

Philipp R. Mrutzek

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

Wissenschaftliche Beiträge aus dem Tectum Verlag

Reihe Rechtswissenschaften

Wissenschaftliche Beiträge
aus dem Tectum Verlag

Reihe Rechtswissenschaften
Band 113

Philipp R. Mrutzek

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

Tectum Verlag

Philipp R. Mrutzek

Geordnete Freiheit – »Levels of Scrutiny« in der Rechtsprechung des U.S. Supreme Courts
Wissenschaftliche Beiträge aus dem Tectum Verlag

Reihe: Rechtswissenschaften; Bd. 113

Zugl. Dissertation am Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Osnabrück, 2018

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

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

ISSN: 1861-7875

Alle Rechte vorbehalten

Besuchen Sie uns im Internet
www.tectum-verlag.de

Bibliografische Informationen der Deutschen Nationalbibliothek

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

Vorwort

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

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

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

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

Inhaltsverzeichnis

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

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

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

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

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

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

Abkürzungsverzeichnis

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

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

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

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

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

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

Erster Teil

Einleitung: Reiz und Gang der Untersuchung

Die Verfassungsgerichtsbarkeit der liberalen Verfassungsstaaten eint in zunehmendem Maße eine gemeinsame Rechtsfigur: die Verhältnismäßigkeit staatlichen Handelns.¹ Das Verhältnismäßigkeitsprinzip hat eine erstaunliche Karriere gemacht, wenngleich es einen Gedanken ausdrückt, der in seiner Aussage klar und einfach erscheint wie kein anderer, ist doch »alles Recht ... eine Frage der Proportionen«². Doch internationale Verfassungsjuristen des ausgehenden 19. Jahrhunderts hätte man vergeblich nach ihm gefragt. Auch im deutschen Recht spielte er noch Anfang der 1950er Jahre allein im Verwaltungs- und speziell im Polizeirecht eine Rolle. Seitdem gaben Impulse aus der Rechtsprechung dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit mehr und mehr Wirksamkeit auf verfassungsrechtlicher Ebene, sodass ihm *Schmidt* bereits in den 1960er Jahren eine »Gewaltherrschaft«³ in Deutschland attestierte.

Diese Abhandlung soll keine weitere Untersuchung zum heimischen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit sein.⁴ Lichter sind hingegen die rechtsvergleichenden Bezüge zum Common Law der Vereinigten Staaten von Amerika, die sich

¹ *Cohen-Eliya/Porat*, Proportionality and Constitutional Culture, S. 10 ff.; *Jackson*, U. Pa. J. Const. L. 1 (1999), S. 583 (602 ff.); *Saurer*, Der Staat 51 (2012), S. 3 (13 ff.); *Sweet/Matthews*, Colum. J. Transnat'l L. 47 (2008), S. 72 (73). Übersicht bei *Barak*, Proportionality, S. 182.

² *Forsthoff*, Der Staat als Auftraggeber, S. 7. Oder man bemüht das geflügelte Wort: Man soll nicht mit Kanonen auf Spatzen schießen.

³ *E. Schmidt*, NJW 1969, S. 1137 (1141).

⁴ Siehe aus deutscher Sicht etwa die Habilitationsschriften von *Haverkate*, Rechtsfragen des Leistungsstaats (1981), *Hirschberg*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (1981), *Lerche*, Übermaß und Verfassungsrecht (1961), sowie die Dissertationen von *Jakobs*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (1985), *Schlink*, Abwägung im Verfassungsrecht (1971) und aus neuerer Zeit *de Oliveira*, Zur Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik (2013); einen Überblick über die einschlägige Literatur in Fachzeitschriften geben *Dechsling*, Das Verhältnismäßigkeitsgebot, S. VIII f. und *Lerche*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HdBStR V, § 122, Rn. 16 (Fn. 47).

dem Thema überdies nur am Rande widmen.⁵ Auch in den USA hat die Aufmerksamkeit zur systematischen Aufarbeitung der Verhältnismäßigkeit erst in jüngerer Zeit zugenommen.⁶ Diese Untersuchung schlägt eine Brücke zwischen dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und seinem US-amerikanischen Pendant. Wenn der Verfassungsrechtswissenschaft die Aufgabe zukommt, Kontrollnormen und Kontrollmaßstäbe des Verfassungsstaates in beständiger Prüfung zu konkretisieren,⁷ mag die Betrachtung aus der Außenperspektive helfen, die nationale Diskussion um die Verhältnismäßigkeit aus einer »wohltuenden Distanz«⁸ zur heimischen Rechtsordnung um eine weitere Dimension zu bereichern.

Wie die Entscheidungshoheit des Gesetzgebers mit den Anforderungen an eine gleichermaßen effektive wie materiell nicht überstrapazierende Grundrechtsbeschränkung versöhnt werden kann, ist auch eine lohnende Frage, weil aus deren Lösung rechtsvergleichende Ansätze gewonnen werden können. Denn so herausragend die Bedeutung des Verhältnismäßigkeitsprinzips ist, so zweifelhaft ist sein Ansehen. Sein Ruch als »Gleich- und Weichmacher der Verfassungsmaßstäbe«⁹ ist seiner nicht durchweg scharf konturierten Teilgrundsätze, schmallippiger Begründungsansätze und weitgehender Wertungsabhängigkeit geschuldet. Legion sind die Vorwürfe gegen das BVerfG, den Grundsatz als gerichtliches Letztentscheidungsrecht zu instrumentalisieren.¹⁰ Ob sich diese Kritik auf die nationale Ebene beschränkt oder sich in Ansehung einer der größten Rechtsordnungen der Welt übertragen lässt, ist eine Frage, auf die nur die Methode der Rechtsvergleichung eine Antwort liefern kann.

⁵ *Meinert-Brockmann*, Die Einschränkung von Grundrechten (1985); *Rohloff*, Grundrechtsschranken in Deutschland und den USA (2007); *Simons*, Grundrechte und Entscheidungsspielraum (1999); *Stock*, Meinungs- und Pressefreiheit in den USA (1986).

⁶ Vgl. allein *Fallon*, UCLA L. Rev. 54 (2007), S. 1267; *Massey*, U. Pa. J. Const. L. 6 (2004), S. 945; *Mathews/Sweet*, Emory L. J. 60 (2011), S. 797; *Shaman*, Ohio St. L. J. 45 (1984), S. 161; *Siegel*, Am. J. Legal Hist. 48 (2006), S. 355; *White*, Mich. L. Rev. 95 (1996), S. 299; *Winkler*, Vand. L. Rev. 59 (2006), S. 793 (800 f.).

⁷ *Ossenbühl*, in: FS Lerche, S. 151 (151).

⁸ *Wieser*, Verfassungsrecht, S. 29.

⁹ *Ossenbühl*, VVDStRL 39 (1981), S. 189 (Diskussionsbeitrag).

¹⁰ Bei BVerfGE 32, 87 (93) wurde etwa diskutiert, ob der Richter im Rahmen des § 230 Abs. 2 StPO einer sich im Einzelfall unverhältnismäßig auswirkenden Norm im Einzelfall »schlicht den Gehorsam verweigern« könne, *Becker*, JMB SH 1977, S. 161 (163). Vgl. ferner die Kritik bei *W. Leisner*, Der Abwägungsstaat, S. 230 ff.; *Denninger*, JZ 1970, S. 145 (152); *Hoffmann-Riem*, Der Staat 43 (2004), S. 203 (228 f.); *Ossenbühl*, in: FS Lerche, S. 151 (157 f.); *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, Rn. 344.

§ 1 – Bearbeitungswürdigkeit: Der Reiz des Rechtsvergleichs

Verhältnismäßigkeit spielt im US-amerikanischen Recht in anerkannter Weise allein eine Rolle im Bereich des achten Verfassungszusatzes, wo der U.S. Supreme Court in Bezug auf die Schwere des Delikts grob unverhältnismäßige Strafen als »cruel and unusual punishments« untersagt.¹¹ Verhältnismäßigkeit wird weiterhin gehandelt als Obergrenze im Bereich des Strafschadensersatzes (»punitive damages«)¹² und als Erfordernis verhältnismäßiger Entschädigung bei der Enteignung von Eigentum (»Taking Clause«)¹³. Darüber hinaus hat der U.S. Supreme Court kein umfassendes Konzept genuiner Verhältnismäßigkeit nach deutschem Verständnis entwickelt. Das mag der folgende Fall verdeutlichen:

In »*Atwater v. City of Lago Vista*«¹⁴ entschied der U.S. Supreme Court über die Angemessenheit der Festnahme und Sistierung einer Autofahrerin. *Gail Atwater* fuhr im März 1997 ihre Kinder von einem Fußballspiel in einem Pickup-Truck nach Hause. Auf dem Weg wurden sie von der Polizei angehalten. Sie und ihre Kinder hatten die Sicherheitsgurte nicht angelegt. Frau *Atwater* wurde verhaftet und in Handschellen auf dem Rücksitz des Polizeiwagens zur Polizeiwache gefahren – unangeschnallt. Dort musste sie sich ihres Tascheninhalts entledigen. Nachdem *Atwaters* Daten erfasst und ein Fahndungsfoto von ihr aufgenommen worden war, verbrachte sie eine Stunde in einer Gefängniszelle, bis sie dem Haftrichter vorgeführt wurde. Sie zahlte eine Strafe in Höhe von USD 50 und stellte nach der Rückkehr zu ihrem Pickup fest, dass er abgeschleppt worden war.

Frau *Atwater* klagte. Der U.S. Supreme Court stellte zwar in letzter Instanz die Unsinnigkeit der polizeilichen Maßnahme und eine grundlose Erniedrigung *Atwaters* fest: Sistierung und Festnahme in Handstellen waren weder erforderlich noch angemessen im Verhältnis zu der Qualität der Ordnungswidrigkeit. Sie war ein »Gurtmuffel«, der weder einen Anreiz noch mit ihren Kindern die Möglichkeit gehabt hätte, sich dem Zugriff der Ordnungsbehörden zu entziehen: »*Atwater's claim to live free of pointless indignity and confinement clearly outweighs anything the City can raise against it specific to her case*«¹⁵. Bis hierher hätte das BVerfG den Fall wohl nahezu wortgleich entschieden. Doch es sollte anders

¹¹ 560 U.S. 48, 59 (2010) – *Graham v. Florida*: »The concept of proportionality is central to the Eighth Amendment«; 463 U.S. 277 (1983) – *Solem v. Helm*; 458 U.S. 782 (1982) – *Enmund v. Florida*.

¹² 538 U.S. 408, 426 (2003) – *State Farm Mut. Auto. Ins. Co. v. Campbell*: »[C]ourts must ensure that the measure of punishment is both reasonable and proportionate to the amount of harm to the plaintiff and to the general damages recovered«.

¹³ 512 U.S. 374, 391 (1994) – *Dolan v. City of Tigard*: »[P]roportionality« best encapsulates what we hold to be the requirement of the Fifth Amendment«; 133 S.Ct. 2586, 2591 (2003) – *Koontz v. St. Johns River Water Management Dist.*

¹⁴ 532 U.S. 318 (2001) – *Atwater v. City of Lago Vista*.

¹⁵ 532 U.S. 318, 347 (2001) – *Atwater v. City of Lago Vista*.

kommen. Der U.S. Supreme Court wies die Klage ab. Polizeibeamte seien aus historischen und funktionellen Gründen befugt auch wegen kleinster Vergehen Verhaftungen durchzuführen. Man könne keine Einzelfallabwägung von Polizisten erwarten, die unter hohem Stress eine spontane Entscheidung »in the heat ... of the moment«¹⁶ treffen müssten: »[W]e have traditionally recognized that a responsible ... balance is not well served by standards requiring sensitive, case-by-case determinations of government need«¹⁷. Dessen unbenommen, hätte ein deutsches Gericht wie das BVerfG unweigerlich die Unverhältnismäßigkeit der Maßnahme festgestellt. Nach deutschen Maßstäben wäre eine Sistierung und Festnahme in Handschellen nicht erforderlich und keinesfalls angemessen gewesen.

Das Beispiel muss einen deutschen Beobachter also überraschen. Mindestens erstaunt ist er regelmäßig ob der Tatsache, dass der Verhältnismäßigkeit in den USA keine entsprechende Rolle zukommt wie im heimischen Recht. Im Gegenteil: Den US-Amerikanern ist ein Verständnis von Verhältnismäßigkeit, das als verfassungsrechtliche Grundentscheidung in alle Bereiche der Rechtsordnung strahlt, fremd. Ausgehend von dem Verfassungstext Deutschlands und der USA erscheint dieser Befund konsequent. Weder in Deutschland noch in den Vereinigten Staaten hat die Umsetzung eines normativen Kontrollmaßstabs in ein handhabbares Kontrollinstrument zum Ausgleich widerstreitender bürgerlicher und staatlicher Interessen eine ausdrückliche Verortung in den Verfassungstext erfahren. Trotz der gleichen Ausgangslage könnten die Unterschiede nicht größer sein: Während das BVerfG den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gleich zweimal zur »übergreifende[n] Leitregel allen staatlichen Handelns«¹⁸ erklärt hat, ist in der US-amerikanischen Verfassungsrechtswissenschaft nicht nur von der Einzigartigkeit und des grundlegend verschiedenen Ansatzes der Grundrechtsdogmatik die Rede.¹⁹ Die US-Amerikaner werden auch als Außenseiter in der weltweiten Anerkennung des Verhältnismäßigkeitsprinzips gescholten.²⁰ Dass der U.S. Supreme Court und das BVerfG gleichwohl eine in vielerlei Hinsicht gemeinsame Sprache von Verhältnismäßigkeit sprechen, wird diese Untersuchung zeigen.

¹⁶ 532 U.S. 318, 347 (2001) – *Atwater v. City of Lago Vista*.

¹⁷ 532 U.S. 318, 347 (2001) – *Atwater v. City of Lago Vista*, mit Hinweis auf 414 U.S. 218, 234 f. (1973) – *United States v. Robinson*.

¹⁸ BVerfGE 38, 348 (368); 23, 127 (133).

¹⁹ Die bekanntesten Untersuchungen in der amerikanischen Literatur finden sich bei *Greene*, *The Intellectual Construction of America* (1993); *Lipset*, *American Exceptionalism* (1996), *Madsen*, *American Exceptionalism* (1998). Einen Überblick gibt *Kammen*, *Am. Q.* 45 (1993), S. 1.

²⁰ *Jackson*, *Yale L. J.* 124 (2015), S. 3094 (3096); vgl. *Cohen-Eliya/Porat*, *San Diego L. Rev.* 46 (2009), S. 367 (374 m. w. N.).

§ 2 – »Levels of Scrutiny«: Gang der Untersuchung

Über die letzten zwei Jahrhunderte hat der U.S. Supreme Court die »Levels of Scrutiny« (frei übersetzt: Ebenen der Prüfungsdichte) entwickelt. Sie bilden ein System gestaffelter Prüfungsmaßstäbe, das dem Gesetzgeber materielle Grenzen bei der Verabschiedung von Normen im Kontext der Grundrechte setzt. Im amerikanischen Grundrechtsverständnis haben diese Maßstäbe in etwa die gleiche Bedeutung wie für einen deutschen Juristen die Verhältnismäßigkeit. Sie stehen an der Schnittstelle zwischen effektiver Staatslenkung und der Effektuierung grundrechtlichen Freiheitsschutzes. Vergleichbar mit einem deutschen Verständnis von Verhältnismäßigkeit als »ökonomisches Rationalitätskalkül«²¹ setzen sie das Mittel und den Zweck legislativer Tätigkeit zueinander in Verhältnis. Mit Hilfe dieser »Levels« nutzt der U.S. Supreme Court eine im Wesentlichen der deutschen Verhältnismäßigkeitskontrolle angenäherte Technik der Grundrechtsabwägung. Sie bieten ihm ein handhabbares Instrument verfassungsgerichtlicher Kontrolle, das auf Grundlage einer liberalen Werteordnung Einschränkungsmöglichkeiten scheinbar schrankenlos gewährter Grundrechte verspricht.

Weil die US-amerikanische Rechtswissenschaft weniger deduktiv-systematisch als die heimische Rechtswissenschaft »denkt«,²² stellen die »Levels« im Common Law der USA eine Besonderheit dar, die der deutsche Leser²³ für selbstverständlich hält: eine Art allgemeine Grundrechtslehre. Dies erleichtert den Rechtsvergleich einer sonst von besonderer Einzelfallpragmatik geprägten Rechtsordnung. Und doch kommt ein so ehrgeiziges Ziel nicht ohne drei Prämissen aus: die Rechenschaft über die Auswahl der Vergleichsobjekte, den Aufbau und die Grenzen dieser Untersuchung.

A. Auswahl der Vergleichsobjekte

Ein produktiver Rechtsvergleich setzt voraus, dass die Anschauungsobjekte ein Mindestmaß an Parallelen und struktureller Gleichheit aufweisen. Die Frage, wie die Entscheidungsmacht des Gesetzgebers zu beschränken und unter welchen Voraussetzungen sich übermäßige Grundrechtsbeschränkungen vermeiden lassen, spielt in Deutschland und den Vereinigten Staaten eine herausragende Rolle. Das Grundgesetz und die amerikanische Verfassung sind maßgebliche Referenzobjekte unter den Verfassungen einer liberal-demokratischen Weltgemeinschaft.

²¹ Michael/Morlok, Grundrechte, Rn. 608.

²² Brugger, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HdBStR IX, § 186, Rn. 32.

²³ Vgl. allein die mitunter breiten Ausführungen zum allgemeinen Teil der Grundrechte in den Standardlehrbüchern von Hufen, StaatsR II, S. 39-130; Ipsen, StaatsR II, S. 17-58; Kingreen/Poscher, Grundrechte, S. 7-106.

Die Vereinigten Staaten stellen mit der »Bill of Rights« die erste verfassungsrechtliche Verbürgung von Grundrechten mit heute noch geltenden Grundrechtsgewährleistungen. Es verwundert nicht, dass das Verfassungsrecht und der Typus der Verfassungsgerichtsbarkeit der Vereinigten Staaten als Modell für die Bundesrepublik heraussticht.²⁴ Erst kürzlich feierte die amerikanische Verfassung mit ihrem über 240-jährigen Bestehen den Status einer der ältesten geschriebenen Verfassungen liberal-demokratischen Typs weltweit und verkörpert mit der Spruchpraxis des U.S. Supreme Courts das meistzitierte Verfassungsrecht schlechthin.²⁵ So richtete sich der Blick des BVerfG in seiner Rechtsprechung stets auch auf die »führenden Demokratien der westlichen Welt«²⁶, wie allein der Verweis auf die Entscheidung »Palko v. Connecticut« im Lüth-Urteil eindrucksvoll zur Schau stellt²⁷.

Rechtsvergleichend erscheint ein Blick auf die Vereinigten Staaten auch vor dem Hintergrund der interdisziplinären Tradition des US-amerikanischen Rechts lohnenswert. Die aus der Hinwendung zu den Sozial- und Wirtschaftswissenschaften geschaffenen Rechtsansätze der Legal Realists seit den 1920er Jahren²⁸ können die dogmatische, von Normen statt von Tatsachen geprägte, Verfahrensweise des deutschen Verfassungsrechts zu neuen Impulsen führen.²⁹

B. Aufbau der Untersuchung

Diese Schrift gliedert sich in sechs Teile. Sie basiert auf der Überzeugung, dass eine wertende Vergleichung einer spezifischen Rechtsfigur die Erfassung der Hintergründe und Untertöne einer fremden Verfassungskonzeption voraussetzt. Nach einer Einleitung im ersten Teil der Untersuchung sollen im zweiten Teil

²⁴ Vgl. nur *Hartmann*, Volksgesetzgebung, S. 122; *ders.*, Tul. Eur. & Civ. L.F. 17 (2002), S. 23; *ders.*, BYU J. Pub. L. 18 (2004), S. 107; *Pieroth*, NJW 1989, S. 1333. In den Protokollen von Herrenchiemsee finden sich allein zehn Bezugnahmen auf das Verfassungsrecht der USA, vgl. *Wernicke/Booms*, Parlamentarischer Rat 48/49 II, S. 75. Im Parlamentarischen Rat waren sie zahlreicher: die US-Verfassung hatte Vorbildfunktion in den Bereichen der Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit; insbesondere die Erfindung der amerikanischen Verfassung als »paramount law« fand in Art. 1 Abs. 3 GG Widerhall. Hier spiegelt sich der Gedanke, dass eine Verfassung, die keine Grundrechte einschließt, schlechterdings keine Verfassung sei, *Friedrich*, American Constitutionalism, S. 87 f.; *Steinberger*, 200 Jahre amerikanische Bundesverfassung, S. 33.

²⁵ *Brugger*, Einführung in das öffentliche Recht der USA, S. VI.

²⁶ BVerfGE 18, 112 (118).

²⁷ BVerfGE 7, 198 (208). Auch im ersten Urteil zum Schwangerschaftsabbruch (BVerfGE 39, 1 [73]) verwies das Gericht auf eine Entscheidung des U.S. Supreme Courts (410 U.S. 156 [1973] – *Roe v. Wade*).

²⁸ *Duxbury*, Patterns of American Jurisprudence, S. 381 ff.

²⁹ Das Common Law basiert auf Sachverhalten, also Tatsachen, die nach Lösungen verlangen, während das Civil Law den Sachverhalten und ihren Tatsachen Lösungen durch Normen vorzeichnet, *Lepsius*, ZVglRWiss 109 (2010), S. 327 (330), *ders.*, Die Verwaltung, Beiheft 7 (2007), S. 319 (320 ff.).

daher die Verständnisgrundlagen für den Zugang zu den »Levels of Scrutiny« gelegt werden. Er widmet sich der Tatsache, dass den Gründungstexten der amerikanischen Rechtsordnung keine eindeutige Antwort auf die Frage zu entnehmen ist, in welchem Maß die Entscheidungsmacht des Gesetzgebers verfassungsrechtlich bestimmten materiellen Schranken unterliegen soll. Es erscheint sinnvoll, die Entwicklung der »Levels of Scrutiny« in Abgrenzung zur deutschen Verhältnismäßigkeit vor dem Hintergrund ihrer normativen Verortung nachzuzeichnen.

In dem dritten Teil schlägt das Herz dieser Untersuchung, Er behandelt das materielle Verständnis der Prüfungsmaßstäbe. Erst in jüngerer Zeit ist in den Vereinigten Staaten die Systematisierung der gegenläufigen staatlichen Interessen gegenüber individuell-freiheitlichen Grundrechtspositionen in das Schlaglicht der verfassungsrechtlichen Literatur geraten.³⁰ Weil Kritik und Zustimmung erst durch die Einbettung in einen strukturell vergleichbaren Rahmen systemisierbar werden, erfolgt eine vertiefte Analyse der amerikanischen Prüfungsparameter, die sich an dem gängigen Raster der Kontrollmaßstäbe orientiert und der deutschen Verhältnismäßigkeitsdogmatik gegenübergestellt wird.

Für das deutsche Recht hat das BVerfG mehrfach gefordert, dass sich der Staat »schützend und fördernd«³¹ vor die Grundrechte zu stellen habe. Während die Untersuchung in den Teilen zwei und drei nachweist, dass der U.S. Supreme Court eine der deutschen Verhältnismäßigkeitsdogmatik in wesentlichen Zügen ähnelnde Prüfung vornimmt, wird der vierte Teil danach fragen, ob der U.S. Supreme Court wie das BVerfG als Kehrseite ein- und derselben Medaille von Verhältnismäßigkeit den Schritt vom Übermaß- zum Untermaßverbot geht.

Hieran schließt der fünfte Teil die praktischen Konsequenzen an, die sich aus der materiellen Handhabung der gestaffelten Prüfungsmaßstäbe ergeben. Bedeutung und Tragweite der »Levels of Scrutiny« und des Verhältnismäßigkeitsprinzips sind entscheidend mit dem Selbstverständnis der Verfassungsgerichte und ihrem Auftrag im Gefüge der Teilgewalten verbunden. In den Teilabschnitten »Vermutung, Beweislast, Tatsachenfeststellung und Prognose« geht es um die Frage, wie der U.S. Supreme Court in Abgrenzung zur Rechtsprechung des BVerfG die ihm zur Verfügung stehenden »Levels of Scrutiny« in die Rechtspraxis umsetzt.

Die Arbeit schließt in ihrem sechsten Teil mit einer Analyse der Ergebnisse und einer rechtsvergleichenden Rechtfertigung der gerichtlichen Kontrollpraxis.

³⁰ *Gottlieb*, B.U. L. Rev. 68 (1988), S. 917 (917); vgl. für viele *Gardbaum*, UCLA L. Rev. 54 (2007), S. 789 (798): »the whole topic of limits on rights is strangely undertheorized in the United States«; ebenso *Spece/Yokum*, Ariz. L. S. 15-12 (2015), S. 1 (1).

³¹ BVerfGE 121, 317 (356); 115, 118 (152); 56, 54 (73); 46, 160 (164); 39, 1 (42).

C. Grenzen der Untersuchung

Diese Untersuchung widmet sich grundsätzlichen Fragen. Angesichts des weit gesteckten Feldes erscheint eine gegenständliche Begrenzung trotzdem wünschenswert. Ebenso macht die Breite des gewählten Themas die Auswertung der nur schwer überschaubaren Masse an Rechtsprechung und Schrifttum unmöglich. Sie widmet sich lediglich Leitentscheidungen der Rechtsprechung des U.S. Supreme Courts. Zur Illustration des Vergleichsgegenstands wird die Abhandlung das Verhältnismäßigkeitsprinzip Deutschlands immer wieder heranziehen, sich schwerpunktmäßig jedoch der US-amerikanischen Rechtsprechung widmen. Insbesondere kann die Untersuchung keine Detailausbreitung erbringen und reduziert sich auf eine typologische Darstellung, nach der auf vergleichbare Fälle geschlossen werden kann.

Um die Arbeit nicht zu überfrachten, widmet sie sich den spannungsreichen Fragestellungen, die aus dem unmittelbaren Zusammenhang der amerikanischen Konzeption der Beschränkung von Freiheitsrechten (»substantive due process«) und Gleichheitsrechten (»equal protection«) herrühren. Die Redefreiheit wird wegen ihrer herausragenden Bedeutung und deutlichen Parallelen zur heimischen Verfassungsrechtsprechung mit behandelt. Vor dem Hintergrund umfangreicher Vorarbeiten³² beschränkt sich ihre Darstellung auf eine skizzenhafte Analyse mit Beispielscharakter.

Auch wird diese Untersuchung ihr Augenmerk nur auf ausgewählte, von besonderem Interesse für die Rechtsvergleichung erscheinende Fragen richten, die aus dem unmittelbaren Verhältnis Bürger – Staat auf legislativer Grundlage herrühren. Maßnahmen der Exekutive und spezielle Ausprägungen des Verhältnismäßigkeitsprinzips, wie im deutschen Recht aus dem Zusammenhang mit Art. 12 GG, werden am Rande zum Vergleich mit behandelt, Fragestellungen der Verhältnismäßigkeit im staatsorganisatorischen Verhältnis Bund – Länder – Kommunen³³ ausgelassen.

³² Rohloff, Grundrechtsschranken in Deutschland und den USA (2007) und Stock, Meinungs- und Pressefreiheit in den USA (1986). Ferner Brugger, Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 216 ff.; Chemerinsky, Constitutional Law, S. 965 ff.; Nowak/Rotunda, Constitutional Law, S. 1252 ff.; Murphy/Fleming/Barber/Macedo, American Constitutional Interpretation, S. 692 ff.; White, Mich. L. Rev. 95 (1996), S. 299.

³³ Das BVerfG hat die Unanwendbarkeit des Verhältnismäßigkeitsprinzips auf das kompetenzrechtliche Bund-Länder-Verhältnis mit Verweis auf die »individuelle Rechts- und Freiheitssphäre verteidigende Funktion« (BVerfGE 81, 310 [338]) des Grundsatzes festgestellt. Siehe aus jüngerer Zeit die Untersuchung bei Heusch, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Staatsorganisationsrecht (2003).

Zwecks besserer Lesbarkeit orientiert sich diese Untersuchung an der Zitierweise der deutschen Rechtswissenschaft. Insbesondere die Zitierweise der amerikanischen »Law Journals« u. a. wurde der deutschen angeglichen. Wenn der Autor mitunter den »US«-Zusatz bei US-amerikanisch unterschlägt, geschieht dies nicht in Verkenning der Staaten Nord- und Südamerikas, sondern dient allein dem Lesefluss.

Zweiter Teil

Grundlagen: Definition, Geschichte, Dogmatik

Struktur und Interpretation der Verfassungstexte variieren nach ihrem nationalen Rahmen und sind das Produkt eines historisch und kulturell gewachsenen Staatskollektivs. Sie basieren auf spezifischen sozialen Voraussetzungen und sind insofern das Ergebnis des vorausliegenden normativen Ausgangsmaterials. Die Untersuchung eines fremden Verfassungsrechts kann daher nur mit besonderer Vorsicht unternommen werden.

Die »Levels of Scrutiny« stellen weder eine historische Momentaufnahme noch eine dogmatische Einheit dar. Über die Jahre ihrer Ausprägung waren sie Wandlungen unterworfen, die die Forschung vor besondere Herausforderungen stellt. In diesem Teil wird die Untersuchung die Bedeutung und strukturelle Vergleichbarkeit der »Levels« mit der deutschen Verhältnismäßigkeit darstellen (§ 1). Anschließend werden Geschichte und Dogmatik der Rechtsfiguren nachgezeichnet, um der strukturellen Eigenart der Rechtsordnungen Rechnung zu tragen (§ 2).

§ 1 – Definition: »Levels of Scrutiny« und Verhältnismäßigkeit

A. Überblick über die »Levels of Scrutiny«

Im Wesentlichen existieren drei »Levels« oder »Tests«, an Hand derer der U.S. Supreme Court über die Rechtmäßigkeit eines Grundrechtseingriffs richtet: »rational basis«, »intermediate scrutiny« und »strict scrutiny«, wobei zwischen den Polen des großzügigen »rational basis test« und des strengen »strict scrutiny test« sich der relativ junge »intermediate scrutiny test« befindet.

Für die Kontrolldichte ist der spärliche Text der US-amerikanischen Verfassung tendenziell weniger von Bedeutung als ein bestimmtes Rollenverständnis von Gericht und Gesetzgeber.³⁴ Denn bei der Lektüre der amerikanischen Ver-

³⁴ Simons, Grundrechte und Gestaltungsspielraum, S. 83; ausführlich dazu unten S. 181 ff.

fassung zeigt sich im Vergleich zum deutschen Grundgesetz ein weit weniger ausdifferenziertes System von Grundrechtsschranken und Gesetzesvorbehalten. Eine dem Grundgesetz inhärente Konzeption von Gesetzesvorbehalten spielt in dem Verfassungstext der USA keine vergleichbare Rolle. Das begrenzte normative Material in den Vereinigten Staaten leistet der richterlichen Auslegung einen größeren Vorschub als in der deutschen Rechtswissenschaft, wo die Grundrechte eine breite und genaue verfassungstextliche Basis genießen. Die Feststellung des konkreten Verfassungsrechts ist allein das Ergebnis der Interpretation wertungs-offener und abstrakter Rechtsbegriffe seitens des U. S. Supreme Court.³⁵ Normative Anknüpfungspunkte im Korpus der US-Verfassung, auf die für eine differenzierte Schrankendogmatik verwiesen werden kann, hat der U.S. Supreme Court nicht aufgegriffen.³⁶

Die Entscheidung über das Eingreifen eines strengen oder milden Prüfungsmaßstabs richtet sich vielmehr nach einem Stufensystem. Vor dem Hintergrund des spärlichen Verfassungstextes entscheidet eine Rangfolge von Kontrollparametern über das anvisierte gesetzliche Mittel³⁷. Die »Levels of Scrutiny« markieren Abstufungen in der Justiziabilität und Stringenz in einer Art amerikanischer Verhältnismäßigkeit, wo die Zuordnung zu einem Kontrolldichtepol maßgeblich über das Schicksal der angegriffenen Maßnahme entscheidet. Auswahl und Anwendung dieser Werkzeuge spielen daher eine nicht zu unterschätzende Rolle bei der Kontrolle der legislativen Organe auf Ebene des Bundes und seiner Gliedstaaten.³⁸ Anders als im deutschen Verfassungsrecht konnte sich ein gleitender Prüfungsmaßstab der Verhältnismäßigkeit nicht durchsetzen. Mangels textlicher Grundlage richtet sich die anwendbare Prüfungsebene ausschließlich nach dem im präjudiziellen Entscheidungsspielraum des Gerichts stehenden Maßstab. Der U.S. Supreme Court bringt das im Wesentlichen aus drei Kategorien bestehende Prüfungsraster über ein weites Spektrum von Grundrechten und Grundrechtssgruppen zur Anwendung.³⁹

³⁵ *Lundmark*, Power & Rights in US Constitutional Law, S. 53. Dass letztlich jede Verfassung nur das Interpretationsergebnis eines zumeist offenen Textes darstellt, unterstreicht *Aguila*, in: *Revue FDC* 1995, S. 9 (17).

³⁶ *Brugger*, Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 40.

³⁷ Zur Klarstellung sei angemerkt, dass ein Mittel oder eine Maßnahme im Kontext der »due process clause« den Eingriff in das jeweilige Freiheitsrecht und im Kontext des Gleichheitssatzes eine vom Gesetzgeber gewählte Klassifizierung bezeichnet.

³⁸ *Brugger*, Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 43; *Faigman*, Va. L. Rev. 78 (1992), S. 1521 (1523); *Simons*, Grundrechte und Gestaltungsspielraum, S. 85.

³⁹ *Nowak/Rotunda*, Constitutional Law, S. 482 f.; 747 ff. *Sunstein* unterstreicht: »One of the most striking facts of modern constitutional law is the overlap – almost identity – of current tests under many of the most important clauses of the Constitution«, *Colum. L. Rev.* 84 (1984), S. 1689 (1689).

B. Die einzelnen »Levels«

Das Prüfraster eines jeden »Level« ist im Grunde gleich gestaffelt und misst ein in Frage stehendes Gesetz an Hand einer dreifachen Prüfung: die Verfolgung eines legitimen Ziels, das hierzu eingesetzte Mittel und die Dichte der Zweck-Mittel-Relation. Vielfach haben sich spezifische Standards für die Eigenheiten jedes in Frage stehenden Grundrechts entwickelt.⁴⁰

Die oberste Prämisse jedes freiheitsverkürzenden Eingriffs ist die Verfassungslegitimität des angestrebten Ziels durch ein ebenso legitimes Mittel. Der U.S. Supreme Court stellt wie das BVerfG nach der Dreistufenlehre bei steigender Intensität der Grundrechtsbeeinträchtigung besondere Anforderungen an die Rechtfertigung eines Grundrechtseingriffs. Kommt der Gesetzgeber diesen Erfordernissen nach, dreht sich das Kernproblem anschließend darum, dass das gesetzgeberische Mittel in einem bestimmten Verhältnis zu dem mit diesem Mittel verfolgten Zweck stehen muss. In Abhängigkeit von der Einschlägigkeit eines grundrechtlichen Schutzbereichs stellen die Maßstäbe gestufte Anforderungen, an Hand derer die Dichte der Zweck-Mittel-Relation beurteilt wird. Der Nexus kann »close«, »substantial« oder »loose« sein, sich also als besonders enge oder lockere Zweck-Mittel-Relation darstellen.⁴¹ Je direkter und sicherer die gesetzliche Maßnahme das Ziel erreicht, desto intensiver stellt sich der Kontrollnexus dar. Der anwendbare Kontrollmaßstab entscheidet somit über das Maß an Toleranz, das der U.S. Supreme Court gegenüber den gesetzgeberischen Organen walten lässt. Auf diese Weise machen die »Levels of Scrutiny« kumulativ die Dichte der Zweck-Mittel-Relation und den Grad des öffentlichen Interesses zum Ausgangspunkt einer wertenden Betrachtung und setzen den Maßstab, vermittels dessen eine Verfassungsfrage im Kontext der Grundrechte zu lösen ist.

I. »Rational basis«

Der auch »mere rationality standard« genannte »rational basis test« stellt die geringsten Anforderungen an die Rechtfertigung eines Eingriffs. Unter einem geräumigen Dach von Rechtfertigungschancen ist der Gesetzgeber auf der ersten Ebene der Prüfungsdichte lediglich gehalten, mit seiner Maßnahme ein legitimes Gemeinwohlziel (»legitimate state interest«) zu verfolgen und sicherzustellen, dass zwischen den dazu eingesetzten Mitteln und dem Zweck möglicherweise eine zumindest im Ansatz nachvollziehbare Verbindung besteht.⁴² Der U.S. Supreme Court erachtet jedweden die öffentliche Wohlfahrt steigernden Zweck als

⁴⁰ Vgl. die Untersuchung bei *Rohloff*, Grundrechtsschranken in Deutschland und den USA, S. 116 ff. und 194 ff.

⁴¹ *Simons*, Grundrechte und Gestaltungsspielraum, S. 97.

⁴² 517 U.S. 620, 631 (1996) – *Romer v. Evans*: »[I]f a law neither burdens a fundamental right or targets a suspect class, [the Court] will uphold the legislative classification so long as it bears a rational relation to some legitimate end«.

legitim. Auch bestätigt er Klassifizierungen des Gesetzgebers, sofern dieser einen sachlichen Grund für die Differenzierung vorbringen kann. Der Nexus der Zweck-Mittel-Relation ist nur dann gestört, wenn der Kläger den Nachweis führen kann, dass der Gesetzgeber sich von parteiischen und willkürlichen Motiven hat leiten lassen.⁴³ Die Selbstbeschränkung des U.S. Supreme Courts auf eine – einer Grundrechtsverletzung unter Art. 3 Abs. 1 GG⁴⁴ vergleichbaren, nicht aber identischen – Willkürkontrolle⁴⁵ führt zusammen mit der gesetzgeberfreundlichen Beweislastverteilung dazu, dass das Gericht die Rechtmäßigkeit einer gesetzlichen Maßnahme vermutet.⁴⁶ Vor dem Hintergrund des umfassenden, den legislativen Organen zugestandenen Ermessensspielraums erklärt das Gericht nur sehr selten ein gesetzgeberisches Mittel für ungültig.

II. »Strict scrutiny«

Das entgegengesetzte Ende der Skala nimmt der rigide »strict scrutiny test« ein. Er verlangt, dass die gesetzgeberische Maßnahme kumulativ ein zwingendes öffentliches Interesse (»compelling state interest«) verfolgt und sich der Nexus als direkte Zweck-Mittel-Relation darstellt.⁴⁷ Wird das angestrebte Ziel nicht mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit erreicht, genügt das Gesetz nicht den »strict scrutiny«-Anforderungen. Gleichfalls sind die legislativen Körperschaften gehalten, ein erforderliches Mittel zur Erreichung der gesetzlichen Maßnahme zu wählen. Dieses Mittel ist nur dann erforderlich, wenn der Gesetzgeber kein anderes, das Freiheitsrecht weniger beeinträchtigendes Mittel hätte wählen kön-

⁴³ Simons, Grundrechte und Gestaltungsspielraum, S. 88.

⁴⁴ BVerfGE 84, 133 (157 f.): Voraussetzung eines »sachlichen Differenzierungsgrundes«, vgl. bereits BVerfGE 61, 43 (62 f.); 56, 87 (95); 49, 260 (271); 26, 141 (158 f.).

⁴⁵ Brugger, Einführung in das öffentliche Recht der USA, S. 102; so auch Stoevesandt, Aktivismus und Zurückhaltung, S. 100.

⁴⁶ 509 U.S. 312, 319 (1993) – *Heller v. Doe*: »a classification neither involving fundamental rights nor proceeding along suspect lines is accorded a strong presumption of validity; *Shaman*, Constitutional Interpretation, S. 71; *ders.*, Ohio St. L. J. 45 (1984), S. 161 (161); vgl. Meinert-Brockmann, Die Einschränkung von Grundrechten, S. 197.

⁴⁷ 543 U.S. 499, 505 (2005) – *Miller v. Johnson*: »To satisfy strict scrutiny, the State must demonstrate that its districting legislation is *narrowly tailored* to achieve a *compelling interest*« (Herv. d. Verf.); 523 U.S. 666, 677 (1998) – *Ark. Educ. Television Comm'n v. Forbes*: »The government can exclude a speaker from a traditional public forum ›only when the exclusion is necessary to serve a *compelling state interest* and the exclusion is *narrowly drawn* to achieve that interest« (Herv. d. Verf.); 410 U.S. 113, 156 (1973) – *Roe v. Wade*. Ferner 543 U.S. 499, 505 (2005) – *Johnson v. California*; 395 U.S. 621, 627 (1969) – *Kramer v. Union School District*; 394 U.S. 618, 634 (1969) – *Shapiro v. Thompson*; 381 U.S. 479, 485 (1965) – *Griswold v. Connecticut*; 378 U.S. 500, 508 (1964) – *Aptheker v. Secretary of State*; 378 U.S. 398, 406 (1963) – *Sherbert v. Verner*; 310 U.S. 296, 307 f. (1940) – *Cantwell v. Connecticut*.

nen.⁴⁸ Nur selten prüft der U.S. Supreme Court, was ein deutscher Jurist unter der Angemessenheit versteht, nämlich, ob das Ziel der Maßnahme in seiner Wertigkeit nicht außer Verhältnis zur Freiheitsverkürzung des geschützten Rechtsguts steht. Diesen harschen Voraussetzungen schließt sich die Vermutung der Verfassungswidrigkeit von Normen an, die an dem strengen Prüfungsmaßstab gemessen werden.

III. »Intermediate scrutiny«

Der »intermediate scrutiny test« (oder auch »middle tier«) wurde maßgeblich unter der Federführung des »Burger-Court« nachträglich zwischen den Extremen »rational basis« und »strict scrutiny« angesiedelt. Als »Mittelweg« erfordert er die Verfolgung eines erheblichen, wenngleich nicht zwingenden öffentlichen Ziels (»significant governmental interest«).⁴⁹ Der Gesetzgeber muss ebenso das mildeste Mittel zur Erreichung der gesetzlichen Maßnahme wählen. Auch hier prüft der U.S. Supreme Court nur selten die Angemessenheit des Mittels.

C. Der Vergleichsgegenstand: Verhältnismäßigkeit in Deutschland

Sucht man im deutschen Recht nach einem Instrument, das Mittel und Zweck des Gesetzgebers zueinander in Verhältnis setzt, stößt man unweigerlich auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Er verlangt von der grundrechtsbeschränkenden Staatsgewalt, dass die freiheitsverkürzende Maßnahme in geeigneter, erforderlicher und angemessener Weise dazu dient, einen legitimen Zweck zu verfolgen. Ein Mittel ist geeignet, wenn es seinen Zweck fördert. Es ist erforderlich, wenn kein anderes, gleich wirksames, aber schonenderes Mittel zur Verfügung steht. Letztlich ist es angemessen, wenn Zweck und Mittel in einem ausgewogenen Verhältnis zueinanderstehen.⁵⁰ Wie der U.S. Supreme Court folgt das BVerfG somit einem Raster, das eine Zweck-Mittel-Relation zum Ausgangspunkt der Disziplinierung des grundrechtsbeschränkenden Gesetzgebers macht.⁵¹

Verhältnismäßigkeit regiert das gesamte Verfassungs- und Verwaltungsrecht. Es ist auch im Zivilrecht etabliert, wenngleich im öffentlichen Recht »hei-

⁴⁸ 502 U.S. 105, 118 (1991) – *Simon & Schuster, Inc. v. Members of the N. Y. State Crime Victims Bd.*: »[T]he state must show that its regulation is *necessary* to serve a compelling state interest and is *narrowly drawn* to achieve that end« (Herv. d. Verf.); *Chemerinsky*, Constitutional Law, S. 567; *Winkler*, Vand. L. Rev. 59 (2006), S. 793 (800 f.).

⁴⁹ 466 U.S. 789, 817 (1984) – *City Council v. Taxpayers for Vincent*; 468 U.S. 288, 293 (1984) – *Clark v. Community for Creative Non-Violence*; vgl. 452 U.S. 640 (1981) – *Heffron v. International Society for Krishna Consciousness*.

⁵⁰ Vgl. nur *Stern*, Staatsrecht der Bundesrepublik I, S. 866.

⁵¹ *Lange*, Grundrechtsbindung des Gesetzgebers, S. 312.

misch«.⁵² In Sonderregime untergliedert trägt das Verhältnismäßigkeitsprinzip der strukturellen Eigenart bestimmter grundrechtlicher Schutzpotentiale Rechnung: Unter der Berufsfreiheit hat das BVerfG die Dreistufentheorie⁵³ entwickelt und in Ansehung von Art. 5 GG die Wechselwirkungslehre⁵⁴. Drittens findet das Prinzip Anwendung bei der Prüfung des allgemeinen Gleichheitssatzes auf Grundlage der vom BVerfG entwickelten, noch immer sog. neuen Formel.⁵⁵

§ 2 – Ausgangslage: Geschichte und Dogmatik

Die Entwicklung der »Levels of Scrutiny« ist auf das engste mit dem Selbstverständnis des U.S. Supreme Courts verwoben. Obschon der U.S. Supreme Court seit »Marbury v. Madison«⁵⁶ für sich ein richterliches Prüfungsrecht aus der Verfassung in Anspruch nimmt, sind die »Levels of Scrutiny« eine relativ junge Erscheinung in den USA. Ihre Entwicklung und Prägung ist die Reaktion auf die politischen und historischen Begebenheiten, die sich in dem »autobiografischen Hintergrund«⁵⁷ des amerikanischen Verfassungsrechts spiegeln. Die Untersuchung einer nationalen Verfassungskonzeption bedarf insofern einer besonderen Sensibilität für die sozialen, historischen und kulturellen Hintergründe der Verfassungsordnungen, um den nationalen Strukturen Rechnung zu tragen.

Dieser Teil der Untersuchung dient der Einbettung des Themas in die Historie der jeweiligen Verfassung. Die deutsche Rechtswissenschaft hat mit den Untersuchungen von *Remmert*⁵⁸ und *d'Avoine*⁵⁹ die geschichtliche Entwicklung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im nationalen Kontext ausführlich dargestellt. Für das deutsche Recht skizziert diese Arbeit daher nur Leitgedanken, die die Entwicklung des Verhältnismäßigkeitsprinzips in seinem gegenwärtigen Verständnis prägen.

⁵² *Schlink*, in: FS BVerfG II, S. 445 (445); im Zivilrecht vgl. jüngst die Habilitation von *Stürner*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Schuldvertragsrecht (2010) und *Canaris*, JuS 1989, S. 161; zum Strafrecht exemplarisch BVerfGE 16, 194 (201 f.). Mit Hinweis auf eine Instrumentalisierung des Strafrechts durch den Gesetzgeber *Joecks*, in: ders./Miebach (Hrsg.), MünchKommStGB, Einl., Rn. 21 ff.; *Kruis/Cassardt*, NStZ 1995, S. 521 ff. und S. 574 ff.

⁵³ BVerfGE 7, 377 (405 ff.).

⁵⁴ BVerfGE 35, 202 (225 f.).

⁵⁵ BVerfGE 107, 205 (214); 105, 73 (110); 55, 72 (88). Die alte Formel des BVerfG gebietet, wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln, BVerfGE 98, 365 (385); 49, 148 (165); 42, 64 (72); 4, 144 (155); 1, 14 (52). Im Überblick zu der neuen und alten Formel *Hesse*, in: FS Lerche, S. 121 ff.; *Michael*, JuS 2001, S. 148 (152).

⁵⁶ 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803) – *Marbury v. Madison*.

⁵⁷ *Finer/Bogdanor/Rudden*, Comparing Constitutions, S. 7.

⁵⁸ Verfassungs- und verwaltungsrechtsgeschichtliche Grundlagen des Übermaßverbotes (1995).

⁵⁹ Die Entwicklung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit insbesondere gegen Ende des 18. Jahrhunderts (1994).

A. USA

Weil die USA verfassungsrechtlich eine historische Vorreiterstellung einnehmen, wird die Untersuchung zunächst an der dem deutschen Leser weniger vertrauten Entwicklung aus der US-amerikanischen Perspektive verortet.⁶⁰ Ein kurzer Abriss der US-amerikanischen Staatswerdung soll den historischen Kontext rahmen.

I. Abriss US-amerikanischer Staatswerdung

Die Grundlage des US-amerikanischen Staatswesens bildeten die englischen Kolonien, die gegen Anfang des 17. Jahrhunderts an der Ostküste Nordamerikas gegründet wurden. Knapp 100 Jahre später hatten sich dreizehn Kolonien entwickelt, die von New Hampshire bis Georgia reichten und den Ursprung der heutigen Vereinigten Staaten von Amerika kennzeichneten.⁶¹ 1774 führten die anhaltenden Spannungen zum Ersten Kontinentalkongress in Philadelphia, der mit dem Aufruf der revolutionären Führer der Kolonien zum Widerstand gegen die britischen Kolonialherren endete. Bereits im April 1775 kam es zu ersten kriegerischen Auseinandersetzungen.

Der Ablösungsprozess fand einen frühen Höhepunkt in der von *Thomas Jefferson* ausgearbeiteten Unabhängigkeitserklärung, die der Kontinentalkongress am 4. Juli 1776 angenommen hatte. Der dritte Teil der Erklärung bestand aus einer Darlegung der Grundlagen des neu gegründeten US-amerikanischen Gemeinwesens auf Grundlage natur- und vernunftrechtlicher Prinzipien. Das Gemeinwesen war organisiert durch Gliedstaatenverfassungen und die 1781 in Kraft getretenen »Articles of Confederation«⁶². Die Artikel begründeten zwar einen Staatenbund; indessen waren staatsorganisatorische Fragen wie der zwischenstaatliche Handel, die Steuererhebung und eine umfassende Gerichtsbarkeit nicht Bestandteil der an die nationale Regierung abgetretenen Kompetenzen.

Im Mai 1787 erzwang die anhaltende Verschlechterung der finanziellen Lage eine Revision der Konföderationsartikel. Die Beratungen der Delegierten – unter ihnen *George Washington*, *Benjamin Franklin*, *James Madison* und *Alexander Hamilton* – kulminierte in dem Entwurf einer neuen Verfassung, demzufolge ein Bundesstaat gegründet werden sollte. Unterstrichen mit den Eingangsworten der Verfassung »We, the People« wird der Demokratiegedanke der neuen Nation betont. Die dreizehn Kolonien, die sich 1788 eine Verfassung gaben, hätten in ihren Gesellschaftsstrukturen, ihren sozialen Hintergründen und ihren Wirtschaftssystemen und damit in den angestrebten Zielen, die eine gemeinsame Verfassung abbilden sollte, unterschiedlicher kaum sein können. Der Krieg um

⁶⁰ Ebenso *Frotscher/Pieroth*, Verfassungsgeschichte, Rn. 3.

⁶¹ *Frotscher/Pieroth*, Verfassungsgeschichte, Rn. 19.

⁶² Abgedruckt bei *Lundmark*, Power & Rights in US Constitutional Law, S. 205.

die eigene Existenz begünstigte es maßgeblich, dass sich Tabakpflanzler aus Virginia mit den strengen Puritanern und den Wal- und Kabelaufängern aus Massachusetts mit der vom Handel lebenden Kolonie Delaware (um nur drei Beispiele zu nennen) als natürliche Verbündete auf eine gemeinsame Verfassung mit einem Präsidialsystem verständigen konnten.

Die amerikanische Verfassung entstand in politisch höchst bewegten Zeiten mit großen Umbrüchen in weiten Teilen Europas und in der Folge des Unabhängigkeitskrieges. Sie wurde schlussendlich getragen von einer Bevölkerungsmehrheit, deren Zusammengehörigkeitsgefühl durch einen gleichermaßen liberalen wie religiösen Hintergrund geprägt wurde. Die Unabhängigkeitserklärung von 1776 erklärt die Ablösung der Kolonien von Großbritannien, doch sie enthält in der Präambel die Erklärung der allgemeinen Menschenrechte: »We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness. – That to secure these rights, Governments are instituted among Men, deriving their just powers from the consent of the governed«.

In der Zeit zwischen dem 7. Dezember 1787 und 21. Juni 1788 ratifizierten neun Staatenkonvente den Verfassungsentwurf. Damit war die Verfassung angenommen.

II. Die Entwicklung eines Grundrechtskatalogs

Im Zuge der Abnabelung des Gliedstaats Virginia von der britischen Krone verabschiedete der Konvent von Virginia am 12. Juni 1776 einstimmig die »Virginia Declaration of Rights«. Der erste moderne Grundrechtskanon enthielt Gleichheitsrechte, Justizgrundrechte, Presse- und Religionsfreiheit, die Anerkennung der Volkssouveränität und das Prinzip beschränkter Staatsgewalt, wonach jede Staatsgewalt nur so weit reicht, wie sie in der Verfassung geschrieben ist. Die Erklärung stand auch Pate für die Präambel der Unabhängigkeitserklärung von 1776 und zeichnet die Vereinigten Staaten als »Wiege« der modernen Grundrechtserklärungen aus.

Als Ergänzung traten am 15. Dezember 1791 mit der »Bill of Rights« zehn Verfassungszusätze mit heute noch geltenden Grundrechtsgewährleistungen in Kraft. Die Wirkung der »Bill of Rights« war zunächst auf Bundesebene beschränkt.⁶³ Unmittelbare Bindung gegenüber den Gliedstaaten entfaltete der Grundrechtskanon erst nach dem Bürgerkrieg über den drei- und vierzehnten Zusatzartikel.⁶⁴ Bis in die Gegenwart ist die Verfassung um siebzehn Zusatzartikel gewachsen, die staatsorganisatorische und grundrechtliche Fragen klärten.

⁶³ 32 U.S. (7 Pet.) 243, 250 f. (1833) – *Barron v. Baltimore*.

⁶⁴ *Lange*, Grundrechtsbindung des Gesetzgebers, S. 13.

Hervorzuheben sind die Abschaffung der Sklaverei 1865 und die Etablierung eines allgemeinen Minderheitenschutzes 1868.

III. Abwehrrechtliches Grundverständnis

Die amerikanische Verfassung reflektiert das Bekenntnis zum Naturrecht des 18. Jahrhunderts.⁶⁵ Sie basiert auf der Idee einer grundsätzlich unbeschränkten Freiheit des Bürgers und dem gleichzeitig beschränkten Herrschaftsanspruch der Staatsmacht.⁶⁶ Freiheit und autonome Selbstentfaltung bauen nach der amerikanischen Verfassungskonzeption »stark auf dem Moment individueller Wahl und Verantwortlichkeit«⁶⁷ auf. Dieser Gedanke spiegelt sich in dem durch das einst im Common Law geprägte⁶⁸ Menschenbild eines autonomen Individuums, das sich nur vor zwingend erforderlicher »Einmischung« des Staates zu beugen hat.⁶⁹ Ist die Verfassung auch Nachschrift kultureller und politischer Erfahrung, wird man die Gründe für die überragende Stellung des Abwehrrechts vorrangig in dem spezifischen Verfassungsethos finden, das die Erfahrungen mit dem englischen Mutterland spiegelt: »Auch ein Parlament kann Unrecht tun«⁷⁰.

Bei dieser starken Betonung eigenständiger Entscheidungsfindung überrascht es nicht, dass das Abwehrrecht im Grundrechtsverständnis der USA eine überragende Rolle spielt.⁷¹ Vor diesem Hintergrund sind Regelungskompetenzen des – wenngleich demokratisch legitimierten – Gesetzgebers möglichst zu minimieren. Im Bereich der Redefreiheit ist jedes Werturteil an sich Ausdruck individueller Meinungswahl und verdient verfassungsrechtlichen Schutz.⁷² Auf der

⁶⁵ *Hohmann*, Angemessene Außenhandelsfreiheit, S. 374; *Stourzh*, JZ 1976, S. 397 (401).

⁶⁶ *Durham*, in: *Germany and its Basic Law*, S. 37 (46).

⁶⁷ *Brugger*, Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 418.

⁶⁸ *Bandes*, Mich. L. Rev. 88 (1990), S. 2271 (2317 f.): »The common law ... assumed that we are atomistic beings, motivated by self-interest, and that it was not its function to impose on us an alien morality. ... The common law notion that government should do nothing affirmative rests on the perception that government does not act when it protects certain entitlements«. Die Prinzipien des Common Law hatten keinen Verfassungsscharakter. Nach *Stern* galten sie vielmehr als die »Verkörperung von Recht und Vernunft schlechthin«, Grundideen europäisch-amerikanischer Verfassungsstaatlichkeit, S. 26.

⁶⁹ *Bandes*, Mich. L. Rev. 88 (1990), S. 2271 (2314 f.).

⁷⁰ *Frotscher/Pieroth*, Verfassungsgeschichte, Rn. 43; vgl. auch *Wahl*, Der Staat 20 (1981), S. 485 (490).

⁷¹ *Brugger*, Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 415; *Lange*, Grundrechtsbindung des Gesetzgebers, S. 314. *Bandes* fasst die Verfassungspraxis zusammen: »Government is held solely to what courts characterize as a negative obligation: to refrain from acts that deprive citizens of protected rights. Obligations that courts conceive to be affirmative - duties to act, to provide, or to protect - are not enforceable constitutional rights«, Mich. L. Rev. 88 (1990), S. 2271 (2272).

⁷² 302 U.S. 319, 327 (1937) – *Palko v. Connecticut*: »[O]ne may say that it [the freedom of thought and speech] is the matrix, the indispensable condition, of nearly every other form of freedom«; *Brugger*, Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 415.

Kehrseite trägt der mündige Bürger allein seine wirtschaftliche Verantwortung, sodass seine Armut kein ausreichender Grund für die verfassungsgerichtliche Intervention in den ökonomischen Prozess darstellt.⁷³ Der traditionelle Ansatz US-amerikanischer Grundrechtsdogmatik lässt sich auf die Formel reduzieren: grundrechtliche Freiheit ist Freiheit vom Staate.

In einer Verfassungsdogmatik, in der man Freiheit als »unantastbare, vorstaatliche Freiheit«⁷⁴ begreift, verwundert es nicht, dass ein traditioneller Ansatz der Entwicklung eines differenzierenden Eingriffsregimes zunächst im Wege stand. Auch enthielt die ursprüngliche Verfassung von 1787 keinen Grundrechtskatalog. Es erscheint in einem gewissen Bruch mit der heutigen Grundrechtskonzeption, dass sich der Grund für diesen einstweiligen Verzicht auf das spezifische Föderalismusverständnis der Gründerjahre zurückführen lässt. Die Annahme eines Sozialvertrages zwischen einem grundsätzlich limitierten Souverän und dessen Bürgern barg die Vorstellung, dass ein normierter Katalog von Grundrechten das System streng gestaffelter Bundeskompetenzen⁷⁵ aushebeln und den Eindruck einer lediglich punktuell begrenzten Staatsgewalt hinterlassen würde⁷⁶. Ursprünglich waren die Bundeskompetenzen indessen als so eng gedacht, dass eine Grundrechtsgefährdung kaum je erwartet wurde.⁷⁷ Demnach wird man auch eine allgemein gültige Grundrechtsbindung aller Staatsgewalt i. S. v. Art. 1 Abs. 3 GG in dem ursprünglichen Verfassungstext vergeblich suchen.

Die politische Grundmelodie des liberalen Verfassungsstaates verkehrt die Grundrechte amerikanischer Konzeption aber nicht zu »staatsabgewandten Ausgrenzungen«⁷⁸. Vielmehr finden sie erst in der Frieden und Ordnung stiftenden Sicherheit des Staates ihren Entfaltungsraum. Mit der Ratifikation der »Bill of Rights« traten 1791 zehn nahezu durchgehend abwehrrechtlich formulierte Verfassungszusätze in Kraft, die dem amerikanischen Grundrechtsmodell ihre staats-

⁷³ Brugger, Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 418.

⁷⁴ Lange, Grundrechtsbindung des Gesetzgebers, S. 317; vgl. Johnson, in: Grabitz/Eberhard/Kehl (Hrsg.), Grundrechte in Europa und USA, S. 885 (887): »Da sämtliche Freiheiten gegen Eingriffe der Regierung geschützt waren, anerkannte man weder unterschiedliche Eingriffsschwellen oder -stufen noch eine diesbezüglich sich entwickelnde Bedeutungsskala«.

⁷⁵ Carr, in: Bettermann/Neumann/Nipperdey (Hrsg.), Die Grundrechte I/2, S. 873 (890 f.). Gleiches gilt für das ursprüngliche Fehlen eines ausdrücklichen Gleichheitsschutzes, vgl. Knapp, JöR 23 n. F. (1974), S. 421 (424).

⁷⁶ Brugger, AöR 126 (2001), S. 337 (352 f.); J. Kühne, JöR 39 n. F. (1990), S. 1 (27); Lange, Grundrechtsbindung des Gesetzgebers, S. 44; vgl. Adams, Republikanische Verfassung, S. 32 f. und die einprägsame Formulierung von Grimm: »Wo die europäischen Denker eine Theorie um das Individuum entworfen hatten, bauten die Amerikaner einen Staat um den einzelnen und seine Rechte«, Ius Commune, Bd. 3 (1970), S. 120 (149).

⁷⁷ Hohmann, Angemessene Außenhandelsfreiheit, S. 374.

⁷⁸ Bethge, VVDStRL 57 (1998), S. 7 (11).

freie Prägung geben:⁷⁹ »The private sector is the domain of freedom«⁸⁰. Auch die in den folgenden Dekaden verabschiedeten Verfassungszusätze sind überwiegend als Eingriffsverbote formuliert, die den grundrechtlichen »Bewahrspruch«⁸¹ flankieren.

Die überragende Rolle des Abwehrrechts im amerikanischen Grundrechtsverständnis haben auch die Gerichte klargestellt: »The Constitution is a charter of negative liberties«⁸². In dieser Lesart garantieren die Grundrechte eine individuelle Freiheitssphäre, die sich als reine Schutzwehren gegenüber staatlicher Intervention zeigen.⁸³ So sieht *Cross* die grundrechtliche Abwehrforderung erst dann als befriedigt, wenn das Recht in Abwesenheit staatlicher Behinderung automatisch erfüllt wäre.⁸⁴ *Johnson* spricht von der »residualen« Natur der Freiheitsrechte.⁸⁵ In ihnen wird jener verbleibende Bestand an Freiheit gesehen, der von den legislativen Organen nur auf Grundlage demokratisch-legitimierter Ermächtigung eingeschränkt werden dürfe. Selbst die wenigen auf den ersten Blick positiv formulierten Rechte knüpfen an einschränkende staatliche Regelungskompetenzen.⁸⁶

IV. Vorherrschen eines formalistischen Freiheitsverständnisses

Im gewaltenteiligen Verfassungsstaat kommt dem richterlichen Prüfungsrecht eine Schlüsselfunktion zu. Es muss einerseits seine eigene Stellung zwischen der Legislative und Exekutive behaupten und andererseits die Balance zwischen den staatlichen Teilgewalten austarieren.⁸⁷ Eine ausgewogene Entscheidung wird umso schwieriger, wenn man sich vor Augen führt, dass es den Verfassungsrichtern dem Grunde nach verwehrt ist, eigene Anschauungen über die Wertigkeit von

⁷⁹ *Chemerinsky*, Constitutional Law, S. 12; *Lange*, Grundrechtsbindung des Gesetzgebers, S. 13.

⁸⁰ *Durham*, in: Germany and its Basic Law, S. 37 (46); vgl. auch den Ausspruch *Jeffersons*: »That government is best that governs least«, zitiert nach *Lundmark*, Power & Rights in US Constitutional Law, S. 113.

⁸¹ *Wahl/Masing*, JZ 1990, S. 553 (558).

⁸² 686 F.2d 616, 618 (7th Circ. 1982) – *Bowers v. DeVito*; vgl. 715 F.2d 1200, 1203 (7th Circ. 1983) – *Jackson v. City of Joliet* (bestätigt vom U.S. Supreme Court in 465 U.S. 1049 [1984]): »Charter of negative rather than positive liberties« und 448 U.S. 297, 318 (1980) – *Harris v. McRae*.

⁸³ *Adler*, Mich. L. Rev. 97 (1998), S. 1 (14): »Constitutional rights are rights against rules«.

⁸⁴ *Cross*, UCLA L. Rev. 48 (2001), S. 857 (866); zur Nichtexistenz »positiver Grundrechte« vgl. *Currie*, AöR 111 (1986), S. 230 (231 ff).

⁸⁵ *Johnson*, in: Grabitz/Eberhard/Kehl (Hrsg.), Grundrechte in Europa und USA, S. 885 (887); vgl. *Durham*, in: Germany and its Basic Law, S. 37 (47).

⁸⁶ Am Beispiel des sechsten Verfassungszusatzes *Cross*, UCLA L. Rev. 48 (2001), S. 857 (869); *Lange*, Grundrechtsbindung des Gesetzgebers, S. 316; vgl. 715 F.2d 1200, 1203 f. (7th Circ. 1983) – *Jackson v. City of Joliet*.

⁸⁷ *Kau*, United States Supreme Court und Bundesverfassungsgericht, S. VII.

Verfassungsgütern den Bürgern aufzuzwingen.⁸⁸ Auch steht der materiellen Ausfüllung entgegen, dass das Gericht auf keinen allgemein gültigen Grundrechtsbegriff der Verfassung zurückgreifen kann. Die spärliche Sprache der amerikanischen Verfassung bildet den alleinigen dogmatischen Ausgangspunkt einer Grundrechtskonzeption, deren materielle Ausfüllung ausnahmslos richterlicher Rechtsfortbildung vorbehalten ist.⁸⁹

Die scheinbar schrankenlose Konzeption ist neben Alter, Kürze und somit Unvollständigkeit des Verfassungstextes das Ergebnis der fallorientierten Denkweise des Common Law.⁹⁰ Gerade dieser Grundpfeiler amerikanischer Dogmatik sollte sich als Hemmschuh erweisen. Erst mit der Ratifikation des vierzehnten Zusatzartikels 1868 konnte das Gericht die darin enthaltene »due process clause« zu einem Vehikel umfassender Grundrechtsbindung der Einzelstaaten an die Bundesgrundrechte ausbauen, die eine progressive Rechtsprechung der Grundrechtsausgestaltung ermöglichte.⁹¹ Über die Jahrzehnte entwickelte sich die »due process«-Klausel von einer rein prozessualen Vorschrift hin zum materiellen Gesetzgebungsmaßstab.⁹²

Die grundlegenden Rechtsinstitute des Grundrechtsschutzes gehen zurück auf die Gründerzeit des 18. und 19. Jahrhunderts. In der ersten Epoche der noch jungen Vereinigten Staaten bis zur Zeit des Bürgerkriegs stagnierte die Konturierung der Freiheitsrechte durch den U.S. Supreme Court. Indessen basierten die Verfassungszusätze der Nachbürgerkriegszeit (»reconstruction amendments«) auf einer Bindung der Einzelstaaten an die Verfassung. Waren auch die Gliedstaaten nunmehr Schuldner des in der Verfassung verbürgten Grundrechtskatalogs, befeuerte dies den Zuständigkeitsbereich des U.S. Supreme Courts. Die dem U.S. Supreme Court als Hüter der Verfassung unterfallende Justiziabilität auf Gliedstaaten- und kommunaler Ebene zog einen immens erweiterten Zuständigkeitsbereich nach sich und stärkte die Bundesgewalt.

Das Gericht sah sich vor dem Hintergrund der »residualen Natur der Grundfreiheiten«⁹³ zunächst vor die Aufgabe gestellt, ob und in welchem Aus-

⁸⁸ *Ely*, Yale L. J. 82 (1973), S. 920 (943 ff.); *Noonan*, Neb. L. Rev. 63 (1984), S. 668 (673); Richter John Marshall Harlan II bringt es auf den Punkt: 394 U.S. 618, 655, 661 f. (1969) – *Shapiro v. Thompson* (Harlan, J., dissenting): »I must reiterate that I know of nothing which entitles this Court to pick out particular human activities, characterize them as 'fundamental', and give them added protection«.

⁸⁹ *Johnson*, in: Grabitz/Eberhard/Kehl (Hrsg.), Grundrechte in Europa und USA, S. 885 (944).

⁹⁰ *Brugger*, AöR 126 (2001), S. 337 (369).

⁹¹ *Bice*, S. Cal. L. Rev. 50 (1977/1978), S. 689 (707); *Kingreen*, JZ 2013, S. 801 (801); *White*, S.C. L. Rev. 57 (2005), S. 1 (38). Tatsächlich beinhaltet auch der fünfte Zusatzartikel eine »due process clause«, die aber nur die Bundesregierung bindet, vgl. grundlegend 32 U.S. (7 Pet.) 243, 250 (1833) – *Barron v. Mayor of Baltimore*.

⁹² *Hohmann*, Angemessene Außenhandelsfreiheit, S. 376; vgl. *Chemerinsky*, Touro L. Rev. 15 (1999), S. 1501.

⁹³ *Johnson*, in: Grabitz/Eberhard/Kehl (Hrsg.), Grundrechte in Europa und USA, S. 885 (893).

maß dem Gesetzgeber eine freiheitsverkürzende Kompetenz zugesprochen werden kann. Als »boundary tracer«⁹⁴ zwischen legitimer Gesetzgebung und illegitimer Grundrechtsverletzungen reagierte das Gericht mit einem formalistischen Verfassungsverständnis.⁹⁵ *Johnson* bezeichnet diesen Prozess als »Suche nach den Grenzen dieser Rechte, die lediglich implizit in einer im Übrigen hierzu schweigenden Verfassung enthalten sind«⁹⁶. Bis in die Zeit des »New Deal« verfolgte der U.S. Supreme Court diesen formalisierten Entscheidungsstil (»categorical approach«⁹⁷). Nach der traditionellen Auffassung versprach eine auf Gewaltenteilung basierende Kontrollfunktion effizienten Schutz individueller Freiheit. Eine Grundrechtsbeschränkung kam daher nur auf Grundlage von unmittelbar mit der staatlichen Souveränität verknüpften Regelungskompetenzen – »police power«, »tax power«, »power of eminent domain« – in Betracht.⁹⁸ Die frühe Spruchpraxis war gleichzeitig von einer restriktiven Auslegung dieser Kompetenztitel geprägt.⁹⁹ Eine dazu tretende extensive Auslegung konstitutioneller Verhaltensfreiheiten ließ eine Grundrechtsgefährdung kaum je erwarten.¹⁰⁰

Soweit die gesetzgebenden Körperschaften eine Regelungskompetenz für sich in Anspruch nahmen, schälte sich früh der Gedanke heraus, dass Mittel der Staatsgewalt auf ihr verfassungsrechtliches Ziel zu beschränken seien (»means-end test«¹⁰¹). Sofern man für diese Zwecklehre bereits von einem Prüfungsmaßstab sprechen mag, drängt sich eine Parallele zum »rational basis«-Prüfungsmaßstab auf, dessen Wurzel bis in die Gründerjahre ragt. In »*McCulloch v. Maryland*«¹⁰² stellte sich die zentrale Frage, wie das Spannungsverhältnis hinsichtlich der Gesetzgebungskompetenzen zwischen dem Bund und den Gliedstaaten aufzulösen sei. Seine Ausführungen zu der Frage, ob und wie der Bund seinen impliziten Legislativanspruch aus den in der Verfassung enumerativ enthaltenen Kompetenzen herleiten dürfe,¹⁰³ schließt Richter *Marshall* mit:

⁹⁴ *Fallon*, UCLA L. Rev. 54 (2007), S. 1267 (1285 f.); *White*, S.C. L. Rev. 57 (2005), S. 1 (6).

⁹⁵ *Aleinikoff*, Yale L. J. 96 (1987), S. 943 (951); *White*, S.C. L. Rev. 57 (2005), S. 1 (6).

⁹⁶ *Johnson*, in: Grabitz/Eberhard/Kehl (Hrsg.), Grundrechte in Europa und USA, S. 885 (943).

⁹⁷ *Meinert-Brockmann*, Die Einschränkung von Grundrechten, S. 159.

⁹⁸ *Lange*, Grundrechtsbindung des Gesetzgebers, S. 318; *White*, S.C. L. Rev. 57 (2005), S. 1 (4): »Instead, the Court's decision to review an action of another branch turned on a criterion that moderns have come to associate not with judicial scrutiny but with justiciability: whether a decision of another ›department‹ of government lies within the ›discretion‹ of that department«.

⁹⁹ *Fallon*, Ga. L. Rev. 27 (1993), S. 343 (349); *Gottlieb*, B.U. L. Rev. 68 (1988), S. 917 (921).

¹⁰⁰ *Gottlieb*, B.U. L. Rev. 68 (1988), S. 917 (921); *Lange*, Grundrechtsbindung des Gesetzgebers, S. 318.

¹⁰¹ *Jackson*, U. Pa. J. Const. L. 1 (1999), S. 583 (604 f.); vgl. *Fallon*, UCLA L. Rev. 54 (2007), S. 1267 (1286).

¹⁰² 17 U.S. (4 Wheat.) 316 (1819) – *McCulloch v. Maryland*.

¹⁰³ Explizit ging es um die Auslegung der »necessary and proper clause« in Art. I, Sec. 8, cl. 18 USC: »The Congress shall have Power ... To make all Laws which shall be necessary and

»Let the end be legitimate, let it be within the scope of the Constitution, and all means which are appropriate, which are plainly adapted to that end, which are not prohibited, but consist with the letter and spirit of the Constitution, are constitutional«¹⁰⁴.

Auch in »Fletcher v. Peck«¹⁰⁵ und einer Reihe weiterer Entscheidungen¹⁰⁶ stellte das Gericht Akte der Legislativgewalt auf den Prüfstand ihrer legitimen Zweckmäßigkeit. Dies unterstreicht den Eindruck, dass der U.S. Supreme Court bereits in der Gründerzeit dem Gesetzgeber einen breiten Einschätzungsspielraum und die Vermutung der Verfassungskonformität angedeihen ließ.¹⁰⁷ In diesem Kleid einer Zweck-Mittel-Relation stellt sich der »means-end test« als früher Vorläufer des modernen »rational basis«-Prüfungsmaßstabs dar.¹⁰⁸

Mittel der Staatsgewalt waren fortan auf ihr verfassungsrechtliches Ziel zu beschränken. Die abstrakte Legitimation des Staates wandelt sich zu Gunsten einer Staatszwecklehre und wird zum Kontrollmaßstab staatlichen Handelns. Dies zog eine weitgehende Rücknahme des richterlichen Prüfungsspielraums nach sich.¹⁰⁹ Dass Normen als final gedachte Gebote fortan auf den Prüfstein eines regulativen Rationalitätsmaßstabs gestellt wurden, spiegelte eine Entwicklung, die in Europa bereits Wurzeln geschlagen hatte.¹¹⁰ Gleichwohl konnte von einer richterlichen Vermutung der Verfassungskonformität unter »rational basis«

proper for carrying into Execution the foregoing Powers«; vgl. ausführlich *Barnett*, U. Pa. J. Const. L. 6 (2003), S. 183 und *Engdahl*, Harv. J. L. & Pub. Pol'y (1998), S. 107.

¹⁰⁴ 17 U.S. (4 Wheat.) 316, 421 (1819) – *McCulloch v. Maryland*.

¹⁰⁵ 10 U.S. (6 Cranch) 87, 128 (1810) – *Fletcher v. Peck*.

¹⁰⁶ 100 U.S. 82, 96 (1879) – Trade-Mark Cases; 99 U.S. 700, 718 (1878) – Sinking-Fund Cases; 25 U.S. (12 Wheat.) 213, 270 (1827) – *Ogden v. Saunders*.

¹⁰⁷ 25 U.S. (12 Wheat.) 213, 270 (1827) – *Ogden v. Saunders*: »It is but a decent respect due to the wisdom, the integrity, and the patriotism of the legislative body by which any law is passed to presume in favor of its validity until its violation of the Constitution is proved beyond all reasonable doubt«; 10 U.S. (6 Cranch) 87, 128 (1810) – *Fletcher v. Peck*: »The opposition between the Constitution and the law should be that the judge feels a clear and strong conviction of their incompatibility with each other«. Aus heutiger Sicht 509 U.S. 312, 319 (1993) – *Heller v. Doe*: »a classification neither involving fundamental rights nor proceeding along suspect lines is accorded a strong presumption of validity«; *Shaman*, Constitutional Interpretation, S. 71; vgl. *Meinert-Brockmann*, Die Einschränkung von Grundrechten, S. 197.

¹⁰⁸ *Brugger*, Einführung in das öffentliche Recht der USA, S. 31 f.; *Glennon*, Constitutional Diplomacy, S. 53; *Levy*, The Power to Legislate, S. 92; *Stoevesandt*, Aktivismus und Zurückhaltung, S. 151.

¹⁰⁹ *Greenblatt*, Fla. Costal L. Rev. 10 (2009), S. 421 (427).

¹¹⁰ Maßgebend die Untersuchung bei *Pound*, Harv. L. Rev. 57 (1943), S. 1. Ferner *Stone*, Harv. L. Rev. 50 (1936), S. 4 (20): »We are coming to realize more completely that law is not an end, but a means to an end – the adequate control and protection of those interests, social and economic, which are the special concern of government and hence of law«. Aus deutscher Sicht vgl. *d'Avoine*, Die Entwicklung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, S. 50 ff.

bis gegen Ende des 19. Jahrhunderts keine Rede sein.¹¹¹ Erst 1877 formulierte das Gericht, was sich heute als herrschend unter dem durchlässigen Kontrollmaßstab durchsetzen sollte¹¹²:

»If no state of circumstances could exist to justify such a statute, then we may declare this one void, because is excess of the legislative power of the State. But if it could we must presume it did«¹¹³.

Bis in die erste Hälfte des 20. Jahrhunderts konnte das Gericht dem in seinen Grundzügen vorhandenen »rational basis test« indessen keine nennenswerte Bedeutung abgewinnen. Es begriff ihn weniger als Element präjudizieller Spruchpraxis denn rhetorische Leerformel,¹¹⁴ was sich erst in der »Verfassungsrevolution«¹¹⁵ der 1930er Jahre ändern sollte.

V. Die Lochner-Ära

Ihre heutige Prägung verdanken die »Levels of Scrutiny« insbesondere der Zeit um die Auseinandersetzung mit der Lochner-Ära der 1930er Jahre. Seither ist der Tenor der gestaffelten Prüfungsmaßstäbe stets aus dem Blickwinkel des kontrollierenden Einflusses des U.S. Supreme Courts zum Entscheidungsspielraum des Gesetzgebers zu sehen. Die Lochner-Ära markiert den Konflikt des obersten amerikanischen Bundesgerichts mit dem demokratisch legitimierten Gesetzgeber bei der richterlichen Konkretisierung der Prüfungsmaßstäbe.

Seit »Allgeyer v. Louisiana«¹¹⁶ herrschte am U.S. Supreme Court eine frühliberale Wirtschaftsauffassung, die die Vertragsfreiheit hemmenden Elemente wie Arbeitsschutz und sozialstaatliche Regelungen weitgehend zurückdrängte. Dieser »laissez-faire«-Judikatur fiel in einer Serie von Wirtschafts- und Sozialreformen (»New Deal«) eine Vielzahl wirtschaftslenkender Gesetze zum Opfer.¹¹⁷ In der namensgebenden Entscheidung »Lochner v. New York«¹¹⁸ deklarierte der U.S. Supreme Court eine Arbeitszeitdeckelung in Bäckereien des Staates New York als Verstoß gegen die verfassungsrechtlich verbrieft Vertragsfreiheit. Das Gericht prüfte scharf in seiner Rolle als »boundary tracer«, ob sich der Normbefehl

¹¹¹ Hurst, in: Supreme Court and Supreme Law, S. 140 (156); *Shaman*, Constitutional Interpretation, S. 74.

¹¹² *Neily*, N.Y.U. J.L. & Liberty 1 (2005), S. 897 (898); *Ward*, N.Y.U. J.L. & Liberty 8 (2014), S. 713 (716).

¹¹³ 94 U.S. 113, 132 (1877) – *Munn v. Illinois*.

¹¹⁴ *Shaman*, Constitutional Interpretation, S. 74: »rhetorical makeweight«.

¹¹⁵ *Neily*, N.Y.U. J.L. & Liberty 1 (2005), S. 897 (898).

¹¹⁶ 165 U.S. 578 (1897) – *Allgeyer v. Louisiana*.

¹¹⁷ *Raynor*, Va. L. Rev. 99 (2013), S. 1065 (1065). Das Ende der Lochner-Ära wird in der Entscheidung 300 U.S. 379 (1937) – *West Coast Hotel Co. v. Parrish* gesehen, in der das Gericht seine wirtschaftsliberale »laissez-faire«-Judikatur teilweise aufgab, vgl. auch 312 U.S. 100 (1941) – *United States v. Darby*.

¹¹⁸ 198 U.S. 45 (1905) – *Lochner v. New York*.

innerhalb der kompetentiellen Reichweite der »police power« bewegte. Die »police power« verkörpert das ungeschriebene Recht der Einzelstaaten, ihre Bürger vor unmittelbaren Gefahren zu schützen, und steht traditionell auf der »Kehrseite des grundrechtlichen Schutzbereichs«¹¹⁹. Zu einer Kollision eines Grundrechts mit einer auf Grundlage der Polizeigewalt verbotenen Handlung konnte es daher nach diesem traditionellen Verständnis nicht kommen.

Den Anforderungen der gewohnheitsrechtlichen »police power« wurde genügt, wenn die gesetzliche Maßnahme sich als »fair, reasonable and appropriate exercise«¹²⁰ ihrer kompetenziellen Schutzgüter darstellte: Sicherheit, Gesundheitsschutz, Moral und öffentliches Wohlergehen.¹²¹ Gleichzeitig führte eine restriktive Interpretation dieser tatbestandlichen Voraussetzungen zu einer umfassenden Absicherung wirtschaftlicher Handlungsfreiheit, die auf eine Überprüfung an Hand des scharfen Prüfungsmaßstabs hinauslief: Eingriffe in die Vertrags- und Eigentumsfreiheit müssen eine direkte Zweck-Mittel-Relation aufweisen, um ein substantielles, gewichtiges öffentliches Interesse an einer gesetzlichen Maßnahme zu erreichen. Kann dieser Nachweis nicht erbracht werden, hinterfragt das Gericht die eigentlichen Motive der legislativen Organe.¹²² Indem der U.S. Supreme Court in der »Lochner«-Entscheidung¹²³ die Gesundheit der Bäckereifachangestellten hinter der Vertragsfreiheit zurückstehen ließ,¹²⁴ griff er einer Entwicklung vor, die erst in der Phase nach *Lochner* dogmatische Wurzeln schlagen sollte: eine Abwägung gegenläufiger Rechtspositionen.

Im Kern lässt die Prüfung des Gerichts bereits Parallelen zum Verhältnismäßigkeitsprinzip deutscher Prägung erkennen. Der Prüfung der Geeignetheit (Zweckerreichungsprognose) schloss sich die Prüfung der Erforderlichkeit an, nämlich ob es sich um einen spürbaren Eingriff in den grundrechtlichen Freiheitsbereich handelte und kein geringerer Eingriff ausreichen würde.¹²⁵ Unter dem Dach von »Lochner« und der eingeschlagenen Rechtsprechungslinie bün-

¹¹⁹ *Lepsius*, Verwaltungsrecht unter dem Common Law, S. 56.

¹²⁰ 198 U.S. 45, 56 (1905) – *Lochner v. New York*.

¹²¹ 198 U.S. 45, 57 (1905) – *Lochner v. New York* (»public health«); vgl. instruktiv 263 U.S. 1, 18 (1915) – *Coppage v. Kansas*: »We need not refer to the numerous and familiar cases in which this Court has held that the power may properly be exercised for preserving the public health, safety, morals, or general welfare, and that such police regulations may reasonably limit the enjoyment of personal liberty«. Ferner 261 U.S. 525, 559 (1923) – *Adkins v. Children's Hospital*; 219 U.S. 549, 568 (1911) – *Chicago, Burlington & Quincy R. Co. v. McGuire*; 169 U.S. 366, 392 (1898) – *Holden v. Hardy*; vgl. *Hohmann*, Angemessene Außenhandelsfreiheit, S. 378. Anders als *Lange* konstatiert, war der grundrechtliche Schutz umfassend, aber nicht absolut, Grundrechtsbindung des Gesetzgebers, S. 319; so auch *Fallon*, UCLA L. Rev. 54 (2007), S. 1267 (1290): »[T]here was never a majority for the idea of First Amendment absolutism«.

¹²² *Brugger*, Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 58.

¹²³ 198 U.S. 45 (1905) – *Lochner v. New York*.

¹²⁴ 198 U.S. 45, 59 (1905) – *Lochner v. New York*.

¹²⁵ *Hohmann*, Angemessene Außenhandelsfreiheit, S. 378.

deln sich Aussagen des Gerichts, die später in der heutigen Form des »strict scrutiny test« aufgehen sollten.

Die folgenden drei Jahrzehnte waren hingegen geprägt von einer lähmenden Intervention der obersten Bundesrechtsprechung. Rund 200 Erlasse zur Durchsetzung der »New Deal«-Sozialgesetzgebung wurden als verfassungswidrig verworfen,¹²⁶ was den U.S. Supreme Court als Hemmschuh gegenüber dem um das Wohlergehen seiner Bürger besorgten Staat ausweist.¹²⁷ Heute wird die Ära als »point of inhumanity«¹²⁸ und Sinnbild einer überhitzten Schutzhaltung gegenüber sozialgesetzgeberischen Steuerungsinstrumenten gescholten.

VI. Entwicklung eines Abwägungsmodells

Ab Mitte der 1930er Jahre legte der U.S. Supreme Court die Kompetenzen der Legislativorgane weiter aus. Es gab einen Sinneswandel, der die Ansichten und Untertöne verfassungsrechtlicher Dogmatik von einer kategorischen in eine pragmatische, für gesellschaftspolitische Realität offene Sichtweise verschob.¹²⁹ Die Common Law-Tradition fand stetig weniger Rückhalt und erwies sich als zu starr, um auf die Anforderungen einer Wirtschaftskrise reagieren zu können. Vor diesem Hintergrund entfaltete sich die Anschauung, dass Recht durch soziale Realität geprägt sei und das Gesetz als Steuerungsinstrument auf die soziale Realität einwirke (»living constitution«¹³⁰). Auf diese Weise offenbarte sich die Notwendigkeit des Ausgleichs von Grundrechten und der Durchsetzung öffentlicher Interessen in einer hochindustrialisierten Großmacht.¹³¹ Mit der Drohung Präsi-

¹²⁶ *Klarman*, Mich. L. Rev. 90 (1991), S. 213 (221); *Schefer*, Konkretisierung von Grundrechten, S. 77. *Brugger* zählt 159 für verfassungswidrig erklärte Erlasse der Wirtschafts- und Sozialgesetzgebung, Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 58.

¹²⁷ *Attanasio*, in: *Germany and its Basic Law*, S. 221 (227); *Schefer*, Konkretisierung von Grundrechten, S. 77.

¹²⁸ *Shaman*, *Constitutional Interpretation*, S. 75. Noch heute wird die »Lochner«-Judikatur selbst von dem U.S. Supreme Court diskreditiert, vgl. das Sondervotum von *Scalia* in 505 U.S. 833, 979, 979 ff. (1992) – *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey* (*Scalia*, J., concurring and dissenting in part) und *Currie*, *Die Verfassung der Vereinigten Staaten*, S. 40 ff.

¹²⁹ *Aleinikoff*, *Yale L. J.* 96 (1987), S. 943 (952): »[W]ays of thinking about constitutional law and constitutional reasoning changed and that change was reflected in the new form of opinion writing«.

¹³⁰ *Brugger*, *Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit*, S. 408, 415 ff.; *White*, *S.C. L. Rev.* 57 (2005), S. 1 (57); vgl. 356 U.S. 86, 100 f. (1958) – *Trop v. Dulles*: »the words of the Amendment are not precise, and ... their scope is not static. The Amendment must draw its meaning from the evolving standards of decency that mark the progress of a maturing society«.

¹³¹ 291 U.S. 502, 537 (1934) – *Nebbia v. People of New York*: »So far as the requirement of due process is concerned, and in the absence of other constitutional restriction, a state is free to adopt whatever economic policy may reasonably be deemed to promote public welfare, and to enforce that policy by legislation adapted to its purpose«; vgl. *J. Kühne*, *NJW* 1998, S. 1513 (1514).

dent *Roosevelts*, die Anzahl der Richter am U.S. Supreme Court zu vergrößern, zeigte sich eine langsame Abkehr von überkommenen Prinzipien hin zu einer Öffnung des Gerichts auf soziale Belange.¹³² Angesichts der Konsequenz personeller Veränderungen in der Richterschaft gab der U.S. Supreme Court schließlich seine Haltung eines formalistischen Verfassungsverständnisses auf und wichen der Auffassung, dass die in der Verfassung nur lose genannten staatlichen Befugnisse der Förderung öffentlicher Werte und Interessen dienen sollten. Das Gericht verabschiedete sich von seiner wirtschaftsliberalen »laissez-faire«-Judikatur und sprach dem Gesetzgeber den erforderlichen Handlungsrahmen zu, um auf eine nach wie vor schwelende Wirtschaftskrise reagieren zu können:¹³³

»The day is gone when this Court uses the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment to strike down state laws, regulatory of business and industrial conditions, because they may be unwise, improvident, or out of harmony with a particular school of thought«¹³⁴.

Der Abkehr vom klassischen Marktliberalismus folgte eine sozialstaatliche Ergänzung des amerikanischen Kapitalismus des 20. Jahrhunderts.¹³⁵ In dem Kielwasser dieser Entwicklung zeigte sich die Erosion des Schutzregimes, das maßgeblich auf der restriktiven Interpretation staatlicher Regelungskompetenzen basierte.¹³⁶ In den folgenden Jahren entwickelte der U.S. Supreme Court im Rahmen einer »case-to-case« Rechtsprechung einen Abwehrmechanismus, der unmittelbar an den jeweiligen Grundrechten und Grundrechtsgruppen ansetzte.¹³⁷ In den Mittelpunkt der Disziplinierung des Gesetzgebers trat die Frage der Relationsdichte zwischen der mit der gesetzgeberischen Maßnahme verknüpften Ziele und der dazu eingesetzten Mittel.¹³⁸ Zwar herrscht wenig Einigkeit über die

¹³² In der amerikanischen Literatur ist diese Kehrtwende bekannt als »switch-in-time-that-saved-nine«, *Attanasio*, in: *Germany and its Basic Law*, S. 221 (228). Vgl. die Rede zur Rechtfertigung des »Court-Packing-Plan« von Präsident *Roosevelt*: »We have reached ... the point as a Nation where we must take actions to save the Constitution from the Court and the Court from itself. We must find a way to take an appeal from the Supreme Court to the Constitution. We want a Supreme Court which will do justice under the Constitution – not over it«, zitiert nach *Aleinikoff*, *Yale L. J.* 96 (1987), S. 943 (953).

