdigkeit: Der Reiz des Rechtsvergleichs.....</b>	<b>3</b>
<b>§ 2 – »Levels of Scrutiny«: Gang der Untersuchung.....</b>	<b>5</b>
A. Auswahl der Vergleichsobjekte .....	5
B. Aufbau der Untersuchung .....	6
C. Grenzen der Untersuchung .....	8
<b>ZWEITER TEIL: Grundlagen: Definition, Geschichte, Dogmatik..</b>	<b>11</b>
<b>§ 1 – Definition: »Levels of Scrutiny« und Verhältnismäßigkeit....</b>	<b>11</b>
A. Überblick über die »Levels of Scrutiny« .....	11
B. Die einzelnen »Levels« .....	13
I. »Rational basis« .....	13
II. »Strict scrutiny« .....	14
III. »Intermediate scrutiny« .....	15
C. Der Vergleichsgegenstand: Verhältnismäßigkeit in Deutschland .....	15
<b>§ 2 – Ausgangslage: Geschichte und Dogmatik .....</b>	<b>16</b>
A. USA.....	17
I. Abriss US-amerikanischer Staatswerdung.....	17
II. Die Entwicklung eines Grundrechtskatalogs.....	18
III. Abwehrrechtliches Grundverständnis .....	19
IV. Vorherrschen eines formalistischen Freiheitsverständnisses....	21

V. Die Lochner-Ära.....	25
VI. Entwicklung eines Abwägungsmodells .....	27
1. »Carolene Products« .....	29
2. Die »Preferred freedoms«-Doktrin.....	32
3. Die Herausbildung der »Levels of Scrutiny« .....	34
B. Deutschland .....	38
I. Historische Entwicklung in der Neuzeit.....	40
II. Anerkennung in der Nachkriegszeit .....	42
III. Durchbruch auf verfassungsrechtlicher Ebene .....	43
IV. Dogmatische Verankerung durch das BVerfG.....	43
C. Fazit .....	45
<b>DRITTER TEIL: Materielles Recht: Die »Levels of Scrutiny«.....</b>	<b>47</b>
<b>§ 1 – Willkür- und Rationalitätskontrolle: »rational basis«.....</b>	<b>48</b>
A. Anwendungsbereich.....	49
I. Wirtschafts-, Kultur- und Sozialgesetzgebung .....	49
II. Gleichheit .....	51
B. Elemente.....	53
I. Zweck und Mittel .....	53
1. Zwecksetzungskompetenz .....	53
2. Zwecksetzungsspielraum des Gesetzgebers.....	57
3. Illegitime Zwecke und Mittel .....	60
a) Ausdrückliches Verbot .....	60
b) Implizite Missbilligung.....	62
aa) Absolutes Diskriminierungsverbot .....	63
bb) Privilegierung .....	66
cc) Privatsphäre .....	67
4. Legitime Zwecke und Mittel .....	69
a) Verfassungstext und Gewohnheitsrecht .....	69
b) Größerer Entscheidungsspielraum in den USA .....	71
c) US-amerikanische Verfassung ohne objektive Werteordnung.....	72

II. Zweck-Mittel-Relation: »rational basis« .....	74
1. Unpräzise Typenbildung .....	75
2. Willkür- und Rationalitätskontrolle .....	77
a) Gemeinsamkeiten .....	78
b) Unterschiede .....	79
C. Fazit .....	82
<b>§ 2 – Hohe Kontrolldichte: »strict scrutiny«.....</b>	<b>83</b>
A. Anwendungsbereich.....	84
I. Grundrechte als »fundamentale« Rechte .....	84
1. »Fundamentale« Rechte als Ausdruck traditioneller amerikanischer Werte .....	85
2. Unterschiedliche Interpretationsstile der Verfassungsgerichte	88
3. Vorgehensweise des U.S. Supreme Courts .....	91
a) Kategoriale Vorabwägung.....	92
b) Eingriffsintensität .....	94
c) Am Beispiel der Redefreiheit .....	96
II. »Verdächtige« Klassifizierungen .....	98
1. Rasse, nationale Herkunft, Ausländereigenschaft.....	99
2. Kriterien einer »verdächtigen« Klassifizierung.....	100
3. Arten von Diskriminierungen.....	102
a) Unmittelbare Diskriminierung .....	102
b) Mittelbare Diskriminierung .....	103
c) Positive Diskriminierung .....	107
B. Elemente.....	108
I. Zwingendes öffentliches Interesse .....	108
1. Abstrakte und konkrete Wertigkeit von Rechtsgütern .....	110
2. Ausdeutung des Verfassungstexts .....	112
a) Staatszielbestimmungen .....	113
b) Kompetenzbestimmungen.....	113
c) Freiheitsrechte .....	114
d) Gleichheitsrechte.....	117
3. Fazit .....	119

