

9.10.1807 (sog. Martini-Edikt).²⁹⁰ Diese Reform geht im Wesentlichen auch auf die Kritik am wirtschaftlichen Nachteil unfreier Arbeit im Vergleich zu freier Arbeit zurück, wie sie zuerst von *Christian Garve* (1742-1798), dem Übersetzer vom *Smiths Wealth of Nations* (Untersuchung über die Natur und die Ursachen des Nationalreichthums, Breslau 1794-96) in seinen Vorlesungen *Ueber den Charakter der Bauern* (1786) angestellt wurden.²⁹¹ Gegen Sklaverei und sonstige Formen abgestufter Unfreiheit sprachen in der aufkommenden Marktwirtschaft gewichtige Gründe. Diese Einschätzung wird traditionell auf *Karl Marx* und *Max Weber*²⁹² zurückgeführt.²⁹³ Sie findet sich jedoch schon um 1800. 1802 hat *August Ferdinand Lueder* (1760-1819) im zweiten Band seines Lehrbuchs *Ueber Nationalindustrie und Staatswirtschaft* eine ganze Reihe ökonomischer Gründe gegen die Sklaverei vorgebracht.²⁹⁴ Es wäre allerdings zu kurz gegriffen, wenn man — wie *Marc Bros*²⁹⁵ — die Opposition gegen die Sklaverei allein ökonomischen Zwängen und den Bedürfnissen der aufkommenden Industrialisierung zuzuschreiben. Gegen *Bros* möchte ich seinen eigenen Zeugen,²⁹⁶ *Max Weber*, ihn ins Feld führen:

„Maßgebend für die gänzliche Beseitigung der persönlichen Unfreiheit aber waren letztlich überall starke naturrechtliche ideologische Vorstellungen.“²⁹⁷

Es war das Prinzip gleicher Freiheit. Diesseits und jenseits des Atlantik.

III. Aufstieg und Fall des Nichtdiskriminierungsrechts im 19. Jahrhundert

1. Die Wiederentdeckung des Gleichheitsversprechens der Unabhängigkeitserklärung

Das sozial- und rechtspolitisch revolutionäre Potenzial des Gleichheitsversprechens der Unabhängigkeitserklärung hat sich im Lauf des 19. und 20. Jahrhunderts durchgesetzt.²⁹⁸ *All men are created equal* – das hatte als Prinzip Zukunftspotential.²⁹⁹ Es nimmt in *Abraham Lincoln* (1809-1865) politischem Schaffen einen prominenten Platz ein. Im Oktober 1854 hielt *Lincoln* in Peoria, Illinois, eine Rede gegen den *Kansas-Nebraska-Act 1854*. Dieses Gesetz erlaubte es den Siedlern dieser Territorien, nach dem Prinzip der *popular sovereignty* darüber

290 Dazu *Schmoeckel*, Rechtsgeschichte der Wirtschaft, 2008, Rn. 119 ff.

291 *Garve*, Ueber den Charakter der Bauern, 1786, 67 ff.

292 Vgl. *Weber*, Wirtschaft und Gesellschaft, 1972, 415.

293 Siehe *Bros*, Rechtshistorisches Journal (15) 1996, 391, 405.

294 Dazu vertiefend *Koch*, HZ 1976, 529, 541 ff.

295 *Bros*, Rechtshistorisches Journal (15) 1996, 391, 405.

296 *Bros*, Rechtshistorisches Journal (15) 1996, 391, 405 Fn. 58.

297 *Weber*, Wirtschaft und Gesellschaft, 1972, 415.

298 Zum Folgenden vgl. *Higginbotham*, In the Matter of Color, 1980, 383 ff.

299 Siehe dazu auch oben § 3 I 1.

abzustimmen, ob sie die Sklaverei einführen wollten. Dagegen wandte sich *Lincoln* unter Berufung auf die Worte in der Unabhängigkeitserklärung:

„But if the negro is a man, is it not to that extent, a total destruction of self-government, to say that he too shall not govern himself? When the white man governs himself that is self-government; but when he governs himself, and also governs another man, that is more than self-government – that is despotism. If the negro is a man, why then my ancient faith teaches me that ‘all men are created equal’ and that there can be no moral right in connection with one man’s making a slave of another. [...] What I do say is, that no man is good enough to govern another man, without that other’s consent. I say this is the leading principle – the sheet anchor of American republicanism.“³⁰⁰ [...] Near eighty years ago we began by declaring that all men are created equal; but now from that beginning we have run down to the other declaration, that for some men to enslave others is a ‘sacred right of self-government.’ These principles can not stand together.“³⁰¹

Das Thema zieht sich als Leitmotiv durch *Lincolns* politische Beiträge.³⁰² In einem Brief an *Joshua F. Speed* v. 22.8.1855 brachte er es auf den Punkt: „As a nation we began by declaring that ‘all men are created equal’. We now practically read it ‘all men are created equal *except negroes*.“³⁰³ Diesen Gedanken führte er in seiner großen Rede gegen die *Dred Scott*-Entscheidung des *Supreme Court* v. 26.6.1857³⁰⁴ weiter aus. Es ging ihm offensichtlich darum, das in der Unabhängigkeitserklärung gegebene Versprechen endlich auch den Schwarzen gegenüber, den versklavten wie den freien, einzulösen:

„[The Framers] meant simply to declare the right, so the enforcement of it might follow as fast as circumstances should permit. They meant to set up a standard maximum for a free society, which should be familiar to all; constantly looked to, constantly labored for, and even though never perfectly attained, constantly approximated, and thereby constantly spreading and deepening its influence, and augmenting the happiness and value of life to all people of all colors everywhere. The assertion that ‘all men are created equal’ [...] was for future use.“³⁰⁵

Allerdings verfiel auch *Lincoln* der Dialektik des Gleichheitsversprechens. Obwohl er im Namen des Gleichheitsprinzips Freiheitsrechte für die Schwarzen ein-

300 *Lincoln*, Speeches and Writings 1832-1858, 1989, 328.

301 *Lincoln*, Speeches and Writings 1832-1858, 1989, 339.

302 Vgl. Brief an George Robertson v. 15.8.1855, *Lincoln*, Speeches and Writings 1832-1858, 1989, 359; Brief an Josuah F. Speed v. 22.8.1855 *Lincoln*, Speeches and Writings 1832-1858, 1989, 363; Speech at a Republican Banquet, Chicago, Ill, *Lincoln*, Speeches and Writings 1832-1858, 1989, 385 f.

303 *Lincoln*, Speeches and Writings 1832-1858, 1989, 363.

304 *Lincoln*, Speeches and Writings 1832-1858, 1989, 390 ff.

305 *Lincoln*, Speeches and Writings 1832-1858, 1989, 388 f.; wiederholt in der Rede v. 15.10.1858 in Alton, Ill, Angle (Hrsg.), *Lincoln-Douglas Debates* 1858, 1958, 379. *Lincoln* argumentiert hier aber nicht für Befreiung und Gleichstellung schlechthin. Er teilt die Bedenken seines Publikums gegen eine „Vermischung“ (*amalgamation*) der Rassen und argumentiert für eine Trennung der Rassen (*separation*), die er letztlich nur in einer Form der *colonization* verwirklicht sieht, *Lincoln*, Speeches and Writings 1832-1858, 1989, 401 f.

forderte, strebte er – wohl auch aus wahltaktischen Erwägungen – keine weitergehende politische und gesellschaftliche Gleichstellung an:

„I will say then I am not, nor ever have been, in favor of bringing about in any way the social and political equality of the white and black races, that I am not nor ever have been in favor of making voters or jurors of negroes, nor of qualifying them to hold office, nor to intermarry with white people; and I will say in addition to this that there is a physical difference between the white and black races which I believe will forever forbid the two races living together on terms of social and political equality. And inasmuch as they cannot so live, while they do remain together there must be the position of superior and inferior, and I as much as any other man am in favor of having the superior position assigned to the white race. I say upon this occasion I do not perceive that because the white man is to have the superior position the negro should be denied everything. I do not understand that because I do not want a negro woman for a slave I must necessarily want her for a wife. My understanding is that I can just let her alone.“³⁰⁶

Diese Bemerkungen sind vor dem Hintergrund zahlreicher Regelungen in den sklavenfreien Staaten zu sehen, mit denen Schwarze gegenüber Weißen diskriminiert wurden. Das rassistische Fundament der Sklaverei strahlte in diese Staaten aus und beengte die tatsächliche und rechtliche Freiheit der Schwarzen dort.³⁰⁷ Vor allem bei Wohnraum, Erziehung und auf dem Arbeitsmarkt waren Schwarze im Norden Adressaten staatlicher und privater Diskriminierung, die sie größtenteils am unteren Ende der Leiter des sozialen Aufstiegs festhielt.³⁰⁸ *Paul Finkelman* konnte allerdings nachweisen, dass das Bild im Ganzen durchaus komplizierter war. Obwohl man von einer modernen Konzeption von Gleichheit im historischen Kontext der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts nicht sprechen kann, verbesserte sich die rechtliche Situation Schwarzer im Norden ab 1830 graduell und wurde ab 1865 damit zum Nährboden für die *Abolitionists*³⁰⁹ und die *Radical Republicans* und deren Politik.³¹⁰

Lincoln war letztlich kein Reformier. Obwohl er Sklaverei aus moralischen Gesichtspunkten und die Ausdehnung der Sklaverei auf die neuen Territorien ablehnte, war er kein *Abolitionist* und wollte an der Ordnung in den Südstaaten festhalten.³¹¹ Als der Bürgerkrieg (*civil war*) 1861 ausbrach, ging es ihm zunächst hauptsächlich darum, die Union als solche wiederherzustellen.³¹² Die Befreiung

306 Speech at Charleston, Ill., 11.9.1858 in: Angle (Hrsg.), *Lincoln-Douglas Debates 1858*, 1958, 235.

307 Dazu *Tsesis*, *The Thirteenth Amendment and American Freedom*, 2004, 21 f.

308 *Finkelman*, *Rehearsal for Reconstruction: Antebellum Origins of the Fourteenth Amendment*, in: *Anderson/Moss*, *The Facts of Reconstruction*, 1991, 1, 3.

309 Zu ihrem Einfluss siehe *Tsesis*, *We Shall Overcome*, 2008, 56 ff.

310 *Finkelman*, *Rehearsal for Reconstruction: Antebellum Origins of the Fourteenth Amendment*, in: *Anderson/Moss*, *The Facts of Reconstruction*, 1991, 1, 4 ff.

311 *Fehrenbacher*, *Abraham Lincoln – A Documentary Portrait Through His Speeches and Writings*, 1964, xiii; *Morais*, „Doing Less“ and „Doing more“ in: *Holzner*, *The Emancipation Proclamation*, 2006, 48 ff; *Tsesis*, *We Shall Overcome*, 2008, 84 ff.

312 *Fehrenbacher*, *Abraham Lincoln – A Documentary Portrait Through His Speeches and Writings*, 1964, xiii.

der Schwarzen in den abtrünnigen Südstaaten war 1861 nicht primäres Kriegsziel.³¹³ Das änderte sich im Lauf des Jahres 1862. Aufgrund des politischen Einflusses der *Abolitionists* und der *Radical Republicans* und aus militärischer Notwendigkeit erfolgte schließlich die *Emancipation Proclamation*.³¹⁴ Mit dem vorläufigen Teil der Proklamation vom 22.8.1862 wurde festgelegt, dass ab dem 1.1.1863

„all person held as slaves within any State, or any designated part of a State, the people whereof shall then be in rebellion against the United States shall be then, thenceforward, and forever, free“.³¹⁵

In der endgültigen Proklamation am 1.1.1863 wurden die 10 betroffenen Staaten³¹⁶ benannt und die Rechtsfolge ausgesprochen:

„I do order and declare that all persons held as slaves within said designated States, and parts of States, are, and henceforward shall be free; and that the Executive government of the United States, including the military and naval authorities thereof, will recognize and maintain the freedom of said persons.“³¹⁷

Die Befreiung der Sklaven und die Abschaffung der Sklaverei insgesamt war damit zum Kriegsziel geworden.³¹⁸ In seiner Ansprache in Gettysburg am 19.11.1863, Ort einer der blutigsten Schlachten des Krieges, griff *Lincoln* das 1776 gegebene Versprechen wieder auf:

„Fourscore and seven years ago our fathers brought forth on this continent a new nation, conceived in liberty and dedicated to the proposition that all men are created equal. Now we are engaged in a great civil war, testing whether that nation, or any nation, so conceived and so dedicated, can long endure.“³¹⁹

Damit war der Weg gewiesen. Die 1776 verkündete Gleichheit läutet 1863 das Ende der Sklaverei ein. Das sich daran anschließende Unterfangen, Amerika nach den Erschütterungen des Bürgerkriegs wieder als eine Nation aufzubauen, kann man als den Versuch lesen, das in der Unabhängigkeitserklärung gegebene, aber

313 *Foner*, Reconstruction, 1988, 4 f.

314 Vertiefend dazu statt vieler *Foner*, Reconstruction, 1988, 5 ff und *Morais*, „Doing Less“ and „Doing more“ in: *Holzner*, The Emancipation Proclamation, 2006, 54 ff.

315 Zugreifbar unter http://www.archives.gov/exhibits/american_originals_iv/sections/transcript_preliminary_emancipation.html [Stand: 31.12.2012]. Zum Kontext vgl. näher *Guelzo*, „Sublime in Its Magnitude“: The Emancipation Proclamation, in: *Holzer/Vaughn Gabbard*, Lincoln and Freedom, 2007, 65, 73 ff.

316 Im Wesentlichen die Gebiete von South Carolina, Mississippi, Florida, Alabama, Georgia, Louisiana, Texas, Virginia, Arkansas, North Carolina.

317 Zugreifbar unter http://www.archives.gov/exhibits/featured_documents/emancipation_proclamation/transcript.html [Stand: 31.12.2012].

318 *Tsesis*, The Thirteenth Amendment and American Freedom, 2004, 36 ff; *Morais*, „Doing Less“ and „Doing more“ in: *Holzner*, The Emancipation Proclamation, 2006, 65 f.

319 *Fehrenbacher*, Abraham Lincoln – A Documentary Portrait Through His Speeches and Writings, 1964, 244.

in der Verfassung von 1787 gebrochene, Versprechen gleicher Freiheit endgültig in der Verfassung zu verankern.³²⁰

2. Die Reconstruction Amendments und die Civil Rights Acts von 1866, 1870 und 1871

a) „The one pervading purpose: the freedom of the slave race“

Bereits gegen Ende des Bürgerkriegs begann eine Ära, die von 1865 bis 1877 reicht und als *Reconstruction* bezeichnet wird.³²¹ Im Kern ging es in dieser Zeit darum, unter welchen Voraussetzungen die Sezessionsstaaten wieder vollwertige Mitglieder der Union werden und wie der rechtliche und soziale Status des befreiten Sklaven (*freedman*) gesichert werden kann. Voraussetzung dafür war die endgültige Abschaffung der Sklaverei. Die Verwerfungen des Bürgerkriegs bedeuteten zwar ihr tatsächliches Ende;³²² jetzt aber galt es, diesen Zustand auch rechtlich abzusichern.

(1) Amendment XIII

Diese Aufgabe übernimmt das 1865 vom Kongress verabschiedete und von einer ausreichenden Anzahl von Staaten angenommene (ratifizierte) *Amendment XIII* (1865):³²³

„Neither slavery nor involuntary servitude, except as a punishment for crime whereof the party shall have been duly convicted, shall exist within the United States, or any place subject to their jurisdiction.“³²⁴

Was damit gemeint ist, hat der *Supreme Court* in den *Slaughterhouse Cases* (1873), der ersten umfassenden Auseinandersetzung³²⁵ mit den *Reconstruction*

320 Grundlegend zu dieser Interpretation *tenBroek*, *Equal Under Law* (1955), 1965, 15 und passim.

321 Im Folgenden muss ich auf jede historische Analyse verzichten; dazu immer noch grundlegend *Foner*, *Reconstruction*, 1988.

322 *Foner*, *Reconstruction*, 1988, 7 ff. Zur Entstehungsgeschichte ist die von *tenBroek*, *Equal Under Law* (1955), 1965, 157–208 gegebene Erzählung zum im 20. Jahrhundert einflussreichsten Narrativ geworden; aus neuerer Zeit *Tsesis*, *The Thirteenth Amendment and American Freedom*, 2004, 37–57.

323 *Slaughterhouse-Cases*, 83 U.S. (16 Wall.) 36, 68–69 (1873); zur Entstehungsgeschichte vgl. jetzt *Tsesis*, *The Thirteenth Amendment and American Freedom*, 2004, 37 ff.; *Vorenberg*, *The Thirteenth Amendment Enacted*, in: *Holzer/Vaughn Gabbard*, *Lincoln and Freedom*, 2007, 180 ff.; zu den verfassungsrechtlichen Fragen dieser Verfassungsergänzung siehe *Belz*, *The Constitution, the Amendment Process and the Abolition of Slavery*, in: *Holzer/Vaughn Gabbard*, *Lincoln and Freedom*, 2007, 160 ff.

324 U.S. Const. amend XIII, § 1.

325 Die erste Auseinandersetzung mit dem *Civil Rights Act* 1866 erfolge in *Blyew v. U.S.*, 80 U.S. 581 (1871). Das Gericht schränkte seinen Anwendungsbereich auf die unmittelbar Betroffenen ein und schloss daher seine Anwendung auf das Recht Schwarzer, als Zeuge in einem anderen Verfahren gehört zu werden, aus; dazu *Higginbotham*, *Shades of Freedom*, 1996, 79 f.