¹³³ *Fallon*, *Ga. L. Rev.* 27 (1993), S. 343 (349); *Lange*, Grundrechtsbindung des Gesetzgebers, S. 319.

¹³⁴ 348 U.S. 483, 488 (1955) – *Williamson v. Lee Optical Co.* Ferner 313 U.S. 236, 246 (1941) – *Olsen v. Nebraska*: »We are not concerned ... with the wisdom, need, or appropriateness of legislation«.

¹³⁵ *Hohmann*, Angemessene Außenhandelsfreiheit, S. 382.

¹³⁶ *Attanasio*, in: *Germany and its Basic Law*, S. 221 (242, Fn. 7).

¹³⁷ *Lange*, Grundrechtsbindung des Gesetzgebers, S. 318.

¹³⁸ *Fallon*, *Ga. L. Rev.* 27 (1993), S. 343 (349); *Lange*, Grundrechtsbindung des Gesetzgebers, S. 319.

Anfänge der modernen Eingriffsdogmatik.¹³⁹ Gesichert ist aber die Erkenntnis, dass sich verschiedene Leitlinien der Verfassungsjudikate zu einem fortschreitenden Abwägungsmodell gebündelt haben.¹⁴⁰

1. »Carolene Products«

Die systematische Verschärfung der Kontrolldichte nahm ihren Anfang in den Ausführungen von Richter *Harlan F. Stone* in der Entscheidung »Carolene Products«¹⁴¹. *Stone* nahm entscheidenden Einfluss auf die Rechtsprechung des U.S. Supreme Courts, indem er mit einer Fußnote¹⁴² die Fixpunkte verfassungsrichterlicher Intervention korrigierte und die Umriss einer Theorie repräsentativer Verstärkung etablierte.¹⁴³ Gleichzeitig gilt die Entscheidung als Markstein in der Zurückdrängung höchstrichterlichen Aktivismus der *Lochner*-Ära. In dieser Entscheidung ging es um die bundesstaatliche Kompetenz, den interföderalen Handel von nicht naturbelassener Milch zu untersagen. Unter Anwendung des großzügigen »rational basis«-Prüfungsmaßstabs hat der U.S. Supreme Court den Kompetenztitel bestätigt und eine verfassungswidrige Freiheitsverkürzung unter der »due process«-Klausel verneint.

Die Aufgabe des formalistischen Verfassungsverständnisses seitens des U.S. Supreme Courts erforderte einen aktualisierten, der Lebenswirklichkeit entsprechenden Ansatz verfassungsrichterlicher Kontrolle. *Stone* umreißt eine drei Absätze umfassende Neujustierung der gestaffelten Prüfungsmaßstäbe, die die Marschrichtung des U.S. Supreme Courts bis heute vorgibt. Die Fußnote ist textlich in die Passage gebettet, in der das Gericht das Handelsverbot an Hand des »rational basis test« rechtfertigt:

»There may be a narrower scope for operation of the presumption of constitutionality when legislation appears on its face to be within a specific prohibition of the Constitution, such as those of the first ten amendments, which are deemed equally specific when held to be embraced within the Fourteenth.

¹³⁹ Vgl. die zum Teil sich erheblich unterscheidenden Untersuchungen bei *Bernstein*, Geo. Mason L. Rev. 19 (2012), S. 861; *Bunker/Calvert/Nevin*, Comm. L. & Pol'y 16 (2011), S. 349; *Fallon*, UCLA L. Rev. 54 (2007), S. 1267; *Greenblatt*, Fla. Coastal. L. Rev. 10 (2009), S. 421; *Mori*, Nat'l Taiwan U. L. Rev. 7 (2012), S. 92; *Siegel*, Am. J. Legal Hist. 48 (2006), S. 355.

¹⁴⁰ *Spece/Yokum*, Ariz. L. S. 15-12 (2015), S. 1 (10).

¹⁴¹ 304 U.S. 144 (1938) – *United States v. Carolene Products Co.*

¹⁴² 304 U.S. 144, 152 (Fn. 4) (1938) – *United States v. Carolene Products Co.*; vgl. *Powell*, Colum. L. Rev. 82 (1982), S. 1087 (1087): »The most celebrated footnote in constitutional law«, der mindestens 28 auf »Footnote Four« Bezug nehmende Entscheidungen des U.S. Supreme Courts zählt.

¹⁴³ *Brugger*, Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 364; vgl. auch *Fiss*, Harv. L. Rev. 93 (1979), S. 1 (6): »The great and modern charter for ordering the relations between judges and other agencies of government«.

It is unnecessary to consider now whether legislation which restricts those political processes which can ordinarily be expected to bring about repeal of undesirable legislation, is to be subjected to more exacting judicial scrutiny under the general prohibitions of the Fourteenth Amendment than are most other types of legislation.

Nor need we inquire whether similar considerations enter into the review of statutes directed at particular religious ... or national ... or racial ... minorities: whether prejudice against discrete and insular minorities may be a special condition, which tends seriously to curtail the operation of those political processes ordinarily to be relied upon to protect minorities, and which may call for a correspondingly more searching judicial inquiry¹⁴⁴.

Seine Fußnote gibt ein Raster vor, an Hand dessen die Eingriffsregime grundrechtlicher Konfliktlagen systematisierbar werden. Indem er Bürgerrechte in ihrer Wertigkeit von anderen, nicht explizit genannten Rechten der Verfassung abschichtet, definiert er die Prüfkoordinaten des richterlichen Prüfungsrechts neu. Er justiert grundrechtliche Positionen, die einer verschärften Kontrolle unterliegen sollen, und unterscheidet Grundrechte von weniger relevanten Rechtspositionen. Hierunter fallen Akte der Wirtschafts-, Kultur- und Sozialgesetzgebung, die weniger streng kontrolliert werden.¹⁴⁵

Eine erhöhte Kontrolldichte soll greifen, wenn der demokratische Prozess beschränkt werden könnte oder Minderheiten unzureichend repräsentiert würden.¹⁴⁶ Im Übrigen solle das Gericht Zurückhaltung gegenüber gesetzgeberischen Entscheidungen unter Anwendung des »rational basis test« üben. Bereits 1934 hatte der U. S. Supreme Court die Auffassung weitgehend vermuteter Verfassungskonformität der Wirtschafts-, Kultur- und Sozialgesetzgebung unter »Nebbia«¹⁴⁷ und »West Coast Hotel«¹⁴⁸ vertreten. Erstmals ausdrücklich spricht das Gericht eine charakteristische Prägung des »rational basis test« aus: Werden Normen am »rational basis«-Maßstab gemessen, so genießen diese bis zum Beweis des Gegenteils die Vermutung, dass sie im Einklang mit der Verfassung stehen.¹⁴⁹

¹⁴⁴ 304 U.S. 144, 152 (Fn. 4) (1938) – *United States v. Carolene Products Co.*, unter Auslassung der dort zitierten Rechtsprechung.

¹⁴⁵ *Cover*, Yale L. J. 91 (1982), S. 1287 (1291); *Powell*, Colum. L. Rev. 82 (1982), S. 1087 (1089 f.).

¹⁴⁶ *Lange*, Grundrechtsbindung des Gesetzgebers, S. 325; vgl. *Attanasio*, in: Germany and its Basic Law, S. 221 (238): »quest of ensuring access to influence the levers of power«.

¹⁴⁷ 291 U.S. 502, 537 (1934) – *Nebbia v. New York*.

¹⁴⁸ 300 U.S. 379, 397 f. (1937) – *West Coast Hotel Co. v. Parrish*.

¹⁴⁹ Vgl. allein 509 U.S. 312, 319 (1993) – *Heller v. Doe*: »a classification neither involving fundamental rights nor proceeding along suspect lines is accorded a strong presumption of validity«. Ferner *Shaman*, Constitutional Interpretation, S. 71 und *ders.*, Ohio St. L. J. 45 (1984), S. 161 (161). Neu ist ferner die gerichtliche Aussage, diese Vermutung auf Akte der

Vergleicht man Absatz eins mit den Absätzen zwei und drei wird eine jeweils andere Zielrichtung augenfällig. Absatz eins, den *Stone* wohl erst auf Anraten des vorsitzenden Richters *Charles E. Hughes* aufnahm, zielt auf ein interpretatives Verständnis der Verfassung ab.¹⁵⁰ In einem Briefwechsel riet *Hughes* zu einem differenzierenden Verständnis der Freiheitsrechte: Die Verfassungsrichter sind gehalten, den verfassungsrechtlichen Garantien Wirkung zu verleihen. Absatz eins rechtfertigt das Modell verfassungsgerichtlicher Kontrolle, während die folgenden Absätze eine funktionelle Begründung enthalten.¹⁵¹ Sie spiegeln eine Debatte der 1930er Jahre, die die Befürchtung enthielt, der massendemokratische Prozess breche einer Mehrheitswillkür Bahn. Unbegrenzte Herrschaft des Volkstribuns würde ein pluralistisches Politikverständnis zu einem Machtapparat verkehren, in dem Minderheiten unzureichend geschützt würden. Die Akzeptanz einer demokratischen Mehrheit müsse vielmehr rechtsverbindlich einhergehen mit der vorgefundenen Realität. Der zweite und dritte Absatz spiegeln somit eine ethische, d.h. inhaltliche Schutzrichtung. Der erste Absatz konturiert indessen eine umfassende Grundrechtsberechtigung der Bürger und zielt auf einen prozessualen Aspekt ab. Verwebt man die prozessuale mit der inhaltlichen Ebene zeigt sich, dass sie sich gegenseitig ergänzen, limitieren und konturieren: Ein offener politischer Prozess wird gerahmt durch eine ethische Limitierung der umfassenden Grundrechtsberechtigung.

Die Fußnote offenbart verfassungsrechtliche Schutzvorrichtungen gegenüber gegenläufigen Rechtspositionen und Grundrechtskonflikten.¹⁵² Insbesondere *Ely*¹⁵³ hat in seiner einflussreichen Konzeption einer prozessorientierten Verfassungskontrolle diese Elemente durch Hervorhebung eines verstärkten Minderheitenschutzes als Ideal der Verfassungskonzeption verbunden.

Sozial- und Wirtschaftsgesetzgebung zu beschränken, *White*, S.C. L. Rev. 57 (2005), S. 1 (70).

¹⁵⁰ *Brugger*, Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 365, Fn. 7; *Cover*, Yale L. J. 91 (1982), S. 1287 (1289 ff.).

¹⁵¹ Zur Anerkennung und Rezeption der Absätze zwei und drei *Lusky*, Colum. L. Rev. 82 (1982), S. 1093 (1103 f.) und *Ackerman*, Harv. L. Rev. 98 (1985), S. 713 (716, Fn. 5 m. w. N.).

¹⁵² *Brugger*, Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 366.

¹⁵³ *Ely*, *Democracy and Distrust*, 1980; vgl. *Ides/May*, Constitutional Law, S. 187 f. Eine kritische Auseinandersetzung findet sich etwa bei *Ackerman*, Harv. L. Rev. 98 (1985), S. 713.

2. Die »Preferred freedoms«-Doktrin

Nach der »Carolene Products«-Entscheidung¹⁵⁴ keimte der Gedanke, dass die Wertigkeit eines Rechts die Intensität seiner Eingriffsrechtfertigung bestimme. Bereits 1798 hatte Richter *Samuel Chase* in »*Calder v. Bull*«¹⁵⁵ auf »fundamentale« Individualrechte aufmerksam gemacht, an denen die Staatsmacht brechen sollte. Erste, als »fundamental« begriffene Rechte stellten die »wohl erworbenen Rechte«¹⁵⁶ im Common Law dar.

Die Idee einer hierarchischen Verfassungsordnung ist eng mit der Entwicklung und dem Verständnis der »Levels of Scrutiny« verwoben¹⁵⁷ und findet ihren Ursprung in der Inkorporationsdebatte der »Bill of Rights«. In einer Enteignungsentscheidung (»*eminent domain*«) von 1897 urteilte der U.S. Supreme Court erstmals über die materielle Auffüllung der »*due process*«-Klausel an Hand bestimmter Freiheitsrechte: In »*Quincy Railroad*«¹⁵⁸ wurde verfügt, dass der vierzehnte Verfassungszusatz die Kompensation öffentlicher Landnahme voraussetze. Bereits 1925 übernahm das Gericht alsdann die Redefreiheit unter die Fittiche des vierzehnten Zusatzartikels¹⁵⁹ und erstreckte seinen Bereich in der Lochner-Ära auf das Recht auf wirtschaftsliberale Persönlichkeitsentfaltung.¹⁶⁰ In einer Reihe von Entscheidungen in den Jahren von 1925 bis 1938 begann das Gericht, eine Vielzahl weiterer Grundrechte – Presse-¹⁶¹, Religions-¹⁶² und Versammlungsfreiheit¹⁶³ – in den vierzehnten Verfassungszusatz zu inkorporieren¹⁶⁴ und die Gliedstaaten zum Schuldner der »Bill of Rights« gegenüber ihrer Bevölkerung zu erheben.

¹⁵⁴ 304 U.S. 144 (1938) – *United States v. Carolene Products Co.*

¹⁵⁵ 3 U.S. (3 Dall.) 386 (1798) – *Calder v. Bull*.

¹⁵⁶ 3 U.S. (3 Dall.) 386, 394 (1798) – *Calder v. Bull*: »vested right to property«.

¹⁵⁷ *Wolfe*, The Rise of Modern Judicial Review, S. 247.

¹⁵⁸ 166 U.S. 226 (1897) – *Chicago, Burlington & Quincy Railroad v. Chicago*; vgl. *Chemerinsky*, Constitutional Law, S. 511.

¹⁵⁹ 268 U.S. 652, 666 (1925) – *Gitlow v. New York*: »For present purposes, we may and do assume that freedom of speech and of the press which are protected by the First Amendment from abridgment by Congress are among the fundamental personal rights and »liberties« protected by the due process clause of the Fourteenth Amendment from impairment by the States«. In der Literatur hatte die Kontroverse um Abwägung und Redefreiheit früher eingesetzt, vgl. *Chafée*, Harv. L. Rev. 32 (1919); *Pound*, Harv. L. Rev. 28 (1915), S. 445 (454); S. 932 (958).

¹⁶⁰ *Stoevesandt*, Aktivismus und Zurückhaltung, S. 104; vgl. 257 U.S. 312 (1921) – *Truax v. Corrigan*; 277 U.S. 389 (1928) – *Quaker City Cab Co. v. Pennsylvania*.

¹⁶¹ 283 U.S. 697, 707 (1931) – *Near v. Minnesota*.

¹⁶² 293 U.S. 245, 261 f. (1931) – *Hamilton v. Regents of University of California*.

¹⁶³ 299 U.S. 353, 364 (1937) – *De Jonge v. Oregon*.

¹⁶⁴ Neben diesen ausdrücklich benannten Freiheitsrechten wurden mitunter Rechte allein unter Bezug auf »the conception of due process of law« inkorporiert, vgl. 287 U.S. 45, 68 (1932) – *Powell v. Alabama*; 269 U.S. 385, 391 (1926) – *Connally v. General Construction Co.*

Vor diesem Hintergrund ergriff Richter *Benjamin N. Cardozo* in »Palko«¹⁶⁵ die Gelegenheit ein Modell zu etablieren, das die Inkorporation der Freiheitsrechte einer systematischen Kontrolle unterziehen sollte. *Cardozo* schichtete Grundrechtsgruppen ab, die nach seinem Dafürhalten schlechthin prägend für den Wesenskern und der Konzeption eines Ansatzes geordneter Freiheit seien (»ordered liberty«). Der Einzelne muss sich Grenzmarken des Verfassungsgesetzgebers gefallen lassen, die zur Pflege und Förderung der Gemeinschaft im Rahmen des Zumutbaren gesteckt werden. Auf der Kehrseite unterschied er Rechte, die keine tiefe Verwurzelung in den Traditionen, dem Bewusstsein und substantiellen Ethos der amerikanischen Verfassungskonzeption erfahren.¹⁶⁶ Seine Ausführungen schließt *Cardozo* mit der Aussage, dass bestimmte Individualrechte der »Bill of Rights« als »fundamental« unter der amerikanischen Verfassungskonzeption eines geordneten Freiheitsansatzes gelten:

»Freedom of thought ... and speech are the matrix, the indispensable condition, of nearly every other form of freedom. With rare aberrations, a pervasive recognition of that truth can be traced in our history, political and legal«¹⁶⁷.

Liest man die Ausführungen *Cardozos* vor dem Hintergrund von *Stones* Konzeption eines neuen Eingriffsregimes nach dem ersten Absatz der »Footnote Four«, fügt sich das Bild in ein abgestuftes System der Freiheitsrechte. Diese hervorgehobene Position der Rechte des ersten Zusatzartikels äußerte sich darin, dass dem Gesetzgeber eine erhöhte Rechtfertigungslast in deren Anwendungsbereich auferlegt wurde.

Die im Lüth-Urteil zitierte¹⁶⁸ Entscheidung »Palko v. Connecticut« leitete eine Entwicklung ein, die in der »preferred freedoms doctrine«¹⁶⁹ aufging: Persönliche Freiheitsrechte genießen Vorrang vor allgemeinen Handlungsfreiheiten, die der grundsätzlichen Disponibilität des Gesetzgebers unterfallen. Die substantielle Ausdeutung der »due process clause« und Inkorporation von grundlegenden Freiheitsrechten unter dem Gleichheitssatz gegenüber den Einzelstaaten be-

¹⁶⁵ 302 U.S. 319 (1937) – *Palko v. Connecticut*.

¹⁶⁶ 302 U.S. 319, 325 (1937) – *Palko v. Connecticut*, unter Zitierung von 291 U.S. 97, 105 (1933) – *Snyder v. Massachussets*, 297 U.S. 278, 285 (1936) – *Brown v. Mississippi* und 272 U.S. 312, 316 (1926) – *Herbert v. Louisiana*.

¹⁶⁷ 302 U.S. 319, 326 f. (1937) – *Palko v. Connecticut*; vgl. bereits 310 U.S. 88, 95 (1940) – *Thornhill v. Alabama*, in der das Gericht seine Ausführungen ausdrücklich auf *Stones* »Footnote Four« stellt; vgl. aus jüngerer Zeit 523 U.S. 666, 677 (1998) – *Ark. Educ. Television Comm'n v. Forbes*; 447 U.S. 455 (1980) – *Carey v. Brown*; 410 U.S. 156 (1973) – *Roe v. Wade*.

¹⁶⁸ BVerfGE 7, 198 (208).

¹⁶⁹ *Hall/Ely/Grossman*, The Oxford Companion to the Supreme Court, S. 769; vgl. *Klarman*, Mich. L. Rev. 90 (1991), S. 213 (224); *Lusky*, Colum. L. Rev. 82 (1982), S. 1093 (1100).

feuerten die Evolution eines modernen Eingriffsregimes.¹⁷⁰ Inzwischen sind im Rahmen einer selektiven Inkorporation nahezu alle Bestimmungen der »Bill of Rights« aufgenommen worden.¹⁷¹ Die Eingriffsmöglichkeit sollte sich im Folgenden an der Wertigkeit einer grundrechtlichen Position und den Differenzierungsmerkmalen einer gesetzlichen Regelung messen.¹⁷² Dass die Hinwendung zu einer »preferred freedoms«-Doktrin die »Bill of Rights« ihres absoluten Geltungswerts entkleidete, indem sie die Grundrechte einer Abwägung zugänglich machte, waren sich die Vertreter dieses Ansatzes bewusst.¹⁷³ Tatsächlich ebnete die Konzeption eines geordneten Freiheitsansatzes den Weg in das »age of balancing«¹⁷⁴, das in den folgenden Dekaden ein modernes Eingriffsregime der Grundrechte schaffen sollte.

3. Die Herausbildung der »Levels of Scrutiny«

In »*Schneider v. State*«¹⁷⁵ trug die Konzeption eines neuen abwägenden Eingriffsregimes erste Früchte. In dieser Entscheidung ging es um eine kommunale Verfügung, die die Verteilung von Handzetteln untersagte:

»This Court has characterized the freedom of speech and that of the press as fundamental personal rights and liberties. ... It reflects the belief of the framers of the Constitution that exercise of the rights lies at the foundation of free government by free men. ... Mere legislative preferences ... may well support regulation directed at other personal activities, but be insufficient to justify the exercise of rights so vital to the maintenance of democratic institutions«¹⁷⁶.

¹⁷⁰ *White*, S.C. L. Rev. 57 (2005), S. 1 (71); ausführlich *ders.*, Mich. L. Rev. 95 (1996), S. 299 (330 ff.).

¹⁷¹ Mit Ausnahme des dritten und siebten Zusatzartikels, vgl. *Brugger*, Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 51; *Murphy/Fleming/Barber/Macedo*, American Constitutional Interpretation, S. 146 ff.; *Nowak/Rotunda*, Constitutional Law, S. 413, 455 f. Mit 561 U.S. 742 (2010) – *McDonald v. Chicago* wurde aktuell auch der zweite Zusatzartikel (»right to keep and bear arms«) inkorporiert.

¹⁷² *Miller*, Sup. Ct. Rev. 1987, S. 397 (397).

¹⁷³ Vgl. 332 U.S. 46, 59, 67 (1947) – *Adamson v. California* (Frankfurter, J., concurring); 211 U.S. 78, 106 f. (1908) – *Twining v. New Jersey*; *Fallon*, UCLA L. Rev. 54 (2007), S. 1267 (1295).

¹⁷⁴ *Shaman*, Wayne L. Rev. 41 (1994), S. 136 (175); *Aleinikoff*, Yale L. J. 96 (1987), S. 943 (948): »[Balancing] first appears in majority opinions in the late 1930's and early 1940's. ... Yet balancing was a major break with the past, responding to the collapse of nineteenth century conceptualism and formalism as well as to half a century of intellectual and social change. ... [B]alancing represented one attempt by the judiciary to demonstrate that it could reject mechanical jurisprudence without rejecting the notion of law; *Barak*, Proportionality, S. 457.

¹⁷⁵ 308 U.S. 147 (1939) – *Schneider v. State*.

¹⁷⁶ 308 U.S. 147, 161 (1939) – *Schneider v. State*.

In dieser Passage trifft der U.S. Supreme Court drei Aussagen. Erstens: Eine Grundrechtsverkürzung unterscheidet sich grundlegend von dem Eingriff in weniger relevante Positionen. In Bezug auf *Stones* Ausführungen müsse die Beschneidung eines Grundrechts straffere Voraussetzungen erfüllen. Zweitens: Die Rede- und Pressefreiheit stellen herausragende Grundrechte dar, weil diese schlechthin konstituierend für ein demokratisches Verfassungswesen seien. Übrige, unbenannte Freiheitsrechte gelten drittens folgerichtig als weniger relevant in der Verfassungsrechtsprechung.

Kurze Zeit später unterstreicht das Gericht in »Barnette«¹⁷⁷ die herausragende Bedeutung der Rede- und Religionsfreiheit und erweitert den Fundus der »bevorzugten« Positionen um das Recht auf Leben, körperliche Freiheit, Eigentum, Rede-, Presse-, Religions- und Vereinigungsfreiheit, die es vor den Unbeständigkeiten des politischen Prozesses zu schützen gelte.¹⁷⁸ Auf diese Weise inkorporierte das Gericht in den 1940er Jahren unter der »due process« und »equal protection clause« Rechte, die das Gericht als essentiellen Bestandteil einer Konzeption geordneter Freiheit und konstituierend für eine demokratische Gesellschaftsform sah.¹⁷⁹ Es schnürte ein Bündel von Konzeptionen inkorporierter Rechte und demokratisch-repräsentativer Verstärkung mit einem zweigliedrigen Prüfungsstandard milder und strenger Kontrolle.

Die neue Konzeption schuf einen Kompromiss gesetzgeberfreundlicher Vermutungs- und Beweislastregeln zu Gunsten der Wirtschafts-, Sozial- und Kulturge-setzgebung unter dem lockeren »rational basis test«. Gleichwohl hat das Gericht seinen kontrollierenden Einfluss in bestimmten grundrechtlichen Positionen an eine schärfere Kontrolle der Sachangemessenheit geknüpft, um den Gesetzgeber zu hindern, unnötige Eingriffe in Grundrechte vorzunehmen (»strict scrutiny«). In »Braunfeld v. Brown« flicht Richter *William J. Brennan* die dreigliedrige These Richter *Roberts* zu einem zweigliedrigen Prüfungsmaßstab, der staatliche Eingriffe Grenzen unterstellt und Eingriffe in Grundrechte an scharfe Bedingungen knüpft:

¹⁷⁷ 319 U.S. 624 (1943) – *West Virginia State Bd. of Educ. v. Barnette*.

¹⁷⁸ 319 U.S. 624, 638 (1943) – *West Virginia State Bd. of Educ. v. Barnette*: »The very purpose of a Bill of Rights was to withdraw certain subjects from the vicissitudes of political controversy, to place the beyond the reach of majorities and officials, and to establish them as legal principles to be applied by the courts. One's right to life, liberty, and property, to free speech, a free press, freedom of worship and assembly, and other fundamental rights may not be submitted to vote; they depend on the outcome of no elections«; vgl. *Commager*, Majority Rule and Minority Rights, S. 72.

¹⁷⁹ 268 U.S. 652 (1925) – *Gitlow v. New York* (Rede- und Pressefreiheit); 269 U.S. 385 (1926) – *Connally v. General Construction Co.* (Bestimmtheitsgrundsatz); 293 U.S. 245, 261 f. (1931) – *Hamilton v. Regents of University of California* (Religionsfreiheit); 283 U.S. 697 (1931) – *Near v. Minnesota* (Pressefreiheit); 287 U.S. 45 (1932) – *Powell v. Alabama* (Rechtsbeistand); 299 U.S. 353 (1937) – *De Jonge v. Oregon* (Versammlungsfreiheit).

»The right of a State to regulate ... may well include ... power to impose all of the restrictions which a legislature may have a ›rational basis‹ for adopting. But freedom of speech and press, of assembly, and of worship may not be infringed on such slender grounds.« ... What, then, is the compelling state interest which [impels] the state to impede appellants' freedom of worship?»¹⁸⁰.

Während sich die Mehrzahl der Fälle in den 1930er und 1940er Jahren nach dem aktualisierten »dual-level«¹⁸¹ Eingriffsregime als Konstellationen unter der »due process clause« erwiesen, prüfte und formulierte der U.S. Supreme Court 1942 erstmals ein Gesetz an Hand des »strict scrutiny«-Prüfungsmaßstabs im Bereich des Gleichheitssatzes des vierzehnten Zusatzartikels. In »*Skinner v. Oklahoma*«¹⁸² erklärte das Gericht ein Gesetz des Bundesstaats Oklahoma für verfassungswidrig, das die zwangsweise Sterilisation von Kriminellen in Fällen gewohnheitsmäßigen Diebstahls, nicht aber in Fällen gewohnheitsmäßiger Unterschlagung vorsah. Gemessen an den scharfen »strict scrutiny«-Voraussetzungen sah das Gericht mangels eines zwingenden öffentlichen Interesses in dem unumkehrbaren Eingriff in die Fortpflanzungsfreiheit eine ungerechtfertigte Beraubung einer fundamentalen Rechtsposition.¹⁸³ Neben einer so beginnenden substantiellen Deutung der »equal protection clause« schwingt hier bereits ein Gedanke mit, den der U.S. Supreme Court erst 1944 deutlich aussprechen sollte und der den von *Stone* angesprochenen Minderheitenschutz in neuem Licht erstrahlen ließ.

In »*Korematsu v. United States*«¹⁸⁴ konkretisierte das Gericht unter Anwendung des Gleichheitssatzes des fünften Verfassungszusatzes den einschlägigen Prüfungsmaßstab mit der Klarstellung: »[A]ll legal restrictions which curtail the civil rights of a single racial group are immediately suspect. ... [C]ourts must subject them to the most rigid scrutiny«¹⁸⁵. Auf diese Weise etablierte das Gericht auf Grundlage von *Stones* Konzeption eines Minderheitenschutzes die Kategorie »verdächtiger« Klassifizierungen. Spätestens 1944 hatte die Abwägungs-

¹⁸⁰ 366 U.S. 599, 610, 612 f. (1961) – *Braunfeld v. Brown* (Brennan, J., concurring and dissenting), unter Zitierung von 319 U.S. 624, 639 (1943) – *West Virginia State Bd. of Educ. v. Barnette*.

¹⁸¹ 384 U.S. 641, 659, 660 f. (1966) – *Katzbach v. Morgan* (Harlan, J., dissenting).

¹⁸² 316 U.S. 535 (1942) – *Skinner v. Oklahoma*.

¹⁸³ 316 U.S. 535, 541 (1942) – *Skinner v. Oklahoma*: »When the law lays an unequal hand on those who have committed intrinsically the same quality of offense and sterilizes one and not the other, it has made as invidious a discrimination as if it had selected a particular race or nationality for oppressive treatment«. *White*, S.C. L. Rev. 57 (2005), S. 1 (75) streicht heraus, dass das Statut auch gemessen an dem durchlässigen »rational basis test« mangels eines legitimen Ziels kaum eine Chance vor dem U.S. Supreme Court gehabt hätte. Nur 15 Jahre zuvor hatte das Gericht ein ähnliches Sterilisierungsgesetz aufrechterhalten, vgl. 274 U.S. 200 (1927) – *Buck v. Bell*.

¹⁸⁴ 323 U.S. 214 (1944) – *Korematsu v. United States*.

¹⁸⁵ 323 U.S. 214, 216 (1944) – *Korematsu v. United States*.

doktrin auch unter der »equal protection clause« Eingang in die Verfassungspraxis gefunden.¹⁸⁶

Mit dem Beginn der 1960er Jahre hatte der U.S. Supreme Court unter dem »Warren Court« das zweigliedrige Eingriffsregime zur herrschenden Ansicht erhoben.¹⁸⁷ Im »age of balancing«¹⁸⁸ der Zeit nach *Lochner* erhob die US-amerikanische Verfassungspraxis die Abwägung von Freiheitsrechten zum archimedischen Punkt eines dynamischen Ansatzes geordneter Freiheit.¹⁸⁹ Die Etablierung eines modernen Einschränkungsmodells entkleidete die Grundrechte ihres absoluten Geltungswerts,¹⁹⁰ spezifizierte die Prüfungsmaßstäbe und ließ den verwässerten »rational basis test« bei Eingriffen in Grundrechte den strengen »strict scrutiny«-Hürden weichen.

In dieser Zeit hat auch der strenge Kontrollmaßstab seine heutige Form gefunden. Vor dem Hintergrund anti-kommunistischer Ressentiments und Bedenken der nationalen Sicherheit während des Kalten Krieges waren die Richter in einen gesetzgeberfreundlichen konservativen und einen liberalen Block gespalten, der sich 1962 zu Gunsten einer liberalen Mehrheit verschob.¹⁹¹ Im Rahmen eines modernen Abwägungsmodells musste die Staatsgewalt fortan den Nachweis eines zwingenden öffentlichen Interesses (»compelling state interest«¹⁹²) zur Rechtfertigung eines gesetzlichen Eingriffs in Grundrechte oder einer rassischen Klassifizierung führen, das zwingend erforderlich sei, um dieses Ziel zu erreichen. Der moderne »strict scrutiny test« gliederte sich in den »narrowly-tailored-

¹⁸⁶ Dies zeigt sich vor allem in der Passage 323 U.S. 214, 216 (1944) – *Korematsu v. United States*: »Pressing public necessity may sometimes justify the existence of such restrictions«. Der U.S. Supreme Court erklärte erstmals in 379 U.S. 184 (1964) – *McLaughlin v. Florida* eine rassische Klassifizierung an Hand des »strict scrutiny test« als verfassungswidrige Diskriminierung, vgl. *Klarman*, Mich. L. Rev. 90 (1991), S. 213 (255).

¹⁸⁷ *White*, S.C. L. Rev. 57 (2005), S. 1 (81): »Scrutiny levels decision had so infiltrated the Court's constitutional jurisprudence that some commentators concluded that it was about to collapse of its own weight«; vgl. *Masey*, U. Pa. J. Const. L. 6 (2004), S. 945 (946); *Shaman*, Ohio St. L. J. 45 (1984), S. 161 (163).

¹⁸⁸ *Aleinikoff*, Yale L. J. 96 (1987), S. 943 (943).

¹⁸⁹ Vgl. allein 442 U.S. 200, 219, 219 (1979) – *Dunaway v. New York* (White, J., concurring): »the key principle of the Fourth Amendment is reasonableness – the balancing of interests«; 457 U.S. 307, 320 (1982) – *Youngberg v. Romeo*: »In determining whether a substantive right protected by the Due Process Clause has been violated, it is necessary to balance »the liberty of the individual« and »the demands of an organized society«.

¹⁹⁰ *Fallon*, UCLA L. Rev. 54 (2007), S. 1267 (1295).

¹⁹¹ *Siegel*, Am. J. Legal Hist. 48 (2006), S. 355 (361 f.).

¹⁹² 361 U.S. 516, 524 (1960) – *Bates v. City of Little Rock*: »Where there is a significant encroachment upon personal liberty, the State may prevail only upon showing a subordinating interest which is compelling«; vgl. 357 U.S. 449, 463 (1958) – *NAACP v. Patterson*; 354 U.S. 234, 255, 262 (1957) – *Sweezy v. New Hampshire* (Frankfurter, J., concurring). Unter »equal protection« vgl. 395 U.S. 621, 627 (1969) – *Kramer v. Union Free School District*; 394 U.S. 618, 634 (1969) – *Shapiro v. Thompson*: »necessary to promote a compelling governmental interest« (Herv. im Orig.).

to-a-compelling-interest test«¹⁹³, dessen Ursprung nicht ganz geklärt ist. Sicher ist, dass er unterschiedlichen Quellströmen entspringt, die sich mannigfach verflochten haben. Sein dogmatischer Ursprung wird bis heute kontrovers diskutiert.¹⁹⁴

Maßgeblich unter der Führung des »Burger Court« etablierte sich seit den 1970er Jahren ein mittlerer Prüfungsmaßstab, der nachträglich zwischen den Extremen »rational basis« und »strict scrutiny« angesiedelt wurde. Das Festhalten des U.S. Supreme Courts an den starren Kontrollpolen »rational basis« und »strict scrutiny« hatte sich als Hemmschuh, der dem Gericht keine flexible Abwägung im Bereich der komplexen Gesetzgebung in Gleichheitsfragen bot, erwiesen. Ein gleitender Prüfungsmaßstab nach den Vorstellungen der Richter *John P. Stevens*¹⁹⁵ und *Thurgood Marshall*¹⁹⁶ konnte die Mehrheit der Richter nicht überzeugen. Über die Jahre hat sich das dreigliedrige Eingriffsregime als herrschend in der amerikanischen Verfassungsrechtsprechung etabliert.

B. Deutschland

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit blickt auf eine längere Karriere zurück. Wenngleich noch weit entfernt von den Ausprägungen eines durchgeformten Regulativs, ist der Leitgedanke eines »gerechten Maßes« bereits in archaischen Gerechtigkeitslehren vertreten und ein Stück abendländischer Rechtskultur.¹⁹⁷ Es illustriert die Tiefendimension der Verhältnismäßigkeitsidee, wenn bereits *Hesiod* 700 v. Chr. in der Maßlosigkeit (Hybris) einen Widersacher der Rechts-

¹⁹³ *Fallon*, UCLA L. Rev. 54 (2007), S. 1267 (1274); vgl. 378 U.S. 398, 406 (1963) – *Sherbert v. Verner*, 378 U.S. 500, 508 (1964) – *Aptheker v. Secretary of State*, 381 U.S. 479, 485 (1965) – *Griswold v. Connecticut*, 410 U.S. 113, 156 (1973) – *Roe v. Wade* etablierte die modernen »strict scrutiny«-Anforderungen in das Eingriffsregime der »due process clause«. Unter dem Gleichheitssatz avancierte das »compelling state interest« in Fällen rassistischer Diskriminierungen seit den 1980er Jahren zu den Prüfungsparametern, vgl. 466 U.S. 429, 432 (1984) – *Palmore v. Sidoti*.

¹⁹⁴ *Speel/Yokum*, Ariz. L. S. 15-12 (2015), S. 1. Nach Richter *Kennedy* sei er von der »equal protection clause« zu Fällen unter dem ersten Verfassungszusatz migriert, 502 U.S. 105, 124, 124 ff. (1991) – *Simon & Schuster, Inc. v. Members of the N. Y. State Crime Victims Bd.* (Kennedy, J., concurring); so auch *Rubin*, U. Pa. L. Rev. 149 (2000), S. 1 (3, Fn. 1). Ursprung in der Redefreiheit: 379 U.S. 184, 197, 197 (1964) – *McLaughlin v. Florida* (Harlan, J., concurring); *Siegel*, Am. J. Legal Hist. 48 (2006), S. 355 (384 ff.). Ursprung in der »free exercise clause«: 374 U.S. 398 (1963) – *Sherbert v. Verner*. In der »due process clause«: 381 U.S. 479, 486, 486 ff. (1965) – *Griswold v. Connecticut* (Goldberg, J., concurring).

¹⁹⁵ 429 U.S. 190, 212, 212 (1976) – *Craig v. Boren* (Stevens, J., concurring).

¹⁹⁶ 397 U.S. 471, 508, 519 ff. (1970) – *Dandridge v. Williams* (Marshall, J., dissenting); 457 U.S. 202, 230, 231 (1982) – *Plyler v. Doe* (Marshall, J., concurring); vgl. 411 U.S. 1, 70, 102 f. (1973) – *San Antonio Independent School District v. Rodriguez* (Marshall, J., dissenting); ausführlich unten S. 212 ff.

¹⁹⁷ *Marcic*, Gesetzesstaat, S. 4, 91.

gottheit *Dike* sieht.¹⁹⁸ Gleichfalls sahen *Demokrit*, *Platon* und *Aristoteles* Übermaß und Untermaß als gleichermaßen ungerecht an.¹⁹⁹ Lange vor Christi Geburt war somit selbst die Vorstellung eines Untermaßverbots im gedanklichen Fundament einer »rechten Mitte« lebendig.

Wieacker hat in seiner Untersuchung drei Quellströme des Verhältnismäßigkeitsprinzips ausgemacht: den Grundgedanken einer proportionalen Tatvergeltung, das Gebot einer zuteilenden Maßgerechtigkeit und den heute im Vordergrund stehenden Gedanken, Mittel der Staatsgewalt auf ihre Zweckmäßigkeit zu beschränken.²⁰⁰ Vor allem die Herausstellung zweckgeprägten Denkens kam unter den Lehren der griechischen und römischen Rechtsgelehrten zu einer frühen Blüte. Diese in Altertum und im Mittelalter weitergesponnene Idee einer »rechten Mitte« wurde durch vernunftrechtliche Prinzipien der Neuzeit verallgemeinert. Als Zweck-Mittel-Kontrollnorm war für ihre Entwicklung die seit der Aufklärung viel diskutierte Rolle der Vernunft entscheidend.²⁰¹ Unter diesen Einflüssen wandelt sich die abstrakte Legitimation des Staates zu Gunsten einer Staatszwecklehre und wird zum Kontrollmaßstab staatlichen Handelns. Die historisch erstentwickelte Determinante des Grundsatzes ist folglich, dass das Recht auf den Prüfstand einer rationalen Zwecklehre gestellt werde.²⁰² Die dogmatische Ausformung als eigenständiges Rechtsprinzip ließ hingegen bis in die Neuzeit auf sich warten.

¹⁹⁸ *Emmerich-Fritsche*, Verhältnismäßigkeit, S. 51; *Verdross*, Abendländische Rechtsphilosophie, S. 3. Die anderen Widersacher sind Streit (*Eris*) und Gewalt (*Bia*). Ausführlich zu den antiken Grundlagen *Wieacker*, in: FS R. Fischer, S. 867 ff. Als Ausdruck rechtlich relevanten Verhältnismäßigkeitsdenkens geht *Robbers* zurück auf das Talionsprinzip des Codex Hammurabi, in: Bonner Kommentar, GG V, Art. 20 Abs. 1, Rn. 1889 m. w. N. Selbst Konfuzius wird die rhetorische Frage zugeschrieben: »Um ein Huhn zu töten, braucht es da ein Ochsenmesser?«, *Nußberger*, NVwZ-Beilage 2013, S. 36 (36).

¹⁹⁹ *Emmerich-Fritsche*, Verhältnismäßigkeit, S. 52; *Sommerrmann*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG II, Art. 20 Abs. 3, Rn. 309.

²⁰⁰ *Wieacker*, in: FS R. Fischer, S. 867 (871); vgl. auch *Emmerich-Fritsche*, Verhältnismäßigkeit, S. 51.

²⁰¹ »Weil aber dieser Akt, der einen Zweck bestimmt, ein praktisches Prinzip ist, ... ist es ein kategorischer Imperativ der reinen praktischen Vernunft«, *Kant*, Metaphysik der Sitten, S. 515 (herausgegeben von Weischedel). Entscheidende Lehren auf dem Weg zu einer Zwecklehre des Rechts waren *Benthams* Rechtsutilitarismus des 18. Jahrhunderts (grundlegend Introduction to the Principles of Morals and Legislation [1789]) und die Lehren *v. Jherings*, Der Kampf ums Recht, 1874, S. 1 ff.; Der Zweck im Recht, 1877 und 1883 (herausgegeben von Helfer). Nach *Rawls* ist der Hauptgedanke des klassischen Utilitarismus, dass eine Gesellschaft vernünftig geordnet und damit gerecht ist, wenn ihre Institutionen die größte Summe der Befriedigung für die Gesamtheit ihrer Mitglieder hervorbringt, Theorie der Gerechtigkeit, S. 40.

²⁰² *v. Jhering*, Der Kampf ums Recht, S. 1; vgl. auch *d'Avoine*, Die Entwicklung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, S. 50 ff.

I. Historische Entwicklung in der Neuzeit

Als Erbstück eines gemeineuropäischen Gedankenguts wurde der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit erstmals in den Rechtstexten des Strafrechts formuliert. König *Johann II.* von England verbriefte in der Magna Charta 1215 den Schutz vor unverhältnismäßiger Bestrafung²⁰³ in ähnlicher Form, wie er 1789 Eingang in die französische Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte fand.²⁰⁴ In der Neuzeit setzte sich die naturrechtliche Vorstellung von der angeborenen Freiheit des Menschen durch. *Rousseau*²⁰⁵ löste den Grundsatz von der Ebene des Strafrechts und formte ihn in seinem Gesellschaftsvertrag zu einem freiheitlichen Grenzpfiler des Individuums gegenüber dem Staat.²⁰⁶ Noch klarer äußert sich *Blackstone*²⁰⁷ zur Frage der Reichweite der individuellen Freiheit und umreißt bereits im ausgehenden 18. Jahrhundert die Grundzüge moderner Verhältnismäßigkeit.

Im deutschen Reich waren erst mit dem Aufkommen der Rationalität und Humanität von naturrechtlichen Konzepten und Aufklärung die Voraussetzungen gegeben, die die weitere Ausbildung des Verhältnismäßigkeitsprinzips ermöglichten:²⁰⁸ Unter dem Einfluss der Aufklärung fandete es ersten Ausdruck gegen Ende des 19. Jahrhunderts, als liberale Staatsideen Fuß fassten und Bürgerrechte erstarkten. Der »Policy-Staat« wandelt sich in einen »Vernunftstaat«, in dem sich in der Gesellschaft die Forderung Bahn brach, der Staat habe als Garant der Sicherheit aller Bürger zu dienen und sich der Sorge für den positiven Bürgerwohlstand zu enthalten. Unter den herrschenden Philosophien löst die Idee individueller Glückseligkeit das Programm umfassender Staatsbeglückung

²⁰³ Nummer 20 der Charta (abgedruckt bei *Schwartz*, The Bill of Rights I, S. 8 ff.): »A freeman shall be amerced for a small offence only according to the degree of the offence; and for a grave offence he shall be amerced according to the gravity of the offence, saving his contentment. And a merchant shall be amerced in the same way«.

²⁰⁴ Vgl. Art. 8 der Erklärung: »La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une Loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée«; vgl. *Sommerrmann*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG II, Art. 20 Abs. 3, Rn. 309.

²⁰⁵ Nach dem Gesellschaftsvertrag *Rousseaus* dürfe die Freiheit des einzelnen nur insoweit eingeschränkt werden, wie es im öffentlichen Interesse nützlich sei: »le souverain de son côté ne peut charger les sujets d'aucune chaîne inutile à la communauté«, Du Contrat Social, S. 373.

²⁰⁶ *Koch*, Verhältnismäßigkeit, S. 44.

²⁰⁷ *Blackstone*, Commentaries on the Laws of England I, S. 121: »Political or civil liberty ... is no other than natural liberty so far restrained by human laws (and no farther) as it is necessary and expedient for the general advantage of the public«.

²⁰⁸ *Merten*, in: ders./Papier (Hrsg.), HdBGR III, § 68, Rn. 7. *Remmert* weist darauf hin, dass insbesondere Fragen der Verhältnismäßigkeit eine dynamische Rechtsordnung voraussetzen, die sich erst in der Neuzeit etablierte. Die mittelalterlichen Stände pochten auf einen staatsregulatorischen status quo zur Erhaltung und Festigung ihres Einflusses, der jedes Denken in Zweck-Mittel-Relationen im Keim erstickte, Grundlagen des Übermaßverbotes, S. 8, 49.

ab²⁰⁹ und lässt *Kant* fordern, die Gesetzgebung auf das Notwendige und Erforderliche zu beschränken.²¹⁰ *Svarez* griff die Forderung *Rousseaus* und *Blackstones* in seinen Kronprinzenvorträgen auf und erklärte das Verbot übermäßiger Begrenzung der individuellen Freiheitssphäre zum allgemeinen Grundsatz.²¹¹ Diesen Gedanken vermochte er besonders deutlich § 10 II 17 des Preußischen Allgemeinen Landrechts »einzuverleiben«, der die Polizeigewalt darauf beschränkte, die »nöthigen Anstalten« zu treffen.²¹²

Verhältnismäßigkeit blieb lange Zeit eine »Domäne der straf- und polizeirechtlichen Literatur«²¹³. Beginnend mit dem Kreuzberg-Urteil²¹⁴, wonach der Staat ästhetische Interessen nicht auf Grundlage der allgemeinen Wohlfahrtspflege durchsetzen dürfe, entnahm ihm die Rechtsprechung des Preußischen und Sächsischen Obergerichts unter wandelnder Bezeichnung den Grundsatz der Erforderlichkeit: Unter dem aus heutiger Sicht verwirrenden Stichwort »Verhältnismäßigkeit« schloss sich eine Prüfung an, die neben einem rechtmäßigen Zweck lediglich ein zur Erreichung des Zwecks erforderliches Mittel verlangte.²¹⁵ Bereits 1895 erhob *Mayer*²¹⁶ diese Forderung zum allgemeinen Grundsatz polizeilichen Handelns und konstatiert den Wandel von der naturrechtlichen Grundlage zur allgemeinen Rechtsschranke. 40 Jahre später findet seine Forderung Eingang in § 14 des Preußischen Polizeiverwaltungsgesetzes.²¹⁷ Die Gebote möglicher Mäßigkeit und das Verbot übermäßiger Rechtsbeein-

²⁰⁹ *Merten*, in: FS Schambeck, S. 349 (354).

²¹⁰ *Kant* in einem Brief an *Heinrich Jung-Stilling* im März 1789, abgedruckt in: *Kant – Briefe*, herausgegeben von Zehbe, S. 134 (135).

²¹¹ Vgl. die Passage »Pflichten des Regenten und Einschränkungen seiner Gewalt« bei *Svarez*, Vorträge über Recht und Staat, Rn. 119 R (S. 9 f.): »Er [der Regent] muss die natürliche Freiheit seiner Untertanen nur so weit einschränken, als es notwendig ist, um die Sicherheit und Freiheit aller zu schützen und aufrechtzuerhalten«.

²¹² *Stern*, in: FS Lerche, S. 165 (168); daher zählen *Ossenbühl* (in: FS Lerche, S. 151 [152]) und *Schneider* (in: FG BVerfG II, S. 390 [394]) das Übermaßverbot zu den Früchten des preußischen Naturrechts.

²¹³ *Jakobs*, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 2 ff.; *Sommerrmann*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG II, Art. 20 Abs. 3, Rn. 310; erstmals vom Gebot der Verhältnismäßigkeit im Sinne einer Zweck-Mittel-Relation sprach v. *Berg*, Handbuch des Deutschen Polizeirechts (1802), S. 88 ff.; vgl. ferner *Jellinek*, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung (1913), S. 79, 289 ff.; *Fleiner*, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts (1912), S. 354 und *Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht (1895), S. 267.

²¹⁴ PrOVG 9, 353 (370 ff.); vgl. auch PrOVG 61, 255 (262); 51, 284 (288); 44, 342 (343); 31, 409 (410); 13, 273 (278) und JbSächsOVG 15, 42 (44); 10, 328 (331 f.); 8, 131 (135 f.); 7, 195 (198); vgl. ferner die Nachweise bei *Hirschberg*, Verhältnismäßigkeit, S. 4.

²¹⁵ *Hirschberg*, Verhältnismäßigkeit, S. 3 f.; *Schlink*, in: FS BVerfG II, S. 445 (445).

²¹⁶ *Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht, S. 267.

²¹⁷ § 14 Abs. 1 PrPolVG von 1931: »Die Polizeibehörden haben im Rahmen der geltenden Gesetze die nach pflichtmäßigem Ermessen notwendigen Maßnahmen zu treffen, um von der Allgemeinheit oder dem einzelnen Gefahren abzuwehren«; dazu *Naas*, Die Entstehung des Preußischen Polizeiverwaltungsgesetzes, S. 141 und S. 300 ff.

trächtigkeit gehen ihren letzten Evolutionsschritt, entwickeln sich zur »Angemessenheit staatlichen Handelns« und werden Teil des Polizeirechts.²¹⁸

II. Anerkennung in der Nachkriegszeit

Das BVerfG fand den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im 20. Jahrhundert in jener »beachtlichen dogmatischen Reife«²¹⁹ vor, die ihm das Staatsrecht des deutschen Kaiserreichs verliehen hatte. Historisch bedeutend für seine Ausbildung waren aber zunächst die Erfahrungen mit dem Nationalsozialismus. Unter dem Eindruck des Unrechtsstaats erstarkte naturrechtliches Gedankengut zu neuer Aktualität²²⁰ und wies die Konzeption der Grundrechte als Kontrastfolie gegenüber der »Einverleibung des Individuums in den totalen Staat«²²¹ aus. Mit der Verabschiedung des Grundgesetzes und einer entsprechenden Konzeption von Freiheit und Rechten des Individuums goss die monografische Literatur das Verhältnismäßigkeitsprinzip in die Form eines freiheitlich-regulativen Leitmotivs des Grundrechtsschutzes. *Krüger*²²² erwägt 1950 seine Anwendung auf Verfassungsebene und *v. Krauss*²²³ hebt das Verhältnismäßigkeitsprinzip von der Verwaltungsebene auf Ebene des Verfassungsrechts.²²⁴ Unter diesen Einflüssen wandelt sich der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit von »aufklärerisch-rechtsstaatlichen Postulaten in normierte Direktiven«²²⁵ und nimmt Eingang in das Verwaltungsrecht²²⁶. Im Anschluss an den BGH²²⁷ verortete *Dürig*²²⁸ 1956 den Grundsatz in Art. 19 Abs. 2 GG und bereits 1961 schien es *Lerche*²²⁹ selbstverständlich, die Geltungskraft des Verhältnismäßigkeitsprinzips auf grundrechtlicher Ebene zu betonen.

²¹⁸ Merten, in: ders./Papier (Hrsg.), HdBGR III, § 68, Rn. 11.

²¹⁹ Saurer, Der Staat 51 (2012), S. 3 (3).

²²⁰ Hirschberg, Verhältnismäßigkeit, S. 9; Koch, Verhältnismäßigkeit, S. 55.

²²¹ Poscher, Grundrechte als Abwehrrechte, S. 41.

²²² Krüger, Grundgesetz und Kartellgesetzgebung, S. 27; ders., DVBl. 1950, S. 625 (627 f.).

²²³ v. Krauss, Verhältnismäßigkeit, S. 19, 25 ff.

²²⁴ Kluth, JA 1999, S. 606 (607).

²²⁵ Merten, in: ders./Papier (Hrsg.), HdBGR III, § 68, Rn. 12.

²²⁶ v. Krauss, Verhältnismäßigkeit, S. 51 f.; Stern, in: FS Lerche, S. 165 (168); so lautet § 9 Abs. 2 des Verwaltungsvollstreckungsgesetzes des Bundes vom 27. April 1953 (BGBl. I, S. 157): »Das Zwangsmittel muss in einem angemessenen Verhältnis zu seinem Zweck stehen. Dabei ist das Zwangsmittel möglichst so zu bestimmen, dass der Betroffene und die Allgemeinheit am wenigsten beeinträchtigt werden«.

²²⁷ BGH, DVBl. 1953, S. 370 f.

²²⁸ Dürig, AöR 81 (1956), S. 117 (146), unter Rückgriff auf BGH, DVBl. 1953, S. 370 f.

²²⁹ Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht, insbes. S. 134 ff.

III. Durchbruch auf verfassungsrechtlicher Ebene

Seine eigentliche Karriere verdankt der Grundsatz dem BVerfG. Nach ersten verhaltenen Formulierungen in den frühen Entscheidungen²³⁰ erwähnte das Gericht den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit erstmals 1954, als es an ihm das Unterschriftenquorum des § 20 Abs. 2 S. 2 LWahlG NW²³¹ maß.²³² Wenige Jahre später formulierte das Gericht sein wegweisendes Apotheken-Urteil²³³, in dem es maßgebend zur Geltung des Verhältnismäßigkeitsprinzips und den Schranken der Berufsfreiheit Stellung nahm. Bündig erklärt es die Verhältnismäßigkeit zu einem Grundsatz von Verfassungsrang: »In der Bundesrepublik Deutschland hat der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verfassungsrechtlichen Rang. Er ergibt sich aus dem Rechtsstaatsprinzip, im Grunde aus dem Wesen der Grundrechte selbst«²³⁴.

Bereits in den 1960er Jahren krönt es das Verhältnismäßigkeitsprinzip und zeichnet es als »übergreifende Leitregel allen staatlichen Handelns«²³⁵ aus, an dessen Geltungskraft und Dominanz das Gericht bis heute festhält. Die Anerkennung des Grundsatzes als eigenständige Eingriffsschranke durch Karlsruhe lässt ihn fast das gesamte öffentliche Recht durchdringen und war ein entscheidender Faktor für die Ausbreitung im Verwaltungsrecht.²³⁶ Auch im Privatrecht steigt mit der zunehmenden Grundrechtsbindung privaten Handelns die Bedeutung des Verhältnismäßigkeitsprinzips, sodass ihm *Schmidt* bereits in den 1960er Jahren die bereits erwähnte »Gewaltherrschaft«²³⁷ attestierte.

IV. Dogmatische Verankerung durch das BVerfG

Die Frage nach der dogmatischen Verortung des Verhältnismäßigkeitsprinzips ist wichtig, denn sie entscheidet über seinen Geltungscharakter und seine praktische Handhabung.²³⁸ Trotz seiner herausragenden Bedeutung ist er wie in Übersee kein Ausfluss einer positivrechtlich normierten Kompetenzschranke. Bereits in den 1950er Jahren mahnte *Dürig*, man habe seinen verfassungsrechtlichen

²³⁰ BVerfGE 1, 167 (178); vgl. BVerfGE 2, 1 (78 f.): »Die Polizeibehörden haben alle dem Vollzug des Urteils dienenden Maßnahmen zu treffen, ohne durch andere als allgemein gültige rechtsstaatliche Regeln, wie z. B. die von der Angemessenheit des Mittels zur polizeilichen Durchsetzung angeordneten Maßnahmen, gehindert zu sein«. Tatsächlich war es der Bayerische Verfassungsgerichtshof, der erstmals Grundrechtseinschränkungen am Maßstab des Verhältnismäßigkeitsprinzips prüfte, vgl. BayVerfGHE 2 II 72 (82); 1 II 64 (76, 78).

²³¹ GVBl.-NRW 1954, S. 88 (89).

²³² BVerfGE 3, 383 (399); *Stern*, Staatsrecht der Bundesrepublik III/2, S. 770.

²³³ BVerfGE 7, 377 (405 ff.).

²³⁴ BVerfGE 19, 342 (348 f.).

²³⁵ BVerfGE 38, 348 (368); 23, 127 (133).

²³⁶ *Koch*, Verhältnismäßigkeit, S. 50; vgl. auch die Untersuchung von *Wellhöfer*, Das Übermaßverbot im Verwaltungsrecht (1970).

²³⁷ *E. Schmidt*, NJW 1969, S. 1137 (1141).

²³⁸ *Krebs*, Jura 2001, S. 228 (229); *Schlink*, in: FS BVerfG II, S. 445 (447).

Standort »niemals exakt lokalisieren«²³⁹ können. Das BVerfG ordnet ihn »dem Rechtsstaatsprinzip, im Grunde bereits ... dem Wesen der Grundrechte selbst ... als Ausdruck des allgemeinen Freiheitsanspruchs«²⁴⁰ zu. Als »allgemeiner Rechtsgrundsatz der Verhältnismäßigkeit«²⁴¹ sei er »eine Ausprägung des allgemeinen Rechtsstaatsprinzips«²⁴². Meist zieht es kumulativ die Grundrechte – in Gestalt ihres Wesens²⁴³, einzelner Gewährleistungen²⁴⁴ oder ihrer Freiheitsvermutung²⁴⁵ – heran. In vielen Entscheidungen argumentieren die Richter entsprechend mit »den Freiheitsrechten«²⁴⁶. Der Schluss auf »grundrechtlich gebotene Verhältnismäßigkeit«²⁴⁷ liegt da nicht fern.

Es spricht zunächst die geschichtliche Entwicklung des Verhältnismäßigkeitsprinzips dafür, einen Teil seiner dogmatischen Grundlage dem Rechtsstaatsprinzip zu entnehmen.²⁴⁸ Ein Großteil seiner Karriere ist dem Sächsischen und Preußischen Oberverwaltungsgericht in einer Zeit geschuldet, in der sich rechtsstaatliche Sensibilität ausgebildet hat, die Grundrechte von ihrer aktuellen Dimension aber noch weit entfernt waren.²⁴⁹ Der Grundsatz ist älter als die Grundrechte, Kind naturrechtlicher Aufklärung und findet sich nicht in dem, was »als Recht gefordert wurde, sondern in dem, was als Recht galt«²⁵⁰; der rechtsstaatlichen Bindung der Befugnis an die Aufgabe polizeilichen Handelns. Aber auch abseits seiner Historie ist der Grundsatz vorderhand ein formales Ordnungsinstrument.²⁵¹ Er überbrückt die Distanz zwischen Verfassung und einfachem Gesetzesrecht und steht im Dienst rechtsstaatlicher Entscheidungsrationalität, indem er die öffentliche Gewalt kanalisiert und grundrechtlichen Konflikten Struktur verleiht.

²³⁹ Dürig, AöR 81 (1956), S. 117 (146); nach Merten habe sich daran bis heute nicht viel geändert, in: FS Schambeck, S. 349 (352).

²⁴⁰ BVerfGE 80, 109 (120); 61, 126 (134); 19, 342 (348 f.); 17, 306 (313 f.).

²⁴¹ BVerfGE 51, 97 (113); 42, 212 (220).

²⁴² BVerfGE 43, 242 (288).

²⁴³ BVerfGE 65, 1 (44); 61, 126 (134); 19, 342 (349).

²⁴⁴ Etwa BVerfGE 80, 103 (106) für Art. 2 Abs. 1 GG; BVerfGE 72, 34 (38) für Art. 12 GG.

²⁴⁵ BVerfGE 55, 159 (165); 17, 306 (313 f.).

²⁴⁶ BVerfGE 90, 145 (173); vgl. 63, 340 (342); 63, 266 (286); 55, 159 (165); 48, 376 (388); 32, 54 (72); 21, 271 (281); 18, 353 (364); 17, 306 (313 f.); 13, 97 (105); 7, 198 (208); 6, 55 (81); 6, 32 (42).

²⁴⁷ BVerfGE 16, 147 (173); 9, 338 (346).

²⁴⁸ Wenngleich Teile der speziellen Literatur eine stringente Ableitung aus dem Rechtsstaatsprinzip verneinen: Nach *Lerche* werde so in die Rechtsstaatsklausel vorher hineingelegt, was man hinterher aus ihr herauslesen wolle, Übermaß und Verfassungsrecht, S. 32; vgl. auch die Kritik bei *Dechsling*, Verhältnismäßigkeitsgebot, S. 114 ff.

²⁴⁹ *Schlink*, in: FS BverfG II, S. 445 (448).

²⁵⁰ *Schlink*, in: FS BverfG II, S. 445 (448).

²⁵¹ *Krebs*, Jura 2001, S. 228 (232); vgl. *Hirschberg*, Verhältnismäßigkeit, S. 77; *Jakobs*, DVBl. 1985, S. 97 (98); *Lerche*, Übermaß und Verfassungsrecht, S. 58, 77, 81, 94, 316; *Wendt*, AöR 104 (1979), S. 414 (448 ff.); *Yz*, Verhältnismäßigkeit, S. 117 ff.

Seine so verstandenen formalen Teilgrundsätze müssen in einem zweiten Schritt durch materiell-rechtliche Verfassungsaussagen normativ aufgeladen werden, will man das Verhältnis und die gegenseitige Beeinflussung der mittel- und zweckgerichteten Staatsmacht in konturierte Bahnen lenken.²⁵² Für eine grundrechtliche Verortung neben dem Rechtsstaatsprinzip spricht die Konzeption der Grundrechte als Abwehrrechte gegen den Staat.²⁵³ Grundrechte sind im Wesentlichen auf Freiheitsmaximierung und Machtmäßigung der staatlichen Gewalt ausgerichtet. Sie stellen eine materielle Gleichordnungsebene zwischen Bürger und Staat her, indem sie die Macht des Staates begrenzen und dessen freiheitsbeschränkenden Maßnahmen an formelle wie materiell-rechtliche Voraussetzungen binden.²⁵⁴ Die positiv-rechtliche Bindung des Gesetzgebers an die Grundrechte nach Art. 1 Abs. 3 GG und die Ermächtigung des Gesetzgebers, planvoll lenkend in die Grundrechtssphären einzugreifen, passen denklogisch nur zusammen, wenn sich der Souverän im Falle eines Eingriffs freiheitlichen Regelungen beugen muss.²⁵⁵ Liegt den Grundrechten die so verstandene Prämisse der größtmöglichen Chance der Persönlichkeitsentfaltung zu Grunde, entpuppt sich jede übermäßige Regelung dieser Chancenmaximierung abträglich, mithin verfassungssillegitim.²⁵⁶ So geht auch das BVerfG von der »grundsätzlichen Begrenztheit aller öffentlichen Gewalt«²⁵⁷ aus und spricht der Verfassung die Leitidee einer grundsätzlichen Freiheitsvermutung zu.²⁵⁸

Der mehrdimensionale Ansatz des BVerfG überzeugt. Mit der parallelen Verortung im Rechtsstaatsprinzip und auf grundrechtlicher Ebene lässt sich der formale Charakter des Verhältnismäßigkeitsprinzips zu einer konkreten Handlungsanweisung und Disziplinierung der grundrechtsbeschneidenden Staatsmacht verdichten.

C. Fazit

In Deutschland und den USA stellen die Herausbildung des Verhältnismäßigkeitsprinzips und der gestaffelten Prüfungsmaßstäbe gleichermaßen die großen Ergebnisse bei der Entwicklung und Anwendung ungeschriebener Sätze des Verfassungsrechts dar. Der U.S. Supreme Court und das BVerfG bedienen sich pro-

²⁵² So auch *Krebs*, Jura 2001, S. 228 (232); *Yi*, Verhältnismäßigkeit, S. 120 f., 151; *Merten* geißelt das Rechtsstaatsprinzip als »Heimstätte für politische Träumereien und Utopie«, in: FS Schambeck, S. 349 (368); kritisch auch *Kunig*, Das Rechtsstaatsprinzip, S. 481 ff.

²⁵³ Vgl. dazu jüngst die Untersuchung von *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte (2003).

²⁵⁴ *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts, Rn. 287; *W. Leisner*, Der Abwägungsstaat, S. 18; v. *Münch/Kunig*, in: dies., GGK I, Vorb. Art. 1-19, Rn. 15.

²⁵⁵ *Schlink*, in: FS BVerfG II, S. 445 (448).

²⁵⁶ *Grabitz*, AöR 98 (1973), S. 568 (586).

²⁵⁷ BVerfGE 6, 55 (81).

²⁵⁸ BVerfGE 63, 340 (342); 63, 266 (286); 55, 159 (165); 48, 376 (388); 32, 54 (72); 21, 271 (281); 18, 353 (364); 17, 306 (313 f.); 13, 97 (105); 7, 198 (208); 6, 55 (81); 6, 32 (42).

grammatischer Formeln zur Prüfung, ob der demokratisch-legitimierte Gesetzgeber seine verfassungsrechtlichen Grenzen wahrt.

Den Gedanken einer vorwiegend materiellen Verhältnisgerechtigkeit haben die Gründungsväter weder in die neue Welt mitgenommen noch haben sich die »Levels« in eine ähnliche Stoßrichtung entwickelt. Der Rechtsvergleich birgt einen besonderen Reiz vor dem Hintergrund, dass beide Verfassungsgerichte ähnliche Maßstäbe unter anderen Leitsternen entwickelt haben: Wiewohl in Deutschland ausweislich seiner dogmatischen Verortung von der Maximierung individueller Freiheit die Rede ist, bestimmt in den Vereinigten Staaten das richterliche Prüfungsrecht und dessen Reichweite maßgeblich den Blickwinkel der »Levels of Scrutiny«.²⁵⁹ Das seit der Zeit des »New Deal« aufkeimende Verständnis von Abwägung löste den Konflikt des U.S. Supreme Courts mit der Legislativgewalt um die kompetenzielle Balance zu Gunsten eines Ansatzes weitgehend richterlicher Zurückhaltung bei gleichzeitiger Verstärkung der Grundrechte. Die Eingriffsschwelle bemaß sich fortan nach der Wertigkeit der betroffenen Position und den Differenzierungsmerkmalen einer gesetzlichen Regelung.

Einen umgekehrten Konflikt hat es in Deutschland bei der Entwicklung des Verhältnismäßigkeitsprinzips im Kontext des Polizeirechts gegeben. In dieser Zeit begannen die Gerichte, ein besonderes Augenmerk von dem rechtlichen Schluss der Aufgabe auf die Befugnis zu legen, die in der höchstrichterlichen Anerkennung des Verhältnismäßigkeitsprinzips mündete. Der »Staat des Maßes«²⁶⁰ galt fortan als Garant der Freiheit. Während die Franzosen »die Bastille gestürmt« und »die Deutschen ... den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit erfunden«²⁶¹ haben, entwickelten die Amerikaner verfassungsrechtliche Kontrollmaßstäbe am Ausgangspunkt einer Fußnote.

Die historische Entwicklung und das unterschiedliche Vorverständnis der verfassungsrechtlichen Strukturen der Anschauungsobjekte mag zur Erklärung mancher im Rahmen dieser Untersuchung deutlich werdenden Schnittmengen und Divergenzen beitragen. Vor allem aber soll die geschichtliche Gegenüberstellung die isolierte Entwicklung sich in bemerkenswerter Weise ähnelnder Kontrollmaßstäbe in Deutschland und den USA zeigen. Ihnen gilt der Ausgangspunkt der rechtsvergleichenden Analyse.

²⁵⁹ Ausführlich dazu unten S. 181 ff.

²⁶⁰ *Eichenberger*, in: *ders.*, Der Staat der Gegenwart, S. 165 (176 f.).

²⁶¹ *Pieroth/Schlink/Kniesel*, Polizei- und Ordnungsrecht, Rn. 13.

Dritter Teil

Materielles Recht: Die »Levels of Scrutiny«

Die »Levels of Scrutiny« bilden die Eckpunkte verfassungsgerichtlicher Prüfung in Normenkontrollsachen. Sie sind nur wenig konturiert und allein das Ergebnis der Deutungs- und Rechtsschöpfungshoheit des U.S. Supreme Courts. Dieser Teil der Untersuchung widmet sich dem Schweigen der Verfassungstexte. Ihnen ist keine eindeutige Antwort zu entnehmen, in welchem Maß die Entscheidungsmacht des Gesetzgebers verfassungsrechtlich bestimmten Schranken der Verhältnismäßigkeit unterliegen soll. Die Diskussion um die Anwendbarkeit und Justierung eines freiheitlichen Eingriffsregimes wird in den Vereinigten Staaten dadurch verschärft, dass die Zuordnung zu einem »Level« in der Regel über das Schicksal der angegriffenen Maßnahme entscheidet: an Hand des durchlässigen »rational basis test« wird das Gericht die Verhältnismäßigkeit eines gesetzlichen Mittels fast immer bejahen, an Hand des »strict scrutiny test« fast immer verneinen.

Am Ausgangspunkt der Kontrollpraxis steht die Willkür- und Rationalitätskontrolle des »rational basis test« (§ 1). Sodann wird sich die Untersuchung dem am entgegengesetzten Ende der Kontrolldichteskala angesiedelten »strict scrutiny test« (§ 2) widmen, bevor ich mich dem relativ jungen »middle tier standard« (§ 3) zuwende. Abschließend werde ich die Sonderregime US-amerikanischer Verhältnismäßigkeit untersuchen, die der strukturellen Eigenart der Redefreiheit Rechnung tragen (§ 4).

§ 1 – Willkür- und Rationalitätskontrolle: »rational basis«

Das Konzept des »rational basis test« kann bis in die älteste Vergangenheit der obersten amerikanischen Bundesrechtsprechung zurückverfolgt werden.²⁶² Schon früh konstatierte der U.S. Supreme Court aus dem Prinzip richterlicher Zurückhaltung und funktionellen Erwägungen eine »Disjunktion von Handlungs- und Kontrollmaßstab«²⁶³. Der renommierte Harvard-Professor *Thayer* schließt in einem einflussreichen Aufsatz von 1893 aus der Kürze der Verfassung auf einen erheblichen Interpretationsspielraum des Gesetzgebers.²⁶⁴ Die Antwort auf die Frage eines Interessenkonflikts finde sich nicht in dem Schweigen der Gründungstexte, sondern in dem abwägenden Prozess des demokratisch legitimierten Gesetzgebers, solange dieser seine Entscheidung auf eine »rational basis«²⁶⁵ zurückführen könne. Der U.S. Supreme Court dürfe nur dann eingreifen, wenn der Widerspruch zum Verfassungsrecht evident sei, und zwar »so clear that it is not open to rational question«²⁶⁶.

Thayer fand gemeinhin breite Zustimmung, konnte seine Vorstellungen in den Reihen des U.S. Supreme Courts aber nicht allgemein durchsetzen.²⁶⁷ Das Prestige des »judicial self-restraint« nährte sich aber insbesondere aus der Auseinandersetzung mit der *Lochner*-Ära, als der U.S. Supreme Court über ein materiell ausgeprägtes Verständnis ökonomischer Rechte der »due process clause« massiv in die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers eingriff²⁶⁸ und die in höherem Maße als in Deutschland diskutierte Rolle des Gerichts im Verfassungsgefüge prägte.

²⁶² 3 U.S. (3 Dall.) 171, 175 (1796) – *Hylton v. United States*: »[I]t is unnecessary, at this time, for me to determine, whether this court, constitutionally possesses the power to declare an act of Congress void, on the ground of its being made contrary to, and in violation of, the Constitution; but if the court have such power, I am free to declare, that I will never exercise it, but in a very clear case«; 4 U.S. (4 Dall.) 14, 20 (1800) – *Cooper v. Telfair*: »to authorise this Court to pronounce any law void, it must be a clear and unequivocal breach of the constitution, not a doubtful and argumentative implication«.

²⁶³ *Lange*, Grundrechtsbindung des Gesetzgebers, S. 238.

²⁶⁴ *Thayer*, Harv. L. Rev. 7 (1893), S. 129 (144).

²⁶⁵ 319 U.S. 624, 639 (1943) – *West Virginia State Bd. of Educ. v. Barnette*; 341 U.S. 494, 558 (1951) – *Dennis v. United States*.

²⁶⁶ *Thayer*, Harv. L. Rev. 7 (1893), S. 129 (144).

²⁶⁷ Vgl. aber das berühmte Gegenvotum von Richter *Holmes*, Jr. (198 U.S. 45, 74, 76 (1905) – *Lochner v. New York*), das den Gedanken von *Thayer* aufgreift: »[T]he word liberty in the Fourteenth Amendment is perverted when it is held to prevent the natural outcome of a dominant opinion, unless it can be said that a *rational* and fair man necessarily would admit that the statute proposed would infringe fundamental principles as they have been understood by the traditions of our people and our law« (Herv. d. Verf.).

²⁶⁸ *Lange*, Grundrechtsbindung des Gesetzgebers, S. 56.

A. Anwendungsbereich

Eine Prüfung an Hand des »rational basis test« kommt bei der Auseinandersetzung mit unbenannten Freiheitsinteressen zum Zuge, die der U.S. Supreme Court traditionell nicht als »fundamentale« Rechte im Rang eines Grundrechts klassifiziert. Der »rational basis test« ist ferner einschlägig, wenn der Gesetzgeber eine Regulierung verabschiedet, die weder eine »verdächtige« noch »quasi-verdächtige« Klassifizierung zum Gegenstand hat.

I. Wirtschafts-, Kultur- und Sozialgesetzgebung

Der »rational basis test« deckt regelmäßig (d.h., soweit kein Grundrecht betroffen ist) den Bereich der Wirtschafts-, Kultur- und Sozialgesetzgebung ab, die einen breiten Raum der gesetzgeberischen Alltagspraxis einnimmt. Hierunter fällt etwa das Arbeitsrecht, das Bank-, Börsen- und Bauwesen, Regelungen im öffentlichen Gesundheitswesen und das Recht des unlauteren Wettbewerbs. In der Handhabung des U.S. Supreme Courts ist der »rational basis test« geprägt von der generellen Zurückhaltung des Gerichts gegenüber der gesetzgeberischen Abwägung grundrechtlich geschützter Güter und Interessen.²⁶⁹ Der U.S. Supreme Court ist insoweit geneigt, jedwede gesetzliche Maßnahme aufrecht zu erhalten, die sich nicht als »clearly wrong, a display of arbitrary power, not an exercise of judgment«²⁷⁰ darstellt. Das Gericht darf seine Wertansichten nicht im Wege einer Verfassungsinterpretation dem Gesetzgeber aufdrängen und sich nur mit äußerster Zurückhaltung entlang der Linie richterlicher Kontrolle im Spannungsfeld des gesetzgeberischen Entscheidungsspielraums bewegen²⁷¹: »courts do not substitute their social and economic beliefs for the judgment of legislative bodies«²⁷². Erst vor diesem Hintergrund erschließen sich Großteile einer dem deutschen Leser überraschend durchlässig anmutenden Kontrolldichte.

Sucht man nach einer deutschen Parallele, liegt ein Vergleich mit der Wirtschafts- und Sozialgesetzgebung nahe, der gleichfalls eine relativ niedrige Kontrolldichte attestiert wird.²⁷³ Die »wirtschaftspolitische Offenheit«²⁷⁴ des Grundgesetzes zeigt sich in einem weitgehenden Gestaltungsspielraum des Gesetzge-

²⁶⁹ Heun, EuGRZ 2002, S. 319 (320 f.).

²⁷⁰ 429 U.S. 181, 185 (1976) – *Mathews v. DeCasta*, unter Zitierung von 301 U.S. 619, 640 (1937) – *Helvering v. Davis*.

²⁷¹ *Fleming*, Tex. L. Rev. 72 (1993), S. 211 (212); *Scalia*, U. Cin. L. Rev. 57 (1989), S. 849, 862 ff.; vgl. 505 U.S. 833, 979, 979 ff. (1992) – *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* (Scalia, J., concurring and dissenting in part); 411 U.S. 1, 33 (1973) – *San Antonio Independent School District v. Rodriguez*.

²⁷² 372 U.S. 726, 730 (1963) – *Ferguson v. Skrupa*.

²⁷³ *Badura*, AöR 92 (1967), S. 382 (384); *Simons*, Grundrechte und Gestaltungsspielraum, S. 311; *Wendt*, DÖV 1984, S. 601 (601 f.); vgl. BVerfGE 39, 210, (230 f.) (Freiheit); 18, 315 (331 f.) (Gleichheit).

²⁷⁴ *H.-P. Schneider*, in: Merten/Papier (Hrsg.), HdBdGR V, § 113, Rn. 131.

bers,²⁷⁵ die *Spanner* veranlasst – in Anlehnung zur US-amerikanischen Rechtsprechung – von einer »Economical-Question-Doktrin« deutscher Prägung zu sprechen.²⁷⁶ So wird Art. 12 GG als wirtschaftlicher Rahmen eines »Strebens nach Glückseligkeit« blumig umschrieben.²⁷⁷

Bereits an dieser Stelle zeigt sich die herausragende Stellung des Denkens in Erwägungen der Verhältnismäßigkeit deutschen Rechts: Wo sich die Amerikaner im Bereich der Wirtschaftsgesetzgebung bei der Auseinandersetzung des Spannungsverhältnisses zwischen Individualrechten und öffentlichen Zielen mit der Aussage »it is for legislature, not the courts, to balance the advantages and disadvantages of legislation«²⁷⁸ begnügen, entwickelte das BVerfG in seinem Apotheken-Urteil eine ausdifferenzierte Konkretisierung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit in Gestalt der Dreistufenlehre und prägte maßgeblich die Dogmatik des Art. 12 GG.²⁷⁹ Die Berufsfreiheit ist ein Recht, das den Einzelnen vor der Beschränkung seiner beruflichen Betätigung, der Arbeit und Ausbildung durch den Staat schützen will. Sie ist eine »wertentscheidende Grundsatznorm«²⁸⁰, die die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers dirigiert und auf das einfache Recht ausstrahlt,²⁸¹ gleichzeitig aber unter dem Vorbehalt gesetzlicher Regelungen steht.²⁸² Wirtschaftspolitische Maßnahmen sind in ein Maßstabsnetz geflochten, das den Gesetzgeber auf die Beachtung der Verhältnismäßigkeit verpflichtet.²⁸³ Bei steigender Intensität der Grundrechtsbeeinträchtigung stellt das BVerfG daher besondere Anforderungen an die Rechtfertigung einer Berufsregulierung. Der Rechtfertigungsdruck wächst in dem Maße, in dem sich Eingriffe über relativ milde Ausübungsregelungen über subjektive Zulassungsvoraussetzungen bis hin zu besonders intensiven objektiven Zulassungsbeschränkungen steigern.²⁸⁴

Eine Aussage wie die »je-desto«-Formel des BVerfG²⁸⁵ findet sich in den USA dagegen nicht. Die Monopolisierung eines Schlachtbetriebs im Rahmen der »Slaughterhouse Cases«²⁸⁶, das alle Schlachtbetriebe bis auf einen zur Aufgabe ihrer Tätigkeit zwang, um der ausgreifenden Verschmutzung des Mississippi

²⁷⁵ Vgl. BVerfGE 51, 193 (208); 46, 246 (257); 39, 210 (225 f.); 37, 1 (21).

²⁷⁶ *Spanner*, DÖV 1972, S. 217 (220).

²⁷⁷ *Ruffert*, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, § 19, Rn. 1.

²⁷⁸ 348 U.S. 483, 487 (1955) – *Williamson v. Lee Optical, Inc.*

²⁷⁹ BVerfGE 7, 377 (405 ff.); *H.-P. Schneider*, in: Merten/Papier (Hrsg.), HdBdGR V, § 113, Rn. 131.

²⁸⁰ BVerfGE 7, 377 (404).

²⁸¹ *Mann*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 12, Rn. 21.

²⁸² Nach herrschender Meinung nicht etwa nur hinsichtlich der Berufsausübung, vgl. BVerfGE 82, 209; *Hofmann*, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein, Grundgesetz, Art. 12, Rn. 50.

²⁸³ *Scheuner*, DÖV 1980, S. 473 (480).

²⁸⁴ S. nur *Wieland*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz I, Art. 12, Rn. 92.

²⁸⁵ BVerfGE 30, 292 (316 f.). St. Rspr., vgl. nur BVerfGE 112, 255 (263); 104, 357 (364); 103, 172 (183); 101, 331 (347); 95, 193 (214); 80, 1 (24 f.).

²⁸⁶ 83 U.S. (16 Wall.) 36 (1873) – *Slaughterhouse Cases*.

entgegenzuwirken, würde in Deutschland einen massiven Rechtfertigungsgrund²⁸⁷ voraussetzen, dessen Nachweis dem Gesetzgeber kaum gelänge. Spiegelverkehrt hat das BVerfG gesetzliche Maßnahmen verworfen, die den Anforderungen des U.S. Supreme Courts genügen würden. So hat das BVerfG ein absolutes Verbot bestimmter kakaohaltiger Lebensmittel für nichtig erklärt, das den Verbraucher vor Täuschungen schützen sollte. Dieses Verbot sei nicht erforderlich, da der Täuschungsgefahr bereits »in gleich wirksamer, aber weniger einschneidender Weise durch ein Kennzeichnungsgebot begegnet werden«²⁸⁸ könne. Der U.S. Supreme Court hätte diese Maßnahme an Hand des »rational basis test« abseits einer Erforderlichkeitsprüfung widerstandslos bestätigt. Insgesamt veranschlagt die deutsche Rechtsprechung hier eine Strenge, die amerikanische Beobachter an die protektionistische Praxis der Lochner-Ära erinnert.²⁸⁹

II. Gleichheit

Ein zweites Standbein des »rational basis test« findet sich im Bereich der »equal protection clause«, wenn die gesetzliche Maßnahme weder eine »verdächtige« noch »quasi-verdächtige« Klassifizierung zum Gegenstand hat.²⁹⁰ Klassifizierungen dürfen weder auf willkürlichen noch unzulässigen Differenzierungsmerkmalen beruhen. Auch das BVerfG hat sich im Bereich des Gleichheitssatzes bemüht, formelhafte Abwägungsregeln für die Zuordnung zu einer niedrigen Kontrolldichte zusammenzufassen²⁹¹ und die Befugnis des Gesetzgebers zur Pauschalisierung und Typisierung von Sachverhalten anerkannt.²⁹² So verweist das BVerfG auf eine relativ milde Kontrolle bei der Regelung von Lebenssachverhalten, da es Sache der Betroffenen sei, sich auf diese Regelung einzustellen und nachteiligen Auswirkungen durch eigenes Verhalten auszuweichen.²⁹³ Die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers finde ihre Grenze dort, wo die Ungleichbehandlung nicht »mit einer am Gerechtigkeitsgedanken orientierten Betrachtungsweise«²⁹⁴ vereinbar sei oder »die fundierten allgemeinen Gerechtigkeitsvorstellungen der Gemeinschaft«²⁹⁵ missachtet werden.²⁹⁶ Eine schärfere Prüfung

²⁸⁷ Vgl. BVerfGE 21, 276.

²⁸⁸ BVerfGE 53, 135 (145 f.).

²⁸⁹ *Currie*, The Constitution, S. 301: »the constitutional court has achieved results reminiscent of those reached by the Supreme Court during the Lochner period«.

²⁹⁰ 132 S.Ct. 2073, 2080 (2012) – *Armour v. City of Indianapolis, Indiana*: »This Court has long held that »a classification neither involving fundamental rights nor proceeding along suspect lines ... cannot run afoul of the Equal Protection Clause if there is a rational relationship between the disparity of treatment and some legitimate governmental purpose«, unter Zitierung von 509 U.S. 312, 319 f. (1993) – *Heller v. Doe*.

²⁹¹ Jüngst etwa BVerfGE 91, 346 (362 f.); 88, 87 (96 f.).

²⁹² BVerfGE 63, 119 (128); 13, 21 (29), 9, 20 (32).

²⁹³ BVerfGE 101, 54 (101); 83, 1 (23); 55, 72 (89).

²⁹⁴ BVerfGE 86, 81 (87).

²⁹⁵ BVerfGE 42, 64 (72).

soll greifen, wenn das Unterscheidungsmerkmal den Menschen in seinen vorgegebenen, unbeeinflussbaren Merkmalen betrifft und den geschützten Kern seiner Individualität erfasst.²⁹⁷ Wie der U.S. Supreme Court verweisen die Eingangsformeln des BVerfG generell auf die »Personengruppe« in Abgrenzung gegenüber »Sachverhalten« als Gegenstand strengerer Kontrolle an Hand der immer noch sog. neuen Formel²⁹⁸.

Der U.S. Supreme Court hat die Gruppe »verdächtiger« Klassifizierungen auf die Rassezugehörigkeit, nationale Herkunft und Ausländereigenschaft (»alienage«) beschränkt.²⁹⁹ Wo das BVerfG eine strenge Verhältnismäßigkeitsprüfung vornehmen würde, unterfallen Klassifizierungen nach sexueller Orientierung³⁰⁰ und Alter³⁰¹ nur einer Prüfung an Hand der milden »rational basis«-Kontrolle. Das BVerfG sieht eine Regelung, wonach Transsexuelle erst ab einem Alter von 25 Jahren ihren Vornamen ändern dürfen, als Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht der betroffenen Person, sodass dem Gesetzgeber nach Art. 3 Abs. 1 GG kein Spielraum verbleibe, die Vornamensänderung zu versagen, die älteren Transsexuellen gewährt werde.³⁰² Sexuelle Orientierung und Alter stehen in den Vereinigten Staaten außerhalb des »strict scrutiny«-Anwendungsbereichs. Ein solches Gesetz sähe sich in den USA auf der untersten Stufe der Prüfungsdichte nur einem geringen Rechtfertigungsdruck ausgesetzt und würde in der Regel nicht beanstandet.

Ein weiterer Gegensatz zum U.S. Supreme Court zeigt sich, wenn sich das Differenzierungskriterium einem der in Art. 3 Abs. 3 GG genannten »verbotenen« oder »verdächtigen« Kriterien wie einer Behinderung annähert und sich der Kontrollmaßstab entsprechend verschärft. Der U.S. Supreme Court hat wiederholt klargestellt, dass er die geistige Behinderung von Menschen nicht als »verdächtige« oder »quasi-verdächtige« Klassifizierung einstuft und nur am »rational basis«-Maßstab prüft.³⁰³ Bereits *Ely* hat auf die Ungerechtigkeit staatlicher Regelungen hingewiesen, die an unveränderliche Charakteristika eines Menschen knüpfen.³⁰⁴ Dass das Gericht solche Klassifizierungen bis heute keiner strengen Nachprüfung unterzieht, ist umso kritischer zu sehen.

Insgesamt fällt eine Systematisierung nach Schutzdichte in den USA mit entsprechender Zuordnung zum »rational basis test« leichter als in Deutschland.

²⁹⁶ Angesprochen ist das Willkürverbot seit BVerfGE 1, 14 (52); vgl. BVerfGE 89, 132 (141); 83, 1 (23); 68, 138 (147).

²⁹⁷ *Kischel*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Art. 3 [Gleichheit vor dem Gesetz], Rn. 31.

²⁹⁸ BVerfGE 55, 72 (88), seither st. Rspr. des Ersten Senats, vgl. jüngst 124, 199 (219 f.).

²⁹⁹ 411 U.S. 677, 682 (1973) – *Frontiero v. Richardson*; ausführlich dazu unten S. 100 ff.

³⁰⁰ 517 U.S. 620 (1996) – *Romer v. Evans*.

³⁰¹ 427 U.S. 307 (1976) – *Massachusetts Board of Retirement v. Murgia*.

³⁰² BVerfGE 60, 123 (135).

³⁰³ 509 U.S. 312 (1993) – *Heller v. Doe*; 473 U.S. 432 (1985) – *City of Cleburne v. Cleburne Living Center, Inc.*

³⁰⁴ *Ely*, *Democracy and Distrust*, S. 150, 154 f.

Eine entsprechende Einteilung kann im deutschen Recht nur unscharf erfolgen. Vielmehr bezieht das BVerfG verschiedene Gesichtspunkte in die Anwendung einer flexiblen Verhältnismäßigkeitsprüfung mit ein, die in eine dem U.S. Supreme Court fremde »je-desto«-Entscheidung münden. Damit bestätigt sich das Fazit *Lerches*, dass sich die »deutsche Grundrechts-Judikatur in Normenkontrollsachen ... nur schwer nach Sachmaterien und Lebensbereichen gliedern«³⁰⁵ lässt.

B. Elemente

Der »rational basis test« stellt die geringsten Anforderungen an die Rechtfertigung einer Grundrechtsbeschränkung. Es sind derer zwei: Der Gesetzgeber muss mit seiner Maßnahme einen legitimen Zweck durch ein ebenso legitimes Mittel verfolgen. Als dann prüft der U.S. Supreme Court, ob zwischen dem Zweck und dem dazu eingesetzten Mitteln eine zumindest im Ansatz nachvollziehbare Verbindung besteht.