II. Zweck-Mittel-Relation: »narrowly tailored«.....	119
1. Effektive Zweckförderung .....	121
2. Erforderlichkeit .....	123
a) Strenge Erforderlichkeit in den USA .....	125
b) Angemessenheit.....	129
aa) Grundsätzliches Fehlen im US-amerikanischen Recht	130
bb) Auswirkungen fehlender Angemessenheit .....	134
cc) Am Beispiel der Redefreiheit.....	136
dd) Aufblitzende Angemessenheit in der Erforderlichkeit ..	140
c) Praktische Konkordanz als deutscher Sonderweg.....	144
C. Fazit .....	145
<b>§ 3 – Mittlere Kontrolldichte: »intermediate scrutiny«.....</b>	<b>147</b>
A. Anwendungsbereich.....	148
I. Schutzbereich und Eingriff.....	148
1. Redefreiheit .....	148
2. Das Recht auf Waffenbesitz.....	149
3. Privatsphäre.....	150
II. »Quasi-verdächtige« Klassifizierungen.....	151
B. Elemente.....	152
I. Wichtiger öffentlicher Zweck.....	152
II. Zweck-Mittel-Relation: »substantially related« .....	154
1. Zweckförderung .....	154
2. Erforderlichkeit .....	155
a) Mittlere Kontrolle.....	155
b) Angemessenheit als Erforderlichkeit .....	156
C. Fazit .....	159
<b>§ 4 – Sonderregime: »overbreadth« und »vagueness«.....</b>	<b>161</b>
A. »Overbreadth«-Doktrin .....	161
I. »Overbreadth«-Doktrin und Wechselwirkungslehre.....	163
II. Besonderheiten .....	164
B. »Vagueness« .....	165
C. Fazit .....	166

<b>VIERTER TEIL: Vom Übermaß- zum Untermaßverbot? .....</b>	<b>169</b>
<b>§ 1 – Ausgangslage: Negative und positive Verfassungsrechte.....</b>	<b>170</b>
A. Grundsätzliche Abwesenheit in den USA .....	170
B. Gescheiterte Annäherung an ein positives Grundrechtsverständnis	171
C. Ausreißer der »Charta negativer Freiheiten« .....	173
<b>§ 2 – Auswirkungen: Konsequenzen einer         »Charta negativer Freiheiten«.....</b>	<b>174</b>
<b>§ 3 – Fazit: Der fehlende Schritt zum Untermaßverbot .....</b>	<b>177</b>
 <b>FÜNFTER TEIL: Die Umsetzung in die Praxis:</b>	
<b>Der Verfassungsprozess .....</b>	<b>181</b>
<b>§ 1 – Prämissen: Gerichtliches Selbstverständnis         der Verfassungskontrolle.....</b>	<b>181</b>
A. »Judicial self-restraint« als deutsch-amerikanisches Paradigma .....	182
I. Vorherrschen eines funktionell-rechtlichen Kontrollansatzes in den USA.....	182
II. Rechtfertigung des »judicial self-restraint« .....	184
III. Instrumente der Offenhaltung politischer Freiräume .....	186
B. »Judicial activism« im Grundrechtsbereich .....	187
<b>§ 2 – Die Kontrolldichte in der Praxis: Vermutung, Beweislast,         Tatsachenfeststellung, Prognose.....</b>	<b>189</b>
A. Vermutung .....	189
B. Beweislastverteilung .....	193
C. Tatsachenfeststellung.....	197
I. Vorgehensweise des U.S. Supreme Courts .....	198
II. Scheinbare Parallelität zwischen BVerfG und U.S. Supreme Court .....	200
III. Tatsachenfiktion in den USA .....	200
IV. Hohe Kontrolldichte im Grundrechtsbereich .....	202
D. Prognosen .....	203
I. Evidenzprüfung.....	204
II. Intensivierte Kontrolle im Grundrechtsbereich .....	205