Amendments ausgeführt. Ironischerweise wurde nicht um die Rechte Schwarzer, sondern um die Geschäftsinteressen weißer Metzger in Louisiana gestritten:³²⁶

„*The word servitude is of larger meaning than slavery, as the latter is popularly understood in this country, and the obvious purpose was to forbid all shades and conditions of African slavery.*“³²⁷

Um dieses Ziel zu erreichen, wurde der Bund mit einer zusätzlichen Gesetzgebungskompetenz ausgestattet.³²⁸ Die Sklaven wurden *freedmen*. Sie übten ihre Freiheit aus, ganz praktisch:³²⁹ Bewegungsfreiheit, die Freiheit, eine rechtlich anerkannte Familie zu gründen, die Freiheit, sich mit ihresgleichen zu organisieren und die Freiheit, gegen Entgelt zu arbeiten. Es ging ihnen, anders ausgedrückt um „autonomy as individuals and as members of a community“.³³⁰ Die Auswirkungen der Verfassungsänderung waren erheblich:³³¹ Die Struktur der U.S.-Verfassung wurde modifiziert. Vor der Ratifikation des 13. Verfassungszusatzes schützte die Verfassung das Institut der Sklaverei,³³² danach war es verboten. Der Zusatz veränderte auch das Kompetenzgefüge zwischen Bund und Einzelstaaten. Der Kongress konnte in den traditionell den Einzelstaaten vorbehaltenen Bereich eingreifen, um die Bürgerrechte aller sicherzustellen.

(2) Civil Rights Act 1866

Die Aufgabe war damit noch nicht beendet. Die Abschaffung der Sklaverei stellte die Plantagenwirtschaft des Südens vor die Herausforderung, die Arbeitsleistung der ehemaligen Sklaven sicherzustellen. Dies war die wichtigste Aufgabe der sog. *Black Codes*, die in mehreren Südstaaten 1865 und 1866 ergangen sind.³³³ Sie passten im Wesentlichen den Status des Sklaven an die ihm jetzt rechtlich gegebene Freiheit an. Inhaltlich begründeten sie aber weitreichende Einschränkungen der Freiheit des *freedman*. Damit sollte im Ergebnis gewährleistet werden, dass die vormals bestehende Sozial- und Wirtschaftsstruktur und die Diskriminierung Schwarzer trotz *Emancipation* unverändert fortgeführt werden konnte. Besonders weit ging Florida: Politische Rechte Schwarzer waren inexistent, sie durften nur in Gerichtsverfahren gegen Schwarze als Zeugen gehört werden, konnten nicht Mitglied einer Jury sein, durften keine Feuerwaffen tragen, waren Subjekt spezieller Strafvorschriften, indem sie statt einer Geld- oder Gefängnisstrafe auch

326 Dazu Higginbotham, *Shades of Freedom*, 1996, 83 f; Howard, *The Shifting Wind*, 1999, 88 ff.

327 *Slaughterhouse-Cases*, 83 U.S. (16 Wall.) 36, 69 (1873).

328 U.S. Const. amend XIII, § 2.

329 Zum Folgenden Foner, *Reconstruction*, 1988, 77 ff.

330 Foner, *Reconstruction*, 1988, 78.

331 Dazu Tsesis, *The Thirteenth Amendment and American Freedom*, 2004, 12.

332 Siehe oben § 3 I 2.

333 Richardson, 47 Flor. Hist. Quart. 365, 366-367 (1969); Foner, *Nothing but Freedom*, 1983, 48 ff.

ausgepeitscht werden durften.³³⁴ Daneben verfolgte der *Florida Black Code* das Konzept der Rassentrennung: Personen unterschiedlicher Rassen durften sich nicht versammeln oder dieselben Eisenbahnwagen benutzen, für Schwarze wurden getrennte Schulen errichtet, deren Finanzierung die Schwarzen selbst übernehmen mussten.³³⁵ Besonders freiheitseinschränkend waren die Regelungen zum Arbeitsverhältnis: Nicht arbeitende Schwarze waren Subjekt besonderer Strafvorschriften, die Arbeitsverträge Schwarzer mussten schriftlich abgeschlossen werden und verpflichteten den Arbeitnehmer zu unbedingtem Gehorsam gegenüber seinem Dienstherrn.³³⁶ Floridas Code verfolgt letztlich einen ganz bestimmten Zweck und steht insoweit beispielhaft für die Gesetzgebung ehemaliger Südstaaten in dieser Zeit: Er sicherte die bestehende soziale Hierarchie, in der dem schwarzen ein deutlich schlechterer Platz zugewiesen wurde als dem weißen Bürger, rechtlich ab. Eine Rückkehr zur Sklaverei war aufgrund des 13. Verfassungszusatzes zwar ausgeschlossen. Daher blieb nur die Alternative, den Schwarzen erneut der Aufsicht des Weißen zu unterwerfen. An die Stelle des *Master* trat jetzt der Staat, der durch seine Organe die *white supremacy* garantierte.³³⁷

Es bedurfte daher weitergehender Maßnahmen auf Bundesebene, die gleiche Freiheit Schwarzer zu sichern.³³⁸ Daher machte der Kongress von der ihm in Amend. XIII § 2 gegebenen Gesetzgebungskompetenz sofort Gebrauch. Mit dem *Civil Rights Act* vom 9.4.1866³³⁹ wurden „all persons born in the United States“ zu Bürgern (*citizens*) der U.S.A. erklärt³⁴⁰ und diesen Bürgern wurde eine Liste gleicher Rechte eingeräumt.³⁴¹ Die Liste der in Sec. 1 *Civil Rights Act* of 1866 enthaltenen Rechte ist weitreichend:³⁴² Das erste – to make and enforce contracts – sichert die Befugnis jeder Person, Arbeits- und Geschäftsbeziehungen sowie alltägliche Transaktionen über Verträge zu regeln; das zweite – the right to inherit, purchase, sell and hold property – ist das Grundrecht in einer marktwirtschaftlichen Ordnung schlechthin, ohne das Freiheit nicht gelebt werden kann; das dritte – to sue, be parties and give evidence – enthält den Justizgewährleistungsanspruch, ohne den die beiden substantiellen Rechte ausgehöhlt werden könnten; das vierte – full and equal benefit of the laws for the security of person and property – garantiert schließlich den Gleichheitsbezug der drei erstgenannten Rechte. Sec. 1 *Civil Rights Act* von 1866 ist die U.S.-amerikanische Variante des pri-

334 Richardson, 47 Flor. Hist. Quart. 365, 373-374 (1969).

335 Richardson, 47 Flor. Hist. Quart. 365, 374 (1969).

336 Richardson, 47 Flor. Hist. Quart. 365, 374-375 (1969).

337 Richardson, 47 Flor. Hist. Quart. 365, 375 (1969).

338 *Slaughterhouse-Cases*, 83 U.S. (16 Wall.) 36, 70 (1873); vgl. dazu Higginbotham, *Shades of Freedom*, 1996, 75 ff.

339 An Act to protect all Persons in the United States in their Civil Rights, and furnish the Means of their Vindication, 14 Stat. 27 (1866).

340 *Civil Rights Act* of 1866, § 1.

341 *Civil Rights Act* of 1866, § 1.

342 Zum Folgenden *tenBroek*, *Equal Under Law* (1955), 1965, 178.

vatrechtlichen Grundprinzips³⁴³ der gleichen Freiheit jeder Person. Geht eine Beeinträchtigung dieser Rechte auf einen unmittelbaren oder mittelbaren staatlichen Einfluss zurück, werden sie in Sec. 2 *Civil Rights Act* 1866 zusätzlich strafrechtlich abgesichert.³⁴⁴ Die Durchsetzung dieser Rechte wurde den bundesstaatlichen District Courts zugewiesen.³⁴⁵ Im Ergebnis unternahm der *Civil Rights Act* von 1866 „a full elevation of African Americans to the equivalent and identical status of whites in many aspects of citizenship.“³⁴⁶ Mit dem *XIIIth Amendment* und seinem Ausführungsgesetz,³⁴⁷ dem *Civil Rights Act* von 1866 glaubte man, die Gleichstellung Schwarzer auf politischer und gesellschaftlicher Ebene erreicht zu haben.

(3) Amendment XIV

Um verfassungsrechtliche Zweifel an der Reichweite der erfassten *civil* und *political rights* zu beseitigen,³⁴⁸ verabschiedete der Kongress 1866 das 1869 ratifizierte³⁴⁹ *XIVth Amendment*. Als Verfassungszusatz hebt es die Entscheidung des *Supreme Court* in *Dred Scott*³⁵⁰ endgültig auf³⁵¹ und weist jeder in den U.S.A. geborenen oder eingebürgerten *Person* – damit auch allen Schwarzen in Nord- und Südstaaten – den politischen Status als U.S. *citizen* zu.³⁵² Zugleich wurde der verfassungsrechtliche Schutz der U.S. Bürger vor Beeinträchtigungen ihrer Rechte durch die Einzelstaaten abgesichert:

„No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.“³⁵³

Diese Bestimmung enthält mit der (zweiten)³⁵⁴ *Privileges and Immunities Clause*, der *Due Process Clause* und der *Equal Protection Clause* drei getrennte verfassungsrechtliche Garantien des Bundes zugunsten aller U.S. *citizens* bzw. aller Einwohner eines Einzelstaates gegenüber beeinträchtigenden Handlungen des

343 Oben § 2 I 4.

344 *Civil Rights Act* of 1866, § 2.

345 *Civil Rights Act* of 1866, § 3.

346 Higginbotham, *Shades of Freedom*, 1996, 76.

347 *Tsesis*, *The Thirteenth Amendment and American Freedom*, 2004, 55, bezeichnet den *Civil Rights Act* 1866 als „case study into the practical effects that the amendment’s framers intended it to have.“

348 *Slaughterhouse-Cases*, 83 U.S. (16 Wall.) 36, 96-97 (Field, J., diss.)(1873); Higginbotham, *Shades of Freedom*, 1996, 81; zu den Zweifeln siehe U.S. v. *Rhodes*, 27 F. Cas. 785 (Ky. 1866)(No. 16151); dazu Kaczorowski, *The Politics of Judicial Interpretation* (1985), 2005, 11 ff.

349 Zur komplizierten Entstehungsgeschichte vgl. *Foner*, *Reconstruction*, 1988, 251 ff; *Tsesis*, *We Shall Overcome*, 2008, 99 ff.

350 Oben § 3 I 3 b).

351 *Slaughterhouse-Cases*, 83 U.S. (16 Wall.) at 73.

352 U.S. Const. amend XIV, § 1 cl. 1.

353 U.S. Const. amend XIV, § 1 cl. 2.

354 Zur ersten oben § 3 I 2 b) (1).

Einzelstaates. Der wichtigste Regelungszweck dieses Verfassungszusatzes wurde in *Strauder v. West Virginia* (1880) so beschrieben:

„At the time when they were incorporated into the Constitution, it required little knowledge of human nature to anticipate that those who had long been regarded as an inferior and subject race would, when suddenly raised to the rank of citizenship, be looked upon with jealousy and positive dislike, and that State laws might be enacted or enforced to perpetuate the distinctions that had before existed. Discriminations against them had been habitual. It was well known that, in some States, laws making such discrimination then existed, and others might well be expected. [...] [The colored race, as a race] especially needed protection against unfriendly action in the States where they were resident. It was in view of these considerations the Fourteenth Amendment was framed and adopted. It was designed to assure to the colored race the enjoyment of all the civil rights that, under the law, are enjoyed by white persons, and to give to that race the protection of the general government in that enjoyment whenever it should be denied by the States. It not only gave citizenship and the privileges of citizenship to persons of color, but it denied to any State the power to withhold from them the equal protection of the laws and authorized Congress to enforce its provisions by appropriate legislation.“³⁵⁵

Damit wird die in § 5 vorgesehene Gesetzgebungskompetenz des Bundes angesprochen.³⁵⁶ Im Übrigen hebt Amendment XIV § 2 die 3/5-Regelung zur Bestimmung der Anzahl der Abgeordneten³⁵⁷ auf³⁵⁸ und enthält einen Kompromiss zur Wahlberechtigung Schwarzer: Sollte das Wahlrecht eines männlichen Einwohners in einem Staat beschränkt sein, wird sich das negativ auf die Anzahl der Abgeordneten auswirken.³⁵⁹

(4) Amendment XV

Das war letztlich eine unzureichende Maßnahme, um das gleiche Bürgerrecht Schwarzer auch an der Wahlurne zu verwirklichen. Das letzte der *Reconstruction Amendments*, Amendment XVth (verabschiedet 1869, angenommen 1870),³⁶⁰ sieht daher vor, dass das Wahlrecht eines U.S. Bürgers „shall not be denied or abridged by the United States or by any state on account of race, color, or previous condition of servitude.“³⁶¹

„The negro having, by the fourteenth amendment, been declared to be a citizen of the United States, is thus made a voter in every State of the Union.“³⁶²

355 *Strauder v. West Virginia*, 100 U.S. 303, 306-307 (1880).

356 U.S. Const. amend XIV § 5.

357 Dazu oben § 3 I 2 c).

358 U.S. Const. amend XIV § 2 cl. 1.

359 U.S. Const. amend XIV § 2 cl. 2. Dazu *Richardson v. Ramirez*, 418 U.S. 24, 74 (1974)(Marshall, J., diss.).

360 Zur Entstehungsgeschichte siehe *Tesis*, *We Shall Overcome*, 2008, 105 ff.

361 U.S. Const. amend XV § 1.

362 *Slaughterhouse-Cases*, 83 U.S. (16 Wall.) 71 (1873).

Das *Amendment* hat eine lange Vorgeschichte.³⁶³ Nicht nur im Süden, auch im Norden war man zunächst nicht gewillt, den Schwarzen als politisch ganz Gleichen anzusehen.³⁶⁴ Von der zugleich erteilten Gesetzgebungskompetenz³⁶⁵ machte der Kongress mit dem *Enforcement Act* vom 31.5.1870 Gebrauch.³⁶⁶ Damit sollte sichergestellt werden, dass die demokratischen Beteiligungsrechte Schwarzer auch tatsächlich durchgesetzt werden können. Daneben enthält der Act eine Regelung, mit der Bestimmungen des *Civil Rights Act* von 1866 ersetzt wurden und die bis heute in Kraft ist:³⁶⁷

„[A]ll persons within the jurisdiction of the United States shall have the same right in every State and Territory in the United States to make and enforce contracts, to sue, be parties, give evidence, and to the full and equal benefit of all laws and proceedings for the security of person and property as is enjoyed by white citizens, and shall be subject to like punishment, pains, penalties, taxes, licenses, and exactions of every kind, and none other, any law, statute, ordinance, regulation, or custom to the contrary notwithstanding.“³⁶⁸

(5) Gleiche Freiheit durch Recht

Die *Reconstruction Amendments* und die dazu bis 1870 ergangene Gesetzgebung führten insgesamt zu einer Neujustierung von Bundesgewalt und *state sovereignty* im Verhältnis zum einzelnen Bürger. Wie weit aber reichte diese Änderung? War es eine Anpassung der bestehenden oder sollte es eine neue Verfassung sein, die hier entworfen wurde?³⁶⁹ Darauf wurden im Lauf des 20. Jahrhunderts mehrere Antworten gegeben; alternative Geschichtsentwürfe, die jeweils vor ihrem konkreten zeitgeschichtlichen Hintergrund gesehen werden müssen.³⁷⁰ Insbesondere der Umfang der Gesetzgebungskompetenz des Bundes besaß ab 1869 die Möglichkeit, sich als weitreichende Änderung des hergebrachten Kräfteverhältnisses zwischen Bund und Einzelstaaten herauszustellen. Das hat der *Supreme Court* in den *Slaughterhouse Cases* (1873) klar erkannt. Eine Revolution sah er in den Amendments allerdings nicht. Die Würdigung dieser Entscheidung hängt eng zusammen mit der generellen Bewertung der *Reconstruction Amendments* aus historischer Sicht. Zutreffend dürfte es sein, sie als

363 Dazu Gillette, *Retreat from Reconstruction*, 1979, 3-24.

364 Gillette, *Retreat from Reconstruction*, 1979, 6 ff.

365 U.S. Const. amend XV § 2.

366 „An Act to enforce the Right of Citizens of the United States to vote in the several States of this Union, and for other purposes“, 16 Stat. 140 (1870).

367 Enforcement Act of 1870, § 18.

368 Enforcement Act of 1870, § 16.

369 So beispielsweise Marshall, 101 Harv. L. Rev 1, 4 (1987): „While the Union survived the civil war, the Constitution did not. In its place arose a new, more promising basis for justice and equality, the fourteenth amendment, ensuring protection of the life, liberty, and property of all persons against deprivations without due process, and guaranteeing equal protection of the laws.“

370 Dazu im Überblick und weiterführend Belz, *The Constitution and Reconstruction*, in: Anderson/Moss, *The Facts of Reconstruction*, 1991, 189 ff.