I. Zweck und Mittel

Die Legitimität von Zweck und Mittel steht länderübergreifend im Ausgangspunkt der verfassungsgerichtlichen Prüfung. Die »Levels of Scrutiny« enthalten die dem deutschen Leser aus der Verhältnismäßigkeitsprüfung bekannte Voraussetzung,³⁰⁶ dass jede gesetzliche Maßnahme einen legitimen Zweck verfolgen muss.³⁰⁷ Hier zeigt sich die wichtigste Schnittstelle zwischen Verfassungsdogmatik und Rechtspolitik: Will sich der Gesetzgeber nicht dem Vorwurf einer willkürlichen Rechtsanmaßung ausgesetzt sehen, muss er seine Maßnahme auf einen Kompetenztitel und die Verfolgung eines legitimen Zwecks stützen.³⁰⁸

1. Zwecksetzungskompetenz

Die Frage nach der Legitimität eines Zwecks ist wichtig, denn sie entscheidet auch über die Machtverteilung zwischen dem Gesetzgeber und der Verfassungsrechtsprechung.³⁰⁹ Jedes Gesetz beruht auf politischen Zielsetzungen. Dass das BVerfG diesen Zweck bestimmen muss, ist Ausfluss seiner Prüfungskompetenz nach Art. 93 Abs. 1, 100 GG und des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, der

³⁰⁵ *Lerche*, in: Vogel (Hrsg.), Grundrechtsverständnis, S. 24 (49).

³⁰⁶ BVerfGE 118, 168 (193); 115, 320 (345); 109, 279 (335 ff.).

³⁰⁷ 473 U.S. 432, 440 (1985) – *City of Cleburne v. Cleburne Living Ctr., Inc.*; vgl. 17 U.S. (4 Wheat.) 316, 421 (1819) – *McCulloch v. Maryland*: »Let the end be legitimate, let it be within the scope of the Constitution, and all means which are appropriate, which are plainly adapted to that end, which are not prohibited, but consist with the letter and spirit of the Constitution, are Constitutional«.

³⁰⁸ *Engel*, in: Bruggen/Kirste/Anderheiden (Hrsg.), Gemeinwohl, S. 103 (128); vgl. die »ultra vires« Rechtsprechung 400 U.S. 112 (1970) – *Oregon v. Mitchell* (Festlegung eines Wahlmindestalter); 157 U.S. 429 (1895) – *Pollock v. Farmers' Loan & Trust Co.* (Steuern).

³⁰⁹ *Engel*, in: Bruggen/Kirste/Anderheiden (Hrsg.), Gemeinwohl, S. 103 (155).

für jede gesetzliche Maßnahme einen legitimen Zweck fordert.³¹⁰ Im Common Law der Vereinigten Staaten folgt die Prüfungskompetenz dagegen keiner positiv-rechtlichen Kompetenzzuweisung. Der U.S. Supreme Court nimmt sein richterliches Prüfungsrecht selbst aus der Verfassung in Anspruch und hat das Erfordernis eines legitimen Zwecks an Hand seiner Präjudizien entwickelt.³¹¹ Einigkeit besteht dahingehend, dass das anvisierte Ziel der demokratischen Mehrheitsfindung Rechnung tragen muss, weil allein das Volk durch den Gesetzgeber bestimmt, welche Werte es verfolgt.³¹²

»[N]othing is more fundamental than the right of the people ... to govern themselves in accordance with their own will, except so far as they have restrained themselves by constitutional limits ... The power of the people of the States to make and alter their laws at pleasure is the greatest security for liberty and justice«³¹³.

In ähnlichen Worten spricht das BVerfG von der »vornehmsten Aufgabe des Gesetzgebers«³¹⁴, der demokratischen Mehrheitsfindung durch objektive Rechtssätze Rechnung zu tragen. *Wernsmann* bringt diese Ausführungen auf die Formel: »Zweckverfolgung ist Gestaltung und Gestaltung ist Sache des Gesetzgebers, nicht der Gerichte«³¹⁵. Beide Nationen haben diese Aussage über ein System der Gewaltenteilung und föderalistisch-ausdifferenzierten Katalogen der Bundes- und Gliedstaatenkompetenzen verfassungsrechtlich berücksichtigt.³¹⁶

Der Zweck einer Norm steht aber nicht ausschließlich im legislativen Ermessen. In bestimmten Fällen ordnet § 31 Abs. 2 BVerfGG die Gesetzeskraft von Entscheidungen an. Gem. §§ 78, 82 Abs. 1, 95 Abs. 3 S. 1 BVerfGG kann das BVerfG Gesetze für nichtig erklären. Es kann also die Rechtslage ändern, sodass die Verwerfungskompetenz des BVerfG bei abweichenden Feststellungen von der Auffassung des Gesetzgebers über die Legitimität eines Zwecks in Anlehnung

³¹⁰ *Vollmeyer*, DÖV 2009, S. 55 (58). Das BVerfG begreift den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bestehend aus den Teilgrundsätzen der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne. Gleichwohl verlangt der Grundsatz nach dessen st. Rspr. auch das Vorliegen eines legitimen Zwecks, vgl. BVerfGE 118, 168 (193); 115, 320 (345); 109, 279 (335 ff.).

³¹¹ 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803) – *Marbury v. Madison*; 17 U.S. (4 Wheat.) 316, 421 (1819) – *McCulloch v. Maryland*.

³¹² BVerfGE 33, 125 (158); *Engel*, in: Brugger/Kirste/Anderheiden (Hrsg.), Gemeinwohl, S. 103 (156); *Isensee*, in: ders./Kirchhof (Hrsg.), HdBStR V, § 111, Rn. 73; *Schlink*, in: FS BVerfG II, S. 445 (450).

³¹³ 211 U.S. 78, 106 (1908) – *Twining v. New Jersey*.

³¹⁴ BVerfGE 33, 125 (158).

³¹⁵ *Wernsmann*, NVwZ 2002, S. 1360 (1363).

³¹⁶ Vgl. Art. 20 Abs. 3 GG und die Kompetenzregeln der Art. 70 ff., 76 Abs. 1 und Art. 93, 100 GG. Für die USA vgl. insbes. Art. 1 Sec. 8, Art. 16 USC und den zehnten Verfassungszusatz.

an *Kelsen* als »negative Rechtssetzungskompetenz« bezeichnet werden kann.³¹⁷ Da die Rechtssetzungskompetenz der Zwecksetzungskompetenz folgt, tritt das BVerfG in Konflikt mit dem gestalterischen Freiraum des demokratisch legitimierten Gesetzgebers, wenn es ihm ein Instrument regulativer Politik aus der Hand nimmt.³¹⁸

Auch in den USA führt die Feststellung der Verfassungswidrigkeit eines Zwecks dazu, dass der U.S. Supreme Court einen von dem Gesetzgeber ursprünglich gewollten, abweichenden Zweck setzt. Dem Einwand, dass es sich bei der Zweckbestimmung um nicht mehr als eine Interpretation und Offenlegung der gesetzgeberischen Motive handelt, mag man die Nicht-Justiziabilität verfassungsgerichtlicher Entscheidungen und das Abweichen von gesetzgeberischen Erwägungen entgegenhalten.³¹⁹ In den USA wird dies deutlich an Hand der Diskriminierungsrechtsprechung des U.S. Supreme Courts, wenn er darlegt, dass der Gesetzgeber mit der in Rede stehenden gesetzlichen Maßnahme nicht den behaupteten, sondern einen anderen Zweck verfolgt: »[A] bare congressional desire to harm a politically unpopular group cannot constitute a *legitimate* governmental interest«.³²⁰ Gleichzeitig entfalten die Urteile des U.S. Supreme Courts zwar weder Gesetzeskraft, noch steht dem Gericht die Kompetenz zur Nichtigerklärung einer Rechtsnorm zu. Das System der »stare decisis«³²¹ und die Bindung an Präzedenzfälle entfalten aber eine faktische Bindungswirkung, die in ihren praktischen Auswirkungen einer Nichtigerklärung in der Regel gleichsteht.³²²

³¹⁷ *Kelsen*, VVDStRL 5 (1929), S. 29 (54): »Erlassung mit einem negativen Vorzeichen«; vgl. *Vollmeyer*, DÖV 2009, S. 55 (58).

³¹⁸ *Engel*, in: Brugger/Kirstel/Anderheiden (Hrsg.), Gemeinwohl, S. 103 (164); *Schlink*, in: FS BVerfG II, S. 445 (462); *Vollmeyer*, DÖV 2009, S. 55 (58).

³¹⁹ *Vollmeyer*, DÖV 2009, S. 55 (58); vgl. etwa die Aussage zur Verfassungswidrigkeit des Verbots von Mitfahrzentralen in BVerfGE 17, 306 (317 f.): »Der Bundesgerichtshof nimmt in Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung an, der Gesetzgeber habe ersichtlich darauf abgezielt, die Tätigkeit der Mitfahrzentralen lahmzulegen; damit liegt die Annahme nahe, dass das Verbot überhaupt nicht aus den angegebenen Gründen, sondern zum Schutze der öffentlichen Verkehrsträger, namentlich der Deutschen Bundesbahn, erlassen worden ist. ... Es geht nicht zu weit, wenn der Bundesgerichtshof hier von einem »Missbrauch strafrechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten« spricht. Jedenfalls verstößt eine solche der Sachlage zuwiderlaufende Gesetzesgestaltung, die die wahren Absichten des Gesetzgebers verschleiert, gegen das Rechtsstaatsprinzip; sie hält sich nicht im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung und ist deshalb nichtig«.

³²⁰ 413 U.S. 528, 534 (1973) – *U.S. Department of Agriculture v. Moreno* (Herv. im Orig.).

³²¹ Das System der »stare decisis« bindet die Gerichte an die Entscheidungen der ihnen übergeordneten Instanzen, vgl. *Fikentscher*, Methoden des Rechts II, S. 452; *Loewenstein*, Verfassungsrecht und Verfassungspraxis der Vereinigten Staaten, S. 425 f.; *Lundmark*, Power & Rights in US Constitutional Law, S. 10; *ders.*, Rechtstheorie 28 (1997), S. 315 (315 f.).

³²² *Brugger*, Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 21. Zu unterscheiden ist, ob das Gericht die angegriffene Vorschrift als solche für verfassungswidrig hält (»invalid on its face«) oder nur deren Anwendung in dem konkreten Fall (»invalid in its application«). Im letzteren

Lässt sich der Konflikt um eine Verschränkung der Teilgewalten hinsichtlich der Zwecksetzungskompetenz auf die USA übertragen? Bedingt. Zum einen wäre neben dem System der »stare decisis« eine positiv-rechtliche Bestimmung, die eine Entscheidung des U.S. Supreme Courts als »Gesetz« etablierte, im Common Law der USA undenkbar. Auch die fehlende verfassungstextliche Verankerung seiner richterlichen Prüfungskompetenz und das Bewusstsein für seine Machtstellung im Verfassungsgefüge abseits direkt vom Volk gewählter Legitimation führen dazu, dass der U.S. Supreme Court auf die Wahrung der eigenen Stellung im Verfassungsgefüge bedacht sein muss.³²³ Das Problem entzündet sich vor dem Hintergrund, dass demokratische Mehrheiten durch nur indirekt demokratisch legitimierte Bundesrichter beschränkt werden. Zwar werden amerikanische Bundesrichter durch den Präsidenten mit Zustimmung des Senats ernannt, doch entzieht sich der weitere Werdegang eines Bundesrichters jeder Einflussnahme durch das Volk. So wird in schwer vorhersehbarer Weise das Schicksal einer gesetzgeberischen Maßnahme in die Hand von neun auf Lebenszeit ernannten Richtern gelegt, deren Weltanschauung maßgeblich die gesellschaftliche Entwicklung in den Vereinigten Staaten vorgibt.³²⁴

Während der U.S. Supreme Court seine richterliche Prüfungskompetenz nicht auf eine verfassungstextliche Verortung zurückführen kann, erfährt das BVerfG keinen vergleichbaren Druck, die legitimatorische Basis als oberstes Kontrollorgan angesichts expliziter Verankerung seines Prüfungsrechts im Grundgesetz zu wahren.³²⁵ Ebenso spielen die Erfahrungen der Lochner-Ära in dem Verständnis von »judicial self-restraint« eine besondere Rolle, als das Gericht den demokratisch legitimierten Gesetzgebungsprozess weitgehend lähmte. Dies führt dazu, dass in den USA tendenziell die Rücknahme der Prüfungsintensität in Bezug auf den Zweck einer gesetzlichen Maßnahme herrscht.

Auf Ebene der Zwecksetzungskompetenz ist der »Übergang vom parlamentarischen Gesetzgebungsstaat zum verfassungsgerichtlichen Jurisdiktionsstaat«³²⁶ in den USA daher wenig zu befürchten.³²⁷ Dieses Ergebnis scheint dem U.S.

Fall bleibt die Norm anwendbar, wenn sie verfassungskonform ausgelegt werden kann, vgl. 478 U.S. 186 (1986) – *Bowers v. Hardwick*.

³²³ *Lange*, Grundrechtsbindung des Gesetzgebers, S. 259; vgl. *Gardbaum*, Mich. L. Rev. 107 (2008), S. 391 (426): »[I]n the United States ... judicial review and the power of the courts remain deeply contested, unlike in continental Europe«.

³²⁴ *Gottlieb*, B.U. L. Rev. 68 (1988), S. 917 (933); *Wolfe*, The Rise of Modern Judicial Review, S. 352 ff.; vgl. *Chemerinsky*, Constitutional Law, S. 29 f. In Deutschland wird das Problem insoweit aufgefangen, als dass die Amtszeit der Richter am BVerfG zwölf Jahre beträgt, § 4 Abs. 1 BVerfGG.

³²⁵ Vgl. Art. 100, 93 Abs. 1, 19 Abs. 4, 1 Abs. 3, 20 Abs. 3 GG.

³²⁶ *Böckenförde*, in: *ders.*, Staat, Verfassung, Demokratie, S. 159 (190). Zum Begriff Jurisdiktionsstaat vgl. bereits *Schmitt*, Legalität und Legitimität, S. 8 f.

³²⁷ Das heißt nicht, dass diese Befürchtung gar nicht existiert; nur spielt sie auf Ebene des »rational basis test« keine Rolle.

Supreme Court derart offensichtlich, dass es in seinen Entscheidungen praktisch keine Erwähnung findet. Dass die Legislative das Programm festlegt, während die Judikative dieses »zu Ende denkt«³²⁸, ist die länderübergreifende Konsequenz eines Systems von Gewaltenteilung und der größeren demokratischen Legitimation des Gesetzgebers.

2. Zwecksetzungsspielraum des Gesetzgebers

Das BVerfG und der U.S. Supreme Court billigen dem Gesetzgeber einen breiten Zwecksetzungsspielraum zu.³²⁹ Der U.S. Supreme Court hat wenig dazu beigetragen, die Voraussetzungen eines legitimen Zwecks einem einheitlichen Raster zu unterwerfen.³³⁰ Feststellen lässt sich nur, dass die Legitimität eines Zwecks die Antwort auf die Frage ist, welche Folgen die Maßnahme nach sich ziehen könnte und welches Ziel der Prüfungsgegenstand möglicherweise in sich barg.³³¹ Zur Beantwortung dieser Frage bemüht das Gericht den gesetzlichen Wortlaut, dessen Entstehungsgeschichte, das Gesetz begleitende Ausführungsbestimmungen und vorangegangenes Recht.³³² Anders als auf europäischer Ebene nach Art. 296 AEUV ist weder der amerikanische noch der deutsche Gesetzgeber auf Bundesebene verpflichtet, seine Gesetze zu begründen.³³³

Ist ein Zweck gefunden, haben die Gerichte diesen in den Grenzen der Verfassung zu akzeptieren, auch wenn sie ihn für zu progressiv, zu altmodisch, unsinnig oder gar unmoralisch halten.³³⁴ Die Gerichte nehmen Abstand von einem »Paralldiskurs politischer Fragen in juristischen Kategorien«³³⁵. Nur ein offensichtlich verfassungswidriger Zweck führt zur Verfassungswidrigkeit des Gesetzes; mit anderen Worten: Die Verwerfungskompetenz der Gerichte ist hinsicht-

³²⁸ Brugger, AöR 119 (1994), S. 1 (11).

³²⁹ St. Rspr. in Deutschland, vgl. BVerfGE 90, 145 (173); 71, 206 (215 f.); 53, 135 (145); 30, 292 (317). Für die USA vgl. 291 U.S. 502, 537 (1934) – *Nebbia v. New York*.

³³⁰ 483 U.S. 825, 834 (1987) – *Nollan v. California Coastal Commission*: »Our cases have not elaborated the standards for determining what constitutes a ›legitimate state interest‹.

³³¹ *Simons*, Grundrechte und Entscheidungsspielraum, S. 91.

³³² 449 U.S. 166, 176 (1980) – *U.S. Railroad Retirement Bd. v. Fritz*: »The plain language of [the statute] marks the beginning and end of our inquiry; vgl. aber zu dieser Aussage ebd., 182, 186 (Brennan, J., dissenting): »This statement is strange indeed, for the ›plain language‹ of the statute can tell us only what the classification is; it can tell us nothing about the purpose of the classification. ... Since [the statute] deprives the members of appellee class of their vested earned dual benefits, the Court apparently assumes that Congress must have intended that result. But by presuming purpose from result, the Court reduces analysis to tautology« (Herv. im Orig.).

³³³ 508 U.S. 307, 315 (1993) – *FCC et al. v. Beach Communications*; BVerfGE 65, 1 (64): »Nicht erforderlich ist, dass der Gesetzgeber zu jeder einzelnen gesetzlichen Verpflichtung auch den konkreten Zweck im Gesetz erläutert«; vgl. BVerfGE 86, 148 (212).

³³⁴ v. Kielmansegg, JuS 2009, S. 118 (121); Kischel, Rechtsvergleichung, S. 548.

³³⁵ Engel, in: Brugger/Kirste/Anderheiden (Hrsg.), Gemeinwohl, S. 103 (165).

lich der legislativen Zwecksetzung engen Grenzen unterworfen.³³⁶ In den USA führt das Bewusstsein einer schwächer demokratisch legitimierten Machtstellung im Bereich des »rational basis test« dazu, dass der U.S. Supreme Court keine Aussage über die Wertigkeit von Verfassungsgütern trifft.³³⁷

Wenn die »Levels of Scrutiny« im Grundsatz eine Rationalitätskontrolle von Zweck und Mittel legislativer Tätigkeit darstellen, müsste am Ausgangspunkt der Prüfung eigentlich die konkrete Erfassung des anvisierten Zwecks stehen. Umso inkonsequenter erscheint das Vorgehen des U.S. Supreme Courts, sich mit nur objektiv denkbaren Zwecken zu begnügen,³³⁸ selbst wenn diese nicht den artikulierten Willen des Gesetzgebers spiegeln:³³⁹ »it is entirely irrelevant for constitutional purposes whether the conceived reason for the challenged distinction actually motivated the legislature«³⁴⁰. Der U.S. Supreme Court gesteht dem Gesetzgeber ein so weites Privileg der Generalisierung zu, dass die angegriffene Maßnahme nur irgendeinem legitimen Ziel gedient haben müsste. Die unteren Instanzen werden verpflichtet, »to seek out other conceivable reasons«³⁴¹, um die gesetzliche Maßnahme zu bestätigen.

Das BVerfG verfolgt in dieser Frage eine schwankende Auffassung. Vor allem der Zweite Senat betont, dass es auf die tatsächlichen Zwecke der gesetzlichen Maßnahme ankomme.³⁴² Der Erste Senat spricht indessen je nach Fallgestaltung von dem »objektiv erkennbaren Sinn«³⁴³ eines gesetzlichen Mittels und der »Berücksichtigung aller Gesichtspunkte, auch wenn sie in der Gesetzesbegründung keinen Niederschlag gefunden haben«.³⁴⁴ In anderen Entscheidungen setzt das BVerfG die präzise und bereichsspezifische Bestimmung eines legitimen Zwecks voraus.³⁴⁵ Gerade neuere Entscheidungen, etwa zur Vorratsdatenspeicherung³⁴⁶ oder Verstaatlichung des Rettungsdienstes in Sachsen,³⁴⁷ belegen seine

³³⁶ Vollmeyer, DÖV 2009, S. 55 (55); vgl. BVerfGE 77, 84 (106 f.).

³³⁷ 291 U.S. 502, 537 (1934) – *Nebbia v. People of New York*: »[A] state is free to adopt whatever economic policy may reasonably be deemed to promote public welfare, and to enforce that policy by legislation adapted to its purpose«.

³³⁸ 450 U.S. 221 (1981) – *Schweiker v. Wilson*; 397 U.S. 471 (1970) – *Dandridge v. Williams*; 366 U.S. 420, 426 (1961) – *McGowan v. Maryland*; *Chemerinsky*, Constitutional Law, S. 707 f.; *Note*, Harv. L. Rev. 82 (1969), S. 1065 (1078).

³³⁹ 397 U.S. 471 (1970) – *Dandridge v. Williams*; 366 U.S. 420, 426 (1961) – *McGowan v. Maryland*; *Beatty*, Constitutional Law, S. 111.

³⁴⁰ 508 U.S. 307, 315 (1993) – *FCC et al. v. Beach Communications*.

³⁴¹ 253 F.3d 137, 146 (1st Circ. 2001) – *Starlight Sugar, Inc. v. Soto*.

³⁴² BVerfGE 99, 280 (296 f.); 93, 121 (147 f.); vgl. BVerfG, NVwZ 2003, S. 715 (717).

³⁴³ BVerfGE 85, 238 (245); vgl. BVerfGE 75, 246 (268).

³⁴⁴ BVerfG, NJW 1998, S. 1776 (1777); vgl. BVerfG, NVwZ-RR 2012, S. 257 (259); BVerfGE 33, 171 (186); 21, 292 (299).

³⁴⁵ BVerfGE 100, 313 (360); *H.-P. Schneider*, in: Merten/Papier (Hrsg.), HdBGR V, § 113, Rn. 155.

³⁴⁶ BVerfGE 125, 260 (307 ff.).

³⁴⁷ BVerfGE 126, 112 (135 ff.).

Akkuratesse, die Ziele des Gesetzgebers zu prüfen.³⁴⁸ Denn die Frage, ob es auf den artikulierten oder nur objektiv erkennbaren Zweck ankommt, ist von großer Bedeutung für die Verfassungsmäßigkeit der in Frage stehenden Norm und steht stellvertretend nicht nur für die Seriosität des gesetzgeberischen Vorbringens. Wenn die mit der gesetzlichen Maßnahme verfolgten Zwecke nicht erkennbar werden, ist dies auch vor dem Hintergrund der Normenklarheit problematisch.³⁴⁹ Weil sich der U.S. Supreme Court mit erkennbaren Zwecken zufrieden gibt, reduziert sich die Abwägung widerstreitender Rechtspositionen somit auf die Feststellung, dass der Gesetzgeber wenigstens nicht völlig willkürlich oder parteiisch gehandelt habe.

Die Beschränkung auf objektiv erkennbare Zwecke lässt an der Sinnhaftigkeit der amerikanischen Kontrollpraxis zweifeln. Selbst wenn der U.S. Supreme Court einen Zweck benennt, vereinfacht er die gesetzgeberischen Ziele durch Eindimensionalität oder verlagert sie auf eine unangemessene Abstraktionsebene.³⁵⁰ Dazu kommt, dass gesetzliche Maßnahmen meist einer ganzen Bandbreite von Zielen dienen.³⁵¹ Sollte mangels eines ausdrücklich benannten Ziels eine Maßnahme für verfassungswidrig erklärt werden, kann der Gesetzgeber bei der Neuverabschiedung dieses Gesetzes ausreichende Ziele formulieren und die Bestandskraft der Maßnahme erhöhen. Diese Praxis des »Nachschiebens von Gründen« gibt einer gewissen Beliebigkeit Raum. Sie ist auch in Deutschland deswegen kritisch zu sehen, weil sie die Ernsthaftigkeit des gesetzgeberischen Willens in Frage stellt.³⁵²

Das BVerfG hat vielfach Maßnahmen die Zwecklegitimität abgesprochen.³⁵³ So weckte in den USA die traditionelle Haltung des U.S. Supreme Courts, Abstand von der Bewertung eines Zwecks zu nehmen, Kritik.³⁵⁴ Der U.S. Supreme

³⁴⁸ H.-P. Schneider, in: Merten/Papier (Hrsg.), HdBdGR V, § 113, Rn. 163.

³⁴⁹ Vgl. BVerfGE 120, 378 (423 f.); 110, 33 (53 f.); 108, 1 (19 f.); Lange, Grundrechtsbindung des Gesetzgebers, S. 270.

³⁵⁰ Note, Yale L. J. 82 (1972), S. 123 (135 ff.); vgl. 405 U.S. 438 (1972) – *Eisenstadt v. Baird*; 391 U.S. 68 (1968) – *Levy v. Louisiana*; 165 U.S. 150 (1897) – *Gulf, Colorado & Santa Fe Ry. Co. v. Ellis*.

³⁵¹ 450 U.S. 662, 687, 702 f. (1981) – *Kassel v. Consolidated Freightways Corp.* (Rehnquist, J., dissenting): »[I]t assumes, that individual legislators are motivated by one discernible actual purpose, and ignores the fact, that different legislators may vote for a single piece of legislation for widely different reasons«.

³⁵² H.-P. Schneider, in: Merten/Papier (Hrsg.), HdBGR V, § 113, Rn. 155.

³⁵³ BVerfGE 126, 112 (143); 111, 10 (33); 97, 12 (31) (Konkurrenzschutz); BVerfGE 117, 163 (187) (Verbot anwaltlicher Erfolgshonorare); BVerfGE 86, 28 (44); 65, 116 (128 f.); 41, 378 (396 f.) (leichtere staatliche Überwachung); BVerfGE 86, 28 (44) (Vermeidung von Verwaltungskosten); BVerfGE 81, 70 (86) (Bewahrung überlieferter Berufsbilder).

³⁵⁴ *Shaman* spricht von einer »zahnlosen« Prüfung unter dem »rational basis test« (Constitutional Interpretation, S. 81) und *Gunther* kommt zu dem Ergebnis »minimal scrutiny in theory and none in fact«, Harv. L. Rev. 86 (1972), S. 1 (8); vgl. auch das Sondervotum Richter Stevens in 508 U.S. 307, 320, 323 (1993) – *FCC et al. v. Beach Communications, Inc., et al.*

Court hat sich den Unkenrufen gefügt. Daher lässt sich seine Rechtsprechung in Epochen unterschiedlicher Kontrolldichten gliedern. Das Gericht schwankt zwischen den Extremen. Während es die Gesetzgebung noch in der Lochner-Ära praktisch zum Erliegen brachte, vollzog es seit den 1930er Jahren eine Kehrtwende, in der es seine übermäßig strenge Rechtsprechung aufgab³⁵⁵, und die Leistungskraft des »rational basis«-Maßstabs zerrann. Nach dieser Phase äußerster Zurückhaltung hat das Gericht gesetzliche Maßnahmen für verfassungswidrig erklärt, indem es deren Regelungszwecke strenger überprüfte. Auf diese Weise hat er den Einschätzungsspielraum der legislativen Körperschaften in der Wirtschafts-, Kultur- und Sozialgesetzgebung empfindlich beschnitten,³⁵⁶ wie wir im Folgenden sehen werden.

3. Illegitime Zwecke und Mittel

Die Betonung des Abwehrrechts verbietet dem Staat einerseits Gesetzgebung im Sinne einer »paternalistischen Bürgerbewahranstalt«³⁵⁷, andererseits darf er sich nicht über die Verhaltensanforderungen der Verfassung hinwegsetzen. Die deutsche Rechtswissenschaft hat darauf hingewiesen, dass es keine »abgeschlossene Welt der Zwecke«³⁵⁸ gibt, wie die amerikanische unterstreicht: »the possible universe of governmental purposes is essentially infinite«³⁵⁹. Trotzdem darf diese Feststellung nicht auf zu einer gefährlichen Beliebigkeit der Zweckwahl führen. Angesichts der Kürze der Verfassung gilt daher insbesondere für die USA, was *Gentz* für das deutsche Verfassungsrecht feststellt: »der Kreis der verfassungslegitimen Eingriffszwecke und Eingriffsmittel« lässt sich »nur negativ begrenzen«³⁶⁰. Erlaubt sind all diejenigen Zwecke und Mittel, die von Verfassungen wegen nicht ausdrücklich oder stillschweigend verboten sind.

a) Ausdrückliches Verbot

Die Legitimität ist ausgeschlossen, wenn die Verfassungen bestimmte Zwecke oder Mittel ausdrücklich missbilligen. Der dritte Zusatzartikel zur US-Verfassung untersagt die Einquartierung von Soldaten ohne Zustimmung des Eigen-

(Stevens, J., concurring): »Judicial review under the ›conceivable set of facts‹ test is tantamount to no review at all«.

³⁵⁵ Nach *Shaman* habe der U.S. Supreme Court bis 1995 kein wirtschaftslenkendes Gesetz als verfassungswidrig kassiert, *Constitutional Interpretation*, S. 78. Die Wende wird in der Entscheidung 300 U.S. 379 (1937) – *West Coast Hotel Co. v. Parrish* verortet.

³⁵⁶ *Knapp*, JöR 23 n. F. (1974), S. 421 (432).

³⁵⁷ *Merten*, in: ders./Papier (Hrsg.), HdBGR III, § 68, Rn. 54.

³⁵⁸ *Schlink*, in: FS BVerfG II, S. 445 (450).

³⁵⁹ *Bhagwat*, Cal. L. Rev. 85 (1997), S. 297 (324).

³⁶⁰ *Gentz*, NJW 1968, S. 1602 (1602); vgl. *Raabe*, Grundrechte und Erkenntnis, S. 79 f., 334 f.

tümers,³⁶¹ der achte verbietet grausame und ungewöhnliche Strafen³⁶² und der dreizehnte die Sklaverei³⁶³. Die amerikanische Verfassung untersagt rückwirkende Gesetze,³⁶⁴ beschränkt den Tatbestand für Verrat³⁶⁵ und garantiert, dass niemandem das Recht auf richterliche Haftprüfung (»habeas corpus«) entzogen³⁶⁶ oder dieses Recht durch strafrechtliche Verurteilung durch das Parlament (»bill of attainder«)³⁶⁷ ersetzt wird. Das Wahlrecht darf nicht in Ansehung der Rasse eines Bürgers versagt oder beschränkt werden,³⁶⁸ den Staaten ist jede willkürliche Entziehung von Leben, Freiheit und Eigentum ohne ordentliches Gerichtsverfahren verboten (»due process«)³⁶⁹.

Auffällig ist die prozessrechtliche Ausrichtung der US-Verfassung. Dies mag seine Wurzel darin finden, dass man einen geschriebenen Grundrechtskatalog ursprünglich für entbehrlich hielt. In den USA deuten die wenigen materiellrechtlichen Gewährleistungen auf einen größeren Glauben an die Integrität des politischen Prozesses hin. Wo sich die Verfassung in ihrem materiellen Grundrechtskorpus im ersten Verfassungszusatz auf »Congress shall make no law« beschränkt, hielten es die Schöpfer des Grundgesetzes angesichts der totalitären Erfahrung des 20. Jahrhunderts für notwendig, die Grundrechte und ihre Einschränkungsmöglichkeiten textlich breit zu verankern und den Interpretationsspielraum klein zu halten. In Deutschland herrscht ein stärker ausdifferenziertes System von Schranken, Schranken-Schranken und der Festschreibung verfassungswidrigen Zwecken und Mitteln, was in den USA vorrangig der Rechtsprechung des U.S. Supreme Courts vorbehalten wäre: Eine Zensur findet nicht statt (Art. 5 Abs. 1 S. 3 GG), niemand darf wegen bestimmter Merkmale einschließlich einer Behinderung benachteiligt werden (Art. 3 Abs. 3 GG), der Staat darf

³⁶¹ Amd. 3: »No Soldier shall, in time of peace be quartered in any house, without the consent of the Owner, nor in time of war, but in a manner to be prescribed by law«.

³⁶² Amd. 8: »Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted«.

³⁶³ Amd. 13: »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«.

³⁶⁴ Art. 1, Sec. 9, cl. 3 USC: »No ... ex post facto Law shall be passed«.

³⁶⁵ Art. 3, Sec. 3, cl. 1 USC: »No person shall be convicted of Treason unless on Testimony of two Witnesses to the same overt Act, or on Confession in open Court«.

³⁶⁶ Art. 1, Sec. 9, cl. 2 USC: »The privilege of the Writ of Habeas Corpus shall not be suspended, unless when in Cases of Rebellion or Invasion the public Safety may require it«.

³⁶⁷ Art. 1, Sec. 9, cl. 3 USC: »No Bill of Attainder ... shall be passed«.

³⁶⁸ Amd. 15: »The right of citizens of the United States to vote shall not be denied or abridged by the United States or by any State on account of race, color, or previous condition of servitude«.

³⁶⁹ Amd. 14: »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«.

niemanden gegen sein Gewissen zum Kriegsdienst mit der Waffe zwingen (Art. 4 Abs. 3 GG), Störungen des Verfassungsfriedens oder die Vorbereitung eines Angriffskrieges sind ebenso verboten (Art. 26 Abs. 1 GG) wie die grundsätzliche Trennung von Kindern von ihrer Familie (Art. 6 Abs. 3 GG) und die Verpflichtung zur Verrichtung einer bestimmten Arbeit (Art. 12 Abs. 2 GG). Dass das Grundgesetz die Todesstrafe verbietet (Art. 102 GG), der U.S. Supreme Court hierin gerade kein »cruel and unusual punishment« sieht,³⁷⁰ markiert den wohl bekanntesten verfassungsrechtlichen Unterschied zwischen den Nationen.

b) Implizite Missbilligung

Neben der ausdrücklichen Verfassungswidrigkeit kann sich die Missbilligung eines gesetzlichen Ziels oder eines Mittels aus impliziten Verfassungsbestimmungen ergeben. Diese Rechtspraxis ist Ausfluss des schärferen »rational basis«-Maßstabs. Der U.S. Supreme Court wendet ihn in Konstellationen der »due process clause« und der Gleichheitsklausel an, wenn die in Frage stehende Regulierung weder ein Grundrecht noch eine »verdächtige« Klassifizierung zum Gegenstand hat, aber die Aussonderung einer politischen Minderheit oder ein übermäßiger Eingriff in die individuelle Rechtssphäre droht. Diese schärfere Version des »rational basis test« hat Richter *Marshall* auf den Namen »second order rational basis test«³⁷¹ getauft. Die Literatur spricht bildlich von »rational basis with bite«³⁷². Seine Anwendung spaltet das Gericht³⁷³ und seine ausdrückliche Anerkennung ist auf Sondervoten beschränkt.³⁷⁴ Trotzdem hat der U.S. Sup-

³⁷⁰ 99 U.S. 130 (1878) – *Wilkerson v. Utah*; vgl. 553 U.S. 35 (2008) – *Baze v. Rees*; 492 U.S. 361 (1989) – *Stanford v. Kentucky*; 471 U.S. 1080 (1985) – *Glass v. Louisiana*; 428 U.S. 153 (1976) – *Gregg v. Georgia*.

³⁷¹ 473 U.S. 432, 458 (1985) – *City of Cleburne v. Cleburne Living Center* (Marshall, J., concurring in the judgment in part and dissenting in part). Auch die Literatur unterscheidet Phasen und Formen intensiver und weniger intensiver Kontrollen, vgl. *Galloway*, Loy. L.A. L. Rev. 21 (1988), S. 449 (451); *Heun*, EuGRZ 2002, S. 319 (320); *Pettinga*, Ind. L. J. 62 (1987), S. 779; *Raynor*, Va. L. Rev. 99 (2013), S. 1065; *Shaman*, Ohio St. L. J. 45 (1984), S. 161; *Wadhwani*, Tex. L. Rev. 84 (2006), S. 801 (809 ff.); vgl. auch *Gunther*, Harv. L. Rev. 86 (1972), S. 1 (18 ff.).

³⁷² *Pettinga*, Ind. L. Rev. 62 (1987), S. 779 (779).

³⁷³ Richter *Scalia* ist ein Verfechter des ursprünglichen »rational basis«-Maßstabs. *Brennan* und *Stevens* sprachen sich für seine schärfere Version aus, wohingegen *White* und *O'Connor* je nach Fallgestaltung den traditionellen oder rigideren Maßstab bevorzugten, vgl. 539 U.S. 558, 586, 586 (2003) – *Lawrence v. Texas* (Scalia, J., dissenting); 449 U.S. 166, 182, 182 (1980) – *U.S. Railroad Retirement Board v. Fritz* (Brennan, J., dissenting); 508 U.S. 307, 321, 323 (Fn. 3) (1993) – *FCC v. Beach Communications, Inc.* (Stevens, J., concurring); 539 U.S. 558, 579, 579 (2003) – *Lawrence v. Texas* (O'Connor, J., concurring).

³⁷⁴ 539 U.S. 558, 579, 580 (2003) – *Lawrence v. Texas* (O'Connor, J., concurring): »a more searching form of rational basis review«. Der schärfere Maßstab hat sich auch in den unteren Instanzen etabliert, vgl. 312 F.3d, 220 (6th Circ. 2002) – *Craigsmiles v. Giles*; 962 F. Supp. 1260, 1273 (S. D. Cal. 1997) – *Cornwell v. California Bd. of Barbering & Cosmetology*; 852 F. Supp. 601, 608 (S. D. Tex. 1994) – *Santos v. City of Houston*.

reme Court in der Vergangenheit mehrfach Normen angesichts ihres Zwecks für verfassungswidrig erklärt. Entsprechend der wortkargen Praxis hat das Gericht bis heute nicht für alle Fälle ausdrücklich klargestellt, wann es einem gesetzgeberischen Zweck die Legitimität abspricht.³⁷⁵ Dafür offenbart es Schlüsselemente, die im Folgenden beleuchtet werden.

aa) Absolutes Diskriminierungsverbot

Der U.S. Supreme Court verneint ein legitimes Ziel, wenn die gesetzliche Maßnahme auf eine gleichheitswidrige Beschneidung der Schutzgüter des ersten Verfassungszusatzes abzielt und der gesetzlichen Maßnahme eine diskriminierende Motivation zu Grunde liegt.³⁷⁶ Besteht der Verdacht einer gleichheitswidrigen Klassifizierung, prüft das Gericht, ob sich die staatliche Motivation in einer Diskriminierung rechtspolitisch unpopulärer Gruppen erschöpft. Dies zieht regelmäßig selbst im Bereich des milden »rational basis test« die Aufhebung der gesetzlichen Maßnahme nach sich. Angesprochen sind somit diejenigen Ungleichbehandlungen, die auch das Grundgesetz in Art. 3 Abs. 3 GG mit einem absoluten Diskriminierungsverbot bescheidet. Der U.S. Supreme Court offenbart so einen weiteren Unterschied zur heimischen Normenkontrolle, wo es auf die gesetzgeberische Motivation, die hinter der Verabschiedung eines gesetzlichen Mittels steht, nicht ankommt.³⁷⁷

Dieser Strang der amerikanischen Verfassungspraxis findet seine dogmatische Wurzel in der Verabschiedung des vierzehnten Verfassungszusatzes und der Rechtsprechung zu »Carolene Products«. In »Footnote Four« hatte der U.S. Supreme Court klargestellt, dass »discrete and insular minorities«³⁷⁸ angesichts ihrer unzureichenden politischen Repräsentation eines besonderen Schutzes bedürften, um sie vor einer sonst ungebrochenen Mehrheitswillkür zu verteidigen. In »Plessy v. Ferguson«³⁷⁹ betont der U.S. Supreme Court, die legitime Inanspruchnahme gliedstaatlicher Polizeigewalt setze die Förderung des öffentlichen Wohlergehens voraus und dürfe keinesfalls zur Aussonderung oder Unterdrückung

³⁷⁵ *Lewis*, Hastings L. J. 49 (1997), S. 175 (180): »while purporting to use the rational basis test, [the Court] actually applies some form of heightened scrutiny and invalidates the challenged law after a close examination of the law's purpose and effects«; *Smith*, Fordham L. Rev. 73 (2005), S. 2769 (2774).

³⁷⁶ *Tusman/ten Broek*, Cal. L. Rev. 37 (1949), S. 339 (358): »Laws are invalidated by the Courts as discriminatory because they are expressions of hostility or antagonism to certain groups of individuals«.

³⁷⁷ BVerfGE 85, 238 (245). Ferner BVerfGE 67, 70 (87): »Gegenstand der verfassungsgerichtlichen Überprüfung sind allein der sachliche Inhalt einer Vorschrift und ihre Wirkung«; vgl. BVerfGE 49, 148 (165); 21, 292 (299).

³⁷⁸ 304 U.S. 144, 152 (Fn. 4) (1938) – *United States v. Carolene Products Co.*, dazu ausführlich oben S. 29 ff.

³⁷⁹ 163 U.S. 537 (1896) – *Plessy v. Ferguson*.

ckung einer bestimmten Gruppierung ergehen.³⁸⁰ Dieses Verständnis hat das Gericht auch in späteren Urteilen unterstrichen.³⁸¹ Trotzdem bezieht der U.S. Supreme Court zu der Frage, wann eine Aussonderung in eine verfassungswidrige Diskriminierung umschlägt, nur wortkarg Stellung.

In »Beazer«³⁸² hatte die »New York City Transit Authority« (NYCTA) eine Regelung erlassen, die die Drogen- und Ersatzdrogeneinnahme als Kündigungsgrund festschrieb. Auf Grundlage dieser Regelung wurden zwei Angestellte, die regelmäßig die Ersatzdroge Methadon konsumierten, aus der NYCTA entlassen. Hier hatte die Mehrheit der Richter den kollektiven Ausschluss aller selbst mittlerweile »cleanen« Beschäftigten unter Sicherheitsaspekten als gerechtfertigt gesehen. Offensichtlich ist aber auch, dass die städtischen Verkehrsbetriebe New York Citys ein diskriminierendes Motiv gegenüber (Ersatz-)Drogenabhängigen verfolgten. Mit seiner Kritik »I have difficulty also with the Court's easy conclusion that the challenged rule was »[q]uite plainly« not motivated »by any special animus against a specific group of persons«³⁸³, konnte der liberale Richter *William J. Brennan* seine Kollegen indessen nicht überzeugen.

»Moreno« steht dagegen beispielhaft für Konstellationen, in denen das Gericht der Aussonderung und Diskriminierung einer angreifbaren Minderheit entgegentritt.³⁸⁴ Das Gericht beschäftigte sich mit dem »Food Stamp Act« in der Fassung von 1971. Ziel des Gesetzes war es, die nationale Landwirtschaft zu stärken und die Ernährungslage bedürftiger Haushalte zu verbessern. Die Berechtigung zum Erhalt einer Lebensmittelmarke hing von dem Verwandtschaftsgrad innerhalb der Hausgemeinschaft ab. Nach Sec. 3(e) des »Food Stamp Act« sollten diejenigen Haushalte keine Marke erhalten, in denen sich eine Person befand, die in keinem verwandtschaftlichen Verhältnis zu den übrigen Mitgliedern der Hausgemeinschaft stand. Diese Passage ließ sich wenigstens so interpretieren, dass der Gesetzgeber das Bewusstsein für Familienbande stärken und Betrügereien verhindern wollte.³⁸⁵ Nach der ursprünglichen, auf hypothetische

³⁸⁰ 163 U.S. 537, 550 (1896) – *Plessy v. Ferguson*: »[E]very exercise of the police power must be reasonable, and extend only to such laws as are enacted in good faith for the promotion for the public good, and not for the annoyance or oppression of a particular class«, mit Hinweis auf 118 U.S. 356 (1886) – *Yick Wo v. Hopkins*.

³⁸¹ 411 U.S. 1, 28 (1973) – *San Antonio Independent School District v. Rodriguez*: »relegated to such a position of political powerlessness as to command extraordinary protection from the majoritarian political processes«. Ausführlich *Pollvogt*, *Fordham L. Rev.* 81 (2012), S. 887.

³⁸² 440 U.S. 568 (1979) – *New York City Transit Authority v. Beazer*.

³⁸³ 440 U.S. 568, 609 (Fn. 15) (1979) – *New York City Transit Authority v. Beazer* (Brennan, J., dissenting).

³⁸⁴ 133 S.Ct. 2675 (2013) – *United States v. Windsor*; 517 U.S. 620 (1996) – *Romer v. Evans*; 473 U.S. 432 (1985) – *City of Cleburne v. Cleburne Living Center, Inc.*; 404 U.S. 71 (1971) – *Reed v. Reed*; *Raynor*, *Va. L. Rev.* 99 (2013), S. 1065 (1080).

³⁸⁵ 413 U.S. 528, 545, 546 (1973) – *U.S. Department of Agriculture v. Moreno* (Rehnquist, J., dissenting).

Zwecke rekurrierende »rational basis« Version, hätte das Gesetz somit bestätigt werden müssen. Die Motive der Gesetzgebung ließen indessen den Schluss zu, dass sich der Kongress von reiner Antipathie gegenüber »Hippies« und »Hippie-Kommunen« hat leiten lassen. In der Ungleichbehandlung von verwandten und nicht-verwandten Haushalten sah der U.S. Supreme Court eine ungerechtfertigte Diskriminierung. Mit Verweis auf die »equal protection clause« sprach der U.S. Supreme Court der gesetzlichen Ausnahme ihre Geltungskraft betont ab: »[A] bare congressional desire to harm a politically unpopular group cannot constitute a *legitimate* governmental interest«³⁸⁶. Zwar verteidigte Richter *Rehnquist* die Maßnahme mit einer verfassungskonformen Auslegung, denn schließlich hatte das Gericht die staatliche Förderung in einer früheren Entscheidung als legitimes Ziel bestätigt. Ausschlaggebend war wohl die Tatsache, dass »Hippie-Kommunen« erst nachträglich aus dem Food-Stamp-Programm ausgeschlossen worden waren. Besteht also der Verdacht, dass eine Regulierung auf Grundlage reiner Feindseligkeit gegenüber bestimmten Gruppierungen verabschiedet wurde, schließt sich eine intensive Kontrolle der dargelegten Zwecke an. Auf spekulative, dem traditionellen »rational basis«-Kontrollmaßstab genügende Zwecke kommt es dann nicht an, wenn ein hinreichender Verdacht einer feindseligen Regelung besteht, auch wenn dieses Motiv nicht als herrschend aus einem Bündel von Motiven heraussticht.³⁸⁷ Diese Aufwertung ging Hand in Hand mit einer Rücknahme der Bereitschaft des Gerichts, den Ermessensspielraum des Gesetzgebers »blind« zu achten.

Die Entscheidungen stehen stellvertretend für die prinzipienorientierte, auf eine Motivkontrolle abhebende Kontrolle des U.S. Supreme Courts. In »Beazer« bestätigte der U.S. Supreme Court die Klassifizierung, weil sich die Ungleichbehandlung vor dem Ziel der Verkehrssicherheit nur als gesetzgeberischer Reflex darstellte. Hingegen stand in »Moreno« die Diskriminierung einer unpopulären Minderheit im Vordergrund, was den Wesenskern des Gleichheitsgedankens verletzte.³⁸⁸ »Negative Grundhaltungen« widersprechen dem vierzehnten Zusatzartikel genauso wie »diskriminierender Befürchtungen«.³⁸⁹ Der U.S. Supreme Court entscheidet bei Regulierungen, die das Verdachtsmoment einer Feindseligkeit in sich tragen, unabhängig von der Frage, ob ein ökonomisches oder persönliches Freiheitsrecht involviert ist oder der Gesetzgeber eine »verdächtige« Klassifizierung trifft, wie Richter *Marshall* in den 1970er Jahren unterstreicht:

»[T]here remain rights, not now classified as »fundamental«, that remain vital to the flourishing of a free society, and classes, not now classified as »suspect«,

³⁸⁶ 413 U.S. 528, 534 (1973) – *U.S. Department of Agriculture v. Moreno* (Herv. im Orig.).

³⁸⁷ *Scaperlanda*, Cath. L. Rev. 55 (2005), S. 5 (49 f.); *Raynor*, Va. L. Rev. 99 (2013), S. 1065 (1080).

³⁸⁸ 413 U.S. 528, 534 (1973) – *U.S. Department of Agriculture v. Moreno*; *Pollvogt*, Fordham L. Rev. 81 (2012), S. 887 (937).

³⁸⁹ 531 U.S. 356, 367 (2001) – *Bd. of Trustees of University of Alabama v. Garrett*.

that are unfairly burdened by invidious discrimination unrelated to the individual worth of their members»³⁹⁰.

So entschied das Gericht auch in »Cleburne«³⁹¹ gegen eine Stadtverordnung, der zufolge geistig Behinderten die Gründung einer Wohngemeinschaft erschwert werden sollte. Der Stadtrat verwies auf Beschwerden der dortigen Anwohner und die Befürchtung, dass die Bewohner Opfer von Hänseleien der Studierenden einer gegenüberliegenden High School würden. Diese Argumentation verwarf der U.S. Supreme Court als vorurteilsbehaftet. Die gezielte Aussonderung einer Personengruppe auf Grundlage von Stereotypen und Klischees gegenüber geistig Behinderten sei eben keine »rational basis«,³⁹² wie wohl auch das BVerfG nach Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG heute entschieden hätte.

bb) Privilegierung

Es ist dem Gesetzgeber ebenso untersagt, eine Ungleichbehandlung in Form von gezielten Fördermaßnahmen einer bestimmten Gruppe zu schaffen. Der U.S. Supreme Court setzt wie das BVerfG³⁹³ insoweit die Bewirkung eines Nachteils dem Ausschluss von einer Begünstigung gleich, weil der Begünstigungsausschluss dem Gedanken der Wertgleichheit aller Grundrechtssubjekte, unabhängig von ihren persönlichen Eigenschaften, widerspreche. In »Metropolitan Life«³⁹⁴ verwarf der U.S. Supreme Court ein Gesetz, das Versicherungsunternehmen außerhalb der Grenzen Alabamas eine höhere Steuer aufbürdete als solchen, die sich innerhalb dieses Staates befanden. Die Richter erklärten, der einzig erklärte Zweck der Regelung liege in der Förderung der heimischen Wirtschaft Alabamas. Die isolierte Bevorzugung innerstaatlicher Betriebe gegenüber außerstaatlichen im Rahmen der interföderalen Wirtschaft sei aber kein legitimes Ziel. Auch in »Williams«³⁹⁵ verwarf das Gericht eine Autosteuer, das Einwohner Vermonts von der Kfz-Steuer befreite, sofern sie ihr Auto in Vermont gekauft hatten. Das Gericht erklärte das Gesetz für verfassungswidrig, weil es keinen anderen Zweck erkennen konnte als Einwohner gegenüber Außerstaatlichen zu bevorzugen.³⁹⁶

³⁹⁰ 427 U.S. 307, 320, 320 (1976) – *Massachusetts Bd. of Retirement v. Murgia* (Marshall, J., dissenting).

³⁹¹ 473 U.S. 432 (1985) – *City of Cleburne v. Cleburne Living Center, Inc.*

³⁹² 473 U.S. 432, 450 (1985) – *City of Cleburne v. Cleburne Living Ctr., Inc.*: »requiring the permit in this case appears to us to rest on an irrational prejudice against the mentally retarded«.

³⁹³ BVerfGE 132, 179 (188); 127, 263 (280); 121, 317 (370); 121, 108 (119).

³⁹⁴ 470 U.S. 869 (1985) – *Metropolitan Life Insurance Co. v. Ward*.

³⁹⁵ 472 U.S. 14 (1985) – *Williams v. Vermont*.

³⁹⁶ 472 U.S. 14, 27 (1985) – *Williams v. Vermont*: »We can see no relevant difference between motor vehicle registrants who purchase their cars out-of-state while they were Vermont residents and those who came to Vermont only after buying a car elsewhere«.

In anderen Konstellationen erklärte das Gericht Maßnahmen für ungültig, die erkennbar nur dazu dienten, langzeitige Einwohner eines Bundesstaats gegenüber Neuansässigen zu bevorzugen. In »Hooper«³⁹⁷ verwarf das Gericht ein Steuerschlupfloch, das sich ausschließlich denjenigen Einwohnern bot, die sich vor 1976 in New Mexico als heimisch gemeldet hatten. Ähnlich urteilte das Gericht in »Zobel«³⁹⁸. Dort ging es um ein Gesetz des Bundesstaats Alaska, nach dem eine jährliche Dividende aus Gewinnüberträgen aus dem Verkauf von Öl an seine Bürger verteilt werden sollte. Die Höhe der Ausschüttung richtete sich nach der Ansässigkeitsdauer in dem Bundesstaat. In beiden Fällen entschied das Gericht, dass die Belohnung der Staatsansässigkeitsdauer kein legitimes Ziel sei. Eine Klassifizierung der Einwohner Alaskas nach Aufenthaltsdauer würde vielmehr die Förderung weiterer Gesellschaftsklassen – Zugehörigkeit zu einer Universität, Festsetzung der kommunalen Steuerlast – salonfähig machen und eine grundsätzlich egalitäre Gemeinschaft in eine Kastenordnung verkommen lassen.³⁹⁹

Reduziert sich die gesetzliche Maßnahme mithin auf die ausschließliche Bevorzugung einer bestimmten Personengruppe, erhöht das Gericht die Kontrollichte des sonst durchlässigen »rational basis«-Prüfungsmaßstabs. Es spricht der gesetzlichen Maßnahme die Legitimität ab, sofern nicht der Nachweis erbracht wird, dass der Gesetzgeber ein Interesse verfolgt, das sich vertretbar vor der Öffentlichkeit als eine dem Gemeinwohl dienende Maßnahme aller Bürger gleichermaßen darstellt: »The requirement of a legitimate public purpose guarantees that the State is exercising its police power, rather than providing a benefit to special interests«⁴⁰⁰. Wenn das BVerfG klarstellt, dass auch »ein gleichheitswidriger Begünstigungsausschluss, bei dem einem Personenkreis eine Begünstigung gewährt, einem anderen Personenkreis die Begünstigung aber vorenthalten wird«⁴⁰¹, gemessen an Art. 3 GG verboten sei, hätten die Richter aus Karlsruhe wohl die gleichen Entscheidungen getroffen wie die Richter aus Washington, D.C.

cc) Privatsphäre

Gleichfalls misst der U.S. Supreme Court Eingriffe, die eng mit der persönlichen Entwicklung eines Menschen verbunden sind, an schärferen, deutlich über seine traditionelle »rational basis«-Rechtsprechung hinausgehenden Voraussetzungen.⁴⁰² Bis in die 2000er Jahre war in Texas und einer Reihe anderer Bundesstaa-

³⁹⁷ 472 U.S. 612 (1985) – *Hooper v. Bernalillo County Assessor*.

³⁹⁸ 457 U.S. 55 (1982) – *Zobel v. Williams*.

³⁹⁹ 457 U.S. 55, 64 (1982) – *Zobel v. Williams*; vgl. 404 U.S. 71 (1971) – *Reed v. Reed*.

⁴⁰⁰ 459 U.S. 400, 412 (1983) – *Energy Reserves Group, Inc. v. Kansas City Power & Light Co.*

⁴⁰¹ BVerfGE 121, 108 (119); vgl. BVerfGE 110, 412 (431).

⁴⁰² 539 U.S. 558, 586 (2003) – *Lawrence v. Texas* (Scalia, J., dissenting); *Raynor*, Va. L. Rev. 99 (2013), S. 1065 (1076 f.); vgl. *Scaperlanda*, Cath. U. L. Rev. 55 (2005), S. 5 (5): »applied

ten der homosexuelle Geschlechtsverkehr mit Strafe bedroht. Hiergegen klagte ein gleichgeschlechtliches Paar, das in unterer Instanz zu einer Geldbuße verurteilt worden war. In »Lawrence v. Texas«⁴⁰³ erklärte der U.S. Supreme Court, dass einvernehmliche sexuelle Handlungen unter Erwachsenen Teil jener Freiheit seien, die durch den vierzehnten Verfassungszusatz geschützt werde. Der Staat Texas könne keine Interessen nachweisen, die eine Intervention des Gesetzgebers in das Privatleben der Menschen hätte rechtfertigen können. Die Bestrafung von Homosexualität berge den Verdacht klassenbasierter Diskriminierung auf Grundlage überkommener Moralvorstellungen, die dem Gleichheitsgedanken widersprächen.

Angesprochen ist damit eine Konstellation, die in Deutschland unter dem Topos des allgemeinen Persönlichkeitsrechts diskutiert wird. Das Recht auf Respektierung der Privatsphäre leitet das BVerfG aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 GG her, das der Integrität der Persönlichkeit und Abwehr von Persönlichkeitsverletzungen durch Staatsorgane dient.⁴⁰⁴ Die Antwort auf die Frage, welche Anforderungen an die Qualität eines so geschützten Verhaltens gestellt werden, fällt in den USA angesichts des dürftigen Verfassungstexts schwerer aus.⁴⁰⁵ Neben der Bezugnahme auf Würde,⁴⁰⁶ Selbstbestimmtheit und autonome Lebensführung zieht der U.S. Supreme Court Entscheidungen heran, in denen es den Kernbereich persönlicher Lebensführung angegriffen sieht.⁴⁰⁷ Die Ausprägung der eigenen Persönlichkeit, unabhängig von fremden Vorgaben, Werten und Moralvorstellungen sich seine eigene Identität zu schaffen, betreffe den Kern jeder Vorstellung von Freiheit. Der U.S. Supreme Court erhebt das Verhalten zwar nicht in den Rang eines grundrechtlich geschützten »right to privacy«. Es stellt aber in Auslegung der »due process clause« klar, dass es einen Kernbereich persönlicher Lebenssphäre und privater Lebensgestaltung gibt, den es gegenüber hoheitlichen

rational basis review in an uncharacteristically nondeferential way«; *Smith*, Fordham L. Rev. 73 (2005), S. 2769 (2770): »more searching form of rational basis review«.

⁴⁰³ 539 U.S. 558 (2003) – *Lawrence v. Texas*.

⁴⁰⁴ BVerfGE 54, 148 (153); 35, 202 (220); 27, 1 (6).

⁴⁰⁵ *Blank und Rosen-Zvi* (N.C. L. Rev. 90 (2012), S. 955 [963]) verorten die Entscheidung in einer Linie mit der Etablierung eines »right to privacy« nach 410 U.S. 113 (1973) – *Roe v. Wade* und 381 U.S. 479 (1965) – *Griswold v. Connecticut*. *Barnett* spricht von einer »presumption of freedom«, Cato Sup. Ct. Rev. 2002-2003, S. 21 (35).

⁴⁰⁶ Dabei kennt die US-Verfassung keine textliche Verankerung der Menschenwürde, wenngleich neuere Verfassungen wie das Grundgesetz in dessen Art. 1 meist eine Schutzklausel für die Menschenwürde beinhalten. Gleichwohl hat der U.S. Supreme Court in einigen Entscheidungen wie dieser die Menschenwürde als Wert der amerikanischen Verfassung anerkannt, vgl. jüngst 135 S.Ct. 2584, 2589 (2015) – *Obergefell v. Hodges* (gleichgeschlechtliche Ehe); 476 U.S. 747, 772 (1986) – *Thornburgh v. American College of Obstetricians* (Abtreibung). Ausführlicher Rechtsvergleich bei *Eberle*, Dignity and Liberty – Constitutional Visions in Germany and the United States (2002).

⁴⁰⁷ 410 U.S. 113 (1973) – *Roe v. Wade* und 505 U.S. 833 (1992) – *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey* (Abtreibung).

Eingriffen abzuschirmen gelte.⁴⁰⁸ Das BVerfG kommt auf diese Weise zu ähnlichen Ergebnissen wie der U.S. Supreme Court, wenn es festhält, dass dem Einzelnen ein »letzter unantastbarer Bereich privater Lebensgestaltung«⁴⁰⁹ abseits einer Verhältnismäßigkeitsprüfung verbleiben müssen, der dem Einblick des Staates schlechthin verwehrt sei.⁴¹⁰

4. Legitime Zwecke und Mittel

Die Kürze der US-amerikanischen Verfassung bedeutet nicht, dass der U.S. Supreme Court aus den Verfassungsbestimmungen nicht eine Vielzahl legitimer Zwecke und Mittel gelesen hätte.

a) Verfassungstext und Gewohnheitsrecht

Eine Vielzahl legitimer Ziele enthalten die deutsche und die amerikanische Verfassung in Verfassungsgeboten und Staatszielbestimmungen gleichermaßen. Insbesondere die Präambel der US-amerikanischen Verfassung enthält weit ausgreifende Prinzipien des Gemeinwohls. Auch die Garantien des fünften und vierzehnten Verfassungszusatzes – Leben, Freiheit, Eigentum und Gleichheit – bieten eine breite Basis zur Festschreibung legitimer Ziele. Auf ihrer Grundlage hat der U.S. Supreme Court etwa den Schutz und die Verteidigungsbereitschaft des Staates,⁴¹¹ die Integrität des Wahlprozesses,⁴¹² den Schutz seiner Bürger vor rassistischen Anfeindungen,⁴¹³ sowie die Reduktion der Arbeitslast und Effektivität der Verwaltung⁴¹⁴ anerkannt. Gleichzeitig sind die Verfassungsgebote weniger konkret gefasst als im Grundgesetz.

Legitime Ziele lassen sich dem Grundgesetz weiterhin aus Gesetzgebungsaufträgen (etwa Art. 6 Abs. 5 GG) entnehmen. Verfassungslegitime Ziele finden sich insbesondere in den qualifizierten Schrankenvorbehalten der einzelnen Grundrechtsverbürgungen. Den Schutz der Jugend vor Verwahrlosung (Art. 6 Abs. 3, Art. 11 Abs. 2 GG) etwa erhebt das BVerfG in den Rang eines »wichti-

⁴⁰⁸ 539 U.S. 558, 577 (2003) – *Lawrence v. Texas*: »an integral part of human freedom«. Vgl. bereits das abweichende Votum Richter *Blackmun*s in 478 U.S. 186, 199, 204 (1986) – *Bowers v. Hardwick* (Blackmun, J., dissenting): »We protect those rights not because they contribute ... to the general public welfare, but because they form so central a part of an individual's life«. Ferner *Raynor*, Va. L. Rev. 99 (2013), S. 1065 (1077): »Lawrence is best understood as protecting those liberty interests central to personhood and human flourishing«. Zum »right to privacy« vgl. auch *Kuntze*, *The Abolishment of the Right to Privacy*, S. 13 ff.

⁴⁰⁹ BVerfGE 80, 367 (373).

⁴¹⁰ Vgl. BVerfGE 54, 143 (146); 34, 238 (245); 6, 32 (41).

⁴¹¹ 453 U.S. 280, 307 (1981) – *Haig v. Agee*; 378 U.S. 500 (1964) – *Aptheker v. Secretary of State*; 323 U.S. 214, 217 ff. (1944) – *Korematsu v. United States*.

⁴¹² 549 U.S. 1, 4 (2006) – *Purcell v. Gonzalez*; 504 U.S. 191, 199 (1992) – *Burson v. Freeman*.

⁴¹³ 505 U.S. 377, 395 (1992) – *R.A.V. v. St. Paul*.

⁴¹⁴ 404 U.S. 71, 76 (1971) – *Reed v. Reed*.

gen Gemeinschaftsanliegens« und eines »Ziels von bedeutsamen Rang«. ⁴¹⁵ In diesen Zusammenhang fällt außerdem die vom BVerfG entwickelte Dreistufenlehre der Berufsfreiheit. ⁴¹⁶ In ähnlicher Weise verweisen die Richter am U.S. Supreme Court auf eine Effektivierung der geschriebenen und ungeschriebenen Grundrechte der »Bill of Rights«. ⁴¹⁷ Auch wäre etwa die Verortung von Staatsprinzipien in den Verfassungen der Nationen ohne notwendigen Durchsetzungshebel sinnlos. Das BVerfG hat daher die zwangsweise Rechtsdurchsetzung aus dem Ziel der Rechtsstaatlichkeit genauso herausgelesen ⁴¹⁸ wie der U.S. Supreme Court aus Art. 1 Sec. 8 USC die Organisation der nationalen Verteidigungsbereitschaft ⁴¹⁹. Die obersten Gerichte haben die Souveränität des Staates, ⁴²⁰ dessen funktionierende Ordnung, ⁴²¹ Schutz und Bestand ⁴²² als legitime Ziele anerkannt.

Gleichzeitig reicht die Bestätigung eines legitimen Ziels dann nicht aus, wenn sich aus der Verfassung oder der höchstrichterlichen Rechtsprechung andere, mit der anvisierten Entscheidung kollidierende Zwecke ergeben. Mehrfach hat der U.S. Supreme Court gesellschaftspolitische Maßnahmen, die der kompensatorischen Gleichstellung ehemals diskriminierter Gruppen durch gezielte Vorteilsgewährung (»affirmative action«) dienen, als zwingendes öffentliches Interesse bezeichnet. ⁴²³ Desgleichen verpflichtet Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG den Gesetzgeber darauf, Maßnahmen zur Gleichstellung von Frauen und Männern zu treffen und behinderten Menschen ein möglichst uneingeschränktes Leben zu ermöglichen ⁴²⁴. In beiden Nationen ergeben sich somit Zielkollisionen aus dem Verfassungsverbot, jemanden wegen seiner ethnischen Zugehörigkeit oder anderer Merkmale zu bevorzugen oder zu benachteiligen (Art. 3 Abs. 3 GG, vierzehnter Verfassungszusatz zur US-Verfassung). Das BVerfG löst diese Kollision durch eine Abwägung der widerstreitenden Interessen. Auch der U.S. Supreme Court unterwirft jede Form von Klassifizierung entlang rassistischer Kriterien dem strengen »strict scrutiny«-Maßstab, in dessen Rahmen eine Abwägung der widerstreitenden Positionen erfolgt.

⁴¹⁵ Vgl. BVerfGE 83, 130 (139 f.); 77, 346 (356); 30, 336 (348).

⁴¹⁶ BVerfGE 7, 377.

⁴¹⁷ 480 U.S. 39, 59 ff. (1987) – *Pennsylvania v. Ritchie*; 463 U.S. 248, 268, 270 (1983) – *Lehr v. Robertson* (White, J., dissenting); 441 U.S. 380, 401, 402 (1979) – *Caban v. Mohammed* (Stevens, J., dissenting).

⁴¹⁸ Vgl. BVerfGE 49, 220 (231).

⁴¹⁹ 453 U.S. 280, 307 (1981) – *Haig v. Agee*.

⁴²⁰ BVerfGE 123, 267 (347 ff.).

⁴²¹ BVerfGE 81, 278 (292); 446 U.S. 544, 561 (1980) – *United States v. Mendenhall*.

⁴²² BVerfGE 33, 52 (71); 323 U.S. 214, 217 ff. (1944) – *Korematsu v. United States*.

⁴²³ 133 S.Ct. 2411 (2013) – *Fisher v. University of Texas at Austin*; 539 U.S. 306, 349, 356 ff. (2003) – *Grutter v. Bollinger*; 515 U.S. 200 (1995) – *Adarand Constructors, Inc. v. Peña*; 480 U.S. 149 (1987) – *United States v. Paradise*; ausführlich unten S. 107 ff.

⁴²⁴ *Jarass*, in: ders./Pieroth, Grundgesetz, Art. 3, Rn. 160; vgl. BT-Drucksache 12/8165, S. 29.

b) Größerer Entscheidungsspielraum in den USA

Wiewohl der U.S. Supreme Court nie ausdrücklich klargestellt hat, was er unter einem legitimen Ziel versteht, fällt der Spiel- und Argumentationsraum der gesetzgebenden Organe in den USA insgesamt größer aus. Dies liegt zum Großteil an dem Zusammenspiel zwischen den Verfassungsrechten und dem auf keine autoritative Rechtssetzungskompetenz rekurrierenden Common Law in Form der »police power«. Die »police power« verkörpert das in der amerikanischen Verfassung nicht genannte Recht der Einzelstaaten, ihre Bürger vor unmittelbaren Gefahren zu schützen.⁴²⁵ Sie steht traditionell auf der »Kehrseite des grundrechtlichen Schutzbereichs«⁴²⁶, der vermittels des Common Law eine Scharnierfunktion zwischen grundrechtlicher Freiheit und beschränkender Staatsgewalt zukommt. Die »police power« bestimmt maßgeblich den Freiraum gesetzgeberischen Handelns. Eine gesetzliche Maßnahme muss auf einzelstaatlicher Ebene allein einem gewohnheitsmäßigen Schutzgut dieser Polizeigewalt dienen: Sicherheit, Gesundheitsschutz, Moral und öffentliches Wohlergehen. Neben den Schutzgütern der Polizeigewalt kommt nahezu jedes von der US-amerikanischen Verfassung nicht ausdrücklich untersagte Vorhaben als legitimes Ziel in Betracht, wenn es sich unter den Blankettbegriff der »öffentlichen Wohlfahrt« subsumieren lässt.

Als besonderer Ausdruck amerikanischen Pragmatismus hat der U.S. Supreme Court selbst die Verwaltungsvereinfachung (»administrative convenience«) als legitimes Ziel legislativen Handelns bestätigt. Solange der Gesetzgeber nicht im sensiblen Bereich der Grundrechte tätig wird, konstatiert der oberste amerikanische Gerichtshof: »more administrative leeway has been thought allowable in the interest of increased efficiency«⁴²⁷. In »Carmichael« sei es daher keine willkürliche Differenzierung, dass der Gesetzgeber die Anzahl der Mitarbeiter, ab der der Arbeitgeber zur Zahlung von Beiträgen an die Arbeitslosenkasse verpflichtet wird, auf die Zahl Sieben statt Sechs oder Acht festgesetzt habe.⁴²⁸

Eine ähnliche Vorgehensweise für die »Ordnung von Massenerscheinungen« toleriert das BVerfG vor allem im Bereich des Steuer- und Sozialrechts, wo der Gesetzgeber »typisierende Regelungen treffen darf«⁴²⁹. Anders als in den Vereinigten Staaten stehen verwaltungstechnische Erwägungen nach deutschem Duk-

⁴²⁵ *Reynolds/Kopel*, Hastings Const. L. Q. 27 (2000), S. 511 (511).

⁴²⁶ *Lepsius*, Verwaltungsrecht unter dem Common Law, S. 56.

⁴²⁷ 364 U.S. 479, 488 (Fn. 8) (1960) – *Shelton v. Tucker*, mit Hinweis auf 251 U.S. 264 (1920) – *Jacob Rupert v. Caffey* und 226 U.S. 192 (1912) – *Purity Extract and Tonic Company v. Lynch*.

⁴²⁸ 301 U.S. 495, 511 (1937) – *Carmichael v. Southern Coal & Coke Co.*: »Administrative convenience and expense in the collection or measurement of the tax are alone a sufficient justification for the difference between the treatment of small incomes or small taxpayers and that meted out to others«, mit Hinweis auf 229 U.S. 322, 332 (1913) – *Citizens' Telephone Co. v. Fuller* und 204 U.S. 152, 159 (1907) – *Hatch v. Reardon*.

⁴²⁹ BVerfGE 63, 119 (128); vgl. BVerfGE 51, 115 (122 f.); 17, 1 (25).

tus »im Spannungsfeld zwischen generalisierender und individualisierter Gerechtigkeit«⁴³⁰. Diejenigen Regelungen, die auf die Praktikabilität des Gesetzesvollzugs abzielen, stehen daher stets unter dem Vorbehalt, dass »die durch sie eintretenden Härten oder Ungerechtigkeiten nur eine verhältnismäßig kleine Zahl von Personen betreffen« und es sich nur um einen geringen Verstoß gegen den Gleichheitssatz handle.⁴³¹ Das BVerfG toleriert im Gegensatz zu seinem amerikanischen Pendant die standardisierte Abwicklung großer Personengruppen nur um den Willen praktischer Verwaltungserfordernisse mithin nicht. Schließlich komme es entscheidend darauf an, ob eine durch die Typisierung »entstehende Ungerechtigkeit nur unter Schwierigkeiten vermeidbar wäre«⁴³² – eine Frage, die der U.S. Supreme Court nicht stellt.

Fazit: Die Amerikaner gestehen dem Gesetzgeber im Bereich der grundrechtlich nicht geschützten Wirtschafts-, Sozial- und Kulturregulierung in der Zweckwahl mitunter einen breiteren Ermessensspielraum als das BVerfG zu. Insbesondere bei der Frage, welche Interessen der öffentlichen Wohlfahrt dienen, herrscht generelle Zurückhaltung, um die dem Bürger zugebilligte eigenverantwortliche Selbstbestimmung und Lebensgestaltung zu gewährleisten. Der U.S. Supreme Court hat seit dem Ende der Lochner-Ära nur wenigen Zwecken die Legitimität versagt.

c) US-amerikanische Verfassung ohne objektive Werteordnung

Die Kürze der amerikanischen Verfassung und ihr fragmentarischer Charakter verdeutlichen, dass sie als Verfassungsordnung und nicht als Gesetzesverfassung konzipiert wurde.⁴³³ Im Kontext des Common Law enthält sie nur vage Prinzipien, die sie an Hand von Präjudizien konkretisiert. Anders als in Deutschland, wo staatstheoretische Verschiebungen den abwehrrechtlichen Tenor der Grundrechte um einen »status positivus« und moderne schutz-, teilhabungs- und leistungsrechtliche Funktionen ergänzt haben, steht die amerikanische Grundrechtsdogmatik aus deutscher Sicht im Geist vergangener Zeiten.

Die deutsche Kodifikationstradition erhebt den Anspruch, alle wesentlichen Ordnungsprobleme in einem detaillierten Rahmen zu fassen. Eine fallbezogene

⁴³⁰ Nußberger, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 3, Rn. 106.

⁴³¹ BVerfGE 63, 119.

⁴³² BVerfGE 63, 119 (128).

⁴³³ 17 U.S. (4 Wheat.) 316, 407 (1819) – *McCulloch v. Maryland*: »A Constitution, to contain an accurate detail of all subdivisions of which its great powers will admit ... would partake of the prolixity of a legal code, and could scarcely be embraced by the human mind. It would probably never be understood by the public. Its nature, therefore, requires, that only its great outlines should be marked, its important objects designated, and the minor ingredients which compose those objects be deduced from the nature of the objects themselves ... we must never forget that it is *a Constitution* we are expounding« (Herv. im Orig.).

Konkretisierung tritt nur ergänzend hinzu.⁴³⁴ Das Grundgesetz ist im Vergleich daher mehr der Verfolgung positiver verfassungstextlicher Prinzipien und Staatsziele verschrieben. Hierunter fallen Erziehungs- (Art. 6 Abs. 2 GG) und Gleichbehandlungsgebote (etwa in den Art. 3, 6, 11, 21, 33, 38 GG) oder das Gebot des Eigentumsgebrauchs auch zum Wohle der Allgemeinheit (Art. 14 Abs. 2 GG). Die Menschenwürde ist nicht nur zu achten, sondern auch zu schützen (Art. 1 Abs. 1 GG), Arme und Schwache sind auf Grundlage des Sozialstaatsprinzips zu unterstützen (Art. 20 Abs. 1 GG), der Staat ist verpflichtet, auf die Achtung der natürlichen Lebensgrundlagen (Art. 20a GG) und der Verwirklichung eines vereinten Europa (Art. 23 Abs. 1 GG) hinzuwirken.

Im Vergleich zur Konzeption der US-amerikanischen Verfassung sieht man besonders in diesem Aspekt deutlich den Kontrast. Die herausragende Rolle des abwehrrechtlichen Grundverständnisses folgt aus der Konzeption der Grundrechte als an die Staatsgewalt gerichtete Verbote. Anders als in Deutschland herrscht das Ideal einer grundsätzlichen Abwesenheit staatlicher Einmischung. Es entspricht der herausragenden Stellung des Abwehrrechts im Verfassungsverständnis der Vereinigten Staaten, dass die Verfassung dem Gesetzgeber keine positiven Förderpflichten vorschreibt. Sie beruht auf einer »demokratisch-liberalen Organisationsverfassung«⁴³⁵, die der Politik kaum konkrete materielle Ziele vorgibt.⁴³⁶ Die Amerikaner sind den Schritt vom »liberalen zum sozialen Rechtsstaat«⁴³⁷ nicht gegangen. Es herrscht das Streben nach vorstaatlicher Freiheit, in der sich der Staat allein auf die Abwehr innerer und äußerer Gefahren verstehen sollte. Es verwundert nicht, dass der U.S. Supreme Court in einer verfassungsrechtlichen Funktionenordnung, in der Freiheit als »unantastbare, vorstaatliche Freiheit«⁴³⁸ begriffen wird, aus den Grundrechten keine objektive Wertordnung gelesen hat.⁴³⁹ Sie ist eine »Charta negativer Freiheiten«⁴⁴⁰, die weitgehend auf Staatsziele und Gesetzgebungsaufträge verzichtet.⁴⁴¹ Nur konsequent ist daher also die Verneinung der Frage, ob der Staat Unfallopfern helfen müsse: »The men who wrote the Bill of Rights were not concerned that government might do too little for the people but that it might do too much to them«⁴⁴².

⁴³⁴ Brugger, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HdBST IX, § 186, Rn. 30 f.

⁴³⁵ Brugger, Demokratie, S. 12.

⁴³⁶ Casper, Sup. Ct. Rev. 1989, S. 311 (315): »dominance of process-orientation of American political thought«, *Fikentscher*, Methoden des Rechts II, S. 452.

⁴³⁷ *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, Rn. 237.

⁴³⁸ Lange, Grundrechtsbindung des Gesetzgebers, S. 317; vgl. *Johnson*, in: Grabitz/Eberhard/Kehl (Hrsg.), Grundrechte in Europa und USA, S. 885 (887).

⁴³⁹ Vgl. BVerfGE 7, 198 (205).

⁴⁴⁰ 715 F.2d 1200, 1203 (7th Circ. 1983) – *Jackson v. City of Joliet*.

⁴⁴¹ *Rensmann*, Wertordnung und Verfassung, S. 262.

⁴⁴² 715 F.2d 1200, 1203 (7th Circ. 1983) – *Jackson v. City of Joliet*.

Wo das BVerfG die Verantwortung des Individuums in sozialer Gemeinschaft betont,⁴⁴³ verweist die amerikanische Verfassungstradition das »Streben nach Glück« allein in den Bereich autonomer Selbstentfaltung.⁴⁴⁴ So hat sich auch im kollektiven Gedächtnis der USA festgesetzt, dass die sozialstaatlichen Reformen des »New Deal« entgegen der Verfassung und der »laissez-faire«-Judikatur des U.S. Supreme Courts der Lochner-Ära durchgesetzt worden waren.⁴⁴⁵ Trotzdem sollte man nicht dem Irrtum verfallen, dass die Amerikaner das Modell ihrer limitierenden Rahmenverfassung als Anachronismus in der Evolution des modernen Verfassungsstaates sehen. Eine ungebrochene 240-jährige Verfassungsgeschichte trägt dem demokratischen Selbstbewusstsein Rechnung. Die geschichtliche Erfahrung eines totalitären Staats als Kontrastfolie hat es in den Vereinigten Staaten nicht gegeben.

II. Zweck-Mittel-Relation: »rational basis«

Die äußerste Grenze gesetzgeberischen Handelns markiert länderübergreifend das Willkürverbot. Der Gesetzgeber verwirklicht als »Erstinterpret der Verfassung«⁴⁴⁶ die Zielsetzung des Gemeinwohls. Der Gesetzgeber muss die allgemeinen Regeln gesellschaftlichen Zusammenlebens festlegen und den Forderungen der Verfassung, der Sachgesetzmäßigkeit und der vorgefundenen Lebensbereiche gerecht werden.⁴⁴⁷ Aus der Förderung des Gemeinwohls speist er die Legitimität seines Handelns und würde seiner Verpflichtung nicht gerecht werden, wenn er sich bei seinen Entscheidungen von Willkür leiten ließe.⁴⁴⁸

Der U.S. Supreme Court beschränkt die Zweck-Mittel-Relation des »rational basis test« auf die Frage, wie und in welchem Maße das Mittel mit dem legitimen Zweck verbunden sein muss. Aus der Garantie des ordnungsgemäßen Verfahrens des fünften und vierzehnten Verfassungszusatzes (»due process of law«) folgt, dass diese Zweck-Mittel-Relation den Anforderungen des Willkürverbots genügen muss.⁴⁴⁹ Der U.S. Supreme Court tritt dem Gesetzgeber erst

⁴⁴³ BVerfGE 48, 187 (227); 34, 269 (281); 7, 198 (205); 6, 32 (41).

⁴⁴⁴ 505 U.S. 833, 851 (1992) – *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*: »These matters, involving the most intimate and personal choices a person may make in a lifetime, choices central to personal dignity and autonomy, are central to the liberty protected by the Fourteenth Amendment. At the heart of liberty is the right to define one's own concept of existence, of meaning, of the universe, and of the mystery of human life« (Abtreibung).

⁴⁴⁵ *Henkin*, in: *Human Rights and International Law*, S. 25 (44): »[The United States] became a welfare state in the face of powerful constitutional resistance«; *Rensmann*, *Wertordnung und Verfassung*, S. 261.

⁴⁴⁶ *Kirchhof*, in: *FS Lerche*, S. 133 (148).

⁴⁴⁷ *Kirchhof*, in: *Isensee/ders. (Hrsg.), HdBStR VIII*, § 181, Rn. 232.

⁴⁴⁸ Vgl. *Zuck*, *MDR* 1986, S. 723 (723): Willkür als »Antipode der Gerechtigkeit«; vgl. *Kirchhof*, in: *Isensee/ders. (Hrsg.), HdBStR VIII*, § 181, Rn. 234.

⁴⁴⁹ 110 U.S. 516, 536 (1884) – *Hurtado v. California*: »Arbitrary power, enforcing its edicts to the injury of the persons and property of its subjects, is not law, whether manifested as the

entgegen, wenn eine Maßnahme »erwiesen willkürlich und irrational«⁴⁵⁰ ist. Die Beschränkung auf eine Willkürkontrolle als »elementare Rechtsstaatsreserve«⁴⁵¹ verspricht ein Mindestmaß an Rationalität und Vernunft. Vergleichbar zum deutschen Recht überschreitet der Gesetzgeber die Grenzen selbstständiger Entscheidungsfindung, wenn seine Erwägungen evident falsch sind und »vernünftigerweise keine Grundlage für die angegriffenen gesetzgeberischen Maßnahmen abgeben können«⁴⁵². Hiermit ist umschrieben, was der U.S. Supreme Court mit der »rational basis« als Mindestgehalt jeder Norm fordert.

1. Unpräzise Typenbildung

Die Gerichte beantworten als Zweitinterpreten der Verfassung die Finalität einer Norm mit Verweis auf den Einschätzungs- und Prognosespielraum des Gesetzgebers. Der U.S. Supreme Court gesteht der Legislative einen breiten Ermessensspielraum zur Erreichung des legitimen Zwecks zu: »traditional equal protection analysis does not require that every classification be drawn with precise »mathematical nicety«⁴⁵³. Das Gericht entzieht sich einer über generelle Plausibilitätskriterien reichenden Kontrolle, soweit die »Weisheit, Notwendigkeit oder Zweckmäßigkeit«⁴⁵⁴ der Wirtschafts-, Kultur- und Sozialgesetzgebung in Frage steht und die Maßnahme kein Grundrecht oder eine »verdächtige« Klassifizierung zum Gegenstand hat.

Der U.S. Supreme Court hat wiederholt klargestellt, dass eine Klassifizierung nur dann Bestand haben kann, wenn sie einen hinreichenden Bezug auf das Differenzierungsziel erkennen lässt.⁴⁵⁵ Die äußerste Grenze einer Differenzierung zwischen Personengruppen bemisst der U.S. Supreme Court nach dem Nexus, also der Dichte der Zweck-Mittel-Relation, die unter dem »rational basis test« nicht mehr als eine lose, gleichwie lockere Verbindung darstellen muss. Der Ne-

decree of a personal monarch or of an impersonal multitude»; *Johnson*, in: Grabitz/Eberhard/Kehl (Hrsg.), Grundrechte in Europa und USA, S. 885 (933).

⁴⁵⁰ 438 U.S. 59, 84 (1978) – *Duke Power Co. v. Carolina Environment Study Group, Inc.*

⁴⁵¹ *Kirchhof*, in: Isensee/ders. (Hrsg.), HdBStR VIII, § 181, Rn. 236.

⁴⁵² BVerfGE 121, 317 (350); vgl. BVerfGE 117, 163 (183); 110, 141 (157 f.); 77, 84 (106).

⁴⁵³ 413 U.S. 528, 538 (1973) – *U.S. Department of Agriculture v. Moreno*, unter Zitierung von 397 U.S. 471, 485 – *Dandridge v. Williams*; vgl. 220 U.S. 61, 78 (1911) – *Lindsey v. Natural Carbonic Gas Co.*: »1. The equal-protection clause ... does not take from the state the power to classify in the adoption of police laws, but admits of the exercise of a wide scope of discretion in that regard, and avoids what is done only when it is without any reasonable basis, and therefore is purely arbitrary«; *Lundmark*, Power & Rights in US Constitutional Law, S. 117.

⁴⁵⁴ 313 U.S. 236, 246 (1941) – *Olsen v. Nebraska*.

⁴⁵⁵ 427 U.S. 297, 303 (1976) – *New Orleans v. Dukes*: »rationally related to a legitimate state interest«; vgl. 405 U.S. 438 (1972) – *Eisenstadt v. Baird*; 404 U.S. 71 (1971) – *Reed v. Reed*; 397 U.S. 471 (1970) – *Dandridge v. Williams*; 384 U.S. 305, 308 (1966) – *Rinaldi v. Yeager*; 348 U.S. 483 (1955) – *Williamson v. Lee Optical Co.*; 310 U.S. 141 (1940) – *Tigner v. Texas*; 283 U.S. 553 (1931) – *Smith v. Cahoon*; 236 U.S. 373 (1915) – *Miller v. Wilson*.

xus der Zweck-Mittel-Relation ist gestört, wenn der Gesetzgeber willkürlich handelt oder sich von parteiischen Erwägungen leiten lässt.

Ob eine gesetzliche Klassifizierung zulässig ist, bemisst sich nach der Zerschneidung ihrer gesetzlichen Fassung.⁴⁵⁶ Die Frage ist, wie viele Personen eine Klassifizierung unberechtigtweise ein- («overinclusion») oder ausschließen («underinclusion») darf, um noch als rational vertretbar zu gelten. Eine undifferenzierte Typenbildung birgt ein hohes Potenzial an Ungerechtigkeit, weil sie Personen einer Gruppe zuordnet, die keine hinreichende Verbindung zu den Gattungsmerkmalen dieser Klassifizierung aufweisen. Umgekehrt kann eine undifferenzierte Typenbildung zu einer überflüssigen oder unzureichenden Regulierung eines Personenkreises führen.⁴⁵⁷

Der U.S. Supreme Court toleriert selbst deutliche Fehleinschätzungen. So kann eine Stadt nach »Beazer«⁴⁵⁸ aus Gründen der Sicherheit ein Statut erlassen, wonach ihre Verkehrsbetriebe keine aktuell oder ehemals betäubungsmittelabhängigen Personen beschäftigen dürfen, die zur Vermeidung von Rückfällen synthetische Drogen einnehmen.⁴⁵⁹ Eine deutliche Mehrzahl der Betroffenen wurde nicht rückfällig und stellte kein Sicherheitsrisiko für die Verkehrsbetriebe dar. Der generelle Ausschluss auch derjenigen Personen, die sich in einer Ersatzdrogentherapie befanden, stellte nach Ansicht der Kläger eine überdehnte, die Zweck-Mittel-Relation verzerrende Klassifizierung dar. In der Tat: Die Qualifikation der Angestellten wurde nicht individuell festgestellt. Das Beschäftigungsverbot erfasste vielmehr sämtliche, auch die mittlerweile »cleanen« Mitarbeiter. Obwohl die Kläger eine Nichtrückfallquote von 75% nachweisen konnten, bestätigte der U.S. Supreme Court das Statut. Der Stadtrat durfte davon ausgehen, dass alternative Regulierungen weniger Erfolg versprechen als der Ausschluss sämtlicher Betäubungsmittelabhängigen, selbst wenn diese ihre Sucht überwunden hätten. Mit dem Hinweis, »even if the classification at issue here is to some extent both underinclusive and overinclusive, perfection is not required to satisfy equal protection standards«⁴⁶⁰, toleriert der U.S. Supreme Court selbst in zweifacher Hinsicht ungenaue Klassifizierungen. Denn die Regelung unterschied auch nicht zwischen anderen, potentiell die Sicherheit der Verkehrsbetriebe gefährdenden Personen wie Alkoholikern und Epileptikern. Trotzdem bescheinigte ihr der U.S. Supreme Court eine »rational basis«.

⁴⁵⁶ 517 U.S. 620, 631 (1996) – *Romer v. Evans*: »[I]f a law neither burdens a fundamental right or targets a suspect class, [the Court] will uphold the legislative classification so long as it bears a rational relation to some legitimate end«, unter Zitierung von 509 U.S. 312, 319 f. (1993) – *Heller v. Doe*; *Chemerinsky*, Constitutional Law, S. 701 f.; vgl. *Nowak/Rotunda*, Constitutional Law, S. 746.

⁴⁵⁷ *Tribe*, Constitutional Law, S. 1449.

⁴⁵⁸ 440 U.S. 568 (1979) – *New York City Transit Authority v. Beazer*.

⁴⁵⁹ Vgl. oben S. 64.

⁴⁶⁰ 440 U.S. 93, 94 (1979) – *Vance v. Bradley* (Ls.).

Auch in »Vance v. Bradley«⁴⁶¹ störte sich der U.S. Supreme Court nicht an einer zweifachen Falschklassifizierung. In Frage stand eine Regelung für Personen im Auslandsdienst, die den verbindlichen Pensionseintritt ab 60 Jahren vorsah. Das Gericht erkannte hierin zwar eine »Überdehnung« auf diejenigen, deren Gesundheitszustand eine effektive Fortführung ihrer Beschäftigung erlaubte. Gleichzeitig erfasste die Regulierung jedoch keine Beschäftigten im Außendienst, deren Gesundheitszustand die weitere Dienstausbübung unmöglich machte.⁴⁶² Auch dieses Argument ließ der U.S. Supreme Court indessen nicht gelten. In aller Regel führt die Willkürkontrolle in Gleichheitsfragen zur Aufrechterhaltung der gesetzlichen Klassifizierung. Der U.S. Supreme Court tritt dem Gesetzgeber erst dann entgegen, wenn eine von ihm angeordnete Klassifizierung von Verfassungen wegen verboten ist oder die Differenzierung von keinen sachlich einleuchtenden Erwägungen getragen wird.