III. Toleranz gegenüber Fehlprognosen .....	208
E. Fazit.....	208
<b>SECHSTER TEIL: Rechtsvergleichendes Fazit: Bewertung, Ausblick, Schluss .....</b>	<b>211</b>
<b>§ 1 – Bewertung: »Levels of Scrutiny« vs. Verhältnismäßigkeit.....</b>	<b>212</b>
A. Das Gleit- und das Stufenmodell.....	212
I. Skepsis gegenüber einem umfassenden Ansatz gleitender Verhältnismäßigkeit.....	214
II. Überfälligkeit eines Gleitmodells .....	215
III. Fazit .....	217
B. Das Abwägungsproblem.....	218
I. Abwägung ohne Abwägungsmaßstäbe.....	218
II. Erforderlichkeit statt Angemessenheit .....	220
III. Konsequenzen fehlender Angemessenheit.....	224
IV. Fazit .....	225
<b>§ 2 – Ausblick: Wechselseitige Inspiration der Verfassungsgerichte?</b>	<b>226</b>
A. USA.....	226
B. Deutschland .....	230
C. Fazit .....	231
<b>§ 3 – Schluss: Zusammenfassung und abschließendes Fazit.....</b>	<b>233</b>
<b>Literaturverzeichnis .....</b>	<b>235</b>

## Abkürzungsverzeichnis

Maßgebend ist das »Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache« von *Hildebert Kirchner* in der 8. Auflage 2015. Die Abkürzungen der US-amerikanischen Zeitschriften folgen dem »Bluebook« der Harvard Law Review Association in der 20. Auflage 2015. Beide Verzeichnisse gelten mit den folgenden Ergänzungen.

Die Entscheidungen des U.S. Supreme Courts entstammen in der Regel der offiziellen Entscheidungssammlung (U.S.). In Ausnahmefällen wird die inoffizielle Sammlung S.Ct. herangezogen. Für den Zeitraum 1789-1874 wird auch der Name des Herausgebers der jeweiligen Entscheidungssammlung (1 Dallas bis 23 Wallace) angegeben.

Amd.	Amendment
BayVerf	Verfassung des Freistaates Bayern in der Fassung der Bekanntmachung vom 15. Dezember 1998
Bd.	Board
Brdb. Verf.	Verfassung des Landes Brandenburg in der Fassung vom 5. Dezember 2013
BT-Drucksache	Drucksache des Bundestags
C.J.	Chief Justice
Circ.	Circuit
Co.	Company
Comm'n.	Commission

Corp.	Corporation
Cranch	Cranch (Reporter U.S. Supreme Court von 1801-1815)
D. C.	District of Columbia
Dall.	Dallas (Reporter U.S. Supreme Court von 1790-1800)
Dept.	Department
Div.	Division
Educ.	Education/Educational
Elec.	Electric
F.Supp.	Federal Supplement
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FCC	Federal Communications Commission
Fn.	Fußnote/Footnote
GVBl.-NRW	Gesetz- und Verordnungsblatt für das Land Nordrhein-Westfalen
Herv. d. Verf.	Hervorhebung des Verfassers
Herv. im Orig.	Hervorhebung im Original
How.	Howard (Reporter U.S. Supreme Court von 1843-1860)
insbes.	insbesondere
J.	Judge/Justice
JJ.	Judges/Justices

JMB SH	Justizministerialblatt für Schleswig-Holstein
Jr.	Junior
Ls.	Leitsatz
LWahlG NW	Landeswahlgesetz Nordrhein-Westfalen in der Fassung vom 26. März 1954
N. Y.	New York
NAACP	National Association for the Advancement of Colored People
No.	Number
Otto	Otto (Reporter U.S. Supreme Court 1875-1883)
Pa.	Pennsylvania
Pet.	Peters (Reporter U.S. Supreme Court von 1828-1842)
Pub.	Public
Ry.	Railway
S.D. Cal.	United States District Court for the Southern District of California
S.D. Tex.	United States District Court for the Southern District of Texas
Sec.	Section (Paragraph)

Thür. Verf.	Verfassung des Freistaats Thüringen in der Fassung vom 11. Oktober 2004
U.S.	United States / United States (Supreme Court) Reports
USC	United States Constitution
Univ.	University
v.	versus / von / vom
Va.	Virginia
verb.	verbundene
Vol.	Volume
Wall.	Wallace (Reporter U.S. Supreme Court 1863-1874)
Wheat.	Wheaton (Reporter U.S. Supreme Court 1816-1827)