Konkretisierung der Prinzipien von Freiheit und Gleichheit zu sehen, wie sie bereits im Wortlaut – wenn auch nicht dem zeitgenössischen Verständnis – der Unabhängigkeitserklärung angelegt waren und die in der Verfassung von 1787 – wenn auch gebrochen – zum Ausdruck kamen.³⁷¹ Berücksichtigt man das zeitgenössische verfassungsrechtliche Verständnis föderaler Prinzipien, wird die Entscheidung des *Supreme Court* nachvollziehbar.³⁷² Dem Gericht ging es darum, die hergebrachte Balance der Kompetenzverteilung und die Aktionsosphäre der Einzelstaaten so weit wie möglich zu bewahren und zugleich die Durchsetzung der *Civil Rights* gegenüber staatlicher Diskriminierung zu sichern. Danach führten die Verfassungszusätze zu „additional guarantees of human rights, additional powers to the Federal government; additional restraints upon those of the States“.³⁷³ *Additional restraints* – ja, aber der alltägliche Schutz der Bürger blieb nach 1866 in der Kernkompetenz des Einzelstaats.³⁷⁴ In der Entscheidung sezierte der *Supreme Court* die Rechtsentwicklung *ante bellum* und den in ihr eingebetteten Grundsatz einer *black inferiority*, beschrieb die sog. *Black Codes* in den Südstaaten *post bellum* als Reaktion auf die erfolgte Sklavenbefreiung und schilderte die Geschichte der *Amendments*. Das ist, um mit A. L. Higginbotham zu sprechen, „of profound significance for understanding how the precept of inferiority could be embedded into law and then extracted.“³⁷⁵ „[T]he one pervading purpose“ dieser Gesetzgebung, so der *Supreme Court*,

„found in them all, lying at the foundation of each, and without which none of them would have been even suggested; we mean the freedom of the slave race, the security and firm establishment of that freedom, and the protection of the newly made freeman and citizen from the oppressions of those who had formerly exercised unlimited dominion over him.“³⁷⁶

Ein entscheidender Schritt zur Erfüllung des Versprechens – *all men are created equal*³⁷⁷ – war geleistet: Das Eigentumsregime an Sklaven endete. Der Sklave wurde in jedem Staat *Person* und Bürger. *Adrianne Davis* differenziert diesbezüglich zwischen einer *political personality* und einer *economical personality*.³⁷⁸ Die Rechtsetzung bis 1870 glaubte beides erreichen zu können. Der *freedman* – das ist wörtlich zu nehmen: wegen des erstmals in der Verfassung genannten

371 *Belz*, *The Constitution and Reconstruction*, in: *Anderson/Moss, The Facts of Reconstruction*, 1991, 189, 212.

372 Dazu näher *Les Benedict*, 1978 Sup. Ct. Rev. 39 (1978).

373 *Slaughterhouse-Cases*, 83 U.S. (16 Wall.) 36, 67-68 (1873).

374 *Les Benedict*, 1978 Sup. Ct. Rev. 39, 48-49 (1978).

375 *Higginbotham*, *Shades of Freedom*, 1996, 84 ff.

376 *Slaughterhouse-Cases*, 83 U.S. (16 Wall.) at 71. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass das Gericht ausdrücklich eine Beschränkung der gewährten Rechte auf Schwarze ablehnt (*Slaughterhouse-Cases*, 83 U.S. (16 Wall.) at 72). In *Yick Wo v. Hopkins*, 118 U.S. 356 (1886) wurde daher *Amend. XIV* ganz selbstverständlich zugunsten chinesischer Immigranten angewendet.

377 Zur These, dass die Reconstruction Amendments direkt Bezug nehmen zur *Declaration* vgl. *Tsesis*, *The Thirteenth Amendment and American Freedom*, 2004, 43.

378 *Davies*, 51 *Stan. L. Rev.* 221, 243 (1999).

Wortes „male“ waren Frauen davon jetzt bis auf weiteres ausgeschlossen³⁷⁹ – wurde auf föderaler, staatlicher und lokaler Ebene zum politischen Bürger, zum *citoyen*, theoretisch zumindest.³⁸⁰ Der *freedman* wurde zugleich zum prinzipiell gleichen Akteur auf dem freien Markt. Die bisher in der Gesellschaft bestehende zweifache Struktur zur Organisation sozialer Beziehungen – Sklaverei als totale Herrschaftsbeziehung einer Person über einen anderen Menschen einerseits und Markttransaktionen zwischen zwei gleichberechtigten Personen andererseits³⁸¹ – wurde zugunsten des Marktparadigmas und des Prinzips *free labor* vereinheitlicht. Privatrechtlich mussten daher Konsequenzen aus der neugewonnenen Freiheit gezogen werden: „All persons ... shall have the same right ... to make and enforce contracts, to sue“³⁸² „... as is enjoyed by white citizens“.³⁸³ Als Person kam dem befreiten Sklaven gleiche Rechtsfähigkeit und gleiche Parteifähigkeit im Zivilprozess zu. Damit wurde der *freedman* zum gleichen Akteur in privatrechtlichen Beziehungen. Theoretisch zumindest.

b) Strategien zur Perpetuierung der Ungleichheit

In der Praxis blieb er *a person of color*. Die rassistische Rechtfertigung der Sklaverei im Süden *ante bellum*³⁸⁴ und die rassistischen Vorbehalte gegen eine Gleichstellung Schwarzer mit Weißen im Norden³⁸⁵ stellten sich als kaum überwindbare Hindernisse heraus, das Versprechen, als Gleicher in der Gesellschaft handeln zu können, auch tatsächlich einzulösen. Das begann schon mit der Begrenzung des Anwendungsbereichs des *Civil Rights Acts*: Er sollte nicht für die Ehe gelten.

(1) Gleiche Anwendung rassistischen Rechts

An Personen verschiedener „Rassen“ gerichtete Eheverbote (*miscegenation statutes*) gab es in ganz Amerika bereits vor dem Krieg. Sofern sie in den Südstaaten nicht ausdrücklich verankert waren, wurden sie ab 1865 überall eingeführt.³⁸⁶

379 Zu den Folgen für die Koalition von Abolitionists und Frauenbewegung siehe Foner, *Reconstruction*, 1988, 255 f.

380 Zu der tatsächlichen Durchsetzung aktiver und passiver Wahlrechte im Süden instruktiv die Fallstudie von McDonald, *A Voting Rights Odyssey: Black Enfranchisement in Georgia*, 2003, 15 ff. Zum bis in die jüngste Vergangenheit andauernden Konflikt um die bundesgesetzliche Herstellung effektiver Wahlrechtsgleichheit siehe *Northwest Austin Municipal Utility District No. One v. Holder*, 557 U.S. 193 (2009) und zuletzt *Shelby County v. Holder*, 570 U.S. __ (2013).

381 Dazu Tushnet, *The American Law of Slavery 1810-1860*, 1981, 6.

382 *Civil Rights Act of 1866* § 1 as amended by Enforcement Act of 1870, § 16.

383 *Civil Rights Act of 1866* § 1 [Originalfassung].

384 Oben § 3 I 3 und 4.

385 Oben § 3 III 1.

386 Berry, 78 J. Am. Hist. 835, 839-40 (1991).

Der *Civil Rights Act* von 1866 stellte diese Gesetzgebung allerdings in Frage.³⁸⁷ Bezeichnend für das gescheiterte Versprechen rechtlicher und tatsächlicher Gleichheit ist die Entwicklung der Rechtsprechung des *Supreme Court of Alabama*. Vor 1865 konnten Schwarze als Sklaven grundsätzlich nicht heiraten, weil sie rechtsunfähig waren und die Ehe als ein Vertrag angesehen wurde. Dazu der *Supreme Court of Alabama* in *Melinda & Sarah v. Gardner* (1854):

„*Melinda and Sarah could not claim as heirs proper of their father,*³⁸⁸ *for the reason that both the father and mother were slaves, and persons in that condition are incapable of contracting marriage, because that relation brings with it certain duties and rights, with reference to which it is supposed to be entered into. But the duties and rights which are deemed essential to this contract, are necessarily incompatible with the nature of slavery, as the one cannot be discharged, nor the other be recognized, without doing violence to the rights of the owner. In other words, the subjects of the contracts must cease to be slaves, before the incidents inseparable to the relation of marriage, in its proper sense, can attach.*“³⁸⁹

In *Burns v. State* (1872) zog dasselbe Gericht nach der Verfassungsänderung den nahe liegenden Schluss:

„*Marriage is a civil contract, and in that character alone is dealt with by the municipal law. The same right to make a contract as is enjoyed by white citizens, means the right to make any contract which a white citizen may make. The [Civil Rights Act] intended to destroy the distinctions of race and color in respect to the rights secured by it. It did not aim to create merely an equality of the races in reference to each other.*“³⁹⁰

In *Green v. State* (1877) machte das Gericht eine radikale Kehrtwendung. Es rechtfertigte das Verbot gemischter Ehen, weil es einerseits schon am Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot fehle:

„*What the law declares to be a punishable offense, is marriage between a white person and a negro. And it no more tolerates it in one of the parties than the other--in a white person than in a negro or mulatto; and each of them is punishable for the offense prohibited, in precisely the same manner and to the same extent. There is no discrimination made in favor of the white person, either in the capacity to enter into such a relation, or in the penalty.*“³⁹¹

Der *Supreme Court* übernahm diesen Ansatz in *Pace v. Alabama* (1883) und hielt daher eine strengere Bestrafung außerehelichen Geschlechtsverkehrs bei Partnern verschiedener Rassen für verfassungsgemäß.³⁹² Dieses *equal-applicati-*

387 Vgl. die Begründung zu Präsident *Andrew Johnsons* Veto, abgedruckt bei *Grossberg*, *Governing the Hearth: Law and the Family in Nineteenth-Century America*, 1985, 136.

388 Zum Fall vertiefend *Davies*, 51 *Stan. L. Rev.* 221, 237-41 (1999).

389 *Melinda v. Gardner*, 24 *Ala.* 719, 4 (1854).

390 *Burns v. State*, 48 *Ala.* 195 (1872).

391 *Green v. State*, 58 *Ala.* 190 (1877).

392 *Pace v. Alabama*, 106 *U.S.* 583 (1883).

on-Argument³⁹³ wurde bis in die 1960er Jahre verwendet, um das Verbot gemischtrassischer Ehen zu verteidigen.³⁹⁴ Die Besonderheit des *equal-application*-Arguments besteht darin, dass es lediglich auf die formal gleiche Behandlung jeder Rasse abstellt. Damit verdeckt es die entscheidende Ungleichbehandlung: Nicht die Individuen werden ungleich behandelt, sondern das sich aus ihnen zusammensetzende Paar als Einheit. Eine Einheit, die sich aus zwei Partnern verschiedener Rassen zusammensetzt, wird anders behandelt, als eine Einheit, die aus zwei Partnern derselben Rasse besteht.³⁹⁵ Die Ungleichbehandlung der Paar-kombination hat deshalb ausschließlich rassistische Gründe.³⁹⁶ Das *equal-application*-Argument ermöglichte es aber, den Anwendungsbereich des Diskriminierungsverbots auszuhebeln.

(2) Civil Rights v. Social Rights

Damit war das Problem aber nicht endgültig gelöst:

*„Laws forbidding the intermarriage of the two races may be said in a technical sense to interfere with the freedom of contract [...]“*³⁹⁷

Wenn es sich daher bei der Ehe „nur“ um einen Vertrag handelte, wäre es möglich gewesen, dass in diesen Gesetzen nicht nur ein Gleichheitsverstoß, sondern auch ein Freiheitsverstoß läge. Um diesem Problem zu entgehen, änderten die Gerichte im Süden in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts ihre Ehekonzeption.³⁹⁸ Das gleiche Recht, einen Vertrag abzuschließen, gelte nicht für die Ehe. Bei dieser handle es sich nicht „nur“ um einen Vertrag, sondern um – wie man später sagen würde – die „Keimzelle“ der Gesellschaft und des Staates.³⁹⁹ Es handle sich um eine *social* und *domestic* relationship, die außerhalb des Anwendungsbereichs des *Civil Rights Acts* sei und daher ausschließlich vom jeweiligen Staat geregelt werden könne.⁴⁰⁰ Noch deutlicher formulierte es der *Supreme Court of North Carolina* in *State v. Hairston* (1869):

„[N]either the Civil Rights Bill, nor our State Constitution was intended to enforce social equality, but only civil and political rights. This is plain from their very terms; but if the

393 Zum Begriff *Grünberger*, The Principle of Equal Treatment in Triangular Relationships (Working Paper 2009), S. 17 ff.

394 Die Verfassungswidrigkeit dieser Eheverbote wurde in *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967) endgültig festgestellt.

395 Vertiefend dazu *Grünberger*, The Principle of Equal Treatment in Triangular Relationships.

396 *Grünberger*, The Principle of Equal Treatment in Triangular Relationships (Working Paper 2009), passim.

397 *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537, 545 (1896).

398 Vgl. *Davies*, 51 Stan. L. Rev. 221, 274-275 (1999).

399 Vgl. *Green v. State*, 58 Ala. 190 (1877); vgl. auch *State v. Gibson*, 36 Ind. 389 (1871): „In fact, society could not exist without the institution of marriage, for upon it all the social and domestic relations are based.“

400 *Green v. State*, 58 Ala. 190 (1877).

*terms were doubtful, the policy of prohibiting the intermarriage of the two races is so well established, and the wishes of both races so well known, that we should not hesitate to declare the policy paramount to any doubtful construction. The marriage relation is a peculiar and important one. The Courts treat it as a contract, only in the sense that contract-consent of parties-precedes it, and is essential to its validity. But when formed, it is more than a civil contract, it is a relation, an institution, affecting not merely the parties, like business contracts, but offspring particularly, and society generally.*⁴⁰¹

Gerade weil die Ehe die Gesellschaft so nachhaltig berührt, musste das Recht hier Grenzen ziehen, die die betroffenen Individuen selbst nicht freiwillig ziehen wollten. Um nicht in Konflikt mit dem *Civil Rights Act* 1866 zu kommen, musste ein vormalig vertraglich konzipiertes Institut in ein soziales transformiert werden. Als *social right* wurde es dann von den *civil rights* abgegrenzt und aus dem Anwendungsbereich des *Civil Rights Act* ausgeschieden.⁴⁰² Das geschah ganz im Geist der Zeit. Die Gleichheitsgarantie in den *Reconstruction Amendments* und dem *Civil Rights Act* von 1866 muss mit Blick auf die zeitgenössische Differenzierung zwischen *civil rights*, *social rights* und *political rights* gesehen werden, die theoretisch klar getrennt werden konnten: Zu den *civil rights* zählte die gleiche Rechts- und Prozessfähigkeit und die Möglichkeit, als Zeuge und Jurymitglied aufzutreten, zu den *social rights* zählte das Recht, sich seine Gesellschaft und damit auch seine Vertragspartner auszusuchen und zu den *political rights* zählte vor allem das Wahlrecht.⁴⁰³

Man war sich im Wesentlichen darüber einig, dass die Gesetzgebung keinen Einfluss auf die *social rights* haben sollte. Wie sie aber abzugrenzen waren und in welcher Beziehung sie zueinander stehen, war ungeklärt und blieb folglich umstritten.⁴⁰⁴ Die hier skizzierte Behandlung „gemischtrassiger“ Ehen zeigt die Flexibilität dieses Konzepts: Versteht man die Ehe als Vertrag, ist sie im Anwendungsbereich der *civil rights* (*to make contracts*) und führt zur Erweiterung von Gleichheitsbereichen; wird sie dagegen zur sozialen Sphäre gezählt, schrumpft die Reichweite des Gleichheitsversprechens. Die Extension von *social rights* wirkt daher prinzipiell zugunsten des *status quo*.⁴⁰⁵ Diese Strategie sollte sich bis in die Mitte der 1960er-Jahre hinein als erfolgreich erweisen.

401 *State v. Hairston*, 63 N.C. 451 (1869).

402 Zu diesem Vorgang Siegel, 49 Stan. L. Rev. 1111, 1119-1122 (1997) und Balkin, 26 Card. L. Rev. 1689, 1694-1696 (2005) (jeweils mwN).

403 *Tushnet*, 74 J. Am. Hist. 884, 886 (1987).

404 *Tushnet*, 74 J. Am. Hist. 884, 886-890 (1987).

405 Dazu vertiefend Siegel, 49 Stan. L. Rev. 1111, 1119-1129 (1997).

3. Die moderne Antwort auf das zweite Gleichheitsproblem: der Civil Rights Act von 1875

a) Die Inklusion Schwarzer in eine von Weißen dominierte Gesellschaft

Das Recht war allerdings nur ein Faktor zur Sicherstellung rassistischer Barrieren. Ein anderer war nackte Gewalt. Mit der Gründung und Verbreitung des *Ku Klux Klan* ab 1865 überzog den Süden eine bis 1871 ansteigende Welle politisch motivierter Gewalt.⁴⁰⁶ Kernanliegen des Klans war es, in allen sozialen Beziehungen von Staat und Gesellschaft, politischen wie privaten, die „white supremacy“ wieder herzustellen.⁴⁰⁷ Weil die lokalen und staatlichen Behörden vielfach damit sympathisierten oder jedenfalls nicht ausreichend davor schützten, reagierte der Kongress mit dem sog. *Ku Klux Klan Act* v. 20.4.1871.⁴⁰⁸ „It is abundantly clear“, so der *Supreme Court* 1961,

„that one reason the legislation was passed was to afford a federal right in federal courts because, by reason of prejudice, passion, neglect, intolerance or otherwise, state laws might not be enforced and the claims of citizens to the enjoyment of rights, privileges, and immunities guaranteed by the Fourteenth Amendment might be denied by the state agencies.“⁴⁰⁹

Der Act führte zusätzliche bundesrechtliche Strafvorschriften ein. Danach wurde u.a. das Verhalten von zwei oder mehreren Personen bestraft, wenn sie „conspire together, or go in disguise upon the public highway or upon the premises of another for the purpose, either directly or indirectly, of depriving any person or any class of persons of the equal protection of the laws, or of equal privileges or immunities under the laws“.⁴¹⁰ Damit beanspruchte der Kongress eine Kompetenz des Bundes, die derart als *civil rights* zusammengefassten Rechte der *U.S. citizens* vor einer Beeinträchtigung durch Private zu schützen.⁴¹¹ Die Durchsetzung dieser Rechte sollte sich aber in der Praxis als schwierig erweisen.⁴¹² Das lag auch an politischen Grundkonflikten,⁴¹³ nicht zuletzt, weil der Schutz solcher persönli-

406 *Perman*, Counter Reconstruction, in: Anderson/Moss, The Facts of Reconstruction, 1991, 121, 121 ff (dort auch zu historischen Interpretationsmöglichkeiten); *Kaczorowski*, The Politics of Judicial Interpretation (1985), 2005, 43 ff; allgemein zur Entstehungsgeschichte des Klans, *Chalmers*, Hooded Americanism: The History of the Ku Klux Klan, 1981, 8 ff; *Wade*, The Fiery Cross: The Ku Klux Klan in America (1987), 1998, 31 ff.