2. Willkür- und Rationalitätskontrolle

Mit der Forderung nach einer »rational basis« reduziert sich die Prüfung des U.S. Supreme Courts darauf, was in Deutschland im weitesten Sinne an Hand der Geeignetheit und des Willkürverbots beurteilt würde, wonach der Gesetzgeber weder »wesentlich Gleiches willkürlich ungleich noch wesentlich Ungleiches willkürlich«⁴⁶³ gleich behandeln dürfe. Nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit müssen Grundrechtseinschränkungen zunächst jedoch geeignet sein, das anvisierte Ziel zu erreichen, ihren Zweck also fördern.⁴⁶⁴ Dem Gesetzgeber wird die Befugnis zu einer vertretbaren und sachgerechten Prognose eingeräumt⁴⁶⁵ – es genügt die abstrakte Möglichkeit der Zweckerreichung. Weil die Geeignetheit die empirischen Zusammenhänge erschließen soll, ist ein Mittel nur dann ungeeignet, wenn es überhaupt keine Wirkungen entfaltet, das eingesetzte Mittel »objektiv untauglich«⁴⁶⁶ oder »schlechthin ungeeignet«⁴⁶⁷ ist.⁴⁶⁸

⁴⁶¹ 440 U.S. 93 (1979) – *Vance v. Bradley*.

⁴⁶² 440 U.S. 93, 108 (1979) – *Vance v. Bradley*.

⁴⁶³ BVerfGE 4, 144 (155); 1, 14 (52).

⁴⁶⁴ BVerfGE 109, 279 (336); 33, 171 (187); 17, 306 (314); *Grabitz*, AöR 98, S. 569 (571 ff.); *Lerche*, Übermaß und Verfassungsrecht, S. 76 f.

⁴⁶⁵ BVerfGE 109, 279 (336); 90, 145 (173); 77, 84 (106); vgl. *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, Rn. 334: »Geeignetheit bedeutet, dass der Zustand, den der Staat durch das Mittel des Eingriffs schafft, und der Zustand, in dem der verfolgte Zweck als verwirklicht zu betrachten ist, in einem durch bewährte Hypothesen über die Wirklichkeit vermittelten Zusammenhang stehen«.

⁴⁶⁶ BVerfGE 30, 250 (263); 16, 147 (181).

⁴⁶⁷ Vgl. BVerfGE 30, 250 (263); 19, 119 (126 f.); 17, 306 (317). Das Gericht hat etwa das Verbot von Mitfahrzentralen (BVerfGE 17, 306 [316 f.]) und Regelungen des Volkszählungsgesetzes von 1983 (BVerfGE 61, 1 [56]) wegen Ungeeignetheit für nichtig erklärt.

⁴⁶⁸ Kritisch *Hartmann*, Öffentliches Haftungsrecht, S. 36 f.

a) Gemeinsamkeiten

Das Maß an Toleranz, das bei den obersten Verfassungsgerichten gegenüber dem dem Gesetzgeber herrscht, entspricht sich weitgehend. Insbesondere im Bereich ökonomischer Fragestellungen genießt der Gesetzgeber eine »broad scope to experiment«⁴⁶⁹. Wie in Deutschland begnügt sich der U.S. Supreme Court mit der Teileignung eines gesetzlichen Mittels⁴⁷⁰ im Sinne eines »Schrittes in die richtige Richtung«⁴⁷¹. So sind die legislativen Organe in den USA nicht gehalten, ausschließlich umfassende Gesetzespakete zu erlassen, um ein gewünschtes Ziel optimal zu erreichen.⁴⁷² Reformen erlauben es dem Gesetzgeber, sich etappenweise einem gesellschaftlichen Missstand anzunehmen und zunächst punktuellen Problemfeldern mit speziellen Maßnahmen entgegenzutreten: »reform may take one step at a time«⁴⁷³. In »Clover Leaf Creamery«⁴⁷⁴ bestätigte das Gericht ein Umweltgesetz Minnesotas, das den Vertrieb von Milch in aus Plastik, nicht aber aus Karton gefertigten Einwegflaschen untersagte. Auch wenn Pappcontainer in gleichem Maße geeignet sind, die Umwelt zu verschmutzen, sah das Gericht in der etappenweisen Gesetzgebung, zunächst nur Plastikcontainer zu verbieten, keine verfassungswidrige Diskriminierung deren Hersteller.⁴⁷⁵

Eine weitere Parallele findet sich darin, dass die obersten Gerichte dem Gesetzgeber eine Fehlprognose zugestehen, sodass auch ein Irrtum über den Verlauf der künftigen Entwicklung die Maßnahme nicht von vornherein als verfassungswidrig brandmarkt: »The problems of government are practical ones, and may justify ... rough accommodations«⁴⁷⁶. So beurteilt auch das BVerfG ex ante,

⁴⁶⁹ 372 U.S. 726 (1963) – *Ferguson v. Skrupa*: »Legislative bodies have broad scope to experiment with economic problems, and this Court does not sit to »subject the state to an intolerable supervision««, unter Zitierung von 286 U.S. 374, 388 (1932) – *Sproles v. Binford* und 335 U.S. 525, 536 (1949) – *Lincoln Union v. Northwestern Co.*

⁴⁷⁰ BVerfGE 121, 317 (354); 81, 156 (192); 80, 1 (24 f.); 71, 206 (216 f.); 70, 278 (286); 67, 157 (173); 63, 88 (115); 39, 210 (230); 30, 292 (316); *Gentz*, NJW 1968, S. 1600 (1603).

⁴⁷¹ A. Leisner, DÖV 1999, S. 807 (814).

⁴⁷² 335 U.S. 538 (1949) – *American Federation of Labor v. American Sash & Door Co.*; 294 U.S. 608 (1935) – *Semler v. Oregon State Board of Dental Examiners*. Note schlägt eine Fristenbindung vor, um dem Gesetzgeber seinen Gestaltungsauftrag zu verdeutlichen, Yale L. J. 90 (1981), S. 1777 (1787 f.).

⁴⁷³ 348 U.S. 483, 489 (1955) – *Williamson v. Lee Optical Co.*; vgl. ebd S. 488: »[T]he law need not be in every respect logically consistent with its aims to be constitutional. It is enough that there is an evil at hand for correction, and that it might be thought that the particular legislative measure was a rational way to correct it«.

⁴⁷⁴ 449 U.S. 456 (1981) – *Minnesota v. Clover Leaf Creamery Co.*

⁴⁷⁵ Vgl. 427 U.S. 297, 303 (1976) – *City of New Orleans v. Dukes*: »Legislature may implement their program step by step, in such economic areas, adopting regulations that only partially ameliorate a perceived evil and deferring complete elimination of the evil to future regulation«.

⁴⁷⁶ 397 U.S. 471, 485 – *Dandridge v. Williams*, unter Zitierung von 228 U.S. 61, 69 f. (1913) – *Metropolis Theatre Co. v. Chicago*.

ob eine Maßnahme nach der »Beurteilung der Verhältnisse, die dem Gesetzgeber bei der Vorbereitung des Gesetzes möglich war«⁴⁷⁷, als geeignet erschien.

b) Unterschiede

Tendenziell fällt der Ermessensspielraum zur Frage der Zweckerationalität eines gesetzlichen Mittels in den USA breiter aus, als es ein deutscher Jurist gewöhnt ist. Der Plausibilitätscharakter des »rational basis test« zeigt sich in der generellen Zurückhaltung des Gerichts in der Abwägung von Verfassungsgütern. Anders als in Deutschland ist die eindimensionale Willkürkontrolle des U.S. Supreme Courts nicht in einen komplexen Verhältnismäßigkeitstest erwachsen.⁴⁷⁸ Auf diese Weise würde der U.S. Supreme Court auch ein Rauchverbot in Gaststätten⁴⁷⁹ nicht nach Kriterien der Verhältnismäßigkeit entscheiden. In »McGowan«⁴⁸⁰ zeigt der U.S. Supreme Court vielmehr seine Bereitschaft, die Vorstellungen des Gesetzgebers nur auf den Prüfstand einer generellen Plausibilitätskontrolle zu stellen. In dieser Entscheidung bestätigte das Gericht ein sonntägliches Verkaufsverbot, weil jedes Gesetz so lange als verfassungskonform gelte, wie das Gericht selbst irgendeine, auch nur hypothetische Relation zwischen der gesetzlichen Maßnahme und irgendeinem legitimen öffentlichen Interesse herstellen könne: »A statutory discrimination will not be set aside if any state of facts reasonably may be conceived to justify it«⁴⁸¹. Auch dem Ausschankverbot alkoholischer Getränke durch Frauen in »Goesaert v. Cleary«⁴⁸² unterstellte der U.S. Supreme Court, dass diese Maßnahme allein der Vermeidung sozialer Spannungen diene, die die Beschäftigung von Frauen in Schankbetrieben mit sich brächte. Der Ausschank war nur dann erlaubt, wenn der Betrieb dem Vater oder Ehemann gehörte, sodass eine verwandtschaftliche Beziehung Unsittlichkeiten entgegenstünde. Dem Vorwurf der Frauendiskriminierung begegnete das Gericht, indem es ihn nur als Beiwerk einer grundsätzlich verfassungskonformen Klassifizierung an Hand des Gleichheitssatzes beurteilte – schließlich wolle die Regelung Frauen ja gerade schützen.

Der U.S. Supreme Court begnügt sich ferner mit Erwägungen, die nach deutscher Auffassung in keiner Weise einen sinnvollen Bezug zu dem zu errei-

⁴⁷⁷ BVerfGE 30, 250 (263); 25, 1 (12).

⁴⁷⁸ Vgl. die Rechtsprechung zur neuen Formel seit BVerfGE 55, 72 (88); vgl. BVerfGE 130, 131 (142); 129, 49 (69); 107, 205 (214); 105, 73 (110); 55, 72 (88).

⁴⁷⁹ BVerfGE 121, 317.

⁴⁸⁰ 366 U.S. 420 (1961) – *McGowan v. Maryland*.

⁴⁸¹ 366 U.S. 420, 426 (1961) – *McGowan v. Maryland*; 397 U.S. 471, 508, 508 (1970) – *Dandridge v. Williams* (Marshall, J., dissenting): »[R]egardless of the arbitrariness of a classification, it must be sustained if any state goal can be imagined that is arguably furthered by its effects«.

⁴⁸² 335 U.S. 464 (1948) – *Goesaert v. Cleary* (verworfen in 429 U.S. 190 (1976) – *Craig v. Bor-en*).

chenden Zweck erkennen lassen.⁴⁸³ In »Railway Express«⁴⁸⁴ bestätigte der U.S. Supreme Court ein Fremdwerbeverbot auf Lastwagenplanen. Großflächige Werbung beeinträchtigte die Konzentration der Verkehrsteilnehmer und -sicherheit der Straßen New York Citys. Dieses Werbeverbot erstreckte sich aber nicht auf die Wageneigentümer, die ihre Produkte weiterhin auf den LKW-Planen bewerben durften. Der Gesetzgeber dürfe aber in vertretbarer Weise davon ausgehen, dass die Werbung auf eigenen Wagen den Verkehr nicht in der Weise beeinträchtigt, wie es Fremdwerbung täte.⁴⁸⁵ Das Gericht geht aber noch einen Schritt weiter und schreibt:

»The ... law may exact a needless, wasteful requirement in many cases. But it is for legislature, not the courts, to balance the advantages and disadvantages of legislation«⁴⁸⁶.

Dies bringt zum Ausdruck, dass der U.S. Supreme Court weder empirische Erhebungen noch den Sinn eines gesetzgeberischen Ziels anzweifeln oder gar detailliert prüfen dürfe. Vor diesem Hintergrund ist die Aussage Richter *Stevens* nur konsequent: »The Constitution does not prohibit legislatures from enacting stupid laws«⁴⁸⁷.

Mit diesem Verständnis von Willkür gehen die Amerikaner einen Schritt weiter als die deutsche Verfassungspraxis, die in dem Willkürverbot ebenfalls die »äußerste Grenze ... gesetzgeberischer Freiheit«⁴⁸⁸ sieht. Diese Grenze sei nicht bereits dann überschritten, wenn der Gesetzgeber im Rahmen seines freien Ermessens nicht die vernünftigste, zweckmäßigste oder sachgerechteste Lösung im konkreten Fall gewählt habe, sondern erst, wenn sich ein »vernünftiger, aus der Natur der Sache ergebender oder sonst wie einleuchtender Grund für die gesetzliche Differenzierung oder Gleichbehandlung nicht finden«⁴⁸⁹ ließe. Selbst wenn das BVerfG seine Willkürrechtsprechung auf die evidente Unsachlichkeit und Unangemessenheit einer Maßnahme in Bezug auf den zu ordnenden Gesetzgebungsgegenstand beschränkt,⁴⁹⁰ ist es schwer vorstellbar, dass das BVerfG das Fremdwerbeverbot auf Lastwagenplanen oder Vetternwirtschaft bei der Auswahl

⁴⁸³ *Shaman*, Constitutional Interpretation, S. 81.

⁴⁸⁴ 336 U.S. 106 (1949) – *Railway Express Agency v. New York*.

⁴⁸⁵ 336 U.S. 106, 110 (1949) – *Railway Express Agency v. New York*: »The local authorities may well have concluded that those who advertise their own wares on their trucks do not present the same traffic problem in view of the nature or extent of the advertising which they use«.

⁴⁸⁶ 348 U.S. 483, 487 (1955) – *Williamson v. Lee Optical, Inc.*

⁴⁸⁷ 552 U.S. 196, 209 (2008) – *New York Bd. of Elections v. Lopez Torres* (Stevens, J., concurring).

⁴⁸⁸ BVerfGE 12, 326 (338).

⁴⁸⁹ BVerfGE 1, 14 (52).

⁴⁹⁰ Vgl. BVerfGE 80, 48 (52); 52, 277 (281); 41, 269 (291); 40, 109 (117 f.); 31, 121 (129); 33, 171 (190); 27, 375 (390); 23, 135 (143); 21, 292 (305); 18, 121 (124); 12, 326 (333); 2, 226 (281).

von Piloten als ausreichende Praxis zur Stärkung der Flugsicherheit⁴⁹¹ bestätigt hätte. Selbst eine Monopolstellung von Rechtsanwälten auf die Einziehung von geschäftlichen Geldforderungen steht nach amerikanischem Verständnis im Einklang mit der Verfassung.⁴⁹² Spiegelverkehrt ist es unwahrscheinlich, dass der U.S. Supreme Court Gesetze wie das Baden-Württembergische Feuerwehrgesetz,⁴⁹³ das eine pauschale Beitragspflicht von bis zu 100 DM erhob, oder bestimmte Gesetze im Sozialbereich⁴⁹⁴ für verfassungswidrig erklärt hätte.

Insgesamt kann der U.S. Supreme Court für seine Prüftechnik eher die »evidente Willkürlichkeit« eines Mittels für sich beanspruchen als das BVerfG. Die nahezu vollständige Abwesenheit gerichtlicher Kontrolle lässt vielmehr die Frage aufkommen, ob überhaupt von verfassungsrechtlichem Schutz in diesem Segment die Rede sein kann.⁴⁹⁵ Gleichzeitig sieht sich Karlsruhe vor das Problem der formalen Ausgestaltung und inhaltlichen Unbestimmtheit eines Willkürkriteriums gestellt, das wie kaum ein zweites einen Strauß von Interpretationen zulässt.

Nur selten konstatiert der U.S. Supreme Court die Verfassungswidrigkeit eines gesetzlichen Mittels aus dem Gesichtspunkt der willkürlichen Rechtsetzung. Eine der wenigen Entscheidungen war die Festsetzungspraxis eines Steuerbeamten in »Allegheny Pittsburgh«⁴⁹⁶. Dieser nahm lediglich dann eine steuerliche Neubewertung von Liegenschaften vor, wenn das jeweilige Grundstück verkauft worden war. Das Gericht urteilte, dass diese Feststellung unter der »equal protection clause« im Vergleich zu anderen Steuersubjekten eine willkürliche Amtspraxis darstellte.⁴⁹⁷ Auch in »Levy v. Louisiana«⁴⁹⁸ erkannte der U.S. Supreme Court in dem Schluss aus der Tatsache, dass ein Kind in einer ehelichen oder unehelichen Partnerschaft geboren wurde, auf die seelischen Schmerzen, die ein Kind im Falle des Todes der Mutter erleide, keine nachvollziehbare Zweck-Mittel-Relation. Auch die Festlegung eines weit überhöhten Strafschadensersatzes (»punitive damages«) kann neuerdings zur Aufhebung unter dem lockeren Prüfungsmaßstab führen.⁴⁹⁹

⁴⁹¹ 330 U.S. 552 (1947) – *Kotch v. Board of River Port Pilot Comm'ners*.

⁴⁹² 372 U.S. 726 (1963) – *Ferguson v. Skrupa*; vgl. 427 U.S. 297 (1976) – *New Orleans v. Dukes*.

⁴⁹³ BVerfGE 9, 291.

⁴⁹⁴ BVerfGE 29, 57; 28, 324 (Kindergeld); 6, 55 (Steuererklärung von Ehegatten).

⁴⁹⁵ Vgl. allein *Gardbaum*, Mich. L. Rev. 107 (2008), S. 391 (406).

⁴⁹⁶ 488 U.S. 336 (1989) – *Allegheny Pittsburgh Coal Co. v. County Comm'n*; vgl. auch 505 U.S. 1 (1992) – *Nordlinger v. Hahn*.

⁴⁹⁷ 488 U.S. 336, 344 (1989) – *Allegheny Pittsburgh Coal Co. v. County Comm'n*: The classification must be »neither capricious nor arbitrary« and rest »upon some reasonable consideration of difference of policy«. Besprechung bei *Abdalla*, W. Va. L. Rev. 91 (1989), S. 973.

⁴⁹⁸ 391 U.S. 68 (1968) – *Levy v. Louisiana*.

⁴⁹⁹ 517 U.S. 559 (1996) – *BMW of North America, Inc. v. Gore*.

C. Fazit

Der »rational basis test« bietet Chancen und birgt Risiken. Ein Vorteil der durchlässigen Kontrolldichte rührt aus dem Spannungsverhältnis im Dreieck der Staatsgewalten. Der kontrollierende Einfluss des U.S. Supreme Courts darf weder den interpretativen und gestalterischen Freiraum des demokratisch legitimierten Gesetzgebers über Gebühr beschränken, noch darf sich das Gericht seinem verfassungsrechtlichen Schutzauftrag entziehen.

Mit dem Abstellen auf den »objektiv erkennbare[n] Sinn und Zweck des Gesetzes«⁵⁰⁰ entgeht das BVerfG der schwierigen Motivkontrolle eines Kollektivorgans. Doch lässt sich mit Richter *Oliver Wendell Holmes* kaum leugnen, dass die lautere oder unlautere Absicht des Gesetzgebers für den jeweiligen Adressaten eines Gesetzes einen Unterschied macht: »even a dog distinguishes between being stumbled over and being kicked«⁵⁰¹.

Weil sich das Gericht andererseits im Bereich des traditionellen »rational basis test« mit lediglich denkbaren Zwecken einer gesetzlichen Maßnahme begnügt, hängt das Interventionsmaß von der Vorstellungskraft und dem Ideenreichtum der amerikanischen Richter ab. Dies ist insoweit kritisch, als sich die Anschauungen über die Rationalität einer Maßnahme mit der Zeit ändern mögen. Aus diesem Grunde hat das BVerfG dem Gesetzgeber insbesondere bei komplexen Sachverhalten eine gewisse Zeit zur Sammlung von Erfahrungswerten für eine sachgerechte Regelung eingeräumt.⁵⁰² Anders als in Deutschland⁵⁰³ verlangt der U.S. Supreme Court vom Gesetzgeber aber keine ständige Überprüfung, ob die erlassene Norm den Anforderungen an die Rechtfertigung noch genügt. Dies und die Möglichkeit des Nachschiebens von Gründen mögen die Ernsthaftigkeit einer gesetzgeberischen Entscheidung in Zweifel ziehen. Der U.S. Supreme Court wäre wahrscheinlich gut beraten, aus Gründen der Transparenz eine genaue Ableitung der widerstreitenden Positionen und die Gegenüberstellung auf einer gleichwertigen Abstraktionsebene vorzunehmen, um jedem Vorwurf des Verstoßes gegen richterliche Neutralität den Boden zu entziehen.

Der analytische Rahmen der Willkürrechtsprechung in Deutschland und den USA stimmt weitgehend überein. Trotzdem hat der U.S. Supreme Court großzügigere Ergebnisse erzielt als das BVerfG.⁵⁰⁴ Der »rational basis test« wird

⁵⁰⁰ BVerfGE 85, 238 (245). Ferner BVerfGE 67, 70 (87): »Gegenstand der verfassungsgerichtlichen Überprüfung sind allein der sachliche Inhalt einer Vorschrift und ihre Wirkung«; vgl. BVerfGE 49, 148 (165); 21, 292 (299).

⁵⁰¹ *Holmes*, *The Common Law*, S. 3.

⁵⁰² BVerfGE 97, 186 (196); *Engel*, in: Brugger/Kirste/Anderheiden (Hrsg.), *Gemeinwohl*, S. 103 (163).

⁵⁰³ St. Rspr., vgl. BVerfGE 88, 203 (309 f.); 59, 119 (127); 56, 54 (78 f.); 50, 290 (335).

⁵⁰⁴ Unzutreffend daher *Ossenbühl*, der die Kontrollintensität gleich beurteilt, in: FG BVerfG I, S. 458 (485).

schon lange als »minimal scrutiny in theory and virtually none in fact«⁵⁰⁵ gescholten. Auf die Kritik der ursprünglich schwammigen Willkürkontrolle hat das BVerfG mit der Etablierung der neuen Formel reagiert, der U.S. Supreme Court mit einer Aufwertung des »rational basis test«. In der konkreten Anwendung des »second order rational basis test« vermisst die Literatur jedoch eine einheitliche Judikatur. Die Unkenrufe reichen von der Forderung einer klaren Artikulation seiner Kontrollparameter⁵⁰⁶ bis zur Forderung der völligen Ersetzung des »rational basis test« durch eine neue, strengere Alternative⁵⁰⁷. Die uneinheitliche Judikatur macht es schwierig, die Kontrollparameter des aufgewerteten »rational basis test« von denjenigen des »intermediate scrutiny test« trennscharf zu unterscheiden. Jedenfalls die ausdrückliche, nicht auf Sondervoten beschränkte Anerkennung des »second order rational basis test« ist vor dem Hintergrund einer einheitlichen Bundesrechtsprechung mit Blick auf die unteren Instanzen dringend zu empfehlen.

Wenngleich die Richter betont haben »the rational basis standard« is not a toothless one«⁵⁰⁸, dürfen die wenigen Entscheidungen, die der U.S. Supreme Court auf Grundlage einer schärferen Version des »rational basis test« getroffen hat, nicht über seine Alltagskontrollfunktion hinwegtäuschen. Anhand der Kontrapunkte »rational basis« und »strict scrutiny« zeigt sich ein Spagat, der sich wie kein anderer durch die amerikanische Grundrechtsjudikatur zieht.

§ 2 – Hohe Kontrolldichte: »strict scrutiny«

Der »strict scrutiny test« bildet den Gegenpol zum »rational basis test«. Er stellt den Durchsetzungsmechanismus der »preferred-freedoms«-Doktrin dar, wonach der U.S. Supreme Court den Grundrechten Geltung zu verschaffen habe, während wirtschaftliche und andere allgemeine Freiheiten der Disponibilität des Gesetzgebers unterfielen. Der »strict scrutiny test« ist Ausdruck der überragenden Strahlkraft des Abwehrrechts im US-amerikanischen Grundrechtsverständnis und verdankt seine Strenge maßgeblich der liberalen Richtermehrheit der 1950er und 1960er Jahre. Vor diesem Hintergrund weichen die lockeren Vo-

⁵⁰⁵ *Gunther*, Harv. L. Rev. 86 (1972), S. 1 (8).

⁵⁰⁶ *Bice*, S. Cal. L. Rev. 50 (1977/1978), S. 689 (700); *Farrell*, Ind. L. Rev. 32 (1999), S. 357 (415); *Galloway*, Loy. L.A. L. Rev. 21 (1988), S. 449 (484); *Gunther*, Harv. L. Rev. 86 (1972), S. 1 (21, 24).

⁵⁰⁷ *Chemerinsky*, Harv. L. Rev. 103 (1989), S. 43 (73); *Goldberg*, S. Cal. L. Rev. 77 (2004), S. 481 (493); *Shaman*, Ohio St. L. J. (1984), S. 161 (177); vgl. ferner die Sondervoten Richter *Marshall* als größter Kritiker der »rational basis«-Rechtsprechung: 457 U.S. 202, 230 (1982) – *Plyler v. Doe* (Marshall, J., concurring); 411 U.S. 1, 70, 98 f. (1973) – *San Antonio Independent School District v. Rodriguez* (Marshall, J., dissenting).

⁵⁰⁸ 455 U.S. 422, 438, 440 (1982) – *Logan v. Zimmermann Brush Co.* (Blackmun, J., concurring).

raussetzungen des »rational basis test« einer strengen Nachprüfung der Ziele und der zu ihrer Erreichung eingesetzten Mittel und deren Relation zueinander.

A. Anwendungsbereich

Eine erhöhte Kontrolldichte soll greifen, wenn nach Auffassung des obersten Bundesgerichts ein Eingriff in besonders sensible Interessenbereiche der Freiheitsrechte und des Gleichheitsgebots droht.⁵⁰⁹ Kreist eine anhängige Streitfrage um die Verkürzung eines Grundrechts oder nimmt der Gesetzgeber eine Klassifizierung entlang »verdächtiger« Differenzierungsmerkmale vor, bildet der »strict scrutiny test« den Ausgangspunkt einer wertenden Betrachtung und setzt den Maßstab, vermittels dessen diese Verfassungsfrage im Kontext der Grundrechte zu beantworten ist.

I. Grundrechte als »fundamentale« Rechte

Unter »fundamentalen« Rechten (»fundamental rights«) versteht der U.S. Supreme Court die geschriebenen und ungeschriebenen Grundrechte der US-amerikanischen Verfassung. Das sind die grundlegenden, in der Verfassung verteilten Gewährleistungen, die die Freiheit und Gleichheit des Menschen gegenüber dem Staat sichern.⁵¹⁰ Hierunter fallen zum einen diejenigen Rechte, die in der »Bill of Rights« als Grundrechte textlich verankert sind. Zum anderen hat das Gericht eine Vielzahl lediglich implizit in dem Korpus der Verfassung verortete, ungeschriebene Grundrechte anerkannt.

Die Qualifikation eines Rechts als »fundamental« ist von immenser Bedeutung für die Frage nach der Verfassungskonformität einer gesetzlichen Maßnahme. Anders als unter dem des auf *Hesse*⁵¹¹ zurückgehenden und vom BVerfG⁵¹² verfolgten Prinzips der praktischen Konkordanz geht die Einstufung in die »fundamental«-Kategorie oftmals mit dem absoluten Vorrang gegenüber kollidierenden Verfassungsgütern einher.⁵¹³

⁵⁰⁹ *Nowak/Rotunda*, Constitutional Law, S. 500; ausführlich zur »preferred freedoms«-Doktrin oben S. 32 ff.

⁵¹⁰ 411 U.S. 1, 2 (1973) – *San Antonio Independent School District v. Rodriguez* (Ls. 1); aus den unteren Instanzen Supreme Court of Indiana, 341 N.E. 2d 763, 766 (1976) – *Sidle v. Majors*.

⁵¹¹ *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts, Rn. 72.

⁵¹² BVerfGE 81, 298 (308); 77, 240 (255); 41, 29 (51).

⁵¹³ *Eberle*, Utah L. Rev. 1997, S. 963 (995): »Characteristic of the German regime of rights, everything is a question of balance and proportion. No one right is extended to the detriment of other rights as, for example, in the American preferencing of free speech«.

1. »Fundamentale« Rechte als Ausdruck traditioneller amerikanischer Werte

Das Common Law-Erbe der Vereinigten Staaten manifestiert sich in einer starken Traditionsverbundenheit, die es über das Kriterium der »Fundamentalität« zum Ausdruck bringt. Der Begriff der Freiheit im Sinn des vierzehnten Zusatzartikels lässt sich einerseits qualifizieren als unbenannte, »nicht-fundamentale« Freiheit, deren Reglementierung im freien Ermessen des Gesetzgebers steht. Andererseits misst das Gericht ausgehend von der »Caroline Products«-Entscheidung die Beschneidung einer »fundamentalen« Freiheit an dem »strict scrutiny«-Maßstab.⁵¹⁴

Charakteristisches Merkmal der »fundamentalen« Rechte ist, dass sie nach amerikanischer Auffassung prägend für den Wesenskern und der Konzeption eines Ansatzes geordneter Freiheit seien – »the very essence of a scheme of ordered liberty«⁵¹⁵. Sie seien tief in der amerikanischen Kultur und gesellschaftlichen Tradition verankert⁵¹⁶ und vor dem politischen Prozess zu schützen:

»Where certain ›fundamental rights‹ are involved, the Court has held that regulation limiting these rights may be justified only by a ›compelling state interest‹ and that legislative enactments must be narrowly drawn to express only the legitimate state interest at stake«⁵¹⁷.

Der erste Verfassungszusatz enthält fünf geschriebene Grundrechte: die Religions-, Rede-, Presse-, Versammlungsfreiheit und das Recht auf Petitionen.⁵¹⁸ Bei der Identifizierung impliziter, ungeschriebener Freiheitsrechte betritt der U.S. Supreme Court den spannungsträchtigen Bereich der richterlichen Rechtsschöpfung, auf dem er sich angesichts eines Systems streng gestaffelter Kompetenzen der Teilgewalten nur mit Zurückhaltung bewegen darf.

Ungeschriebene »fundamental rights« sind solche, die zwar nicht selbstständig, aber quasi-verfassungsrechtlichen Status über eine materielle Auslegung der »equal protection«- und »due process«-Klausel des fünften und vierzehnten Zu-

⁵¹⁴ 304 U.S. 144, 152 (Fn. 4) (1938) – *United States v. Carolene Products Co.*: »There may be narrower scope for operation of the presumption of constitutionality when legislation appears on its face to be within a specific prohibition of the Constitution, such as those of the first ten amendments«. Tatsächlich lösen nur die Rechte des ersten und fünften und vierzehnten Zusatzartikels den strengen Kontrollmaßstab aus.

⁵¹⁵ 302 U.S. 319, 325 (1937) – *Palko v. Connecticut*.

⁵¹⁶ 391 U.S. 145, 148 f. (1968) – *Duncan v. Louisiana*.

⁵¹⁷ 410 U.S. 113, 155 (1973) – *Roe v. Wade*, unter Zitierung von 395 U.S. 621, 627 (1969) – *Kramer v. Union Free School District*; 394 U.S. 618, 634 (1969) – *Shapiro v. Thompson*; 378 U.S. 500, 508 (1964) – *Aptheker v. Secretary of State*; 374 U.S. 398, 406 (1963) – *Sherbert v. Verner*; 310 U.S. 296, 307 f. (1940) – *Cantwell v. Connecticut*.

⁵¹⁸ Davon abgesehen erwähnt die »Bill of Rights« prozessuale Rechte im Straf- (Amd. 4, 5, 6, 8) und Zivilprozess (Amd. 7). Daneben stehen der zweite (»right to bear arms«) und dritte Verfassungszusatz (»quartering of soldiers«).

satzartikels erlangt haben und denen das Gericht eine besondere Schutzwürdigkeit attestiert.⁵¹⁹ Wiewohl diese Klauseln unterschiedliche Stoßrichtungen besitzen, unterscheiden sie sich in der Herleitung eines Grundrechts nur im argumentativen Ansatz: Versagt der Gesetzgeber ein Recht allen Personen in gleichem Maße, findet sich der dogmatische Ansatz in der »due process«-Klausel; verweigert er sie nur bestimmten Personen in Abhängigkeit ihrer individuellen Merkmale, bildet die »equal protection«-Klausel den richtigen Aufhänger. Diese Ansätze erschöpfen sich nicht in einer isolierten Verortung durch die Bundesrichter, sondern ergänzen und prägen sich gegenseitig.⁵²⁰

Die »Fundamentalität« eines ungeschriebenen Rechts verleiht der U.S. Supreme Court, indem er auf den unmittelbaren Zusammenhang mit einer textlich genannten Position⁵²¹ oder einen sozial-ethischen Wertekonsens der Nation verweist⁵²². Dieser nationale Wertekonsens lässt sich am zuverlässigsten an der Bundesgesetzgebung und der Gesetzgebung in den Einzelstaaten ablesen und bannt nach US-amerikanischem Verständnis gleich zwei lauernde Gefahren: Die Besinnung auf die Binnengesetzgebung verhindert erstens, dass die Judikative übermäßig nach eigener Vorstellung in die Gestaltungsfreiheit des demokratisch legitimierten Gesetzgebers eingreift. Zweitens versteht der U.S. Supreme Court die »Fundamentalität« eines Rechts weniger als Ausdruck universaler denn traditionell amerikanischer Werte. In einer solchen Grundhaltung zur Verfassung kann die Rechtsvergleichung nicht nur keine Rolle spielen, aus Sicht konservativer Richter darf sie es auch nicht. Andernfalls liefe der U.S. Supreme Court Gefahr, das Bewusstsein einer nationalen Auffassung eines sozial-ethischen Wertekonsenses durch den Blick auf eine ausländische oder internationale Rechtsprechungspraxis zu verzerren:⁵²³ »The court's discussion of these foreign views ... is

⁵¹⁹ *Billionis*, Emory L. J. 51 (2002), S. 481 (482).

⁵²⁰ Herleitung auf Grundlage der »due process« und »equal protection clause« etwa in 135 S.Ct. 2584, 2590 (2015) – *Obergefell v. Hodges*: »Rights implicit in liberty and rights secured by equal protection may rest on the different precepts and are not always co-extensive, yet each may be instructive as to the meaning and reach of the other«.

⁵²¹ 381 U.S. 479, 484 (1965) – *Griswold v. Connecticut*: »[S]pecific guarantees in the Bill of Rights have penumbras, form emanations from those guarantees that help give them life and substance. Various guarantees create zones of privacy. ... We have had many controversies over these penumbral rights of privacy and repose. The cases bear witness that the right of privacy which presses for recognition here is a legitimate one«.

⁵²² 132 S.Ct. 641, 660 (2012) – *Gonzalez v. Thaler*: »deep roots in our jurisprudence«; 521 U.S. 702, 721 (1997) – *Washington v. Glucksberg*: »deeply rooted in this Nation's history and tradition«; unter Zitierung von 431 U.S. 494, 503 – *Moore v. City of East Cleveland*; 491 U.S. 110, 122 (1989) – *Michael H. v. Gerald D.*: »traditionally protected by our society«; 291 U.S. 97, 105 (1934) – *Snyder v. Massachusetts*: »so rooted in the traditions and conscience of our people as to be ranked as fundamental«.

⁵²³ *Jackson*, U. Pa. J. Const. L. 1 (1999), S. 583 (594 ff.); *Rensmann*, Wertordnung und Verfassung, S. 259. Vereinzelt Vorstöße hat es jüngst von Richter *Kennedy* gegeben, vgl. das von ihm verfasste Mehrheitsvotum mit Hinweis auf die Rechtsprechung des EGMR in 539 U.S.

»[d]angerous dicta [sic!] ... since ›this court should not impose foreign moods, fads, or fashion on Americans«⁵²⁴.

Der U.S. Supreme Court hat eine Vielzahl ungeschriebener Grundrechte anerkannt. In jedem Fall fordert das Gericht eine klare Definition des anzuerkennenden Rechts. Die Vereinigungsfreiheit hat das Gericht als notwendigen Bestandteil der Redefreiheit anerkannt.⁵²⁵ Weitere Betonung hat die Wahlrechtsfreiheit als Ausdruck der demokratischen Freiheitsforderung der »due process«-Klausel des vierzehnten Verfassungszusatzes gefunden.⁵²⁶ Dem Gesetzgeber ist es untersagt, dessen Ausübung von der Zahlung einer Kopfsteuer⁵²⁷ oder dem Erfordernis einer Mindestwohnsitzdauer⁵²⁸ abhängig zu machen. »Fundamental« unter der »equal protection clause« wurden außerdem das Recht auf Freizügigkeit⁵²⁹ und der freie Zugang zu Gericht⁵³⁰ klassifiziert.

Nach der substantiellen Ausdeutung der »due process«-Klausel fällt die Mehrzahl der als »fundamental« klassifizierten Positionen in den Bereich der Privatsphäre. Freiheit und autonome Selbstentfaltung seien Ausdruck eines »concept of individual autonomy«⁵³¹. Bereits 1942 erklärte das Gericht in »Skinner«⁵³² die zwangsweise Sterilisation angesichts des unumkehrbaren Eingriffs in die Fortpflanzungsfreiheit eines Menschen zu einer ungerechtfertigten Beraubung eines »fundamentalen« Rechts.⁵³³ Das Gericht hat den Schutz der Pri-

558, 576 (2003) – *Lawrence v. Texas* oder Richter Breyer, der auf das föderale System der Europäischen Union verweist, 521 U.S. 898, 976, 976 ff. (1997) – *Printz v. United States* (Breyer, J., dissenting).

⁵²⁴ 539 U.S. 558, 586, 598 (2003) – *Lawrence v. Texas* (Scalia, J., dissenting), unter Zitierung von 537 U.S. 990, 990 (Fn.) (2002) – *Foster v. Florida* (Thomas, J., concurring in denial of certiorari). Ferner 521 U.S. 898, 921 (Fn. 11) (1997) – *Printz v. United States*: »We think such comparative analysis inappropriate to the task of interpreting a constitution, though it was of course quite relevant to the task of writing one«.

⁵²⁵ 357 U.S. 449, 460 f. (1958) – *NAACP v. Alabama ex rel. Patterson*; vgl. 361 U.S. 516, 522 f. (1960) – *Bates v. City of Little Rock*.

⁵²⁶ 377 U.S. 533, 555 (1964) – *Reynolds v. Sims*: »The right to vote freely for the candidate of one's choice is of the essence of a democratic society, and any restrictions on that right strike at the heart of representative government«; vgl. 118 U.S. 356, 370 (1886) – *Yick Wo v. Hopkins*: »preservative of all rights«. Ferner 383 U.S. 663, 670 (1966) – *Harper v. Virginia Bd. of Elections*; 380 U.S. 89 (1966) – *Carrington v. Rash*.

⁵²⁷ 383 U.S. 663, 666 (1966) – *Harper v. Virginia Bd. of Elections*.

⁵²⁸ 405 U.S. 330, 336 f. (1972) – *Dunn v. Blumstein*.

⁵²⁹ 394 U.S. 618, 627 (1969) – *Shapiro v. Thompson*.

⁵³⁰ 372 U.S. 353, 356 ff. (1963) – *Douglas v. California*; vgl. 394 U.S. 618, 655, 666 ff. (1969) – *Shapiro v. Thompson* (Harlan, J., dissenting).

⁵³¹ 135 S.Ct. 2584, 2589 (2015) – *Obergefell v. Hodges*; vgl. 133 S.Ct. 2675 (2013) – *United States v. Windsor*; 133 S.Ct. 2652 (2013) – *Hollingsworth v. Perry*; 405 U.S. 438, 453 (1972) – *Eisenstadt v. Baird*; 381 U.S. 479 (1965) – *Griswold v. Connecticut*.

⁵³² 316 U.S. 535 (1942) – *Skinner v. Oklahoma*.

⁵³³ 316 U.S. 535, 541 (1942) – *Skinner v. Oklahoma*: Fortpflanzung als »one of the basic civil rights of man [that was] fundamental to the very existence and survival of the race«.

vatsphäre zu einem Recht auf körperliche Integrität,⁵³⁴ zu heiraten,⁵³⁵ Kinder zu gebären⁵³⁶ und aufzuziehen⁵³⁷ und weiteren Aspekten familiärer Autonomie weiterentwickelt⁵³⁸. Bis in die 1990er Jahre verortete der U.S. Supreme Court in der Freiheitsgarantie der »due process«-Klausel auch ein »fundamentales Recht auf Abtreibung«⁵³⁹, das er an dem »strict scrutiny«-Maßstab maß, heute aber dem Anwendungsbereich des mittleren Kontrollmaßstabs unterstellt.⁵⁴⁰ Jüngst hat das Gericht das Recht zu heiraten auf gleichgeschlechtliche Paare ausgeweitet.⁵⁴¹

2. Unterschiedliche Interpretationsstile der Verfassungsgerichte

Im Gegensatz zum BVerfG legt der U.S. Supreme Court traditionell mehr Gewicht auf die historische Entwicklung eines Grundrechts.⁵⁴² Im Vergleich zur Karlsruher Verfassungsinterpretation, die im Sinn eines schützenden objektiv-rechtlichen Wertordnungsverständnisses auf die Anforderungen einer modernen und technisierten Gesellschaft eingeht, verfolgt der U.S. Supreme Court einen eher defensiven, »stabilen« Interpretationsstil, der nur zögerlich auf soziale und ökonomische Veränderungen reagiert.⁵⁴³ Das BVerfG hat etwa bereits in den 1980er Jahren auf die »modernen Bedingungen der Datenverarbeitung«⁵⁴⁴ durch die Begleitung des technischen Fortschritts mit der Anerkennung eines Rechts auf informationelle Selbstbestimmung reagiert. Der U.S. Supreme Court hat bis heute kein vergleichbares Grundrecht entwickelt, wenngleich hierzu ausreichen-

⁵³⁴ 342 U.S. 165, 172 ff. (1952) – *Rochin v. California*.

⁵³⁵ 434 U.S. 374, 383 ff. (1978) – *Zablocki v. Redhail*.

⁵³⁶ 431 U.S. 678, 687, 688 f. (1977) – *Carey v. Population Services Int.*; vgl. 405 U.S. 438 (1972) – *Eisenstadt v. Baird*: »If the right to privacy means anything, it is the right of the individual, married or single, to be free from unwarranted governmental intrusion into matters so fundamentally affecting a person as the decision whether to bear or beget a child«.

⁵³⁷ 455 U.S. 745, 758 f. (1982) – *Santosky v. Kramer*; vgl. 406 U.S. 205, 232 f. (1972) – *Wisconsin v. Yoder*; 268 U.S. 510, 535 (1925) – *Pierce v. Society of Sisters*.

⁵³⁸ *Chemerinsky*, Constitutional Law, S. 832 ff. m. w. N.

⁵³⁹ 410 U.S. 113 (1973) – *Roe v. Wade*.

⁵⁴⁰ 505 U.S. 833 (1992) – *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*.

⁵⁴¹ 135 S.Ct. 2584 (2015) – *Obergefell v. Hodges*; vgl. 133 S.Ct. 2675 (2013) – *United States v. Windsor*; 133 S.Ct. 2652 (2013) – *Hollingsworth v. Perry*.

⁵⁴² *Brugger*, Am. J. Comp. L. 42 (1994), S. 395 (401); *Kommers*, The Constitutional Jurisprudence, S. 42 f.; vgl. *Scalia*, U. Cin. L. Rev. 57 (1989), S. 849 (852 ff.) im Gegensatz zu BVerfGE 62, 1 (45); 6, 389 (431).

⁵⁴³ Eindrucksvoll 554 U.S. 570, 634 f. (2008) – *District of Columbia v. Heller*: »A constitutional guarantee subject to future judges' assessments of its usefulness is no constitutional guarantee at all. Constitutional rights are enshrined with the scope they were understood to have when the people adopted them, whether or not future legislatures or (yes) even future judges think that scope too broad«; *Eberle*, Utah L. Rev. 1997, S. 963 (1055): »[T]he Constitutional Court [das BVerfG, Anm. d. Verf.] is forward in focus, whereas the Supreme Court looks backward«. Der moderne Interpretationsstil der »living constitution« hat sich bis heute nicht durchgesetzt, *Gardbaum*, Mich. L. Rev. 107 (2008), S. 391 (411).

⁵⁴⁴ BVerfGE 65, 1 (43). Ausführlich *Schlink*, Der Staat 25 (1986), S. 233.

de Anknüpfungspunkte gegeben wären.⁵⁴⁵ Ebenso wenig konnte sich eine umfassende Absicherung individueller Entscheidungsfindung nach dem Vorbild eines vergleichbaren Persönlichkeitsrechts deutscher Prägung mit wenigen Ausnahmen behaupten.⁵⁴⁶ Aspekte der Persönlichkeitsentfaltung unterfallen weiterhin dem weitmäschigen »rational basis test«, wenn der U.S. Supreme Court nicht die »Fundamentalität« der Fallgruppe feststellt. Weil es kein vergleichbares Grundrecht einer allgemeinen Handlungsfreiheit gibt, würde auch das Reiten im Walde⁵⁴⁷ wie das Füttern von Tauben⁵⁴⁸ nicht an Kriterien der Verhältnismäßigkeit gemessen.

Dieser zögerliche Interpretationsstil mag eng mit dem Bewusstsein einer fehlenden verfassungstextlichen Verankerung seines richterlichen Prüfungsrechts verbunden sein.⁵⁴⁹ Dem fügt sich ein, dass die Vorgehensweise des Gerichts, Wertungen ohne textliche Basis in die Verfassung zu tragen, zu heftiger Kritik am Kriterium der »Fundamentalität« führte,⁵⁵⁰ sodass seit den 1970er Jahren eine stärkere Rückbindung an verfassungstextliche Prinzipien zu beobachten ist. Diese Grenze zum Kriterium der »Fundamentalität« war längst überfällig, wenn man sich die selbst im Nachhinein noch inflationäre Praxis der Untergerichte bei der Anerkennung ungeschriebener Grundrechte bis zu einem »fundamentalen Recht auf Akupunktur«⁵⁵¹ vergegenwärtigt. Dass die Eindämmung einer auswuchernden Grundrechtsdogmatik selbst bei den Elementarbedürfnissen der Bevölkerung keinen Halt machte, mag der folgende Fall erhellen:

Im Juni 1968 hatten Eltern verschiedene Schuldistrikte in Texas verklagt. Klagegegenstand war die erheblich unterschiedliche Ausstattung und Finanzierung der öffentlichen Schulen in Texas, die gegen die Gleichheitsgarantie des vierzehnten Zusatzartikels verstoße. In »Rodriguez«⁵⁵² ging es also um nicht weniger als die Anerkennung eines Grundrechts auf Bildung. Unter dem Vorsitz *Warren E. Burgers* betont der U.S. Supreme Court den überragenden Stellenwert einer gebildeten Bürgerschicht, verneint aber die »Fundamentalität« eines ent-

⁵⁴⁵ *Eberle*, Utah L. Rev. 1997, S. 963 (1005 f.); *Lange*, Grundrechtsbindung des Gesetzgebers, S. 49. In der Literatur kamen bereits zum Ende des 19. Jahrhunderts Forderungen nach einem »right to be let alone« auf, vgl. *Warren/Brandeis*, Harv. L. Rev. 4 (1890), S. 193 (193).

⁵⁴⁶ *Brugger*, Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 116.

⁵⁴⁷ BVerfGE 80, 137 (152 ff.).

⁵⁴⁸ BVerfGE 54, 143 (146 f.).

⁵⁴⁹ Vgl. unten S. 181 ff.

⁵⁵⁰ 394 U.S. 618, 655, 661 f. (1969) – *Shapiro v. Thompson* (Harlan, J., dissenting): »I must reiterate that I know of nothing which entitles this Court to pick out particular human activities, characterize them as »fundamental«, and give them added protection«; *Lange*, Grundrechtsbindung des Gesetzgebers, S. 257; vgl. auch *Kommers*, ZaöRV 58 (1998), S. 787 (792): »not only logically and morally defensible«; ferner *Ely*, Yale L. J. 82 (1973), S. 920 (943 ff.); *Noonan*, Neb. L. Rev. 63 (1984), S. 668 (673).

⁵⁵¹ 498 F.Supp. 1038, 1048 (S.D. Tex. 1980) – *Andrews v. Ballard*.

⁵⁵² 411 U.S. 1 (1973) – *San Antonio Independent School District v. Rodriguez*.

sprechenden Rechts auf Bildung.⁵⁵³ Das Gericht sah die Grenze richterlicher Rechtsschöpfung gefährdet, auf der er sich vor dem Hintergrund streng gestaffelter Kompetenzen der Teilgewalten nur mit äußerster Zurückhaltung bewegen dürfe: »It is not the province of this Court to create substantive rights in the name of guaranteeing equal protection of the laws«⁵⁵⁴.

In »Rodriguez« ergriff der U.S. Supreme Court die Gelegenheit zur Klarstellung, dass die »Fundamentalität« einer ungeschriebenen Rechtsposition weder auf die Grundlage der individuellen Bedeutung von Grundbedürfnissen wie Lebensmittel, Wohnung und Kleidung noch der funktionellen Bedeutung für die Inanspruchnahme anderer Freiheitsrechte wie des Rede- und Wahlrechts zurückzuführen sei.⁵⁵⁵ Im Vordergrund stehe der Text der amerikanischen Verfassung, gepaart mit der Eliminierung eines Nährbodens für verallgemeinerungsfähige Analogien zu allen Grundbedürfnissen des Lebens wie Arbeit, Wohnraum und eine saubere Umwelt⁵⁵⁶.

Die Weigerung des U.S. Supreme Courts selbst ein Existenzminimum des Einzelnen als »fundamental« anzuerkennen,⁵⁵⁷ kann den deutschen Leser, der staatliche Schutzpflichten zu den Grundvoraussetzungen seiner Verfassungsdogmatik zählen darf, nur überraschen.⁵⁵⁸ Sie erhellt sich erst vor dem Hintergrund, dass in den USA die Betonung des Abwehrrechts entlang bürgerlicher Freiheiten sein Kontrastmoment gegenüber einer auf das Wertsystem der Grundrechte gegründeten Rechtsprechung findet, das »seinen Mittelpunkt innerhalb der sozialen Gemeinschaft sich frei entfaltenden menschlichen Persönlichkeit und ihrer Würde«⁵⁵⁹ verortet. Dem fügt sich ein, dass Grundrechte und Demokratie gegenläufige, aber voneinander abhängige Verfassungsprinzipien sind: die Grundrechte beschneiden den planerischen Gestaltungsspielraum des

⁵⁵³ Vgl. 411 U.S. 1, 2 (1973) – *San Antonio Independent School District v. Rodriguez* (Ls. 1 (b)): »Though education is one of the most important services performed by the State, it is not within the limited category of rights recognized by this Court as guaranteed by the Constitution« gegenüber 469 U.S. 325, 349, 350 (1985) – *New Jersey v. T.L.O.* (Powell, J., concurring): »The primary duty of school officials and teachers, as the Court states, is the education and training of young people. A State has a compelling interest in assuring that the schools meet this responsibility«; vgl. ferner 478 U.S. 675, 683 (1986) – *Bethel School District No. 403 v. Fraser*. Für Deutschland siehe allein *Pieroth*, DVBl. 1994, S. 949 (957); *Robbers*, in: Dreier (Hrsg.); Grundgesetz I, Art. 7, Rn. 31.

⁵⁵⁴ 411 U.S. 1, 33 (1973) – *San Antonio Independent School District v. Rodriguez*.

⁵⁵⁵ *Brugger*, Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 96.

⁵⁵⁶ *Kommers*, in: Link (Hrsg.), Der Gleichheitssatz, S. 31 (44).

⁵⁵⁷ 405 U.S. 56 (1972) – *Lindsey v. Normet*; 397 U.S. 471, 485 (1970) – *Dandridge v. Williams*.

⁵⁵⁸ Vgl. für Deutschland BVerfGE 82, 60 (85); zur Entwicklung etwa *Mayen*, in: FS Stern II, S. 1451 (1453 ff.). Die verfassungsrechtliche Absicherung des Existenzminimums im Sinne einer einklagbaren Staatspflicht hat das BVerfG erst relativ spät von einer objektiv-rechtlichen Dimension in ein einklagbares »Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums« in BVerfGE 125, 175 (222 ff.) umgesetzt.

⁵⁵⁹ BVerfGE 34, 269 (281); vgl. BVerfGE 7, 198 (205); 6, 32 (41).

demokratisch legitimierten Gesetzgebers, wenngleich sie gleichzeitig die Voraussetzung für die Umsetzung der Autonomie des einzelnen in die demokratische Mitwirkungsfreiheit darstellen.⁵⁶⁰ Während das BVerfG aus den Grundrechten sogar eine objektive Wertordnung gelesen hat,⁵⁶¹ stellt der U.S. Supreme Court die Annahme und Ablehnung von Werten als Ausdruck autonomer Entscheidungsfindung dem Einzelnen anheim: »At the heart of liberty is the right to define one's own concept of existence, of meaning, of the universe, and of the mystery of human life«⁵⁶².

3. Vorgehensweise des U.S. Supreme Courts

Die Gründungsväter um *George Washington* und *Benjamin Franklin* haben keine ausgeprägte Schutzbereich-Schranken-Charakteristik deutscher Manier in den amerikanischen Verfassungstext geschrieben. Die Betonung des Abwehrrechts führte vielmehr zu der Auffassung, dass den Grundrechten ein absoluter Schutz zukomme.⁵⁶³ Dieser Ansatz basiert auf der Idee eines grundsätzlich unbeschränkten Freiheitsanspruchs des Bürgers, den der Gesetzgeber nur zur Abwehr schwerer Gefahren bescheiden dürfe. Am deutlichsten wird dieses Grundrechtsverständnis in dem streng geschützten Bereich der Redefreiheit.⁵⁶⁴ Ihre strengsten Vertreter waren bis in die 1970er Jahre die Richter *Hugo L. Black* und *William O. Douglas*, nach denen der Wortlaut des ersten Verfassungszusatzes »Congress shall make no law ... abridging the freedom of speech« wörtlich zu verstehen sei.⁵⁶⁵

Die amerikanische Verfassung verbietet aber auch den Schutz konkurrierender Rechtsgüter, dem eine absolute Lesart der Redefreiheit entgegensteht. Dieser absolute Kontrollanspruch konnte sich in seiner Reinform daher nicht durchsetzen,⁵⁶⁶ führte aber dazu, dass das Gericht nur zurückhaltend eine Abwägung of-

⁵⁶⁰ *Aulehner*, Grundrechte und Gesetzgebung, S. 174; *Höfling*, Der Staat 33 (1994), S. 493 (493).

⁵⁶¹ BVerfGE 7, 198 (205).

⁵⁶² 505 U.S. 833, 851 (1992) – *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey* (Abtreibung).

⁵⁶³ 539 U.S. 306, 349, 353 (2003) – *Grutter v. Bollinger* (Thomas, J., concurring in part and dissenting in part); 488 U.S. 469, 520, 521 f. (1989) – *City of Richmond v. J. A. Croson Co.* (Scalia, J., concurring).

⁵⁶⁴ 529 U.S. 803, 817 (2000) – *United States v. Playboy Entertainment Group, Inc.*: »[T]he line between speech unconditionally guaranteed and speech which may legitimately be regulated, suppressed, or punished, is finely drawn«. Error in marking that line exacts an extraordinary cost«, unter Zitierung von 357 U.S. 513, 525 (1958) – *Speiser v. Randall*.

⁵⁶⁵ 361 U.S. 516, 528 (1960) – *Bates v. City of Little Rock* (Black, Douglas, JJ., concurring): »First Amendment rights are beyond abridgment«; *Cahn*, N.Y.U. L. Rev. 37 (1962), S. 549 (553, 559); *Winkler*, Vand. L. Rev. 59 (2006), S. 793 (803).

⁵⁶⁶ 366 U.S. 36, 49 ff. (1961) – *Konigsberg v. State Bar of California*; vgl. *Meiklejohn*, Free Speech, S. 26: »The First Amendment is not the guardian of unregulated talkativeness«.

fen und im Einzelfall durchführt.⁵⁶⁷ Vor diesem Hintergrund konnte sich eine herrschende »triadische Struktur«⁵⁶⁸ der Grundrechtsprüfung in Schutzbereich, Eingriff und Rechtfertigung nicht durchsetzen. Stattdessen spricht der U.S. Supreme Court von einer »two-step inquiry«⁵⁶⁹, in deren Rahmen er sich in einem ersten Schritt angesichts des Fehlens ausdrücklicher Grundrechtsschranken besonders der Konturierung des Schutzbereichs des jeweiligen Grundrechts widmet, bevor er auf die Rechtfertigung der Maßnahme abstellt.

a) Kategoriale Vorabwägung

Den amerikanischen Grundrechten wird eine »trumping aura for preferred rights«⁵⁷⁰ attestiert, die dem Bürger eine Sphäre individueller Autonomie sichert. Diese Auffassung wird verfassungstextlich unterfüttert durch die vorbehaltlose Struktur der »Bill of Rights«, die die Grundrechte überwiegend als absolute Rechte formuliert.⁵⁷¹ Weil der Verfassungstext eine Aufgliederung in Schutzbereich und Schranke nur vereinzelt andeutet, findet eine erste Abwägung auf Ebene des Schutzbereichs statt, indem die Antwort auf die Frage des geschützten Verhaltens als Ergebnis eines abwägenden Prozesses in die Voraussetzungen der Grundrechte selbst hineingelesen wird. Im Vordergrund steht »eine dogmatische Ausdifferenzierung anhand der verfassungsgerichtlichen Einschätzung der konkurrierenden privaten und öffentlichen Interessen«⁵⁷². Auf diese Weise wird das Ergebnis einer pauschalen Vorabwägung gleichsam in dem Tatbestand des jeweiligen Grundrechts verfestigt.⁵⁷³ Statt einer Strukturgabe durch externe Konfrontation mit widerstreitenden Verfassungsgütern folgt der U.S. Supreme Court einem Modell grundrechtsinterner Kategorisierung. Dieses Vorgehen kennt der deutsche Verfassungsjurist nur von vereinzelt Grundrechtsprüfungen wie etwa bei dem Grundrecht auf ein faires Strafverfahren.⁵⁷⁴

Das Kategorisierungsmodell in Bezug auf die Redefreiheit beantwortet der U.S. Supreme Court beispielsweise mit einer divergierenden Auffassung über den Status geschützter Äußerungen. Wo das BVerfG zwischen dem Vorliegen einer Meinung und einer Tatsachenbehauptung unterscheidet, hat der U.S. Sup-

⁵⁶⁷ Kischel, Rechtsvergleichung, S. 353; vgl. Nowak/Rotunda, Constitutional Law, S. 1273 f.

⁵⁶⁸ de Oliveira, Zur Kritik der Abwägung, S. 121; vgl. für viele Kingreen/Poscher, Grundrechte, Rn. 334 ff.

⁵⁶⁹ 456 U.S. 208, 218 (1984) – *Building Trades v. Mayor of Camden*.

⁵⁷⁰ Fallon, UCLA L. Rev. 54 (2007), S. 1267 (1295).

⁵⁷¹ Saurer, Der Staat 51 (2012), S. 3 (22).

⁵⁷² Brugger, Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 40.

⁵⁷³ Gardbaum, Mich. L. Rev. 107 (2008), S. 391 (426): »Thus, the right to free speech is ... defined as the right to be free from intentional, content-based regulation of noncommercial, expressive activity that does not amount to obscenity, fighting words, or a clear and present danger unless the regulation is necessary to promote a compelling governmental interest«; ders., UCLA L. Rev. 54 (2007), S. 789 (807); Kischel, Rechtsvergleichung, S. 353.

⁵⁷⁴ Vgl. Hartmann/Apfel, Jura 2008, S. 495 (501).

reme Court eine differenzierte Dogmatik zwischen geschütztem und ungeschütztem Gehalt der Redefreiheit entwickelt. Aus dem Schutzbereich ausgenommen sind Kategorien, die das Gericht als geringwertige Rede für nicht schutzwürdig erachtet (»speech minus«).⁵⁷⁵ Beleidigende, auf eine unmittelbar aggressive Reaktion des Angesprochenen abzielende Provokationen (»fighting words«) kommt angesichts des staatlichen Interesses an Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung kein Schutz zu.⁵⁷⁶ Ausgeklammert sind angesichts ihres sozialen Unwerts Obszönitäten,⁵⁷⁷ Kinderpornographie,⁵⁷⁸ Bedrohungen, Bestechungen oder Preisabsprachen im Markt.⁵⁷⁹ Grundsätzlich werden auch solche aggressiven Äußerungen nicht geschützt, die die klare und gegenwärtige Gefahr eines illegalen Aktes mit sich führen.⁵⁸⁰ In »New York Times v. Sullivan«⁵⁸¹ stellt das Gericht außerdem klar, dass es Ehrverletzungen gegenüber politischen Organen nur dann aus dem Schutzbereich der Rede ausklammert, sofern sich der Täter vorsätzlich der Unwahrheit dieser Aussage verschließt.

Die obersten Verfassungsgerichte kommen zu ähnlichen Ergebnissen, nur wird die Frage eines geschützten Verhaltens aus deutscher Sicht gleichsam »auf den Kopf gestellt«. Jedes Werturteil ist im bundesverfassungsrechtlichen Verständnis Ausdruck einer individuellen Meinung und verdient verfassungsrechtlichen Schutz – die im Parlamentarischen Rat diskutierten Schutzbereichseinschränkungen haben keinen Eingang in die Verfassungsdogmatik gefunden.⁵⁸² Im Vergleich zum U.S. Supreme Court vertritt das BVerfG einen breiteren Schutzbereich,⁵⁸³ der selbst beleidigende und verletzende Äußerungen umfasst, wie die Schranke »Recht der persönlichen Ehre« in Art. 5 Abs. 2 GG rückschlie-

⁵⁷⁵ 315 U.S. 568, 571 f. (1942) – *Chaplinsky v. New Hampshire*: »There are certain well defined and narrowly limited classes of speech ... [that are] outweighed by the social interest in order and morality«; 413 U.S. 15, 20 f. (1973) – *Miller v. California*.

⁵⁷⁶ 315 U.S. 568, 571 f. (1942) – *Chaplinsky v. United States*.

⁵⁷⁷ 413 U.S. 15, 24 (1973) – *Miller v. California*; 354 U.S. 476, 484 (1957) – *Roth v. United States*: »utterly without redeeming social value«.

⁵⁷⁸ 458 U.S. 747, 764 (1982) – *New York v. Ferber*.

⁵⁷⁹ Vgl. 471 U.S. 539 (1985) – *Harper & Row v. Nation Enterprises*; 341 U.S. 494 (1951) – *Dennis v. United States*; 268 U.S. 652 (1925) – *Gitlow v. New York*; ausführlich *Schauer*, Vand. L. Rev. 34 (1981), S. 265 (268 ff.); *ders.*, Harv. L. Rev. 117 (2004), S. 1765 (1770 f.).

⁵⁸⁰ 249 U.S. 47, 48 (1919) – *Schenk v. United States*: »clear and present danger«.

⁵⁸¹ 365 U.S. 254, 279 f. (1964) – *New York Times v. Sullivan*.

⁵⁸² Eine »Pflicht zur Treue gegenüber der Verfassung« konnte sich nicht durchsetzen, vgl. *Wernicke/Booms*, Parlamentarischer Rat 48/49 V/1, S. 114; ferner *Jestaedt*, in: Merten/Papier, HdBGR IV, § 102, Rn. 68.

⁵⁸³ BVerfGE 93, 266 (289): Grundrechtsschutz bestehe grundsätzlich »unabhängig davon, ob die Äußerung rational oder emotional, begründet oder grundlos ist und ob sie von anderen für nützlich oder schädlich, wertvoll oder wertlos gehalten wird«. Hierunter fallen auch Tatsachenbehauptungen, wenn sich eine Äußerung, die »durch die Elemente der Stellungnahme, des Dafürhaltens geprägt ist« und »sich diese Elemente, wie häufig, mit Elementen einer Tatsachenmitteilung oder -behauptung verbinden oder vermischen« (BVerfGE 61, 1 [9]).

ßen lässt.⁵⁸⁴ Erst in einem zweiten Schritt lässt der Persönlichkeitsschutz und die dahinterstehende Menschenwürde die Schmähkritik zurücktreten.⁵⁸⁵

b) Eingriffsintensität

Die Intensität des Grundrechtseingriffs bestimmt die Frage, ob der strenge oder mittlere Kontrollmaßstab greift. Im Vergleich zu Deutschland stehen gesetzliche Maßnahmen in den USA in einer eher starren Wechselbeziehung zwischen ihrer Eingriffsintensität und den Anforderungen an ihre Verfassungsmäßigkeit. Der Verfassungswortlaut gibt nur vereinzelt Anhaltspunkte auf die dem Gesetzgeber verbotenen Eingriffsmöglichkeiten: Der erste Verfassungszusatz untersagt etwa die Verkürzung (»abridge«) der Rede-, Presse- und Versammlungsfreiheit. Verboten (»prohibit«) ist auch jede Einschränkung der Religionsausübungsfreiheit. Der vierzehnte Verfassungszusatz versagt den staatlichen Gewalten jedwede Handlung, die den Einzelnen seines Lebens, seiner Freiheit und seines Eigentums ohne staatliches Gerichtsverfahren beraubt (»deprive«) oder ihm seinen Anspruch auf Gleichbehandlung verwehrt (»deny«). Weil die amerikanische Verfassung weniger Orientierung an textlichen Eingriffsmöglichkeiten bietet, lässt sich der U.S. Supreme Court in der Auslegung der verfassungsrechtlichen Eingriffsmöglichkeiten durch den Wortlaut der Verfassung weniger leiten als das BVerfG.

In Deutschland war die Einschränkung eines Grundrechts lange Zeit mit dem klassischen Eingriffsbegriff verknüpft. Heute zeigt sich mit der Ausweitung des staatlichen Wirkbereichs eine Erweiterung der Eingriffsdefinition.⁵⁸⁶ Im Zuge der Entwicklung vom »liberalen zum sozialen Rechtsstaat«⁵⁸⁷ werden auch mittelbar-faktische Handlungen wie staatliche Warnungen vor Jugendsekten⁵⁸⁸ erfasst. Der moderne Eingriffsbegriff bezieht die generelle »Reduktion der individuellen Handlungsoptionen«⁵⁸⁹ mit ein, indem er auf die Finalität und Unmittelbarkeit des Eingriffs verzichtet.⁵⁹⁰ Weil die Amerikaner den Schritt zum sozialen Rechtsstaat nicht in vergleichbarer Weise gegangen sind, hat auch eine Hinwendung zu einem modernen Eingriffsbegriff, wie er in Deutschland zu beobachten ist, im Bereich des »strict scrutiny test« nicht stattgefunden.

Der U.S. Supreme Court beharrt auf einer Art klassischer Eingriffsbegriff, wie er in Deutschland durch die Elemente Finalität, Unmittelbarkeit, Rechts-

⁵⁸⁴ BVerfGE 93, 266 (289); 61, 1 (7 f.); 54, 129 (139); 33, 1 (15). Die »Formalbeleidigung« ist hingegen nicht vom Schutzbereich der Meinungsfreiheit umfasst, BVerfGE 82, 43 (51); 60, 234 (242).

⁵⁸⁵ BVerfGE 85, 1 (16); 82, 272 (283 f.).

⁵⁸⁶ *Lange*, Grundrechtsbindung des Gesetzgebers, S. 310.

⁵⁸⁷ *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, Rn. 237.

⁵⁸⁸ BVerfGE 105, 279.

⁵⁸⁹ *F.-J. Peine*, in: Merten/Papier, HdBGR III, § 57, Rn. 23.

⁵⁹⁰ BVerfGE 123, 90 (110); 116, 202 (222); 113, 63 (76); 110, 177 (191); 105, 279 (300 f.).

förmlichkeit und Zwang gekennzeichnet ist.⁵⁹¹ Während in Deutschland die Eingriffsintensität in das geschützte Rechtsgut dem Gewicht des verfolgten Ziels auf Ebene der Angemessenheit gegenübergestellt wird, entscheidet sie in den USA allein die Frage, ob der »strict« oder »intermediate scrutiny test« einschlägig ist: je mehr der Gesetzgeber den Schutzbereich eines Grundrechts beschneidet, desto gewichtiger muss sich das öffentliche Interesse an der gesetzlichen Maßnahme darstellen, weil ein umso schärferer Prüfungsmaßstab eingreift.⁵⁹² Die »two-step inquiry«⁵⁹³ der Grundrechtsprüfung ergeht unter Auslassung eines differenzierten Eingriffsbegriffs daher zu Lasten einer differenzierten Verhältnismäßigkeitsprüfung, in der sich die Güterabwägung rechtsvergleichend grobschlächtig darstellt. Hat der U.S. Supreme Court ein »fundamentales« Recht identifiziert, prüft er, ob der Gesetzgeber einen mit Art. 19 Abs. 2 GG vergleichbaren, keinesfalls jedoch identischen Kernbereichseingriff vornimmt oder sich lediglich anschickt, den Randbereich dieses Rechts zu reglementieren.

Die Bestimmung der Eingriffsintensität ist kontrovers, denn der U.S. Supreme Court hat nur sehr schmallippig Stellung bezogen, wie er zwischen einer willentlichen Beschneidung einer grundrechtlichen Position und einer bloßen gesetzgeberischen Reflexwirkung differenziert. Unter dem Vorsitz von *Warren E. Burger* und *William H. Rehnquist* etablierte sich die Auffassung, dass Grundrechtseingriffe nur dann einer strengen Kontrolle unterfallen sollten, wenn diese kein Beiwerk eines im Übrigen verfassungskonformen Mittels seien (»incidental burden«⁵⁹⁴). Als Ausdruck der grundsätzlichen Zurückhaltung richterlicher Intervention in der Balance der Teilgewalten verlangt das Gericht den Nachweis eines »direkten und wesentlichen« Eingriffs.⁵⁹⁵ Gleichzeitig verneint das Gericht einen Verstoß gegen den Gleichheitssatz, wenn die gesetzliche Maßnahme nur objektive Auswirkungen einer rassen-neutral formulierten Regulierung erkennen lässt, ohne den Verdacht einer rassistischen Diskriminierung zu wecken.

Der U.S. Supreme Court hat hiermit Voraussetzungen aufgestellt, die an starker begrifflicher Unschärfe leiden und die er in nur wenigen Entscheidungen

⁵⁹¹ S. nur *Ipsen*, StaatsR II, Rn. 143; *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, Rn. 292.

⁵⁹² *Fallon*, UCLA L. Rev. 54 (2007), S. 1267 (1330); *Galloway*, Loy. L.A. L. Rev. 21 (1988), S. 449 (461).

⁵⁹³ 456 U.S. 208, 218 (1984) – *Building Trades v. Mayor of Camden*; dazu bereits oben S. 92 ff.

⁵⁹⁴ *Dorf*, Harv. L. Rev. 109 (1996), S. 1175 (1199 ff.); *Fallon*, UCLA L. Rev. 54 (2007), S. 1267 (1319); vgl. 508 U.S. 520, 542 ff. (1993) – *Church of the Lukumi Babalu Aye, Inc. v. City of Hialeah*; 434 U.S. 374, 383 (1978) – *Zablocki v. Redhail*: »reasonable regulations that do not significantly interfere with decisions to enter into the marital relationship may legitimately be imposed«; ferner 434 U.S. 47, 55 (Fn. 12) (1977) – *Califano v. Jobst*.

⁵⁹⁵ 553 U.S. 181, 198 (2008) – *Crawford v. Marion County Election Bd.*: »severely restrict«; 434 U.S. 374, 387 (Fn. 12) (1978) – *Zablocki v. Redhail*: »directness and substantiality of the interference«; 477 U.S. 635, 638 (1986) – *Lyng v. Castillo*; *Chemerinsky*, Constitutional Law, S. 830.

konkretisiert hat. In »Employment Division v. Smith«⁵⁹⁶ entschied er etwa für den Bereich der Religionsausübungsfreiheit, dass er ein »neutral law of general applicability«⁵⁹⁷ nicht an den »strict scrutiny«-Hürden messen werde.⁵⁹⁸ So ist es dem Gesetzgeber gestattet, Drogenkonsum zu sanktionieren, auch wenn dies einen notwendigen Bestandteil eines religiösen Rituals darstelle.⁵⁹⁹ Auch das Erfordernis eines Ausweisdokuments mit Passbild zum Identitätsnachweis bei Wahlveranstaltungen hat der U.S. Supreme Court als unerheblich bewertet.⁶⁰⁰

c) Am Beispiel der Redefreiheit

Klarheit gewinnt die US-amerikanische Rechtsprechung im Bereich der Redefreiheit, die als Grundpfeiler eines pluralistischen Meinungsbildes in einem freiheitlichen Rechtsstaat eine herausragende Stellung genießt.⁶⁰¹ Der erste Verfassungszusatz verpflichtet den Gesetzgeber auf inhaltliche Neutralität und schützt den »marketplace of ideas«⁶⁰² vor gesetzlichen Maßnahmen, die der Ausschaltung rechtspolitisch unerwünschter Rede dienen sollen.⁶⁰³ Jede verkürzende Einwirkung auf das pluralistische Meinungsspektrum gefährdet die Integrität des demokratischen Prozesses. Der U.S. Supreme Court unterwirft gesetzliche Maßnahmen nur dann dem strengen Kontrollmaßstab, wenn diese auf den geschützten Inhalt als solchen abstellen (»content-based«).⁶⁰⁴ Zielt die Maßnahme eines so verstandenen neutralen Gesetzes nicht auf den Inhalt der Aussage ab, sondern

⁵⁹⁶ 494 U.S. 872 (1990) – *Employment Division v. Smith*.

⁵⁹⁷ 494 U.S. 872, 879 (1990) – *Employment Division v. Smith*; vgl. Winkler, Const. Comment. 23 (2006), S. 227 (238).

⁵⁹⁸ 494 U.S. 872, 877 ff. (1990) – *Employment Division v. Smith*; vgl. 508 U.S. 520, 542 ff. (1993) – *Church of the Lukumi Babalu Aye, Inc. v. City of Hialeah*.

⁵⁹⁹ 494 U.S. 872 (1990) – *Employment Division v. Smith*.

⁶⁰⁰ 553 U.S. 181, 198 (2008) – *Crawford v. Marion County Election Bd.*

⁶⁰¹ 302 U.S. 319, 327 (1937) – *Palko v. Connecticut*: »[O]ne may say that it [the freedom of thought and speech] is the matrix, the indispensable condition, of nearly every other form of freedom«.

⁶⁰² 250 U.S. 616, 624, 630 (1919) – *Abrams v. United States* (Holmes, J., dissenting): »[T]he best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market, and that truth is the only ground upon which their wishes safely can be carried out«.

⁶⁰³ 512 U.S. 622, 641 (1994) – *Turner Broadcasting System, Inc. v. FCC*: »suppress unpopular ideas of information or to manipulate the public debate through coercion rather than persuasion«; Fallon, UCLA L. Rev. 54 (2007), S. 1267 (1308).

⁶⁰⁴ 512 U.S. 622, 641 (1994) – *Turner Broadcasting System, Inc. v. FCC*: »the most exacting scrutiny to regulations that suppress, disadvantage, or impose differential burdens upon speech because of its content«; 454 U.S. 263, 269 f. (1981) – *Widmar v. Vincent*; 452 U.S. 640 (1981) – *Heffron v. International Society for Krishna Consciousness, Inc.*; 447 U.S. 455, 464 f. (1980) – *Carey v. Brown*; 334 U.S. 558 (1948) – *Saia v. New York*; Simons, Grundrechte und Gestaltungsspielraum, S. 301.

stellt eine Nebenfolge eines anderen Ziels dar, prüft das Gericht an Hand des weniger strengen »middle tier«. ⁶⁰⁵

Auch das BVerfG toleriert umso eher Eingriffe, die sich auf die »Formen und Umstände einer Meinungsäußerung in der Außenwelt beschränken« ⁶⁰⁶. Länderübergreifend gilt: Je vermittelter und entfernter eine Regelung eine inhaltliche Unterdrückung anstrebt, desto geringer sind die Anforderungen an ihre Rechtfertigung. Eingriffe sind in der US-amerikanischen wie der deutschen Rechtsordnung umso eher hinzunehmen, als sie nicht auf den materiellen Gehalt einer Aussage abstellen, sondern eine Nebenfolge eines anderen Ziels darstellen.

Was der U.S. Supreme Court seit der *McCarthy*-Ära richterlich entwickelte, haben die Schöpfer des Grundgesetzes ausdrücklich verortet. Wenngleich Meinungsneutralität der Meinungsfreiheit als »Grundlage jeder Freiheit« ⁶⁰⁷ dient, findet sie ihre Grenze in den allgemeinen Gesetzen nach Art. 5 Abs. 2 GG. Hierunter fallen Gesetze, die sich nicht gegen eine bestimmte Meinung richten, sondern dem Schutz eines schlechthin ohne Rücksicht auf eine bestimmte Meinung zu schützenden Rechtsgutes dienen. ⁶⁰⁸ Mit Betonung auf der Allgemeinheit soll Sonderrecht ausgeschlossen werden, das sich gegen den Prozess freier Meinungsbildung richtet und die Unterbindung geistiger Wirkung von Meinungsäußerungen sucht. ⁶⁰⁹ Ausdrücklich hat das BVerfG die Ausnahme vom Sonderrechtsverbot für die Verherrlichung der nationalsozialistischen Gewalt und Willkürherrschaft bestätigt. Die Befürwortung der nationalsozialistischen Unrechtsherrschaft markiere einen »Angriff auf die Identität des Gemeinwesens nach innen mit friedensbedrohendem Potential« ⁶¹⁰ und sei deshalb mit sonstigen Spannungslagen eines Meinungskampfes, auf deren Einhegung die Schranke der allgemeinen Gesetze nach Art. 5 Abs. 2 GG ausgerichtet sei, nicht vergleichbar. Das umfassende Verbot des Sonderrechts könne daher in der Ausgangslage des Angriffs auf die Verfassungsidentität keine Geltung beanspruchen und erlaube es dem Gesetzgeber, verfassungsidentitätsgefährdende Meinungsäußerungen zu unterbinden oder zu sanktionieren. ⁶¹¹

Der U.S. Supreme Court ordnet Spannungslagen eines Meinungskampfes allein der gesellschaftlichen Auseinandersetzung zu. Eine »viewpoint discrimina-

⁶⁰⁵ 475 U.S. 41 (1986) – *City of Renton v. Playtime Theatres*; 391 U.S. 367 (1968) – *United States v. O'Brien*.

⁶⁰⁶ BVerfGE 124, 300 (333).

⁶⁰⁷ BVerfGE 7, 198 (208).

⁶⁰⁸ BVerfGE 102, 347 (360); 85, 248 (263); 7, 198 (209 f.); vgl. BVerfGE 124, 300 (332); 117, 244 (260); 113, 63 (78); 111, 147 (155).

⁶⁰⁹ BVerfGE 95, 220 (236 f.); 71, 206 (214); *Bethge*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 5, Rn. 143.

⁶¹⁰ BVerfGE 124, 300 (329).

⁶¹¹ BVerfGE 124, 300 (329 f.). Die Verfassungsrechtswissenschaft steht dieser Auffassung überwiegend kritisch bis ablehnend gegenüber, vgl. für viele *Jestaedt*, in: Merten/Papier, HdBGR IV, § 102, Rn. 68 m. w. N.

tion« begründet daher mehr als unter der Sonderrechtslehre einen Verdachtsmoment, das als »cardinal First Amendment sin«⁶¹² zur Verfassungswidrigkeit der in Frage stehenden Norm führt.⁶¹³ Die konsequent liberale Auffassung der amerikanischen Verfassungsdogmatik würde ein Verbot einer bestimmten Aussage als inhaltsbezogene Verkürzung der Redefreiheit einstufen, an dem strengen Kontrollmaßstab messen und in aller Regel für verfassungswidrig erklären, weil der U.S. Supreme Court entweder das zwingende Interesse an der Freiheitsverkürzung oder die Erforderlichkeit der Maßnahme verneinen würde.

Eine Übertragung des amerikanischen Verständnisses von der Maximierung des Schutzes individueller Rede in das heimische Verfassungsrecht würde bedeuten, dass zahlreiche Straftatbestände wie Verunglimpfungen nach §§ 90 ff. StGB, verfassungswidrige Propaganda nach §§ 86 ff. StGB, die Kollektivbeleidigung nach § 185 StGB und die Volksverhetzung nach § 130 StGB, insbesondere dessen Absätze 3 und 4, verfassungswidrig wären. Die Leugnung des Holocaust würde wie das Tragen von nationalsozialistischen Symbolen strafrechtlich nicht belangt, sondern auf dem »marketplace of ideas« allein mit den Mitteln der offenen geistigen Auseinandersetzung begegnet, denn: »The government may not regulate use based on hostility – or favoritism – towards the underlying message [that a speaker] expressed«⁶¹⁴.

II. »Verdächtige« Klassifizierungen

Der »strict scrutiny«-Maßstab ist auch dann anzuwenden, wenn der Gesetzgeber eine Differenzierung entlang »verdächtiger« Differenzierungsmerkmale vornimmt. Hierunter fasst der U.S. Supreme Court die Anknüpfung an besondere persönliche Merkmale, die dem Individualinteresse an Gleichheit dienen. Die Zusatzartikel dreizehn bis fünfzehn der Nachbürgerskriegszeit reflektieren das Bekenntnis zu einer auf rassische Neutralität verpflichteten Gesetzgebung, die ursprünglich nur die schwarze Bevölkerung von Diskriminierungen freistellen sollte.⁶¹⁵ Ihre Stoßrichtung galt insbesondere den Südstaaten, wo die Sklaverei zwei Jahrhunderte lang mit der expandierenden Industrialisierung verbunden war: Die Schwarzen arbeiteten auf dem Land, das die Amerikaner den Ureinwohnern zuvor gestohlen hatten. Zeitlich entsprechend eher als in Deutschland, wo das Rasse-Kriterium erst in Reaktion auf den nationalsozialistischen Rassen-

⁶¹² K. Sullivan, in: The Boundaries of Freedom of Expression, S. 1 (9).

⁶¹³ Brugger, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HdBSr IX, § 186, Rn. 40.

⁶¹⁴ 505 U.S. 377, 386 (1992) – *R.A.V. v. City of St. Paul*; vgl. 502 U.S. 105, 116 – *Simon & Schuster, Inc. v. Members of the N.Y. State Crime Victims Bd.*

⁶¹⁵ 100 U.S. 303, 308 (1879) – *Strauder v. West Virginia*: »the right to exemption from unfriendly legislation against them distinctively as colored«; Brugger, Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 172.

wahn in Art. 3 Abs. 3 GG verortet wurde,⁶¹⁶ hat die Menschenrasse als »suspect classification« Eingang in die amerikanische Verfassungsrechtsprechung gefunden.

Trotzdem bot sich erst 1944 eine Situation, in der das Gericht die Aussonderung einer Gruppe auf Grundlage einer »verdächtigen« Klassifizierung an dem »strict scrutiny test« messen konnte. In der Entscheidung »Korematsu v. United States«⁶¹⁷ prüfte der U.S. Supreme Court ein Bundesgesetz, das als Reaktion auf den Pearl Harbor-Überfall die Internierung sämtlicher an der Westküste ansässigen Personen japanischer Herkunft in militärisch überwachte Lager vorsah. Diese Internierung bewertete der U.S. Supreme Court einstimmig als »suspect classification«:

»[A]ll legal restrictions which curtail the civil rights of a single racial group are immediately suspect. That is not to say that all such restrictions are unconstitutional. It is to say that courts must subject them to the most rigid scrutiny«⁶¹⁸.

»Korematsu« stellte lange Zeit die einzige Entscheidung dar, in der eine »verdächtige« Klassifizierung einer »strict scrutiny«-Prüfung standhielt. Der heute deutlich darüber hinaus gehende Schutz erklärt sich damit, dass das Gericht erst 1964 den »necessity«-Standard entlang rassistischer Klassifizierungen festsetzte,⁶¹⁹ den es in den 1980er Jahren um das Erfordernis eines zwingenden öffentlichen Interesses erweiterte⁶²⁰.

1. Rasse, nationale Herkunft, Ausländereigenschaft

Der Kreis der »verdächtigen« Klassifizierungen umfasst Differenzierungen nach Rasse, nationaler Herkunft und Ausländereigenschaft (»alienage«).⁶²¹ Auf diese Weise hat eine Reihe derjenigen Differenzierungsmerkmale richterlichen Ausdruck gefunden, die das Grundgesetz in Art. 3 Abs. 3 als Differenzierungsverbote enthält. Diese Kernbereiche persönlicher Rechtsgleichheit knüpfen an vorgegebene, unbeeinflussbare Persönlichkeitsmerkmale des Phänotyps und auf grundrechtliche Selbstbestimmung beruhenden Merkmalen der Persönlichkeit.⁶²² Während sie in Deutschland die Gleichheitssätze in ein konkretes Be-

⁶¹⁶ *Sachs*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HdBStR VIII, § 182, Rn. 44; *ders.*, Der Staat 23 (1984), S. 549 (575).

⁶¹⁷ 323 U.S. 214 (1944) – *Korematsu v. United States*.

⁶¹⁸ 323 U.S. 214, 216 (1944) – *Korematsu v. United States*.

⁶¹⁹ 379 U.S. 184 (1964) – *McLaughlin v. Florida*.

⁶²⁰ 406 U.S. 429 (1984) – *Palmore v. Sidoti*.

⁶²¹ 323 U.S. 214, 216 (1944) – *Korematsu v. United States*; 304 U.S. 144, 152 (Fn. 4) (1938) – *United States v. Carolene Products Co.*; vgl. 403 U.S. 365 (1973) – *Graham v. Richardson*: »Aliens as a class are a prime example of a »discrete and insular« minority for whom such heightened judicial solitude is appropriate«.

⁶²² *Sachs*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HdBStR VIII, § 182, Rn. 40.

zugsfeld betten, verkörpert die amerikanische Verfassung nur einen allgemeinen Gleichheitssatz, dessen Konkretisierung und Ausfüllung allein dem U.S. Supreme Court vorbehalten ist.

Die gemeinsame Rechtsauffassung der obersten Verfassungsgerichte ist unübersehbar. Der U.S. Supreme Court misst geschlechtsbezogene Klassifizierungen zwar nur an einem mittleren Kontrollmaßstab, doch er verlangt wie das BVerfG⁶²³ einen zwingenden Zweck, der auf die biologischen Unterschiede der Geschlechter abstellt.⁶²⁴ In gleicher Weise unterfallen Differenzierungen wegen nichtehelicher Kindschaft⁶²⁵ dem mittig gelagerten Kontrollmaßstab, die die deutsche Rechtspraxis unter das Herkunftsmerkmal des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG in Verbindung mit dem faktischen Gleichstellungsauftrag des Art. 6 Abs. 5 GG subsumiert.⁶²⁶ Das Fehlen eines auf die Staatsangehörigkeit abstellenden Merkmals im Katalog des Art. 3 Abs. 3 GG ließe sich durch eine entsprechend breite Auslegung der Differenzierungsverbote nach Rasse, Religion, Heimat oder Sprache relativieren. Zur Frage der sexuellen Identität hat sich der U.S. Supreme Court bis heute nicht abschließend geäußert, während sich der deutsche Gesetzgeber angesichts einer drohenden »Atomisierung« des Art. 3 Abs. 3 GG bewusst gegen die Aufnahme eines entsprechenden Kriteriums entschieden hat.⁶²⁷

Ausgenommen hat der U.S. Supreme Court Klassifizierungen nach geistiger Zurückgebliebenheit,⁶²⁸ Alter⁶²⁹ und Armut⁶³⁰, doch sei daran erinnert, dass jede Diskriminierung bereits nach dem »rational basis test« verboten ist.⁶³¹ In der Summe befinden sich die deutsche und amerikanische Verfassungsrechtsprechung auf einem vergleichbar hohen Niveau der Gleichheitsrechtsprechung.

2. Kriterien einer »verdächtigen« Klassifizierung

In den USA ist eine Diskriminierung nicht per se rechtswidrig,⁶³² sondern zunächst Ausdruck einer staatlich organisierten Unterdrückung einer unpopulären Personengruppe. Weil der U.S. Supreme Court auf keinen Katalog geschriebener Differenzierungsverbote wie Art. 3 Abs. 3 GG zurückgreifen kann, knüpft er

⁶²³ BVerfGE 85, 191 (207); 48, 327 (337); 15, 337 (343 f.).

⁶²⁴ BVerfGE 114, 357 (364); 57, 335 (342 f.); 3, 225 (241); 533 U.S. 53, 64 (2001) – *Tuan Anh Nguyen v. INS*.

⁶²⁵ 427 U.S. 495, 504 (1976) – *Mathews v. Lucas*.

⁶²⁶ BVerwGE 11, 101 (105).

⁶²⁷ BT-Drucksache 12/6000, S. 54; *Sodan*, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 3, Rn. 22. Das Kriterium wurde nur in § 1 AGG und den Landesverfassungen von Thüringen (Art. 2 Abs. 3 Thür. Verf.) und Brandenburg (Art. 12 Abs. 2 Brdb. Verf.) verankert.

⁶²⁸ 473 U.S. 432, 442 ff. (1985) – *City of Cleburne v. Cleburne Living Center, Inc.*

⁶²⁹ 427 U.S. 307 (1976) – *Bd. of Retirement v. Murgia*.

⁶³⁰ 432 U.S. 464, 471 (1977) – *Maher v. Roe*.

⁶³¹ Ausführlich oben S. 63 ff.

⁶³² *Lundmark*, Power & Rights in US Constitutional Law, S. 172; vgl. allein 323 U.S. 214 (1944) – *Korematsu v. United States*.

an die Stigmatisierung von rassischen und nationalen Minderheiten an,⁶³³ die ob ihrer rechtspolitischen Schwäche insbesondere gefährdet und schützenswert erscheinen. In der Ausweitung des egalitären Schutzbereichs beschränkt er sich nicht auf eine formelle Rechtsanwendungsgleichheitsprüfung. Vielmehr spiegelt die Ausdehnung des Verdachtsrahmens die »kontrollierte Fortschreibung«⁶³⁴ der Gleichheitsklausel. Sofern die gesetzliche Maßnahme in eine Stigmatisierung und negative Aussonderung mündet, liegt ein gleichheitswidriger Verstoß vor,⁶³⁵ der sich nicht auf die prima-facie Ungerechtigkeit der Anknüpfung staatlicher Regelungen an unveränderliche Merkmale des Phänotyps (z. B. Hautfarbe) beschränkt.⁶³⁶ Weiteres Indiz einer »verdächtigen« Klassifizierung ist die leichte Identifizierbarkeit und Abgrenzbarkeit einer Gruppe (»discrete and insular minorities«⁶³⁷), die wegen politisch-gesellschaftlicher Ausgrenzung Gefahr läuft, keine ausreichende Repräsentation in einem demokratisch-willensbildenden, rechtspolitischen Prozess zu erfahren. Das Gericht analysiert gesetzliche Maßnahmen darauf, ob sie auf Grundlage überkommener Stereotypen Klischees beschwören, die ein Minderwertigkeitsurteil der sozialen Gruppierung zum Ausdruck bringen⁶³⁸ und im Gegensatz zu einem gesellschaftlich akzeptierten Verständnis stehen. Hierzu bedient sich der U.S. Supreme Court auch der gesetzgeberischen Historie. Er sucht Anknüpfungspunkte einer bewussten Diskriminierung, in dessen Kontext sich die Motivkontrolle des strengen Kontrollmaßstabs offenbart: »to ›smoke out‹ illegitimate uses of race by assuring that [government] is pursuing a goal important enough to warrant use of a highly suspect tool«⁶³⁹.

Unter dem Vorsitz *Burgers* etablierte das Gericht ein differenzierteres Verständnis der Gleichheitsklausel. Die Gleichschaltung rassistischer Differenzierungsmerkmale mit denen nationaler Herkunft verwischte die Unterscheidung zwischen dem Status eines Staatsbürgers und dem eines Ausländers.⁶⁴⁰ Diese Auffassung wich unter dem »Burger Court« der Ansicht, dass in denjenigen Konstellationen, in denen die Klassifizierung eines Ausländers auf Grundlage eines fehlenden Staatsbürgerstatus ergeht, der durchlässige »rational basis«-Kontrollmaßstab Anwendung finden solle.⁶⁴¹

⁶³³ 304 U.S. 144, 152 (Fn. 4) (1938) – *United States v. Carolene Products Co.*

⁶³⁴ *Brugger*, Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 174.

⁶³⁵ 347 U.S. 483 (1954) – *Brown v. Bd. of Educ. of Topeka* (Rassentrennung an öffentlichen Schulen); 163 U.S. 537 (1896) – *Plessy v. Ferguson* (Rassentrennung in Eisenbahnzügen).

⁶³⁶ *Brugger*, Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 176, 188; *Chemerinsky*, Constitutional Law, S. 725; Geschlechtsfragen prüft das Gericht an dem »intermediate scrutiny«-Kontrollmaßstab, dazu unten S. 151 f.

⁶³⁷ 304 U.S. 144, 152 (Fn. 4) (1938) – *United States v. Carolene Products Co.*

⁶³⁸ 60 U.S. 393 (1857) – *Scott v. Sanford*.

⁶³⁹ 539 U.S. 244, 326 (2003) – *Gratz v. Bollinger*.

⁶⁴⁰ 435 U.S. 291, 295 (1978) – *Folie v. Connellie*.

⁶⁴¹ 435 U.S. 291, 296 (1978) – *Folie v. Connellie*: »[W]e have recognized a ›State's historical power to exclude aliens from participation in its democratic political institutions‹ as part of

Darüber hinaus vertritt der U.S. Supreme Court weder eine einheitliche Spruchpraxis, noch hat er klargestellt, was er genau unter einer »verdächtigen« Klassifizierung versteht. Der Indizienkatalog bildet wenig mehr als einen Rahmen von Klassifizierungsmerkmalen, die je nach Richter unterschiedlich betont werden. Nach wie vor gilt das Fazit, das *Wilkinson* 1975 zog: »[T]he law of suspect classes is largely one of latent confusion. ... The criteria of suspectness have not been thoughtfully defined or consistently applied«⁶⁴². Die politische Präferenz neun auf Lebenszeit ernannter Richter beeinflusst mit ihrer Klassifizierungskompetenz damit maßgeblich die gesellschaftliche Entwicklung der nur wenig homogenen Bevölkerung in den Vereinigten Staaten.⁶⁴³

3. Arten von Diskriminierungen

Für den U.S. Supreme Court stellt sich vielfach die Frage, ob der Gesetzgeber tatsächlich ein unzulässiges Differenzierungsmerkmal verwendet oder einen diskriminierenden Zweck verfolgt.⁶⁴⁴ Grundsätzlich führen zwei Arten von Diskriminierungen zur Anwendung des strengen Kontrollmaßstabs. Hierunter fallen erstens Klassifizierungen, die bewusst und gewollt eine diskriminierende Wirkung entfalten (»de jure discrimination«).⁶⁴⁵ Der U.S. Supreme Court kontrolliert zweitens ebenso streng Klassifizierungen, die zu keiner unmittelbaren Schlechterstellung einer Personengruppe führen, aber eine faktische oder versteckte Diskriminierung einer Personengruppe bewirken.

a) Unmittelbare Diskriminierung

Bewusste und gewollte de jure-Diskriminierungen stellen den evidenten Anwendungsfall rassistischer Diskriminierung dar.⁶⁴⁶ Der Gesetzgeber darf die Zulassung zu einer Gerichts-Jury ebenso wenig von der Hautfarbe abhängig machen⁶⁴⁷ wie Schwarzen verbieten, ein Haus in einer weißen Nachbarschaft zu erwerben.⁶⁴⁸ Dies gilt selbst dann, wenn ein unbestritten legitimes öffentliches Interesse vor-

the sovereign's obligation »to preserve the basic conception of political community« (Herv. im Orig.), unter Zitierung von 413 U.S. 634 (1973) – *Sugarman v. Dougall*.

⁶⁴² *Wilkinson*, Va. L. Rev. 61 (1975), S. 945 (983).

⁶⁴³ Vgl. allein die Entscheidung 347 U.S. 483 (1954) – *Brown v. Board of Education*, in der das Gericht die Rassentrennung an staatlichen Schulen für verfassungswidrig erklärte.

⁶⁴⁴ *Heun*, EuGRZ 2002, S. 319 (321).

⁶⁴⁵ 426 U.S. 229 (1976) – *Washington v. Davis; Tribe*, Constitutional Law, S. 1502 ff.

⁶⁴⁶ 531 U.S. 356, 367 (2001) – *Board of Trustees of University of Alabama v. Garrett*; vgl. 448 U.S. 448, 523 (1980) – *Fullilove v. Klutznik*: »The equal protection standard of the Constitution has one clear and central meaning – it absolutely prohibits invidious discrimination by government«.

⁶⁴⁷ 100 U.S. (10 Otto) 303 (1879) – *Strauder v. West Virginia*.

⁶⁴⁸ 245 U.S. 60 (1917) – *Buchanan v. Warley*.

liegt. In »Palmore«⁶⁴⁹ hatte das Gericht die Klage eines weißen Vaters auf Herausgabe seines leiblichen Kindes abgewiesen, nachdem seine von ihm geschiedene weiße Frau einen Afro-Amerikaner geheiratet hatte. Der Vater hatte seine Klage auf die gesellschaftliche Belastung gestützt, die das Kind in einer gemischtrassigen Ehe erführe. Das Gericht gab dem Vater insoweit Recht, als dass Kinder in gemischtrassigen Ehen vorurteilsbehafteten Anfeindungen ausgesetzt seien. Dieser Aspekt dürfe aber nicht dazu führen, dass das Gericht rassistische Vorurteile direkt oder indirekt unterstütze.⁶⁵⁰ Einzig in »Korematsu«⁶⁵¹ hat der U.S. Supreme Court eine Diskriminierung auf Grund nationaler Herkunft angesichts eines überragenden öffentlichen Interesses an der »nationalen Sicherheit« bestätigt.

b) Mittelbare Diskriminierung

Komplexer gestalten sich diejenigen Konstellationen, in denen der Gesetzgeber keine rassenspezifische Klassifizierung vornimmt, eine gesetzliche Maßnahme aber objektiv zu einer Benachteiligung bestimmter Ethnien führt. In den Vereinigten Staaten hat sich relativ früh die Auffassung verbreitet, dass ein auf unmittelbare Diskriminierungen »on its face« beruhendes Verbot dem Schutzniveau der »equal protection clause« nicht gerecht wird. Der U.S. Supreme Court hat seine Antidiskriminierungs-Rechtsprechung daher auf Regulierungen ausgeweitet, die formal neutrale Kriterien verwenden, aber eine mittelbare oder faktische Diskriminierung bewirken.⁶⁵²

Nach Auffassung des U.S. Supreme Courts reichen allein objektive Auswirkungen einer rassen-neutral formulierten Regulierung nicht aus, um das Verdachtsmoment einer rassistischen Diskriminierung zu wecken. Vor diesem Hintergrund hat der U.S. Supreme Court die »doctrine of discriminatory purpose« entwickelt. Nach ihr soll eine scharfe Kontrolle folgen, wenn die Klassifizierung auf Vorurteilen gegenüber »discrete and insular minorities« und »statutes directed at particular ... minorities«⁶⁵³, also Absichten des Gesetzgebers, abstellt. »Strict scrutiny« ist daher einschlägig, wenn eine an sich neutrale Klassifizierung ungleiche Auswirkungen nach sich zieht und eine diskriminierende Motivation

⁶⁴⁹ 406 U.S. 429 (1984) – *Palmore v. Sidoti*.

⁶⁵⁰ 406 U.S. 429, 433 (1984) – *Palmore v. Sidoti*: »The Constitution cannot control such prejudices, but neither can it tolerate them. Private biases may be outside the reach of the law, but the law cannot, directly or indirectly, give them effect«.

⁶⁵¹ 323 U.S. 214 (1944) – *Korematsu v. United States*; vgl. 320 U.S. 81, 100 (1943) – *Hirabayashi v. United States*: »Distinctions between citizens solely because of their ancestry are, by their very, nature odious to a free people whose institutions are founded upon the doctrine of equality«.

⁶⁵² 476 U.S. 79 (1986) – *Batson v. Kentucky*; 429 U.S. 252 (1977) – *Arlington Heights v. Metropolitan Housing Development Corp.*; 426 U.S. 229 (1976) – *Washington v. Davis*; 385 U.S. 545 (1967) – *Whitus v. Georgia*; 118 U.S. 351 (1881) – *Yick Wo v. Hopkins*.

⁶⁵³ 304 U.S. 144, 152 (Fn. 4) (1938) – *United States v. Carolene Products Co.*

erkennen lässt.⁶⁵⁴ Eine erfolgreiche Rüge auf Grundlage der »doctrine of discriminatory purpose« führt nicht allein zur Verfassungswidrigkeit der Norm im konkreten Fall (»as applied«),⁶⁵⁵ sondern zur Verwerfung der Norm als Ganzes (»facial challenge«).⁶⁵⁶ Somit zieht ein solchermaßen »infiziertes«⁶⁵⁷ Gesetz eine ebenso strenge Nachprüfung durch den U.S. Supreme Court nach sich, wie eine mit Scheinargumenten verdeckte Anknüpfung an ein unzulässiges Differenzierungsmerkmal die Maxime des Art. 3 Abs. 2 und 3 GG auslöst.⁶⁵⁸ Eine vergleichbare Motivkontrolle gesetzlicher Maßnahmen »to be a way of flushing out« unconstitutional motivation«⁶⁵⁹ nimmt das BVerfG mit Verweis auf den »objektiv erkennbare[n] Sinn und Zweck des Gesetzes«⁶⁶⁰ nicht vor.

In »Washington v. Davis« urteilte das oberste amerikanische Bundesgericht über die Vorgehensweise der Stadt Washington, D.C., Bewerber auf eine Stelle im Polizeidienst auf ihre sprachlichen und schriftlichen Fähigkeiten zu prüfen. Schwarze Bewerber schnitten in diesem Test deutlich schwächer ab als Weiße, die den Test viermal öfter bestanden als ihre schwarzen Mitbewerber. Allein diese Tatsache wertete die Ausgangsinstanz als eine mittelbare Diskriminierung – eine Entscheidung, die der U.S. Supreme Court in letzter Instanz verwarf. Eine rassistisch-neutral formulierte Klassifizierung dürfe nicht allein deshalb an dem strengen Kontrollmaßstab gemessen werden, weil sie rassistisch-diskriminierende Auswirkungen zur Folge habe: »the invidious quality of a law claimed to be racially discriminatory must ultimately be traced to a racially discriminatory purpose«⁶⁶¹. Dies sei allein deswegen notwendig, um eine breite Ausdehnung der Diskriminierungsrechtsprechung in alle Facetten des gesellschaftlichen Zusammenlebens zu vermeiden. Zusätzlich zu dem Nachweis eines diskriminierenden Effekts muss der Kläger die Absicht eines diskriminierenden Motivs nachweisen, auch wenn dieses Motiv nicht als herrschend aus einem Bündel von Motiven

⁶⁵⁴ 426 U.S. 229, 240 (1976) – *Washington v. Davis*: »the invidious quality of a law claimed to be racially discriminatory must ultimately be traced to a racially discriminatory purpose«; 442 U.S. 256, 279 (Fn. 24) (1979) – *Personnel Administrator of Massachusetts v. Feeney*: »Proof of discriminatory intent must necessarily usually rely on objective factors ... The inquiry is practical. What a legislature or any official entity is »up to« may be plain from the results its actions achieve«.

⁶⁵⁵ 481 U.S. 749, 745 (1987) – *U.S. v. Salerno*.

⁶⁵⁶ *Fallon*, Harv. L. Rev. 113 (2000), S. 1321 (1369): »if a statute has an impermissible purpose, that purpose will typically infect the statute as a whole«; vgl. *Nelson*, N.Y.U. L. Rev. 83 (2008), S. 1784 (1878).

⁶⁵⁷ *Fallon*, Harv. L. Rev. 113 (2000), S. 1321 (1369).

⁶⁵⁸ *Sachs*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HdBStR VIII, § 182, Rn. 97.

⁶⁵⁹ *Ely*, Democracy and Distrust, S. 146.

⁶⁶⁰ BVerfG, NJW 1992, S. 1815 (1815); vgl. BVerfGE 67, 70 (87); 49, 148 (165).

⁶⁶¹ 426 U.S. 229, 240 (1976) – *Washington v. Davis*.

herausstechen muss.⁶⁶² Diesen Nachweis konnten die Kläger in »Washington v. Davis« nicht führen.

Das BVerfG lehnt eine vergleichbare Motivforschung grundsätzlich ab und stellt klar, dass allein »der materiell-rechtliche Gehalt«⁶⁶³ einer Norm entscheidend sei. Angesichts von Art. 33 Abs. 2 GG hätte das BVerfG »Washington v. Davis« trotzdem so entschieden, wie es der U.S. Supreme Court hat. Gleichwohl ist es zu einer objektiven Ungleichbehandlung nach Ansicht der Karlsruher Richter nicht erforderlich, dass ein Gesetz entlang diskriminierender Motive verabschiedet wurde. Entscheidend sei allein die Frage, ob ein die Ungleichbehandlung in »angemessenen Verhältnis zu dem Grad der Ungleichbehandlung stehender Rechtfertigungsgrund«⁶⁶⁴ existiert. Vermittels eines rein objektiven Kontrollmechanismus muss dem BVerfG die Ausschaltung gleichheitswidriger Gesetze bei faktischen Benachteiligungen dennoch tendenziell schwerer fallen. Schließlich wirkt sich im Einzelfall jede Klassifizierung im Ergebnis unterschiedlich aus. Weil abseits einer vergleichbaren Motivforschung aus Übersee daher eine »uferlose Ausweitung«⁶⁶⁵ des Diskriminierungstatbestandes droht, muss dieser durch strenge Anforderungen an faktische Benachteiligungen eingedämmt werden.

Der U.S. Supreme Court begegnet dieser Schwierigkeit mit seinem subjektiven Kontrollansatz, doch scheint auch mit dieser Verfassungspraxis wenig gewonnen. Denn zum einen bietet sich dem Gesetzgeber die einfache Möglichkeit, das ursprünglich diskriminierende Gesetz mit unverändertem Inhalt in einem nunmehr ordnungsgemäßen Verfahren unter Verdeckung des unlauteren Motivs neu zu verabschieden. Zum anderen steht der U.S. Supreme Court vor der Schwierigkeit, die Motive eines Kollektivorgans zu sondieren und auf eine kollektive Absicht eines gesetzgebenden Organs zu schließen:

»Absent searching judicial inquiry into the justification for ... race-based measures«, we have no way to determine what classifications are »benign« or »remedial« and what classifications are in fact motivated by illegitimate notions of racial inferiority or simple racial politics«⁶⁶⁶.

Der U.S. Supreme Court umschiffte diese Klippe, indem er einen disproportional negativen Effekt als Indiz einer Diskriminierungsabsicht wertete. Hierzu genügt

⁶⁶² *Scaperlanda*, Cath. L. Rev. 55 (2005), S. 5 (49 f.); *Raynor*, Va. L. Rev. 99 (2013), S. 1065 (1080).

⁶⁶³ BVerfGE 8, 51 (64); vgl. BVerfGE 24, 300 (358); 21, 12 (27).

⁶⁶⁴ BVerfGE 102, 68 (87); 99, 165 (178).

⁶⁶⁵ *Heun*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz I, Art. 3, Rn. 109.

⁶⁶⁶ 539 U.S. 306, 326 (2003) – *Grutter v. Bollinger*, unter Zitierung von 488 U.S. 469, 493 (1989) – *City of Richmond v. J. A. Croson Co.*; *Bickel*, The Least Dangerous Branch, S. 215: »It is simply unthinkable that members of legislative majorities should from time to time be subject to cross-examination in various courts over the country regarding their states of mind when they voted«.

es etwa nicht, wenn der Gesetzgeber ein freiwilliges, integrationsförderndes Programm auslaufen lässt, wenngleich die Beendigung dieser Integrationsmaßnahme auch den Beigeschmack eines diskriminierenden Motivs enthalten kann. In »Mobile v. Bolden«⁶⁶⁷ bestätigte das Gericht etwa das Wahlgesetz der Stadt Mobile in Alabama, dessen Verteilungsschlüssel eine Sitzverteilung im Stadtrat nach erreichter Stimmenzahl vorsah. Angesichts des niedrigen Bevölkerungsanteils an Afro-Amerikanern war der Stadtrat jeher von Weißen dominiert. Der Kläger habe nicht die Absicht eines diskriminierenden Motivs nachweisen können, sodass das Gericht das Gesetz nicht an Hand der strengen »strict scrutiny«-Voraussetzungen maß.

Diese Schwelle überschritt der Stadtrat in Tuskegee, Alabama. In »Gomillion v. Lightfoot«⁶⁶⁸ führte die Neuverlegung der Stadtgrenzen nahezu zum Ausschluss der gesamten dunkelhäutigen Wähler. Ein derart disproportionaler rassistisch-diskriminierender Effekt lässt nach amerikanischem Verständnis die Unterscheidung zwischen subjektiven Zwecken der legislativen Körperschaften und objektiven Auswirkungen der gesetzgeberischen Maßnahme verblassen und wäre wohl auch nach deutschen Maßstäben als faktische Benachteiligung eingestuft worden. Stark aussondernde Effekte erhärten das Verdachtsmoment einer staatlichen Diskriminierung ebenso wie der rassistisch-gefärbte, historische Hintergrund eines Staatsakts.⁶⁶⁹ Auch das Abweichen von gesetzgeberischen Leitlinien im materiellen wie prozessualen Recht kann den faden Beigeschmack einer rassischen Aussonderung haben, die unter Umständen die Beiladung der Vertreter der öffentlichen Gewalt erfordert.

Entsprechend streng werden neutral formulierte, aber in diskriminierender Weise angewandte Gesetze kontrolliert. So darf nach »Yick Wo v. Hopkins«⁶⁷⁰ eine Regulierung zwar eine Erlaubnispflicht für Wäschereien in Holzhäusern vorsehen. Dieses Statut darf aber in seiner Handhabung nicht dazu führen, dass anderen Ethnien die Erlaubnis verweigert, anderen hingegen erteilt wird. Mangels einer rasseneutralen Erklärung der Behördenpraxis stellte der U.S. Supreme Court einen gleichheitswidrigen Verfassungsverstoß fest, wie es aller Wahrscheinlichkeit nach auch das BVerfG getan hätte. Die Entscheidungen »Bolden« und »Yick Wo«, zeigen, dass ausgehend von einem unterschiedlichen Vorverständnis der Antidiskriminierungs-Rechtsprechung die obersten Verfassungsgerichte wohl stets zu ähnlichen Ergebnissen gekommen wären.

⁶⁶⁷ 446 U.S. 55 (1980) – *Mobile v. Bolden*; vgl. 517 U.S. 456, 465 (1996) – *United States v. Armstrong*; 458 U.S. 613 (1982) – *Rogers v. Lodge*.

⁶⁶⁸ 364 U.S. 339 (1960) – *Gomillion v. Lightfoot*. Das Gericht stellte zwar einen Verstoß gegen den fünfzehnten Verfassungszusatz dar. Die Überlegungen lassen sich aber auf den Gleichheitssatz übertragen.

⁶⁶⁹ *Brugger*, Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 178; vgl. 429 U.S. 252, 267 ff. (1977) – *Arlington Heights v. Metropolitan Housing Development Corp.*

⁶⁷⁰ 118 U.S. 356 (1886) – *Yick Wo v. Hopkins*.

c) Positive Diskriminierung

Seit der Ära *Kennedy* tobt in den USA eine Debatte über die Frage, die das Grundgesetz in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG mit einem Verbot beantwortet: Anhand welchen Kontrollmaßstabs sind gesellschaftspolitische Maßnahmen zu messen, die der kompensatorischen Gleichstellung rassistischer Minderheiten durch gezielte Vorteilsgewährung dienen?⁶⁷¹ Über das Instrument der positiven Diskriminierungen (»affirmative actions«) weist der Gesetzgeber ethnischen Minderheiten eine relative Vorrangstellung gegenüber anderen Bevölkerungsteilen zu, indem er ihnen bevorzugt Zugang zu öffentlichen Einrichtungen gewährt,⁶⁷² einen stärkeren Kündigungsschutz etabliert⁶⁷³ oder einen Bonus bei Auswahlentscheidungen⁶⁷⁴ einräumt. Das Zerrbild integrationsfördernder Maßnahmen verdeutlicht Richter *Harry Blackmun*: »[I]n order to treat some persons equally, we must treat them differently«⁶⁷⁵.

Gleichwohl ist weder der Verfassungstext noch der U.S. Supreme Court im Bereich begünstigender Klassifizierungen »farbenblind«⁶⁷⁶. Nachdem das Gericht über die Frage des anwendbaren Kontrollmaßstabs gespalten war, hat er in »City of Richmond«⁶⁷⁷ mit einer knappen Mehrheit entschieden, jedwede Form von Klassifizierung entlang rassistischer Kriterien einer strengen Kontrolle zu unterwerfen, weil jede Anknüpfung an rassistische Kriterien gesellschaftlich akzeptierten Gerechtigkeitsstandards widerspräche. Begünstigungen wie Benachteiligungen unterfallen nach der herrschenden Rechtsprechung nunmehr in gleicher Weise dem »strict scrutiny test«.⁶⁷⁸ Insbesondere im Kontext begünstigender Zulassungsverfahren im öffentlichen Hochschulwesen ist die Zulässigkeit der ethnischen Herkunft eines Bewerbers als Kriterium bei der Zuteilung von Studien-

⁶⁷¹ *Doukas*, Parameter positiver Diskriminierung, S. 5 f.; zum Begriff vgl. *Rosenfeld*, Affirmative Action and Justice, S. 42 ff. Ausführlich in der deutschen Literatur etwa die Untersuchung bei *Döring*, Frauenquoten und Verfassungsrecht (1996) und *Doukas*, Verfassungsrechtliche Parameter positiver Diskriminierung (2014). Vgl. zu der unüberschaubaren Literatur nur *Brest*, Harv. L. Rev. 90 (1976), S. 1; *Brugger*, Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 181 ff.; *Chemerinsky*, Harv. L. Rev. 103 (1989), S. 43; *Ginsburg/Merritt*, Cardozo L. Rev. 21 (1999), S. 253; *D. Klein*, U. Tol. L. Rev. 18 (1987), S. 519; *Nowak/Rotunda*, Constitutional Law, S. 861 ff.; *Suerbaum*, Der Staat 28 (1989), S. 419; *Sunstein*, Colum. L. Rev. 84 (1984), S. 1689.

⁶⁷² 438 U.S. 265, 291 (1978) – *Regents of Univ. of California v. Bakke*.

⁶⁷³ 476 U.S. 267 (1986) – *Wygant v. Jackson Bd. of Educ.*

⁶⁷⁴ 480 U.S. 616 (1987) – *Johnson v. Transportation Agency*.

⁶⁷⁵ 438 U.S. 265, 402, 407 (1978) – *Regents of Univ. of California v. Bakke*.

⁶⁷⁶ *Brugger*, Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 178.

⁶⁷⁷ 488 U.S. 469 (1989) – *City of Richmond v. J. A. Croson Co.*

⁶⁷⁸ St. Rspr. seit 515 U.S. 200, 227 (1995) – *Adarand Constructors, Inc. v. Peña*; vgl. *Bhagwat*, U. Pa. J. Const. L. 4 (2002), S. 260 (276 f.); *Spece/Yokum*, Ariz. L. S. 15-12 (2015), S. 1 (39), jeweils m. w. N.

plätzen Gegenstand ständiger Auseinandersetzung vor dem U.S. Supreme Court.⁶⁷⁹

B. Elemente

Der »strict scrutiny test« verdankt seinen Namen verschiedenen Hürden, die der Gesetzgeber bei einem Grundrechtseingriff oder Klassifizierung entlang »verdächtiger« Differenzierungsmerkmale nehmen muss. Der U.S. Supreme Court verkürzt den rechtsschöpferischen Entscheidungsspielraum des Gesetzgebers, indem er eine selbstständige Analyse des Gesetzeszwecks vornimmt. Konstituierend für die Strenge des »strict scrutiny«-Maßstabs ist, dass sich das Gericht statt mit einer Plausibilitätskontrolle und der Annahme hypothetischer Zwecke objektiv ausschließlich den tatsächlich dargebrachten Zwecken widmet. Auf diese Weise scheidet der U.S. Supreme Court Interessen aus, die sich nur ihrem Anschein nach zwingend darstellen oder gar vorgeschoben sind, um von den wahren Beweggründen einer gesetzlichen Maßnahme abzulenken.⁶⁸⁰

I. Zwingendes öffentliches Interesse

Der U.S. Supreme Court verlangt, dass der Gesetzgeber nicht nur ein legitimes, sondern ein zwingendes öffentliches Interesse (»compelling state interest«) verfolgt.⁶⁸¹ Mit der Abkehr von einem formalistischen Freiheitsverständnis vertritt das Gericht seit den 1930er Jahren die Auffassung, dass die in der Verfassung nur lose genannten staatlichen Befugnisse der Förderung eines geordneten Gemeinwesens, öffentlicher Werte und Interessen dienen sollten (»ordered liberty«). Das bedeutet zweierlei: Zum einen wird der abwehrrechtliche Tenor der Grundrechte in dem Maße relativiert, in dem der Gesetzgeber vorrangige Interessen nachweisen kann. Gelingt der Nachweis, hat er die erste Hürde bereits genommen. Um zu gewährleisten, dass diese Hürde ausreichend hoch ist, ist der Kreis eingriffslegitimierender Interessen zum anderen eng gezogen. Dieses Spannungsverhältnis verstärkt sich vor dem Hintergrund, dass ein zwingendes öffentliches Interesse ein Instrument ist, vermittels dessen der Gesetzgeber die nur lose

⁶⁷⁹ Jüngst 133 S.Ct. 2411, 2412 (2013) – *Fisher v. University of Texas at Austin*; 539 U. S. 306, 308 (2003) – *Grutter v. Bollinger*.

⁶⁸⁰ *Stock*, Meinungs- und Pressefreiheit in den USA, S. 95; vgl. BVerfGE 93, 121 (147 f.); 88, 145 (161).

⁶⁸¹ 543 U.S. 499, 505 (2005) – *Miller v. Johnson*: »the State must demonstrate that its districting legislation is narrowly tailored to achieve a compelling interest«; 523 U.S. 666, 677 (1998) – *Ark. Educ. Television Comm'n v. Forbes*: »serve a compelling state interest«; vgl. 543 U.S. 499, 505 (2005) – *Johnson v. California*; 395 U.S. 621, 627 (1969) – *Kramer v. Union School District*; 394 U.S. 618, 634 (1969) – *Shapiro v. Thompson*; 381 U.S. 479, 485 (1965) – *Griswold v. Connecticut*; 378 U.S. 500, 508 (1964) – *Aptheker v. Secretary of State*; 378 U.S. 398, 406 (1963) – *Sherbert v. Verner*; 310 U.S. 296, 307 f. (1940) – *Cantwell v. Connecticut*.

genannten staatlichen Befugnisse in die Realität umsetzt und die es mit kollidierenden Grundrechten auszubalancieren gilt. Der U.S. Supreme Court bestätigt zwingende öffentliche Interessen, die ihren Ursprung in derselben Quelle finden, aus der er seine rechtsschöpferische Judikatur ungeschriebener Grundrechte schöpft. Der abwehrrechtliche Tenor der Grundrechte verkehrt sich in die Pflicht des Staates zum Rechtsgüterschutz, der die Vorzeichen der liberalen Ordnungsstrukturen in ihr Gegenteil verkehrt, wie es Richter *Rehnquist* 1972 auf den Punkt bringt:

»It is an invitation for judicial exegesis over and above the commands of the Constitution, in which values that cannot possibly have their source in that instrument are invoked to either validate or condemn the countless laws enacted by the various States«⁶⁸².

Die Kehrseite dieser »unbequemen« Feststellung zeigt sich darin, dass das Gericht die Herleitung eines zwingenden öffentlichen Interesses bis heute nur stiefmütterlich behandelt, eine Klärung dieses Spannungsverhältnisses vielleicht sogar scheut. Es existieren schlichtweg keine greifbaren Regeln, die die Gewichtung eines öffentlichen Interesses leiten. Dies verspricht naturgemäß nur wenig Rechtssicherheit und erschwert die Vorhersehbarkeit der Entscheidung im Kontext der Grundrechte, was die Arbeitsweise der legislativen Organe erschwert. Umso ernüchternder stellt sich für den deutschen Juristen dar, dass sich der U.S. Supreme Court dieser Intransparenz bewusst ist:

»The state interest required has been characterized as ›overriding‹, ›compelling‹, ›important‹ or ›substantial‹. We attribute no particular significance to these variations in diction«⁶⁸³.

In den USA haben die Richter ein zwingendes öffentliches Interesse mitunter begründungslos verneint.⁶⁸⁴ In anderen Entscheidungen bejaht der U.S. Supreme Court ein zwingendes Ziel ohne weitere Begründung oder er verweist auf Entscheidungen, die ihrerseits keine Begründung enthalten.⁶⁸⁵ Uneinheitliche

⁶⁸² 406 U.S. 164, 177, 182 (1972) – *Weber v. Aetna Cas. & Sur. Co.* (Rehnquist, J., dissenting).

⁶⁸³ 413 U.S. 717, 722 (Fn. 9) (1973) – *In Re Griffiths*, unter Auslassung der dort zitierten Rechtsprechung.

⁶⁸⁴ 433 U.S. 72, 99, 109 (1977) – *Wainwright v. Sykes* (Brennan, J., dissenting); 418 U.S. 24, 56, 79 (1974) – *Richardson v. Ramirez* (Marshall, J., dissenting); 395 U.S. 701, 704 ff. (1969) – *Cipriano v. City of Houma*; 394 U.S. 618, 627 ff. (1969) – *Shapiro v. Thompson*.

⁶⁸⁵ 453 U.S. 280, 307 (1981) – *Haig v. Agee*; 443 U.S. 545, 577, 577 ff. (1979) – *Roe v. Mitchell* (Stewart, J., concurring); 363 U.S. 144, 155 (1960) – *DeVeau v. Braisted*.

Terminologien und begriffliche Unschärfe⁶⁸⁶ erschweren jeden Versuch der Systematisierung.⁶⁸⁷

Nun erinnert das bisher Gesagte stark an die Dreistufenlehre, die das BVerfG im Apotheken-Urteil⁶⁸⁸ zur Beurteilung von Eingriffen in die Berufsfreiheit entwickelt hat. Eingriffe in Art. 12 Abs. 1 GG unterliegen einem »Gebot der Differenzierung«⁶⁸⁹, nach dem sich die Rechtfertigung der Einmischung bei steigender Intensität ihrer Freiheitsverkürzung an einem entsprechend höherwertigen Gemeinwohlbelang auszurichten hat. Die Regulierung der Berufsausübung darf nur im Interesse »vernünftiger Erwägungen des Allgemeinwohls«⁶⁹⁰, die der subjektiven Berufswahl nur zum zwingend erforderlichen »Schutz besonders wichtiger Gemeinschaftsgüter«⁶⁹¹ einschränkbar sein. Objektive Zulassungsvoraussetzungen lässt das BVerfG nur zur Abwehr »nachweisbarer oder höchstwahrscheinlicher schwerer Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut«⁶⁹² bestehen. Näher hat sich das BVerfG ebenfalls nicht zu seinen Bewertungskriterien geäußert.

1. Abstrakte und konkrete Wertigkeit von Rechtsgütern

Als Grobfilter kann man zunächst die generelle Legitimität eines Zwecks ansetzen.⁶⁹³ Spricht der U.S. Supreme Court alsdann von der Verfolgung eines »compelling« oder »substantial state interest«, stellen dies Kategorien eines Abwägungsvorgangs dar, der in eine dichotome Qualifizierung der staatlichen Interessen mündet: Der U.S. Supreme Court verleiht staatlichen Zielen das Attribut »zwingend« oder nicht.⁶⁹⁴

Zunächst entscheidet die abstrakte Wertigkeit eines öffentlichen Interesses, das für die Durchsetzung eines geordneten Gemeinwesens unabdingbar ist. Hierunter fallen vorstaatliche Rechtsgüter wie der Schutz der Bevölkerung,⁶⁹⁵ des ungeborenen Lebens und der körperlichen Integrität der Mutter⁶⁹⁶. Mit dem gleichen Verständnis hat auch das BVerfG ein überragend wichtiges Interesse an

⁶⁸⁶ 391 U.S. 367, 377 (1968) – *United States v. O'Brien*: »Whatever imprecision inheres in these terms ...«.

⁶⁸⁷ Vgl. etwa die Bezeichnung des öffentlichen Interesses in 391 U.S. 367, 376 f. (1968) – *United States v. O'Brien*: »compelling«; 371 U.S. 415, 417 (1963) – *NAACP v. Button*: »substantial«; 323 U.S. 516, 530 (1945) – *Thomas v. Collins*: »paramount«; 361 U.S. 516 (1960) – *Bates v. Little Rock*: »cogent«; 374 U.S. 398, 408 (1963) – *Sherbert v. Verner*: »strong«.

⁶⁸⁸ BVerfGE 7, 377 (405 ff.).

⁶⁸⁹ BVerfGE 11, 168 (189 f.); 7, 377 (405).

⁶⁹⁰ BVerfGE 7, 377 (405); vgl. BVerfGE 77, 308 (332); 57, 139 (158 f.); 46, 120 (145).

⁶⁹¹ BVerfGE 7, 377 (Ls. 6c).

⁶⁹² BVerfGE 7, 377 (408).

⁶⁹³ Ausführlich zum »rational basis test« oben, S. 48 ff.

⁶⁹⁴ *Aleinikoff*, Yale L. J. 96 (1987), S. 943 (946).

⁶⁹⁵ 323 U.S. 214, 218 (1944) – *Korematsu v. United States*.

⁶⁹⁶ 410 U.S. 113 (1973) – *Roe v. Wade*; vgl. 410 U.S. 179 (1973) – *Doe v. Bolton*.

der Volksgesundheit bejaht.⁶⁹⁷ Als überragend wichtig hat das BVerfG weiterhin die Funktionsfähigkeit der Rechtspflege⁶⁹⁸ und das BVerwG den Tierschutz⁶⁹⁹ angesehen. Wenn das BVerfG solche Güter der Allgemeinheit als überragend wichtig versteht, deren »Bedrohung die Grundlagen oder den Bestand des Staates oder die Grundlagen der Existenz der Menschen berührt«⁷⁰⁰, ist es unwahrscheinlich, dass das BVerfG ein überragendes Ziel in der Forderung nach einem »arbeitsfreien Ruhetag« erkannt hätte⁷⁰¹. Diese Qualifikationspraxis ist sowohl in den Reihen des U.S. Supreme Courts als auch in der Literatur auf entsprechend wenig Gegenliebe gestoßen.⁷⁰² Andere Bereiche wie das Feld »Diversität in Bildungseinrichtungen« haben in Übersee Anlass zu kontroversen Diskussionen geführt, die ihre Gründe in dem Weltbild und der politischen Präferenz des jeweiligen Richters finden.⁷⁰³

Auch konkrete Erwägungen verleihen einem öffentlichen Interesse zwingende Wichtigkeit. Der U.S. Supreme Court qualifiziert nicht nur allgemein anerkannte und somit »absolute« Gemeinschaftsgüter als zwingend, sondern auch relative Werte, die sich in ähnlicher Weise wie in der Sprache des BVerfG »erst aus den besonderen wirtschafts-, sozial- und gesellschaftspolitischen Vorstellungen und Zielen des Gesetzgebers ergeben«. So dienen auch die Verfassungen der Gliedstaaten als Quelle zwingender Interessen, sofern sie nicht zu den Bestimmungen der Bundesverfassung in Widerspruch stehen. Es ist den Gliedstaaten erlaubt, gesetzliche Maßnahmen explizit zum Schutz von Minderjährigen vor sexueller Ausbeutung zu erlassen.⁷⁰⁴ Auch die Bekämpfung von Korruption fällt in den Rang eines zwingenden öffentlichen Interesses, das das Finanzierungsverbot von Wahlkämpfen durch Unternehmen rechtfertigt.⁷⁰⁵

Die Amerikaner akzeptieren folglich Ziele, die der Gesetzgeber selbst auf Grund seiner gesellschaftspolitischen Vorstellungen als zwingend definiert. Wenn der U.S. Supreme Court von einer Rechtsauffassung der Bundesstaaten

⁶⁹⁷ BVerfGE 126, 112 (140); 121, 317 (356); 9, 39 (51 f.); 7, 377 (414).

⁶⁹⁸ BVerfGE 87, 287 (321).

⁶⁹⁹ BVerwGE 64, 46 (51).

⁷⁰⁰ BVerfGE 120, 274 (328).

⁷⁰¹ 374 U.S. 398, 408 (1963) – *Sherbert v. Verner*.

⁷⁰² 133 S.Ct. 2411, 2422, 2422 ff. (2013) – *Fisher v. University of Texas at Austin* (Thomas, J., dissenting); 488 U.S. 469, 520, 521 (1989) – *City of Richmond v. J. A. Croson Co.* (Scalia, J., concurring); 539 U.S. 306, 349, 353 (2003) – *Grutter v. Bollinger* (Thomas, J., concurring in part and dissenting in part).

⁷⁰³ Vgl. 539 U.S. 306, 349, 356 ff. (2003) – *Grutter v. Bollinger* (Thomas, J., concurring in part and dissenting in part) (Diversität in Bildungseinrichtungen); 494 U.S. 652, 679, 688 (1990) – *Austin v. Michigan Chamber of Commerce* (Scalia, J., dissenting) (Wahlkampffinanzierung durch Unternehmen).

⁷⁰⁴ 458 U.S. 747 (1982) – *New York v. Ferber*.

⁷⁰⁵ 494 U.S. 652, 659 (1990) – *Austin v. Michigan Chamber of Commerce*: »preventing corruption or the appearance of corruption in the political arena by reducing the threat that huge corporate treasuries ... will be used to influence unfairly election outcomes«.

auf ein zwingendes öffentliches Interesse schließt,⁷⁰⁶ geht er einen Schritt weiter als das BVerfG, das im Bereich der objektiven Berufszugangsvoraussetzungen dem Gesetzgeber einen nur engen Prognosespielraum zur Einschätzung der Gefahrenlage und der Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts zugesteht. Auf der dritten Stufe verweigert das BVerfG dem Gesetzgeber die selbstständige Definition der eingriffslegitimierenden Gemeinwohlbelange,⁷⁰⁷ während der U.S. Supreme Court vom Gesetzgeber eigenständig definierte Interessen »in a casual, off-hand manner«⁷⁰⁸ in der Regel bestätigt. Relative Gemeinschaftsgüter bejaht das BVerfG allein im Bereich subjektiver Berufszugangsvoraussetzungen.⁷⁰⁹

2. Ausdeutung des Verfassungstexts

Die Qualifikation eines Interesses als zwingend erfolgt methodisch in ähnlicher Weise wie die Herleitung eines ungeschriebenen Grundrechts. Aus geschriebenen Verfassungsprinzipien und den Begriffshöfen einer oder mehrerer Grundrechtsgehalte der »Bill of Rights« leitet der U.S. Supreme Court Prinzipien ab, die den sozial-ethischen Wertekonsens der Gesellschaft spiegeln, konkretisieren und gesellschaftlich greifbar machen.⁷¹⁰ Verfassungsbestimmungen reichert der U.S. Supreme Court durch gesellschaftliche Rechtsauffassungen an, die er außerhalb des Verfassungstextes in der Binnenrechtsordnung der Vereinigten Staaten findet: »deeply rooted in this Nation's history and tradition«⁷¹¹.

Weil der Kreis der zwingenden staatlichen Interessen eng gezogen ist, spricht viel dafür, dass sie ihren dogmatischen Ausgangspunkt in den Bestimmungen der Verfassung finden müssen. Dies ist auch deswegen nötig, um einen drohenden Zirkelschluss der obersten amerikanischen Bundesrechtsprechung aufzufangen, wenn der U.S. Supreme Court dem einfachen Gesetzgeber die Verfassungskonkretisierung überantwortet, die das Gericht wiederum bestätigt.

⁷⁰⁶ 502 U.S. 105, 118 (1991) – *Simon & Schuster, Inc. v. Members of N.Y. State Crime Victims Bd.*: »There can be little doubt, on the other hand, that the State has a compelling interest in ensuring that victims of crime are compensated by those who harm them. Every State has a body of tort law serving exactly this interest«.

⁷⁰⁷ BVerfGE 25, 1 (19 f.); *Breuer*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HdBStR VIII, § 171, Rn. 70 ff.; *Mann*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 12, Rn. 133.

⁷⁰⁸ *Galloway*, Loy. L.A. L. Rev. 21 (1988), S. 449 (475): »the Justices add new interests to the list in a casual, off-hand manner suggesting they believe that almost any significant government interest is sufficiently compelling to satisfy strict scrutiny«.

⁷⁰⁹ Vgl. BVerfGE 13, 97 (107); *Mann*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 12, Rn. 131.

⁷¹⁰ 381 U.S. 479, 484 (1965) – *Griswold v. Connecticut*: »[S]pecific guarantees in the Bill of Rights have penumbras, form emanations from those guarantees that help give them life and substance«.

⁷¹¹ 521 U.S. 702, 703 (1997) – *Washington v. Glucksberg*.

a) Staatszielbestimmungen

Als herrschendes Strukturelement bei der Bestimmung eines zwingenden Ziels kommt vorrangig der Verfassungstext in Frage, dessen Ausgangspunkt die Präambel bildet. Die dort verorteten Staatszielbestimmungen der US-amerikanischen Verfassung – Gerechtigkeit, innere und äußere Sicherheit, Wohlstand und Freiheit⁷¹² – können indessen kaum zur Legitimierung einer Grundrechtsverkürzung herhalten. Sie stehen am dogmatischen Endpunkt der aufgeworfenen Frage, leiden an Pauschalität und Rechtsbefehlscharakter. Je abstrakter und unschärfer sich eine Staatszielbestimmung indessen darstellt, desto eher besteht die Gefahr, diese als Abwägungsblankett zur Durchsetzung übergebühlicher Maßnahmen zu missbrauchen. Die Staatszielbestimmungen der amerikanischen Präambel⁷¹³ kommen wie diejenigen des Grundgesetzes – die europäische Intergration und das Friedensgebot⁷¹⁴ – insoweit allein bei der Auslegung anderer Vorschriften des jeweiligen Verfassungstexts zum Tragen⁷¹⁵.

b) Kompetenzbestimmungen

Als anderer Ausgangspunkt kommen die durch die Verfassung verliehenen Kompetenzen des Gesetzgebers in Betracht. Die Verortung von Staatszielbestimmungen in dem Korpus der amerikanischen Verfassung wäre ohne Durchsetzungshebel sinnlos. Mehrere Kompetenztitel des Art. 1 Sec. 8 USC ermächtigen den Kongress, die Wehrbereitschaft zu organisieren. Diese Kompetenzen werden von der »necessary and proper clause« des Art. 1 Sec. 8 USC stabilisiert, der als Abrundungskompetenz dem Gesetzgeber die notwendigen Befugnisse zur Durchsetzung der aufgeführten Kompetenzen verleiht. In einer wertorientierten

⁷¹² Die entscheidende Passage der Präambel lautet: »We the People of the United States ... establish Justice, insure domestic Tranquility, provide for the common defence, promote the general Welfare, and secure the Blessings of Liberty to ourselves and our Posterity«.

⁷¹³ Eine der wenigen Entscheidungen, in denen die Präambel angesprochen wird, ist 197 U.S. 11, 22 (1905) – *Jacobson v. Massachusetts*: »Although that Preamble indicates the general purposes for which the people ordained and established the Constitution, it has never been regarded as the source of any substantive power conferred on the Government of the United States or on any of its Departments«; vgl. *Brazeal*, U. N.H. L. Rev. 9 (2011), S. 425 (426); *Hume*, U. Pa. L. Rev. 164 (2016), S. 1281 (1290 f.); *M. Handler/Leiter/C. Handler*, Cardozo L. Rev. 12 (1990), S. 117 (117).

⁷¹⁴ »Im Bewußtsein seiner Verantwortung vor Gott und den Menschen, von dem Willen be-seelt, als gleichberechtigtes Glied in einem vereinten Europa dem Frieden der Welt zu dienen, hat sich das Deutsche Volk kraft seiner verfassungsgebenden Gewalt dieses Grundgesetz gegeben«.

⁷¹⁵ *Huber*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Präambel, Rn. 12; *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/ders., GG I, Präambel, Rn. 30.

Analyse dieser Kompetenzen leitet der U.S. Supreme Court das Schutzgut »nationale Sicherheit« als Interesse von überragender Wichtigkeit ab.⁷¹⁶

Die »nationale Sicherheit« strahlt in zahlreiche Grundrechtsgruppen und dient als kleinster Nenner einer Vielzahl zwingender Ziele, aus dem das Gericht wiederum die Relevanz anderer, artverwandter Interessen ableitet. Den Schluss von der »nationalen Sicherheit« auf das Interesse an einer schlagfertigen Armee hat der U.S. Supreme Court ebenso bejaht⁷¹⁷ wie die Einberufungspraxis in den Dienst der bewaffneten Streitkräfte,⁷¹⁸ dessen Anerkennung sich das BVerwG demgegenüber sperrt⁷¹⁹. Unstreitig erklärt der U.S. Supreme Court die Bekämpfung von Terrorismus als »urgent objective of the highest order«⁷²⁰. Auch die Durchsetzung umfangreicher Geheimhaltungsmaßnahmen sieht das Gericht als zwingendes Anliegen der Allgemeinheit auf Grundlage der »nationalen Sicherheit«.⁷²¹

c) Freiheitsrechte

Die Durchsetzung öffentlicher Interessen dient auch der Konkretisierung und Effektivierung der Grundrechte. Sie bildet den dogmatischen Rahmen einer wertorientierten Exegese, innerhalb derer der U.S. Supreme Court Spurenelemente zwingender Interessen in den Begriffshöfen der textlich anerkannten Freiheiten findet und durch Gesellschaftsstandards anreichert. Die Gründungsväter der Vereinigten Staaten haben die Grundrechte als bedingungslose Freiheiten konstruiert. Vor allem die Garantien des fünften und vierzehnten Verfassungszusatzes im Kontext der »due process«-Klausel – Leben, Freiheit, Eigentum und Gleichheit⁷²² – bieten eine breite Basis zur Festschreibung zwingender Interessen, um sie auf Kosten anderer Freiheiten durchzusetzen. In gleichem Tenor hat auch

⁷¹⁶ 453 U.S. 280, 307 (1981) – *Haig v. Agee*: »It is »obvious and unarguable« that no governmental interest is more compelling than the security of the Nation«, unter Zitierung von 378 U.S. 500 (1964) – *Aptheker v. Secretary of State*; vgl. 323 U.S. 214, 217 ff. (1944) – *Korematsu v. United States*.

⁷¹⁷ 470 U.S. 598, 612 (1985) – *Wayte v. United States*: »This Court ... has long held that the power »to raise and support armies ... is broad and sweeping«, unter Zitierung von 391 U.S. 367, 377 (1968) – *United States v. O'Brien*.

⁷¹⁸ 470 U.S. 598 (1985) – *Wayte v. United States*.

⁷¹⁹ BVerwGE 35, 146 (149).

⁷²⁰ 561 U.S. 1, 28 (2010) – *Holder v. Humanitarian Law Project* (»PATRIOT Act«).

⁷²¹ 471 U.S. 159, 164 (1985) – *Central Intelligence Agency v. Sims*; 444 U.S. 507, 509 (Fn. 3) (1980) – *Snepp v. United States*; vgl. 548 U.S. 557, 678, 723 – *Hamdam v. Rumsfeld* (Thomas, J., dissenting): »The Government has a compelling interest in protecting both the secrecy of information important to our national security and the appearance of confidentiality so essential to the effective operation of our foreign intelligence service«.

⁷²² Die relevante Passage des fünften Zusatzartikels lautet: »No person ... shall be deprived of life, liberty, or property, without due process of law«; vgl. den Text des vierzehnten Zusatzartikels: »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«.

das BVerfG etwa ein überragend wichtiges Interesse an der Volksgesundheit bejaht.⁷²³

Der Schutz und die Förderung der Prinzipien Leben, Gesundheit und öffentliche Sicherheit sind tief in der Verfassung verwurzelt.⁷²⁴ Abstrakt besehen, ist der Staat ausdrücklich nur verpflichtet, das Allgemeinwohl zu fördern.⁷²⁵ Diese Forderung wird aber an verschiedenen Stellen konkretisiert. Hierzu zählen das Recht auf richterliche Haftprüfung (»habeas corpus«),⁷²⁶ das Verbot strafrechtlicher Verurteilung durch das Parlament (»bill of attainder«)⁷²⁷ und Verfahrensvorgaben für die Verurteilung wegen Verrats⁷²⁸. Andere Bestimmungen regeln die Prozessrechte des Beklagten⁷²⁹ und verpflichten die Staatsmacht, Leib, Leben und Freiheit seiner Bevölkerung zu achten.⁷³⁰ Die Gliedstaaten sind wiederum auf die polizeilichen Schutzgüter Sicherheit, Gesundheitsschutz, Moral und öffentliches Wohlergehen verpflichtet, soweit ihre Maßnahmen nach dem zehnten Verfassungszusatz⁷³¹ nicht in Widerspruch zu der föderalen Gesetzgebung ergehen. Aus diesen Bestimmungen lassen sich im Wege einer wertorientierten Abstraktion zwingende öffentliche Interessen herauslesen, die den Gehalt einer geschriebenen Rechtsposition konkretisieren und gesellschaftlich greifbar machen. In »McNeedy«⁷³² deklariert der Vorsitzende Richter *Roberts* die Blutentnahme zur Beweissicherung eines alkoholisierten Fahrers als zwingendes Interesse, indem er auf die Gesetzgebung der Bundesstaaten verweist.

Der U.S. Supreme Court hat auch zwingende Ziele bestätigt, die er aus einer Zusammenschau mehrerer Schutzgüter der Verfassung ableitet und auf einen gemeinsamen Nenner abstrahiert. Der Verfassungstext sagt bis auf die Förderung der öffentlichen Wohlfahrt und Aspekten des Strafprozesses nichts über die Bekämpfung von Alltagskriminalität aus.⁷³³ In Verbindung mit den Schutzgü-

⁷²³ BVerfGE 7, 377 (414).

⁷²⁴ Vgl. allein die Präambel und den fünften Verfassungszusatz zur US-Verfassung.

⁷²⁵ Vgl. die Präambel und Art. 1 Sec. 8 USC: »general welfare«.

⁷²⁶ Art. 1, Sec. 9, cl. 2 USC: »The privilege of the Writ of Habeas Corpus shall not be suspended, unless when in Cases of Rebellion or Invasion the public Safety may require it«.

⁷²⁷ Art. 1, Sec. 9, cl. 3 USC: »No Bill of Attainder or ex post facto Law shall be passed«.

⁷²⁸ Art. 3, Sec. 3, cl. 1 USC: »No person shall be convicted of Treason unless on Testimony of two Witnesses to the same overt Act, or on Confession in open Court«.

⁷²⁹ Vgl. die Zusatzartikel IV – VIII USC.

⁷³⁰ Zusatzartikel V USC: »No Person shall ... be deprived of life, liberty or property, without due process of law«; Zusatzartikel XIV USC: »[No] State shall deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law«.

⁷³¹ »The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people«.

⁷³² 133 S.Ct. 1552, 1570, 1570 (2013) – *Missouri v. McNeedy* (Roberts, C.J., concurring in part and dissenting in part).

⁷³³ Art. 1, Sec. 9, cl. 2 USC (»habeas corpus«), Art. 1, Sec. 9, cl. 3 und Sec. 10 cl. 1 (»bill of attainder«); Art. 3, Sec. 2, cl. 3 (»trial by court«); Verfassungszusatz V & XIV (»due process«).

tern Leben, Freiheit und Eigentum kann sich ein zwingendes Interesse auf Gewährleistung der inneren Sicherheit ergeben, wenngleich dies zur Folge hat, dass der Staat das verfassungsrechtlich verbrieft Schutzgut Freiheit des Delinquenten verkürzt. Der abwehrrechtliche Grundtenor der amerikanischen Verfassungsdogmatik verkehrt sich in einen Handlungsauftrag des Staates zum Wohle der Allgemeinheit und Wahrung des innerstaatlichen Rechtsfriedens. In »Mendenhall«⁷³⁴ erkannte das Gericht angesichts der verheerenden Wirkungen von Drogen auf die Gesundheit und das Wohlergehen der insbesondere jungen Bevölkerung ein zwingendes Interesse an dem Einsatz verdeckter Ermittler zur Identifikation und Festnahme von Drogenhändlern.⁷³⁵ In Zusammenschau mit den Gehalten des fünften und vierzehnten Verfassungszusatzes hat das Gericht auch die Einhaltung des öffentlichen Haushalts als zwingendes Interesse eingestuft.⁷³⁶

Zur Effektuierung des ungeschriebenen Rechts auf Privatsphäre hat der U.S. Supreme Court dessen Wahrung als zwingendes Ziel klassifiziert. Hierzu gehören Elemente der informationellen⁷³⁷ wie gemeinschaftlichen Privatsphäre innerhalb der Familie,⁷³⁸ der Nachbarschaft⁷³⁹ und der Wohngemeinschaft⁷⁴⁰. Gleich mehrfach schützt die Verfassung das Wahlrecht,⁷⁴¹ aus dem das Gericht verschiedene Interessen als zwingend abgeleitet hat. Den zwingenden Charakter der Korruptionsbekämpfung⁷⁴² veranschaulicht »Buckley v. Valeo«⁷⁴³, wo das Gericht selbst die Bekämpfung nur scheinbarer Korruption betont. Einen mit Art. 20a GG vergleichbaren Verfassungsauftrag hat das Gericht dagegen verneint.⁷⁴⁴

Als unzureichendes Ziel hat der U.S. Supreme Court den Schutz der Ehre und guten Ruf der öffentlichen Hand gegenüber wahren Informationen verwor-

⁷³⁴ 446 U.S. 544 (1980) – *United States v. Mendenhall*.

⁷³⁵ 446 U.S. 544, 561 (1980) – *United States v. Mendenhall*: »The public has a compelling interest in detecting those who would traffic in deadly drugs for personal profit«; vgl. 475 U.S. 412, 426 (1986) – *Moran v. Burbine*; 471 U.S. 1, 10 (1984) – *Tennessee v. Garner*; 434 U.S. 22, 28 ff. (1977) – *Rinaldi v. United States*.

⁷³⁶ Vgl. 476 U.S. 693, 709 f. (1986) – *Bowen v. Roy*.

⁷³⁷ 480 U.S. 39, 59 ff. (1987) – *Pennsylvania v. Ritchie*.

⁷³⁸ 463 U.S. 248, 268, 270 (1983) – *Lehr v. Robertson* (White, J., dissenting); 441 U.S. 380, 401, 402 (1979) – *Caban v. Mohammed* (Stevens, J., dissenting).

⁷³⁹ 458 U.S. 527 (1982) – *Crawford v. Bd. of Educ.*, unter Zitierung von 402 U.S. 1, 28 (1971) – *Swann v. Charlotte-Mecklenburg Bd. of Educ.*

⁷⁴⁰ 447 U.S. 455, 471 (1980) – *Carey v. Brown*.

⁷⁴¹ Vgl. allein die Verfassungszusätze XII (Wahl des Präsidenten); XV (Wahlrecht für Schwarze); XVII (Wahl der Senatoren); XIX (Wahlrecht für Frauen); XXIV (Verbot einer Wahlsteuer); XXVI (Festlegung des Wahlmindestalters auf 18 Jahre).

⁷⁴² 135 S.Ct. 1656, 1667 (2015) – *Williams-Yulee v. Florida Bar*; 410 U.S. 752, 761 f. (1973) – *Rosario v. Rockefeller*; 405 U.S. 330, 348 (1972) – *Dunn v. Blumstein*.

⁷⁴³ 424 U.S. 1 (1976) – *Buckley v. Valeo*.

⁷⁴⁴ Vgl. 559 U.S. 460, 483, 496 (2010) – *United States v. Stevens* (Alito, J., dissenting).

fen.⁷⁴⁵ Da die Amerikaner weder die Menschenwürde als höchsten textlichen Wert in der Verfassung verortet noch ein Sozialstaatsprinzip entwickelt haben, verwundert es nicht, dass der U.S. Supreme Court kein zwingendes Ziel darin erkannt hat, straffälligen Jugendlichen die Resozialisierung in der Gesellschaft zu ermöglichen.⁷⁴⁶ Dies verdeutlicht kontrastreich das BVerfG mit seiner Lebach-Entscheidung, wonach dem Täter nach Verbüßung seiner Strafe ein Anspruch auf Resozialisierung einzuräumen sei.⁷⁴⁷ Überhaupt erkennt der U.S. Supreme Court mangels Etablierung eines allgemeinen Persönlichkeitsrechts und positiven Grundrechtsverständnisses keine sozialstaatlich fundierten Gemeinwohlbelange an.⁷⁴⁸

d) Gleichheitsrechte

Gleichzeitig darf sich der Gesetzgeber schützend vor seine Bürger stellen, um diese vor rassistischen Anfeindungen zu schützen.⁷⁴⁹ Der U.S. Supreme Court verweist auf eine Fortschreibung der »equal protection clause«, sodass den Gliedstaaten etwa ein überragendes Interesse an der Schaffung eines allgemeinen Diskriminierungsverbots einzuräumen sei. Das Postulat nach Gleichbehandlung durch Maßnahmen der Staatsmacht findet sich in dem fünften, drei- und vierzehnten Verfassungszusatz. Aus diesen ziehen die legislativen Organe die Rechtfertigung zum Erlass begünstigender Klassifizierungen (»affirmative actions«), die in ihrem dogmatischen Randbereich besonders kontrovers diskutiert werden.

Als gesichertes Element der höchstrichterlichen Spruchpraxis gilt die Wiedergutmachung vergangener Diskriminierung.⁷⁵⁰ Seit der Grundsatzentscheidung »Brown v. Board of Education«⁷⁵¹ vertritt das Gericht eine Rechtsprechungslinie, nach der die Aufhebung von Rassentrennung in Schulen und öffentlichen Einrichtungen mehr voraussetze als die Unrechtmäßigkeitserklärung vergangener Diskriminierung. Das Gericht achtet auf eine »traditionell rassengrenzte Berufskategorie«⁷⁵², um sicherzustellen, dass eine konkrete Diskriminie-

⁷⁴⁵ 435 U.S. 829, 841 f. (1978) – *Landmark Communications, Inc. v. Virginia*: »injury to official reputation is an insufficient reason«.

⁷⁴⁶ 443 U.S. 97, 104 f. (1979) – *Smith v. Daily Mail Publishing Co.*

⁷⁴⁷ BVerfGE 35, 202 (234): Resozialisierung als »das herausragende Ziel ... des Vollzuges von Freiheitsstrafen«, vgl. BVerfGE 33, 1 (7 f.).

⁷⁴⁸ Ausführlich dazu unten S. 170 ff.

⁷⁴⁹ 505 U.S. 377, 395 (1992) – *R.A.V. v. City of St. Paul*; 468 U.S. 609, 625 (1984) – *Roberts v. United States Jaycees*.

⁷⁵⁰ 133 S.Ct. 2411 (2013) – *Fisher v. University of Texas at Austin*; 539 U.S. 306, 349, 356 ff. (2003) – *Grutter v. Bollinger*; 515 U.S. 200 (1995) – *Adarand Constructors, Inc. v. Peña*; 480 U.S. 149 (1987) – *United States v. Paradise*.

⁷⁵¹ 347 U.S. 483 (1954) – *Brown v. Board of Education*.

⁷⁵² 443 U.S. 193, 209 (1979) – *Steelworkers v. Weber*: »eliminate conspicuous racial imbalance in traditionally segregated job categories«; vgl. auch 480 U.S. 616, 631 (1987) – *Johnson v. Transportation Agency*: »manifest imbalance«.

rung vorliege, deren Bekämpfung in den kompetenziellen Bereich der gesetzgebenden Körperschaften falle.⁷⁵³

In »Grutter v. Bollinger« qualifizierte der U.S. Supreme Court in einer 5:4-Abstimmung erstmals eine multirassisch zusammengesetzte Studierendenschaft an Universitäten als zwingendes Interesse.⁷⁵⁴ Die effektive Teilhabe aller ethnischen Gruppen sei essentiell bei der Ausformung einer organischen und vorurteilsfreien Gesellschaft. Akademische Bildung erfahre im Kontext ethnischer Vielfalt einen erheblichen Mehrwert durch die Auseinandersetzung mit Kommilitonen aus fremden Erfahrungshintergründen. Öffentliche Bildung stelle einen herausragenden Auftrag des Staates dar, der bei der Förderung von Minderheiten einen entscheidenden Anteil an dem Abbau rassistischer Stereotypen und Förderung des gegenseitigen Verständnisses bringe.⁷⁵⁵

Mit der Übernahme des Vorsitzes durch *John Roberts* verfolgt das Gericht eine konservativere Rechtsprechungslinie, die im Bereich der begünstigenden Klassifizierungen zu einer restriktiveren Sicht einlädt. Jüngst verneinte das Gericht etwa ein zwingendes Interesse an der rassischen Diversität an Grund- und Sekundarschulen und verwies auf die Farbenblindheit der Verfassung.⁷⁵⁶ Man mag daher zweifeln, ob das Gericht seine Rechtsprechung im Bereich positiver Diskriminierung weiter ausdehnen wird.

⁷⁵³ 134 S.Ct. 1623 (2014) – *Schuette v. Coalition to Defend Affirmative Action*; 476 U.S. 267, 276 (1986) – *Wygant v. Jackson Bd. of Educ.*: »Societal discrimination, without more, is too amorphous for imposing a racially classified remedy«.

⁷⁵⁴ 539 U.S. 306, 328 (2003) – *Grutter v. Bollinger*: »Today, we hold that the Law School has a compelling state interest in attaining a diverse student body«. Noch in 438 U.S. 256, 311 ff. (1978) – *Regents of Univ. of California v. Bakke* erkannte allein Richter *Powell* hierin ein zwingendes Interesse.

⁷⁵⁵ 539 U.S. 306, 329 ff. (2003) – *Grutter v. Bollinger*: »We have repeatedly acknowledged the overriding importance of preparing students for work and citizenship, describing education as pivotal to »sustaining our political and cultural heritage« with a fundamental role in maintaining the fabric of society«, unter Zitierung von 457 U.S. 202, 221 (1982) – *Plyler v. Doe*; vgl. 354 U.S. 234, 250 (1957) – *Sweezy v. New Hampshire*.

⁷⁵⁶ 551 U.S. 701, 733 (2007) – *Parents involved in Community Schools v. Seattle School District No. 1*; vgl. 133 S.Ct. 2411, 2413 (2013) – *Fisher v. University of Texas at Austin* (Thomas, J., dissenting): »Attaining diversity for its own sake is a nonstarter. As even Grutter recognized, the pursuit of diversity as an end is nothing more than impermissible »racial balancing« ... [D]iversity can only be the *means* by which the University obtains educational benefits; it cannot be an end pursued for its own sake« (Herv. im Orig).

3. Fazit

Mit der »oversimplicity«⁷⁵⁷ der dichotomischen Bestätigung oder Ablehnung eines zwingenden öffentlichen Interesses bringt das amerikanische Schrifttum zum Ausdruck, was die deutsche Rechtswissenschaft der Dreistufenlehre vorwirft: unflexible Stufenbildung einerseits, schmallippige Begründungsansätze, die die Stufen in ungreifbare Schemen auflösen, andererseits.⁷⁵⁸ Warum in den USA ein arbeitsfreier Ruhetag ein zwingendes öffentliches Ziel sein soll, die Resozialisierung straffälliger Jugendlicher hingegen nicht, lässt sich rational nur schwer vermitteln und ist letztlich allein Ausdruck persönlichen Abwägens.

Wenn der U.S. Supreme Court dem Gesetzgeber die Zwecksetzungskompetenz zur eigenständigen Definition zwingender Gemeinschaftsgüter zugesteht, steht das System nicht nur unter dem Verdacht der Manipulation. Es beruht auch auf einem Zirkelschluss: Der einfache Gesetzgeber konkretisiert höherrangiges Verfassungsrecht, das der U.S. Supreme Court bestätigt. Der Auftrag eines Hüters der Verfassung passt nicht in das Bild eines sich der Politik beugenden Gerichts, das als unabhängige Kontrollinstanz in erster Linie dem Freiheitsanspruch der Bürger zu dienen hat.

II. Zweck-Mittel-Relation: »narrowly tailored«

Die Zweck-Mittel-Relation prüft der U.S. Supreme Court an Hand des »narrowly tailored«-Grundsatzes.⁷⁵⁹ Dabei geht es um die Frage, ob der Normbefehl eine direkte Relation zu dem Zweck des gesetzlichen Mittels⁷⁶⁰ aufweist. Als Kontrapunkt zu »rational basis« erlaubt die strenge Zweck-Mittel-Relation keine Abweichungen und bietet dem U.S. Supreme Court ein Kontrollinstrument, das den Ausschluss diskriminierender Motivation verspricht sowie eine übermäßige Beschneidung der Grundrechte verhindert.⁷⁶¹

⁷⁵⁷ *Gottlieb*, B.U. L. Rev. 68 (1988), S. 917 (970).

⁷⁵⁸ *Gusy*, JA 1992, S. 257 (264); *Ossenbühl*, AöR 115 (1990), S. 1 (10 f.); *W. Leisner*, DVBl. 1989, S. 1025 (1029); *Rupp*, AöR 92 (1967), S. 212 (236); *Schwabe*, DÖV 1969, S. 734 (735); vgl. *Schlink*, Abwägung im Verfassungsrecht, S. 59.

⁷⁵⁹ 543 U.S. 499, 505 (2005) – *Johnson v. California*: »narrowly tailored measures that further compelling governmental interests«; 515 U.S. 900, 920 (1995) – *Miller v. Johnson*: »narrowly tailored to achieve a compelling interest«; 410 U.S. 113, 156 (1973) – *Roe v. Wade*; 395 U.S. 621, 627 (1969) – *Kramer v. Union School District*; 394 U.S. 618, 634 (1969) – *Shapiro v. Thompson*; 381 U.S. 479, 485 (1965) – *Griswold v. Connecticut*; 378 U.S. 500, 508 (1964) – *Aptheker v. Secretary of State*; 378 U.S. 398, 406 (1963) – *Sherbert v. Verner*; 310 U.S. 296, 307 f. (1940) – *Cantwell v. Connecticut*. Ohne in der Sache zu unterscheiden 476 U.S. 267, 280 (1986) – *Wygant v. Jackson Bd. of Educ.*: »specifically framed«.

⁷⁶⁰ Zur Legitimität des gesetzlichen Mittels vgl. oben S. 60 ff.

⁷⁶¹ 488 U.S. 469, 472 (2003) – *City of Richmond v. J. A. Croson Co.*: »the means chosen »fit« this compelling goal so closely that there is little or no possibility that the motive for the classification was illegitimate«; *Ely*, *Democracy and Distrust*, S. 146: »demand for an essentially perfect fit«; *Fallon*, UCLA L. Rev. 54 (2007), S. 1267 (1308).

Der »narrowly tailored«-Gedanke bringt die verengte Typisierungskompetenz des verfassungsrechtlichen »Erstinterpreten«⁷⁶² zum Ausdruck: Allein der Gesetzgeber trägt die Legitimationslast bei der Verkürzung eines Grundrechts, die ihm besondere Sorgfaltspflichten im sensiblen Bereich grundrechtlicher Freiheiten auferlegt. Der U.S. Supreme Court prüft Grundrechtseingriffe auf Schwachstellen, indem er das öffentliche Ziel in Bezug zu dem anzuwendenden Mittel setzt. In der blumigen, weniger systematischen Erwägungen zugänglichen Sprache des U.S. Supreme Courts, beschreibt »narrowly tailored« gleichsam das »Schnittmuster«, das der Gesetzgeber bei jeder Grundrechtsverkürzung und Klassifizierung entlang »verdächtiger« Differenzierungsmerkmale anlegen und beachten muss. Der U.S. Supreme Court macht dieses »Schnittmuster« einer gesetzlichen Maßnahme zum Ausgangspunkt einer wertenden Betrachtung, vermittels der eine Verfassungsfrage im Kontext der Gleich- und Freiheitsrechte zu lösen ist. Während der U.S. Supreme Court im Bereich des »rational basis«-Grundsatzes ein Gesetz allein auf den Prüfstand genereller Plausibilitätskriterien stellt, verlangt er unter dem »strict scrutiny test« eine enge Zweck-Mittel-Relation: »[T]he means chosen to accomplish the State's asserted purpose must be specifically and narrowly framed to accomplish that purpose«⁷⁶³.

Der U.S. Supreme Court unterscheidet zwischen zwei Abweichungen von dem Ideal des »narrowly tailored«-Grundsatzes: überweite und defizitäre Typenbildung. Gattungsbegriffe gesetzlicher Tatbestandsmerkmale erfassen in ihrer allgemein-abstrakten Fassung regelmäßig Konstellationen, die nicht oder nicht vollständig ihrem anvisierten Zweck dienen, sodass keine vollständige Korrelation zwischen Tatbestand und Sachverhalt besteht⁷⁶⁴. Eine gesetzliche Maßnahme darf nicht derart abstrakt-allgemein formuliert sein, dass sie eine überflüssige Regulierung abseits des zwingenden Interesses nach sich zieht.⁷⁶⁵ Umgekehrt darf der Gesetzgeber Tatbestandsmerkmale nicht so eng formulieren, dass diese einen Aspekt nicht erfassen, dessen Regelung der Gesetzgeber gerade beabsichtigte. Andernfalls leidet die Maßnahme an einem Regelungsdefizit, das die Förderung ihres Zwecks gefährdet.⁷⁶⁶ Eine Störung in der Relationsdichte zwischen Zweck

⁷⁶² Kirchhof, in: FS Lerche, S. 133 (148).

⁷⁶³ 476 U.S. 267, 280 (1986) – *Wygant v. Jackson Bd. of Educ.*; 492 U.S. 115, 126 (1989) – *Sable Communications v. FCC*: »the means must be carefully tailored to achieve those ends«.

⁷⁶⁴ Petersen, Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle, S. 128; Weyreuther, DÖV 1997, S. 521 (521).

⁷⁶⁵ 133 S.Ct. 2411, 2419 ff. (2013) – *Fisher v. University of Texas at Austin*; 502 U.S. 105, 121 ff. (1991) – *Simon & Schuster, Inc. v. Members of the N. Y. State Crime Victims Bd.*; 435 U.S. 765, 792 ff. (1978) – *First National Bank v. Bellotti*. Stock spricht von einem »Rundumschlag« der gesetzlichen Maßnahme, Meinungs- und Pressefreiheit in den USA, S. 97.

⁷⁶⁶ 508 U.S. 520, 547 (1993) – *Church of the Lukumi Babalu Aye, Inc. v. City of Hialeah*: »It is established in our strict scrutiny jurisprudence that »a law cannot be regarded as protecting an interest of »the highest order« ... when it leaves appreciable damage to that supposedly vi-

und Mittel lässt das Gericht an der Aufrichtigkeit des gesetzgeberischen Motivs zweifeln.⁷⁶⁷

Mit der »narrowly tailored«-Forderung bringt der U.S. Supreme Court im weitesten Sinne zum Ausdruck, was das BVerfG insbesondere in der Erforderlichkeit prüft: Stehen dem Gesetzgeber mildere Alternativen eines geeigneten Mittels zur Verfügung, ist die Relation des Mittels zum Zweck der gesetzlichen Maßnahme nicht dicht genug. Dies ist das Kernanliegen jeder Prüfung an Hand des strengen Kontrollmaßstabs:

»The essence of narrow tailoring« is »focusing on the source of the evils the Government seeks to eliminate without significantly restricting a substantial quantity of speech that does not create the same evil«⁷⁶⁸.

1. Effektive Zweckförderung

In einem ersten Schritt prüft der U.S. Supreme Court wie das BVerfG die instrumentelle Tauglichkeit des Mittels, stellt aber andere Anforderungen an dessen Qualität. Anders als in Deutschland muss das Mittel die Prognose erlauben, dass es den anvisierten Zweck mit hinreichender Wahrscheinlichkeit erreichen wird. Wenn der U.S. Supreme Court bereits im Anwendungsbereich des mittleren Kontrollmaßstabs von dem Instrument die »unmittelbare und wesentliche«⁷⁶⁹ Förderung des Zwecks verlangt, steht fest, dass vom »Schritt in die richtige Richtung«⁷⁷⁰ und der Befugnis zur Prognose hinsichtlich des Steuerungserfolgs einer Maßnahme erst Recht unter dem strengen Kontrollmaßstab kaum etwas überbleibt.⁷⁷¹ Zwar ist auf den ersten Blick hiermit nur scheinbar etwas gewonnen, wenn man das Unmittelbarkeitskriterium als »Verlegenheitsbegriff« versteht, der letztlich nur dafür stehe, »nicht ganz präzise angeben zu können,

tal interest unprohibited«, unter Zitierung von 491 U.S. 524, 542, 542 (1989) – *Florida Star v. B.J.F.* (Scalia, J., concurring in part).

⁷⁶⁷ 512 U.S. 43, 52 (1994) – *City of Ladue v. Gilleo*: »diminish the credibility of the government's rationale«; vgl. 536 U.S. 765, 780 (2002) – *Republican Party of Minnesota v. White*.

⁷⁶⁸ 520 U.S. 180, 216 (1997) – *Turner Broadcasting System, Inc. v. FCC*, unter Zitierung von 491 U.S. 781, 799 (Fn. 7) (1989) – *Ward v. Rock against Racism*.

⁷⁶⁹ 507 U.S. 761, 762 (1993) – *Edenfeld v. Fane*: »direct and material«; 447 U.S. 557, 566 (1980) – *Central Hudson Gas & Electric Corp. v. Public Service Commission of New York*: »we must determine whether the regulation directly advances the governmental interest asserted«; 457 U.S. 596, 610 (1982) – *Globe Newspaper Co. v. Superior Court*: »advance that interest in an effective manner«; 444 U.S. 620, 638 (1980) – *Schaumburg v. Citizens for Better Environment*: »substantial relationship«; *Gunther*, Harv. L. Rev. 86 (1972), S. 1 (20): »legislative means must substantially further legislative ends«; *Kelso*, U. Rich. L. Rev. 28 (1994), S. 1279 (1292).

⁷⁷⁰ *A. Leisner*, DÖV 1999, S. 807 (814); vgl. zum »rational basis test« oben S. 48 ff.

⁷⁷¹ Ungenau daher *P. Schmidt*, der das Förderungskriterium einerseits mit der deutschen Geeignetheit vermengt, andererseits nicht zwischen »rational basis«, dem mittleren und strengen Kontrollmaßstab unterscheidet, Meinungsfreiheit und Religion, S. 73, 230.

was überhaupt gemeint sei⁷⁷². Im rechtsvergleichenden Kontext gewinnt das Kriterium aber jedenfalls insoweit an Klarheit, als dass der U.S. Supreme Court mehr als die bloße Zweckförderung voraussetzt und den Kreis der in Frage kommenden Maßnahmen enger zeichnet als die Richter in Karlsruhe.

Dem fügt sich ein, dass der U.S. Supreme Court in den Jahren 1963 und 1976 gleich zweimal klargestellt hat, dass eine allein »rationale Relation« zwischen Mittel und Zweck nicht ausreicht.⁷⁷³ Und bereits 1982 konkretisiert das Gericht, dass das Mittel den Zweck in einer »effizienten Art und Weise« fördern müsse.⁷⁷⁴ Dies muss nicht das optimale Mittel sein,⁷⁷⁵ aber doch eben eins, das eine hinreichende Zweckerreichungsprognose verspricht.⁷⁷⁶ *Volokh* spricht von einer »sufficiently persuasive common-sense foundation«⁷⁷⁷, wo deutsche Autoren die Geeignetheit darauf beschränken, dass »der Zustand, den der Staat durch das Mittel des Eingriffs schafft, und der Zustand, in dem der verfolgte Zweck als verwirklicht zu betrachten ist, in einem durch bewährte Hypothesen über die Wirklichkeit vermittelnden Zusammenhang stehen«⁷⁷⁸ sollen. So ergibt sich auf der gegenüberliegenden Seite des Atlantiks ein anderes Bild: Das BVerfG fragt in einer ex ante-Betrachtung nach der »Beurteilung der Verhältnisse, die dem Gesetzgeber bei der Vorbereitung des Gesetzes möglich war«⁷⁷⁹. Hieraus lässt sich folgern, dass das BVerfG im Zeitpunkt der Entscheidung selbst gar keine tatsächliche Förderung des Mittels verlangt. Fördert das Mittel nicht nur den anvisierten Zweck und zieht schädliche Nebenwirkungen mit sich, mindert dies ländereübergreifend wiederum seine Qualität.⁷⁸⁰

Zwei Entscheidungen mögen dieses Verständnis konkretisieren. In »United States v. Grace«⁷⁸¹ entschied das Gericht über ein Demonstrationsverbot auf den Fußgängerwegen, die an das Gebäude des U.S. Supreme Courts grenzten. Der Gesetzgeber rechtfertigte dieses Verbot mit der öffentlichen Sicherheit und der Funktionsfähigkeit des Gerichts. Er machte jedoch keine Angaben hinsichtlich

⁷⁷² *Nipperdey*, NJW 1967, S. 1985 (1990); vgl. *Hartmann*, Öffentliches Haftungsrecht, S. 199; *Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht, S. 254.

⁷⁷³ 427 U.S. 347, 362 (1976) – *Elrod v. Burns*: »it is not enough that the means chosen in furtherance of the interest be rationally related to that end«; 374 U.S. 398, 406 (1963) – *Sherbert v. Verner*: »It is basic that no showing merely of a rational relationship to some colorable state interest would suffice«; vgl. 468 U.S. 364, 396 f. (1984) – *FCC v. League of Women Voters*; 443 U.S. 97, 104 f. (1979) – *Smith v. Daily Mail Publishing Co.*

⁷⁷⁴ 457 U.S. 596, 610 (1982) – *Globe Newspaper Co. v. Superior Court*.

⁷⁷⁵ 427 U.S. 347, 364 (1976) – *Elrod v. Burns*; 384 U.S. 214, 220 (1966) – *Mills v. Alabama*; vgl. 424 U.S. 1, 235, 239 (1976) – *Buckley v. Valeo* (Burger, C.J., dissenting).

⁷⁷⁶ 476 U.S. 947, 968 ff. (1984) – *Secretary of State of Maryland v. Munson Co.*; 412 U.S. 94, 127 (1973) – *CBS v. Democratic National Committee*.

⁷⁷⁷ *Volokh*, U. Pa. L. Rev. 114 (1996), S. 2417 (2422).

⁷⁷⁸ *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, Rn. 334.

⁷⁷⁹ BVerfGE 30, 250 (263); 25, 1 (12).

⁷⁸⁰ Vgl. 427 U.S. 347, 369 f. (1976) – *Elrod v. Burns*.

⁷⁸¹ 461 U.S. 171 (1983) – *United States v. Grace*.

einer konkreten Gefährdung. Der U.S. Supreme Court verwarf das Verbot mit der Begründung, dass der Maßnahme eine direkte Relation zu ihrem Zweck fehle, weil ein Demonstrationsverbot weder den Schutz der öffentlichen Ordnung noch das Anstandsgefühls auf dem Gelände des U.S. Supreme Courts effektiv fördere. In einem anderen Fall verneinte das Gericht die Effektivität eines Gesetzes zum Schutze der Privatsphäre Jugendlicher, das es ausdrücklich Printmedien, aber nicht elektronischen Medien untersagte, die Namen jugendlicher Straftäter zu veröffentlichen.⁷⁸² Das BVerfG wäre wohl zu einem anderen Ergebnis gekommen, denn das eine wie das andere Mittel mag zwar nicht hinreichend effektiv gewesen sein, aber eben auch nicht »schlechthin ungeeignet«⁷⁸³, den anvisierten Zweck zu erreichen. Die effektive Förderung eines Mittels problematisiert der U.S. Supreme Court indessen so selten wie die heimischen Verfassungsrichter die Geeignetheit.⁷⁸⁴ Dies mag als Nachweis dafür dienen, dass der Grundsatz effektiver Zweckförderung nur selten Probleme aufwirft.

2. Erforderlichkeit

Die Erforderlichkeit bildet einen länderübergreifenden Schwerpunkt der verfassungsgerichtlichen Kontrolle. Bei der Geeignetheit und der Erforderlichkeit geht es beide Male um die Wirksamkeit des gesetzlichen Mittels. Indem das BVerfG im Rahmen der Geeignetheitsprüfung fragt, ob das Mittel den Zweck überhaupt fördert und der U.S. Supreme Court dieselbe Frage mit der hinreichenden Effektivität der Zweckförderung beantwortet haben möchte, zeigen die Gerichte im Rechtsvergleich (zunächst) ein gleiches Verständnis von Erforderlichkeit. Für den U.S. Supreme Court gilt die Maxime der deutschen Verfassungsrechtsprechung: »nur was geeignet ist, kann auch erforderlich sein«⁷⁸⁵. Die Betonung des Abwehrrechts in den USA und der »abwehrrechtliche Duktus«⁷⁸⁶ der deutschen Grundrechte gebieten es, dass der Gesetzgeber die Freiheit des Einzelnen nicht beschränken darf, wenn derselbe Erfolg mit einer weniger einschneidenden Maßnahme zu erreichen wäre.⁷⁸⁷ Der Eingriff muss die geringstmögliche Verlet-

⁷⁸² 135 S.Ct. 1656, 1668 (2015) – *Williams-Yulee v. Florida Bar*, mit Hinweis auf 443 U.S. 97, 104 f. (1979) – *Smith v. Daily Mail Publishing Co.*

⁷⁸³ Vgl. BVerfGE 30, 250 (263); 19, 119 (126 f.); 17, 306 (317). Das Gericht hat etwa das Verbot von Mitfahrzentralen (BVerfGE 17, 306 [316 f.]) und Regelungen des Volkshausungsgesetzes von 1983 (BVerfGE 61, 1 [56]) wegen Ungeeignetheit für nichtig erklärt.

⁷⁸⁴ Zur Geeignetheitsprüfung einer Maßnahme durch das BVerfG vgl. bereits oben S. 78 ff.

⁷⁸⁵ *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, Rn. 339.

⁷⁸⁶ *Isensee*, in: ders./Kirchhof (Hrsg.), HdBStR V, § 111, Rn. 10.

⁷⁸⁷ 542 U.S. 564, 572 (2002) – *Aschcroft v. American Civil Liberties Union*: »least restrictive alternative«; 529 U.S. 803, 813 (2000) – *United States v. Playboy Entertainment Group, Inc.*; 492 U.S. 115, 126 (1989) – *Sable Communications v. FCC*; vgl. 491 U.S. 524 (1989) – *Florida Star v. BJJF*.

BVerfGE 121, 317 (354); 117, 163 (189); 92, 262 (273); 90, 145 (172); 85, 360 (376); 81, 156 (192 f.); 80, 1 (30); 67, 157 (173, 176); 63, 88 (115); 53, 135 (145); 41, 378 (396); 40,

zung darstellen, der Einzelne darf durch die gesetzliche Maßnahme nicht übermäßig belastet werden: »The breadth of legislative abridgment must be viewed in the light of less drastic means for achieving the same basic purpose«⁷⁸⁸.

Der Gesetzgeber muss nach länderübergreifenden Maßstäben das »Gebot des Interventionsminimums«⁷⁸⁹ achten: Die Maßnahme muss überhaupt und zu dem bestimmten Zeitpunkt notwendig sein und unnötige Schärfen vermeiden.⁷⁹⁰ Der Gesetzgeber darf keine generellen Verbote erlassen, wenn und soweit Ausnahmen möglich sind. So ist es dem Gesetzgeber verwehrt, das Verbot mit Erlaubnisvorbehalt zu wählen,⁷⁹¹ wenn eine Erlaubnis mit Verbotsvorbehalt genügen würde. Der Gesetzgeber kann auch verpflichtet sein, einen differenzierten Adressatenkreis zu statuieren, damit bestimmte Gruppen nicht übermäßig belastet werden.⁷⁹²

Die Bedingungen, Zusammenhänge und empirischen Beurteilungen zwischen dem Zweck einer gesetzlichen Maßnahme und ihrem anvisierten Erfolg sind mitunter sehr komplex, sodass beide Gerichte dem Gesetzgeber einen Einschätzungsspielraum zugestehen. Regelmäßig betont das BVerfG, dass es »den Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers bei Entscheidungen mit Prognosecharakter«⁷⁹³ achte. Nach dieser Einschätzungsprärogative werden seitens des Gesetzgebers für erforderlich gehaltene Maßnahmen nur beanstandet, wenn nach den dem Gesetzgeber bekannten Tatsachen und gemachten Erfahrungen gleich geeignete, aber weniger einschneidende Maßnahmen feststellbar gewesen wären. Wiewohl unter dem BVerfG Zweifel zu Gunsten des Gesetzgebers gehen, stellt es diesen nicht davon frei, die »ihm zugänglichen Erkenntnisquellen«⁷⁹⁴ auszuschöpfen, bevor er die Regelung verabschiedet. Sobald der Gesetzgeber in einen

371 (383); 39, 210 (230); 36, 47 (63 f.); 34, 71 (78); 33, 171 (187); 30, 292 (316); 25, 1 (18).

⁷⁸⁸ 364 U.S. 479, 488 (1960) – *Shelton v. Tucker*; vgl. 536 U.S. 765, 775 (2002) – *Republican Party of Minnesota v. White*: »to show that the [statute] is narrowly tailored [the government] must demonstrate that it does not »unnecessarily circumscrib[e] protected expression«, unter Zitierung von 456 U.S. 45, 54 (1982) – *Brown v. Hartlage*; 395 U.S. 621, 632 (1969) – *Kramer v. Union Free School District No. 15*: »the classification must be tailored so that the exclusion of appellant and members of his class is necessary to achieve the articulated state goal«.

⁷⁸⁹ BVerwGE 46, 175 (186).

⁷⁹⁰ Vgl. BVerfGE 66, 337 (354 f.); 63, 88 (Ls.); *Speck/Yokum*, Ariz. L. S. 15-12 (2015), S. 1 (24).

⁷⁹¹ BVerfGE 20, 150 (161 f.).

⁷⁹² 539 U.S. 306, 341 (2003) – *Grutter v. Bollinger*; 427 U.S. 347 (1976) – *Elrod v. Burns*; BVerfGE 68, 115 (173); 65, 116 (126); 59, 336 (356).

⁷⁹³ BVerfGE 62, 1 (50).

⁷⁹⁴ BVerfGE 50, 290 (334): Der Gesetzgeber »muss die ihm zugänglichen Erkenntnisquellen ausgeschöpft haben, um die voraussichtlichen Auswirkungen seiner Regelung so zuverlässig wie möglich abschätzen zu können«; vgl. BVerfGE 65, 1 (55); 57, 139 (160).

sensiblen Freiheitsbereich eingreift, kann er die Maßnahme »entschärfen«⁷⁹⁵, indem er Alternativmaßnahmen, Ausnahmetatbestände und zeitlich flexible Grenzen inkorporiert.

Ein Mittel ist nicht erforderlich, wenn eine Alternativmaßnahme existiert, die den Schutzbereich eines Grundrechts weniger belastet als das vom Gesetzgeber ursprünglich gewählte Mittel.⁷⁹⁶ Die Prüfung der Erforderlichkeit unternehmen die obersten Verfassungsgerichte an Hand eines Vergleichs von Regelungsalternativen und deren tatsächlichen Auswirkungen: »serious, good faith consideration of workable ... alternatives«⁷⁹⁷. Der Gesetzgeber muss nicht jede denkbare Alternative auf den Prüfstand der Erforderlichkeit stellen,⁷⁹⁸ aber mit besonderer Sorgfalt untersuchen, ob weniger einschneidende Maßnahmen existieren.⁷⁹⁹ Auch Gesichtspunkte der Kosten-Nutzen-Kalkulationen spielen zunehmend eine Rolle.⁸⁰⁰ Auf diese Weise bietet die Erforderlichkeit dem U.S. Supreme Court eine Filterfunktion solche Maßnahmen auszusondern, die allein eine »rational basis« darstellen.

a) Strenge Erforderlichkeit in den USA

Der dem Gesetzgeber eingeräumte Entscheidungsspielraum wirkt sich konkret da aus, wo er an der Effektivität einer Maßnahme rührt. Zwar sprechen das BVerfG und der U.S. Supreme Court eine ähnliche Sprache der Erforderlichkeit, doch ist die Handschrift eine andere. Nach deutschem Verständnis ist der Grad der Zweck-erreichung durch die Effektivität des Mittels vorgegeben. Ein Mittel bleibt erforderlich, selbst wenn mit erheblich milderem Mitteln dem gesetzlichen Zweck nur geringfügig weniger gedient würde.⁸⁰¹ Dies gilt auch dann, wenn alternative Maßnahmen einige Zwecke effektiv, aber nicht alle Zwecke gleich wirksam erreichen würden.⁸⁰²

Während im Bereich der Sozial-, Kultur- und Wirtschaftsgesetzgebung regelmäßig Wahlfreiheit im Bereich des »rational basis test« herrscht, gewährt der

⁷⁹⁵ *Doukas*, Parameter positiver Diskriminierung, S. 107.