407 *Foner*, Reconstruction, 1988, 425 f.

408 An Act to enforce the Provisions of the Fourteenth Amendment to the Constitution of the United States, and for other Purposes, 17 Stat. 13 (1871). Zur Entstehungsgeschichte und Interpretation grundlegend *Monroe v. Pape*, 365 U.S. 167 (1961).

409 *Monroe v. Pape*, 365 U.S. at 180.

410 Enforcement Act 1871, § 2.

411 Vgl. *Giegerich*, Privatwirkung der Grundrechte, 1992, 154 ff.

412 Dazu und zu den Ursachen *Kaczorowski*, The Politics of Judicial Interpretation (1985), 2005, 46 ff.

413 *Kaczorowski*, The Politics of Judicial Interpretation (1985), 2005, 51 ff.

chen Rechte traditionellerweise als Domäne der Einzelstaaten angesehen wurde.⁴¹⁴

Der Kongress wollte also mit Hilfe der Rechtsdurchsetzungsorgane der Bundesgewalt sicherstellen, dass Schwarze auf dem Highway nicht mehr zusammengeschlagen werden. Noch viel praxisrelevanter war aber eine andere Frage: Wie können Schwarze überhaupt eine Übernachtungsmöglichkeit am Highway finden? Allgemein ausgedrückt: Wie kann in einer von rassistischen Stereotypen geprägten Gesellschaft die Beteiligung des *Anderen* als *Gleicher* erreicht werden? Die entscheidende Frage an das Recht lautete damals wie heute, ob es sich dazu indifferent verhalten oder ob es intervenieren soll. Die Brisanz dieser Fragestellung wird sichtbar, wenn das Statusrecht in der Vergangenheit selbst anhand desselben Merkmals differenziert hat und insoweit eben nicht dem Grundsatz der formalen Rechtsgleichheit, sondern einem Konzept abgestufter Rechtsfähigkeit bis hin zur Rechtsunfähigkeit gefolgt war. Entschließt sich eine Rechtsordnung dann, das Prinzip der personalen Gleichheit im Personenrecht unbeschränkt zu verwirklichen, steht sie vor einer grundlegenden Entscheidung: Genügt der Grundsatz der formalen Rechtsgleichheit oder bedarf es der Implementierung von Gleichbehandlungspflichten Privater? So kann man in wenigen Worten die Entscheidungsoptionen zusammenfassen, die im 19. Jahrhundert in den U.S.A. zur Geburt des modernen Nichtdiskriminierungsrechts geführt haben.

Die Herstellung von Rechtsgleichheit mit der Beseitigung der Sklaverei im *XIIIth Amendment* und der Garantie im *Civil Rights Act 1866*, dass jeder dasselbe Recht hat „to make and enforce contracts“, hat das erste Problem der Herstellung rechtlicher Freiheit und Gleichheit gelöst.⁴¹⁵ Zugleich hat das Ende des Bürgerkriegs und der Ruf nach *free labor* statt Sklaverei das im *Common Law* der jeweiligen Einzelstaaten im 19. Jahrhundert bereits verankerte Prinzip der Vertragsfreiheit (*freedom of contract*) gefestigt.⁴¹⁶ Daher war aus vertragsrechtlicher Perspektive eigentlich alles gesagt. Den Reformern im Kongress war selbstverständlich bewusst, dass die Herstellung gleicher Rechtsfähigkeit alleine nicht genügt, um den *freedman* als privatrechtliches Subjekt in die Gesellschaft zu integrieren. Um ihm den Übergang von der Sklaverei zu der am Markt angebotenen Leistung zu erleichtern, gründete der Kongress 1865 das *Bureau of Refugees, Freedmen, and Abandoned Lands (Freedman's Bureau)*.⁴¹⁷ Es handelt sich um die erste *federal social welfare agency*.⁴¹⁸ Das Muster ist bekannt: Einerseits wird privatrechtlich gleiche Freiheit hergestellt und – soweit diese nicht ausreicht –

414 Kaczorowski, *The Politics of Judicial Interpretation* (1985), 2005, 46.

415 Siehe zu den beiden Gleichheitsproblemen oben § 2 III 3.

416 Instruktiv zu diesem Zusammenhang McEvoy, *Freedom of Contract, Labor and the Administrative State*, in: Scheiber, *The State and Freedom of Contract*, 1998, 198, 201 ff.

417 An Act to establish a Bureau for the Relief of Freedmen and Refugees v. 3.3.1865, 14 Stat. 507 (1865); vertiefend Foner, *Reconstruction*, 1988, 153 ff.

418 Kaczorowski, *The Politics of Judicial Interpretation* (1985), 2005, 21.

wird andererseits öffentlich-rechtlich interveniert.⁴¹⁹ Das *Freedman's Bureau* ist an seiner Aufgabe allerdings gescheitert.⁴²⁰

Der nächste Versuch, die Inklusion Schwarzer in die Privatrechtsgesellschaft abzusichern, war der *Civil Rights Act* von 1875.⁴²¹ Verabschiedet von der republikanischen Mehrheit des 43. Kongresses, bevor der von den reformfeindlichen Demokraten kontrollierte 44. Kongress seine Arbeit aufnehmen konnte, war es die letzte engagierte Maßnahme zur Herstellung gleicher Freiheit für die Schwarzen und zugleich die am weitesten in die traditionelle Gewaltenteilung zwischen *federal* und *state level* eingreifende.⁴²²

„[A]ll persons within the jurisdiction of the United States shall be entitled to the full and equal enjoyment of the accommodations, advantages, facilities, and privileges of inns, public conveyances on land or water, theaters, and other places of public amusement; subject only to the conditions and limitations established by law, and applicable alike to citizens of every race and color, regardless of any previous condition of servitude.“⁴²³

Das Ziel war es, jede aktive und passive Form von Diskriminierungen Privater zu verhindern.⁴²⁴ Das konnte zumindest in der Zeit unmittelbar nach Inkrafttreten auch erreicht werden, wenn man als Indikator die Fälle betrachtet, in denen Schwarze von ihrem Recht Gebrauch machten.⁴²⁵ Damit war das moderne privatrechtliche Nichtdiskriminierungsrecht geboren. Gleichheit bedeutet danach der Schutz vor Diskriminierung in der öffentlichen Sphäre.⁴²⁶ *John Marshall Harlan* (1833-1911) hat das in seiner *dissenting opinion* in den *Civil Rights Cases* (1883)⁴²⁷ klar erkannt:

„The purpose of the first section of the act of Congress of March 1, 1875, was to prevent race discrimination in respect of the accommodations and facilities of inns, public conveyances, and places of public amusement. It does not assume to define the general conditions and limitations under which inns, public conveyances, and places of public amusement may be conducted, but only declares that such conditions and limitations, whatever they may be, shall not be applied so as to work a discrimination solely because of race, color, or previous condition of servitude.“⁴²⁸

419 Siehe oben § 2 I 3 b).

420 Vertiefend zu den Ursachen *Kaczorowski*, *The Politics of Judicial Interpretation* (1985), 2005, 21 ff; zum vom Bureau erreichten Erfolg im Bildungswesen siehe *Franklin/Moss*, *From Slavery to Freedom*, 2000, 255 ff.

421 18 Stat. 335 (1875).

422 Zu den Hintergründen *Gillette*, *Retreat from Reconstruction*, 1979, 259 ff; *Foner*, *Reconstruction*, 1988, 553 ff.

423 *Civil Rights Act* 1875, § 1, 18 Stat. 335 (1875).

424 *Sandoval-Strausz*, 23 L. Hist. Rev. 53, 59 (2005).

425 *Sandoval-Strausz*, 23 L. Hist. Rev. 53, 76 (2005).

426 *Tsesis*, *We Shall Overcome*, 2008, 114.

427 *Civil Rights Cases*, 109 U.S. 3 (1883).

428 *Civil Rights Cases*, 109 U.S. 3, 26-27 (1883)(*Harlan*, J., diss.).

b) Diskriminierungsverbote und ihre Wurzeln in Gleichbehandlungspflichten des Common Law

Adressaten der Gleichbehandlungspflicht waren Privatrechtssubjekte (*corporations and individuals*).⁴²⁹ Verstießen sie das Gleichbehandlungsgebot, mussten sie \$ 500 an den Verletzten für jede einzelne Verletzungshandlung zahlen.⁴³⁰ Von der Pflicht zur Gleichbehandlung waren nur folgende Handlungen in der öffentlichen Sphäre („the exercise of their public or quasi-public functions“)⁴³¹ erfasst:

- Gaststätten und der Öffentlichkeit zugängliche Beherbergungsmöglichkeiten;⁴³²
- Transportmöglichkeiten, weil es sich bei dem Recht „of a colored person to use an improved public highway upon the terms accorded to freemen of other races“ um ein grundlegendes Freiheitsrecht handle;⁴³³
- öffentliche Vergnügungsstätten, bei denen es sich nicht um „a purely private matter“ handle, weil sie benutzt werden „in a manner to make them of public consequence and to affect the community at large.“⁴³⁴

Diese Reihenfolge ist nicht etwa beliebig gewählt. Gaststätten und Transportunternehmen unterlagen bereits nach traditionellem *Common Law* einer Pflicht, grundsätzlich jeden Reisenden aufzunehmen.⁴³⁵ Das beruhte auf dem Gedanken, dass denjenigen, der seine Dienste der Öffentlichkeit anbietet, eine korrespondierende Pflicht trifft, grundsätzlich mit jedem Mitglied dieser Öffentlichkeit zu kontrahieren.⁴³⁶ Nicht völlig geklärt ist, ob sich diese Pflicht auf die genannten Handelszweige beschränkte, oder ob sie jeden betraf, der seine Leistungen und Dienste öffentlich anbot.⁴³⁷ Historisch geht diese Pflicht zurück auf einen englischen Fall. In *Lane v. Cotton* (1701)⁴³⁸ war über die Frage zu entscheiden, ob der *Postmaster* für den Verlust eines Briefs, der Schatzscheine enthielt, haftete. Die Mehrheit der Richter lehnte eine Haftung ab. *Lord Holt* befürwortete sie unter Rückgriff auf eine aus dem Common Law folgende Pflicht, die von den übrigen

429 *Civil Rights Cases*, 109 U.S. at 43 (1883) (Harlan, J. diss.).

430 *Civil Rights Act* 1975, § 2, 18 Stat. 335 (1875).

431 *Civil Rights Cases*, 109 U.S. at 43 (Harlan, J. diss.).

432 *Civil Rights Cases*, 109 U.S. at 40 f (Harlan, J. diss.).

433 *Civil Rights Cases*, 109 U.S. at 39 (Harlan, J. diss.).

434 *Civil Rights Cases*, 109 U.S. at 42 (Harlan, J. diss.).

435 *Bell v. Maryland*, 378 U.S. 226, 296-300 (1964) (Goldberg, J., conc.); *Sandoval-Strausz*, 23 L. Hist. Rev. 53, 62-69 (2005); aus zeitgenössischer Sicht *Story*, *Commentaries on the Law of Bailments*, 1856, § 476, S. 449.

436 Zur Entwicklung dieses Instituts im englischen und U.S.-amerikanischen Common Law siehe *Singer*, 90 Nw. U. L. Rev. 1283, 1303-1348 (1996).

437 Zur Diskussion vgl. *Singer*, 90 Nw. U. L. Rev. 1283, 1321-1331 (1996), der die Frage nachdrücklich bejaht; anders aber *McCrea v. Marsh*, 78 Mass (12 Gray) 211 (1858), wonach die Pflicht der Sache nach auf diese Unternehmen beschränkt wird.

438 *Lane v. Cotton*, 88 Eng. Rep. 1458 (K.B. 1701).

Richtern insoweit nicht bestritten wurde. *Lord Holt* begründete diese Pflicht aus dem spezifischen Zusammenhang solcher öffentlichen Angebote:

„[W]here-ever any subject takes upon himself a public trust for the benefit of the rest of his fellow-subjects, he is eo ipso bound to serve the subject in all the things that are within the reach and comprehension of such an office, under pain of an action against him [...]. If on the road a shoe fall off my horse, and I come to a smith to have one put on, and the smith refuse to do it, an action will lie against him, because he has made profession of a trade which is for the public good, and has thereby exposed and vested an interest of himself in all the King's subjects that will employ him in the way of his trade. If an innkeeper refuse to entertain a guest where his house is not full, an action will lie against him, and so against a carrier, if his horses be not loaded, and he refuse to take a packet proper to be sent by a carrier; and I have known such actions maintained, though the cases are not reported. [...] If the inn be full, or the carrier's horses laden, the action would not lie for such refusal; but one that has made profession of a public employment, is bound to the utmost extent of that employment to serve the public.“⁴³⁹

In der Sache handelt es sich um eine Pflicht zur Gleichbehandlung. Diese Pflicht traf nicht jeden, sondern nur denjenigen, der ein *public employment* übernommen hatte. Was aber unterschied dieses von einem *private undertaking*? Eine Antwort darauf findet sich in einer späteren Entscheidung der King's Bench, *Gisbourn v. Hurst* (1710).⁴⁴⁰ Es handelte sich um eine Herausgabeklage, mit der die Freigabe gepfändeten Käses begehrt wurde. Dieser sollte von Richardson für den Kläger von London nach Birmingham transportiert werden und wurde vom Beklagten als Vermieter des Richardson für eine ausstehende Miete des Wohnhauses gepfändet. Das Gericht ging von der Regel aus, dass Sachen, die von einer Person in Ausübung ihres *public trade* oder *employment* transportiert werden, nicht vom Vermieterpfandrecht erfasst werden. Problematisch war, dass Richardson kein lizenzierter *common carrier* war, sondern lediglich ein privates Fahrgeschäft betrieb. Weil die Privilegierung dem Interesse des Handeltreibenden und nicht dem Interesse des Transportunternehmens diene, wurde entschieden, dass

„any man undertaking for hire to carry the goods of all persons indifferently, as in this case, is, as to this privilege, a common carrier.“⁴⁴¹

Public employment wird damit gleichgesetzt mit dem an die Öffentlichkeit gerichteten Angebot eines privaten Unternehmers.⁴⁴² Entscheidend für die Gleichbehandlungspflicht war also, dass jemand seine Dienste öffentlich anbot. Diese Pflicht zur Gleichbehandlung und ihre Begründung war Mitte des 19. Jahrhunderts auch in den U.S.A. anerkannt;⁴⁴³ beispielhaft sei hier *Joseph Story* genannt:

439 *Lane v. Cotton*, 88 Eng. Rep. 1458, 1464-1465 (Holt, C.J., diss.).

440 *Gisbourn v. Hurst*, 91 Eng. Rep. 220 (K.B. 1710).

441 *Gisbourn v. Hurst*, 91 Eng. Rep. 220 (K.B. 1710).

442 *Singer*, 90 Nw. U. L. Rev. 1283, 1307 (1996).

443 Vertiefend *Singer*, 90 Nw. U. L. Rev. 1283, 1312-1321 (1996).

„[Not] every person who undertakes to carry goods for hire that is deemed a common carrier. A private person may contract with another for the carriage of his goods, and incur no responsibility beyond that of any ordinary bailee for hire, that is to say, the responsibility of ordinary diligence. To bring a person within the description of a common carrier, he must exercise it as a public employment; he must undertake to carry goods for persons generally; and he must hold himself out as ready to engage in the transportation of goods for hire as a business, [...]. A common carrier has therefore been defined to be one who undertakes for hire or reward to transport the goods of such as choose to employ him from place to place.“⁴⁴⁴ [...] „One of the duties of a common carrier is to receive and carry all goods offered for transportation by any persons whatsoever, upon receiving a suitable hire. This is the result of his public employment as a carrier; and according to the custom of the realm, if he will not carry goods for a reasonable compensation, upon a tender of it, and a refusal of the goods, he will be liable to an action, unless there is a reasonable ground for the refusal.“⁴⁴⁵

Dasselbe galt im Wesentlichen auch für die Betreiber von Gasthäusern. Der *leading case* im 19. Jahrhundert war *Markham v. Brown* (1837).⁴⁴⁶ Markham war Inhaber einer Gaststätte, die Knotenpunkt des Postkutschenbetriebs der Gegend war. Er hatte mit den Postkutschenbetreibern Verträge über die Nutzung seiner Einrichtungen abgeschlossen. Nicht so mit Brown, der gleichwohl die Gaststätte anfuhr, um dort Kunden für sein Unternehmen zu finden. Wohl aus Rücksicht auf die Konkurrenzunternehmen verbot Markham ihm, die Gaststätte weiter aufzusuchen. Die Entscheidung beginnt mit einer Beschreibung der Pflichten eines Gaststättenbetreibers, die wiederum an das öffentliche Angebot (*holding out*) anknüpfen:

„An innkeeper holds out his house as a public place to which travellers may resort, and of course surrenders some of the rights which he would otherwise have over it. Holding it out as a place of accommodation for travellers, he cannot prohibit persons who come under that character, in a proper manner, and at suitable times, from entering, so long as he has the means of accommodation for them.“⁴⁴⁷

Diese Pflicht erstreckte sich auch auf die Personen, die Geschäfte mit den Reisenden abschließen wollen. Damit ging das Gericht in New Hampshire über die traditionellen Grenzen der Betriebspflichten eines Gastwirts hinaus.⁴⁴⁸ Wenn der Eigentümer es einigen Transportunternehmen erlaube, die Räume zu betreten, um dort Kunden zu akquirieren, müsse er Konkurrenzunternehmen ebenfalls aufnehmen:

„There seems to be no good reason why the landlord should have the power to discriminate in such cases, and to say that one shall be admitted and another excluded, so long as each has the same connection with his guests – the same lawful purpose – comes in a like

444 Story, Commentaries on the Law of Bailments, 1856, § 495, S. 466–69.

445 Story, Commentaries on the Law of Bailments, 1856, § 508, S. 490 f.

446 *Markham v. Brown*, 8 N.H. 523 (1837).