⁷⁹⁶ Inkonsequent daher in 405 U.S. 330, 359 f. (1972) – *Dunn v. Blumstein*.

⁷⁹⁷ 539 U.S. 306, 340 (2003) – *Grutter v. Bollinger*.

⁷⁹⁸ 133 S.Ct. 2411, 2420 (2013) – *Fisher v. University of Texas at Austin*; 539 U.S. 306, 339 f. (2003) – *Grutter v. Bollinger*.

⁷⁹⁹ 134 S.Ct. 2751, 2781 (2014) – *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*; 133 S.Ct. 2411, 2420 (2013) – *Fisher v. University of Texas at Austin*; 539 U.S. 194, 207 (2003) – *United States v. American Library Association, Inc.*; 478 U.S. 328, 357 (1986) – *Posadas de P.R. Assocs. v. Tourism Co.*; 444 U.S. 620, 636 ff. (1980) – *Schaumburg v. Citizens for Better Environment*; 431 U.S. 678, 691 (1977) – *Carey v. Population Services International*; 394 U.S. 618, 627 (1969) – *Shapiro v. Thompson*.

⁸⁰⁰ 134 S.Ct. 2751, 2781 (2014) – *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*; 529 U.S. 803, 824 (2000) – *United States v. Playboy Entertainment Group, Inc.*

⁸⁰¹ *Michael/Morlok*, Grundrechte, Rn. 622.

⁸⁰² *Michael*, JuS 2001, S. 654 (657).

U.S. Supreme Court bei »strict scrutiny« nur wenig Spielraum. Dies verdeutlicht der Vergleich mit dem BVerfG, wo sich die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers in der Erforderlichkeit fortsetzt.⁸⁰³ Wenn das BVerfG ein weniger intensives Mittel findet, wird dessen Existenz zwar eingeräumt, aber oftmals festgestellt, dass dieses Mittel nicht gleich wirksam sei⁸⁰⁴ oder eine ungleiche Lastenverteilung vergleichbarer Gruppen nach sich zöge⁸⁰⁵. Der gesetzgeberische Entscheidungsspielraum führt dazu, dass das BVerfG die Erforderlichkeit eines Mittels nur in wenigen Fällen verneint hat.⁸⁰⁶ Wenn das BVerfG die »eindeutige«⁸⁰⁷ Feststellung fordert, dass andere, weniger einschneidende Mittel zur Verfügung stehen, reduziert sich die Erforderlichkeit auf eine Evidenzkontrolle,⁸⁰⁸ die unterhalb des Maßes richterlicher Prüfung in Übersee rangiert, wenn der U.S. Supreme Court den »absoluten Nachweis« (»ultimate burden of demonstrating«⁸⁰⁹) verlangt, dass mildere Alternativen nicht ausreichen, den anvisierten Erfolg zu erreichen.

Ein solches Verständnis von Erforderlichkeit ist aus deutscher Sicht notwendig und lässt sich durch einen Vergleich mit der amerikanischen Kontrollpraxis nachvollziehen. Wenn das BVerfG allein die abstrakte Möglichkeit der Zweckerreichung⁸¹⁰ voraussetzt, bliebe auch ein weniger wirksames Mittel geeignet, selbst wenn es viel intensiver in das Grundrecht eingreift als ein alternatives Mittel. Würde das BVerfG nicht ein mindestens gleich wirksames Mittel in der Erforderlichkeit voraussetzen, würde die Verfassungswidrigkeit dieses Mittels nur mehr aus dem schwierigen Angemessenheitskriterium folgen.⁸¹¹ Dieses Problem stellt sich in den USA nicht, weil nach amerikanischem Verständnis ein Mittel seinen Zweck nicht nur abstrakt, sondern effektiv fördern muss.

Der U.S. Supreme Court prüft vor diesem Hintergrund mit einem Verständnis strenger Erforderlichkeit,⁸¹² woran das Gros der gesetzlichen Maßnahmen⁸¹³ scheitert und das dem Maßstab seinen »strict in theory and fatal in fact«-

⁸⁰³ Vgl. BVerfGE 105, 17 (34); 104, 337 (347 f.); 102, 197 (218); 88, 203 (262); 77, 170 (215); 55, 28 (29 f.).

⁸⁰⁴ BVerfGE 125, 260 (318); *H.-P. Schneider*, in: Merten/Papier (Hrsg.), HdBGR V, § 113, Rn. 158.

⁸⁰⁵ BVerfGE 123, 186 (243 f.).

⁸⁰⁶ Etwa BVerfGE 65, 1 (65 f.) (Volkszählung); 53, 135 (145 ff.) (Kakao-Verordnung); 21, 261 (269 f.) (Arbeitsvermittlungsmonopol).

⁸⁰⁷ BVerfGE 37, 1 (21); vgl. BVerfGE 117, 163 (189); 113, 167 (252 f.); 110, 177 (195); 103, 337 (347 f.); 102, 197 (218); 98, 265 (308 f.).

⁸⁰⁸ *Stern*, Staatsrecht der Bundesrepublik III/2, S. 782.

⁸⁰⁹ 133 S.Ct. 2411, 2420 (2013) – *Fisher v. University of Texas at Austin*.

⁸¹⁰ BVerfGE 115, 276 (308); 90, 145 (172); vgl. auch oben S. 78.

⁸¹¹ *Hartmann*, Öffentliches Haftungsrecht, S. 37.

⁸¹² *E. Sullivan/Frase*, Proportionality Principles in American Law, S. 59; »strict necessity«.

⁸¹³ 542 U.S. 656, 673 (2004) – *Ashcroft v. ACLU*; 529 U.S. 803, 811 ff. (2000) – *United States v. Playboy Entertainment Group, Inc.*; 505 U.S. 377, 395 f. (1992) – *R.A.V. v. City of St. Paul*; 492 U.S. 115, 131 (1989) – *Sable Communications v. FCC*.

Ruf⁸¹⁴ eingebracht hat. Die Forderung nach der gleichen Effektivität einer Alternative wird seltener und mit keiner vergleichbaren Vehemenz wie durch das BVerfG erhoben.⁸¹⁵ Das oberste amerikanische Bundesgericht fragt nicht nach der vom BVerfG geforderten »eindeutig gleichwertigen Alternative«⁸¹⁶, sondern offenbart mit der Suche nach »the least restrictive means among available, effective alternatives«⁸¹⁷, dass es ihm auf Ebene der Erforderlichkeit weniger auf die Einhegung mindestens gleichwertiger Mittel ankommt als auf eine Effektivierung der Grundrechte »for it is important to ensure that legitimate [conduct] is not chilled or punished«⁸¹⁸. Existiert demnach eine Alternative, die den Zweck der Maßnahme zwar weniger wirksam erreichen, das Grundrecht aber weniger belasten würde, würde diese Alternative eher bestätigt als unter dem BVerfG. Gegenüber dem amerikanischen Gesetzgeber herrscht ein größeres Misstrauen, das Zweifel zu Lasten des Gesetzgebers verlagert. Dies gilt selbst bei der Beurteilung der oftmals komplexen empirischen Zusammenhänge zwischen der gesetzlichen Maßnahme und der ihr zugesprochenen Wirkung. Das Verlangen nach der »in jeder Hinsicht«⁸¹⁹ sachlichen Gleichwertigkeit bei dem als Alternative vorgeschlagenen Eingriff unterstreicht kontrastreich den Vertrauensvorschuss gegenüber dem deutschen Gesetzgeber.

Mit diesem Verständnis von Erforderlichkeit beschäftigte sich der U.S. Supreme Court in »Ashcroft«⁸²⁰ mit dem »Child Online Protection Act« (COPA). Der COPA zielte auf den Schutz minderjähriger Internetnutzer ab, die keinen pornographischen Darstellungen ausgesetzt werden sollten. Der COPA nahm die kommerziellen Anbieter pornographischer Webseiten in Anspruch, aufwendige Sicherheitsvorkehrungen zur Altersverifizierung seiner Mitglieder zu treffen. Der U.S. Supreme Court wertete diese Verpflichtung als rechtswidrige Verkürzung der Redefreiheit und hob das Gesetz mit der Begründung auf, der Gesetzgeber habe nicht das mildeste Mittel zum Schutze der minderjährigen Internetnutzer gewählt. Schließlich hätte der Gesetzgeber auch die Anwendung eines Softwarefilters in Betracht ziehen können, der ein weniger einschneidendes

⁸¹⁴ Gunther, Harv. L. Rev. 86 (1972), S. 1 (8).

⁸¹⁵ Eine der wenigen Entscheidungen: 427 U.S. 347, 373 (1976) – *Elrod v. Burns*: »equally effective«.

⁸¹⁶ BVerfGE 40, 371 (383); 33, 171 (187); 30, 292 (316); 25, 1 (18).

⁸¹⁷ 542 U.S. 656, 666 (2004) – *Ashcroft v. ACLU*; 535 U.S. 564, 572 (2002) – *Ashcroft v. ACLU*: »least restrictive alternative«; 492 U.S. 115, 126 (1989) – *Sable Communications v. FCC*: »least restrictive means«; 438 U.S. 256, 357 (1978) – *Regents of Univ. of California v. Bakke*: »statute can be justified only ... if no less restrictive alternative is available«; 411 U.S. 1, 17 (1973) – *San Antonio Independent School District v. Rodriguez*: Verpflichtung auf »less drastic means«; 405 U.S. 330, 353 (1972): »least restrictive means«.

⁸¹⁸ 542 U.S. 656, 666 (2004) – *Ashcroft v. ACLU*.

⁸¹⁹ BVerfGE 81, 70 (91).

⁸²⁰ 542 U.S. 656 (2004) – *Ashcroft v. ACLU*.

Mittel zum Schutze Minderjähriger böte.⁸²¹ Richter *Breyer* kritisiert in seinem ablehnendem Votum, dass bereits eine breite Auswahl effektiver Filtersoftware existiere, die Eltern diese nur nicht konsequent anwendeten.⁸²² Unter diesen Umständen würde ein Filter zwar ein gewisses Maß an Sicherheit bieten, die Gefahr, dass Kinder pornografischen Inhalten ausgesetzt würden, aber nicht beseitigen. In Kriterien der Erforderlichkeit böte der Softwarefilter mithin ein milderes Mittel, bei dem es aber nicht auf die »in jeder Hinsicht eindeutig feststehende«⁸²³ Gleichwertigkeit ankommt. Das BVerfG hätte die Erforderlichkeit des COPA in Abwesenheit gleich effektiver Mittel daher wohl bestätigt.

Die Betonung der Erforderlichkeit einer Maßnahme bietet dem U.S. Supreme Court einen breiteren Diskussionsraum denkbarer Alternativen. Eine Alternative, die nur einzelne Vorzüge birgt, würde einer Nachprüfung in den USA daher eher standhalten als in Deutschland. Gemessen an Hand des amerikanischen Verständnisses von Erforderlichkeit, ist es unwahrscheinlich, dass der U.S. Supreme Court in der Mietwagen-Entscheidung⁸²⁴ die vom vorlegenden Landgericht aufgezeigten Alternativen wie eine andere Farbgebung der Mietwagen oder Aufenthaltsverbote der Mietwagenbetreiber verworfen hätte.

Der amerikanische Gesetzgeber muss in besonderer Weise den Nachweis führen, dass seine Maßnahme nicht leichtfertig den sensiblen Bereich eines Grundrechts verletzt. Eine gesetzliche Maßnahme ist nicht erforderlich, wenn schon andere Mechanismen zu ihrer Durchsetzung berufen sind. So ist es dem Gesetzgeber verwehrt, Maßnahmen zur Neutralität eines Rundfunksenders zu treffen, wenn bereits umfangreiche Organisationsnormen die Unabhängigkeit der redaktionellen Arbeit bewahren.⁸²⁵ Entscheidend ist die Genauigkeit, mit der sich ein Mittel eines gesellschaftlichen Missstands annimmt. Hier gilt: Ein allgemein formuliertes Gesetz, das den Missstand direkt angeht, ist selbst gegenüber einer effektiven Maßnahme zu bevorzugen, das sich pauschal gegen den Schutzbereich des jeweiligen Grundrechts richtet.⁸²⁶ Dies führt dazu, dass selbst »Hassrede«, die in Deutschland als Volksverhetzung (§ 130 StGB) bis zu fünf Jahre Freiheitsstrafe androht, im Grundsatz erlaubt ist. In »St. Paul«⁸²⁷ unterlag der kommunale Gesetzgeber mit einem Verbot, das das Verbrennen eines Kreuzes als symbolhaften Ausdruck aktiven Rassismus unter Strafe stellte.⁸²⁸ Dass der

⁸²¹ 542 U.S. 656, 667 ff. (2004) – *Ashcroft v. ACLU*.

⁸²² 542 U.S. 656, 676, 684 (2004) – *Ashcroft v. ACLU* (Breyer, J., dissenting).

⁸²³ BVerfGE 30, 292 (319).

⁸²⁴ BVerfGE 81, 70.

⁸²⁵ 422 U.S. 205, 215 (1975) – *Erznoznik v. Jacksonville*.

⁸²⁶ 134 S.Ct. 2518, 2538 (2014) – *McCullen v. Coakley*: »targeted means«; *Stock*, Meinungs- und Pressefreiheit in den USA, S. 102.

⁸²⁷ 505 U.S. 377 (1992) – *R.A.V. v. St. Paul*.

⁸²⁸ St. Paul, Minnesota, Legislative Code, Sec. 292.02 (1990): »Whoever places on public or private property a symbol, object, appellation, characterization or graffiti, including, but not limited to, a burning cross or Nazi swastika, which one knows or has reasonable grounds to

Gemeinderat von St. Paul das Verbrennen von Kreuzen mit Strafe bewehrt, ist für den U.S. Supreme Court »precisely what the First Amendment forbids«⁸²⁹: Zensur. Das grundlegende Interesse der Stadt am Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung ließe sich ebenso durch ein Verbot erreichen, das nicht bestimmte Arten von Rede »herauspicke« und bestrafe. Die höhere Zweckförderung und die Kosten einer Alternativmaßnahme spielen nur eine untergeordnete Rolle und der Gesetzgeber hat zum Preis effektiven Grundrechtsschutzes Nachteile hinzunehmen.⁸³⁰

Komplexer sind die Konstellationen, in denen der U.S. Supreme Court im Bereich knapp vorhandener Leistungen und Ausbildungsplätze urteilt, sodass die Vorteilsgewährung einer Randgruppe zu Lasten der Mehrheit ergeht. Hierunter fällt insbesondere der Bereich der begünstigenden Klassifizierungen. In »Fullilove v. Klutznik«⁸³¹ entschied der U.S. Supreme Court über ein Gesetz, das die hinkende Konjunktur »ankurbeln« sollte. Zu diesem Zweck wurden Bundesgelder unter der Bedingung verteilt, dass 10% der Mittel an Bauunternehmer zu vergeben seien, die von rassischen Minderheiten geführt würden. Gemessen an dem »strict scrutiny«-Kontrollmaßstab entschied das Gericht, dass der Kongress das mildeste Mittel gewählt habe. Dies ergebe sich aus der zeitlichen Befristung der Maßnahme und der Tatsache, dass sie einen Mittelwert zwischen dem Anteil von Minderheitenunternehmen und dem Anteil von Minderheiten an der Gesamtbevölkerung bilde.

b) Angemessenheit

Eine Abwägung zwischen Zweck und Mittel bildet den Schlussstein des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit. Man mag auch sagen, dass sämtliche vorhergehenden Schritte eine Art vorgeschaltete »Filterfunktion« erfüllen, die nunmehr in einer Gegenüberstellung von Nutzen und Nachteilen der Maßnahme aufgehen. Das BVerfG spricht von der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn,⁸³² die

know arouses anger, alarm or resentment in others on the basis of race, color, creed, religion or gender commits disorderly conduct and shall be guilty of a misdemeanor«.

⁸²⁹ 505 U.S. 377, 396 (1992) – *R.A.V. v. St. Paul*: »An ordinance not limited to the favored topics, for example, would have precisely the same beneficial effect. In fact the only interest distinctively served by the content limitation is that of displaying the city council's special hostility towards the particular biases thus singled out. That is precisely what the First Amendment forbids«.

⁸³⁰ 134 S.Ct. 2518, 2540 (2014) – *McCullen v. Coakley*: »the prime objective of the First Amendment is not efficiency«; 448 U.S. 555, 581 (1980) – *Richmond Newspapers, Inc. v. Virginia*; 308 U.S. 147, 162 (1939) – *Schneider v. State*.

⁸³¹ 448 U.S. 448 (1980) – *Fullilove v. Klutznik*.

⁸³² BVerfGE 105, 17 (34 ff.); 104, 337, (347 ff.); 103, 293 (306 ff.); 92, 277 (326 f.); aus dem Schrifttum etwa *Wendt*, AöR 104 (1979), S. 414 (415).

Literatur von Proportionalität⁸³³ oder Angemessenheit⁸³⁴ staatlichen Handelns. Gemeint ist mit diesen Bezeichnungen, dass der Grundrechtseingriff in »angemessenem Verhältnis zu dem Gewicht und der Bedeutung des Grundrechts«⁸³⁵ stehen muss. Belastungswirkung und der Nutzen des Eingriffs sind in der Weise zuzuordnen, dass die Grenze der Zumutbarkeit gewahrt wird.⁸³⁶ Die Angemessenheit ist eine Güterabwägung, in der die Intensität des Eingriffs in das geschützte Rechtsgut dem Gewicht des verfolgten Zwecks gegenübergestellt wird.⁸³⁷

aa) Grundsätzliches Fehlen im US-amerikanischen Recht

Wenn der U.S. Supreme Court urteilt, »in achieving that end ... the benefit gained must outweigh the loss of the constitutionally protected rights«⁸³⁸, würde man eine vergleichbare Abwägungstechnik erwarten, nach der ein Gesetz nicht angemessen sein kann, wenn es schon nicht erforderlich ist. Tatsächlich folgt der U.S. Supreme Court »proportionality principles« in geringerem Maße als ein deutscher Verfassungsjurist erwarten würde. Richter *Kennedy* bringt mit der Aussage »this Court has rejected as »startling and dangerous: a »free-floating test for First Amendment coverage ... [based on] an ad hoc balancing of relative social costs and benefits«⁸³⁹ die Ablehnung des U.S. Supreme Courts gegenüber einer mit deutschen Maßstäben vergleichbaren, umspannenden Abwägungstechnik zum Ausdruck.

Das amerikanische Gericht stellt im Gegensatz zum BVerfG den konkreten Grad der Zweckerreichung und das Gewicht des hierzu eingesetzten Mittels der Gefährdungsintensität nach Häufigkeit, Dauer und Ausmaß nicht direkt gegenüber.⁸⁴⁰ Die Betonung des BVerfG, dass seine Kontrolldichte »nicht starr und gleichbleibend«⁸⁴¹ sei, sondern sich nach der Intensität des Eingriffs⁸⁴² bemesse,

⁸³³ *Gentz*, NJW 1968, S. 1600 (1603); *Grabitz*, AöR 98 (1973), S. 568 (571); *Nipperdeyl/Adomeit*, BB 1966, S. 417 (421); *Sachs*, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 20, Rn. 154.

⁸³⁴ *Hartmann*, Öffentliches Haftungsrecht, S. 37; *W. Schmidt*, JZ 1976, S. 32 (32); *Schwan*, DÖV 1975, S. 661 (663).

⁸³⁵ BVerfGE 67, 157 (173).

⁸³⁶ BVerfGE 121, 317 (346); 120, 378 (428); 120, 274 (322); 115, 320 (347); 113, 348 (382); 110, 141 (165); 106, 216 (220); 104, 337 (349); 92, 277 (327); 81, 1 (19); 76, 196 (207); 67, 157 (173, 178); *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, Rn. 340.

⁸³⁷ St. Rspr., vgl. allein BVerfGE 28, 66 (88); 25, 236 (247); 17, 108 (117); 7, 377 (407); *Michael*, JuS 2001, S. 654 (658).

⁸³⁸ 427 U.S. 347, 363 (1976) – *Elrod v. Burns*.

⁸³⁹ 132 S.Ct. 2537, 2544 (2012) – *United States v. Alvarez*, unter Zitierung von 559 U.S. 460, 470 (2010) – *United States v. Stevens*; vgl. 131 S.Ct. 2729, 2734 (2011) – *Brown v. Entertainment Merchants Association*.

⁸⁴⁰ BVerfGE 121, 317 (357 f.); 120, 274 (327); 113, 63 (80); 39, 1 (42 f.).

⁸⁴¹ BVerfGE 42, 143 (148).

⁸⁴² BVerfGE 42, 143 (148 f.).

setzt die Kontrollpraxis des U.S. Supreme Courts kontrastreich in Szene. Das Karlsruher Prüfungsprogramm, wonach »je schwerwiegender eine Grundrechtseinschränkung ist, desto gewichtiger auch das ... mit der Regelung zu erreichende Ziel sein«⁸⁴³ muss, erschöpft sich in den USA in der Auswahl des jeweils einschlägigen »Level of Scrutiny«. Eine vergleichbare »je-desto«-Formel⁸⁴⁴ haben die Amerikaner in einer Art Dreistufenlehre entwickelt, die zwar keine bruchlosen Entscheidungen zu produzieren vermag, aber eine kategoriale Kontrolldichte einheitlichen Niveaus verspricht.

Der Grund dafür mag in der starken Betonung des Abwehrrechts liegen, die den amerikanischen Grundrechten eine »more of an absolutist quality«⁸⁴⁵ attestiert, wenn wir uns allein an die Auffassung der Richter *Black* und *Douglas* erinnern, nach denen die Passage »Congress shall make no law ...« des ersten Verfassungszusatzes wörtlich zu verstehen sei.⁸⁴⁶ Eine vergleichbar ausdifferenzierte Schranken- und Schranken-Schranken-Dogmatik deutschen Rechts ist dessen ausführlicherem Kodifikationshintergrund geschuldet, der seine Stärken im Bereich Systematik, Ausführlichkeit und Vollständigkeit zeigt. Die Schrankenvorbehalte erlauben dem BVerfG eine stärkere Betonung von widerstreitenden Interessen als in den USA. Für die Mittelbewertung durch das BVerfG bedeutet dies, dass sich aus der Zuordnung eines Schutzbereichs Abstufungen des Grundrechtsschutzes ergeben: Art. 6 Abs. 3 GG gewichtet den Zusammenhalt der Familie höher als die Ausbildung des Kindes. Art. 5 Abs. 2 GG zeigt, dass die Meinungsfreiheit ihre Grenzen in dem Schutz der Jugend und Ehre findet und Art. 11 Abs. 2 GG bindet freiheitsbeschränkende Maßnahmen an die Erforderlichkeit der Maßnahme. Die allgemeine Handlungsfreiheit ist schwächer geschützt als spezielle Grundrechte. Besonderen Schutz genießen solche Grundrechte, die mit einem qualifizierten Gesetzesvorbehalt versehen sind. Vorbehaltlos gewährten Grundrechten, wie sie auch in der amerikanischen Verfassung festgeschrieben sind, kommt die höchste Wirkkraft zu.

Die Auswirkungen einer ausschließlich vorbehaltlosen Gewährleistung der Grundrechte nach amerikanischer Art mag ein Gedankenexperiment verdeutlichen. Wären die Grundrechte in Deutschland sämtlich vorbehaltlos gewährleistet, wären sie durch nichts begrenzt, außer durch kollidierendes Verfassungsrecht, gegen das sie abzuwägen wären. Dies ließe dem Gesetzgeber keinen Spielraum zu ihrer Beschränkung, es sei denn, er konkretisierte auf Ebene des einfachen Rechts, was sich ohnehin aus dem Grundgesetz ergäbe.⁸⁴⁷ Nicht zuletzt hät-

⁸⁴³ *Sachs*, Verfassungsrecht II, A. 10, Rn. 39.

⁸⁴⁴ BVerfGE 30, 292 (316 f.). St. Rspr., vgl. nur BVerfGE 112, 255 (263); 104, 357 (364); 103, 172 (183); 101, 331 (347); 95, 193 (214); 80, 1 (24 f.).

⁸⁴⁵ *Eberle*, Utah L. Rev. 1997, S. 963 (1050).

⁸⁴⁶ Oben S. 91.

⁸⁴⁷ BVerfGE 30, 173 (193): Es »kommt der Vorbehaltlosigkeit des Grundrechts die Bedeutung zu, dass die Grenzen der Kunstfreiheitsgarantie nur von der Verfassung selbst zu bestimmen

te dies die Entwicklung der Verhältnismäßigkeit beeinflusst: Ein allein legitimes Ziel entspränge ebenso wenig dem Verständnis eines vorbehaltlosen Grundrechtsschutzes wie die Beschränkung auf die mindestens gleiche Wirksamkeit eines alternativen Mittels im Rahmen der Erforderlichkeit, dem sich die Zuordnung kollidierender Verfassungswerte nach dem Prinzip der praktischen Konkordanz als »Leitmotiv«⁸⁴⁸ des Angemessenheitskriterium anschließen würde.

Zwar hat sich auch in den USA kein absolutes Grundrechtsverständnis durchgesetzt. Weil die Amerikaner aber kein vergleichbares Prinzip entwickelt haben, das die Grundrechte mit dem Ziel optimaler Wirksamkeit auszugleichen sucht, hat die Betonung des Abwehrrechts dazu geführt, dass der U.S. Supreme Court eine offene Abwägung nur äußerst zurückhaltend durchführt.⁸⁴⁹ Mehr noch: Im amerikanischen Grundrechtsverständnis sieht sich ein Modell deutscher Verhältnismäßigkeit dem Verdacht ausgesetzt, den eng gezogenen Kreis grundrechtsinterner Kategorisierung zu sprengen und die Grundrechte in ihrer Lesart als absolut ausgestattete Rechte zu relativieren.⁸⁵⁰

Wie sehr ein solch strenges Grundrechtsverständnis in den Reihen des U.S. Supreme Courts noch heute lebendig ist, verdeutlicht eine Entscheidung aus dem Jahr 2008, in dem sich der U.S. Supreme Court maßgeblich zur Reichweite des Rechts auf Waffenbesitz äußerte. In dem abweichenden Votum zu »District of Columbia v. Heller«⁸⁵¹ schlug Richter *Breyer* vor, das starre Grundrechtsverständnis durch die Anerkennung genuiner Verhältnismäßigkeit aufzuweichen. Diesen Vorschlag lehnte die Mehrheit mit barschen Worten ab:

»We know of no other enumerated constitutional right whose core protection has been subjected to a freestanding ›interest-balancing‹ approach. ... A constitutional guarantee subject to future judges' assessments of its usefulness is no constitutional guarantee at all. Constitutional rights are enshrined with the scope they were understood to have when the people adopted them,

sind. Da die Kunstfreiheit keinen Vorbehalt für den einfachen Gesetzgeber enthält, darf sie weder durch die allgemeine Rechtsordnung noch durch eine unbestimmte Klausel relativiert werden«; BVerfGE 28, 243 (260 f.): »Nicht das System von Normen, Instituten und Institutionen im Range unter der Verfassung bildet den Maßstab für die Auslegung verfassungsrechtlicher Bestimmungen; vielmehr liefern die letzteren umgekehrt die Grundlage und den Rahmen, an den die übrigen Rechtsäußerungen und -erscheinungen sich anzupassen haben«.

⁸⁴⁸ *Ossenbühl*, in: Merten/Papier (Hrsg.), HdBGR I, § 15, Rn. 30.

⁸⁴⁹ *Kischel*, Rechtsvergleichung, S. 353; vgl. *Nowak/Rotunda*, Constitutional Law, S. 1273 f.

⁸⁵⁰ 366 U.S. 36, 56, 61 (1961) – *Königsberg v. State Bar of California* (Black, J., dissenting): »the doctrine that permits constitutionally protected rights to be ›balanced‹ away ... I do not subscribe to that doctrine«; 361 U.S. 516, 528 (1960) – *Bates v. City of Little Rock* (Black, Douglas, JJ., concurring): »First Amendment rights are beyond abridgment«. Zur kategorialen Vorabwägung oben S. 92 ff.

⁸⁵¹ 554 U.S. 570 (2008) – *District of Columbia v. Heller*.

whether or not future legislatures or (yes) even future judges think that scope too broad«⁸⁵².

Eine Abwägung zwischen dem Gewicht der Grundrechtsverkürzung und dem Effizienzgewinn⁸⁵³ der Maßnahme findet in den Vereinigten Staaten daher grundsätzlich nicht statt. Die Angemessenheit eines gesetzlichen Mittels spielt eine weit weniger bedeutende Rolle als im heimischen Recht.⁸⁵⁴ Das Hauptaugenmerk legt der U.S. Supreme Court auf die Erforderlichkeit. Eine isoliert-eigenständige Beurteilung der Zumutbarkeit eines Mittels, wie sie *Albrecht*⁸⁵⁵ für das deutsche Verfassungsrecht fordert und der das BVerfG⁸⁵⁶ mitunter nachgekommen ist, verhält vor dem U.S. Supreme Court nahezu ungehört und spielt – wenn überhaupt – in der Erforderlichkeit eine Rolle.

Dass eine Regulierung unzumutbar sei, wenn die Beeinträchtigungen des Mittels nach deutschem Verständnis »deutlich überwiegen«⁸⁵⁷, wird in den USA nur selten festgestellt. Dieser Befund steht im Gegensatz zum BVerfG, das ein eigenständiges Gewichten und Abwägen der einschlägigen öffentlichen und grundrechtlich geschützten Interessen und die Auswirkungen einer Regelung im konkreten Fall verlangt⁸⁵⁸. Einen Verstoß hat das BVerfG etwa im Fall der Zwangseinweisung von verwahrlosten Personen in eine Besserungsanstalt⁸⁵⁹ und der Liquor-Entnahme bei der Aufdeckung einer Bagatellstrafat angenommen: Als sich Zweifel an der Schuld des Beklagten ergaben, ordnete der zuständige Richter eine zwangsweise Entnahme und Untersuchung von Gehirn- und Rückenmarkflüssigkeit an. In dem schmerzhaften und risikohaften medizinischen Eingriff erkannte das BVerfG ein Mittel, das außer Verhältnis zur Schwere des Tatvorwurfs stand.⁸⁶⁰ Zwar war der Eingriff geeignet, einem legitimen Zweck zu dienen. Er war auch erforderlich, weil keine mildereren Mittel in Betracht kamen, ohne dass der Anspruch des Staates auf strafrechtliche Verfolgung gefährdet worden wäre. Doch kann im Einzelfall eine Maßnahme unangemessen sein, wenn nicht der Zweck jedes Mittel »heiligen« soll.

⁸⁵² 554 U.S. 570, 634 f. (2008) – *District of Columbia v. Heller*.

⁸⁵³ *Ely*, Democracy and Distrust, S. 109; *Note*, Yale L. J. 78 (1969), S. 464 (467 f.).

⁸⁵⁴ *Barak*, Proportionality, S. 206; *E. Sullivan/Frase*, Proportionality Principles in American Law, S. 53; vgl. 433 U.S. 425 (1977) – *Nixon v. Administrator of General Services*; 424 U.S. 1 (1976) – *Buckley v. Valeo*.

⁸⁵⁵ *Albrecht*, Zumutbarkeit als Verfassungsmaßstab, S. 149 f.

⁸⁵⁶ BVerfGE 13, 97 (113): die Regelung darf, »auch für sich betrachtet, den betroffenen Einzelnen nicht übermäßig und unzumutbar« beschweren (Herv. d. Verf.); BVerfGE 9, 338 (345): sie darf »nicht außer Verhältnis zu dem angestrebten Zweck stehen und nicht etwa in sich schon eine verfassungswidrige, weil übermäßige, nicht mehr zumutbare Belastung enthalten« (Herv. d. Verf.).

⁸⁵⁷ BVerfGE 90, 145 (185).

⁸⁵⁸ BVerfGE 36, 47 (64 f.); vgl. *Erbguth*, JZ 2008, S. 1038 (1042).

⁸⁵⁹ BVerfGE 22, 180 (220).

⁸⁶⁰ BVerfGE 16, 194 (201 ff.).

Einen vergleichbaren, übermäßigen Eingriff erkannte der U.S. Supreme Court in »Rochin«⁸⁶¹. Die Polizei war auf den Anfangsverdacht einer Bagatelldelikt ohne Durchsuchungsbefehl in die Wohnung von *Richard Rochin* eingedrungen, der daraufhin eine geringe Menge von Betäubungsmitteln heruntergeschluckt hatte. Die Polizei legte ihm Handschellen an, brachte ihn ins Krankenhaus, wo man ihn auf einer Bahre festschnallte, mit Gewalt einen Schlauch in den Mund einführte und den Magen auspumpte. Diese Maßnahme hat der U.S. Supreme Court über ein »Sicherungsventil« – »conduct that shocks the conscience«⁸⁶² – letztlich für verfassungswidrig erklärt, nicht jedoch in den Bahnen einer genuinen Verhältnismäßigkeitsprüfung. Zwar anerkennt das Gericht »the Constitution is intended to preserve practical and substantial rights, not to maintain theories«⁸⁶³, doch hat der U.S. Supreme Court eine nach deutschem Modell der Verhältnismäßigkeit etablierte Prüftechnik der Grundrechte in seiner Gesamtheit nicht entwickelt.

bb) Auswirkungen fehlender Angemessenheit

Die Betonung des formalen Abwehrrechts führt in Zusammenschau mit der Ablehnung einer auf »proportionality principles« rekurrierenden Technik der amerikanischen Grundrechtsprüfung zu einem Eindruck der »Zweckheiligung«. Dieser Eindruck verstärkt sich vor dem Hintergrund der »konsequente[n] Ablehnung eines werthaltigen Grundrechtsverständnisses«⁸⁶⁴, während das BVerfG in der Dimension des Abwehrrechts das Verhältnismäßigkeitsprinzip an Hand des objektiven Wertordnungsgedankens der Grundrechte entfaltet.⁸⁶⁵ Regelmäßig unterstreicht das BVerfG die Gemeinschaftsbezogenheit des Grundgesetzes, das das Individuum und dessen Grundrechtsausübung in den Mittelpunkt stellt.⁸⁶⁶ Selbst amerikanische Beobachter betonen in der deutschen Verfassungsdogmatik die besondere Stellung des Einzelnen in einem größeren sozialen Kontext,⁸⁶⁷ der die individuelle Freiheit als Wert begreife, der in Synthese mit der Gemeinschaft erzielt werden müsse. Als »Erbe Kants« wird der Sozialbezug des Individuums

⁸⁶¹ 342 U.S. 165 (1952) – *Rochin v. California*.

⁸⁶² 342 U.S. 165, 172 (1952) – *Rochin v. California*.

⁸⁶³ 342 U.S. 165, 174 (1952) – *Rochin v. California*, unter Zitierung von 194 U.S. 451, 457 (1904) – *Davis v. Mills*.

⁸⁶⁴ *Lange*, Grundrechtsbindung des Gesetzgebers, S. 83.

⁸⁶⁵ BVerfGE 6, 32 (411): »Gesetze ... müssen auch materiell in Einklang mit den obersten Grundwerten der freiheitlichen demokratischen Grundordnung als der verfassungsrechtlichen Wertordnung stehen«; *Rensmann*, Wertordnung und Verfassung, S. 275.

⁸⁶⁶ BVerfGE 48, 187 (227); 34, 269 (281); 7, 198 (205); 6, 32 (41).

⁸⁶⁷ *Eberle*, Utah L. Rev. 1997, S. 963 (974): »There is a strong link in German law between the concept of personhood and the social community«; *Kommers*, ZaöRV 58 (1998), S. 787 (790): »What is distinctive about the Basic Law from an American perspective ... is that it merges liberal constitutionalism with a strong commitment to social solidarity«.

umschrieben,⁸⁶⁸ wonach das Konzept von Persönlichkeit und Selbstbestimmtheit in Pflichten und moralischen Grenzen eingebettet sei, die der Einzelne im Kontext gesellschaftlicher Solidarität erfahre.⁸⁶⁹ Auch Kühne bestätigt in einer Analyse der deutschen Verfassungstradition einen »sozial assoziativ-eingefangene[n] Individualismus«⁸⁷⁰.

Die Rechtsprechung des U.S. Supreme Courts verdeutlicht kontrastreich die von Erwägungen der Verhältnismäßigkeit in Abwägungsprozessen geprägte Denkweise deutschen Verfassungsrechts. So kam das BVerfG etwa in der Abwägung mit den Persönlichkeitsrechten von Straftätern zu der Auffassung, dass deren Achtungsanspruch in der Gesellschaft nicht durch Publikmachen ihres vollständigen Namens und Bildern gefährdet werden dürfe. Das BVerfG hat auch wegen der Gefahr sozialer Brandmarkung die an eine unbestimmte Vielzahl von Personen gerichtete Bekanntmachung der Entmündigung wegen Verschwendung oder Trunksucht des § 687 ZPO a. F. für unzumutbar erklärt.⁸⁷¹ Diese Ansicht hat der U.S. Supreme Court bereits in den 1980er Jahren verworfen.⁸⁷² In einer vergleichbaren Konstellation billigte der U.S. Supreme Court die namentliche Bekanntmachung eines alkoholkranken Bürgers.⁸⁷³ Weil die Amerikaner kein vergleichbares Persönlichkeits- und informationelles Selbstbestimmungsrecht entwickelt haben, schlägt das Pendel zu Gunsten des öffentlichen Informationsinteresses aus, das vor der sozialen Brandmarkung einer Person als »aktiven Ladendieb« keinen Halt macht.⁸⁷⁴ Dementsprechend hätte der U.S. Supreme Court im Gegensatz zum BVerfG auch die Verwendung geheimer Tonbandaufnahmen als Beweismittel nicht für verfassungswidrig erklärt, weil das geringe in Rede stehende Unrecht hinter das Persönlichkeitsrecht des Beklagten zu treten habe.⁸⁷⁵

Zu einem für deutsche Verfassungsjuristen nur schwer verständlichen Ergebnis kam der U.S. Supreme Court auch in »*Korematsu v. United States*«⁸⁷⁶. Das Gericht prüfte in Anwendung des Gleichheitssatzes des fünften Verfassungs-

⁸⁶⁸ *Durham*, in: *Germany and its Basic Law*, S. 37 (45). Zum Menschenbild des Grundgesetzes ausdrücklich BVerfGE 50, 290 (353 f.): Das Bild des Menschen »ist nicht das des isolierten und selbstherrlichen Individuums, sondern das der gemeinschaftsbezogenen und gemeinschaftsgebundenen Person, die, von verfügbarem Eigenwert, zu ihrer Entfaltung auf vielfältige zwischenmenschliche Bezüge angewiesen ist«; st. Rspr., vgl. auch BVerfGE 4, 7 (15 f.).

⁸⁶⁹ *Eberle*, *Utah L. Rev.* 1997, S. 963 (1022).

⁸⁷⁰ *J. Kühne*, *JöR* n. F. 39 (1990), S. 1 (46); *Lange*, *Grundrechtsbindung des Gesetzgebers*, S. 83 f.

⁸⁷¹ BVerfGE 78, 77 (86 f.).

⁸⁷² 491 U.S. 524, 530 ff. (1989) – *Florida Star v. B.J.F.*; 443 U.S. 97, 100 ff. (1979) – *Smith v. Daily Mail Publishing Co.*

⁸⁷³ 400 U.S. 433, 437 (1971) – *Wisconsin v. Constantineau*.

⁸⁷⁴ 424 U.S. 693, 701 (1976) – *Paul v. Davis*.

⁸⁷⁵ So aber BVerfGE 34, 238 (251).

⁸⁷⁶ 323 U.S. 214 (1944) – *Korematsu v. United States*.

zusatzes ein Bundesgesetz, das als Reaktion auf Pearl Harbor die Internierung aller 110.000 an der Westküste ansässigen Personen japanischer Herkunft – unabhängig davon, ob es sich um US-Bürger handelte – in militärisch überwachte Lager vorsah. Die Internierung sollte der nationalen Sicherheit dienen, um Sabotage- und Spionagetätigkeiten zuvorkommen. Diesen sah sich auch *Korematsu*, ein bis dato unbescholtener Staatsbürger der Vereinigten Staaten, ausgesetzt. *Korematsu* klagte erfolglos vor dem U.S. Supreme Court. Alle neun Richter erkannten eine »verdächtige« Klassifizierung, die einer strengen Kontrolle standhielt. Die Erforderlichkeit der Maßnahme begründete das Gericht mit dem Kriegszustand mit Japan:

»Like curfew, exclusion of those of Japanese origin was deemed necessary because of the presence of an unascertained number of disloyal members of the group, most of whom we have no doubt were loyal to this country. It was because we could not reject the finding of the military authorities that it was impossible to bring about an immediate segregation of the disloyal from the loyal that we sustained the validity of the curfew order as applying to the whole group«⁸⁷⁷.

Korematsu unterlag, weil dem U.S. Supreme Court eine genuin Verhältnismäßigkeitsprüfung so fremd ist wie eine individuelle Angemessenheitskontrolle »auf Grund aller Umstände«⁸⁷⁸, die nach deutschen Maßstäben in der Verfassungswidrigkeit der Regulierung geendet hätte. Wo das BVerfG aus spezifischer Sachnähe abwägt und verlangt, dass die »Annahmen und Schlussfolgerungen einen konkret umrissenen Ausgangspunkt im Tatsächlichen«⁸⁷⁹ besitzen, hat der U.S. Supreme Court die Tatsachenbasis der Prognose und den Wahrscheinlichkeitsgrad einer Rechtsverletzung vernachlässigt. Zwar ist man sich heute über die Qualität der Fehlentscheidung bewusst, wie Richter *Murphy* bereits 1944 in seinem ablehnenden Votum betont: »one of the most sweeping and complete deprivations of constitutional rights in the history of this nation«⁸⁸⁰. Dies mag dem Urteil etwas an Schärfe nehmen, muss aber als Warnleuchte im präjudiziellen Verständnis der amerikanischen Grundrechtsjudikatur im Hinterkopf behalten werden.

cc) Am Beispiel der Redefreiheit

Im Bereich der Redefreiheit beruht die amerikanische Verfassungstradition auf einer besonders offenen Streitkultur, die die Freiheiten des ersten Verfassungszusatzes maximiert. Der U.S. Supreme Court verfolgt eine Rechtsprechung, die

⁸⁷⁷ 323 U.S. 214, 218 f. (1944) – *Korematsu v. United States*.

⁸⁷⁸ BVerfGE 7, 198 (210 f.).

⁸⁷⁹ BVerfGE 120, 274 (327); *Ossenbühl*, in: Merten/Papier (Hrsg.), HdBGR I, § 15, Rn. 28.

⁸⁸⁰ 323 U.S. 214, 233, 235 (1944) – *Korematsu v. United States* (Murphy, J., dissenting). Zur Kritik für viele *Rostow*, Yale L. J. 54 (1945), S. 489.

Gunthers »strict in theory and fatal in fact«⁸⁸¹-Verständnis des strengen Kontrollmaßstabs verdeutlicht. Über das Ausscheiden schädlicher oder falscher Auffassungen soll der »marketplace of ideas« und ein bestimmtes Maß außerrechtlicher Korrektive wie die »political correctness« entscheiden. Insbesondere politische Rede als »the very core of the First Amendment«⁸⁸² ist nahezu absolut geschützt; eine Zensur (»prior restraint«) als »most sacrosanct restriction on speech«⁸⁸³ ist so verboten, wie es Art. 5 Abs. 1 S. 3 GG für das deutsche Recht fest schreibt. Der U.S. Supreme Court lässt Gesetze regelmäßig scheitern, weil sich die Legislative nicht auf das mildeste Mittel zur Erreichung des zwingenden Ziels beschränkt habe.⁸⁸⁴

»Where the designed benefit of a content-based speech restriction is to shield the sensibilities of listeners, the general rule is that the right of expression prevails, even where no less restrictive alternative exists«⁸⁸⁵.

Zwar hat auch das BVerfG den »schlechthin konstituierenden«⁸⁸⁶ Charakter der Meinungsfreiheit in einer freiheitlich-demokratischen Staatsordnung betont, dem es etwa über eine grundrechtskonforme Auslegung des einfachen Rechts nachkommt, um eine Relativierung seiner sachlichen Reichweite zu verhindern. Wird jemandem etwa in Ermangelung einer Sondernutzungserlaubnis das Verteilen von Flugblättern auf einem öffentlichen Platz untersagt, konstatiert das BVerfG einen Verstoß gegen Art. 5 Abs. 1 GG. Denn es sei auch eine grundrechtskonforme Auslegung der straßenrechtlichen Vorschrift möglich, die der grundlegenden Bedeutung der Meinungsäußerungsfreiheit gerecht werde.⁸⁸⁷ In einem ähnlichen Sachverhalt und in gleichem Tenor hat der U.S. Supreme Court in »McCullen«⁸⁸⁸ entschieden, als das Gericht auf die historische Bedeu-

⁸⁸¹ S. oben Fn. 814; vgl. *Winkler*, Vand. L. Rev. 59 (2006), S. 793 (844): »strict scrutiny is actually most fatal in the area of free speech«.

⁸⁸² 384 U.S. 214, 218 f. (1966) – *Mills v. Alabama*.

⁸⁸³ *Tsesis*, B.U. L. Rev. 96 (2016), S. 1 (28); vgl. 427 U.S. 539, 559 (1976) – *Nebraska Press Ass'n v. Stuart*: »prior restraints on speech and publication are the most serious and least tolerable infringement on First Amendment Rights«; 372 U.S. 58, 70 (1963) – *Bantam Books, Inc. v. Sullivan*: »Any system of prior restraints of expression comes to this Court bearing a heavy presumption against its constitutional validity«; vgl. 403 U.S. 713 (1971) – *New York Times v. United States*.

⁸⁸⁴ 542 U.S. 564, 572 (2002) – *Ashcroft v. ACLU*; 529 U.S. 803, 817 (2000) – *United States v. Playboy Entertainment Group, Inc.*; 308 U.S. 147 (1939) – *Schneider v. State*. Vgl. das Fazit bei *Winkler*, Vand. L. Rev. 59 (2006), S. 793 (844): »strict scrutiny is actually most fatal in the area of free speech«.

⁸⁸⁵ 529 U.S. 803, 813 (2000) – *United States v. Playboy Entertainment Group, Inc.*; vgl. 542 U.S. 564, 572 (2002) – *Ashcroft v. ACLU*; 308 U.S. 147 (1939) – *Schneider v. State*.

⁸⁸⁶ BVerfGE 7, 198 (208).

⁸⁸⁷ BVerfG, NVwZ 1992, S. 53 (53).

⁸⁸⁸ 134 S.Ct. 2518 (2014) – *McCullen v. Coakley*.

tung von öffentlichen Straßen und Fußgängerwegen als traditionelles öffentliches Forum für Diskussion und Debatte verwies.⁸⁸⁹

Die Amerikaner bleiben bei diesem Schutzverständnis der Redefreiheit aber nicht stehen. Während das BVerfG die Menschenwürde als »tragendes Konstitutionsprinzip«⁸⁹⁰ und »Grundnorm«⁸⁹¹ der Verfassung in ihrer instrumentalen Funktion für die Interpretation der übrigen Grundrechte heranzieht, ist in den USA die Redefreiheit »ein fast in allen Fällen ... vorrangiges ... Recht«⁸⁹². Wo das BVerfG in ständiger Rechtsprechung betont, »das Recht zur Meinungsäußerung muss zurücktreten, wenn schutzwürdige Interessen eines anderen von höherem Rang durch die Betätigung der Meinungsfreiheit verletzt würden«⁸⁹³, betont der U.S. Supreme Court: »It is rare that a regulation restricting speech because of its content will ever be permissible«⁸⁹⁴. Das BVerfG lässt die Schmähung daher hinter Rechtspositionen zurücktreten, die in der amerikanischen Verfassung keine Entsprechung finden:⁸⁹⁵ den Schutz der Persönlichkeit und des dahinterstehenden Konzepts der Menschenwürde⁸⁹⁶. Verschiedene Entscheidungen des U.S. Supreme Courts verdeutlichen, wie sehr die Amerikaner das Konzept freier Rede als »preferred freedom« betonen und das deutsche Prinzip des absoluten Vorrangs der Menschenwürde umkehren: »Speech values predominate over dignitarian values«⁸⁹⁷.

Die Relation zwischen der Wertdimension der Grundrechte und der Verhältnismäßigkeit in Abgrenzung zur Rechtsprechung des U.S. Supreme Courts wird besonders deutlich, wenn die Amerikaner auf Grund der Ablehnung eines werthaltigen Grundrechtsverständnisses den Achtungsanspruch des Einzelnen hinter das öffentliche Informationsinteresse zurücktreten lassen. Insbesondere Personen des öffentlichen Lebens werden als »men of fortitude, able to live in a hardy climate«⁸⁹⁸ verstanden. Wenngleich das BVerfG mit seinem Mephisto-Urteil klargestellt hat, dass widerstreitende Rechtsgüter wie der individuelle Ehranspruch als Gegenstück in der Abwägung die garantierte Meinungsfreiheit zurücktreten lassen kann,⁸⁹⁹ gibt es im Verständnis der Amerikaner keinen »kunst-

⁸⁸⁹ 134 S.Ct. 2518, 2529 (2014) – *McCullen v. Coakley*; vgl. 555 U.S. 460, 469 (2009) – *Pleasant Grove City v. Summum*.

⁸⁹⁰ BVerfGE 6, 32 (36).

⁸⁹¹ BVerfGE 25, 344 (351).

⁸⁹² *Brugger*, AöR 128 (2003), S. 372 (381); vgl. *ders.*, JA 2006, S. 687 (688); *Eberle*, Dignity and Liberty, S. 235: »free speech is the pre-eminent value«.

⁸⁹³ BVerfGE 7, 198 (210).

⁸⁹⁴ 529 U.S. 803, 818 (2000) – *United States v. Playboy Entertainment Group, Inc.*

⁸⁹⁵ *Eberle*, Utah L. Rev. 1997, S. 963 (1010 f.).

⁸⁹⁶ BVerfGE 85, 1 (16); 82, 272 (283 f.).

⁸⁹⁷ *Eberle*, Utah L. Rev. 1997, S. 963 (1022).

⁸⁹⁸ 365 U.S. 254, 273 (1964) – *New York Times v. Sullivan*, mit Hinweis auf 376 U.S. 254, 273 (1964) – *Craig v. Harney*.

⁸⁹⁹ BVerfGE 30, 173.

festen Ehrkern«⁹⁰⁰. Im Gegenteil: Weniger Schutz der Redefreiheit verheiße unweigerlich die Gefahr der Selbstzensur.⁹⁰¹ Überträgt man die amerikanischen Maßstäbe auf die deutsche Verfassungspraxis, hätten die Erben *Gustaf Gründgens* die Herabwürdigung seiner Person in einer »Schmähschrift in Romanform« ebenso zu erdulden,⁹⁰² wie die Bezeichnung eines verurteilten Triebtäters als »Kannibale von Rothenburg«⁹⁰³ oder die detailgetreue Darstellung von Intimitäten in dem »Esra«-Roman von *Maxim Biller*⁹⁰⁴. Als »remarkable act of judicial activism«⁹⁰⁵ kritisiert *Eberle* die Rechtsprechung des BVerfG, wenn es die Meinungsfreiheit zugunsten des Persönlichkeitsschutzes zurücktreten lässt.⁹⁰⁶ Zwar hat auch das BVerfG in der Kachelmann-Entscheidung⁹⁰⁷ jüngst den Achtungsanspruch des Einzelnen hinter die emotionalisierte Zuspitzung einer Meinungsäußerung zurücktreten lassen, wenn es im öffentlichen Meinungskampf Anlass zu einem abwertenden Urteil gegeben habe. Trotzdem verspricht der U.S. Supreme Court auch vor dem Hintergrund eines so etablierten »Rechts auf Gegenschlag« weniger Schutz gerade gegenüber schwächeren Teilen der Gesellschaft als Karlsruhe.

Nur in seltenen Fällen kommt der Redefreiheit kein absoluter Schutz zu. Vor diesem Hintergrund weicht auch der umfassende Schutz ob der herausragenden Stellung der Redefreiheit im Staatsverständnis der Vereinigten Staaten zu Gunsten einer wertenden Betrachtung, in dessen Mittelpunkt eine Abwägung der widerstreitenden Interessen steht:

»The First Amendment embodies an overarching commitment to protect speech from government regulation through close judicial scrutiny, thereby enforcing the Constitution's constraints, but without imposing judicial formulas so rigid that they become a straitjacket that disables government from responding to serious problems«⁹⁰⁸.

⁹⁰⁰ Würkner, JA 1988, S. 183 (191).

⁹⁰¹ 418 U.S. 323, 341 (1974) – *Gertz v. Welch*: »need to avoid self-censorship by the news«.

⁹⁰² BVerfGE 30, 173.

⁹⁰³ OLG Frankfurt, ZUM 2008, S. 793.

⁹⁰⁴ BVerfGE 119, 1.

⁹⁰⁵ *Eberle*, Utah L. Rev. 1997, S. 963 (1021); vgl. 379 U.S. 64, 73 (1964) – *Garrison v. State of Louisiana*: »the interest in private reputation is overborne by the larger public interest, secured by the Constitution, in the dissemination of truth«; 491 U.S. 524, 541 (1989) – *Florida Star v. B.J.F.*; 420 U.S. 469, 491 (1975) – *Cox Broadcasting Corp. v. Cohn*; *Kommers*, The Constitutional Jurisprudence, S. 313.

⁹⁰⁶ BVerfGE 35, 202 (233 f.).

⁹⁰⁷ BVerfG, NVwZ 2016, S. 761 (762); vgl. BVerfGE 54, 129 (138); 24, 278 (286); 12, 113 (131).

⁹⁰⁸ 518 U.S. 727, 741 (1996) – *Denver Area Educ. Telecomm. Consortium, Inc. v. FCC*.

Der U.S. Supreme Court hält sich insbesondere dann zurück, wenn »sensitive and weighty interests of national security and foreign affairs«⁹⁰⁹ auf dem Spiel stehen. Im Zuge des »PATRIOT Act«, der in Reaktion auf die Terroranschläge vom 11. September 2001 vom Kongress verabschiedet wurde, waren auch Aktivitäten verboten worden, die die wesentliche Unterstützung (»material support«) terroristischer Organisationen zum Gegenstand haben. In »Holder«⁹¹⁰ ging es um eine Menschenrechtsgruppe, die vom Außenministerium als terroristisch eingeordnete Gruppen (hier: die Kurdische Arbeiterpartei PKK) bei völkerrechtlichen Konfliktlösungen unterstützte. Die Unterstützung umfasste unter anderem ideelle Beiträge beim Aushandeln von Friedensverträgen. Nach Regierungsauffassung sei dies eine verbotene Leistung, weil selbst durch in anerkannter Weise dem Frieden dienende Unterstützungsleistungen finanzielle Ressourcen für terroristische Aktionen freigesetzt würden. Der U.S. Supreme Court ließ die Redefreiheit hinter die Interessen der nationalen Sicherheit zurücktreten. Unstreitig sei die Bekämpfung von Terrorismus ein »urgent objective of the highest order«⁹¹¹ – doch um welchen Preis ist dieses Ziel zu erreichen? Die Richter entschieden, dass der »narrowly tailored«-Grundsatz gewahrt sei, denn erfasst sei nur die vorsätzliche Unterstützung bekannter Terrororganisationen.⁹¹² Das Verbot sei auch erforderlich, um die internationalen Beziehungen der Vereinigten Staaten zu ihren Verbündeten nicht zu belasten und den fraglichen Gruppierungen keinen Anschein von Legitimität zu verleihen. Ob es auch angemessen sei, ließ das Gericht wie gewohnt offen. Zum Vergleich: Das BVerfG unternimmt im Urteil zur Vorratsdatenspeicherung angesichts des »besonders schweren Eingriff[s]«⁹¹³ einer sechsmonatigen Speicherung der Telekommunikationsverkehrsdaten zur Terrorismusabwehr eine ebenso sorgfältige wie umfangreiche Analyse der Angemessenheit der gesetzlichen Maßnahme – sieben Seiten lang.

dd) Aufblitzende Angemessenheit in der Erforderlichkeit

Wer in der obersten amerikanischen Bundesrechtsprechung »proportionality principles« sucht, wird allein in der Erforderlichkeit fündig. Es ist im Grundsatz zwar anerkannt, dass das Ziel der Maßnahme in seiner Wertigkeit nicht außer Verhältnis zur Intensität des Eingriffs in das geschützte Rechtsgut stehen darf,⁹¹⁴ doch versteht der U.S. Supreme Court hierunter etwas anderes als die heimi-

⁹⁰⁹ 561 U.S. 1, 33 f. (2010) – *Holder v. Humanitarian Law Project*.

⁹¹⁰ 561 U.S. 1 (2010) – *Holder v. Humanitarian Law Project*.

⁹¹¹ 561 U.S. 1, 28 (2010) – *Holder v. Humanitarian Law Project*.

⁹¹² 561 U.S. 1, 26 (2010) – *Holder v. Humanitarian Law Project*: »[T]he statute is carefully drawn to cover only a narrow category of speech to, under the direction of, or in coordination with foreign groups that the speaker knows to be terrorist organizations«.

⁹¹³ BVerfGE 125, 260 (318).

⁹¹⁴ *Ayres/Foster*, Tex. L. Rev. 85 (2007), S. 517 (583); *Fallon*, UCLA L. Rev. 54 (2007), S. 1267 (1330).

schen Verfassungsrichter. Kriterien der Angemessenheit einer Maßnahme diskutieren amerikanische Richter in ähnlicher Weise wie der EuGH, nämlich in der Erforderlichkeit.⁹¹⁵ Die Erforderlichkeit verschwimmt mit der Angemessenheit einer Maßnahme, wenn der EuGH darauf abstellt, dass eine unionsrechtliche Maßnahme »in angemessenem Verhältnis zu dem verfolgten Ziel stehen muss, d.h. dass das gleiche Ziel nicht durch weniger restriktive Maßnahmen ... erreicht werden kann«⁹¹⁶. Der EuGH nimmt eine Verhältnismäßigkeitsprüfung angesichts der weiten Einschätzungsprärogative des Unionsgesetzgebers nur ansatzweise vor. Eine Auseinandersetzung mit der Eingriffstiefe und individuellen Betroffenheit durch die Maßnahme fehlt. Kritiker bemängeln daher in Sachen Angemessenheit ein defizitäres Maß an Kontrolldichte⁹¹⁷ – eine Kritik, die sich wortgleich auf die amerikanische Rechtsprechung übertragen ließe.

Trotz aller Unkenrufe lässt der U.S. Supreme Court »proportionality principles« allein im Bereich der begünstigenden Klassifizierungen aufblitzen. 2003 betonte das Gericht bei der Ausbalancierung ungleicher Rassenverhältnisse an Universitäten, dass eine einseitige Begünstigung unbeteiligte Dritte nicht unangemessen benachteiligen dürfe.⁹¹⁸ Während Rechtsprechung und Literatur die Schärfe konventioneller »strict scrutiny«-Kontrolldichte unterstreichen,⁹¹⁹ erklärte der U.S. Supreme Court in »Grutter v. Bollinger«⁹²⁰ Gunthers Auffassung im Bereich positiver Diskriminierungen für überholt: »strict scrutiny is not »strict in

⁹¹⁵ 131 S.Ct. 2729, 2742 (2011) – *Brown v. Entertainment Merchants Association*; 528 U.S. 399, 402 (2000) – *Nixon v. Shrink Missouri Government PAC* (Breyer, J., concurring): »[The Court] has balanced interests. And in practice that has meant asking whether the statute burdens anyone such interest in a manner out of proportion to the statute's salutary effects upon the others (perhaps, but not necessarily, because of the existence of a clearly superior, less restrictive alternative)«; *Fallon*, UCLA L. Rev. 54 (2007), S. 1267 (1267): »[S]trict scrutiny is best understood as mandating a proportionality inquiry ... courts applying strict scrutiny must ask whether the benefits justify the costs in light of regulatory alternatives that would trench less deeply on constitutional rights but also be less effective in promoting their goals«.

⁹¹⁶ EuGH, Rs. C-463/00, Slg. 2003, S. I-4581 (4633), Rn. 69 – *Kommission/Spanien*, mit Verweis auf Rs. C-163, 165 u. 250/94, Slg. 1995, S. I-4821 (4837), Rn. 23 – *Sanz de Lera*.

⁹¹⁷ *Calliess*, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, § 20, Rn. 46 f.; *Jarass*, EU-Grundrechte, § 21, Rn. 27; *ders.*, NVwZ 2006, S. 1089 (1094); *Selmer*, Die Gewährleistung der unabdingbaren Grundrechtsstandards, S. 135 ff.; vgl. *Kischel*, EuR 35 (2000), S. 380 (398): »Ausfall ganzer Prüfungspunkte des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes«.

⁹¹⁸ 539 U.S. 306, 341 (2003) – *Grutter v. Bollinger*: »Narrow tailoring, therefore, requires that a race-conscious admissions program not unduly harm members of any racial group«.

⁹¹⁹ 476 U.S. 216, 220 (Fn. 6) (1984) – *Bernal v. Fainter*: »Only rarely are statutes sustained in the face of strict scrutiny ... [S]trict scrutiny review is »strict« in theory, but usually »fatal« in fact«; *Rubenfeld*, Yale L. J. 111 (2002), S. 1141 (1160): »almost always fatal«; *Swain*, The New White Nationalism, S. 269: »death knell«; *Wells*, Mo. L. Rev. 66 (2001), S. 141 (160): »outcome determinative«.

⁹²⁰ 539 U.S. 306 (2003) – *Grutter v. Bollinger*.

theory, but fatal in fact»⁹²¹. Stattdessen wich der U.S. Supreme Court einem differenzierten Verständnis: »context matters«⁹²². Kritiker werfen dem Gericht daher vor, dass sich seine Eingriffsprüfung in der Vergangenheit mehrfach unter falscher Kennzeichnung seiner strengen Kontrollparameter tatsächlich in einer Abwägung der widerstreitenden Interessen erschöpfte.⁹²³ Auch Richter *Breyer* lehnt eine mechanische Anwendung der drei Kontrollmaßstäbe ab und versteht sie allein als Richtpunkte verfassungsgerichtlicher Kontrolle.⁹²⁴

Weil eine positive Diskriminierung weniger die Befürchtung eines unzulässigen Motivs birgt, lässt das Gericht unkonventionell die Intensität der Maßnahme unter dem Etikett der Erforderlichkeit in seine Kontrolle einfließen und mahnt zu besonderer Achtsamkeit in dem sensiblen Bereich der Implementierung eines begünstigenden Zulassungsverfahrens im öffentlichen Hochschulwesen.⁹²⁵ Das Gericht stellt klar, dass Mehrheiten in Fällen von begünstigenden Maßnahmen zur Wiedergutmachung vergangener Diskriminierung nicht in unverhältnismäßiger Weise beeinträchtigt werden dürfen.⁹²⁶ Insbesondere der Entzug einer gesicherten Rechtsposition eines Dritten führt zur Aufhebung der staatlichen Maßnahme.⁹²⁷ So darf weder ein Sheriff Angestellte seines Departments auf Grund der Mitgliedschaft zu einer besonderen Partei aus ihrem Dienst entlassen,⁹²⁸ noch muss die Hochschule nachweisen, dass jeder Platzvergabe auf

⁹²¹ 539 U.S. 306, 326 (2003) – *Grutter v. Bollinger*, unter Zitierung von 515 U.S. 200, 237 (1995) – *Adarand Constructors, Inc. v. Peña* und *Gunther*, Harv. L. Rev. 86 (1972), S. 1 (8).

⁹²² 539 U.S. 306, 327 (2003) – *Grutter v. Bollinger*.

⁹²³ Vgl. 539 U.S. 306, 378, 380 (2003) – *Grutter v. Bollinger* (Rehnquist, C.J., dissenting): »Although the court recites the language of our strict scrutiny analysis, its application of that review is unprecedented in its deference«; 494 U.S. 652, 679, 688 (1990) – *Austin v. Michigan Chamber of Commerce* (Scalia, J., dissenting); *Fallon*, UCLA L. Rev. 54 (2007), S. 1267 (1307); *Han*, Emory L. J. 65 (2015), S. 359 (404).

⁹²⁴ 135 S.Ct. 1656, 1673, 1673 (2015) – *Williams-Yulee v. Florida Bar* (Breyer, J., concurring).

⁹²⁵ 133 S.Ct. 2411 (2013) – *Fisher v. University of Texas at Austin*.

⁹²⁶ 539 U.S. 306, 329 (2003) – *Grutter v. Bollinger*; 448 U.S. 448, 484 (1980) – *Fullilove v. Klutznick*: »When effectuating a limited and properly tailored remedy to cure the effects of prior discrimination, such a ›sharing of the burden‹ by innocent parties is not impermissible«, unter Zitierung von 424 U.S. 747 (1976) – *Franks v. Bowman Transportation, Co., Inc.*

⁹²⁷ 476 U.S. 267, 283 (1986) – *Wygant v. Jackson Bd. of Educ.*: »While hiring goals impose a diffuse burden, often foreclosing only one of several opportunities, layoffs impose the entire burden of achieving racial equality on particular individuals, often resulting in serious disruption of their lives«; 438 U.S. 256, 298 (1978) – *Regents of Univ. of California v. Bakke*: »[T]here is a measure of inequity in forcing innocent persons in respondent's position to bear the burdens of redressing grievances not of their making«; vgl. 478 U.S. 421 (1986) – *Sheet Metal Workers v. EEOC*; 467 U.S. 561 (1984) – *Firefighters Local Union No. 1784 v. Stotts*; *D. Klein*, U. Tol. L. Rev. 18 (1987), S. 519 (537).

⁹²⁸ 427 U.S. 347 (1976) – *Elrod v. Burns*; vgl. 539 U.S. 306, 341 (2003) – *Grutter v. Bollinger*: »To be narrowly tailored, a race-conscious admissions program must not ›unduly burden individuals who are not members of the favored racial and ethnic groups‹«, unter Zitierung von 497 U.S. 547, 630 (1990) – *Metro Broadcasting, Inc. v. FCC* (O'Connor, J., dissenting).

Grundlage eines begünstigenden Verfahrens eine individuelle Prüfung vorangegangen ist, die sich nicht auf die Ethnie eines Bewerbers beschränkt.⁹²⁹ Gleichzeitig stellt das Gericht klar, dass begünstigende Zulassungsverfahren zeitlich begrenzt werden müssen.⁹³⁰ Diese Entscheidungen entsprechen seinem Verständnis einer individualistischen Auffassung von Gleichheit, nach der die »equal protection clause« ein Recht auf individuellen Achtungsanspruch und nicht als Teil eines Kollektivs garantierte.⁹³¹

Starre Zulassungsquoten, wie sie in Deutschland allein im Bereich der Frauenförderung diskutiert werden,⁹³² widersprechen der geforderten Sensibilität: »Racial balance is not to be achieved for its own sake«⁹³³. Dies entspricht Stimmen aus der deutschen Literatur, nach denen Chancengleichheit durch die Ausschließung eines Dritten verfehlt würde.⁹³⁴ Abgelehnt wird ein »Zwang zur Egalität«⁹³⁵, der einer auf Chancenneutralität verpflichteten Gesetzgebung im Bereich freiheitlicher Persönlichkeitsentfaltung widerspreche. Diese Sprache spricht auch das Grundgesetz: Eine kompensatorische Besserstellung bestimmter Ethnien ist nach Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG verboten.

In den Vereinigten Staaten sind starre Zulassungsquoten daher nur selten zulässig. Der U.S. Supreme Court bestätigt Quotierungen als ultima ratio nur dann, wenn eine »gravierende Diskriminierung« vorliegt und die Maßnahme unbedingt erforderlich ist, um die anhaltenden Auswirkungen einer tiefgreifenden Diskriminierung zu beseitigen. In »Sheet Metal Workers«⁹³⁶ bestätigte das

⁹²⁹ 133 S.Ct. 2411, 2420 (2013) – *Fisher v. University of Texas at Austin*: »[I]t remains the University's obligation to demonstrate ... that admissions process ensure that each applicant is evaluated as an individual and not in a way that makes an applicant's race or ethnicity the defining feature of his or her applications«, unter Zitierung von 539 U.S. 306, 337 (2003) – *Grutter v. Bollinger*; vgl. 438 U.S. 256, 315 f. (1978) – *Regents of Univ. of California v. Bakke*: »[T]he assignment of a fixed number of places to a minority group is not a necessary means toward that end«; *Doukas*, Parameter positiver Diskriminierung, S. 100.

⁹³⁰ 539 U.S. 306, 342 (2003) – *Grutter v. Bollinger*: »We expect that 25 years from now, the use of racial preferences will no longer be necessary to further the interests approved today«.

⁹³¹ 511 U.S. 127, 152 (1994) – *J.E.B. v. Alabama ex rel. T.B.*: »The neutral phrasing of the Equal Protection Clause, extending its guarantee to 'any person', reveals its concern with rights of individuals, not groups«; 509 U.S. 630, 647 (1993) – *Shaw v. Reno*; 334 U.S. 1, 22 (1948) – *Shelley v. Kraemer*; 235 U.S. 151, 161 f. (1914) – *McGabe v. Atchison, Topeka & Santa Fe Railway Co.*; *Peters/Birkhäuser*, ZaöRV 65 (2005), S. 1 (24).

⁹³² Vgl. etwa die Untersuchung bei *Döring*, Frauenquoten und Verfassungsrecht (1996); *Doukas*, Verfassungsrechtliche Parameter positiver Diskriminierung (2014) und *Raasch*, Frauenquote und Männerrechte (1991); instruktiv *Huster*, AöR 118 (1993), S. 109.

⁹³³ 539 U.S. 306, 330 (2003) – *Grutter v. Bollinger*; 503 U.S. 467, 469 (1992) – *Freeman v. Pitts*.

⁹³⁴ *Sachs*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HdBStR VIII, § 182, Rn. 150.

⁹³⁵ *Sachs*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HdBStR VIII, § 182, Rn. 147.

⁹³⁶ 478 U.S. 421, 445 (1986) – *Sheet Metal Workers v. EEOC*: »Specifically, we hold that such relief may be appropriate where an employer or a labor union has engaged in persistent or

Gericht eine Anordnung an die zuständige Metallarbeitergewerkschaft, ihren Anteil nicht-weißer Mitglieder auf 29 % zu erhöhen. Diese Zahl entspräche dem prozentualen Anteil der farbigen Arbeiter auf dem relevanten Arbeitsmarkt.

c) Praktische Konkordanz als deutscher Sonderweg

Ein deutsches Spezifikum zeigt sich auch im Bereich kollidierenden Verfassungsrechts. Nach deutschem Verständnis muss die Harmonisierung gegenläufiger Verfassungsgüter auf die Einheit der Verfassung zurückgehen: Kollidierendes Verfassungsrecht wird nach dem Modell der praktischen Konkordanz in der Problemlösung einander so zugeordnet, dass die widerstreitenden Verfassungsgüter mit dem Ziel optimaler Wirksamkeit verwirklicht werden.⁹³⁷ Sofern es sich um eine Kollision grundrechtlich geschützter Interessen handelt, ist nach dem BVerfG ein zwischen diesen und den mit ihnen kollidierenden Grundrechten möglichst schonender Ausgleich herzustellen, der beiden Positionen zu optimaler Wirksamkeit verhelfen soll.⁹³⁸ Eine solche Technik der Grundrechtsprüfung verspricht, einen insgesamt möglichst geringen Eingriff zu ermitteln.⁹³⁹ Ein vergleichbares Verständnis, das regelmäßig einen Schwerpunkt der verfassungsgerichtlichen Kontrolle in Deutschland ausmacht, haben die Amerikaner nicht entwickelt. Zündstoff erhält dieses Ergebnis, wenn man die praktische Konkordanz als »Leitmotiv und Ziel«⁹⁴⁰ der Güterabwägung im deutschen Verfassungsrecht der Aussage »conventional strict scrutiny allows one of the competing interests to completely override ... the other«⁹⁴¹ gegenüberstellt. Optimierungsgebote weichen in Übersee einem groben Keil, der das eine Verfassungsinteresse für ein anderes opfert.

Aus dem Blickwinkel des amerikanischen Verständnisses von einer rein abwehrrechtlichen Funktion der Grundrechte wird oft von einer Abwägung grundrechtlicher und staatlicher Interessen gesprochen statt eines Ausgleichs grundrechtlich geschützter Positionen oder Interessen.⁹⁴² Eine Methode zur Lösung von Normenkollisionen wie das auf *Hesse*⁹⁴³ zurückgehende Prinzip der prakti-

egregious discrimination, or where necessary to dissipate the lingering effects of pervasive discrimination«; vgl. *Davis*, Dick. L. Rev. 107 (2003), S. 503 (541 ff.).

⁹³⁷ BVerfGE 83, 143; *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts, Rn. 72; *Lerche*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HdBStR V, § 122, Rn. 6.

⁹³⁸ *Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 75 f.

⁹³⁹ *Michael/Morlok*, Grundrechte, Rn. 738.

⁹⁴⁰ *Ossenbühl*, in: Merten/Papier (Hrsg.), HdBGR I, § 15, Rn. 30.

⁹⁴¹ *E. Sullivan/Frase*, Proportionality Principles in American Law, S. 56.

⁹⁴² 492 U.S. 490, 537, 548 (1989) – *Webster v. Reproductive Health Services* (Blackmun, J., concurring in part and dissenting in part): »These tests or standards ... are judge-made methods ... for balancing the constitutional rights of individuals against the competing interests of government«; *Lange*, Grundrechtsbindung des Gesetzgebers, S. 320.

⁹⁴³ *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts, Rn. 72.

schen Konkordanz⁹⁴⁴ hat der U.S. Supreme Court nicht entwickelt. Eine Rechtsprechung, die eine simultane Optimierung beider Rechtspositionen verspricht, ohne »einem davon ... Vorrang einzuräumen«⁹⁴⁵, ist in Amerika ebenso wie die Forderung *Lerches* verhält, einem »nach beiden Seiten schonendsten Ausgleich«⁹⁴⁶ kollidierender Verfassungsgüter als Leitbild bei Grundrechtsbeschränkungen zu folgen. Wenn der U.S. Supreme Court ein Interesse hinter dem anderen zurücktreten lässt, mag dies den Eindruck der starren Grundrechtsprüfung erhärten. Die Bestätigung eines Gesetzes in »New York v. Ferber«, das die Verreibung von Kinderpornografie unter Strafe stellte, erscheint daher nur konsequent: »the evil ... restricted [by the statute] so overwhelmingly outweighs the expressive interests, if any, at stake«⁹⁴⁷.

Dem fügt sich ein, dass der U.S. Supreme Court im Gegensatz zum BVerfG als »Superrevisionsinstanz« am Ende jeden Instanzenzugs steht. Grundrechtskollisionen spielen in den Vereinigten Staaten eine weit weniger bedeutende Rolle als in Deutschland, weil der U.S. Supreme Court als oberste Rechtsmittelinstanz die Auslegung des einfachen Rechts bereits kraft fachgerichtlicher Kompetenz unabhängig von einer grundrechtlichen Reflexwirkung überwacht und fördert. Der U.S. Supreme Court hat die klassische abwehrrechtliche Funktion der amerikanischen Grundrechte nicht wie das BVerfG die Verbürgungen des Grundgesetzes zu einer mittelbaren Drittwirkung ausgebaut, nach dem das BVerfG die »Ausstrahlungswirkung« der Grundrechte auf das bürgerliche Recht⁹⁴⁸ beurteilt. So fehlt schlicht der Anreiz oder die Notwendigkeit, ein Leitbild zur ausgleichenden Lösung kollidierenden Verfassungsrechts zu entwickeln.

C. Fazit

Der »strict scrutiny test« bildet den Kontrapunkt zu »rational basis«. Die lockeren Voraussetzungen des »rational basis«-Maßstabs weichen einer strengen Nachprüfung der gesetzgeberischen Ziele und der zu ihrer Erreichung eingesetzten Mittel. Es handelt sich um eine Art Verhältnismäßigkeitskontrolle mit strenger Erforderlichkeit, die auf einem Verständnis aufbaut, das Grundrechten metaphorisch die Qualität von »Schutzschilden«⁹⁴⁹ und eine »trumping aura for preferred rights«⁹⁵⁰ attestiert. Dieses Grundrechtsrechtsverständnis besteht zu Lasten einer differenzierten Verhältnismäßigkeitsprüfung, in der sich die Güterabwägung rechtsvergleichend grobschlächtig darstellt: Weder findet sich die In-

⁹⁴⁴ BVerfGE 83, 130 (143); 81, 298 (308); 77, 240 (255); 41, 29 (51); 35, 202 (233 f.).

⁹⁴⁵ BVerfGE 83, 130 (143).

⁹⁴⁶ *Lerche*, Übermaß und Verfassungsrecht, S. 153, 125 ff.

⁹⁴⁷ 458 U.S. 747, 763 (1982) – *New York v. Ferber*.

⁹⁴⁸ BVerfGE 7, 198 (207).

⁹⁴⁹ *Schauer*, Geo. L. Rev. 27 (1993), S. 415 (430); vgl. *Beatty*, The Ultimate Rule of Law, S. 171.

⁹⁵⁰ *Fallon*, UCLA L. Rev. 54 (2007), S. 1267 (1295).

tensität des Eingriffs als direkter Faktor in der Abwägung wieder, noch werden wichtige oder zwingende Interessen der öffentlichen Hand trennscharf unterschieden. Im direkten Vergleich erinnert dieses Verständnis gepaart mit dem amerikanischen »strict in theory and fatal in fact«⁹⁵¹-Verständnis an Art. 19 Abs. 2 GG, der bei allen Grundrechten Einschränkungen, die den Wesensgehalt des eingeschränkten Grundrechts antasten, verbietet.⁹⁵² Eine jeder Abwägung des Gesetzgebers entrückten Lesart des Art. 19 Abs. 2 GG hat das BVerfG zwar bestätigt,⁹⁵³ bis heute aber nicht klargestellt, was es unter dem »Wesensgehalt« eines Grundrechts versteht.⁹⁵⁴

»Rochin« und »Korematsu« offenbaren die nur schwer erträglichen Ergebnisse einer Abwägungstechnik, die weder auf ein angemessenes Verhältnis von Eingriff und Nutzen hoheitlicher Maßnahmen abstellt noch einen angemessenen Ausgleich kollidierender Schutzgüter zur Lösung von Normenkollisionen anstrebt und an einen »Alles-oder-Nichts«-Ansatz erinnert.⁹⁵⁵ Die Anerkennung einer nach deutschen Maßstäben vergleichbaren »je-desto-Formel«⁹⁵⁶ würde dem U.S. Supreme Court wie auch die Anerkennung eines vergleichbaren Zumutbarkeits-Kriteriums gut tun.

Der U.S. Supreme Court hat seit den 1960er Jahren nur schmallippig zur Ausformung, den Erfordernissen und der analytischen Klarheit des strengen Prüfungsmaßstabs Stellung bezogen. Dies führt dazu, dass Beobachter regelmäßig an der nur begrenzt möglichen Systematisierung der obersten Verfassungsrechtsprechung verzweifeln.⁹⁵⁷ Die Verwirrung ist komplett, wenn das Gericht einerseits nicht zwischen seinen Begriffen differenziert⁹⁵⁸ oder andererseits suggeriert,

⁹⁵¹ S. oben Fn. 814.

⁹⁵² BVerfGE 124, 300 (331): »Nicht legitim ist insbesondere eine Aufhebung des in dem jeweiligen Grundrecht enthaltenen Freiheitsprinzips als solchen«.

⁹⁵³ BVerfGE 7, 377 (411): »[D]ie Frage, unter welchen Voraussetzungen ein solcher Eingriff ausnahmsweise trotzdem zulässig sei, ist gegenstandslos«; vgl. aus dem Schrifttum *Dürig*, AöR 81 (1956), S. 117 (156); *de Oliveira*, Zur Kritik der Abwägung, S. 325 ff.; *Sachs*, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 19, Rn. 43.

⁹⁵⁴ Vgl. *Kingreen/Poscher* mit der Feststellung, dass zu Art. 19 Abs. 2 GG nicht mehr festzuhalten wäre, als dass »vom Grundrecht trotz aller Eingriffe noch etwas bleiben muss«, Grundrechte, Rn. 355.

⁹⁵⁵ Besprechung der Entscheidungen oben S. 134 und S. 135 f.

⁹⁵⁶ BVerfGE 30, 292 (316 f.). St. Rspr., vgl. nur BVerfGE 112, 255 (263); 104, 357 (364); 103, 172 (183); 101, 331 (347); 95, 193 (214); 80, 1 (24 f.).

⁹⁵⁷ *Fallon*, UCLA L. Rev. 54 (2007), S. 1267 (1273): »no workable formula«. Auch der U.S. Supreme Court spricht in 438 U.S. 265, 326 (1978) – *Regents of Univ. of California v. Bakke* von einem »inexact term«.

⁹⁵⁸ 476 U.S. 267, 280 (Fn. 6) (1986) – *Wygant v. Jackson Bd. of Educ.*: »The term ›narrowly tailored‹ ... may be used to require consideration of whether lawful alternative and less restrictive means could have been used«.

»narrowly tailored« meine etwas anderes als die Erforderlichkeit eines Mittels⁹⁵⁹. Sicher ist jedoch, dass das Gericht bei der Qualifikation eines staatlichen Interesses als »zwingend« die Anforderungen an den Gesetzgeber abgeschwächt hat (Stichwort: »arbeitsfreier Ruhetag«⁹⁶⁰). Auch das BVerfG hat seine Anforderungen an ein überragend wichtiges Ziel gesenkt, nicht jedoch auf das Niveau des U.S. Supreme Courts heruntergefahren.

Eine solche Praxis weckt Ängste vor der leichtfertigen Qualifikation staatlicher Interessen. Insbesondere die Entscheidung zu dem »PATRIOT Act«⁹⁶¹, der im großen Maße eine Einschränkung der amerikanischen Bürgerrechte mit sich brachte, offenbart das Weichmacherpotential der »nationalen Sicherheit« als Abwägungsblankett zur Aushöhlung der Grundrechte. Dieses Drohszenario wird verstärkt durch die Abwesenheit eines vergleichbaren Angemessenheitskriteriums, die zu einem Eindruck der »Zweckheiligung« führt. Dieser Spagat zwischen der nur stumpfen Waffe des »rational basis test« und der starren »strict scrutiny«-Kontrolle zwang das Gericht zu einer differenzierteren Rechtsprechung, der es mit der Anerkennung des »intermediate scrutiny test« nachkam.

§ 3 – Mittlere Kontrolldichte: »intermediate scrutiny«

Bis in die 1970er Jahre richtete sich die amerikanische Grundrechtsjudikatur nach dem bisher untersuchten »dual-level«⁹⁶²-Regime. Das Festhalten an den Extremen »rational basis« und »strict scrutiny« sollte sich bald als Hemmschuh im komplexen Bereich der Gesetzgebung in Gleichheitsfragen und der Redefreiheit erweisen. Der »intermediate scrutiny test« (oder auch »middle tier«) stammt aus dem Nachlass des »Burger-Court« der 1970er Jahre und wurde nachträglich zwischen den Extremen »rational basis« und »strict scrutiny« angesiedelt.⁹⁶³ Wiewohl ihm die Richter anfangs mit Skepsis begegneten, gehört er heute zum gesicherten Bestand der amerikanischen Verfassungsrechtsprechung, in der der U.S. Supreme Court eine geringere Grundrechtsgefährdung durch geringere Anforderungen an die Rechtfertigung eines Grundrechtseingriffs würdigt.⁹⁶⁴

⁹⁵⁹ 481 U.S. 221, 231 (1987) – *Arkansas Writer's Project v. Ragland*: »[T]he State must show that its regulation is *necessary* to serve a compelling state interest, and is *narrowly drawn* to achieve that end« (Herv. d. Verf.).

⁹⁶⁰ 374 U.S. 398, 408 (1963) – *Sherbert v. Verner*.

⁹⁶¹ 561 U.S. 1, 34 (2010) – *Holder v. Humanitarian Law Project*.

⁹⁶² 384 U.S. 641, 659, 660 f. (1966) – *Katzbach v. Morgan* (Harlan, J., dissenting).

⁹⁶³ *Fallon*, UCLA L. Rev. 54 (2007), S. 1267 (1299).

⁹⁶⁴ Trotzdem muss sich die Untersuchung des mittleren Kontrollmaßstabs mit einer nur spärlichen Rechtsprechung begnügen.

A. Anwendungsbereich

Der »middle tier« bietet dem Gericht ein flexibles Instrument, das sich insbesondere in Konstellationen anbietet, in denen weder der strenge noch der durchlässige Prüfungsmaßstab eine sachgerechte Basis bieten würde. Nachdem das Gericht in einem ersten Schritt feststellt, ob das in Frage stehende Verhalten von dem Schutzbereich eines Grundrechts gedeckt ist, widmet es sich in einem zweiten Schritt der Intensität des in Frage stehenden Eingriffs.

I. Schutzbereich und Eingriff

Für den Bereich der Redefreiheit, des Rechts auf Waffenbesitz und des Rechts auf Privatsphäre zieht der U.S. Supreme Court den Schutzbereich eines Grundrechts einerseits und die Intensität eines Grundrechtseingriffs andererseits als Kriterium für die Zuordnung zum mittleren Kontrollmaßstab heran. Gesetzliche Mittel, die ein Grundrecht nicht »direkt und wesentlich verkürzen«⁹⁶⁵, prüft das Gericht als »incidental burden«⁹⁶⁶ an dem Maßstab mittlerer Kontrolldichte. Anders als im Bereich des strengen Kontrollmaßstabs erfasst der »intermediate scrutiny test« somit auch mittelbar-faktische Eingriffe. Der Verzicht auf die Finalität und Unmittelbarkeit des Eingriffs erinnert wiederum an den modernen Eingriffsbegriff im Heimatrecht.

1. Redefreiheit

In der Lesart des U.S. Supreme Courts verspricht der erste Verfassungszusatz den Schutz von Rede im Kontext der Kontrolle und Konstitution politischer Macht, autonomer Selbstdarstellung und Wahrheitssuche in einer nur wenig homogenen Gesellschaft. Umgekehrt gilt, dass der Schutz von Äußerungen, die in keinem Verhältnis zu diesen Funktionen stehen, abnimmt, je mehr sich die Aussage von diesen Idealen entfernt.⁹⁶⁷ Der U.S. Supreme Court ordnet die Vermittlung nur kommerzieller Informationen auf dem »marketplace of ideas«⁹⁶⁸ daher als weniger schutzwürdig ein. Statt einer sonst strengen Prüfung einer inhaltsbezogenen Regulierung prüft das Gericht »commercial speech« ebenfalls nur an dem

⁹⁶⁵ 434 U.S. 374, 387 (Fn. 12) (1978) – *Zablocki v. Redhail*: »directness and substantiality of the interference«; 477 U.S. 635, 638 (1986) – *Lyng v. Castillo*; *Chemerinsky*, Constitutional Law, S. 830.

⁹⁶⁶ *Dorf*, Harv. L. Rev. 109 (1996), S. 1175 (1199 ff.); *Fallon*, UCLA L. Rev. 54 (2007), S. 1267 (1319); vgl. 508 U.S. 520, 542 ff. (1993) – *Church of the Lukumi Babalu Aye, Inc. v. City of Hialeah*; 434 U.S. 374, 383 (1978) – *Zablocki v. Redhail*: »reasonable regulations that do not significantly interfere with [the right] may legitimately be imposed«; ferner 434 U.S. 47, 55 (Fn. 12) (1977) – *Califano v. Jobst*.

⁹⁶⁷ *Brugger*, Demokratie, S. 274.

⁹⁶⁸ 250 U.S. 616, 624, 630 (1919) – *Abrams v. United States* (Holmes, J., dissenting).

mittleren Kontrollmaßstab.⁹⁶⁹ Gleiches gilt für gesetzlichen Maßnahmen zur Regulierung schlüssiger Äußerungen durch rein körperliche Ausdrucksformen («symbolic speech»).970 Daher darf der Gesetzgeber auch den Zugang zu jugendgefährdenden Etablissements wie Striptease-Clubs⁹⁷¹ («nude dancing» als Ausdruck freier Rede) für die Öffentlichkeit beschränken.

Der U.S. Supreme Court verband im Bereich freier Rede in den 1980er Jahren verschiedene Kontrollmaßstäbe zu einem einheitlichen Test mittlerer Kontrolldichte. In dieser Periode begann das Gericht, geringere Anforderungen an die Rechtfertigung einer inhaltlichen Regulierung freier Rede zu stellen, je vermittelter und entfernter diese Regulierung eine inhaltliche »Grenze des Sagbaren« anstrebte. Toleriert werden umso eher Eingriffe, die sich in der Sprache des BVerfG auf die »Formen und Umstände einer Meinungsäußerung in der Außenwelt beschränken«⁹⁷². Daher findet der »intermediate scrutiny test« bei Eingriffen in die Redefreiheit Anwendung, wenn sich der Eingriff nicht im Sinne einer »viewpoint discrimination«⁹⁷³ gegen den Inhalt einer Rede als solche richtet, sondern eine ungezielte Nebenwirkung eines inhaltsneutralen Gesetzes darstellt. Das ist dann der Fall, wenn der Gesetzgeber eine angesichts ihrer Sichtweise und ihres inhaltlichen Gegenstands neutrale »time, place and manner«-Regulierung trifft, also weder an die Ideologie noch das Thema der Rede anknüpft.⁹⁷⁴

2. Das Recht auf Waffenbesitz

Mit der Verabschiedung der »Bill of Rights« trat 1791 auch der zweite Verfassungszusatz in Kraft, der es dem Gesetzgeber verbietet, das Recht auf den Besitz und das Tragen von Waffen einzuschränken. Das genaue Ausmaß dieses Verbots gehört zu den umstrittensten Fragen im juristischen und politischen Diskurs der Vereinigten Staaten. Trotzdem beschäftigte sich der U.S. Supreme Court erst im Jahre 2008 erstmals mit der Frage, ob der zweite Verfassungszusatz einen Individualanspruch des Bürgers oder bloß den Waffenbesitz staatlich organisierter Milizen garantierte.

⁹⁶⁹ Bhagwat, U. Ill. L. Rev. 2007, S. 783 (794): »Commercial speech regulations ... are content-based, but because of the lower constitutional value of such speech, only intermediate scrutiny applies«.

⁹⁷⁰ 491 U.S. 397 (1989) – *Texas v. Johnson* (Verbrennen der Nationalflagge); 391 U.S. 367 (1968) – *United States v. O'Brien* (Zerstören von Einberufungsbescheiden).

⁹⁷¹ 501 U.S. 560 (1991) – *Barnes v. Glen Theater, Inc.*; 475 U.S. 41 (1986) – *City of Renton v. Playtime Theatres*; 391 U.S. 367 (1968) – *United States v. O'Brien*.

⁹⁷² BVerfGE 124, 300 (333).

⁹⁷³ K. Sullivan, in: *The Boundaries of Freedom of Expression*, S. 1 (9).

⁹⁷⁴ *Chemerinsky*, Clev. St. L. Rev. 42 (1994), S. 199 (203); *Sabrin*, Yale L. J. 201 (1993), S. 1209 (1220); vgl. 512 U.S. 622, 642 (1994) – *Turner Broadcasting System, Inc. v. FCC*: »unrelated to the content of speech«; 475 U.S. 41 (1986) – *City of Renton v. Playtime Theatres*; 391 U.S. 367 (1968) – *United States v. O'Brien*.

Der Entscheidung »District of Columbia v. Heller«⁹⁷⁵ lag ein Verbot zu Grunde, das den Besitz von Waffen in der amerikanischen Bundeshauptstadt untersagte. Ausgenommen waren allein Berufswaffenträger und solche Waffen, die vor 1975 registriert worden waren. In einer 5:4-Entscheidung erklärte die Gerichtsmehrheit das angegriffene Regelwerk für verfassungswidrig.⁹⁷⁶ Das Recht Waffen zu tragen stehe als zweiter Verfassungszusatz im Range eines vorbehaltlos gewährleisteten Grundrechts. Trotzdem garantiere der zweite Verfassungszusatz nicht »to keep and carry any weapon whatsoever in any manner whatsoever and for whatever purpose«⁹⁷⁷. Dies dürfte bedeuten, dass der U.S. Supreme Court ein neutrales Gesetz, das sich nicht gegen das Recht auf Waffenbesitz als solches richtet, als »incidental burden«⁹⁷⁸ an dem Maßstab mittlerer Kontrolldichte prüfen würde. Kann der Gesetzgeber vorrangige Gemeinschaftsgüter nachweisen, kann er die individuelle Freiheit des Waffenrechts punktuell beschränken.

3. Privatsphäre

Der U.S. Supreme Court misst auch Eingriffe in das Recht auf Privatsphäre an dem »intermediate scrutiny test«. 1978 urteilte das Gericht im Bereich der Ehefreiheit, dass gesetzliche Maßnahmen solange im Einklang mit der Verfassung stehen, wie sie als konkretisierendes Beiwerk ergingen, ohne dass in das Recht der Ehefreiheit wesentlich eingegriffen würde.⁹⁷⁹ Diese Rechtsprechung hat das Gericht 1992 für das Recht auf Schwangerschaftsabbruch in eine konkretisierte Form des mittleren Prüfungsmaßstabs überführt. In »Planned Parenthood v. Casey«⁹⁸⁰ ersetzte das Gericht unter dem Vorsitz von *William H. Rehnquist* die seit »Roe v. Wade«⁹⁸¹ herrschenden Voraussetzungen des strengen Kontrollmaßstabs mit dem »undue burden standard«: »A finding of an undue burden is a shorthand for the conclusion that a state regulation has the purpose or effect of placing a substantial obstacle in the path of a woman seeking an abortion of a nonviable fetus«⁹⁸².

⁹⁷⁵ 554 U.S. 570 (2008) – *District of Columbia v. Heller*.

⁹⁷⁶ In der amerikanischen Literatur wurde das Urteil überwiegend kritisch beurteilt, vgl. für viele *Amar*, Harv. L. Rev. 122 (2008), S. 145 und *Blocher*, N.Y.U. L. Rev. 84 (2009), S. 375 (398 ff.).

⁹⁷⁷ 554 U.S. 570, 572 (2008) – *District of Columbia v. Heller*.

⁹⁷⁸ *Dorf*, Harv. L. Rev. 109 (1996), S. 1175 (1199 ff.); s. oben Fn. 966.

⁹⁷⁹ 434 U.S. 374, 383 (1978) – *Zablocki v. Redhail*: »reasonable regulations that do not significantly interfere with decisions to enter into the marital relationship may legitimately be imposed«; vgl. 434 U.S. 47, 55 (Fn. 12) (1977) – *Califano v. Jobst*.

⁹⁸⁰ 505 U.S. 833 (1992) – *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*.

⁹⁸¹ 410 U.S. 113 (1973) – *Roe v. Wade*.

⁹⁸² 505 U.S. 833, 877 (1992) – *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*.

II. »Quasi-verdächtige« Klassifizierungen

Im Bereich des Gleichheitssatzes erkennt der U.S. Supreme Court heute etwa eine langjährige Schlechterstellung staatlicherseits von Frauen, die in eine erhebliche Diskrepanz zwischen rechtlichem Ideal und gesellschaftlicher Wirklichkeit mündet: Zur Zeit des Inkrafttretens des vierzehnten Verfassungszusatzes durften Frauen in vielen Staaten kein Eigentum erwerben, keine Verträge schließen und nicht über ihr eigenes Vermögen verfügen. Bundesweit durften sie weder wählen noch für das Repräsentantenhaus kandidieren.⁹⁸³ Noch in den 1960er Jahren betonte das Gericht die zentrale Stellung der Frau im Heim- und Familienleben⁹⁸⁴ und in »Reed«⁹⁸⁵ bestätigte das Gericht eine Diskriminierung allein auf Grundlage administrativer Zweckmäßigkeitserwägungen.

Zwei Jahre später kam es zur Kehrtwende. Zwar konnten sich die Richter noch auf keinen einheitlichen Prüfungsstandard einigen, doch rekurrten bereits vier der neun Richter auf eine »strict scrutiny«-Prüfung.⁹⁸⁶ Dies führte auf der Höhe der Frauenrechtsbewegung in ein Dilemma, denn einerseits suchte der U.S. Supreme Court, seine Rechtsprechung »archaischer und überzogener Generalisierungen«⁹⁸⁷ abzulegen. Andererseits erfüllen geschlechtsbezogene Differenzierungen nicht diejenigen Kriterien, die der U.S. Supreme Court an eine »verdächtige« Klassifizierung stellt: Frauen sind seit 1920 wahlberechtigt; weil sie über die Hälfte der Wählerstimmen stellen, kann von einer »discrete and insular minority«⁹⁸⁸, die ob ihrer rechtspolitischen Schwäche Gefahr läuft, keine ausreichende politische Repräsentation zu erfahren, keine Rede sein. Man verständigte sich Mitte der 1970er Jahre auf einen Mittelweg. In »Craig« schuf das Gericht einen mittleren Prüfungsmaßstab, nach dem eine geschlechtsbezogene Klassifizierung einem wichtigen öffentlichen Ziel dienen und zu dessen Verwirklichung in einem substantiellen Verhältnis stehen müsse.⁹⁸⁹

⁹⁸³ *Brugger*, Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 189; vgl. 83 U.S. (16. Wall.) 130, 141 (1873) – *Bradwell v. The State*: »The natural and proper timidity and delicacy which belongs to the female sex evidently unfits it for many of the occupations of civil life«.

⁹⁸⁴ 368 U.S. 57, 62 (1961) – *Hoyt v. Florida*: »woman is still regarded as the center of home and family life«.

⁹⁸⁵ 404 U.S. 71 (1971) – *Reed v. Reed*.

⁹⁸⁶ 411 U.S. 677 (1973) – *Frontiero v. Richardson*. Die Unsicherheit der Richter zeigt sich eindrucksvoll in 421 U.S. 7, 17 (1975) – *Stanton v. Stanton*: »We therefore conclude that, under any test – compelling state interest, or rational basis, or something in between – [the statute] ... does not survive an equal protection attack« (Herv. d. Verf.).

⁹⁸⁷ 419 U.S. 498, 508 (1975) – *Schlesinger v. Ballard*.

⁹⁸⁸ 304 U.S. 144, 152 (Fn. 4) (1938) – *United States v. Carolene Products Co.*; zu den Kriterien einer »suspect class« oben S. 100 ff.

⁹⁸⁹ 429 U.S. 190, 197 (1976) – *Craig v. Boren*: »To withstand constitutional challenge, previous cases establish that classifications by gender must serve important governmental objectives and must be substantially related to those objectives«; *Aleinikoff*, Yale L. J. 96 (1987), S. 943 (1969).

Der mittlere Maßstab kommt ebenfalls bei der Benachteiligung unehelicher Kinder und den Nachkommen illegaler Einwanderer zum Tragen. Es sei ungerade ein Kind zur Abschreckung der Eltern zu bestrafen, das für seine Situation nichts könne, außer geboren worden zu sein.⁹⁹⁰ Auch widerspräche es der Vorstellung, dass rechtliche Lasten einen Bezug zu individueller Verantwortlichkeit und individuellen Fehlverhaltens haben sollten. Da die Geschichte dieser Diskriminierungsform nicht mit der Geschichte der Rassendiskriminierung zu vergleichen sei, greife ein erhöhter, aber nicht strenger Kontrollmaßstab.⁹⁹¹ Auf dieser Grundlage hat der U.S. Supreme Court in der Vergangenheit mehrfach Regelungen u. a. des Schul-, Erb-, Prozess- und Unterhaltsrechts für verfassungswidrig erklärt, in denen uneheliche gegenüber ehelichen Kindern und Nachkommen legaler gegenüber Nachkommen illegaler Einwanderer benachteiligt wurden.⁹⁹² Der U.S. Supreme Court hat auf diese Weise Differenzierungsverbote einer »quasi-suspect classification«⁹⁹³ entwickelt, die das Grundgesetz in dessen Art. 3 Abs. 2 und 3 als absolute Differenzierungsverbote ausgestaltet und mit einem vergleichbar hohen Schutzniveau verbunden hat.

B. Elemente

Der »intermediate scrutiny test« verdankt seinen Namen seiner Position zwischen den Extremen »strict scrutiny« und »rational basis«. Er ist Ausdruck einer »compromise position«⁹⁹⁴, die sich in der geringeren Grundrechtsgefährdung und entsprechend niedrigeren Hürden äußert, die der Gesetzgeber bei der verkürzenden Ausgestaltung eines Grundrechts oder Klassifizierung entlang »quasi-verdächtiger« Differenzierungsmerkmale nehmen muss.

I. Wichtiger öffentlicher Zweck

Dass der U.S. Supreme Court qualifizierte Anforderungen an die gesetzliche Zwecksetzung stellt, haben wir bereits bei der Untersuchung des »strict scrutiny test« gesehen. Dies gilt in gleichem Maße für den mittleren Kontrollmaßstab, doch sind die Anforderungen anders gelagert. Zwischen den Extremen eines zwingenden und eines irgendwie nachvollziehbaren Zwecks fordert der U.S. Supreme Court, dass der Gesetzgeber einen wichtigen öffentlichen Zweck ver-

⁹⁹⁰ 457 U. S. 202 (1982) – *Plyler v. Doe*; 406 U.S. 164, 175 (1972) – *Weber v. Aetna Cas. & Sur. Co.*

⁹⁹¹ 427 U.S. 495, 506 (1976) – *Mathews v. Lucas*; *Brugger*, Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 198.

⁹⁹² 486 U.S. 456 (1988) – *Clark v. Jeter*; 439 U.S. 259 (1978) – *Lalli v. Lalli*; 430 U.S. 762 (1977) – *Trimble v. Gordon*; 409 U.S. 535 (1973) – *Gomez v. Perez*; 406 U.S. 164 (1972) – *Weber v. Aetna Cas. & Sur. Co.*; 391 U.S. 68 (1968) – *Levy v. Louisiana*; *Brugger*, Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 198.

⁹⁹³ 473 U.S. 432, 442 (1985) – *City of Cleburne v. Cleburne Living Center, Inc.*

⁹⁹⁴ *Wexler*, Geo. Wash. L. Rev. 66 (1998), S. 298 (322).

folgt (»important or substantial interest«⁹⁹⁵). Der U.S. Supreme Court trägt dem schwächeren Grundrechtseingriff im Bereich der Redefreiheit und »quasi-verdächtigen« Klassifizierungen Rechnung, indem er geringere Anforderungen an das Gewicht des öffentlichen Interesses stellt.

Die Forderung nach einem wichtigen öffentlichen Interesse erinnert an die gestufte Konkretisierung eines Gemeinschaftsguts auf Grundlage der Dreistufenlehre, im Speziellen an die Anforderungen der subjektiven Zulassungsvoraussetzungen. Diese Gemeinschaftsgüter mögen relative Werte verkörpern, die erst der Gesetzgeber auf Grund seiner gesellschaftspolitischen Vorstellungen und Ziele definiert hat,⁹⁹⁶ oder absolute, von der Tagespolitik unabhängige Werte⁹⁹⁷. Gleichwohl haben weder das BVerfG noch der U.S. Supreme Court jemals ausdrücklich klargestellt, was sie unter einem wichtigen öffentlichen Ziel verstehen.

Der U.S. Supreme Court konzentriert sich auf die konkrete Relevanz eines öffentlichen Interesses.⁹⁹⁸ Die Beseitigung des visuellen Durcheinanders, das eine Vielzahl an Schildern in einem Wohnviertel mit sich bringt, sei jedenfalls kein wichtiges öffentliches Interesse.⁹⁹⁹ Andererseits stelle der Bürgerschutz vor übermäßigem Lärm¹⁰⁰⁰ ebenso ein erhebliches Interesse dar wie die Attraktivität und Sauberkeit der Bürgerparks,¹⁰⁰¹ die Verhinderung übermäßiger Jugendschwangerschaften¹⁰⁰² und der Schutz des Einzelnen vor Belästigung auf Fußgängerwegen¹⁰⁰³. Auch in »Cox v. Louisiana«¹⁰⁰⁴ erkannte das Gericht in einem Demonstrationsverbot in unmittelbarer Nähe zum U.S. Supreme Court ein wichtiges Interesse, weil es die Neutralität der Richter fördere und vor Einschüchterung schütze.¹⁰⁰⁵ Für den Bereich freier Rede verweist der U.S. Supreme Court auf die Eigenart und Funktion des jeweiligen Forums: Ein überfülltes Festgelände verlangt harschere Sicherheitsmaßnahmen als ein neutraler, normal besuchter Platz¹⁰⁰⁶ und die Attraktivität des Stadtbilds kann es gebieten, »Sexkinos« im In-

⁹⁹⁵ 391 U.S. 367, 377 (1968) – *United States v. O'Brien*; vgl. 468 U.S. 288, 293 (1984) – *Clark v. Community for Creative Non-Violence*: »significant governmental interest«; 466 U.S. 789, 816 (1984) – *City Council v. Taxpayers for Vincent*: »sufficiently important«; 410 U.S. 679, 681 (1973) – *Marston v. Lewis*: »important interest«.

⁹⁹⁶ BVerfGE 13, 97 (107); *Mann*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 12, Rn. 131.

⁹⁹⁷ Etwa BVerfGE 106, 181 (194); 78, 179 (192); 25, 236 (247).

⁹⁹⁸ *Bhagwat*, Cal. L. Rev. 85 (1997), S. 297 (305); *Stock*, Meinungs- und Pressefreiheit in den USA, S. 125.

⁹⁹⁹ 512 U.S. 43, 48 f. (1994) – *City of Ladue v. Gilleo*.

¹⁰⁰⁰ 491 U.S. 781, 791 (1989) – *Ward v. Rock against Racism*.

¹⁰⁰¹ 468 U.S. 288, 296 (1984) – *Clark v. Community for Creative Non-Violence*.

¹⁰⁰² 450 U.S. 464, 470 (1981) – *Michael M. v. Superior Court*.

¹⁰⁰³ 530 U.S. 703, 715 (2000) – *Hill v. Colorado*.

¹⁰⁰⁴ 379 U.S. 559 (1963) – *Cox v. Louisiana*.

¹⁰⁰⁵ 379 U.S. 559, 565 (1963) – *Cox v. Louisiana*.

¹⁰⁰⁶ 452 U.S. 640, 650 f. (1981) – *Heffron v. International Society for Krishna Consciousness*: »the significance of the governmental interest must be assessed in light of the characteristic nature and function of the particular forum involved«.

nenstadtbereich zu verbieten.¹⁰⁰⁷ Die Effektivität der Verwaltungsarbeit genügt diesen Anforderungen anders als unter »rational basis« hingegen nicht.¹⁰⁰⁸

Nur selten hinterfragt der U.S. Supreme Court die vorgebrachten Regelungsziele.¹⁰⁰⁹ Wie das BVerfG hat der U.S. Supreme Court seine Kontrollpraxis darauf reduziert, ob die Anschauungen des Gesetzgebers evident fehlsam sind oder gegen die verfassungsrechtliche Grundordnung verstoßen.¹⁰¹⁰ Emerson bringt über den »hardly balancing at all«¹⁰¹¹-Vorwurf das defizitäre Maß an Kontrolldichte zum Ausdruck, das die Grundrechte im Anwendungsbereich des mittleren Maßstabs relativiert.

II. Zweck-Mittel-Relation: »substantially related«

Wenn der U.S. Supreme Court ein wichtiges öffentliches Interesse bestätigt hat, prüft er im Folgenden die Zweck-Mittel-Relation. Die Zwischenstellung mittlerer Kontrolldichte äußert sich in abgesenkten Anforderungen an die Legitimationslast. Den Kompromiss zwischen strenger und milder Kontrolle setzt der U.S. Supreme Court um, indem er statt einer direkten Zweck-Mittel-Relation eine Verbindung fordert, die den »substantially related«-Anforderungen¹⁰¹² genügt. In der zumeist offenen Ausdrucksweise des U.S. Supreme Courts bedeutet dies: »The relevant inquiry is not whether the statute is drawn as precisely as it might have been, but whether the line ... is within constitutional limitations«¹⁰¹³.

1. Zweckförderung

Für die Redefreiheit verweist der U.S. Supreme Court auf die »unmittelbare und wesentliche«¹⁰¹⁴ Förderung des öffentlichen Interesses. In allen anderen Bereich genießt der Gesetzgeber einen breiteren Vertrauensvorschuss. Der U.S. Supreme Court prüft in der Manier des BVerfG, wenn er von »advance«¹⁰¹⁵, »promote«¹⁰¹⁶ oder »further«¹⁰¹⁷ eines »important or substantial interest« spricht. Es genügt die

¹⁰⁰⁷ 475 U.S. 41, 50 (1986) – *City of Renton v. Playtime Theatres, Inc.*

¹⁰⁰⁸ 429 U.S. 190, 198 (1976) – *Craig v. Boren*; 404 U.S. 71, 76 f. – *Reed v. Reed*.

¹⁰⁰⁹ Vgl. 416 U.S. 396 (1974) – *Procunier v. Martinez*; 391 U.S. 367 (1968) – *United States v. O'Brien*.

¹⁰¹⁰ BVerfGE 13, 97 (107); vgl. 475 U.S. 41, 50 (1986) – *City of Renton v. Playtime Theatres*; 427 U.S. 50, 71 (1976) – *Young v. American Mini Theatres, Inc.*

¹⁰¹¹ *Emerson*, Cal. L. Rev. 68 (1980), S. 422 (450).

¹⁰¹² 429 U.S. 190, 197 (1976) – *Craig v. Boren*.

¹⁰¹³ 450 U.S. 464, 465 (1981) – *Michael M. v. Superior Court*.

¹⁰¹⁴ 507 U.S. 761, 762 (1993) – *Edenfeld v. Fane*: »direct and material«; 457 U.S. 596, 610 (1982) – *Globe Newspaper Co. v. Superior Court*: »advance that interest in an effective manner«; 447 U.S. 557, 566 (1980) – *Central Hudson Gas & Electric Corp. v. Public Service Commission of New York*: »directly advances the governmental interest asserted«.

¹⁰¹⁵ 561 U.S. 1, 26 f. (2010) – *Holder v. Humanitarian Law Project*.

¹⁰¹⁶ 491 U.S. 781, 782 (1989) – *Ward v. Rock Against Racism*.

¹⁰¹⁷ 391 U.S. 367, 377 (1968) – *United States v. O'Brien*.

abstrakte Möglichkeit der Zweckerreichung und dem Gesetzgeber ist ein größerer Prognosespielraum als unter »strict scrutiny« eingeräumt.

2. Erforderlichkeit

Alsdann bildet die Erforderlichkeit den Schwerpunkt der verfassungsgerichtlichen Kontrolle: Der Gesetzgeber darf die individuelle Freiheit nicht beschränken, wenn derselbe Erfolg mit einer weniger einschneidenden Maßnahme zu erreichen wäre.¹⁰¹⁸ Der U.S. Supreme Court untersucht alternative Maßnahmen und deren Auswirkungen in der Realität, denn der Gesetzgeber darf nicht leichtfertig auf einfachere Maßnahmen ausweichen: »the prime objective of the First Amendment is not efficiency«¹⁰¹⁹. Es gilt alles bisher zur Erforderlichkeit des »strict scrutiny test« Gesagte mit den folgenden Besonderheiten.

a) Mittlere Kontrolle

Wenn der U.S. Supreme Court sowohl für den strengen als auch den mittleren Kontrollmaßstab von der Zweck-Mittel-Relation des »narrowly tailored«-Grundsatzes spricht, suggeriert dies nur eine scheinbare Identität. Der U.S. Supreme Court ist als verfassungsrechtlicher »Zweitinterpret«¹⁰²⁰ mehr als unter »strict scrutiny« an die gesetzgeberischen Abwägungsentscheidungen gebunden. Das Eingriffsmittel darf das Grundrecht nicht intensiver belasten als zur Förderung des gesetzlichen Zwecks nötig. Anders als bei »strict scrutiny« verpflichtet das Gericht den Gesetzgeber nicht im Sinn einer strengen Erforderlichkeit auf die stets mildeste Alternative.¹⁰²¹ Der U.S. Supreme Court verneint die Erforderlichkeit erst dann, wenn der Gesetzgeber das Grundrecht eindeutig stärker belastet als notwendig, um das Ziel zu erreichen. In »Turner« hat der U.S. Supreme Court diese Voraussetzungen konkretisiert:

»To satisfy this standard, a regulation need not be the least speech-restrictive means of advancing the Government's interests. Rather, the requirement of narrow tailoring is satisfied so long as the ... regulation promotes a substan-

¹⁰¹⁸ 542 U.S. 564, 572 (2002) – *Ashcroft v. American Civil Liberties Union*: »least restrictive alternative«; 529 U.S. 803, 813 (2000) – *United States v. Playboy Entertainment Group, Inc.*; 492 U.S. 115, 126 (1989) – *Sable Communications v. FCC*; vgl. 491 U.S. 524 (1989) – *Florida Star v. B.J.F.*

BVerfGE 121, 317 (354); 117, 163 (189); 92, 262 (273); 90, 145 (172); 85, 360 (376); 81, 156 (192 f.); 80, 1 (30); 67, 157 (173, 176); 63, 88 (115); 53, 135 (145); 41, 378 (396); 40, 371 (383); 39, 210 (230); 36, 47 (63 f.); 34, 71 (78); 33, 171 (187); 30, 292 (316); 25, 1 (18).

¹⁰¹⁹ 134 S.Ct. 2518, 2540 (2014) – *McCullen v. Coakley*.

¹⁰²⁰ *Kirchhof*, in: FS Lerche, S. 133 (148) (bezogen auf das BVerfG).

¹⁰²¹ 527 U.S. 173, 188 (1999) – *Greater New Orleans Broad. Ass'n, Inc. v. United States*: »The Government is not required to employ the least restrictive means conceivable«.

tial government interest that would be achieved less effectively absent the regulation«¹⁰²².

Der U.S. Supreme Court stellt klar, dass er dem Gesetzgeber einen breiteren Einschätzungsspielraum zugesteht. Er setzt die gesetzgeberischen Ansichten nur dann dem Verdikt der Verfassungswidrigkeit aus, wenn sie mit den Worten des BVerfG »offensichtlich fehlerhaft oder eindeutig widerlegbar sind«¹⁰²³. Die Erforderlichkeit reduziert sich auf eine dem deutschen Standard vergleichbare Evidenzkontrolle, die die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers zum Tragen bringt und die Möglichkeit zum Experimentieren belässt.¹⁰²⁴ So darf der Gesetzgeber ein und dasselbe Ziel mit mehreren Verboten verfolgen, solange dem Einzelnen die Möglichkeit adäquater Ausweichmöglichkeiten eingeräumt wird.¹⁰²⁵ Der Gesetzgeber darf öffentliche Konzerte daher nicht generell verbieten, aber Regelungen zur maximalen Lautstärke treffen.¹⁰²⁶

b) Angemessenheit als Erforderlichkeit

Der U.S. Supreme Court lässt mit »the interference ... must be in proportion to the interest served«¹⁰²⁷ auch im Bereich des mittleren Kontrollmaßstabs Kriterien der Angemessenheit erkennen. Ohne dass in der Abwägung der einen oder anderen Seite eine besondere Bedeutung eingeräumt wird, wägt das Gericht die vorgebrachten Argumente des Gesetzgebers mit der Effektivierung und dem Schutzanspruch grundrechtlich geschützter Interessen des Bürgers ab – »it all depends«¹⁰²⁸. Wenngleich die Intensität des Eingriffs in erster Linie bei der Auswahl des Levels eine Rolle spielt und nicht als Abwägungsfaktor direkt in die Angemessenheit hineinspielt, kommt der mittlere Kontrollmaßstab der gleitenden Kontrolldichte deutscher Verhältnismäßigkeit erstaunlich nahe.

In »McCullen«¹⁰²⁹ ging es um ein Gesetz des Bundesstaats Minnesota, das einen Bannkreis von rund 10 Metern um Abtreibungskliniken aufstellte. Dieses Verbot sollte gewalttätige Ausschreitungen zwischen den Gegnern und Befür-

¹⁰²² 512 U.S. 622, 642 (1994) – *Turner Broadcasting System, Inc. v. FCC*, unter Zitierung von 491 U.S. 781, 799 (1989) – *Ward v. Rock Against Racism*.

¹⁰²³ BVerfGE 50, 50 (51); 24, 367 (406); vgl. BVerfGE 13, 97 (105, 107).

¹⁰²⁴ BVerfGE 57, 295 (324); 54, 173 (202); vgl. 427 U.S. 50, 71 (1976) – *Young v. American Mini Theatres, Inc.*: »reasonable opportunity to experiment with solutions to admittedly serious problem«.

¹⁰²⁵ 134 S.Ct. 2518, 2529 (2014) – *McCullen v. Coakley*: »ample alternative channels«; 475 U.S. 41, 47 (1986) – *City of Renton v. Playtime Theatres*: »do not unreasonably limit alternative avenues of communication«.

¹⁰²⁶ 491 U.S. 781 (1989) – *Ward v. Rock Against Racism*; Fiss, in: Public Values, S. 195 (203).

¹⁰²⁷ 455 U.S. 191, 203 (1982) – *In re R.M.J.*; vgl. 492 U.S. 469, 480 (1989) – *Board of Trustees of State University of New York v. Fox*.

¹⁰²⁸ *K. Sullivan*, U. Colo. L. Rev. 63 (1992), S. 293 (296).

¹⁰²⁹ 134 S.Ct. 2518, 2540 (2014) – *McCullen v. Coakley*.

wortern von Abtreibungen verhindern. Gegen das Verbot klagte *Eleanor McCullen*, eine »Pro-Life-Aktivistin«, die regelmäßig vor einer der betroffenen Kliniken Handzettel verteilte. Der U.S. Supreme Court gab ihr Recht und verwarf die Bannkreis-Regelung, weil diese dem »narrowly tailored«-Grundsatz nicht Stand hielt. Das Gericht betonte einerseits die Bedeutung von Straßen und Fußgängerwegen für den öffentlichen »exchange of ideas«¹⁰³⁰. Andererseits verbot die Regulierung nicht den Inhalt eines geschützten Redegehalts als solchen. Dies erlaube dem Gesetzgeber einen »somewhat wider leeway to regulate features of speech unrelated to its content«¹⁰³¹. Anschließend stellt der Vorsitzende Richter *Roberts* fest, dass das Bannkreisgesetz die Befürchtung wecke, dass die Gesetzgebung vorschnell Alternativen verworfen habe, die die Redefreiheit bei gleicher Wirksamkeit des Mittels weniger stark belastet hätten. Alsdann setzt sich der U.S. Supreme Court mit den Argumenten der Legislative auseinander und führt mit Verweis auf die Gesetzgebung zwölf anderer Gliedstaaten eine Reihe von Maßnahmen auf, die das Ziel des Bannkreises in gleicher Weise erreichen würden. Fallentscheidend war jedoch die Tatsache, dass es bislang nur vor einer Klinik zu gewalttätigen Auseinandersetzungen gekommen war, der Bannkreis jedoch Geltung für jede Abtreibungsklinik im Bundesstaat Massachusetts beanspruchte:

»For a problem shown to arise only once a week in one city at one clinic, creating 35-foot buffer zones at every clinic across the Commonwealth is hardly a narrowly tailored solution. ... To meet the requirement of narrow tailoring, the government must demonstrate that alternative measures that burden substantially less speech would fail to achieve the government's interests, not simply that the chosen route is easier. A painted line on the sidewalk is easy to enforce, but the prime objective of the First Amendment is not efficiency«¹⁰³².

Die »McCullen«-Entscheidung zeigt, dass der U.S. Supreme Court mit der Unterscheidung zwischen öffentlichen und nicht-öffentlichen Kommunikationsorten, der Auswertung der Tatsachenbasis für die Prognose und dem Wahrscheinlichkeitsgrad einer Grundrechtsverletzung eine Abwägung aus spezifischer Sachnähe vornimmt. Auch in anderen Entscheidungen hat der U.S. Supreme Court betont, dass die Frage, ob ein jedermann offenstehendes Kommunikationsmittel aus den traditionellen Bahnen üblicher Kommunikation verbannt wird, in der Abwägung eine entscheidende Rolle spielt. Tendenziell schwächer fällt der Schutzanspruch der Redefreiheit außerhalb eines traditionellen Redeforums aus. Findet die Äußerung nicht-öffentlich statt, prüft das Gericht wohlwollender.¹⁰³³

¹⁰³⁰ 134 S.Ct. 2518, 2529 (2014) – *McCullen v. Coakley*.

¹⁰³¹ 134 S.Ct. 2518, 2529 (2014) – *McCullen v. Coakley*.

¹⁰³² 134 S.Ct. 2518, 2539 (2014) – *McCullen v. Coakley*.

¹⁰³³ *Stock*, Meinungs- und Pressefreiheit in den USA, S. 142 f.

So darf eine Stadt die Redefreiheit in Strafanstalten¹⁰³⁴ einfacher einschränken als auf Straßen, den »natürlichen und angemessen Orten für die Verbreitung von Information und Meinung«¹⁰³⁵. Der U.S. Supreme Court hat seine Rechtsprechung auch auf die Kommunikationsformen im Internet erweitert.¹⁰³⁶

Wenn wir uns an die auf den U.S. Supreme Court übertragbare Kritik am EuGH erinnern, nämlich die vernachlässigte Bestimmung der Eingriffstiefe und des Wesensgehalts eines Grundrechts,¹⁰³⁷ vermag sie unter dem mittleren Kontrollmaßstab weniger zu verfangen als unter »strict scrutiny«. Trotzdem wird man eine genuine Angemessenheitsprüfung auch hier vergeblich suchen: Weder schält der U.S. Supreme Court dezidiert die widerstreitenden Interessen heraus, noch bestimmt er die Natur oder den Wesensgehalt des betroffenen Grundrechts und der widerstreitenden Interessen in einer mit dem BVerfG vergleichbaren Tiefe. Die Unterscheidung zwischen dem jeweiligen Forum der Kommunikation lässt eine vergleichbare Prüfungstechnik erahnen,¹⁰³⁸ doch scheut der U.S. Supreme Court derlei Ausführungen und sucht sie durch eine pragmatische Prüfung zu umgehen. Seine Ausführungen etwa bei der Frage, ob die Verbrennung eines Einberufungsbescheides in den Dienst der bewaffneten Streitkräfte eine kommunikative Ausdrucksweise darstellt, reduziert das Gericht auf die Feststellung:

»We cannot accept the view that an apparently limitless variety of conduct can be labeled »speech«. However, even on the assumption that the alleged communicative element in O'Brien's conduct is sufficient to bring into play the First Amendment, it does not necessarily follow that the destruction of a registration certificate is constitutionally protected activity«¹⁰³⁹.

Die Entscheidungen zeigen aber auch, dass die Effektivierung des jeweiligen Grundrechts und die individuellen Auswirkungen einer gesetzlichen Maßnahme für die Zukunft in der Gesamtabwägung mitunter eine Rolle spielen. In diesem Tenor hat der U.S. Supreme Court eine geschlechtsbezogene Differenzierung bestätigt, die allein Männer im Falle einvernehmlichen Geschlechtsverkehrs mit jugendlichen Frauen unter 18 Jahren bestraft, weil sich im Falle einer Schwan-

¹⁰³⁴ 385 U.S. 39, 41 (1966) – *Adderley v. Florida*.

¹⁰³⁵ 308 U.S. 147, 163 (1939) – *Schneider v. State*.

¹⁰³⁶ 535 U.S. 564 (2002) – *Ashcroft v. American Civil Liberties Union*; 521 U.S. 844 (1997) – *Reno v. American Civil Liberties Union*.

¹⁰³⁷ *Emmerich-Fritsche*, Verhältnismäßigkeit, S. 215; *Pache*, NVwZ 1999, S. 1033 (1040).

¹⁰³⁸ Ablehnend *Barak*, Proportionality, S. 513: »not based on a balancing between the benefits gained by fulfilling the purpose and the harm to the constitutional right«. Dass dies nicht in seiner Allgemeinheit gilt, zeigt die Unterscheidung zwischen dem jeweiligen Forum der Kommunikation, vgl. 308 U.S. 147, 163 (1939) – *Schneider v. State*.

¹⁰³⁹ 391 U.S. 367, 376 (1968) – *United States v. O'Brien*.

gerschaft die Konsequenzen auf die Situation der Frau nachteiliger auswirken würden als auf den Mann.¹⁰⁴⁰

Auch in anderen Entscheidungen hat der U.S. Supreme Court Bezug auf die individuelle Zumutbarkeit eines Mittels genommen. Er verwirft gesetzliche Maßnahmen, die die individuelle Entscheidungsfreiheit einer Frau über die Abtreibung ihres Fötus übermäßig belasten (»undue burden«).¹⁰⁴¹ So darf der Gesetzgeber Abtreibungen nicht auf speziell zugelassene Krankenhäuser beschränken oder von der Konsultation eines zweiten Arztes abhängig machen,¹⁰⁴² aber eine schriftliche Einverständniserklärung einer einsichtsfähigen Schwangeren verlangen¹⁰⁴³. Mit diesem »undue burden standard« blitzt unter der sonst starren Grundrechtsprüfung eine Abwägungstechnik auf, die auf die Zumutbarkeit eines Mittels abstellt und die Rechtsprechung des U.S. Supreme Courts in die Nähe der deutschen Angemessenheit rückt.

Diese wenigen Entscheidungen dürfen nicht den Eindruck erwecken, dass es sich um eine typische Grundrechtsjudikatur im Bereich des mittleren Prüfungsmaßstabs handelt. Ihnen kommt ausschließlich Ausnahmecharakter zu. Der U.S. Supreme Court hat mehrfach einen »free-floating test for First Amendment coverage«¹⁰⁴⁴ verneint und zuletzt 2008 klargestellt, dass die Angemessenheit eines Mittels in der Grundrechtsjudikatur des U.S. Supreme Courts grundsätzlich nichts zu suchen habe.¹⁰⁴⁵

C. Fazit

Der U.S. Supreme Court hat den »intermediate scrutiny test« in den letzten 30 Jahren zu einem »default standard«¹⁰⁴⁶ entwickelt, wenngleich das kontrapunktische Kontrollverständnis, das in den Extremen »rational basis« – »strict scrutiny« zum Ausdruck kommt, nach wie vor den richterlichen Alltag bestimmt. Der mittlere Kontrollmaßstab ist ein flexibles Prüfungsraster, das dem U.S. Supreme Court eine offene Diskussion und Abwägung der widerstreitenden Interessen von staatlichen und bürgerlichen Interessen auf einem »level playing field«¹⁰⁴⁷

¹⁰⁴⁰ 450 U.S. 464, 476 (1981) – *Michael M. v. Superior Court*: »the consequences of sexual intercourse and pregnancy fall more heavily on the female than on the male«.

¹⁰⁴¹ 505 U.S. 833, 877 (1992) – *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*: »A finding of an undue burden is a shorthand for the conclusion that a state regulation has the purpose or effect of placing a substantial obstacle in the path of a woman seeking an abortion of a non-viable fetus«.

¹⁰⁴² 410 U.S. 179 (1973) – *Doe v. Bolton*.

¹⁰⁴³ 428 U.S. 52 (1976) – *Planned Parenthood v. Danforth*.

¹⁰⁴⁴ 132 S.Ct. 2537, 2544 (2012) – *United States v. Alvarez*, unter Zitierung von 559 U.S. 460, 470 (2010) – *United States v. Stevens*; vgl. 131 S.Ct. 2729, 2734 (2011) – *Brown v. Entertainment Merchants Association*.

¹⁰⁴⁵ 554 U.S. 570, 634 f. (2008) – *District of Columbia v. Heller*, vgl. oben S. 132 f.

¹⁰⁴⁶ *Bhagwat*, U. Ill. L. Rev. 2007, S. 783 (831).

¹⁰⁴⁷ *Note*, Harv. L. Rev. 118 (2005), S. 2792 (2808).

ermöglicht. Anders als die starren Pole strenger oder schwacher Kontrolle präjudiziert der mittlere Maßstab weder den Ausgang der Entscheidung, noch misst er dem staatlichen oder bürgerlichen Interesse ein besonderes Gewicht bei. So bestätigt sich der Eindruck *Sullivans*, wenn sie schreibt: »[I]ntermediate scrutiny is a balancing mode. Like the poles of two-tier review, it employs the vocabulary of weights and measures as a metaphor for justification. But unlike two-tier review, it really means it«¹⁰⁴⁸.

Indem der U.S. Supreme Court die Erforderlichkeit in die Nähe der traditionellen Rechtsprechung des BVerfG rückt, das die »eindeutige« Feststellung fordert, dass andere weniger einschneidende Mittel zur Verfügung stehen,¹⁰⁴⁹ bringt er den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers zur Geltung. Ein Modell, das über die Prüfung der Erforderlichkeit hinaus einen angemessenen Ausgleich kollidierenden Verfassungsrechts anstrebt, hat der U.S. Supreme Court auch im Bereich des »middle tier« nicht entwickelt, obwohl verschiedentlich Kriterien der Angemessenheit aufblitzen.

Die weitgehende Disjunktion der amerikanischen Rechtsprechung gegenüber den unteren Instanzen führt dazu, dass das Ergebnis eines Rechtsstreits weniger vorhersehbar ist als bei der »mechanischen Zuordnung«¹⁰⁵⁰ zu dem durchlässigen oder strengen Maßstab. Wo harte Maßstäbe einem flexiblen Instrument weichen, ist das Ergebnis eines Rechtsstreits weniger berechenbar und durch das System der »stare decisis« nur schwer zu stabilisieren. Auch hat die Abkehr von einem zweigliedrigen Eingriffsregime dazu geführt, dass das oberste Bundesgericht seine ursprünglich restriktive Inanspruchnahme verfassungsgerichtlicher Intervention zu Gunsten einer aktivistischen Rechtsprechung aufgibt.¹⁰⁵¹ Nur wenige Autoren gehen so weit wie *Meyer*, der eine Rückkehr zur überhitzten *Lochner*-Ära fürchtet,¹⁰⁵² doch bleibt die Sorge um eine Aufweichung der Maßstäbe und der einhergehenden Ausdehnung der richterlichen Kontrollbefugnisse lebendig¹⁰⁵³.

Ständiger Streitpunkt bildet die Abgrenzung des »intermediate scrutiny test« von dem »rational basis test«. Eine unscharfe Rechtsprechung zu den Kontrollparametern führt dazu, dass der Test vereinzelt auch als »intermediate scrutiny

¹⁰⁴⁸ *K. Sullivan*, U. Colo. L. Rev. 63 (1992), S. 293 (300 f.).

¹⁰⁴⁹ BVerfGE 81, 70 (91); 25, 1 (20); vgl. BVerfGE 49, 24 (58); 40, 371 (383); 38, 281 (302); 30, 292 (319); 17, 232 (245 f.).

¹⁰⁵⁰ *Seeburger*, Mo. L. Rev. 48 (1983), S. 587 (590).

¹⁰⁵¹ *Fallon*, UCLA L. Rev. 54 (2007), S. 1267 (1300): »the supreme court no longer feels the need for the degree of self-discipline that it once developed a mostly two-tiered doctrinal structure to provide«.

¹⁰⁵² *Meyer*, UCLA L. Rev. 48 (2001), S. 1125 (1128).

¹⁰⁵³ *Goldberg*, S. Cal. L. Rev. 77 (2004), S. 481 (485); *Shaman*, Constitutional Interpretation, S. 74; *White*, S.C. L. Rev. 57 (2005), S. 1 (3).

test« unter Etikettierung von »rational basis« aufgefasst wird.¹⁰⁵⁴ So mehrts sich die Forderung nach einer konsistenten Spruchpraxis und die Literatur spricht vom »test that ate everything«¹⁰⁵⁵. Die exakte Ableitung der widerstreitenden Positionen und eine Definition des »middle tier«-Prüfrasters würde die gewünschte Klarheit bringen.

§ 4 – Sonderregime: »overbreadth« und »vagueness«

Die herausragende Bedeutung der Redefreiheit als »condition of nearly every other form of freedom«¹⁰⁵⁶ würdigt der U.S. Supreme Court über eine der Wechselwirkungslehre vergleichbare Rechtsfigur. Die »overbreadth«-Doktrin ist wie die »over-/underinclusion«-Rechtsprechung im Bereich des Gleichheitssatzes eine besondere Ausprägung des »narrowly tailored«-Grundsatzes, die der Struktur der Redefreiheit und der Forderung »more speech, not less, is the governing rule«¹⁰⁵⁷ Rechnung trägt. Sie wacht seit der Entscheidung »Thornhill v. Alabama«¹⁰⁵⁸ über die »Grenze des Sagbaren«. Inhaltliche Reglementierungen einer Äußerung sind so eng zu fassen, dass nur derjenige Inhalt einer Äußerung beschränkt wird, der sich nicht im Schutzbereich der Redefreiheit befindet. Auf diese Weise schafft der U.S. Supreme Court eine ähnliche Konkretisierung wie die Wechselwirkungslehre der deutschen Verhältnismäßigkeit. Sie ist eng verwandt und meist verwoben mit der »vagueness«-Doktrin, die die hinreichende Bestimmtheit gesetzlicher Tatbestandsmerkmale fordert.

A. »Overbreadth«-Doktrin

Eine inhaltliche Regulierung freier Rede gerät zu weit, wenn die Verkürzung eines geschützten Inhalts über den durch das zwingende öffentliche Interesse abgedeckten Bereich hinausragt oder hinausragen kann. Der U.S. Supreme Court verlangt von den gesetzgebenden Organen, dass sie Reglementierungen freier Rede so eng fassen, dass im Wesentlichen nur derjenige Inhalt einer Äußerung beschränkt wird, der sich nicht im Schutzbereich der Redefreiheit befindet.

Quantitativ übermäßige Regulierungen verlangen daher nach der Streichung oder verengten Auslegung einzelner Tatbestandsmerkmale. So darf eine Stadt etwa keine Verordnung erlassen, die die Beleidigung von Polizisten in Form »ei-

¹⁰⁵⁴ *Farrell*, Ind. L. Rev. 32 (1999), S. 357 (362); *Pettinga*, Ind. L. J. 62 (1987), S. 779 (789); *Shaman*, Constitutional Interpretation, S. 83; so teils auch *Galloway*, Loy. L.A. L. Rev. 21 (1988), S. 449 (485 f.).

¹⁰⁵⁵ *Bhagwat*, U. Ill. L. Rev. 2007, S. 783 (783).

¹⁰⁵⁶ 302 U.S. 319, 327 (1937) – *Palko v. Connecticut*.

¹⁰⁵⁷ 558 U.S. 310, 361 (2010) – *Citizens United v. Federal Elections Commission*.

¹⁰⁵⁸ 310 U.S. 88 (1940) – *Thornhill v. Alabama*.

ner Verächtlichmachung durch schändliche Sprache¹⁰⁵⁹ bei Strafe verbietet, weil die Verordnung einen zu großen Bereich geschützter Äußerungen untersagt. Schließlich hatte der U.S. Supreme Court in »Chaplinsky«¹⁰⁶⁰ das Kriterium festgeschrieben, dass eine Äußerung nur dann nicht dem Schutzbereich der Redefreiheit unterfallen soll, wenn die Beleidigung auf eine unmittelbar aggressive Reaktion des Angesprochenen abzielte. Einen besonderen Impuls erlangt die Doktrin, indem der U.S. Supreme Court eher von der Überweite statt Passgenauigkeit des Mittels ausgeht.¹⁰⁶¹

Die »overbreadth«-Doktrin setzt voraus, dass eine Reglementierung freier Rede ein substantielles Maß an grundrechtlich geschützter Rede erfasst,¹⁰⁶² der Eingriff also einen nicht nur marginalen Nebeneffekt dieses Mittels darstellt.¹⁰⁶³ Der U.S. Supreme Court analysiert den Erstreckungsgrad ungeschützter Rede in den Bereich verfassungsrechtlich geschützter Rede – »judged in relation to the statute's plainly legitimate sweep«¹⁰⁶⁴ – und rückt die Doktrin in die Nähe einer Angemessenheitskontrolle, wenn er von dem »proportionality aspect of [the] overbreadth doctrine«¹⁰⁶⁵ spricht. So ist es einer Stadt untersagt, bestimmte provozierende Äußerungen zu verbieten, wenn diese ausschließlich auf die Verächtlichmachung einer bestimmten Ethnie gerichtet sind, diese Regulierung aber andere Beleidigungen im Übrigen ausklammert.¹⁰⁶⁶

¹⁰⁵⁹ 415 U.S. 130 (1974) – *Lewis v. City of New Orleans*: »The ordinance plainly has a broader sweep than the constitutional definition of ›fighting words‹ ... since, at the least, ›opprobrious language‹ embraces words that do not fall under that definition, the word ›opprobrious‹ embracing words ›conveying or intended to convey disgrace‹« mit Verweis auf 405 U.S. 518, 525 (1972) – *Gooding v. Wilson*; vgl. 482 U.S. 451 (1987) – *City of Houston v. Hill*.

¹⁰⁶⁰ 315 U.S. 568, 571 f. (1942) – *Chaplinsky v. United States*.

¹⁰⁶¹ 413 U.S. 601, 615 (1973) – *Broadrick v. Oklahoma*.

¹⁰⁶² 413 U.S. 601, 615 (1973) – *Broadrick v. Oklahoma*: »particularly where conduct and not merely speech is involved, we believe that the overbreadth of a statute must not only be real, but substantial as well«; vgl. 553 U.S. 285, 292 f. (2008) – *United States v. Williams*; 482 U.S. 569, 574 (1987) – *Airport Commissioners v. Jews for Jesus*.

¹⁰⁶³ 413 U.S. 548 (1973) – *CSC v. Letter Carriers*.

¹⁰⁶⁴ 413 U.S. 601, 615 (1973) – *Broadrick v. Oklahoma*; vgl. 539 U.S. 113, 119 (2003) – *Virginia v. Hicks*.

¹⁰⁶⁵ 539 U.S. 113, 122 (Fn. 3) (2003) – *Virginia v. Hicks*.

¹⁰⁶⁶ 505 U.S. 377, 386 (1992) – *R.A.V. v. City of St. Paul*: »The government may not regulate use based on hostility – or favoritism – towards the underlying message [that a speaker] expressed«; vgl. 502 U.S. 105, 116 – *Simon & Schuster, Inc. v. Members of the N.Y. State Crime Victims Bd.*

I. »Overbreadth«-Doktrin und Wechselwirkungslehre

Das BVerfG trägt dem »schlechthin konstituierenden«¹⁰⁶⁷ Charakter der Meinungsfreiheit für eine freiheitlich-liberale Staatsordnung durch die Wechselwirkungslehre Rechnung.¹⁰⁶⁸ Die Wechselwirkungslehre zieht den Schranken der »allgemeinen Gesetze« der Meinungsfreiheit und den Schrankenvorbehalten der anderen Grundrechte Grenzen. Sie sollen ihrerseits im Lichte der Bedeutung des jeweiligen Grundrechts gesehen und ausgelegt werden,¹⁰⁶⁹ und zwar »aus der Erkenntnis der wertsetzenden Bedeutung dieses Grundrechts im freiheitlichen demokratischen Staat«, sodass sie »in ihrer das Grundrecht begrenzenden Wirkung selbst wieder eingeschränkt werden müssen«¹⁰⁷⁰.

Die Gerichte erklären eine Regulierung in ihrer Gesamtheit für unanwendbar, wenn die verfassungswidrigen Bestandteile der Regulierung einen erheblichen Anteil der Gesamtregelung ausmachen und eine Abspaltung von den verfassungskonformen Passagen nicht möglich oder geboten ist. In Deutschland und den USA kommt der Respekt gegenüber den Entscheidungen des Gesetzgebers so über eine verfassungskonforme Auslegung des einfachen Rechts zum Ausdruck. Der U.S. Supreme Court betont selbst angesichts ernsthafter Zweifel an der Verfassungskonformität einer Norm: »[I]t is a cardinal principle that this Court will first ascertain whether a construction of the statute is fairly possible by which the question may be avoided«¹⁰⁷¹. Gleichzeitig verlangt das BVerfG, soweit Parlamentswille und Wortlaut eine verfassungskonforme Auslegung zulassen, das Gesetz an dieser Auslegung zu messen, solange es nicht zu einer Manipulation des Gesagten oder Gewollten komme.¹⁰⁷²

Die »overbreadth«-Doktrin und die Wechselwirkungslehre sind damit schlagkräftige Instrumente, die eine übermäßige Relativierung der Rede- und Meinungsfreiheit verhindern. Doch steht der amerikanische Schutzmechanismus unter umgekehrten Vorzeichen: Während der U.S. Supreme Court die breite Entfaltung grundrechtlich geschützter Verhaltensweisen fordert, findet sich das deutsche Pendant in einer auf Verfassungskonformität bedachten, restriktiven Auslegung des beschränkenden Gesetzes.

¹⁰⁶⁷ BVerfGE 7, 198 (208).

¹⁰⁶⁸ Grundlegend BVerfGE 7, 198 (208 f.); vgl. *Bethge*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 5, Rn. 145.

¹⁰⁶⁹ BVerfGE 115, 118 (152); 90, 27 (33); 61, 1 (11); 60, 234 (240); 47, 198 (232 f.); 7, 198 (208); 5, 85 (205).

¹⁰⁷⁰ BVerfGE 12, 113 (124 f.), mit Hinweis auf BVerfGE 7, 198 (208); 5, 85 (205).

¹⁰⁷¹ 285 U.S. 22, 62 (1932) – *Crowell v. Benson*.

¹⁰⁷² BVerfGE 2, 266 (282).

II. Besonderheiten

Die Besonderheit der »overbreadth«-Doktrin zeigt sich darin, dass eine gesetzliche Regelung auch dann verfassungswidrig ist, wenn sie zwar im konkreten Streitfall einen eingriffszulässigen Bereich der Redefreiheit reglementiert, aber darüber hinaus hinsichtlich ihrer Reichweite gegenüber dritten Parteien Äußerungen verbietet, die verfassungswidrig gewesen wären. Die vom U.S. Supreme Court auch als »strong medicine«¹⁰⁷³ titulierte Schärfe der Doktrin offenbart sich in der Einklagung einer hypothetischen Rechtsverletzung eines klageunwilligen Dritten.¹⁰⁷⁴ Nach den Voraussetzungen der Klagezulassung vor dem U.S. Supreme Court müsste der Kläger im Normalfall seine Klagebefugnis (»standing«) nachweisen. Die »overbreadth«-Doktrin durchbricht dieses Verbot der Popularklage:

»Litigants ... are permitted to challenge a statute not because their own rights of free expression are violated, but because of a judicial prediction or assumption that the statute's very existence may cause others not before the court to refrain from constitutionally protected speech or expression«¹⁰⁷⁵.

Dennoch verortet der U.S. Supreme Court die »overbreadth«-Doktrin dogmatisch auf Ebene der Zweck-Mittel-Relation: »These questions involve not standing, but »the determination of [a] First Amendment challenge on the merits«¹⁰⁷⁶. In »Schad«¹⁰⁷⁷ ging es etwa um eine städtische Verordnung, die jedwedes »live entertainment« untersagte. Der Kläger, ein Besitzer eines Erotikladens, in dem Nackttänzerinnen auftraten, machte die Überweite der Regelung geltend. Der U.S. Supreme Court erklärte die Verordnung für verfassungswidrig, weil es jede Form der öffentlichen Unterhaltung – Schauspiele, Konzerte, Sportveranstaltungen – untersagte. Der Kläger war befugt, die Überweite der Regelung geltend zu machen, auch wenn »nude-dancing«, das der Kläger in seinem Etablissement veranstaltete, gerade nicht vom Schutzbereich des ersten Verfassungszusatzes gedeckt war.¹⁰⁷⁸

¹⁰⁷³ 413 U.S. 601, 613 (1973) – *Broadrick v. Oklahoma*.

¹⁰⁷⁴ 466 U.S. 789, 800 f. (1984) – *City Council v. Taxpayers for Vincent*; *Chemerinsky*, Constitutional Law, S. 990; *Note*, Harv. L. Rev. 123 (2010), S. 1749 (1749); *Note*, Harv. L. Rev. 88 (1974), S. 423 (424); *Sargentich*, Harv. L. Rev. 83 (1970), S. 844 (847 ff.); *Simons*, Grundrechte und Gestaltungsspielraum, S. 101.

¹⁰⁷⁵ 413 U.S. 601, 612 (1973) – *Broadrick v. Oklahoma*; st. Rspr., vgl. 484 U.S. 383, 392 f. (1988) – *Virginia v. American Booksellers Association*; 467 U.S. 947, 956 (1984) – *Secretary of State v. J. H. Munson*.

¹⁰⁷⁶ 539 U.S. 113, 120 (2003) – *Virginia v. Hicks*, unter Zitierung von 467 U.S. 947, 958 (1984) – *Secretary of State of Maryland v. Joseph H. Munson, Inc.*; vgl. 377 U.S. 288, 307 (1964) – *NAACP v. Alabama ex rel. Flowers*.

¹⁰⁷⁷ 452 U.S. 61 (1981) – *Schad v. Borough of Mount Ephraim*.

¹⁰⁷⁸ 452 U.S. 61, 66 (1981) – *Schad v. Borough of Mount Ephraim*: »Because appellants' claims are rooted in the First Amendment, they are entitled to rely on the impact of the ordinance

Richter *Marshall* hat die »overbreadth«-Doktrin treffend mit dem Damoklesschwert umschrieben, unter dem die gesetzgeberische Entscheidung steht: »for the value of a sword of Damocles is that it hangs – not that it drops«¹⁰⁷⁹. Trotzdem beschwört der U.S. Supreme Court ihren rücksichtsvollen Einsatz mittels verfassungskonformer Auslegung der angegriffenen Maßnahme,¹⁰⁸⁰ bevor »sparingly and only as a last resort«¹⁰⁸¹ das Schwert fällt.

B. »Vagueness«

In dem Kielwasser der »overbreadth«-Doktrin schwimmt die Forderung nach der hinreichend genauen Formulierung von Grundrechtseingriffen, wie sie in Deutschland an Hand des Bestimmtheitsgrundsatzes erhoben wird.¹⁰⁸² Die Forderung nach inhaltlicher Präzision ist Bestandteil der Rechtssicherheit und grundlegend für den Rechtsstaat, denn sie befähigt die Adressaten einer gesetzlichen Maßnahme, »die Rechtslage anhand der gesetzlichen Regelung zu erkennen, damit sie ihr Verhalten danach ausrichten können«¹⁰⁸³.

Der Gesetzgeber muss Zweck, Anlass und Grenzen des gesetzlichen Eingriffs hinreichend präzise festlegen.¹⁰⁸⁴ Eine Regulierung ist zu vage, wenn »men of common intelligence«¹⁰⁸⁵ die Bedeutung eines gesetzlichen Tatbestandsmerkmals lediglich erraten könnten und dessen Inhalt eine Vielzahl an Interpretationen bietet. Eine inhaltlich unpräzise Norm birgt die Gefahr einer willkürlichen oder diskriminierenden Anwendung in den Händen staatlicher Organe.¹⁰⁸⁶ Dieser Gefahr beugt die »doctrine of vagueness« vor, indem sie den Gesetzgeber verpflichtet, seine Maßnahmen mit einem Mindestmaß an tatbestandlicher Bestimmtheit zu verabschieden. Besondere Achtsamkeit fordert der U.S. Supreme Court in dem sensiblen Bereich des ersten Verfassungszusatzes, denn: »because

on the expressive activities of others as well as their own. Because overbroad laws, like vague ones, deter privileged activities, our cases firmly establish appellant's standing to raise an overbreadth challenge«. In 501 U.S. 560 (1991) – *Barnes v. Glen Theatre, Inc.* hatte das Gericht »nude dancing« aus dem Schutzbereich der Redefreiheit ausgeklammert.

¹⁰⁷⁹ 416 U.S. 134, 206, 231 (1974) – *Arnett v. Kennedy* (Marshall, J., dissenting).

¹⁰⁸⁰ 553 U.S. 285, 292 f. (2008) – *United States v. Williams*; 422 U.S. 205, 216 (1975) – *Erznoznik v. City of Jacksonville*; vgl. 380 U.S. 479 (1965) – *Dombrowski v. Pfister*; *Buck/Rienzi*, Utah L. Rev. 2002, S. 381 (381).

¹⁰⁸¹ 413 U.S. 601, 615 (1973) – *Broadrick v. Oklahoma*: Erklärung der Verfassungswidrigkeit nur, »until and unless a limiting construction or partial invalidation so narrows it as to remove the seeming threat or deterrence to constitutionally protected expression«.

¹⁰⁸² BVerfGE 17, 306 (314).

¹⁰⁸³ BVerfGE 114, 1 (53); vgl. BVerfGE 131, 88 (123); 87, 287 (317 f.); 84, 133 (148 f.); 81, 70 (88); 31, 255 (267).

¹⁰⁸⁴ BVerfGE 118, 168 (186 ff.); 113, 348 (375); 110, 33 (53); 100, 313 (359 f.).

¹⁰⁸⁵ 269 U.S. 385, 391 (1926) – *Connally v. General Construction Co.*

¹⁰⁸⁶ 461 U.S. 352, 357 (1983) – *Kolender v. Lawson*, mit Hinweis auf 415 U.S. 566, 573 (1974) – *Smith v. Goguen*; 408 U.S. 104, 108 (1972) – *Grayned v. City of Rockford*; 405 U.S. 156, 170 (1972) – *Papachristou v. City of Jacksonville*.

First Amendment freedoms need breathing space to survive, government may regulate in the area only with narrow specificity»¹⁰⁸⁷.

Mit »breathing space« fordert das Gericht einen breiten Entfaltungsraum der Grundrechte.¹⁰⁸⁸ In »Reno«¹⁰⁸⁹ störte sich das Gericht an den Begriffen »patently offensive« und »indecent« im Tatbestand eines Gesetzes, das die Übermittlung anstößiger Inhalte über das Internet verbot. Das Gesetz sei hinsichtlich seines Regelungsgehalts überweit, da es Inhalte erfasste, deren Zugang für Erwachsene durch die Redefreiheit geschützt sei. Auch seien die Tatbestandsmerkmale nicht hinreichend bestimmt. Das Gericht stellte klar, dass gerade im Bereich der Redefreiheit besondere Vorsicht geboten sei, da tatbestandliche Unbestimmtheit eine Abschreckungswirkung nach sich zöge, die zu Lasten der Vielfalt, Vitalität und Offenheit der öffentlichen Diskussionskultur gehe.¹⁰⁹⁰ Vor einem solchen »chilling effect«¹⁰⁹¹ hat auch das BVerfG gewarnt. Art. 5 Abs. 2 GG dürfe nicht so ausgelegt werden, dass ein abschreckender Effekt auf den Gebrauch des Grundrechts ausgehe und aus Furcht vor Sanktionen selbst zulässige Kritik unterbleibe.¹⁰⁹² Der Grat zwischen einer legitimen Äußerung und einer unzulässigen Abschreckung ist schmal und mit dem Hinweis auf eine »faire Anzeige oder Warnung«¹⁰⁹³ des untersagten Verhaltens ist wenig gewonnen.

C. Fazit

»Overbreadth« und »vagueness« sind Rechtsfiguren, die sich in Deutschland in ähnlicher Form wiederfinden. Zusammen etablieren sie die Sonderregime der US-amerikanischen Verhältnismäßigkeit in Sachen Redefreiheit. Sie zwingen den Gesetzgeber, jedwede inhaltliche Reglementierung einer Äußerung so eng zu fassen, dass nur derjenige Inhalt einer Äußerung beschränkt wird, der sich nicht im Schutzbereich der Redefreiheit befindet. Dies erinnert zu Recht an die Wechselwirkungslehre mit umgekehrten Vorzeichen, obschon dem U.S. Supreme Court mit der Möglichkeit der Popularklage ein schärferes Schwert an die Hand gegeben ist.

Der U.S. Supreme Court kommt in Anwendung der »overbreadth«-Doktrin seiner Rolle als »Superrevisionsinstanz« nach. Vor diesem Hintergrund erscheint die Handhabung der »overbreadth«-Doktrin und ihrer Ergebnisse konsequent.

¹⁰⁸⁷ 371 U.S. 415, 433 (1963) – *NAACP v. Button*, mit Hinweis auf 310 U.S. 296, 311 (1940) – *Cantwell v. Connecticut*.

¹⁰⁸⁸ 408 U.S. 104, 109 (1972) – *Grayned v. Rockford*; vgl. *Stock*, Meinungs- und Pressefreiheit in den USA, S. 190: »Pufferzone«.

¹⁰⁸⁹ 521 U.S. 844 (1997) – *Reno v. ACLU*.

¹⁰⁹⁰ 424 U.S. 1, 40 f. (1976) – *Buckley v. Valeo*; 361 U.S. 147, 150 f. (1959) – *Smith v. California*.

¹⁰⁹¹ 521 U.S. 844, 872 (1997) – *Reno v. ACLU*.

¹⁰⁹² BVerfGE 93, 266 (292); vgl. auch BVerfGE 43, 130 (136).

¹⁰⁹³ 415 U.S. 566, 572 (1974) – *Smith v. Goguen*.

Dass das Gericht das Aufschwingen Unbeteiligter als Sachwalter fremder Interessen hinnimmt, wird zu Gunsten eines breiten Schutzes der Redefreiheit ebenso akzeptiert wie eine drohende Überlastung der unteren Instanzen.

Vierter Teil

Vom Übermaß- zum Untermaßverbot?

In Deutschland steht das Untermaßverbot für ein verfassungsrechtlich gebotenes Schutzminimum, das einen Mindeststandard an Grundrechtssicherheit etabliert.¹⁰⁹⁴ In seinem Ursprung geht es auf *Schuppert*¹⁰⁹⁵ zurück. Er hat die schutzrechtliche Handlungsnorm mit einer Kontrollnorm flankiert, um die Rücknahme des verfassungsrechtlich gebotenen Interventionsmaßes zu illustrieren. Die Literatur¹⁰⁹⁶ hat es zu einem grundrechtlichen Kontrollmaßstab in der Form entwickelt, wie es das BVerfG anerkannt hat. Seitdem geht das BVerfG als eine Art Korrelat zum Übermaßverbot von der Existenz eines Untermaßverbotes aus, das es in umgekehrter Stoßrichtung zum Übermaßverbot zur Geltung bringt: Wie die Verhältnismäßigkeit als Übermaßverbot aus der Dimension des Abwehrrechts fließe, müsse der Gesetzgeber die Grundrechte auf der Kehrseite der Schutzdimension dadurch respektieren, dass er sich nicht unterhalb ihres Schutzniveaus bewege.¹⁰⁹⁷

Für das deutsche Verfassungsrecht fordert das BVerfG, dass sich der Staat »schützend und fördernd«¹⁰⁹⁸ vor die Grundrechte zu stellen habe. Stellt der U.S. Supreme Court diese Forderung gleichermaßen (§ 1)? Welche praktischen Konsequenzen mag er aus seinem Verständnis einer liberalen Verfassung für die Dimension der Grundrechte ziehen (§ 2)? Dass diese Fragen nahe liegen, zeigt die bisherige Untersuchung: Der U.S. Supreme Court nimmt eine der deutschen Verhältnismäßigkeit in wesentlichen Zügen ähnelnde Prüfung vor. Im Folgenden widme ich mich der Frage, ob die Amerikaner als Kehrseite ein- und derselben Medaille ebenfalls den Schritt vom Übermaß- zum Untermaßverbot gehen (§ 3).

¹⁰⁹⁴ *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *HdBStR V*, § 111, Rn. 165 f.

¹⁰⁹⁵ *Schuppert*, *Funktionell-rechtliche Grenzen der Verfassungsinterpretation*, S. 15.

¹⁰⁹⁶ *Canaris*, *AcP* 184 (1984), S. 201 (228); *ders.*, *JuS* 1989, S. 161 (163); *Jarass*, *AöR* 110 (1985), S. 363 (383); ablehnend dagegen *Kingreen/Poscher*, *Grundrechte*, Rn. 348 ff.

¹⁰⁹⁷ *BVerfGE* 46, 160 (164); 39, 1 (42).

¹⁰⁹⁸ *Ebd.*

§ 1 – Ausgangslage: Negative und positive Verfassungsrechte

Wenngleich das Grundgesetz punktuelle Schutzpflichten verortet hat (vgl. Art. 1 Abs. 1 S. 2, Art. 6 Abs. 1, 2, 4, 5 GG), hat das BVerfG seit dem Fristenlösungs-Urteil¹⁰⁹⁹ zum Schutz ungeborenen Lebens eine Schutzpflichtendimension bis heute bei keinem Grundrecht ausdrücklich verneint.¹¹⁰⁰ Hier hatte das BVerfG eine Strafbarkeit des Schwangerschaftsabbruchs aus dem Zusammenspiel des Rechts auf Leben mit der Menschenwürde angenommen. In der Schleyer-Entscheidung¹¹⁰¹ hatte das BVerfG wiederum eine Schutzpflicht gegen rechtswidrige Beeinträchtigung durch Dritte abgelehnt, um eine kalkulierte Erpressbarkeit des Staates auszuschließen. Dogmatisch verortet ist die staatliche Schutzpflicht in Art. 1 Abs. 1 S. 2, Art. 2 Abs. 1 und 2 GG: den Staat trifft die »hoheitliche Pflicht zum Schutz der Grundrechtsträger durch positives Handeln vor nicht hoheitlichen Gefahren«¹¹⁰².

A. Grundsätzliche Abwesenheit in den USA

Auch die Präambel der amerikanischen Verfassung lässt eine staatliche Fürsorgepflicht erwarten (»In order ... to promote general welfare«), doch belehrt ein Blick in die oberste amerikanische Verfassungsrechtsprechung eines Besseren: die Amerikaner haben ihre liberale Verfassungstradition nicht zu einem verpflichtend sozialen Verfassungsverständnis ausgebaut.¹¹⁰³ Weder herrscht ein mit deutschen Maßstäben vergleichbares Sozialstaatsverständnis¹¹⁰⁴ auf Bundesebene, noch hat der U.S. Supreme Court eine Leistungspflicht des Gesetzgebers anerkannt.¹¹⁰⁵ Diese »wesentliche Lücke des amerikanischen Systems«¹¹⁰⁶ erklärt sich aus der Betonung der amerikanischen Verfassung als »Charta negativer Freihei-

¹⁰⁹⁹ BVerfGE 39, 1.

¹¹⁰⁰ Anerkannt etwa für das allgemeine Persönlichkeitsrecht (vgl. BVerfGE 113, 29 [58]; 96, 56 [64]), das Recht auf Leben (BVerfGE 39, 1), das Gebot der Geschlechtergleichberechtigung (BVerfGE 89, 276 [286]), die Wissenschaftsfreiheit (BVerfGE 55, 37 [68]).

¹¹⁰¹ BVerfGE 46, 160.

¹¹⁰² O. Klein, JuS 2006, S. 960 (960); vgl. E. Klein, NJW 1989, S. 1633 (1636).

¹¹⁰³ 448 U.S. 297, 317 f. (1980) – *Harris v. McRae*; 405 U.S. 56 (1972) – *Lindsey v. Normet*; 397 U.S. 471, 485 (1970) – *Dandridge v. Williams*; vgl. auch den Befund aus dem Schrifttum bei Eberle, Utah L. Rev. 1997, S. 963 (1049); Gardbaum, Mich. L. Rev. 107 (2008), S. 391 (410); Henkin, Colum. L. Rev. 79 (1979), S. 405 (412); Loewenstein, Verfassungsrecht und Verfassungspraxis der Vereinigten Staaten, S. 480; Sunstein, in: American Exceptionalism, S. 90 (92); Rechtsvergleich bei Gerbig, Grundrecht auf staatlichen Schutz (2014).

¹¹⁰⁴ 448 U.S. 297, 317 f. (1980) – *Harris v. McRae*: »Although the liberty protected by the Due Process Clause affords protection against unwarranted government interference with freedom of choice in the context of certain personal decisions, it does not confer an entitlement to such funds as may be necessary to realize all the advantages of that freedom«.

¹¹⁰⁵ Ablehnung eines »fundamentalen« Rechts auf Gewährung eines Existenzminimums in 405 U.S. 56 (1972) – *Lindsey v. Normet*; 397 U.S. 471, 485 (1970) – *Dandridge v. Williams*.

¹¹⁰⁶ Loewenstein, Verfassungsrecht und Verfassungspraxis der Vereinigten Staaten, S. 480.

ten«¹¹⁰⁷. Zwar formuliert die amerikanische Verfassung die Idee des Sozialstaats, ordnet dessen Realisierung aber selbst ausdrücklich allein dem legislativen Prozess zu.¹¹⁰⁸ Dies wird schnell klar, wenn man sich die verschiedene Ausgangslage der Rechtsordnungen verdeutlicht: Das Grundgesetz beginnt mit der Menschenwürdeformel des Art. 1 GG. Die Menschenwürde ist Ziel, Grund und Grenze staatlichen Handelns, das in den Freiheits- und Gleichheitsrechten entfaltet wird.¹¹⁰⁹ Der im Ländervergleich schmale textliche Befund zur »Bill of Rights« enthält weder eine Menschenwürdeformel, noch hat der U.S. Supreme Court die abwehrrechtliche Dimension der Grundrechte durch eine objektive Wertordnungslehre ergänzt.

B. Gescheiterte Annäherung an ein positives Grundrechtsverständnis

Die »Charta negativer Freiheiten«¹¹¹⁰ erkennt nur in wenigen Fällen Handlungspflichten an, die dem deutschen Verständnis von positiven Schutz- und Fürsorgepflichten auf Grundlage der Verfassung nahekomen. Dass dies nicht so hätte kommen müssen, zeigt ein Blick in die Vergangenheit.

Mit dem Ende des Zweiten Weltkriegs erklärte Präsident *Roosevelt* den Aufbau einer prosperierenden Nachkriegswirtschaft zum zentralen Ziel seiner Regierung. Kernstück dieser Reform stellte seine Vision einer »Second Bill of Rights« dar, die als Katalog von sozialen Kernrechten das Recht auf angemessenen Lohn, das Recht auf Gesundheitsvorsorge, das Recht auf Bildung, das Recht auf eine menschenwürdige Unterkunft und eine soziale Absicherung im Alter enthalten sollte.¹¹¹¹ Präsident *Roosevelt* konnte für seinen Vorschlag keine verfassungsändernde Mehrheit gewinnen, doch verhallten seine sozialen Forderungen nicht ungehört. Die Rechtsprechung des »Warren-Court« der 1950er und 1960er Jahre war von dem Versuch geprägt, durch ein dynamisches Verständnis der Gleichheitsklausel eine positive, auf staatliches Handeln angelegte Grundrechtsdimension in die »Bill of Rights« zu tragen.¹¹¹²

Alsdann hat der U.S. Supreme Court eine Rechtsprechungslinie verfolgt, nach der die effektive Wahrnehmung eines Grundrechts nicht von den finanziellen Verhältnissen des Grundrechtsberechtigten abhängig sein dürfe: Der Staat darf die Ausübung eines Wahlrechts nicht von der Zahlung einer Kopfsteuer ab-

¹¹⁰⁷ 715 F.2d 1200, 1203 (7th Circ. 1983) – *Jackson v. City of Joliet*; vgl. 54 F.3d 1169, 1174 (4th Circ. 1995) – *Pinder v. Johnson*.

¹¹⁰⁸ Art. 1, Sec. 8, cl. 1 USC: »The Congress shall have Power to lay and collect Taxes ... to pay the Debts and provide for the ... general Welfare of the United States«.

¹¹⁰⁹ *Brugger*, AöR 126 (2001), S. 337 (359).

¹¹¹⁰ 686 F.2d 616, 618 (7th Circ. 1982) – *Bowers v. DeVito*; vgl. 54 F.3d 1169, 1174 (4th Circ. 1995) – *Pinder v. Johnson*.

¹¹¹¹ *Sunstein*, The Second Bill of Rights, S. 13.

¹¹¹² *Rensmann*, Wertordnung und Verfassung, S. 165.

hängig machen,¹¹¹³ mittellose Angeklagte haben im Strafverfahren Anspruch auf einen kostenlosen Strafverteidiger und eine angemessene Prozesskostenhilfe¹¹¹⁴. In »Shapiro«¹¹¹⁵ und »Goldberg«¹¹¹⁶ deutete sich die Anerkennung eines »fundamentalen« Rechts auf staatliche Sicherung eines Existenzminimums an – »to obtain the very means to subsist – food, shelter, and other necessities of life«¹¹¹⁷ – und der U.S. Supreme Court befand sich an der Schwelle zur Anerkennung sozialer Leistungsrechte.

Die sozialstaatliche Ausdehnung der »Bill of Rights« traf in der Präsidentschaft von *Richard Nixon* auf starken Widerstand. Man befürchtete, dass der »strict scrutiny test«, an dem die Verkürzung eines Grundrechts und einer »verdächtigen« Klassifizierung zu messen ist, zum Integrationshebel einer entgrenzten Sozialrechtsprechung verkäme.¹¹¹⁸ *Nixon* ergänzte den »Burger-Court« um drei weitere konservative Richter (*Harry Blackmun*, *Lewis Powell* und *William Rehnquist*), die die sozialstaatliche Grundrechtsjudikatur revidierten. In »Dandridge«¹¹¹⁹ stellte der U.S. Supreme Court klar, dass das Recht auf Sicherung eines Existenzminimums kein »fundamentales« Recht sei. Ein Eingriff in die »most basic economic needs of impoverished human beings« sei nur an den Voraussetzungen des »rational basis test« zu messen, weil:

»[T]he intractable economic, social, and even philosophical problems presented by public welfare assistance programs are not the business of this Court. ... [T]he Constitution does not empower this Court to second-guess state officials charged with the difficult responsibility of allocating limited public welfare funds among the myriad of potential recipients«¹¹²⁰.

Anschließend versetzte der U.S. Supreme Court der Vision positiver Grundrechtsgehalte den Todesstoß: 1972 verneinte er die Anerkennung eines Rechts

¹¹¹³ 383 U.S. 663, 666 (1966) – *Harper v. Virginia Bd. of Elections*.

¹¹¹⁴ 372 U.S. 335 (1963) – *Gideon v. Wainwright*; 351 U.S. 12 (1956) – *Griffin v. Illinois*.

¹¹¹⁵ 394 U.S. 618 (1969) – *Shapiro v. Thompson*.

¹¹¹⁶ 397 U.S. 254 (1970) – *Goldberg v. Kelly*.

¹¹¹⁷ 394 U.S. 618, 627 (1969) – *Shapiro v. Thompson*.

¹¹¹⁸ 372 U.S. 353, 360, 362 – *Douglas v. California* (Harlan, J., dissenting): »Laws such as these do not deny equal protection to the less fortunate for one essential reason: the Equal Protection Clause does not impose on the States »an affirmative duty to lift the handicaps flowing from differences in economic circumstances«. To so construe it would be to read into the Constitution a philosophy of leveling that would be foreign to many of our basic concepts of the proper relations between government and society. The State may have a moral obligation to eliminate the evils of poverty, but it is not required by the Equal Protection Clause to give to some whatever others can afford«; vgl. 394 U.S. 618, 655, 661 f. (1969) – *Shapiro v. Thompson* (Harlan, J., dissenting).

¹¹¹⁹ 397 U.S. 471 (1970) – *Dandridge v. Williams*.

¹¹²⁰ 397 U.S. 471, 487 (1970) – *Dandridge v. Williams*, mit Hinweis auf 397 U.S. 254 (1970) – *Goldberg v. Kelly*.

auf eine angemessene Wohnung,¹¹²¹ dem ein Jahr darauf die Versagung eines Rechts auf Bildung folgte¹¹²². Während Richter *Brennan* in »Goldberg« noch mit der Menschenwürde und Präambel der Bundesverfassung argumentierte, um auf eine positive Dimension der Grundrechte zu schließen,¹¹²³ heißt es in »Lindsey« nüchtern: »[T]he Constitution does not provide judicial remedies for every social and economic ill«¹¹²⁴.

C. Ausreißer der »Charta negativer Freiheiten«

Zwar ist die soziale Revolution gescheitert, doch finden sich in der Rechtsprechung gelegentliche Ausreißer aus der »Charta negativer Freiheiten«. In den unteren Instanzen haben die Gerichte etwa Fälle staatlicher Ingerenz mitunter als Auslöser von Schutzpflichten verstanden.¹¹²⁵ Auch bei staatlichen Näheverhältnissen, in denen der Mensch allein der Fürsorge des Staates ausgeliefert ist, hat der U.S. Supreme Court eine Handlungspflicht bestätigt.¹¹²⁶

Dabei handelt es sich jedoch um Ansätze einer Handlungspflicht, die von der Literatur durch die Dimension des Abwehrrechts »aufgefangen«¹¹²⁷ werden: Nimmt der Staat dem Einzelnen die Möglichkeit, sich selbst ärztlichen Beistand zu besorgen, müsse ihm eben der Staat diesen gewährleisten.¹¹²⁸ Auch geht es im Falle der »affirmative actions« nur darum, ob der Staat ein bestimmtes Förderungskriterium heranziehen dürfe. In diesem Tenor bejaht wurde dies etwa auch für Häftlinge, denen eine juristische Bibliothek oder vergleichbare Mittel zur Verfügung gestellt werden müssten, um ihre Verteidigung vorzubereiten.¹¹²⁹ Eine Handlungspflicht im Verhältnis von Kindern und Jugendämtern hat das Gericht wiederum verneint.¹¹³⁰

¹¹²¹ 405 U.S. 56, 74 (1972) – *Lindsey v. Normet*.

¹¹²² 411 U.S. 1, 2 (1973) – *San Antonio Independent School District v. Rodriguez* (Ls.): »Though education is one of the most important services performed by the State, it is not within the limited category of rights recognized by this Court as guaranteed by the Constitution«.

¹¹²³ 397 U.S. 254, 264 f. (1970) – *Goldberg v. Kelly*.

¹¹²⁴ 405 U.S. 56, 74 (1972) – *Lindsey v. Normet*.

¹¹²⁵ 592 F.2d 381 (7th Circ. 1979) – *White v. Rochford*.

¹¹²⁶ Pflicht zur Absicherung von Leben und Gesundheit in 429 U.S. 97 (1976) – *Estelle v. Gamble* (Häftling) und 457 U.S. 307 (1982) – *Youngberg v. Romeo* (Insasse eines staatlichen Pflegeheims); vgl. 509 U.S. 25 (1993) – *Helling v. McKinney* (Belästigung eines Häftlings durch übermäßigen Zigarettenrauch); 461 U.S. 30 (1982) – *Smith v. Wade* (Misshandlung eines Häftlings durch Gefängnisinsassen); vgl. *Brugger*, AöR 126 (2001), S. 337 (373); *Lange*, Grundrechtsbindung des Gesetzgebers, S. 419.

¹¹²⁷ *Lange*, Grundrechtsbindung des Gesetzgebers, S. 419; vgl. *Currie*, U. Chi. L. Rev. 53 (1986), S. 864 (886): »safeguard against governmental intrusion«.

¹¹²⁸ *Currie*, AöR 111 (1986), S. 230 (250).

¹¹²⁹ 430 U.S. 817, 831 (1977) – *Bounds v. Smith*.

¹¹³⁰ 489 U.S. 189, 195 f. (1989) – *DeShaney v. Winnebago County Department of Social Services*.

§ 2 – Auswirkungen: Konsequenzen einer »Charta negativer Freiheiten«

Die Ablehnung positivrechtlicher Dimensionen im amerikanischen Grundrechtsverständnis steht somit im kontrastreichen Gegensatz zur Forderung des BVerfG, dass sich der Staat »schützend und fördernd«¹¹³¹ vor die Grundrechte zu stellen habe. Das unterschiedliche Vorverständnis der deutschen und amerikanischen Grundrechtsjudikatur verdeutlicht ein Vergleich der Abtreibungsentscheidungen. In dem – heftig kritisierten¹¹³² – Urteil »Roe v. Wade«¹¹³³ urteilte der U.S. Supreme Court, dass Frauen ein »fundamentales Recht auf Abtreibung« zustehe, das es in der verfassungsrechtlich verbrieften Freiheitsgarantie der »due process« Klausel verortet.¹¹³⁴ In »Roe v. Wade«¹¹³⁵ finden sich die verschiedenen Auffassungen über die Abwägungsentscheidungen deutlich wieder. Umso mehr überrascht das Ergebnis angesichts zweier Verfassungsgerichte, die ihr Recht aus einer gemeinsamen europäisch-atlantischen Kultur schöpfen,¹¹³⁶ denn die Gerichte kamen zu Ergebnissen, wie sie unterschiedlicher nicht sein könnten.

»Roe«¹¹³⁷ lag ein Verbotsgesetz des Bundesstaats Texas zu Grunde, das die Abtreibung während der gesamten Schwangerschaft mit Ausnahme medizinischer Notfälle unter Strafe stellte. Die liberale Richtermehrheit des »Warren-Court« sah in dem Verbot einen verfassungswidrigen Eingriff in das Recht der Schwangeren auf Achtung ihrer Privatsphäre.¹¹³⁸ In »Roe« und seinen Nachfolgern¹¹³⁹ erkannte das oberste Bundesgericht in einer nach Trimestern geordneten Spanne ab dem Zeitpunkt der Lebensfähigkeit des Fötus ein zwingendes öffentliches Interesse darin, sein Leben als »potential human life«¹¹⁴⁰ zu schützen. In diesem dritten Trimester wächst mit der zunehmenden Lebensfähigkeit in gleicher Weise das Interesse des Gesetzgebers am Schutz des ungeborenen Lebens, das es dem Gesetzgeber freistellt, Abtreibungen zu verbieten. Weil der Fötus aber kein Mensch im Sinne des vierzehnten Zusatzartikels sei, stehe es der Frau im ersten Trimester uneingeschränkt und im zweiten Trimester unter besonderen Voraussetzungen frei, ihr ungeborenes Kind abzutreiben.

Dieses Ergebnis mag einen deutschen Verfassungsjuristen vor dem Hintergrund des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG überraschen. Jedenfalls steht es im Gegensatz zu

¹¹³¹ BVerfGE 121, 317 (356); 115, 118 (152); 56, 54 (73); 46, 160 (164); 39, 1 (42).

¹¹³² Für viele *Ely*, Yale L. J. 82 (1973), S. 920 (943 ff.), der Parallelen zur Lochner-Rechtsprechung zieht, und *Noonan*, Neb. L. Rev. 63 (1984), S. 668 (673).

¹¹³³ 410 U.S. 113 (1973) – *Roe v. Wade*.

¹¹³⁴ Vgl. oben S. 88.

¹¹³⁵ 410 U.S. 113 (1973) – *Roe v. Wade*.

¹¹³⁶ *Currie*, AöR 111 (1986), S. 230 (235).

¹¹³⁷ 410 U.S. 113 (1973) – *Roe v. Wade*.

¹¹³⁸ 410 U.S. 113, 153 (1973) – *Roe v. Wade*: »This right of privacy ... is broad enough to encompass a woman's decision whether or not to terminate her pregnancy«.

¹¹³⁹ 505 U.S. 833, 931 (1992) – *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*.

¹¹⁴⁰ 410 U.S. 113, 159 (1973) – *Roe v. Wade*.

der zwei Jahre später gefällten Grundsatzentscheidung des BVerfG, das eine Fristenregelung für unvereinbar mit dem in der Menschenwürde gründenden Schutz des Lebens erklärte.¹¹⁴¹ Das BVerfG sprach bereits ab dem 14. Tag nach der Empfängnis von verfassungsrechtlich geschütztem Leben, das es mit den Mitteln des Strafrechts zu schützen gelte. Als Reaktion auf die lebensverachtende Praxis des NS-Staates (Stichwort: »lebensunwertes Leben«) dürfe es kein ungeschütztes Leben geben. Die objektive Dimension der Grundrechte gebiete es vor dem Hintergrund der Menschenwürde, konkrete Schutzpflichten zum Schutz des Fötus zu etablieren und »sich schützend und fördernd vor diese Leben zu stellen«¹¹⁴². In Abwägung mit dem Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit der Schwangeren stehe ihr Selbstbestimmungsrecht gegenüber dem Lebensrecht des Fötus und der verfassungsrechtlichen Schutzpflicht hinten an.

Wo die Amerikaner dem Fötus nur »potentielles Leben« beimaßen und im Wege einer wertorientierten Exegese aus der »due process«-Klausel ein ungeschriebenes Grundrecht auf Abtreibung herleiteten, ging die Forderung des BVerfG in den entsprechenden Strafnormen der §§ 218 ff. StGB auf: Das BVerfG erweiterte die ursprüngliche Indikationsregelung um eine kriminologische Indikation und erklärte die grundsätzliche Straflosigkeit des Schwangerschaftsabbruchs in den ersten zwölf Wochen für verfassungswidrig. Selten wird der Kontrast zwischen einem werthaltigen Grundrechtsverständnis, das die Menschenwürde an die Spitze ihrer Verfassung stellt, und einer Verfassung, die durch die Ablehnung eines werthaltigen Grundrechtsverständnisses geprägt ist, so greifbar.

Die konsequente Ablehnung verfassungsrechtlicher Schutzpflichten führt zu weiteren, aus deutscher Sicht nur schwer verständlichen Ergebnissen. In »Town of Castle Rock v. Gonzales«¹¹⁴³ hatte die Polizei wiederholt eine einstweilige Verfügung nicht durchgesetzt, die dem Vater den Umgang mit seinen Kindern untersagte. Die Polizei war selbst dann nicht eingeschritten, als der Vater seine drei Kinder offensichtlich entführt hatte. Schließlich erschien der Vater unvermittelt auf der Polizeistation von Castle Rock, wo er in einem Feuergefecht mit den Polizisten tödlich verwundet wurde. Auf dem Rücksitz seines Wagens fanden die Beamten die Leichen dreier Kinder. Mit 7:2 Stimmen verneinte der U.S. Supreme Court eine Pflichtverletzung der örtlichen Polizei. Mit keinem Wort erwähnt wurde die aus deutscher Sicht naheliegende Frage, ob aus dem Recht der Kinder auf Leben eine verfassungsrechtliche Schutzpflicht erwuchs, die den Staat zum Eingreifen verpflichtete.

Dies geht so weit, dass der U.S. Supreme Court in »DeShaney«¹¹⁴⁴ entschied, dass der Staat selbst dann nicht zum Eingreifen verpflichtet sei, wenn die Behör-

¹¹⁴¹ BVerfGE 39, 1.

¹¹⁴² BVerfGE 39, 1 (42).

¹¹⁴³ 545 U.S. 748 (2005) – *Town of Castle Rock v. Gonzales*.

¹¹⁴⁴ 489 U.S. 189 (1989) – *DeShaney v. Winnebago County Department of Social Services*.

den einen konkreten Verdacht einer jahrelangen Kindesmisshandlung hätten. *Joshua DeShaney* war ein vierjähriger Junge, der in Folge der väterlichen Misshandlungen dauerhaft in einer Einrichtung für geistig Behinderte untergebracht werden musste. Das Gericht sah sich vor die Frage gestellt, ob die »due process«-Klausel des fünften und vierzehnten Verfassungszusatzes den staatlichen Akteur auf aktive Handlungen verpflichtet, um den Einzelnen vor Eingriffen in »Leben, Freiheit und Eigentum« zu schützen. Richter *Rehnquist* lehnte mit der Mehrheitsmeinung eine staatliche Eingriffspflicht ab und verwies auf den Wortlaut und die Entstehungsgeschichte der »due process«-Klauseln:

»[N]othing in the language of the Due Process Clause itself requires the State to protect the life, liberty, and property of its citizens against invasion by private actors. The Clause is phrased as a limitation on the State's power to act, not as a guarantee of certain minimal levels of safety and security. It forbids the State itself to deprive individuals of life, liberty, or property without »due process of law«, but its language cannot fairly be extended to impose an affirmative obligation on the State to ensure that those interests do not come to harm through other means. Nor does history support such an expansive reading of the constitutional text. ... Its purpose was to protect the people from the State, not to ensure that the State protected them from each other. The Framers were content to leave the extent of governmental obligation in the latter area to the democratic political processes«¹¹⁴⁵.