447 *Markham v. Brown*, 8 N.H. at 528.

448 Sandoval-Strausz, 23 L. Hist. Rev. 53, 71 (2005).

*suitable condition, and with as proper a demeanor; any more than he has the right to admit one traveller and exclude another, merely because it is his pleasure.*⁴⁴⁹

Markham v. Brown würde man heute kartellrechtlich lösen können, weil es sich bei Markhams Gaststätte um eine *essential facility* handelt.⁴⁵⁰ Das ändert nichts am zugrunde liegenden Problem, das nach wie vor als eines des gleichen Zugangs und damit als Gleichbehandlungsproblem zu beschreiben ist. *Markham* lässt sich genauso wie *Story*s Begründung als klassische Konzeption einer allgemeinen Gleichbehandlungspflicht lesen: Gleichbehandlung ist danach der Grundsatz, Ungleichbehandlung die rechtfertigungsbedürftige Ausnahme. Bei der Einordnung dieser Gleichbehandlungspflichten ist allerdings Vorsicht geboten. Bis um die Mitte des 19. Jahrhunderts konnte man sie grundsätzlich nicht als subjektives Recht des Reisenden auffassen. Es handelte sich vielmehr um traditionelle Beschränkungen des Eigentumsrechts, in denen sich das Konzept der – wie *William J. Novak* formuliert – „Common Law vision of a well regulated society“⁴⁵¹ manifestiert.⁴⁵² Die beiden zentralen Wörter bei *Story* und in *Markham* sind *common* und *public*. Das ist nach *Novak* kein Zufall:

„‘Common’ was a constant ingredient in nineteenth-century political and legal discourse. Though still a rich word today, it was especially layered with meanings then. It was a synonym for ‘public’, identifying objects, goals, traits, of a general nature, belonging to the whole. It stressed those things shared rather than individually possessed, binding society and mankind together, rather than pulling it apart.“⁴⁵³

Dieses Verständnis begann sich um 1850 zu ändern. *Markham v. Brown* kündigt diese Veränderung schon an, indem mit der Pflicht Markhams konsequent ein Recht Browns korrespondiert; genauer: ein „equal and lawful right, to enter the plaintiff's inn“.⁴⁵⁴ Darin reflektiert sich eine von liberalen Gedanken getragene Neukonzeption dieser Rechtsgebiete, die vor dem Hintergrund der zunehmenden Mobilisierung der amerikanischen Gesellschaft gesehen werden kann.⁴⁵⁵

Der *Civil Rights Act* von 1875 konnte an diese Entwicklungen anknüpfen und den Grundgedanken des gleichberechtigten Zugangs bei Angeboten an die Öffentlichkeit auf Vergnügungsstätten ausdehnen.⁴⁵⁶ Es handelt sich bei allen im *Civil Rights Act* 1875 genannten Einrichtungen zwar um privat betriebene Einrichtungen, ihnen kommt aber wegen des Öffentlichkeitsbezugs der angebotenen Waren und Dienstleistungen ein besonderer öffentlicher Status zu.⁴⁵⁷ Aus Sicht

449 *Markham v. Brown*, 8 N.H. 523 (1837).

450 Zum kartellrechtlichen Gleichbehandlungsanspruch unten § 5 IV.

451 Zum Begriff und zur Funktion siehe *Novak*, *The People's Welfare*, 1996, 19-50.

452 *Sandoval-Strausz*, 23 L. Hist. Rev. 53, 66-67 (2005).

453 *Novak*, *The People's Welfare*, 1996, 41.

454 *Markham v. Brown*, 8 N.H. 523 (1837).

455 *Sandoval-Strausz*, 23 L. Hist. Rev. 53, 69-74 (2005).

456 Zum Ganzen *Sandoval-Strausz*, 23 L. Hist. Rev. 53 (2005).

457 Betont von *Civil Rights Cases*, 109 U.S. 3, 37-43 (1883)(Harlan, J., diss.).

der Mehrheit im Kongress war es deshalb ein zwingendes Gebot, dass daran jeder ohne Rücksicht auf seine Rasse und Hautfarbe partizipieren konnte. Dazu war es notwendig, diese Faktoren als mögliche Rechtfertigungsgründe für eine Ungleichbehandlung – als *reasonable grounds*, um in der Diktion von *Story* zu bleiben – auszuschließen. Das Common Law vor 1863 ist diesbezüglich nicht eindeutig. Wie *Joseph W. Singer* in einer Untersuchung der Materialien dieser Zeit herausgefunden hat, lässt sich nicht mit Sicherheit feststellen, (1.) ob der Gleichbehandlungsanspruch auf Schwarze überhaupt Anwendung fand, (2.) ob ihre Anwesenheit aufgrund der negativen Reaktion anderer Gäste einen vernünftigen Grund für ihren Ausschluss bildete und (3.) ob dem Gleichbehandlungsanspruch mit einem nach Rassen getrennten Zugang genügt werden konnte.⁴⁵⁸ Einer der wenigen überhaupt vorhandenen Fälle zeigt diese Ambiguitäten. In *State v. Kimber* (1859)⁴⁵⁹ wurde der Zugbegleiter Henry Kimber verurteilt, weil er Mary Fawcett gewaltsam aus dem Zug entfernt hatte. Seine Verteidigung, es handelte sich bei ihr um eine Schwarze, die vom Unternehmen nicht transportiert werden müsse, war erfolglos. Obwohl sich der Richter auf eine der wenigen Stimmen in der Literatur stützte, nach denen Rasse kein Ausschlusskriterium sein könne,⁴⁶⁰ bleibt am Ende ein zwiespältiger Eindruck:

*„It is not pretended that the passenger was in any way disorderly, that she refused to pay her fare, that there was any lack of room for her accommodation, that any of the passengers objected to her being received, or that there was any objection to her whatever but her complexion. As she appears upon the stand she seems to be about as much of the white as African race – in fact a mulatto, and apparently one of the better portion of her class.“*⁴⁶¹

Ungelöst bleibt, ob er gleich entschieden hätte, wenn es sich nicht um eine „Mulatta“, sondern um einen „dunklen“ Farbigen gehandelt hätte.⁴⁶² Nach der von *Singer* durchgeführten Untersuchung ändert sich das ab 1865.⁴⁶³ Der *Civil Rights Act* von 1875 sollte diesen vorsichtigen Trend bestätigen und bundesrechtlich absichern. Die vom Common Law in der Vergangenheit gesicherte Gleichbehandlung sollte Schwarze inkludieren. Diese Operation fand auf drei Stufen statt: (1.) Der Anspruch auf Gleichbehandlung wurde als ein vom Bundesrecht ausdrücklich gewährleistetetes Recht verankert. (2.) Rasse und Hautfarbe wurden als Rechtfertigungsgründe einer Ungleichbehandlung ausgeschieden. (3.) Zum Adressaten des Diskriminierungsverbots wurden im Einzelnen näher bestimmte Privatrechtssubjekte. Darin liegt ein historisch früher Fall der Instrumentalisie-

458 Dazu vertiefend *Singer*, 90 Nw. U. L. Rev. 1283, 1331-1345 (1996).

459 *State v. Kimber*, 3 Ohio Dec. Reprint 197 (Ct. Common Pleas, 1859).

460 *Pierce*, A Treatise on American Railroad Law, 1857, 489 (zitiert nach *Singer*, 90 Nw. U. L. Rev. 1283, 1334-35 (1996)).

461 *State v. Kimber*, 3 Ohio Dec. Reprint at 198.

462 *Singer*, 90 Nw. U. L. Rev. 1283, 1336 (1996).

463 *Singer*, 90 Nw. U. L. Rev. 1283, 1357-1360 (1996).

rung des Privatrechts, um ein gesellschaftspolitisches Ziel nicht nur im Verhältnis Bürger-Staat, sondern auch im Verhältnis der Bürger untereinander zu erreichen. Der *Civil Rights Act* von 1875 ist daher nicht nur das erste moderne Nicht-Diskriminierungsrecht, sondern belegt auch den grundlegenden Zusammenhang von allgemeiner Gleichbehandlung und Diskriminierungsverbot.⁴⁶⁴

c) Verfassungsrechtliche Legitimation

Verfassungsrechtliche Grundlage des Diskriminierungsverbots sind nach Auffassung des Kongresses und nach *Harlan, J.*, die Gesetzgebungskompetenzen in Amend. XII § 2 und in Amend. XIV § 5.⁴⁶⁵ Das Diskriminierungsverbot bei der Inanspruchnahme der *civil rights* ist danach ein in der Bundesverfassung verankertes Recht des Einzelnen und „fundamental in citizenship in a republican government“. ⁴⁶⁶ Der Kongress hatte nach dieser Ansicht auch die Kompetenz,⁴⁶⁷ die Gefahr eine Diskriminierung aufgrund der Rasse „from the hostile action of corporations and individuals in the States“ abzuwenden.⁴⁶⁸ Nach *Harlan, J.*, ist die Gleichbehandlung auch in vertragsrechtlichen Beziehungen, soweit sie Öffentlichkeitsbezug haben, Ausdruck gleicher bürgerlicher Rechte:

„What the nation, through Congress, has sought to accomplish in reference to that race is what had already been done in every State of the Union for the white race – to secure and protect rights belonging to them as freemen and citizens, nothing more. It was not deemed enough ‘to help the feeble up, but to support him after.’ The one underlying purpose of congressional legislation has been to enable the black race to take the rank of mere citizens.“⁴⁶⁹

4. Das Scheitern: Die *Civil Rights Cases* (1883)

a) Begrenzung von Gleichbehandlungspflichten auf state action

Die Mehrheit am *Supreme Court* sah das 1883 ganz anders. Sie trug das erste moderne Nichtdiskriminierungsrecht zu Grabe. Das kam nicht ganz überraschend. Bereits im Zeitpunkt des Erlasses des Gesetzes war der politische Wille zur Fortführung der *Reconstruction* nicht mehr gegeben.⁴⁷⁰ Zudem hatte das Gericht in vorangegangenen Entscheidungen eine Tendenz erkennen lassen, die *Reconstruction Amendments* äußerst eng auszulegen, um die tektonischen Verschie-

464 Zur Diskussion darüber siehe unten § 7 II.

465 *Civil Rights Cases*, 109 U.S. 3, 33-39, 43-62 (1883).

466 *Civil Rights Cases*, 109 U.S. at 56.

467 *Giegerich*, Privatwirkung der Grundrechte, 1992, 150 f, sieht darin weitergehend eine Schutzpflicht.

468 *Civil Rights Cases*, 109 U.S. 3, 54 (1883)(*Harlan, J. diss.*).

469 Vgl. *Civil Rights Cases*, 109 U.S. 3, 61 (1883)(*Harlan, J. diss.*).

470 *Foner*, *Reconstruction*, 1988, 553 ff.

bungen im Verhältnis Bundeskompetenz und *state sovereignty* so gering wie möglich zu halten.⁴⁷¹ Nach Auffassung des *Supreme Court* fehlte dem Kongress die Gesetzgebungsbefugnis zum Erlass des *Civil Rights Act* 1875.⁴⁷² Amend. XIV § 5 sei nicht einschlägig, weil es den Kongress ausschließlich berechnete, gegen *state action* einzuschreiten.⁴⁷³ Unter *state action* muss man jedes Verhalten verstehen, das dem Staat zurechenbar ist.⁴⁷⁴ Damit wird der gesamte nicht-staatliche („private“) Bereich aus dem Adressatenkreis des XIVth Amend. ausgegrenzt:

„*Individual invasion of individual rights is not the subject matter of the amendment.*⁴⁷⁵ [...] [*C*]ivil rights, such as are guaranteed by the Constitution against State aggression, cannot be impaired by the wrongful acts of individuals, unsupported by State authority in the shape of laws, customs, or judicial or executive proceedings. The wrongful act of an individual, unsupported by any such authority, is simply a private wrong, or a crime of that individual, an invasion of the rights of the injured party [...] vindicated by resort to the laws of the State for redress.“⁴⁷⁶

Das geht in der Sache zurück auf *United States v. Cruikshank* (1875):

*The fourteenth amendment prohibits a State from denying to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws; but this provision does not [...] add any thing to the rights which one citizen has under the Constitution against another. The equality of the rights of citizens is a principle of republicanism. Every republican government is in duty bound to protect all its citizens in the enjoyment of this principle, if within its power. That duty was originally assumed by the States; and it still remains there. The only obligation resting upon the United States is to see that the States do not deny the right. This the amendment guarantees, but no more.*⁴⁷⁷

Dahinter stand die Sorge, dass eine unmittelbar an die Privatrechtssubjekte adressierte Gesetzgebung des Bundes die an sich dafür vorgesehene Kompetenz der Einzelstaaten verdrängt und schließlich ersetzt.⁴⁷⁸ Dieses Argument wird heute vielfach zu schnell als ein Vorwand für blanken Rassismus gesehen.⁴⁷⁹ Das ist zu einfach und verkennt, dass man 1883 die Sicherung von Rechten Einzelner grundsätzlich nicht beim *federal government* verankert sah, sondern bei den Einzelstaaten und im Common Law.⁴⁸⁰ *Justice Bradley* nimmt in der Entscheidung

471 Vgl. *Slaughterhouse-Cases*, 83 U.S. (16 Wall.) 36 (1873); *U.S. v. Cruikshank*, 92 U.S. 542 (1875); *U.S. v. Reese*, 92 U.S. 214 (1875); zu dieser Entwicklung vgl. *Higginbotham*, *Shades of Freedom*, 1996, 87 ff; *Howard*, *The Shifting Wind*, 1999, 88 ff; *Kaczorowski*, *The Politics of Judicial Interpretation* (1985), 2005, 140 ff.

472 *Civil Rights Cases*, 109 U.S. 3 (1883).

473 *Civil Rights Cases*, 109 U.S. at 11.

474 Vgl. dazu *Chemerinsky*, *Constitutional Law*, 2007, 507 und *Giegerich*, *Privatwirkung der Grundrechte*, 1992, 3 ff.

475 *Civil Rights Cases*, 109 U.S. at 11.

476 *Civil Rights Cases*, 109 U.S. at 17.

477 *U.S. v. Cruikshank*, 92 U.S. 542, 554-55 (1875).

478 *Civil Rights Cases*, 109 U.S. at 19.

479 Exemplarisch etwa *Ugarte*, 41 Harv. C.R.-C.L. L. Rev. 481, 496-501 (2006).

480 *Chemerinsky*, 80 Nw. U. L. Rev. 503, 511-515 (1985).

ausdrücklich auf die hier schon angesprochene Pflicht von Gaststättenbetreibern Bezug:

„Innkeepers and public carriers, by the laws of all the States, so far as we are aware, are bound, to the extent of their facilities, to furnish proper accommodations to all unobjectionable persons who in good faith apply for them.“⁴⁸¹

Was das Gericht allerdings verkannte – oder bewusst ausblendete⁴⁸² – war, dass diese Pflicht zum damaligen Zeitpunkt bereits umstritten und ihre Anwendung auf die im *Civil Rights Act* von 1875 ebenfalls erfassten Vergnügungsstätten unklar war.

b) Die Neudefinition von Eigentumsrechten zulasten von Gleichbehandlungspflichten

Seit ca. 1850 wurde die Gleichbehandlungspflicht von Transportunternehmern und Gastwirten zunehmend aus liberaler Warte gezähmt.⁴⁸³ Danach gehörte es zur Vertrags- und Eigentumsfreiheit des Betreibers, wen er beherbergen und bedienen möchte. Bezeichnend dafür ist *Oliver Wendell Holmes* (1841-1935), der bereits 1879 die zeitgenössische Anwendung des in *Lane v. Cotton* geschilderten Prinzips als „monstrous“ bezeichnete.⁴⁸⁴ Wie stark sich in kurzer Zeit die Konzeption dieser Gleichbehandlungspflichten verändert hatte, zeigt die Entscheidung des *Supreme Court of Pennsylvania* in *West Chester & Philadelphia Railroad Co. v. Miles* (1867):

„The private means [the carrier] uses belong wholly to himself, and imply the right of control for the protection of his own interest, as well as the performance of his public duty. He may use his property, therefore, in a reasonable manner. It is not an unreasonable regulation to seat passengers so as to preserve order and decorum, and to prevent contacts and collisions arising from natural or well-known customary repugnancies, which are likely to breed disturbances by a promiscuous sitting. This is a proper use of the right of private property, because it tends to protect the interests of the carrier as well as the interests of those he carries. If the ground of regulation be reasonable, courts of justice cannot interfere with his right of property.“⁴⁸⁵

In der Sache lag darin eine Neudefinition von Eigentumsrechten: Was vorher eine Pflicht des Betreibers solcher Unternehmen war und dann ein korrespondierendes Recht des einzelnen Mitglieds der Öffentlichkeit begründete, wurde zum Recht des Unternehmers, ausschließlich selbst bestimmen zu dürfen, wem er Zutritt zu seinem Eigentum gewährt.⁴⁸⁶ Im Übrigen würde der Wettbewerb dafür

481 *Civil Rights Cases*, 109 U.S. at 25.

482 So die Interpretation von *Singer*, 90 Nw. U. L. Rev. 1283, 1398-1399 (1996).

483 *Sandoval-Strausz*, 23 L. Hist. Rev. 53, 73-74 (2005).

484 *Holmes*, 13 Am. L. Rev. 609, 629 (1879).

485 *West Chester & Philadelphia Railroad Co. v. Miles*, 55 Pa. 209 (1867).

486 *Singer*, 90 Nw. U. L. Rev. 1283, 1295 (1996).

sorgen, dass ein im Wesentlichen gleicher Zugang gewährleistet bleibe.⁴⁸⁷ Im Kongress wiesen die Gegner des *Civil Rights Acts* auf das private Eigentum insbesondere der Inn-Eigner und auf das Funktionieren des Marktes hin.⁴⁸⁸ Die von der Rechtsordnung gewährten Freiheitsrechte sind also auch in den U.S.A. des 19. Jahrhunderts Instrumente zur Verwirklichung des Marktmechanismus.⁴⁸⁹ Mit der Konzeption der Tätigkeit dieser Unternehmen als rein private machten die *Civil Rights Cases* den ersten grundlegenden Schritt zur Begrenzung von Gleichheitsansprüchen durch konkurrierende Freiheits- und Eigentumsrechte. Die negative Auswirkungen auf die gleiche Freiheitsausübung Schwarzer waren erheblich. Beispielhaft dafür ist die Entscheidung in *Bowlin v. Lyon* (1885).⁴⁹⁰ Die Betreiber eines Eislaufplatzes gewährten dem Kläger keinen Zutritt, weil er Schwarzer war. Zu Recht, wie der *Supreme Court of Iowa* entschied:

„It may be said, as a general rule, that the law does not undertake to govern or regulate the citizen in the conduct of his private business. In all matters of mere private concern he is left free to deal with whom he pleases, and to make such bargains as he is able to make with those with whom he does deal.“⁴⁹¹ [...] Defendants were using their own property in conducting the business, and were carrying it on according to their own notions. When members of the public entered the building, they did so by permission of defendants, or under a contract with them. When they invited the members of the public to go to the place, they offered simply to extend to them permission to enter or to contract with them for that permission. We see no reason why they might not have limited their invitation to certain individuals or classes. As the place belonged to them, and was under their exclusive control, and the business was a private business, it cannot be said, we think, that any person had the right to demand admission to it. They had the right, at any time, to withdraw the invitation, either as to the general public, or as to particular individuals.“⁴⁹²

Das Angebot an die Öffentlichkeit („*holding out*“) begründete also keinen besonderen Status des Unternehmens mehr.⁴⁹³ Daraus folgten keine Gleichbehandlungsansprüche. Der Eigentümer bestimmte erst im Zeitpunkt des Vertragschlusses, ob und mit wem er kontrahiert. Er war völlig frei, seinen Vertragspartner zu wählen. Das betraf hier, so das Gericht, „zufällig“ den Kläger, könnte aber genauso gut einen vergleichbaren Weißen treffen. Merkwürdig nur, dass es gerade einen Schwarzen traf. Das Gericht sah sich aber immerhin noch gezwungen, am Gleichbehandlungsanspruch für Transportunternehmen und Gasthofbetreiber festzuhalten.⁴⁹⁴ Das änderte sich – im Süden zumindest – ab 1875. Mehrere Staaten führten Gesetze ein, deren Ziel es war, den Anwen-

487 Vgl. *Sandoval-Strausz*, 23 L. Hist. Rev. 53, 74 (2005) unter Berufung auf diesbezügliche Gerichtsentscheidungen.

488 *Sandoval-Strausz*, 23 L. Hist. Rev. 53, 74-76 (2005).

489 Dazu bereits oben § 2 III 1.

490 *Bowlin v. Lyon*, 67 N.W. 536 (Iowa 1885).

491 *Bowlin v. Lyon*, 67 N.W. at 767.

492 *Bowlin v. Lyon*, 67 N.W. at 768.

493 Vgl. dazu oben § 3 III 3 b).

494 *Bowlin v. Lyon*, 67 N.W. at 767-768.

dungsbereich des im Common Law wurzelnden Gleichbehandlungsanspruchs weitgehend einzuschränken.⁴⁹⁵ Um den Konflikt mit dem 14. Verfassungszusatz zu vermeiden, mussten diese Gesetze rassenneutral formuliert werden. Es lag jetzt nur mehr in der Entscheidungsgewalt des Einzelnen, ob er diskriminiert oder nicht. Daher wurde auch das aus dem Gleichbehandlungsanspruch folgende Zugangsrecht des Weißen eingeschränkt, theoretisch zumindest. In der Praxis wirkten sich die neutral formulierten Gesetzesänderung allerdings nur auf Schwarze aus.

Allerdings war es 1883 noch zu früh, eine staatlich verordnete Pflicht zur Gleichbehandlung an verfassungsrechtlich geschützten Freiheitsrechten scheitern zu lassen. *Freedom of contract* war zu diesem Zeitpunkt noch kein gefestigter verfassungsrechtlicher Topos. Der Versuch, wirtschaftliche Freiheiten in den *Reconstruction Amendments* zu verankern,⁴⁹⁶ wurde vom *Supreme Court* in den *Slaughterhouse Cases* noch explizit abgelehnt.⁴⁹⁷ Erst mit der Entscheidung in *Lochner v. New York* (1905)⁴⁹⁸ wurde Vertragsfreiheit zum wesentlichen Schutzgegenstand des XIVth Amendments.⁴⁹⁹

c) „*The special favorite of the laws*“

Der Interpretation der Reichweite der vom 14. Verfassungszusatz begründeten Gesetzgebungskompetenz in den *Civil Rights Cases* kommt heute noch Präjudizwirkung zu.⁵⁰⁰ Dagegen sind die Aussagen des Gerichts zum XIIth Amendment aus dogmatischer Sicht mittlerweile überholt.⁵⁰¹ Sie sind aber historisch von besonderer Bedeutung, weil sie die Grundlage dafür legten, dass die rassistisch geprägte Gesellschaftsordnung bis in die Mitte des 20. Jahrhunderts hinein unangefochten Bestand hatte. Der *Supreme Court* beschränkte die aus der Beseitigung von „slavery and its incidents“⁵⁰² folgenden Kompetenzen des Bundes, indem er sie strikt vom Schutzbereich des XIVth Amendments unterschied⁵⁰³ und ganz eng interpretierte:

„[W]e are forced to the conclusion that [the act of a mere individual, the owner of the inn, the public conveyance or place of amusement, refusing the accommodation] has nothing to do with slavery or involuntary servitude, and that, if it is violative of any right of the party, his redress is to be sought under the laws of the State, or, if those laws are

495 *Singer*, 90 Nw. U. L. Rev. 1283, 1383-1387 (1996).

496 *Slaughterhouse-Cases*, 83 U.S. (16 Wall.) 36, 96-111 (Field, J., diss.).

497 *Slaughterhouse-Cases*, 83 U.S. (16 Wall.) 36 (1873).

498 *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).

499 Vertiefend zur Entwicklung *McEvoy*, Freedom of Contract, Labor and the Administrative State, in: Scheiber, The State and Freedom of Contract, 1998, 212 ff.

500 Vgl. nur *U.S. v. Morrison*, 529 U.S. 598 (2000).

501 *Chemerinsky*, Constitutional Law, 2007, 291 ff mwN.

502 *Civil Rights Cases*, 109 U.S. 3, 23 (1883).

503 *Civil Rights Cases*, 109 U.S. at 23-24.

*adverse to his rights and do not protect him, his remedy will be found in the corrective legislation which Congress [adopts according to the Fourteenth Amendment]. It would be running the slavery argument into the ground to make it apply to every act of discrimination which a person may see fit to make as to the guests he will entertain, or as to the people he will take into his coach or cab or car, or admit to his concert or theatre, or deal with in other matters of intercourse or business.*⁵⁰⁴

Das Gericht ließ offen, ob XIIIth Amend. § 2 als ausschließliche Grundlage für den *Civil Rights Act* von 1866 in Betracht kommt.⁵⁰⁵ Jedenfalls erfasse dieses Gesetz nicht „what may be called the social rights of men and races in the community“.⁵⁰⁶ Das sei im *Civil Rights Act* von 1875 anders. Dafür biete das XIIIth Amend. dann aber keine Grundlage mehr. Damit wird die Breite des Konzepts von *social rights* sichtbar.⁵⁰⁷ Das im *Civil Rights Act* von 1866 garantierte Recht *to make and enforce contracts* wird vom Gericht noch als ein *civil right* aufgefasst. Dagegen ist der konkrete Vertragsschluss mit einem anderen Akteur, soweit er Unterkunft, Verpflegung, Transport und Vergnügungsstätten betrifft, ausschließlich in der sozialen und nicht mehr der bürgerlichen Sphäre beheimatet. In dieser sozialen Sphäre bedürfe der *freedman* keines besonderen bundesgesetzlichen Schutzes mehr. In der Begründung klingt ein, in der Debatte über Diskriminierungsverbote immer wieder kehrendes, Leitmotiv an:

„When a man has emerged from slavery, and, by the aid of beneficent legislation, has shaken off the inseparable concomitants of that state, there must be some stage in the progress of his elevation when he takes the rank of a mere citizen and ceases to be the special favorite of the laws and when his rights as a citizen or a man are to be protected in the ordinary modes by which other men's rights are protected.“⁵⁰⁸

Damit war jeder Einfluss des Bundes auf den – vom *Supreme Court* so elegant bezeichneten – Bereich der „social rights of men and races in the community“⁵⁰⁹ für Jahrzehnte ausgeschlossen. Die Mehrheit differenzierte hier – wie später auch in *Plessy v. Ferguson*⁵¹⁰ – anhand der Begriffe *legal* und *social*. Das verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbot betreffe nur die politischen Beziehungen des Einzelnen zum Staat und gelte gerade nicht für die sozialen Beziehungen des Einzelnen. Auch dagegen opponierte *Harlan, J.* Es ging ihm hier – wie später in *Plessy v. Ferguson*⁵¹¹ – um Gleichheit als verfassungsrechtliches Grundprinzip und weniger um eine persönliche Überzeugung von tatsächlicher Gleichheit zwischen

504 *Civil Rights Cases*, 109 U.S. at 24-25.

505 *Civil Rights Cases*, 109 U.S. at 22; das ermöglichte dessen „Wiederentdeckung“ ab 1960; vgl. dazu unten § 3 IV 3.

506 *Civil Rights Cases*, 109 U.S. at 22.

507 Zu den Trennung bereits oben § 3 2 b) (2).

508 *Civil Rights Cases*, 109 U.S. at 25.

509 *Civil Rights Cases*, 109 U.S. at 22.

510 *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537, 544 (1896).

511 Siehe unten § 3 III 5 c).

den Rassen, die ihm wohl eher fremd war.⁵¹² In der Sache differenzierte *Harlan* bereits zwischen der schutzwürdigen sozialen Sphäre einerseits und dem öffentlichen Raum andererseits:

*„I agree that government has nothing to do with social, as distinguished from technically legal, rights of individuals. No government ever has brought, or ever can bring, its people into social intercourse against their wishes. Whether one person will permit or maintain social relations with another is a matter with which government has no concern. I agree that, if one citizen chooses not to hold social intercourse with another, he is not and cannot be made amenable to the law for his conduct in that regard, for even upon grounds of race, no legal right of a citizen is violated by the refusal of others to maintain merely social relations with him. What I affirm is that no State [...] nor any corporation or individual wielding power under State authority for the public benefit or the public convenience, can, consistently either with the freedom established by the fundamental law or with that equality of civil rights which now belongs to every citizen, discriminate against freemen or citizens in those rights because of their race, or because they once labored under the disabilities of slavery imposed upon them as a race. The rights which Congress, by the act of 1875, endeavored to secure and protect are legal, not social, rights. The right, for instance, of a colored citizen to use the accommodations of a public highway upon the same terms as are permitted to white citizens is no more a social right than his right under the law to use the public streets of a city or a town, or a turnpike road, or a public market, or a post office, or his right to sit in a public building with others, of whatever race, for the purpose of hearing the political questions of the day discussed.“*⁵¹³

Justice Harlan's Dissent wurde erst ab Mitte des 20. Jahrhunderts wieder verstärkt gewürdigt und rezipiert.⁵¹⁴ Die *Civil Rights Cases* waren die Gelegenheit für den *Supreme Court*, eine bedeutende Rolle bei der Bekämpfung der Diskriminierung aufgrund der Rasse einzunehmen. Das Gericht entschied sich – bis auf *Harlan* – dagegen. Indem es den Schwarzen auf den Rechtsschutz vor den Gerichten der einzelnen Bundesstaaten verwies, verschloss das Gericht die Augen vor der sozialen Realität existierender Ungleichbehandlungen.⁵¹⁵ Die retrospektiv zu ziehende Bilanz ist ernüchternd:

*„The cases were about whether the Supreme Court was willing to assure a level of equal dignity to African Americans in public accommodations. The clear answer that emerged was that the Court was not willing to make that assurance. Presented with a chance to repudiate the slavery jurisprudence inferiority precept, the Supreme Court declined.“*⁵¹⁶

512 Dazu *Beth*, John Marshall Harlan, 1992, 228 f und Przybyszewski, 18 Law & Soc. Inq. 453 (1993).

513 *Civil Rights Cases*, 109 U.S. at 59-60.

514 Vgl. Przybyszewski, 18 Law & Soc. Inq. 453, 454-455 (1993).

515 Dazu Higginbotham, *Shades of Freedom*, 1996, 98 ff.

516 Higginbotham, *Shades of Freedom*, 1996, 104.

5. *Equal but separate* – *Plessy v. Ferguson* (1896)

Der Sargnagel für das zweite Versprechen der Gleichheit folgte einige Jahre später mit *Plessy v. Ferguson* (1896).⁵¹⁷ Der Supreme Court hielt ein Gesetz des Staates Louisiana für verfassungsgemäß, das „equal but separate accommodations for the white and colored races“ in Eisenbahnen anordnete.⁵¹⁸ Gestritten wurde also über eine staatlich angeordnete unterschiedliche Behandlung und nicht über eine von einer Privatperson ausgehende Diskriminierung. Bezug nehmend auf die *Civil Rights Cases* führte der *Supreme Court* aus:

„A statute which implies merely a legal distinction between the white and colored races – a distinction which is founded in the color of the two races and which must always exist so long as white men are distinguished from the other race by color – has no tendency to destroy the legal equality of the two races, or reestablish a state of involuntary servitude.“⁵¹⁹

a) Die Karriere von „equal but separate“ von 1866 bis 1896

In *Railroad Company v. Brown* (1873)⁵²⁰ sah es das noch ganz anders. Ein Eisenbahnunternehmen erhielt vom Kongress 1863 die Erlaubnis, eine Eisenbahn im *District of Columbia* zu betreiben, unter der Bedingung, „that no person shall be excluded from the cars on account of color“.⁵²¹ Anders als in *Plessy*, war eine ungleiche Behandlung also ausdrücklich verboten. Als *Catharine Brown*, „a colored woman“, 1868 den Wagen betreten wollte, der „for white ladies, and gentlemen accompanying them“ vorgesehen war, wurde sie von einem Angestellten daran gehindert und auf den Wagen verwiesen, der für „colored persons“ vorgesehen war.⁵²² Auf ihre Klage erwiderte der Betreiber, dass er nicht gegen die Auflagen verstoßen habe, weil er alle Personen in seinem Zug transportiere.⁵²³ Das überzeugte den *Supreme Court* 1873 nicht:

„This is an ingenious attempt to evade a compliance with the obvious meaning of the requirement. It is true the words taken literally might bear the interpretation put upon them by the plaintiff in error, but evidently Congress did not use them in any such limited sense. There was no occasion in legislating for a railroad corporation to annex a condition to a grant of power [...]. [The right of colored persons to ride in its cars] had never been refused, nor could there have been in the mind of any one an apprehension that such

517 *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896); zur Geschichte des Falles *Lofgren*, *The Plessy Case*, 1987; *Elliott*, *Albion Tourgée and the Quest for Racial Equality*, 2006, 262 ff.

518 *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. at 540-541; zu den möglichen Ursachen dieser Gesetze siehe *Klarman*, *From Jim Crow to Civil Rights*, 2004, 18.

519 *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. at 543.

520 *R.R. Co. v. Brown*, 84 U.S. 445 (1873).

521 An Act: To extend the charter of the Alexandria and Washington Railroad Company, and for other purposes, § 1, 12 Stat. 805 (1863).

522 *R.R. Co. v. Brown*, 84 U.S. at 447-448.

523 *R.R. Co. v. Brown*, 84 U.S. at 452.

*a state of things would ever occur, for self-interest would clearly induce the carrier – south as well as north – to transport, if paid for it, all persons, whether white or black, who should desire transportation. It was the discrimination in the use of the cars on account of color, where slavery obtained, which was the subject of discussion at the time, and not the fact that the colored race could not ride in the cars at all.*⁵²⁴

1873 war *Reconstruction* noch lebendig und das Gericht entschied zutreffend, dass *equal-but-separate* eine unzulässige Diskriminierung sei. Allerdings spielte der Sachverhalt 1873 im *District of Columbia* und warf damit keine Fragen der Kompetenzverteilung im föderalen System auf, wie sie noch im gleichen Jahr in den *Slaughterhouse Cases* diskutiert werden sollten. Abgesehen davon, hatte man sich 1896 ganz generell, im Norden wie im Süden, weit vom Programm der *Reconstruction* entfernt. Das ist einem zwischenzeitlich eingetretenen Wandel ökonomischer und politischer Verhältnisse auf allen Ebenen der U.S.A. zuzuschreiben.⁵²⁵ Die Diskrepanz zwischen *Railroad Co. v. Brown* und *Plessy* muss vor diesem Hintergrund gesehen werden. Beispielsweise lässt sich feststellen, dass in der Zeit unmittelbar nach 1866 – dem Inkrafttreten des *Civil Rights Acts* 1866 – Schwarze vielfach gleichen Zugang zu Eisenbahnwaggons hatten.⁵²⁶ Das lag nicht zuletzt daran, dass ihn die Gesetzgebung auf staatlicher Ebene in diesen Jahren teilweise explizit gewährte,⁵²⁷ genauso wie sie vielfach den gleichen Zugang zu *public accommodations* vorschrieb.⁵²⁸ Mit dem Ende der *Reconstruction* 1877, und dem Verlust an politischem Einfluss reformfreundlicher Kräfte, erwiesen sich die Gleichbehandlungsrechte auf der Ebene der Einzelstaaten als zunehmend ineffektiv. Soweit Gleichbehandlung nach den im *Common Law* verankerten Prinzipien begehrt wurde,⁵²⁹ begann man die dort schon immer enthaltenen Einschränkungen der *reasonable regulations and accommodations* zu aktivieren.⁵³⁰ Diese erlaubten es den Gerichten, einerseits Schwarzen wie Weißen Zugang zu gewähren, diesen aber zu trennen: *equal, but separate*. Den Trend setzte der schon oben angesprochene Fall *West Chester & Philadelphia Railroad Co. v. Miles* (1867).⁵³¹ Mary E. Miles, „a colored woman“, weigerte sich, den ihr vom Zugbegleiter nach den Bestimmungen des Unternehmens zugewiesenen Platz für Schwarze am Ende des Waggons einzunehmen. Der *Supreme Court of Pennsylvania* war der Auffassung, dass die nach Rassen getrennte Platzierung nicht gegen das Recht auf gleichen Zugang verstieß, weil es sich um eine *reasonable regulation* handle: Einerseits werde dadurch das Eigentumsrecht des Eisenbahnun-

524 *R.R. Co. v. Brown*, 84 U.S. at 452-453.

525 Dazu Klarman, *From Jim Crow to Civil Rights*, 2004, 10 ff.

526 Zum Folgenden siehe Lofgren, *The Plessy Case*, 1987, 9 ff.

527 Lofgren, *The Plessy Case*, 1987, 18 ff.

528 Singer, 90 Nw. U. L. Rev. 1283, 1355-1356, 1374-75 (1996); Sandoval-Strausz, 23 L. Hist. Rev. 53, 58 (2005).

529 Siehe oben § 3 III 3 b).

530 Dazu Singer, 90 Nw. U. L. Rev. 1283, 1367-1373 (1996).

531 *West Chester & Philadelphia Railroad Co. v. Miles*, 55 Pa. 209 (1867).

ternehmens gewährt und zugleich habe die Öffentlichkeit „an interest in the proper regulation of public conveyances for the preservation of the public peace“.⁵³² Versteht man den *Civil Rights Acts* von 1875 als den Versuch, an die Gleichbehandlungspflicht im *Common Law* anzuknüpfen,⁵³³ kann man damit auch erklären, dass er vor der Entscheidung in den *Civil Rights Cases* vielfach ähnlich interpretiert wurde: *equal-but-separate* verstieß nach der Auffassung zeitgenössischer Gerichte nicht gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz.⁵³⁴

Dieser freiheitsrechtliche und gesellschaftsregulierende Ansatz erklärt auch die Entscheidung des *Supreme Court* in *Hall v. De Cuir* (1877).⁵³⁵ Louisiana hatte ein Gesetz erlassen, das es Transportunternehmen verbot, aufgrund der Rasse und Hautfarbe zu diskriminieren, was vom *Louisiana Supreme Court* als strikte Gleichbehandlung an Deck von Schiffen ausgelegt wurde.⁵³⁶ Das verletzte nach Auffassung des *Supreme Court* die föderale Kompetenzverteilung im zwischenstaatlichen Handel.⁵³⁷

„While [the statute] purports only to control the carrier when engaged within the State, it must necessarily influence his conduct to some extent in the management of his business throughout his entire voyage. His disposition of passengers taken up and put down within the State, or taken up within to be carried without, cannot but affect in a greater or less degree those taken up without and brought within, and sometimes those taken up and put down without. A passenger in the cabin set apart for the use of whites without the State must, when the boat comes within, share the accommodations of that cabin with such colored persons as may come on board afterwards, if the law is enforced.“⁵³⁸

Streng genommen ergab dieses Argument nur Sinn, wenn der Staat, in dem das Schiff aufbrach, die Rassentrennung zwingend vorschrieb. Das war aber 1877 diesbezüglich in keinem Staat der Fall.⁵³⁹ Daher kann man diese Entscheidung nur so verstehen, dass Louisiana mit seinem Gesetz etwas verbot, was vom *Common Law* der angrenzenden Staaten erlaubt wurde. Mit seiner Entscheidung sicherte das Gericht also den Vorrang der freiheitsrechtlichen Befugnis zur Diskriminierung bei der Leistungserbringung im zwischenstaatlichen Handel. Die Ausübung subjektiver Rechte wurde vor einer staatlichen Intervention geschützt, weil die privaten Akteure selbstregulatorisch soziale Statushierarchien konstruierten. Ab 1887 setzte dann die hier untersuchte Eisenbahngesetzgebung in allen Südstaaten ein.⁵⁴⁰ Was vorher dem Einzelnen „lediglich“ erlaubt war, wird jetzt vorgeschrieben: *equal, but separate*. An die Stelle staatlich geschützter Selbstre-

532 *West Chester & Philadelphia Railroad Co. v. Miles*, 55 Pa. 209 (1867).

533 Siehe oben § 3 III 3 b).

534 Dazu die Nachweise bei *Singer*, 90 Nw. U. L. Rev. 1283, 1383-1386 (1996).

535 *Hall v. De Cuir*, 95 U.S. 485 (1877).

536 *Hall v. De Cuir*, 95 U.S. at 485.

537 U.S. const. art. I § 8 cl. 3.

538 *Hall v. De Cuir*, 95 U.S. at 489.

539 *Singer*, 90 Nw. U. L. Rev. 1283, 1395 (1996).

540 *Lofgren*, *The Plessy Case*, 1987, 20 ff.

gulierung trat eine staatliche Regulierung der „sozialen“ Beziehungen zwischen den Rassen. Des handelt sich dabei um ein Beispiel der *Jim Crow*-Gesetzgebung in den Südstaaten, deren Ziel es war, Schwarze von Weißen durchgehend zu trennen, im Alltag zu diskriminieren und ihnen die Ausübung des Wahlrechts weitestgehend zu erschweren. Obwohl diese Gesetze den zwischengliedstaatlichen Handel erheblich beeinträchtigten, weil etwa Eisenbahnunternehmen gezwungen wurden, zusätzliche Waggons anzukuppeln,⁵⁴¹ sah der *Supreme Court* darin keine Verletzung der *Commerce Clause*.⁵⁴² Das ist mit *Hall v. De Cuir* nicht zu vereinbaren: Wenn eine staatliche Norm Rassentrennung verbietet und darin angeblich eine Beeinträchtigung des zwischengliedstaatlichen Handels liegt, ist es unerklärlich, warum das für eine Norm, die das Gegenteil anordnet, nicht gelten soll.⁵⁴³ Man muss auch hier die unterschiedliche Anwendung desselben föderalen Prinzips vor dem Hintergrund der geänderten politischen Verhältnisse sehen: 1877 fand *Jim Crow* auf Transportunternehmen noch keine Anwendung und daher musste man die selbstregulatorischen Ansätze zur Rassentrennung schützen. 1890 hatte sich das grundlegend geändert.⁵⁴⁴ Jetzt galt es, die staatliche Regulierung gegenüber verfassungsrechtlichen Angriffen abzusichern.

b) „The Strange Career of Jim Crow“

Schwierig zu beantworten ist die Frage, ob diese Gesetzgebung „nur“ nachvollzog, was ohnehin schon gesellschaftliche Praxis war, oder ob sie diese reflexiv verstärkte. Das war auch Gegenstand einer Kontroverse, die C. Vann Woodward mit seinem Buch *The Strange Career of Jim Crow* 1955 auslöste.⁵⁴⁵ Danach war die Rassentrennung ein Produkt der *Jim Crow*-Gesetze ab den späten 1880er Jahren und vor allem nach 1890.⁵⁴⁶ Das war so wohl zu generalisierend und dürfte mittlerweile nicht mehr haltbar sein. Howard N. Rabinowitz beschrieb den zwischenzeitlich erreichten Konsens:

„It is clear that during Reconstruction segregation was a widespread factor in southern life [...] Much of this segregation, moreover, was the result of voluntary action of the part of blacks, as found in churches and an impressive array of associations. Other instances, as in public schools, welfare institutions, cemeteries, and militia units often were agreed upon mutually by whites and blacks, although such separation frequently was enforced by law. Still other examples of segregation, as in public conveyances, restaurants, hotels, theaters, and the like, were the result of de facto arrangements that had a greater degree in flexibility in some cases – although by no means in very many, especially given the ten-

541 Vgl. *Louisville, N.O. & T. Ry. Co. v. State of Mississippi*, 133 U.S. 587, 588 (1890).

542 *Louisville, N.O. & T. Ry. Co. v. State of Mississippi*, 133 U.S. 587 (1880).

543 *Louisville, N.O. & T. Ry. Co. v. State of Mississippi*, 133 U.S. 587, 594 (1890) (Harlan, J., diss.).

544 Vertiefend Harris, 7 U. Pa. J. Const. L. 867, 873-876 (2005).

545 Ein exzellenter Überblick über die Debatte bei Rabinowitz, Segregation and Reconstruction, in: Anderson/Moss, *The Facts of Reconstruction*, 1991, 79 ff.

546 Woodward, *The Strange Career of Jim Crow* (1955) 2002, 7 (und passim).

*dency of courts to uphold separate, ostensibly equal arrangements. Whatever its source, segregation often constituted an improvement over a previous policy of excluding blacks from the area in question.*⁵⁴⁷

Daran knüpfte *Michael J. Klarman* an. Nach seiner Auffassung ersetzt die gesetzlich vorgeschriebene Rassentrennung in Eisenbahnen die informell bereits gehandhabte Trennung.⁵⁴⁸ Seine These lautet:

*„Most Jim Crow laws merely described white supremacy, they did not produce it. Legal disenfranchisement measures and de jure railroad segregation played relatively minor roles in disenfranchisement and segregating southern blacks. Entrenched social mores, reinforced by economic power and the threat and reality of physical violence, were primarily responsible for bolstering the South's racial hierarchy. Legal instantiation of these norms was often more symbolic than functional.*⁵⁴⁹

Klarman griff hier die bereits mehrfach angesprochene Trennung von *legal* und *social rights* auf. Die Passage verdeutlicht zugleich, dass diese Dichotomie zu sehr vereinfacht, weil sie die Bedeutung der Wechselwirkungen unterschätzt. Daran trifft sicher zu, dass *Jim Crow* um 1900 so tief in die soziale Struktur des Südens eingewoben war, dass es schwer fällt, festzustellen, ob das Recht die soziale Praxis prägte oder ob es lediglich die von existierenden sozialen Strukturen vorgegebene Rassentrennung nachvollzog. Gleichwohl vernachlässigte *Klarman* den sozialen Kommunikationsgehalt von einschränkenden Rechtsnormen vor dem Hintergrund einer föderalen Gleichheits- und Freiheitsgarantie. Die Frage, die man sich stellen muss, lautet: Warum wurde es um 1890 notwendig, selbstregulatorische Praktiken zu verrechtlichen?⁵⁵⁰ *Charles A. Lofgren* erklärte das Aufkommen dieser Gesetzgebung mit einer ganzen Reihe von sozialen Faktoren:⁵⁵¹ Mit der Sklaverei entfiel ein Institut, das für einen sozialen Kitt zwischen den brüchigen Klassen innerhalb der weißen Mehrheitsgesellschaft sorgte;⁵⁵² die erzwungene Rassentrennung stellte dieses auf Kosten der Schwarzen wieder her. Zugleich wurde eine Generation Schwarzer erwachsen, die in der Freiheit geboren wurde und denen die sozialen und rechtlichen Restriktionen aus der Zeit vor 1866 unbekannt waren. Ihre Beanspruchung gleicher Freiheit löste auf der Gegenseite die von *Klarman* beschriebenen gewaltsamen Reaktionen aus. Diese waren ihrerseits getragen von den klassischen rassistischen Stereotypen aus der Zeit vor dem Bürgerkrieg.⁵⁵³ Das Recht intervenierte hier im Vorfeld, indem es den sozialen Status eines Schwarzen in der Gesellschaft verbindlich definierte. Diese

547 *Rabinowitz*, Segregation and Reconstruction, in: Anderson/Moss, The Facts of Reconstruction, 1991, 79, 91 f.

548 *Klarman*, From Jim Crow to Civil Rights, 2004, 18 und öfters.

549 *Klarman*, From Jim Crow to Civil Rights, 2004, 59 f.

550 *Rabinowitz*, Segregation and Reconstruction, in: Anderson/Moss, The Facts of Reconstruction, 1991, 79, 92.

551 Vgl. *Lofgren*, The Plessy Case, 1987, 24 ff.

552 Dazu oben § 3 I 4 a).

553 Siehe oben § 3 I 3.

Definitionsleistung wurde notwendig, weil die Durchsetzung dieses Status aufgrund der zunehmenden Mobilisierung auch der schwarzen Bevölkerung der *Master* auf der Plantage nicht mehr gewährleisten konnte. Das Recht erlaubte es dem Staat, effektive Kontrolle über den Freiheitsgebrauch Schwarzer zu gewinnen und durchzusetzen. Damit kommunizierte das Recht mit verbindlicher Kraft, dass die Gesellschaft insgesamt nach dem Konzept der *White Supremacy* organisiert wird.⁵⁵⁴ Solange man davon ausgeht, dass alle den sozialen Code der Rassentrennung strikt befolgen, können Gesetze, die das zur Pflicht machen, in der Tat als lediglich symbolisch erscheinen. Die *Miscegenation statutes*⁵⁵⁵ belegen aber eindrucksvoll, dass man damit nicht rechnen konnte.⁵⁵⁶ Individuen beider „Rassen“ widersetzten sich den Anschauungen ihrer jeweiligen Gruppe. *Jim Crow* musste daher mit den Mitteln des Rechts dafür sorgen, dass der Kontakt zwischen Weißen und Schwarzen auf ein Minimum reduziert blieb und damit gewährleistet blieb, dass soziale Interaktion die sozialen Stereotype nicht erodieren konnte.⁵⁵⁷

c) *Plessy als Bindeglied zwischen den Civil Rights Cases und Lochner (1906)*

(1) Konsequente Fortführung der Civil Rights Cases in *Plessy*

Zwischen *Plessy* und den *Civil Rights Cases* gibt es einen engen Zusammenhang.⁵⁵⁸ In den *Civil Rights Cases* wurde die Regulierung privaten Verhaltens durch den Bund ausgeschlossen. In *Plessy* wurde letztlich die staatlich verordnete Rassentrennung akzeptiert. Ob eine anders lautende Entscheidung 1896 hätte durchgesetzt werden können, bleibt dabei natürlich fraglich.⁵⁵⁹ Vor diesem Hintergrund hat sich die Mehrheit des *Supreme Court* im Ergebnis für den *status quo* entschieden. Dieses Ergebnis ließ sich wohl mit Wortlaut, Entstehungsgeschichte und – vor allem – den eigenen Präjudizien vereinbaren.⁵⁶⁰ Zwingend war es freilich nicht. Das verdeutlicht *Justice Harlan*s abweichende Meinung.⁵⁶¹ Diesbezüglich war der ehemalige Sklavenhalter *Harlan* aber in der Minderheit,⁵⁶² so wie *Albion Winegar Tourgée* (1838-1905), der als Vertreter *Homer Plessy*s in

554 Vgl. *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1, 7 (1967).

555 Oben § 3 III 2 b).

556 Näher *Pascoe*, 83 J. Am. Hist. 44 (1991).

557 Ähnlich *Tsesis*, *We Shall Overcome*, 2008, 129.

558 *Ugarte*, 41 Harv. C.R.-C.L. L. Rev. 481, 484 (2006).

559 *Klarman*, *From Jim Crow to Civil Rights*, 2004, 48 ff.

560 *Klarman*, *From Jim Crow to Civil Rights*, 2004, 18 ff.

561 *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537, 552 (1896) (Harlan, J., diss.).

562 Vgl. die Nachweise zur Reaktion auf das Urteil bei *Elliott*, *Albion Tourgée and the Quest for Racial Equality*, 2006, 292.

dem Verfahren vor dem Supreme Court auftrat.⁵⁶³ Auf *Tourgée* geht auch Harlans berühmtester Satz zurück;⁵⁶⁴ ein Satz, der damals ein unbedingtes Entstehen zugunsten wirklicher Gleichheit für Schwarze bedeutete und der heute ironischerweise als Instrument gegen Diskriminierungsverbote und *affirmative action* verwendet wird.⁵⁶⁵

„Our Constitution is color-blind, and neither knows nor tolerates classes among citizens.“⁵⁶⁶

Weil eine staatliche Regelung eine unterschiedliche Behandlung vorschrieb, musste das Gericht begründen, warum der in Amend. XIV § 1 verankerte Gleichheitsgrundsatz nicht verletzt war. Den Schlüssel dazu lieferte die scharfe Trennung von *legal equality* und *social equality*, die bereits in den *Civil Rights Cases* anklang.⁵⁶⁷

„The object of the amendment was undoubtedly to enforce the absolute equality of the two races before the law, but, in the nature of things, it could not have been intended to abolish distinctions based upon color, or to enforce social, as distinguished from political, equality, or a commingling of the two races upon terms unsatisfactory to either.“

„Unsatisfactory to either“ — das ist die zeitgemäße Variante der paternalistischen Rechtfertigung der Sklaverei, die ja auch und gerade dem Interesse der Schwarzen dienen sollte.⁵⁶⁸ *Tourgée* stellte daher einen Zusammenhang her zwischen der Sklaverei und der erzwungenen Rassentrennung; diese „stamps the colored race with a badge of inferiority“.⁵⁶⁹ Das Argument stammte in der Sache aus *Strauder v. West Virginia* (1880). Dort hatte der *Supreme Court* dem Amend. XIV § 1 ein Recht, „most valuable to the colored race“, entnommen:

„[T]he right to exemption from unfriendly legislation against them distinctively as colored – exemption from legal discriminations, implying inferiority in civil society, lessening the security of their enjoyment of the rights which others enjoy, and discriminations which are steps towards reducing them to the condition of a subject race.“⁵⁷⁰

Die Mehrheit in *Plessy* sah das anders, weil es nach ihrer Auffassung in *Strauder* um politische Gleichstellung und hier um soziale Gleichbehandlung ging.⁵⁷¹

„If this be so, it is not by reason of anything found in the act, but solely because the colored race chooses to put that construction upon it.“⁵⁷²

563 Dazu *Medley*, *We as Freeman*, 2003, 53 ff; *Lofgren*, *The Plessy Case*, 1987, 148 ff; *Elliott*, *Albion Tourgée and the Quest for Racial Equality*, 2006, 262 ff.

564 *Elliott*, *Albion Tourgée and the Quest for Racial Equality*, 2006, 4.

565 *Elliott*, *Albion Tourgée and the Quest for Racial Equality*, 2006, 4 f.

566 *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537, 559 (1896) (Harlan, J., diss.).

567 Siehe oben § 3 III 4 c).

568 Dazu oben § 3 I 4 b).

569 Vgl. die Wiedergabe des Arguments in *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537, 551 (1896).

570 *Strauder v. West Virginia*, 100 U.S. 303, 308 (1880).

571 *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. at 445 (dazu gleich im Text).

572 *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. at 551.

Justice Harlan teilte dagegen die Einschätzung *Homer Plessys* und *Tourgées*,⁵⁷³ indem er den sozialen Kontext der Maßnahme berücksichtigte:

„Everyone knows that the statute in question had its origin in the purpose not so much to exclude white persons from railroad cars occupied by blacks as to exclude colored people from coaches occupied by or assigned to white persons. [...] The thing to accomplish was, under the guise of giving equal accommodation for whites and blacks, to compel the latter to keep to themselves while traveling in railroad passenger coaches.“⁵⁷⁴

Harlan erkannte auch das freiheitsrechtliche Defizit der von der Mehrheit vorgenommenen Konzeption der *equal protection clause*. Danach lag keine Diskriminierung vor, weil es sich um eine Regel handelte, die gleichermaßen für Weiße und Schwarze galt. Weil diese Regel aber vor dem Hintergrund einer bestimmten Gesellschaftsstruktur angewandt wurde, führt sie dazu, dass sie nur eine Gruppe benachteiligte. *Harlan* verknüpfte das Diskriminierungsverbot mit dem Freiheitsrecht und sah zutreffend, dass sich die Diskriminierung freiheitsbeschränkend auswirkte:

„The fundamental objection, therefore, to the statute is that it interferes with the personal freedom of citizens. [...] If a white man and a black man choose to occupy the same public conveyance on a public highway, it is their right to do so, and no government, proceeding alone on grounds of race, can prevent it without infringing the personal liberty of each.“⁵⁷⁵

Der *Supreme Court* verwendete dagegen zwei Argumentationsmuster, um den Bezug zur Sklaverei und eine ungleiche Behandlung zu verneinen: (1.) Die vermeintlich „natürlichen“ Unterschiede zwischen den „Rassen“ rechtfertigten eine ungleiche Behandlung. Was als „natürlich“ deklariert wurde, war jedoch ausschließlich rechtlich determiniert. Der *Supreme Court* maskierte eine vom Recht gezogene Trennlinie als eine vermeintlich natürlich vorgegebene. Das wird am Ende der Begründung offensichtlich, wo sich das Gericht mit der Frage beschäftigte, wann jemand *colored* ist. Das Gericht musste dazu Stellung nehmen. *Tourgée* hatte für die von ihm und dem *Comité des Citoyens* in New Orleans geplante verfassungsrechtliche Prüfung ganz bewusst *Homer Plessy* aufgrund seiner hellen Hautfarbe ausgewählt.⁵⁷⁶ Die Begründung des Gerichts zeigt, wie rechtlich determiniert eine angeblich „natürliche“ Unterscheidung war:

„It is true that the question of the proportion of colored blood necessary to constitute a colored person, as distinguished from a white person, is one upon which there is a difference of opinion in the different States, some holding that any visible admixture of black blood stamps the person as belonging to the colored race; others that it depends upon the

573 *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537, 562 (1896)(*Harlan*, J., diss.).

574 *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537, 557 (1896)(*Harlan*, J., diss.).

575 *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537, 557 (1896)(*Harlan*, J., diss.).

576 *Woodward*, The Case of the Louisiana Traveler, 1964, <http://www.soc.umn.edu/~samaha/cases/van%20woodward,%20plessy.htm>; *Elliott*, Albion Tourgée and the Quest for Racial Equality, 2006, 264 ff.

*preponderance of blood; and still others that the predominance of white blood must only be in the proportion of three-fourths. But these are questions to be determined under the laws of each State [...].*⁵⁷⁷

(2.) Es beschränkte die Geltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes auf politische, nicht aber auf soziale Gleichheit.⁵⁷⁸ Der *Supreme Court* griff dafür auf eine Entscheidung des *Supreme Judicial Court of Massachusetts* aus dem Jahr 1850 zurück. Darin ging es um die Frage, ob der Unterricht schwarzer Kinder in ausschließlich dafür vorgesehenen Schulen mit der *equal protection clause* in der Verfassung des Staates Massachusetts vereinbar war.⁵⁷⁹ Das Gericht bejahte, indem es die Doktrin des *equal-but-separate* der Sache nach erstmals entwickelte:

„It is urged, that this maintenance of separate schools tends to deepen and perpetuate the odious distinction of caste, founded in a deep-rooted prejudice in public opinion. This prejudice, if it exists, is not created by law, and probably cannot be changed by law.“⁵⁸⁰

Diesen Grundgedanken wird der *Supreme Court* später übernehmen. Erneut sind es angeblich nur die physischen, d.h. „natürlichen“ Unterschiede, aus denen die Einzelnen Konsequenzen ableiten. Weil das Recht damit nichts zu schaffen habe – die Maskerade wirkt! – könne es sie zwangsläufig auch nicht beseitigen. Der soziale Kontext wurde vollständig ausgeblendet:

„The argument also assumes that social prejudices may be overcome by legislation, and that equal rights cannot be secured to the negro except by an enforced commingling of the two races. We cannot accept this proposition. If the two races are to meet upon terms of social equality, it must be the result of natural affinities, a mutual appreciation of each other's merits, and a voluntary consent of individuals. [...] Legislation is powerless to eradicate racial instincts or to abolish distinctions based upon physical differences, and the attempt to do so can only result in accentuating the difficulties of the present situation.“⁵⁸¹

Soziale oder gesellschaftliche Gleichheit sei also ausschließlich ein Produkt privater Präferenzen. Staatliche Intervention in diese, der Gesellschaft zugewiesenen, Freiheitsräume sei unnütz und schädlich. Dieses Denken von individuellen Freiheitsräumen her lag bereits im Geist der Zeit.⁵⁸²

577 *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. at 552.

578 Dazu Balkin, 26 Card. L. Rev. 1689, 1699-1701 (2005).

579 *Roberts v. Boston*, 59 Mass. 198 (1850).

580 *Roberts v. Boston*, 59 Mass. at 209.

581 *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537, 551-52 (1896).

582 Balkin, 26 Card. L. Rev. 1689, 1701 (2005).

(2) Schutz privatautonomer und Begrenzung staatlicher Diskriminierungen in Lochner

Plessy ist nämlich auch mit Blick auf die kurz darauf ergangene Entscheidung in *Lochner v. New York* (1905)⁵⁸³ zu lesen.⁵⁸⁴ Man erkennt daran die Grundstruktur des klassischen Arguments gegen Diskriminierungsverbote im Privatrecht: Der Gleichbehandlungsgrundsatz als Diskriminierungsverbot beschränke sich ausschließlich auf die politische Ebene. Nur der jeweilige Staat und seine Organe seien Adressaten des Diskriminierungsverbots. Auf der sozialen Ebene, also in der Gesellschaft, gelte er nicht. Hier regiere das Prinzip des *voluntary consent*. Soweit die Personen in rechtlich-ökonomische Beziehungen zueinander treten, gelte als deren Subprinzip der Grundsatz von *freedom of contract*. Das Privatrecht der einzelnen Bundesstaaten wahre mit der grundsätzlich allen eingeräumten gleichen Freiheit diese Balance. Der Bundesstaat habe dagegen keine Kompetenz, in das privatrechtliche Gefüge zum Schutz Einzelner einzugreifen. Das verletze die Kompetenzverteilung im föderalen System und – von *Lochner* aus betrachtet – die verfassungsrechtlich gesicherte Vertragsfreiheit.

Geht man von *Lochner* aus, ist es fraglich, ob und wie man es rechtfertigen konnte, dass *Jim Crow* die Vertragsfreiheit privater Akteure zur Sicherung der Rassentrennung einschränkte.⁵⁸⁵ Daher ist es auf den ersten Blick naheliegend, wenn sich *Richard Epstein* gerade auf die mit *Lochner* assoziierte Tradition berief, um diskriminierende Regelungen zu Fall zu bringen.⁵⁸⁶ Diese Interpretation wird gestützt von *Buchanan v. Warley* (1917).⁵⁸⁷ Zu entscheiden war über einen Bebauungsplan (*zoning ordinance*) in Louisville, Kentucky, der es Schwarzen wie Weißen verbot, in einen Block zu ziehen, der hauptsächlich von Angehörigen der anderen Bevölkerungsgruppe bewohnt war, und entgegenstehende Kaufverträge für nichtig erklärte.⁵⁸⁸ Nach Auffassung des *Supreme Court* war die Bestimmung unter Anwendung der *Lochner*-Prinzipien verfassungswidrig, weil sie unmittelbar das Eigentumsrecht des Hauseigentümers beschränkte und die damit verfolgte Rassentrennung *insoweit* keine ausreichende Rechtfertigung bot.⁵⁸⁹ Amend. XIV § 1 und der § 1 *Civil Rights Act* von 1866

„operate to qualify and entitle a colored man to acquire property without state legislation discriminating against him solely because of color.“⁵⁹⁰

583 *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).

584 Vgl. Klarman, From Jim Crow to Civil Rights, 2004, 23 („the *Plessy* era is also the *Lochner* era“); Balkin, 26 Card. L. Rev. 1689, 1701-02 (2005); aus deutscher Perspektive dazu zuletzt Maultzsch, JZ 2012, 1040, 1043.

585 Singer, 90 Nw. U. L. Rev. 1283, 1389-1390 (1996).

586 Epstein, Forbidden Grounds, 1992, 91 ff.

587 *Buchanan v. Warley*, 245 U.S. 60 (1917).

588 *Buchanan v. Warley*, 245 U.S. at 69.

589 *Buchanan v. Warley*, 245 U.S. at 82.

590 *Buchanan v. Warley*, 245 U.S. at 79.

Das war allerdings nur der verfassungsrechtliche Ausgangspunkt für die eigentliche Fragestellung:

„In the face of these constitutional and statutory provisions, can a white man be denied, consistently with due process of law, the right to dispose of his property to a purchaser by prohibiting the occupation of it for the sole reason that the purchaser is a person of color intending to occupy the premises as a place of residence?“⁵⁹¹

Eine nähere Analyse des Urteils zeigt, dass es dem Gericht nicht um *civil rights*, sondern ausschließlich um den Schutz von *property rights* ging.⁵⁹² Es folgte dem herkömmlichen Ansatz und differenzierte zwischen *social rights* und *legal rights* und kam konsequent zu dem Ergebnis, dass es sich bei Eigentum um ein *legal right* handelte.⁵⁹³ Im Übrigen hielt es an *Plessy fest. Buchanan* kann nicht als ein vollständiger *civil rights*-Ersatz interpretiert werden. Damit würde man verkennen, dass solche Regelungen vielfach die soziale Struktur ihrer Zeit widerspiegeln. Diskriminierungen, die nicht zwingend vorgeschrieben sind, sondern auf der Entscheidung des Einzelnen beruhen, konnten damit schon im Ansatz nicht beseitigt werden.⁵⁹⁴ Das zeigt die Entwicklung der *racially restrictive covenants* vor allem in der Zwischenkriegszeit.⁵⁹⁵ Dabei handelt es sich um Verträge unter Hauseigentümern einer Wohngegend, mit denen sie sich gegenseitig mit dinglicher Wirkung verpflichteten, nicht an Schwarze zu verkaufen, teilweise auch nicht an Schwarze zu vermieten. Sie sind mit der deutschen Grunddienstbarkeit zu vergleichen.⁵⁹⁶ Der *Supreme Court* musste erstmals in *Corrigan v. Buckley* (1926) entscheiden, ob ein solcher Vertrag nichtig ist, weil er gegen das XIIIth und XIVth Amend.⁵⁹⁷ und § 1 *Civil Rights Act* von 1866⁵⁹⁸ verstieß. Das Gericht verneinte unter Rückgriff auf die Entscheidungsgrundsätze der *Civil Rights Cases*: Das XIIIth Amend. beseitige nur die Sklaverei und schütze im übrigen keine individuellen Rechte des Einzelnen und das XIVth Amend. bedürfe einer staatlichen Handlung, an der es bei einem Vertragsabschluss offensichtlich fehle.⁵⁹⁹ Dasselbe gelte für den *Civil Rights Act* von 1866.⁶⁰⁰ Auf das eigentliche Problem der gerichtlichen Durchsetzung dieser Verträge musste das Gericht 1926 nicht eingehen, weil es diese Frage über einen prozessualen Trick ausblenden

591 *Buchanan v. Warley*, 245 U.S. at 78.

592 Klarman, From Jim Crow to Civil Rights, 2004, 79 ff.

593 Vgl. *Buchanan v. Warley*, 245 U.S. at 78.

594 Klarman, From Jim Crow to Civil Rights, 2004, 82; *Bowne-Marshall*, Race, Law, and American Society, 2007, 52.

595 Dazu und zum Folgenden Klarman, From Jim Crow to Civil Rights, 2004, 143 ff.

596 Ehmke, Wirtschaft und Verfassung, 1961, 647, der übrigens als erster diese Fallgruppen im deutschen Schrifttum umfassend behandelt hat, vgl. S. 647 ff.

597 Weil es sich um einen Sachverhalt im District of Columbia handelte, ging es zusätzlich auch um U.S. const. amend. V; vgl. *Corrigan v. Buckley*, 271 U.S. 326, 330 (1926).

598 Publiziert unter Sec. 1977-79 Revised Statutes.

599 *Corrigan v. Buckley*, 271 U.S. at 330.

600 *Corrigan v. Buckley*, 271 U.S. at 331.

konnte.⁶⁰¹ Nach dem Krieg wird es daran festhalten, dass weder die Verfassung noch der *Civil Rights Act* gegen die freiwillige Einhaltung dieser diskriminierenden Verträge mobilisiert werden können.⁶⁰² Die Wirksamkeit der ausschließlich freiheitsrechtlichen Begründung von Diskriminierungsverboten endete also dort, wo sich kein Weißer findet, der mit Schwarzen kontrahiert. Eine staatliche Verpflichtung zur Gleichbehandlung verstößt dann aber gegen das liberale Verständnis von Vertragsfreiheit und Eigentumsschutz. Darin liegt das Dilemma des klassischen Liberalismus:

„The struggle for civil rights exposed a profound contradiction: political liberalism had generated demands that legal liberalism could not satisfy. The very idea of equal treatment under law was itself a product of classical liberal thought, yet it was liberal social theory that provided the surest ideological defense of private discrimination, and it was liberal legalism that furnished the means to obstruct possible remedies.“⁶⁰³

IV. Renaissance der Diskriminierungsverbote

1. *Brown v. Board of Education* (1954)

*Justice Harlan*s Prophezeiung, *Plessy* werde von späteren Generationen so bewertet werden, wie *Dred Scott* von seiner,⁶⁰⁴ hat sich erfüllt. In *Brown v. Board of Education* (1954) entschied der *Supreme Court*, dass die Rassentrennung (*segregation*) von Schulkindern gegen das XIVth Amend. verstieß:⁶⁰⁵

„Separate educational facilities are inherently unequal.“⁶⁰⁶

In deutlicher Abweichung zu *Plessy* räumte der *Supreme Court* ein, dass *segregation* Schwarzen einen minderwertigen Status zuweise:

„To separate them from others of similar age and qualifications solely because of their race generates a feeling of inferiority as to their status in the community that may affect their hearts and minds in a way unlikely ever to be undone.“⁶⁰⁷

Brown v. Board of Education gilt heute als eine der wichtigsten Entscheidungen des *Supreme Court*. Obwohl einstimmig getroffen, war *Brown* 1954 noch ein umstrittenes Urteil.⁶⁰⁸ Text, Entstehungsgeschichte und die Auslegung des XIVth

601 Vgl. *Corrigan v. Buckley*, 271 U.S. at 331-332 mit *Shelley v. Kraemer*, 334 U.S. 1, 8-9 (1948) und *Hurd v. Hodge*, 334 U.S. 24, 28-29 (1948).

602 Siehe unten § 3 IV 2.

603 *Sandoval-Strausz*, 23 L. Hist. Rev. 53, 94 (2005).

604 *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537, 559 (1896) (Harlan, J., diss.).

605 *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483, 493 (1954).

606 *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. at 495.

607 *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. at 494.

608 Näheres zum zeitgeschichtlichen Kontext und zur Problematik der Entscheidungsfindung bei *Klarman*, *From Jim Crow to Civil Rights*, 2004, 290 ff; *Tsesis*, *We Shall Overcome*, 2008, 252 ff; die Transkripte der mündlichen Verfahren 1952 und 1953 finden sich abgedruckt bei *Friedmann* (Hrsg.), *Brown v. Board*, 2004, 9 ff, 177 ff.