Diese Entscheidung wäre mit dem objektiven Wertordnungsgedanken des deutschen Grundgesetzes kaum in Einklang zu bringen. Dass das BVerfG aufgrund ausdrücklicher Bestimmungen im Grundgesetz anders geurteilt hätte, steht spätestens seit der Adoptions-Entscheidung aus dem Jahr 1968 außer Zweifel: »Wenn Eltern ... versagen, greift das Wächteramt des Staates nach Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG ein; der Staat ist nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet, die Pflege und Erziehung des Kindes sicherzustellen«¹¹⁴⁶.

Die Konsequenzen fehlender einfachgesetzlicher Schutzpflichten gepaart mit einer rein abwehrrechtlich verstandenen Grundrechtsdogmatik führen auch in den unteren Instanzen zu nur schwer erträglichen Ergebnissen. In »*Jackson v. City of Joliet*«¹¹⁴⁷ überschlug sich 1980 ein Auto und fing Feuer. Nach ihrem Eintreffen sicherte die Polizei den Verkehr vor der Unfallstelle, machte jedoch keine Anstalten, den Innenraum des Wagens auf verletzte Insassen zu kontrollieren, die anschließend in dem Feuer verbrannten. Eine Schadensersatzklage der Verwandten verneinte das Berufungsgericht in letzter Instanz:

¹¹⁴⁵ 489 U.S. 189, 195 f. (1989) – *DeShaney v. Winnebago County Department of Social Services*.

¹¹⁴⁶ BVerfGE 24, 119 (144).

¹¹⁴⁷ 715 F.2d 1200 (7th Circ. 1983) – *Jackson v. City of Joliet*.

»[T]he Constitution is a charter of negative rather than positive liberties. The men who wrote the Bill of Rights were not concerned that government might do too little for the people but that it might do too much to them. The Fourteenth Amendment, adopted in 1868 at the height of laissez-faire thinking, sought to protect Americans from oppression by state government, not to secure them basic governmental services«¹¹⁴⁸.

§ 3 – Fazit: Der fehlende Schritt zum Untermaßverbot

Die wenigen Annäherungen an ein positives Grundrechtsverständnis verdeutlichen, dass ein mit deutschen Maßstäben vergleichbares Untermaßverbot, das unter dem Vorbehalt eines Ausgleichs mit widerstreitenden grundrechtlich geschützten Positionen und Verfassungsprinzipien stünde,¹¹⁴⁹ aktuell in weite Ferne gerückt ist. Die Forderung nach einer vergleichbaren Wertordnungsverfassung, die dem Prozess der Rechtsschöpfung unter dem Vorbehalt der Karlsruher Richter »Richtlinien und Impulse«¹¹⁵⁰ gibt, ist in den USA versickert. Während die »Bill of Rights« der Dimension des Abwehrrechts treu bleibt, bildet die deutsche Verfassungsrechtsprechung die »Avantgarde des Wertordnungs- und Schutzpflichtendenkens«¹¹⁵¹.

Eine der in Anerkennung eines Untermaßverbots drohenden Gefahren stellt sich in den USA auf diese Weise nicht: die Durchsetzung rechtspolitischer Vorstellungen vorbei an der demokratisch gewählten Parlamentsmehrheit.¹¹⁵² Auch auf Ebene eines in umgekehrter Stoßrichtung gerichteten Übermaßverbots ist der von Böckenförde gefürchtete »Übergang vom parlamentarischen Gesetzgebungsstaat zum verfassungsgerichtlichen Jurisdiktionsstaat«¹¹⁵³ in den Vereinigten Staaten daher kaum zu befürchten. Desgleichen verfehlt wäre mannigfaltige Kritik aus der Literatur, die sich um die Bezugsgrößen der Verhältnismäßigkeit bei Schutzpflichten in Deutschland dreht: Eine nicht geeignete Schutzmaßnahme sei nicht nur ungeeignet, sondern gar keine Schutzmaßnahme, wie es nicht »die eine« erforderliche Schutzmaßnahme geben könne.¹¹⁵⁴

¹¹⁴⁸ 715 F.2d 1200, 1203 (7th Circ. 1983) – *Jackson v. City of Joliet*, mit Hinweis auf 448 U.S. 297, 318 (1980) – *Harris v. McRae*; 686 F.2d 616, 618 (7th Circ. 1982) – *Bowers v. DeVito*. Der U.S. Supreme Court hat die Zulassung zur Revision abgelehnt, 465 U.S. 1049 (1984) – *Jackson v. City of Joliet*.

¹¹⁴⁹ BVerfGE 88, 203 (254); 81, 56, 54 (80); *Lange*, Grundrechtsbindung des Gesetzgebers, S. 403.

¹¹⁵⁰ BVerfGE 7, 198 (205).

¹¹⁵¹ *Rensmann*, Wertordnung und Verfassung, S. 163.

¹¹⁵² *Störing*, Das Untermaßverbot in der Diskussion, S. 18; *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, Rn. 344.

¹¹⁵³ S. oben Fn. 326.

¹¹⁵⁴ *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, Rn. 348 f.; vgl. *Hain*, DVBl. 1993, S. 982 (983 f.).

Soweit die Theorie. In der Praxis haben sich viele Unterschiede verschliffen. Zum einen erkennt eine Vielzahl der gliedstaatlichen Verfassungen Förderpflichten gegenüber dem Bürger an.¹¹⁵⁵ Zum anderen wird auch in Deutschland die Abwehrfunktion der Grundrechte von der höchstrichterlichen Rechtsprechung¹¹⁵⁶ und Lehre¹¹⁵⁷ nahezu einhellig als Schlüsselfunktion aufgefasst. Weil die Determinierung der Aktivität und Ausfüllung einer positiven Schutz- und Handlungspflicht des Gesetzgebers höchst komplex ist, kommt dem Gesetzgeber ein weiter »Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum«¹¹⁵⁸ zu; das BVerfG bestimmt allein »den Rahmen«¹¹⁵⁹ der gesetzgeberischen Einschätzungsprärogative und zieht sich auf eine Evidenzkontrolle zurück, wenn keine Rechtsgüter höchster Bedeutung in Frage stehen.¹¹⁶⁰ So ist die staatliche Schutzpflicht aktuell auf eine »latente Position«¹¹⁶¹ zurückgewichen, die in ihren praktischen Auswirkungen verblasst: Das BVerfG erkannte bis heute nur in einem Fall eine Verletzung des Untermaßverbots.¹¹⁶² Heute flackert es nur noch rudimentär in Sondervoten auf.¹¹⁶³

Die Entscheidungen »DeShaney« und »Gonzales« führen eindringlich vor Augen, dass die Schutzpflicht des Staates auch in den USA als »Warnsignal« verstanden werden sollte, weil ein derart striktes abwehrrechtliches Grundrechtsverständnis den Staat selbst dann nicht zum Einschreiten verpflichtet, wenn sich die befassen Organe der Gefahren für Leib und Leben des Einzelnen bewusst sind und ihre Realisierung verhindern könnten.¹¹⁶⁴ Ein derartiges Abwehrrechtsverständnis bleibt auch gesellschaftlich nicht folgenlos: ein radikalisiertes Selbstver-

¹¹⁵⁵ Vgl. die Verfassung New Yorks in Art. XVII, § 1 (Social Welfare): »The aid, care and support of the needy are public concerns and shall be provided by the state and by such of its subdivisions, and in such manner and by such means, as the legislature may from time to time determine«. Ähnliche Bestimmungen finden sich in den Verfassungen von Alabama, California, Georgia, Hawaii, Idaho, Indiana, Kansas, Louisiana, Massachusetts, Mississippi, Montana, Nevada, North Carolina, Oklahoma, Texas, Utah und Wyoming.

¹¹⁵⁶ BVerfGE 7, 50, 290 (337); 1, 97 (104).

¹¹⁵⁷ Siehe allein etwa *Gellermann*, Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande, S. 34; *Jarass*, AöR 1995, S. 345 (347).

¹¹⁵⁸ BVerfGE 121, 317 (360).

¹¹⁵⁹ BVerfGE 96, 26 (46); *Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 420; *O. Klein*, JuS 2006, S. 960 (960).

¹¹⁶⁰ BVerfGE 56, 54 (81); 33, 303 (333); vgl. BVerfGE 88, 203 (254 f.): »Soll das Untermaßverbot nicht verletzt werden, muss die Ausgestaltung des Schutzes durch die Rechtsordnung Mindestanforderungen entsprechen«.

¹¹⁶¹ *Gerbig*, Grundrecht auf staatlichen Schutz, S. 246.

¹¹⁶² BVerfGE 88, 265 (355 f.).

¹¹⁶³ Vgl. die Sondervoten der Richter *Bryde* (BVerfGE 121, 317 [380]) und *Braß, Osterloh, Gerhardt* (BVerfGE 109, 190 [247]).

¹¹⁶⁴ 489 U.S. 189 (1989) – *DeShaney v. Winnebago County Department of Social Services*; 545 U.S. 748 (2005) – *Town of Castle Rock v. Gonzales*. So auch *Lange*, Grundrechtsbindung des Gesetzgebers, S. 431.

teidigungsrecht fordert ein starkes Recht auf Waffenbesitz.¹¹⁶⁵ Trotzdem sind staatliche Schutzpflichten allein dem demokratischen Prozess zugeordnet. Dass dies nicht immer ein Nachteil sein muss, zeigt zum einen die Bürgerrechtsgesetzgebung der »affirmative actions« und zum anderen die Regulierung zur Gleichstellung von Behinderten, die zum Teil weit über die in Deutschland geltenden bürgerlichen Schutz- und Leistungspflichten hinausgehen.

¹¹⁶⁵ *Williams*, Ohio St. L. J. 69 (2008), S. 641 (668): »any law that restricts the effectiveness of citizen resistance is prima facie a violation of the Second Amendment«; vgl. 554 U.S. 570, 572 (2008) – *District of Columbia v. Heller*.

Fünfter Teil

Die Umsetzung in die Praxis: Der Verfassungsprozess

Der Versuch, die Entscheidungshoheit des Gesetzgebers mit den Anforderungen an gleichermaßen effektive wie materiell nicht überstrapazierende Grundrechtseingriffe zu versöhnen, mündet nicht selten in einen offenen Konflikt mit dem gestalterischen Freiraum des demokratisch legitimierten Gesetzgebers. Hier zeigt sich der Zwiespalt des U.S. Supreme Courts, einerseits als Hüter der Verfassung die Grundrechte zu schützen, andererseits den Gestaltungsauftrag des Gesetzgebers zu achten, besonders deutlich (§ 1). Vor diesem Hintergrund erscheint die spannungsreiche Frage, wie der U.S. Supreme Court die Balance zwischen den staatlichen Teilgewalten austariert: je großzügiger der jeweilige »Level of Scrutiny«, desto geringer die Bevormundung seitens des Gerichts (§ 2).

Das Bestreben, den politischen Gestaltungsraum des Gesetzgebers offenzuhalten und gleichzeitig den Bahnen grundrechtsbestimmter Rechtsstaatlichkeit Geltung zu verschaffen, rühren an der praktischen Umsetzung des bisher Gesagten. Den Schlüssen, die der U.S. Supreme Court aus dem materiellen Verständnis der »Levels of Scrutiny« für den Verfassungsprozess zieht, gilt dieser Teil.

§ 1 – Prämisse: Gerichtliches Selbstverständnis der Verfassungskontrolle

Die Handhabung der Kontrollmaßstäbe ist in der Praxis des U.S. Supreme Courts eng mit dem Selbstverständnis seines Auftrags im Gefüge der Teilgewalten verbunden. Auch in Deutschland bedingt maßgeblich die Kontrolldichte des BVerfG den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers im Grundrechtsbereich, doch hat die Diskussion um die Bedeutung der Grundrechte als machtpolitischer Faktor in den USA in nahezu 200 Jahren einen größeren Stellenwert als in Deutschland erfahren, wo das richterliche Prüfungsrecht bis in das 20. Jahrhun-

dert im Grunde nur als »amerikanisches Phänomen«¹¹⁶⁶ wahrgenommen wurde. Der damalige Vorsitzende Richter am U.S. Supreme Court, *Charles E. Hughes*, bringt die Grundrechtsdiskussion um die Balancierung der Teilgewalten auf die einprägsame Formel: »We are under a Constitution, but the Constitution is what the judges say it is«¹¹⁶⁷.

A. »Judicial self-restraint« als deutsch-amerikanisches Paradigma

Eine weitgehende Normenkontrollkompetenz der Judikative vermag das Gleichgewicht im Dreieck der Staatsgewalten empfindlich zu stören, wenn der Gestaltungsspielraum des demokratisch legitimierten Gesetzgebers über Gebühr beschränkt wird. Gleichzeitig ist der Judikative ein Schutzauftrag vor legislativen Ausuferungen von Verfassungsrang zugewiesen. In diesem institutionellen Spannungsverhältnis ist der Grad einer ausgewogenen Entscheidung naturgemäß schmal und lässt sich im Selbstverständnis des U.S. Supreme Courts auf die Begriffe »judicial activism« und »judicial self-restraint« reduzieren. Diese Maximen kennzeichnen eine Erwartungshaltung des U.S. Supreme Courts, eigene Wertvorstellungen vermittelt des kontrapunktischen Systems der dominierenden Prüfungsmaßstäbe »rational basis« und »strict scrutiny« gegenüber dem vom Gesetzgeber geformten Volkswillen durchzusetzen.

I. Vorherrschen eines funktionell-rechtlichen Kontrollansatzes in den USA

In der Diskussion um die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit hat auch das BVerfG das Stichwort des »judicial self-restraint« aufgegriffen. Es versteht darunter die Offenhaltung eines Freiraums politischer Gestaltung, kurz: den »Verzicht ›Politik zu treiben‹«¹¹⁶⁸. Die Prämisse richterlicher Kontrollpraxis verspricht in den USA und Deutschland somit jedenfalls eine scheinbare Parallelität. Gewinnt die Untersuchung an Tiefenschärfe, offenbart sich ein unterschiedliches Vorverständnis verfassungsgerichtlicher Kontrolle. Wiewohl sich auch das BVerfG jedenfalls in Anwendung seines Willkürverbots eine funktionell-rechtliche Grenze der Kontrollintensität auferlegt,¹¹⁶⁹ wird ein deutscher Jurist die verengte Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers tendenziell eher auf ein materielles Kontrollverständnis zurückführen, das ein amerikanischer funktionell auf »der Grundlage eines bestimmten Rollenverständnisses von Gericht und Gesetzgeber«¹¹⁷⁰ begründen würde.

¹¹⁶⁶ *Hartmann*, JJZG 8 (2006/2007), S. 154 (157).

¹¹⁶⁷ Zitiert nach *Brugger*, Einführung in das öffentliche Recht der USA, S. 7.

¹¹⁶⁸ BVerfGE 36, 1 (14).

¹¹⁶⁹ *Albers*, JuS 2008, S. 945 (945); *Hesse*, AöR 109 (1984), S. 174 (186 f.).

¹¹⁷⁰ *Simons*, Grundrechte und Gestaltungsspielraum, S. 83; vgl. *Eberle*, Utah L. Rev. 1997, S. 963 (1049): »Our focus is preeminently on outlining the limits of government, reflecting our original republican revolution«; *Kommers*, The Constitutional Jurisprudence, S. 37: »There is no debate in Germany, as there is in the United States, over whether the Constitu-

Der U.S. Supreme Court befindet sich nach wie vor in einem Ringen um die »richtige« Verfassungsinterpretation zwischen Originalisten, die maßgeblich auf den Willen der Gründungsväter abstellen, und Vertretern einer mit der Zeit sich wandelnden »living constitution«¹¹⁷¹. Ohne dass sich ein Lager bis heute vollends durchsetzen konnte, lässt sich der U.S. Supreme Court in seinem Selbstverständnis verfassungsgerichtlicher Kontrolle zumindest seit der *Lochner-Ära*¹¹⁷² in höherem Maße als das BVerfG von einem funktionell-rechtlichen Ansatz eines richterlichen Prüfungsrechts leiten. Ein solches Verständnis erhellt sich vor dem Hintergrund, dass die Kürze des Verfassungstexts der Vereinigten Staaten dem U.S. Supreme Court weniger Orientierung an textlichen Bestimmungen erlaubt als das Grundgesetz dem BVerfG, sodass letzteres seine Kontroll-dichte an die Fassung des Grundrechtswortlauts oder Typus der einschlägigen Schrankenbestimmung anzuknüpfen vermag. Zusammenfassend schreibt der damalige Vorsitzende Richter *Harlan F. Stone*:

»[T]he only check upon our exercise of our power is our own sense of self-restraint. For the removal of unwise laws from the statute books appeal lies not to the courts, but to the ballot and to the processes of democratic government«¹¹⁷³.

Ein vorwiegend funktionell-rechtliches Verständnis verfassungsgerichtlicher Kontrolle konnte sich in der Rechtsprechung des BVerfG nicht durchsetzen. Insbesondere im Bereich der Abwägung bestimmte der Gesetzgeber zwar darüber, »mit welcher Wertigkeit die von ihm verfolgten Interessen der Allgemeinheit in die Verhältnismäßigkeitsprüfung eingehen«¹¹⁷⁴. Gleichzeitig verweigert sich das

tion is primarily procedural or value oriented. Germans commonly agree that the Basic Law is a constitution of substantive values«; *Brugger*, Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 412; *Ehmke*, Wirtschaft und Verfassung, S. 441.

¹¹⁷¹ Die Debatte spiegelt den Konflikt zwischen den Anhängern einer restriktiven Verfassungsdeutung nach dem Willen der Gründungsväter (»originalists«) und Befürwortern einer extensiven Verfassungsdeutung (»non-originalists«), die den Umfang dieser Untersuchung sprengen würde. Aus der unüberschaubaren Literatur seien nur genannt *Bickel*, *The Least Dangerous Branch* (1962); *Chemerinsky*, *Interpreting the Constitution* (1987); *Ely*, *Democracy and Distrust* (1980); *Jaffa*, *Original Intent and the Framers of the Constitution* (1994); *Kramer*, *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review* (2004); *Scalia*, *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law* (1997); *Shaman*, *Constitutional Interpretation: Illusion and Reality* (2001); *Tribe/Dorf*, *On Reading the Constitution* (1991); *Tushnet*, *Red, White and Blue: A Critical Analysis of Constitutional Law* (1988), jeweils m.w.N.; vgl. aus der deutschen Literatur jüngst die Untersuchung bei *Melin*, *Gesetzesauslegung in den USA und in Deutschland* (2005) und die Übersicht bei *Brugger*, *Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit*, S. 345 ff.

¹¹⁷² 372 U.S. 726, 730 (1963) – *Ferguson v. Skrupa*: »We have returned to the original constitutional proposition that courts do not substitute their social and economic beliefs for the judgment of legislative bodies, who are elected to pass laws«.

¹¹⁷³ 297 U.S. 1, 78, 79 (1936) – *United States v. Butler* (Stone, J., dissenting).

¹¹⁷⁴ BVerfGE 121, 317 (360); vgl. BVerfGE 115, 205 (242 f.).

BVerfG hingegen einer Verkürzung seiner Kontrollkompetenz durch eine funktionelle-rechtliche Zurückhaltungspflicht gegenüber der Legislative.¹¹⁷⁵ Deutlich wird dies immer dann, wenn das BVerfG seine Kontrolldichte an die Dichte des materiellen Rechts knüpft: »Wo die materiellen Anforderungen niedriger sind, ist auch weniger zu kontrollieren«¹¹⁷⁶. So ermächtigt erst die »deutlich erkennbare ... Fehleinschätzung«¹¹⁷⁷ des Gesetzgebers »allein dort« zum verfassungsgerichtlichen Eingreifen, »wo verfassungsrechtliche Maßstäbe für politisches Verhalten normiert sind«¹¹⁷⁸.

II. Rechtfertigung des »judicial self-restraint«

Die Zurückhaltung des U.S. Supreme Courts im Bereich des »rational basis test« speist sich aus der funktionellen Erwägung, dass »der politisch-legislative Prozess grundsätzlich besser als die Gerichte dazu in der Lage [ist], komplexe Steuerungs- und Verteilungsprobleme zu lösen«¹¹⁷⁹. In dem durchlässigen Bereich des von den Grundrechten entkoppelten Segments der Wirtschafts-, Kultur- und Sozialgesetzgebung vermeidet es der U.S. Supreme Court, in Konflikt mit dem gestalterischen Freiraum des Gesetzgebers zu treten, indem er die politische Verantwortlichkeit an die gesetzgebenden Körperschaften verweist.¹¹⁸⁰ Dabei geht es nicht nur um die Abwägung der vom Staat vorgebrachten Interessen gegenüber der Durchsetzung schützenswerter Individualpositionen, sondern darum, die Entscheidungsmacht des Gesetzgebers in einem Freiraum rechtschaffender Tätigkeit gegenüber einer über Gebühr beanspruchenden richterlichen Kontrollpraxis abzuschirmen: »[I]t is for legislature, not the courts, to balance the advantages and disadvantages of legislation«¹¹⁸¹. Dieses Verständnis des »judicial self-restraint« beruht im Wesentlichen auf zwei Gründen.

¹¹⁷⁵ BVerfGE 36, 1 (14 f.): »Der Grundsatz des judicial self-restraint, den sich das Bundesverfassungsgericht auferlegt, bedeutet nicht eine Verkürzung oder Abschwächung seiner eben dargelegten Kompetenz, sondern den Verzicht ›Politik zu treiben‹, d.h. in den von der Verfassung geschaffenen und begrenzten Raum freier politischer Gestaltung einzugreifen. Er zielt also darauf ab, den von der Verfassung für die anderen Verfassungsorgane garantierten Raum freier politischer Gestaltung offenzuhalten«.

¹¹⁷⁶ BVerfGE 73, 118 (204); vgl. BVerfGE 62, 1 (51): »Allein dort, wo verfassungsrechtliche Maßstäbe für politisches Verhalten normiert sind, kann das Bundesverfassungsgericht ihrer Verletzung entgegenreten«; *Schlaich*, VVDStRL 39 (1981), S. 99 (112).

¹¹⁷⁷ BVerfGE 92, 365 (396).

¹¹⁷⁸ BVerfGE 62, 1 (51).

¹¹⁷⁹ *Rau*, Grenzen in der Rechtsprechung des United States Supreme Court, S. 125; vgl. *Davis*, Minn. L. Rev. 71 (1986), S. 1 (2): »Judge made law ... is generally inferior in clarity and reliability«; *ders.*, Colum. L. Rev. 80 (1980), S. 931 (932); *Hessick*, Notre Dame L. Rev. 85 (2010), S. 1447 (1473): »legislatures are better equipped than the courts to make the sorts of empirical findings relevant to legislation«; *Kokott*, The Burden of Proof, S. 46.

¹¹⁸⁰ *Brugger*, Einführung in das öffentliche Recht der USA, S. 102.

¹¹⁸¹ 348 U.S. 483, 487 (1955) – *Williamson v. Lee Optical, Inc.*

Erstens: Im US-amerikanischen Staatsverständnis liegt ein starker Impuls auf der Selbstentfaltungsfreiheit des Bürgers. Eine Einmischung staatlicherseits wird nur insoweit toleriert, als sie möglichst weit auf die Zustimmung des Einzelnen rückführbar sein soll. Wenn der U.S. Supreme Court urteilt, »the power of the people of the United States to make and alter their laws at pleasure is the greatest security for liberty and justice«¹¹⁸², verdeutlicht dies die herausragende Bedeutung der Ergebnisse des demokratischen Prozesses, der die »Volkssouveränität als primäre Legitimationsquelle staatlicher Herrschaft begreift«¹¹⁸³. Die Entscheidung eines Interessenkonflikts falle grundsätzlich in den Bereich des demokratisch legitimierten Gesetzgebers, dessen Abwägung »nicht durch unser Urteil zu ersetzen«¹¹⁸⁴ sei, solange dessen Entscheidung nicht jeder Rationalität entbehre. Dazu kommt, dass der U.S. Supreme Court sein richterliches Prüfungsrecht ohne verfassungstextliche Rechtfertigung verfolgt. Unter dem Begriff des »judicial review« entwickelte der U.S. Supreme Court in der Entscheidung »Marbury v. Madison«¹¹⁸⁵ ein richterliches Prüfungsrecht aus dem Wesen der Verfassung und nahm es fortan für sich in Anspruch. Dass neun auf Lebenszeit ernannte und keiner demokratischen Kontrolle unterworfenen Richter maßgeblich das gegenwärtige Verfassungsverständnis vorgeben, wird als Anmaßung ungeschriebener Kompetenzen empfunden.¹¹⁸⁶ Diesen Kompetenzkonflikt musste das BVerfG, an dem die Amtszeit eines Richters zwölf Jahre beträgt, angesichts verfassungstextlicher Verankerung in Art. 100, 19 Abs. 4, 1 Abs. 3, 20 Abs. 3 GG im Gegensatz zu seinem amerikanischen Pendant nicht führen. In einer Selbstanalyse aus den frühen 1950er Jahren konkretisiert es selbstbewusst sein Verständnis des § 1 BVerfGG und bezeichnet sich als ein »mit höchster Autorität ausgestattetes Verfassungsorgan«, das dem »Bundestag, Bundesrat und der Bundesregierung ebenbürtig zur Seite steht«¹¹⁸⁷.

Zweitens: Die Blockadehaltung des U.S. Supreme Courts gegenüber sozialstaatlicher Reformen während der Lochner-Ära ist im kollektiven Gedächtnis der Vereinigten Staaten nicht nur höchst lebendig. Sie hat es als »judicial usurpation of power«¹¹⁸⁸ zur Antithese amerikanischer Bundesverfassungsrechtsprechung

¹¹⁸² 211 U.S. 78, 106 (1908) – *Twining v. New Jersey*.

¹¹⁸³ *Rensmann*, Wertordnung und Verfassung, S. 254.

¹¹⁸⁴ 341 U.S. 494, 517, 539 f. (1951) – *Dennis v. United States* (Frankfurter, J., concurring): »How best to reconcile competing interests is the business of legislatures, and the balance they strike is a judgment not to be displaced by ours, but to be respected unless outside the pale of fair judgment«.

¹¹⁸⁵ 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803) – *Marbury v. Madison*; vgl. *Nowak/Rotunda*, Constitutional Law, S. 1 ff.

¹¹⁸⁶ *Bickel*, The Least Dangerous Branch, S. 16 f.; *Klarman*, Va. L. Rev. 77 (1991), S. 747 (768); *Lange*, Grundrechtsbindung des Gesetzgebers, S. 56.

¹¹⁸⁷ Abgedruckt in JöR 6 n. F. (1957), S. 144-148; Zitat ebd., S. 144 (145).

¹¹⁸⁸ *Bork*, The Tempting of America, S. 46.

gebracht.¹¹⁸⁹ Auf eine vergleichbare Schreckensvision eines Justizstaates blickt die Bundesrepublik zwar nicht zurück, doch strahlt das Lochner-Trauma selbst in den deutschen Rechtsdiskurs.¹¹⁹⁰ Wiewohl das BVerfG keinen Druck verspürt, seine legitimatorische Basis als oberstes Kontrollorgan zu verteidigen, zwingt die Abwesenheit einer ausdrücklich eingeräumten Kontrollkompetenz den U.S. Supreme Court, sich stets gegenüber dem Vorwurf des »Lochnering« zu behaupten.¹¹⁹¹

III. Instrumente der Offenhaltung politischer Freiräume

Dem Gebot der Offenhaltung politischer Freiräume kommt der U.S. Supreme Court im Allgemeinen über den »rational basis test«, im Besonderen über die »political question doctrine« nach. Diese Doktrin erlaubt es dem Spruchkörper, bestimmte Fragestellungen in seinen Urteilen unbeantwortet zu lassen, indem er auf eine fehlende streitentscheidende Norm abstellt oder es generell vermeidet, politisch brisante Themen anzusprechen, sofern keine Grundrechte betroffen werden.¹¹⁹² Zwar widersprechen das BVerfG¹¹⁹³ und die Literatur¹¹⁹⁴ gleichermaßen einer Übertragung der Doktrin auf die deutsche Verfassungsrechtsprechung. Das BVerfG betont aber gleichzeitig, dass es nicht seine Aufgabe sei, »jenseits rechtlich normierter Vorgaben ... seine Einschätzungen an die Stelle der Einschätzungen und Erwägungen der zuständigen politischen Organe des Bundes zu setzen«¹¹⁹⁵.

¹¹⁸⁹ Rowe, Law & Social Inquiry 24 (1999), S. 221 (223); *Shaman*, Constitutional Interpretation, S. 75; vgl. 505 U.S. 833, 979, 979 ff. (1992) – *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey* (Scalia, J., concurring and dissenting in part).

¹¹⁹⁰ Rensmann, Wertordnung und Verfassung, S. 252, mit Hinweis auf Böckenfördes Adaption eines »verfassungsgerichtlichen Jurisdiktionsstaats«, vgl. ders., EuGRZ 2004, S. 598 (603).

¹¹⁹¹ Fleming, Tex. L. Rev. 72 (1993), S. 211 (212); vgl. Friedman, N.Y.U. L. Rev. 76 (2001), S. 1383 (1387).

¹¹⁹² Lange, Grundrechtsbindung des Gesetzgebers, S. 258; K. Sullivan/Gunther, Constitutional Law, S. 49; vgl. 369 U.S. 186, 217 (1962) – *Baker v. Carr*, mit einem Überblick über die Kriterien für eine solche »political question«. Grundlegend 5 U.S. (1 Cranch) 137, 170 (1803) – *Marbury v. Madison*: »Questions, in their nature political or which are, by the Constitution and laws, submitted to the Executive, can never be made in this court«.

¹¹⁹³ BVerfGE 2, 79 (96 f.): »Das Bundesverfassungsgericht hat nur die Aufgabe, das rechtliche Vorfeld für politische Entscheidungen zu klären, die allein den gesetzgebenden Körperschaften zukommen. Die Frage, ob die Vertragsgesetze ohne vorgängige Änderung des Grundgesetzes ratifiziert werden dürfen, ist eine Rechtsfrage und damit richterlicher Erkenntnis zugänglich. Wer diese Frage nicht der Beurteilung eines Gerichts unterstellen will, muss nicht nur die Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts zur Prüfung von Bundesgesetzen, sondern jegliches richterliche Prüfungsrecht abschaffen« (Herv. im Orig.).

¹¹⁹⁴ Das unterschiedliche Vorverständnis verfassungsgerichtlicher Kontrollpraxis betonen Brenner, AöR 120 (1995), S. 248 (255); Schlaich/Korioth, Bundesverfassungsgericht, Rn. 505, und Zuck, JZ 1974, S. 361 (368).

¹¹⁹⁵ BVerfGE 66, 39 (61); vgl. BVerfGE 68, 1 (97).

Obschon sich auch das BVerfG im Verhältnis zum demokratisch legitimierten Gesetzgeber somit eine gewisse Zurückhaltung auferlegt hat, wurde die Forderung nach richterlicher Zurückhaltung nicht mit einer vergleichbaren Verve wie in den Vereinigten Staaten verfolgt.¹¹⁹⁶ Dass dieses amerikanische Selbstverständnis weniger einer objektivierbaren Rechtsfigur von normativer Kraft als einer individuellen Verfassungsphilosophie des jeweilig befassten Richters geschuldet ist, hat zwar *Rau* in seiner Untersuchung unlängst nachgewiesen,¹¹⁹⁷ doch hat der U.S. Supreme Court ebenso betont:

»If there is one doctrine more deeply rooted than any other in the process of constitutional adjudication, it is that we ought not to pass on questions of constitutionality ... unless such adjudication is unavoidable«¹¹⁹⁸.

B. »Judicial activism« im Grundrechtsbereich

Ein generelles Anerkenntnis richterlicher Zurückhaltung gefährdet die Autorität und den Kontrollauftrag der obersten Verfassungsgerichte, der mitunter ein entschlossenes Eingreifen erfordert. Mit der Klarstellung »it is emphatically the province and duty of the Judicial Department to say what the law is«¹¹⁹⁹ unterstreicht der U.S. Supreme Court, dass er die Grundrechte nicht zur letztverbindlichen Entscheidung dem Gesetzgeber überlässt und sie auf diese Weise leerlaufen ließe. Das Bekenntnis des U.S. Supreme Courts, »a denial of constitutionally protected rights demands judicial protection«¹²⁰⁰, ist für das deutsche Recht eindeutig in Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a, 100 GG festgeschrieben.

Darüber hinaus hat die »preferred-freedoms«-Doktrin, wonach persönliche Freiheitsrechte durchzusetzen seien, während wirtschaftliche Freiheiten der Disponibilität des Gesetzgebers unterfielen,¹²⁰¹ in Deutschland unter dem Stichwort »wirtschaftspolitische Neutralität des Grundgesetzes«¹²⁰² in einer Reihe von Prinzipien Anklang gefunden, die die Grundrechtsauslegung des BVerfG leiten.¹²⁰³ Vielsprechend ist das Kriterium der Personennähe, unter dessen Stern das

¹¹⁹⁶ *Kriele*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HdBStR IX, § 188, Rn. 8.

¹¹⁹⁷ *Rau*, Grenzen in der Rechtsprechung des United States Supreme Court, S. 132.

¹¹⁹⁸ 323 U.S. 101, 105 (1944) – *Spector Motor Co. v. McLaughlin*.

¹¹⁹⁹ 5 U.S. (1 Cranch) 137, 177 (1803) – *Marbury v. Madison*; aus neuerer Zeit 529 U.S. 598, 617 (2000) – *United States v. Morrison*: »No doubt the political branches have a role in interpreting and applying the Constitution, but ever since Marbury this Court has remained the ultimate expositor of the constitutional text«.

¹²⁰⁰ 377 U.S. 533, 566 (1964) – *Reynolds v. Sims*.

¹²⁰¹ *Hall/Ely/Grossman*, The Oxford Companion to the Supreme Court, S. 769; vgl. *Klarman*, Mich. L. Rev. 90 (1991), S. 213 (224); *Lusky*, Colum. L. Rev. 82 (1982), S. 1093 (1100); ausführlich oben S. 32 ff.

¹²⁰² BVerfGE 4, 7 (17).

¹²⁰³ *Klein*, in: FS Benda, S. 135 (138 ff.); *Kriele*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HdBStR IX, § 188, Rn. 52.

BVerfG die Schärfe seiner Kontrollkompetenz regelt: Je größer die Bedeutung des persönlichen Freiheitsbereichs eines Bürgers betroffen ist, desto mehr stärkt das Gericht den individuellen Freiheitsbereich. Umgekehrt gilt: Je mehr sich eine Person in soziale Strukturen und wirtschaftliche Vorgänge hineinstellt, desto eher muss es Einschränkungen individueller Handlungsmacht zu Gunsten einer Ausbalancierung mit den Forderungen nach einem geordneten Gemeinwesen hinnehmen.¹²⁰⁴ Dementsprechend hat das BVerfG im Mitbestimmungs-Urteil betont, dass es seine Kontrolldichte »von der Eigenart des in Rede stehenden Sachbereichs ... und der Bedeutung der auf dem Spiel stehenden Rechtsgüter«¹²⁰⁵ abhängig mache.

Vor dem Hintergrund dieses umfassenden »je-desto«-Kontrollverständnisses handelt es sich zwar eher um Markierungen innerhalb einer gleitenden Kontrolldichteskala, deren Steuerung sich nach dem materiellen Recht »in jeweiliger Abhängigkeit von der Eigenart des in Rede stehenden Sachbereichs«¹²⁰⁶ richtet.¹²⁰⁷ Doch markieren auch die »Levels of Scrutiny« Abstufungen in der Justiziabilität und Stringenz in einer Art amerikanischer Verhältnismäßigkeit, die vermittels der Zuordnung zu einem »starren« Kontrolldichtepol maßgeblich über das Schicksal der angegriffenen Maßnahme entscheidet und in dem vorherrschenden Verhältnis von »rational basis« und »strict scrutiny« greifbar wird.

Das unterschiedliche Vorverständnis verfassungsgerichtlicher Kontrolle führt in Zusammenschau mit dem fragmentarischen Verfassungstext der Vereinigten Staaten zu einem insgesamt stärkeren Pendelausschlag zwischen Demokratie und Grundrechtsstaat als in Deutschland. Plastisch wird diese Erkenntnis an Hand der Frage, wie der U.S. Supreme Court die ihm zur Verfügung stehenden »Levels of Scrutiny« in die Rechtspraxis umsetzt.

¹²⁰⁴ *Kriele*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HdBStR IX, § 188, Rn. 65; vgl. BVerfGE 45, 187 (227): »Diese Freiheit versteht das Grundgesetz nicht als diejenige eines isolierten und selbstherrlichen, sondern als die eines gemeinschaftsbezogenen Individuums. Sie kann ... nicht »prinzipiell unbegrenzt« sein«.

¹²⁰⁵ BVerfGE 50, 290 (333).

¹²⁰⁶ BVerfGE 57, 139 (159); vgl. BVerfGE 91, 389 (401): »Der unterschiedlichen Weite des gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums entspricht eine abgestufte Kontrolldichte bei der verfassungsgerichtlichen Prüfung«.

¹²⁰⁷ *Schlaich/Korioth*, Bundesverfassungsgericht, Rn. 536; *Seetzen*, NJW 1975, S. 429 (431); für ein materielles Verständnis ebenso *Brenner*, AöR 120 (1995), S. 248 (255).

§ 2 – Die Kontrolldichte in der Praxis: Vermutung, Beweislast, Tatsachenfeststellung, Prognose

Die dem U.S. Supreme Court selbst auferlegte Beschränkung des richterlichen Prüfungsrechts einerseits und das anpackende Durchgreifen bei der Grundrechtsdurchsetzung andererseits setzt das Gericht über die ihm zur Verfügung stehenden Kontrollmaßstäbe in die Rechtspraxis um. Vermutung, Beweislast, Tatsachenfeststellung und Prognose sind nur ein anderer Ausdruck für die Dichte und Intensität der verfassungsgerichtlichen Kontrolle. In der Summe bilden sie das Vehikel für die praktische Umsetzung der »Levels of Scrutiny« und des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit und bestimmen im hohen Maße das Urteil, das die obersten Verfassungsgerichte über ein gesetzliches Mittel sprechen werden.

A. Vermutung

Die Vermutung der Recht- oder Unrechtmäßigkeit einer Norm bestimmt das Vorzeichen, unter dem die Prüfung eines Grundrechtseingriffs gemessen wird. In den Vereinigten Staaten bestimmt sie in weit höherem Maße die richterliche Kontrollpraxis als im heimischen Rechtskontext, wenngleich dem Gesetzgeber auch in Deutschland hinsichtlich einer verfolgten Maßnahme eine unterschiedliche Begründungslast obliegt. Dies wird deutlich in Abgrenzung zu Verwaltung und Rechtsprechung: Der Verwaltung wird der Zweck einer Maßnahme durch gesetzlich bestimmte Aufgaben zugewiesen und in der Rechtsprechung muss sich das Ziel aus einem bestimmten Sachverhalt und dem vorgegebenen Recht ergeben. Die Rechtmäßigkeit des Zwecks wird beim Gesetzgeber mithin vermutet; Verwaltung und Rechtsprechung müssen ihre Zielfindung begründen.¹²⁰⁸ Diese Überlegungen finden sich in der Rechtsprechung des U.S. Supreme Courts in einer weiterentwickelten Form wieder, wenn dieser eine Norm an dem »rational basis test« misst. Bereits 1923 verspricht er dem Gesetzgeber Gefolgschaft, solange keine Zweifel an der Rationalität des gesetzlichen Mittels aufkämen:

»This Court, by an unbroken line of decisions ..., has steadily adhered to the rule that every possible presumption is in favor of the validity of an act of Congress until overcome beyond rational doubt«¹²⁰⁹.

¹²⁰⁸ Schlink, Abwägung im Verfassungsrecht, S. 205 f.; ders., in: FS BVerfG II, S. 445 (450).

¹²⁰⁹ 261 U.S. 525, 544 (1923) – *Adkins v. Children's Hospital*; vgl. 99 U.S. 700, 718 (1878) – *Sinking-Fund Cases*: »Every possible presumption is in favor of the validity of a statute, and this continues until the contrary is shown beyond a rational doubt«. Ferner 473 U.S. 432, 440 (1985) – *City of Cleburne v. Cleburne Living Ctr., Inc.*; 395 U.S. 621, 628 (1969) – *Kramer v. Union School District*; 293 U.S. 194, 209 (1934) – *Borden's Farm. Products Co. v. Baldwin*; 99 U.S. 700, 718 (1879) – *United States v. Union Pacific Railroad Co.*; weitere Nachweise bei *Hessick*, Notre Dame L. Rev. 85 (2010), S. 1447 (1452 ff.).

Wenn in den Vereinigten Staaten für jedes Gesetz im Anwendungsbereich des »rational basis test« die Vermutung der Verfassungskonformität gilt, kommen die Amerikaner damit einer Forderung nach, die *Carl Schmitt* bereits in der Weimarer Zeit mit Verweis auf die amerikanische Rechtsprechung erhoben hat. Einer richterlichen Kontrollpraxis, nach der angesichts der Gewaltenteilung »im Zweifelsfall die Vermutung für die Gültigkeit des Gesetzes spricht«¹²¹⁰, ist das BVerfG bislang nur in älteren Entscheidungen gefolgt.¹²¹¹ Wenn das BVerfG jedenfalls hinsichtlich der Tatsachenfeststellungen und der Bewertung von Prognoseentscheidungen die Richtigkeit vermutet, solange die gesetzgeberischen Ausführungen nur irgendwie vertretbar sind¹²¹² und der Gesetzgeber »die ihm zugänglichen Erkenntnismaßnahmen ausgeschöpft«¹²¹³ hat, scheint die Rede von einem »Grundsatz der Rechtsbeständigkeit der Gesetze«¹²¹⁴ treffend. Das Fazit, dass die Zuweisung einer Vermutung der Verfassungsmäßigkeit als ein Instrument richterlicher Zurückhaltung¹²¹⁵ und »cornerstone ... of the role of judicial review«¹²¹⁶ darstellt, trifft in dieser Deutlichkeit somit nur auf die amerikanische Rechtspraxis zu.

Auf der anderen Seite dieser Praxis steht der strenge Kontrollmaßstab. Seine erhöhten Anforderungen kommen auf Ebene des Verfahrensrechts dadurch zur Geltung, dass die Vermutung grundsätzlicher Verfassungskonformität einer Auffassung weicht, nach der jeder Grundrechtseingriff im Bereich des strengen Kontrollmaßstabs und jedwede Klassifizierung entlang »verdächtiger« Differenzierungsmerkmale die »Vermutung der Verfassungswidrigkeit auf der Stirn«¹²¹⁷ trägt.¹²¹⁸ Konstatiert wird nahezu eine Erfolgsgarantie des von der gesetzlichen

¹²¹⁰ *Schmitt*, in: *ders.*, Verfassungsrechtliche Aufsätze, S. 68 (88).

¹²¹¹ BVerfGE 9, 338 (350); 2, 266 (282).

¹²¹² BVerfGE 50, 290 (333 f.); 39, 210 (225); 30, 250 (263); 25, 1 (12 f., 17).

¹²¹³ BVerfGE 50, 290 (334).

¹²¹⁴ *Bachof*, in: *Summum Ius*, S. 41 (48).

¹²¹⁵ 395 U.S. 621, 628 (1969) – *Kramer v. Union Free School District No. 15*: »The presumption of constitutionality and the approval given »rational« classifications in other types of enactments are based on an assumption that the institutions of state government are structured so as to represent fairly all the people. However, when the challenge to the statute is, in effect, a challenge of this basic assumption, the assumption can no longer serve as the basis for presuming constitutionality«; vgl. *Alfange*, U. Pa. L. Rev. 114 (1966), S. 637 (661); *Simons*, Grundrechte und Gestaltungsspielraum, S. 179; *Thayer*, Harv. L. Rev. 7 (1893), S. 129 (144).

¹²¹⁶ *Komesar*, U. Chi. L. Rev. 51 (1984), S. 366 (373, Fn. 11).

¹²¹⁷ *Knapp*, JöR 23 n. F. (1974), S. 421 (441); vgl. *Mathews/Sweet*, Emory L. J. 60 (2011), S. 797 (811).

¹²¹⁸ 135 S.Ct. 2218, 2226 (2015) – *Reed v. Town of Gilbert*: »Content-based laws – those that target speech based on its communicative content – are presumptively unconstitutional«; mit Hinweis auf 505 U.S. 377, 395 (1992) – *R.A.V. v. City of St. Paul* und 502 U.S. 105, 118 (1991) – *Simon & Schuster, Inc. v. Members of N.Y. State Crime Victims Bd.* Ferner 543 U.S. 499, 506 (Fn. 1) (2005) – *Johnson v. California*: »deference is fundamentally at odds with

Maßnahme Betroffenen »by heavily burdening the state's defense of its law or act«¹²¹⁹. Eine »presumption of good faith« weicht einer »presumption of distrust«¹²²⁰, die das abwehrrechtliche Verständnis der Grundrechte zum Ausdruck bringt.

Ein vergleichbar kontrapunktisches System hat sich in Deutschland angesichts einer gleitenden Verhältnismäßigkeitsprüfung und des Amtsermittlungsgrundsatzes nach § 26 BVerfGG nicht entwickelt. Hierin liegt auch der Grund dafür, dass eine Übertragung dieses auf Grundlage eines bipolaren Eingriffsregimes entwickelten Systems der Vermutungspraxis mitnichten zu empfehlen ist: Sperrige Vermutungen und Beweislastverteilungen passen so wenig zu einem Instrument gleitender Kontrolldichte wie die starre Kontrolle von Prognoseentscheidungen. Einzig der mittlere Kontrollmaßstab präjudiziert anders als die Pole strenger oder schwacher Kontrolle weder den Ausgang der Entscheidung, noch misst er dem staatlichen oder individuellen Interesse ein besonderes Gewicht bei.

Wenngleich der strenge Kontrollmaßstab in seiner ursprünglichen Ausführung grundsätzlich die Vermutung der Verfassungswidrigkeit begründet, ist der U.S. Supreme Court seit den 2000er Jahren von dieser Praxis abgewichen. Noch in den 1980er Jahren stellte er klar, negative wie positive Formen von Diskriminierung entlang rassistischer Kriterien dem »strict scrutiny test« zu unterwerfen,¹²²¹ während er auf Ebene der positiven Diskriminierungen (»affirmative actions«) die Voraussetzungen lockerte. Im Bereich universitärer Bildungseinrichtungen hat das Gericht zuletzt 2003 eine Vermutung der Verfassungskonformität einer universitären Zielsetzung im Bereich der begünstigenden Klassifizierungen festgeschrieben.¹²²²

In »Grutter v. Bollinger«¹²²³ entschied das Gericht über das Zulassungsverfahren der University of Michigan, das rassische Minderheiten im universitären Bewerbungsprozess bevorzugte. Obwohl das Gericht eingangs noch seine Ansicht über die gleiche Kontrollpraxis negativer und positiver Diskriminierung bekräftigte (»our scrutiny is no less strict«¹²²⁴), relativierte es seine Aussage mit dem Verweis auf den Kontext, in dem die Universität eine »verdächtige« Klassifizierung treffe. Rassische Klassifizierungen im Kontext höherer Bildungseinrichtungen seien weniger »verdächtig«, weil Universitäten traditionell einen größeren Vertrauensvorschuss bei der Ausgestaltung und Wahrnehmung ihres Bildungs-

our equal protection jurisprudence. We put the burden on state actors to demonstrate that their race based policies are justified«.

¹²¹⁹ *Sellers*, Dick. L. Rev. 84 (1980), S. 363 (368).

¹²²⁰ *Sunstein*, Harv. L. Rev. 110 (1996), S. 4 (78).

¹²²¹ 488 U.S. 469 (1989) – *City of Richmond v. J. A. Croson Co.*

¹²²² 539 U.S. 306 (2003) – *Grutter v. Bollinger*.

¹²²³ 539 U.S. 306 (2003) – *Grutter v. Bollinger*.

¹²²⁴ 539 U.S. 306, 328 (2003) – *Grutter v. Bollinger*.

auftrages genossen.¹²²⁵ Der U.S. Supreme Court lässt daher grundsätzliche Zurückhaltung bei der Bewertung und Prüfung der universitären Entscheidungsgewalt walten, indem er statt der Vermutung einer Nachteilsabsicht der Universität ein hehres Motiv unterstellt. Mit der Klarstellung »good faith« on the part of a university is »presumed« absent »a showing to the contrary«¹²²⁶ kehrte der U.S. Supreme Court die ursprüngliche Vermutungspraxis strenger Kontrolle zu Gunsten einer mit dem »rational basis test« vergleichbaren Praxis um.

Während »Grutter« bereits in einer knappen 5:4-Entscheidung erging, hat der U.S. Supreme Court in letzter Zeit wiederum schärfere Anforderungen an die Zulassungspraxis von Hochschulen gestellt. Noch 2003 war die Stimme der Richterin *Sandra Day O'Connor* entscheidend, die die strategische Mittelposition im ideologischen Spektrum der Richterbank einnahm, 2006 aber aus dem U.S. Supreme Court ausschied. Mit einer deutlichen 7:1 Mehrheit stellte das Gericht nunmehr klar, dass der pädagogische Wert einer ethnisch gemischten Studierendenschaft nicht einfach behauptet, sondern nachgewiesen werden müsse. Gleichfalls müssten begünstigende Zulassungsverfahren auf den Prüfstand rassistisch neutraler Alternativen gestellt werden, um dem »narrowly tailored«-Grundsatz zu genügen.¹²²⁷ Dass das Thema in den Vereinigten Staaten eine solche Brisanz entfacht und in Deutschland allenfalls als amerikanisches Phänomen zur Kenntnis genommen wird,¹²²⁸ mag seinen Grund in den unterschiedlichen historischen Ausgangslagen finden. Von einem tolerierten Verständnis »sozialer Experimentierfreude«¹²²⁹ an Hochschulen hat das BVerfG jedenfalls bislang nicht gesprochen.

¹²²⁵ 539 U.S. 306, 329 (2003) – *Grutter v. Bollinger*: »We have long recognized that, given the important purpose of public education and the expansive freedoms of speech and thought associated with the university environment, universities occupy a special niche in our constitutional tradition«, mit Hinweis auf 364 U.S. 479, 487 (1960) – *Shelton v. Tucker*; 354 U.S. 234, 250 (1957) – *Sweezy v. New Hampshire*.

¹²²⁶ 539 U.S. 306, 329 (2003) – *Grutter v. Bollinger*, unter Zitierung von 438 U.S. 256, 318 f. (1978) – *Regents of University of California v. Bakke*.

¹²²⁷ 133 S.Ct. 2411, 2421 (2013) – *Fisher v. University of Texas at Austin*: »In order for judicial review to be meaningful, a university must make a showing that its plan is narrowly tailored to achieve the only interest that this Court has approved in this context: the benefits of a student body diversity that »encompasses a ... broad array of qualifications and characteristics of which racial or ethnic origin is but a single though important element«, unter Zitierung von 438 U.S. 265, 315 (1978) – *Regents of University of California v. Bakke*.

¹²²⁸ Vgl. jüngst den Artikel von *Bahners*, F.A.Z. vom 29.06.2016 (Nr. 149), S. N4. Dass nach dem Autor die strenge Prüfung für positive Diskriminierung bei der Auswahl von Studienbewerbern nur noch auf dem Papier existiere, stößt nach dem Vorgesagten auf Unverständnis.

¹²²⁹ 514 U.S. 549, 569, 581 (1995) – *United States v. Lopez* (Kennedy, J., concurring): »[T]he States may perform their role as laboratories for experimentation to devise various solutions where the best solution is far from clear«.

B. Beweislastverteilung

Der entscheidende Effekt einer Vermutung ist, dass sie die Beweislast demjenigen aufbürdet, zu dessen Lasten die Vermutung besteht. Auf der Verfahrensseite lösen die obersten Verfassungsgerichte das Spannungsverhältnis der Verhältnismäßigkeit zwischen Grundrechtsauslegung und Respekt vor der Gestaltungsautorität des Gesetzgebers durch ein System abgestufter Beweislastregeln.

Anders als in Deutschland existiert in den Vereinigten Staaten keine mit § 26 BVerfGG vergleichbare Regelung, die den Grundsatz der Amtsermittlung für verfassungsgerichtliche Streitigkeiten festschreibt. Der amerikanische Verfassungsprozess basiert auf dem kontradiktorischen Verfahren des »adversarial system«, in dem sich Gesetzgeber und Kläger als Parteien gegenüberstehen und an eine entsprechende Verteilung der formellen Beweislast gebunden sind. Das BVerfG kennt demgegenüber nur das Problem der materiellen Beweislastverteilung, wenn eine entscheidungserhebliche Tatsache weder als erwiesen noch als nicht erwiesen gelten kann und es festlegt, zu wessen Lasten die Unerweislichkeit dieser Tatsache geht.¹²³⁰ Das BVerfG bürdet dem Beschwerdeführer diese Beweislast auf, wenn es dem Gesetzgeber einen Prognose- und Beurteilungsspielraum zubilligt, denn der Respekt vor dem gesetzgeberischen Gestaltungsspielraum verbiete »im Zweifel«¹²³¹ einen Eingriff.

Dass das Beweismaß von der Einschätzungsprärogative des demokratisch legitimierten Gesetzgebers abhängt, gilt in gleicher Weise in den Vereinigten Staaten. Mehr noch: Die Amerikaner haben diesen Grundsatz vor dem Hintergrund ihres kontrapunktischen Systems milder und strenger Kontrolle ins Extreme getrieben. Für den Kläger führt die im Bereich des »rational basis test« herrschende Vermutung der Verfassungskonformität zu dem fatalen Ergebnis, dass er jedwede Faktenlage, die einer gesetzlichen Maßnahme zu Grunde liegt oder auch nur zu Grunde liegen könnte, widerlegen muss.¹²³² Richter *Clarence Thomas* formuliert die Leitlinien, die die Beweislastverteilung vor dem U.S. Supreme Court in Anwendung seiner »rational basis«-Rechtsprechung prägen:

»[T]hose attacking the rationality of the legislative classification have the burden to »negative every conceivable basis which might support it«. Moreover ... it is entirely irrelevant for constitutional purposes whether the con-

¹²³⁰ *Kriele*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HdBStR IX, § 188, Rn. 60; *Ossenbühl*, in: FS BVerfG I, S. 458 (485).

¹²³¹ BVerfGE 11, 168 (185).

¹²³² 220 U.S. 61, 78 f. (1911) – *Lindsley v. Natural Carbonic Gas Co.*: »One who assails the classification in such a law must carry the burden of showing that it does not rest upon any reasonable basis, but is essentially arbitrary«; 410 U.S. 356, 364 (1973) – *Lehnhausen v. Lake Shore Auto Parts Co.*; 309 U.S. 83, 88 (1940) – *Madden v. Kentucky*.

ceived reason for the challenged distinction actually motivated the legislature«¹²³³.

Diese Aussage hat Sprengkraft, denn: Solange die Zweck-Mittel-Relation und jeder denkbare Zweck nicht nachweisbar willkürlich und irrational ist und das gesetzgeberische Ziel keinen diskriminierenden Motiven entspringt, sind die Anforderungen des »rational basis«-Kontrollmaßstabs erfüllt.¹²³⁴ Weil ein solcher Nachweis quasi unmöglich ist, lässt die Beweislastverteilung die theoretische Vermutung der Verfassungskonformität zur praktischen Unwiderlegbarkeit erstarken.

Bereits im materiellen Teil dieser Untersuchung haben wir gesehen, dass das Verdikt eines legitimen Ziels das Ergebnis objektiver und subjektiver Faktoren ist.¹²³⁵ Der U.S. Supreme Court widmet sich anhand einer Plausibilitätskontrolle der Fragen, welche Folgen die Maßnahme objektiv nach sich ziehen könnte und welches angestrebte Ziel der Prüfungsgegenstand subjektiv in sich barg. Auf der Verfahrensseite konkretisiert der U.S. Supreme Court diese Aussage, indem er die Beweislast des sonst quasi unüberwindbaren »rational basis test« umkehrt: Sobald ein hinreichendes Verdachtsmoment besteht, dass eine Regulierung auf Vorurteilen und Feindseligkeiten zur Aussonderung einer Minderheit beruht, verschärft das Gericht die Parameter seiner im Übrigen durchlässigen »rational basis«-Spruchpraxis:

»Once the defendant has shown substantial underrepresentation of his group, he has made out a *prima facie* case of discriminatory purpose, and the burden then shifts to the State to rebut that case«¹²³⁶.

Kann der Kläger den Nachweis einer rassistischen Diskriminierung führen oder herrschen Anzeichen dafür, ein diskriminierendes Motiv könnte den Gesetzgeber geleitet haben, verlagert sich die Beweislast nach der »doctrine of discriminatory purpose« auf den Gesetzgeber. Nach dieser Doktrin werden Klassifizierungen besonders streng überprüft, die eine diskriminierende Motivation erkennen las-

¹²³³ 508 U.S. 307, 315 (1993) – *Federal Communications Comm’n et al. v. Beach Communications, Inc., et al.*, unter Zitierung von 452 U.S. 314, 331 f. (1981) – *Hodel v. Indiana*; 410 U.S. 356, 364 (1973) – *Lehnhausen v. Lake Shore Auto Parts Co.*

¹²³⁴ 438 U.S. 59, 84 (1978) – *Duke Power Co. v. Carolina Environmental Study Group, Inc.; Brugger*, Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 59. Einen kritischen Blick aus der Praxis gibt *Neily*, N.Y.U. J.L. & Liberty 1 (2005), S. 897 (902 ff.); vgl. auch *Epstein*, Geo. Mason L. Rev. 19 (2012), S. 931 (934 ff.); *Kokott*, The Burden of Proof, S. 43.

¹²³⁵ Vgl. oben S. 69 ff.

¹²³⁶ 430 U.S. 482, 495 (1977) – *Castaneda v. Partida* (Herv. im Orig.). Vgl. ferner 473 U.S. 432, 448 (1985) – *City of Cleburne v. Cleburne Living Ctr., Inc.*; 443 U.S. 526, 538 (1979) – *Dayton Bd. of Educ. v. Brinkman*; 429 U.S. 252, 265 (1977) – *Village of Arlington Heights v. Metropolitan Housing Development Corp.*

sen.¹²³⁷ Aus einer Vielzahl an Motiven kann bereits der Nachweis nur eines unlauteren Motivs schädlich sein, wenn das Gesetz aller Wahrscheinlichkeit nach ansonsten nicht zustande gekommen wäre. Eine solchermaßen erfolgreiche Rüge führt nicht allein zur Verfassungswidrigkeit der Norm im konkreten Fall (»as applied«),¹²³⁸ sondern der Norm als Ganzes (»facial challenge«)¹²³⁹. Der Gesetzgeber muss die diskriminierende Absicht beweiskräftig erschüttern oder den Nachweis führen, dass die gleiche sachliche Entscheidung auch in Abwesenheit aussondernder Motive getroffen worden wäre.¹²⁴⁰ Kann der Gesetzgeber diesen Beweis nicht führen, wird der U.S. Supreme Court die Klassifizierung aufheben, ohne dass es auf die formelle Anwendung des »strict scrutiny«-Kontrollmaßstabs ankäme. Allein die diskriminierende Absicht sperrt jeden gesetzgeberischen Versuch, die Klassifizierung durch den Nachweis eines selbst zwingenden öffentlichen Interesses zu rechtfertigen.¹²⁴¹

Ist hingegen der Anwendungsbereich des »strict scrutiny test« eröffnet, trägt der Gesetzgeber auf allen Stufen der verfassungsgerichtlichen Kontrolle die Beweislast für die unabweisbare Notwendigkeit des gewählten Mittels.¹²⁴² Allein der Gesetzgeber trägt die Legitimationslast im sensiblen Bereich grundrechtlicher Freiheiten. Der breite Entscheidungsspielraum des Gesetzgebers weicht zu Gunsten umfassender Folgeneinschätzungen und Tatsachenfeststellungen seitens des U.S. Supreme Courts, für die der Gesetzgeber grundsätzlich beweisführungspflichtig ist. Der Gesetzgeber muss nachweisen, dass er vermittels seiner gesetzlichen Maßnahme ein überragend wichtiges Ziel verfolgt und den »narrowly tailored«-Grundsatz, den der U.S. Supreme Court zur Bestimmung der Zweck-Mittel-Relation anlegt, beachtet hat:

¹²³⁷ 442 U.S. 256, 279 (Fn. 24) (1979) – *Personnel Administrator of Massachusetts v. Feeney*; 426 U.S. 229, 240 (1976) – *Washington v. Davis*; vgl. bereits oben S. 104 f.

¹²³⁸ 481 U.S. 749, 745 (1987) – *U.S. v. Salerno*.

¹²³⁹ *Fallon*, Harv. L. Rev. 113 (2000), S. 1321 (1369): »if a statute has an impermissible purpose, that purpose will typically infect the statute as a whole«; vgl. *Nelson*, N.Y.U. L. Rev. 83 (2008), S. 1784 (1878).

¹²⁴⁰ 471 U.S. 222, 228 (1985) – *Hunter v. Underwood*: »Once racial discrimination is shown to have been a »substantial« or »motivating« factor behind enactment of the law, the burden shifts to the law's defenders to demonstrate that the law would have been enacted without this factor«; 429 U.S. 252 (1977) – *Arlington Heights v. Metropolitan Housing Development Corp.*

¹²⁴¹ *Chemerinsky*, Constitutional Law, S. 748.

¹²⁴² 135 S.Ct. 2218, 2231 (2015) – *Reed v. Town of Gilbert, Arizona*: »it is the Town's burden to demonstrate that the [statute] furthers a compelling governmental interest and is narrowly tailored to that end«; 133 S.Ct. 2411, 2420 (2013) – *Fisher v. University of Texas at Austin*; *Chemerinsky*, Constitutional Law, S. 554; *Spece/Yokum*, Ariz. L. S. 15-12 (2015), S. 1 (26).

»Strict scrutiny is a searching examination, and it is the government that bears the burden to prove ›that the reasons for [the statute] are clearly identified and unquestionably legitimate«¹²⁴³.

Insbesondere die Beweislast dafür, dass das Mittel sich auf den mildesten Grundrechtseingriff beschränkt, stellt den Gesetzgeber regelmäßig vor Schwierigkeiten.¹²⁴⁴ Schließlich lässt sich zur Erreichung eines gesetzlichen Zwecks regelmäßig eine Vielzahl weniger einschneidender Maßnahmen vorstellen. An dieser Stelle dreht sich das im Bereich des »rational basis test« zu Lasten des Bürgers herrschende Ungleichgewicht um: Nicht der Bürger muss jede »rational basis« widerlegen, sondern allein der Gesetzgeber trägt die Beweislast für die unbedingte Erforderlichkeit des gewählten Mittels. Es gilt: »strict in theory and fatal in fact«¹²⁴⁵. In »Fisher«, wo es um den bevorzugten Zugang ethnischer Minderheiten an öffentlichen Universitäten ging, hatte sich der U.S. Supreme Court daher auch nicht mit der Unterstellung eines »serious, good faith consideration of workable race-neutral alternatives« begnügt, sondern:

»The University must prove that the means chosen by the University to attain diversity are narrowly tailored to that goal. On this point, the University receives no deference«¹²⁴⁶.

Wenn der U.S. Supreme Court den Nachweis eines »äußerst überzeugenden Rechtfertigungsgrundes«¹²⁴⁷ verlangt, erinnert dies wiederholt an die Rechtsprechung des BVerfG, das in der Apotheken-Entscheidung einen Eingriff im Bereich der objektiven Zulassungsschranken an die »nachweisbare oder höchstwahrscheinliche schwere Gefahr für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut«¹²⁴⁸ gebunden hat. Ein Beurteilungsspielraum und eine Einschätzungsprärogative sind dem deutschen Gesetzgeber im Bereich der objektiven Zulassungsschranken ebenso wenig eingeräumt¹²⁴⁹ wie dem amerikanischen bei einem Grundrechtseingriff oder Klassifizierung entlang »verdächtiger« Differenzierungsmerkmale. Erforderlich ist indessen kein wissenschaftlich über jegliche Zweifel erhabener Beweis, sondern die hinreichende Überzeugung der Rich-

¹²⁴³ 133 S.Ct. 2411, 2419 (2013) – *Fisher v. University of Texas at Austin*, unter Zitierung von 488 U.S. 469, 505 (1989) – *City of Richmond v. J. A. Croson Co.*

¹²⁴⁴ 374 U.S. 398, 407 (1963) – *Sherbert v. Verner*; 310 U.S. 88, 98 (1940) – *Thornhill v. Alabama*.

¹²⁴⁵ S. oben Fn. 814; 440 U.S. 173, 188, 188 f. (1979) – *Illinois State Bd. of Elections v. Socialist Workers Party* (Blackmun, J., concurring): »A judge would be unimaginative indeed if he could not come up with something a little less ›drastic‹ or a little less ›restrictive‹ in almost any situation, and thereby enable himself to vote to strike legislation down«.

¹²⁴⁶ 133 S.Ct. 2411, 2420 (2013) – *Fisher v. University of Texas at Austin*.

¹²⁴⁷ 518 U.S. 515, 531 (1996) – *United States v. Virginia*; vgl. 450 U.S. 455, 461 (1981) – *Kirchberg v. Feenstra*.

¹²⁴⁸ BVerfGE 7, 377 (408).

¹²⁴⁹ *Papier*, in: FS Stern I, S. 543 (554 f.).

ter.¹²⁵⁰ Hierzu genügt etwa ein Hinweis auf die Gesetzgebung eines Bundestaates, eine gesicherte Rechtsauffassung,¹²⁵¹ empirische Erhebungen¹²⁵² und Expertenaussagen, die sich aus dem Vorbringen des Klägers, des Beklagten oder derjenigen Personen ergeben, die sich an dem Verfahren beteiligen, ohne selbst Partei zu sein (»amicus curiae«)¹²⁵³. Eine förmliche Beweiserhebung findet – anders als in seltenen Fällen vor dem BVerfG¹²⁵⁴ – nicht statt.

Diese Grundsätze gelten unverändert im Bereich des »middle tier«.¹²⁵⁵ Der U.S. Supreme Courtbürdet der öffentlichen Hand die Beweislast auf und akzeptiert weder Mutmaßungen noch Spekulationen. Erforderlich ist ein tatsächliches, wichtiges Interesse der Öffentlichkeit, dessen Nachweis dem Gesetzgeber obliegt.¹²⁵⁶

C. Tatsachenfeststellung

Das Sammeln der entscheidungserheblichen Tatsachen eines Sachverhalts und deren Subsumtion unter eine Rechtsvorschrift gehören zum Kernbereich richterlicher Tätigkeit. Doch die Befugnis des U.S. Supreme Courts zur Tatsachenfeststellung ist anders als in Deutschland mit dessen § 26 BVerfGG gesetzlich nicht geregelt. Zwar herrschen in den Vereinigten Staaten in vergleichbarer Weise die Grundsätze der formellen und materiellen Beweislast, doch fühlen sich die amerikanischen Richter am U.S. Supreme Court an einen Vortrag der Parteien nicht gebunden. Anders könnten sie auch nicht ihre Funktion als Verfassungshüter wahrnehmen.

Die Prüfung eines Grundrechtseingriffs hängt zwar von der Initiative der Prozessparteien ab, doch herrscht in der Behandlung dieses Vortrags eine Art Untersuchungsgrundsatz, der die Verteilung der formellen Beweislast relativiert. Dies mag seinen Grund darin finden, dass sich das amerikanische Prozessrecht

¹²⁵⁰ *Kokott*, The Burden of Proof, S. 19; *Volokh*, U. Penn. L. Rev. 144 (1996), S. 2417 (2422).

¹²⁵¹ 504 U.S. 191, 211 (1992) – *Burson v. Freeman*: »long history, a substantial consensus, and simple common sense«.

¹²⁵² 494 U.S. 652, 659 f. (1990) – *Austin v. Michigan Chamber of Commerce*; 424 U.S. 1, 26 f. (1976) – *Buckley v. Valeo*.

¹²⁵³ *Faigman*, Constitutional Fictions, S. 97.

¹²⁵⁴ *Benda/Klein/Klein*, Verfassungsprozessrecht, Rn. 307.

¹²⁵⁵ 518 U.S. 515, 531 (1996) – *United States v. Virginia*; 463 U.S. 60, 71 (Fn. 20) (1983) – *Bolger v. Young Drug Products Corp.*; 459 U.S. 87, 93 (1982) – *Brown v. Socialist Workers '74 Campaign Committee*; 424 U.S. 1, 74 (1976) – *Buckley v. Valeo*.

¹²⁵⁶ 458 U.S. 718, 724 (1982) – *Mississippi University for Women v. Hogan*: »the party seeking to uphold a statute that classifies individuals on the basis of their gender must carry the burden of showing an »exceedingly persuasive justification« for the classification. The burden is met only by showing at least that the classification serves »important governmental objectives, and that the discriminatory means employed« are »substantially related to the achievement of those objectives«, unter Zitierung von 450 U.S. 455, 461 (1981) – *Kirchberg v. Feenstra*; 442 U.S. 256, 273 (1979) – *Personnel Administrator of Massachusetts v. Feeney*; 446 U.S. 142, 150 (1980) – *Twengler v. Druggist Mutual Insurance Co.*

aus den Grundsätzen des »jury-trial« entwickelt hat.¹²⁵⁷ Fragen über die Geltung und Auslegung der Grundrechte stellen sich im amerikanischen Verfassungsprozess nicht isoliert, sondern als Inzidentprüfung in einem zivil-, straf- oder verwaltungsrechtlichen Verfahren. Vorherrschend ist der Gedanke, dass in einem Rechtsstreit einer individuellen Rechtsverletzung abgeholfen werden muss, in dem das behauptete Recht des Klägers sich als Ergebnis der Auflösung einer Normenkollision zwischen vorrangigem Verfassungsrecht und einfachem Gesetz darstellt¹²⁵⁸ – und zwar ohne Jury. Der Ausgang dieser inzidenten Normenkontrolle reiht sich in die Entscheidungen des U.S. Supreme Courts, die durch ein System der Präjudizienbindung stabilisiert werden.

I. Vorgehensweise des U.S. Supreme Courts

Die Tatsachenfeststellungen dienen maßgeblich der Beurteilung der Zweck-Mittel-Relation. Der U.S. Supreme Court koppelt an die »Levels of Scrutiny« gestufte Anforderungen an die Ermittlung der für die Verfassungskonformität einer Norm entscheidenden Tatsachen.

Im Bereich des »rational basis test« gibt er keine Bewertung über das einer gesetzlichen Maßnahme zu Grunde liegende Tatsachenmaterial ab, weil die Einhaltung der Gesetzgebungskompetenz eine Vermutung für das ordnungsgemäße Zustandekommen des Gesetzes begründe.¹²⁵⁹ Der durchlässige Kontrollmaßstab dient allein der Feststellung, ob das Gesetz auf einer hinreichend gesicherten Tatsachenbasis beruht:

»[W]e examine the record not to see whether the findings of the court below are supported by evidence, but to ascertain upon the whole record whether it is possible to say that the legislative choice is without rational basis«¹²⁶⁰.

Weil das BVerfG in Anwendung seines Willkürverbots seine Intensität verfassungsgerichtlicher Kontrolle begrenzt, hat der U.S. Supreme Court großzügigere Ergebnisse erzielt als sein deutsches Pendant. In der bereits angesprochenen Entscheidung »Clover Leaf«¹²⁶¹ entschied der U.S. Supreme Court über ein Gesetz, das den Vertrieb von Milch in aus Plastik, nicht aber aus Karton gefertigten Einwegflaschen untersagte. Hiergegen klagte die Clover Leaf Creamery Com-

¹²⁵⁷ *Kokott*, The Burden of Proof, S. 9.

¹²⁵⁸ *Lange*, Grundrechtsbindung des Gesetzgebers, S. 13, *Johnson*, in: Grabitz/Eberhard/Kehl (Hrsg.), Grundrechte in Europa und USA, S. 885 (958).

¹²⁵⁹ 296 U.S. 176, 186 (1935) – *Pacific States Box & Basket Co. v. White*: »[W]here the regulation is within the scope of authority legally delegated, the presumption of the existence of facts justifying its specific exercise attaches alike to statutes, to municipal ordinances, and to orders of administrative bodies«; 293 U.S. 194, 209 (1934) – *Borden's Farm Products Co., Inc. v. Baldwin*.

¹²⁶⁰ 303 U.S. 177, 191 f. (1938) – *South Carolina State Highway Department v. Barnwell Brothers, Inc.*

¹²⁶¹ 449 U.S. 456 (1981) – *Minnesota v. Clover Leaf Creamery Co.*; vgl. oben S. 78.

pany, die Plastikflaschen herstellte und vertrieb. In den unteren Instanzen und letztlich vor dem U.S. Supreme Court legte die Clover Leaf umfassendes Tatsachenmaterial vor, um den Nachweis zu führen, dass Pappcontainer schlimmere Umweltauswirkungen zur Folge hätten als Plastikflaschen. Angegriffen wurde also die »rational basis« der Norm, die als wirtschaftsregulierendes Gesetz an dem weitmaschigen »rational basis test« gemessen wurde. Nur war die Clover Leaf der Auffassung, dass die befassen Organe des Bundesstaats Minnesota eben diese »rational basis« der in Frage stehenden Norm nachzuweisen hätten. Statt aber auf die vorgebrachten Argumente der klagenden Partei einzugehen, verwarf der U.S. Supreme Court das Vorbringen des Unternehmens: Solange die Einschätzungen des Gesetzgebers nicht offensichtlich falsch und irrational seien, müsse die Regelung Bestand haben, ohne dass es eines engmaschigen Nachweises der Zweck-Mittel-Relation bedürfe: »States are not required to convince the courts of the correctness of their legislative judgments«¹²⁶². Die Clover Leaf Company unterlag also.

Mit diesem Urteil und der Klarstellung »we reiterate that ›it is up to legislatures, not courts, to decide on the wisdom and utility of legislation‹«¹²⁶³ bringt der U.S. Supreme Court in ähnlicher Weise den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers zur Geltung, wie es das BVerfG mit seinem »Verzicht ›Politik zu treiben‹«¹²⁶⁴ tut und die Einschätzungen der legislativen Organe bis zu der Grenze anerkennt, dass sie nicht »eindeutig widerlegbar oder offensichtlich fehlsam«¹²⁶⁵ und nur irgendwie vertretbar seien¹²⁶⁶. Der Verweis des BVerfG auf die sachgerechte und vertretbare Ausschöpfung der ihm zugänglichen Erkenntnisquellen¹²⁶⁷ zeigt, dass es sich »eher um Anforderungen des Verfahrens«¹²⁶⁸ handelt, sodass weder jeder Ermittlungsfehler noch jedes Ermittlungsdefizit die Nichtigkeit der Norm nach sich ziehen kann, solange sie nicht im Widerspruch zu verfassungsrechtlichen Regelungsverboten steht. Das Erfordernis inhaltlicher Vertretbarkeit und die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers zeigen, dass auch der deutsche Gesetzgeber jedenfalls eine »rationale Basis« nachweisen muss, wenn die objektive Tatsachenfeststellung in eine Wertung und Würdigung der dem Gesetz zu Grunde liegenden Tatsachen mündet.¹²⁶⁹

¹²⁶² 449 U.S. 456, 464 (1981) – *Minnesota v. Clover Leaf Creamery Co.*

¹²⁶³ 449 U.S. 456, 469 (1981) – *Minnesota v. Clover Leaf Creamery Co.*, unter Zitierung von 372 U.S. 726, 729 (1963) – *Ferguson v. Skrupa*.

¹²⁶⁴ S. oben Fn. 1168.

¹²⁶⁵ BVerfGE 40, 196 (223); 30, 292 (317); 24, 367 (410); 7, 1 (20).

¹²⁶⁶ BVerfGE 50, 290 (333 f.); 39, 210 (225); 30, 250 (263); 25, 1 (12 f., 17).

¹²⁶⁷ BVerfGE 50, 290 (334)

¹²⁶⁸ BVerfGE 50, 290 (334).

¹²⁶⁹ BVerfGE 39, 210 (226); *Lerche*, Übermaß und Verfassungsrecht, S. 344.

II. Scheinbare Parallelität zwischen BVerfG und U.S. Supreme Court

Dieses im Ausgangspunkt ähnlich anmutende Kontrollverständnis suggeriert nur eine scheinbare Parallele zur amerikanischen Rechtspraxis, weil in Deutschland die Überprüfung von Tatsachenfeststellungen elementarer Bestandteil der richterlichen Normenkontrolle ist. Es ist Sache des BVerfG, die Richtigkeit des einem gesetzgeberischen Mittel zu Grunde liegenden Sachverhalts vollständig nachzuprüfen.¹²⁷⁰ Die eben erörterte Zurückhaltung in der Bewertung von Tatsachen seitens des U.S. Supreme Courts widerspricht § 26 Abs. 1 BVerfGG, der dem Gericht die Kompetenz zur selbstständigen Wahrheitserforschung verleiht. Schon im Apotheken-Urteil betont das BVerfG, dass eine inhaltliche Analyse »des zur Prüfung stehenden Gesetzes und die für seine Gestaltung maßgebend gewesen[en] Erwägungen des Gesetzgebers« naturgemäß voraussetzen, »daß das Gericht ... sich einen möglichst umfassenden Einblick in die durch das Gesetz zu ordnenden Lebensverhältnisse verschafft«¹²⁷¹. Es ist unwahrscheinlich, dass das BVerfG die Tatsachenfeststellungen des Gesetzgebers in »Clover Leaf« ungeprüft als richtig unterstellt hätte, wenngleich ihm § 33 Abs. 2 BVerfGG wenigstens die Möglichkeit bietet, von den tatsächlichen Feststellungen eines rechtskräftigen Urteils eines vorher befassten Gerichts auszugehen, wenn diese Tatsachen in einem vom Untersuchungsgrundsatz beherrschten Verfahren gewonnen wurden.

III. Tatsachenfiktion in den USA

Der U.S. Supreme Court ist bei diesem durchlässigen Kontrollverständnis der Tatsachenfeststellungen nicht stehen geblieben. Er folgt einer Ermittlungspraxis, wie sie der Bundestagsabgeordnete *Hans Dichgans* für die deutsche Verfassungspraxis gefordert hatte. *Dichgans* regte an, das Bundesverfassungsgericht bei Tatsachen und Prognosen an die Einschätzung des Gesetzgebers zu binden, es sei denn, dass die Feststellung offensichtlich falsch oder missbräuchlich getroffen wurde.¹²⁷² Diese Forderung wurde mit Hinweis auf § 26 Abs. 1 BVerfGG und den richterlichen Kontrollauftrag in einer Anhörung von Bundesverfassungsrichtern als »absolut verfassungswidrig«¹²⁷³ verworfen.

Bleibt das BVerfG »Herr aller Entschließungen«¹²⁷⁴ im Beweisverfahren, klafft eine Lücke zur amerikanischen Verfassungsrechtspraxis: Mit der Klarstellung »a legislative choice is not subject to courtroom fact-finding and may be

¹²⁷⁰ BVerfGE 39, 210 (226); *Ossenbühl*, in: FG BVerfG I, S. 458 (484).

¹²⁷¹ BVerfGE 7, 377 (412).

¹²⁷² Deutscher Bundestag, 6. Wahlperiode, Protokoll der 38. Sitzung vom 13.3.1970, S. 1907.

¹²⁷³ Stenographisches Protokoll Nr. 18 des 5. Ausschusses, S. 15; vgl. *Philippi*, Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts, S. V ff.

¹²⁷⁴ *Geiger*, Besonderheiten im verfassungsgerichtlichen Prozess, S. 22.

based on rational speculation unsupported by evidence or empirical data»¹²⁷⁵ zeigt der U.S. Supreme Court, dass er selbst geneigt ist, die für die Zweck-Mittel-Relation notwendigen Tatsachen zu unterstellen: »[T]he existence of facts supporting the legislative Judgement is to be presumed«¹²⁷⁶.

In der Entscheidung »Williamson v. Lee Optical«¹²⁷⁷ bestätigte der U.S. Supreme Court ein Gesetz des Bundesstaats Oklahoma, das Optikern die Anpassung von Brillengläsern ohne ärztliches Attest untersagte, während Fertigbrillenverkäufer ihrem Geschäft weiterhin nachgehen durften. In der unteren Instanz wurde dieses Verbot noch als ungerechtfertigte Ungleichbehandlung verworfen, weil der Gesetzgeber keine Anstalten gemacht hatte, Tatsachen nachzuweisen, die die rationale Zweck-Mittel-Relation des Gesetzes bewiesen hätten. Hierzu sei der Gesetzgeber nach dem U.S. Supreme Court auch nicht verpflichtet. Im Gegenteil: Das Gericht stellte verschiedene hypothetische Überlegungen an, welche Tatsachen und welche Ausgangslage für die umstrittene Regelung streiten könnten:

»The legislature *might have concluded* that the frequency of occasion when a prescription is necessary was sufficient to justify this regulation of the fitting of eyeglasses. ... Or the legislature *may have concluded* that eye examinations were so critical ... that every change in frames and every duplication of a lens should be accompanied by a prescription from a medical expert«¹²⁷⁸.

Eine derart aufgeweichte Kontrolldichte führt bei einem deutschen Verfassungsjuristen zu Verwunderung, der der U.S. Supreme Court nüchtern begegnet: »[I]t is for the legislature, not the courts, to balance the advantages and disadvantages of the new requirement«¹²⁷⁹. In der Tradition des kontrapunktischen Kontrollverständnisses ist die Rechtsprechung des U.S. Supreme Courts auch im Bereich der Tatsachen von starken Unterschieden in der Kontrollintensität geprägt, weil sich in Abhängigkeit des berufenen Prüfungsmaßstabs die Stoßrichtung der Tatsachenkontrolle ändert.

¹²⁷⁵ 508 U.S. 307, 315 (1993) – *Federal Communications Comm’n et al. v. Beach Communications, Inc., et al.*, unter Zitierung von 452 U.S. 314, 331 f. (1981) – *Hodel v. Indiana*; 410 U.S. 356, 364 (1973) – *Lehnhausen v. Lake Shore Auto Parts Co.*

¹²⁷⁶ 304 U.S. 144, 152 (1938) – *United States v. Carolene Products Co.* Ferner 296 U.S. 176, 186 (1935) – *Pacific State Box & Basket Co. v. White*: »[W]here the regulation is within the scope of authority legally delegated, the presumption of the existence of facts justifying its specific exercise attaches alike to statutes, to municipal ordinances, and to orders of administrative bodies«, mit Hinweis auf 275 U.S. 440, 447 (1928) – *Aetna Insurance Co. v. Hyde*. Vgl. aus den unteren Instanzen 252 F.3d 567, 582 (2nd Circ. 2001) – *Lewis v. Thompson*: »[T]he Government is under no obligation to produce evidence or empirical data to sustain the rationality of a statutory classification and can base its statutes on rational speculation«.

¹²⁷⁷ 348 U.S. 483 (1955) – *Williamson v. Lee Optical Co.*

¹²⁷⁸ 348 U.S. 483, 487 (1955) – *Williamson v. Lee Optical Co.* (Herv. d. Verf.).

¹²⁷⁹ 348 U.S. 483, 487 (1955) – *Williamson v. Lee Optical Co.*

IV. Hohe Kontrolldichte im Grundrechtsbereich

Kreist eine anhängige Streitfrage um die Verkürzung eines Grundrechts oder nimmt der Gesetzgeber eine Klassifizierung entlang »verdächtiger« Differenzierungsmerkmale vor, weicht das Erfordernis einer irgendwie möglichen »rational basis« den schärferen Anforderungen an die Zweck-Mittel-Relation des strengen, aber auch mittleren Kontrollmaßstabs. Der U.S. Supreme Court verlangt den konkreten Nachweis der Gefährdung eines überragend wichtigen Interesses der Öffentlichkeit, wie etwa die Gefährdung der nationalen Sicherheit, durch empirische Erhebungen.¹²⁸⁰ Der breite Entscheidungsspielraum des Gesetzgebers weicht so zu Gunsten umfassender Tatsachenfeststellungen seitens des U.S. Supreme Courts.¹²⁸¹

In der oben bereits angesprochenen Entscheidung »Roe v. Wade«¹²⁸² trat das Gericht vor diesem Hintergrund in Verteidigung eines ungeschriebenen Grundrechts auf Abtreibung in eine umfassende Tatsachenkontrolle ein, die derjenigen des BVerfG in nichts nachsteht. Der U.S. Supreme Court setzte sich eingehend mit den soziologischen, psychologischen und medizinischen Daten auseinander und übte sich weder in der Suche noch in der Unterstellung von Tatsachen. Auch sage die pauschale Behauptung von jahrelanger Erfahrung nichts über die Wertigkeit einer Expertenmeinung aus und entlaste nicht von dem Erfordernis schlüssiger und »guter Gründe«¹²⁸³, die die Seriosität der amerikanischen Tatsachenfeststellungspraxis im »strict scrutiny«-Bereich unterstreicht. Wenn das BVerfG im Einzelhandelsbeschluss ein Gesetz für nichtig erklärte, weil die öffentlichen Gefahren, die durch das Gesetz bekämpft werden sollten, weder dargelegt noch wahrscheinlich gemacht worden waren,¹²⁸⁴ wäre der U.S. Supreme Court in dieser Entscheidung aller Wahrscheinlichkeit nach zu demselben Ergebnis gekommen wie in »Ashcroft«, wo die amerikanischen Richter wegen der dürftigen Beweisgrundlage nicht von den Langzeitschäden der minderjährigen Internetnutzer überzeugt worden waren.¹²⁸⁵

Im Bereich des strengen Kontrollmaßstabs gleicht sich der Kontrollansatz folglich einem § 26 Abs. 1 BVerfGG vergleichbaren Maßstab an, wenn das

¹²⁸⁰ 561 U.S. 1, 28 (2010) – *Holder v. Humanitarian Law Project*; 323 U.S. 214, 223 f. (1944) – *Korematsu v. United States*.

¹²⁸¹ *Speel/Yokum*, Ariz. L. S. 15-12 (2015), S. 1 (26); *Volokh*, U. Penn. L. Rev. 144 (1996), S. 2417 (2418 f.); vgl. 561 U.S. 1, 36 (2010) – *Holder v. Humanitarian Law Project*. Zu den nur denkbaren Zwecken siehe oben S. 58 ff.

¹²⁸² 410 U.S. 113 (1973) – *Roe v. Wade*; vgl. oben S. 174 f.

¹²⁸³ 509 U.S. 579, 590 (1993) – *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals Inc.*: »In order to qualify as »scientific knowledge«, an inference or assertion must be derived by the scientific method. Proposed testimony must be supported by appropriate validation-i. e., »good grounds«, based on what is known. In short, the requirement that an expert's testimony pertain to »scientific knowledge« establishes a standard of evidentiary reliability«.

¹²⁸⁴ BVerfGE 19, 330 (340).

¹²⁸⁵ 542 U.S. 656 (2004) – *Ashcroft v. ACLU*; ausführlich oben S. 127 f.

BVerfG nach seinem »je-desto«-Kontrollansatz in Abhängigkeit von der Intensität und Breite des Eingriffs in gesteigerte Tatsachenermittlungen übergeht und sich im Fall objektiver Zugangsbeschränkungen nicht mit »allgemein gehaltenen Ausführungen« wie Unordnung und ruinösen Auswirkungen des Taxigewerbes begnügt, sondern das Erfordernis kausaler Zusammenhänge, welche »konkreten Störungen des Verkehrswesens«¹²⁸⁶ eintreten könnten, eingehend prüft. Eine Ausnahme findet diese Regel allein im Bereich positiver Klassifizierungen im Kontext höherer Bildungseinrichtungen, wo der U.S. Supreme Court im allgemeinen Zurückhaltung bei der Bewertung und Prüfung der universitären Entscheidungsgewalt walten lässt, mitunter jedoch in tiefeschürfende Tatsachenfeststellungen übergeht:

»In addition to the expert studies and reports entered into evidence at trial, numerous studies show that student body diversity promotes learning outcomes, and »better prepares students for an increasingly diverse workforce and society, and better prepares them as professionals«¹²⁸⁷.

D. Prognosen

An Hand von Prognosen urteilen die obersten Verfassungsgerichte darüber, ob das Mittel einer Maßnahme das legitime Ziel mit hinreichender Wahrscheinlichkeit erreichen wird. Prognosen sind als Element der »Levels of Scrutiny« und des Verhältnismäßigkeitsprinzips daher von höchster Bedeutung. Die Gerichte stehen vor dem Problem, über die »geistige Vorwegnahme der Zukunft«¹²⁸⁸ bei der Beurteilung von Gesetzeswirkungen zu richten, die sich oftmals als schmale Gratwanderung zwischen Recht und Politik darstellt. Trotzdem gilt für den U.S. Supreme Court nicht weniger das Fazit, das das BVerfG im Apotheken-Urteil zieht: »Die Beurteilung hypothetischer Kausalverläufe ... ist eine Aufgabe, die ihrer Art nach auch vom Richter erfüllbar ist«¹²⁸⁹.

Im Mitbestimmungs-Urteil¹²⁹⁰ hat das BVerfG für die heimische Verfassungspraxis eine dreistufige Kontrolldichte von Prognosen festgeschrieben, die von einer Evidenz- über eine Vertretbarkeitskontrolle bis hin zu einer intensivierte inhaltlichen Kontrolle in Abhängigkeit »von der Eigenart des in Rede stehenden Sachbereichs, den Möglichkeiten, sich ein sicheres Urteil zu bilden und der Bedeutung der auf dem Spiel stehenden Rechtsgüter«¹²⁹¹ reicht. So ausdrücklich wie das BVerfG ist der U.S. Supreme Court bislang nicht auf sein Verständnis verfassungsgerechtlicher Kontrolldichte von Prognosen eingegangen.

¹²⁸⁶ BVerfGE 11, 168 (185).

¹²⁸⁷ 539 U.S. 306, 330 (2003) – *Grutter v. Bollinger*.

¹²⁸⁸ *Ossenbühl*, in: FG BVerfG I, S. 458 (501).

¹²⁸⁹ BVerfGE 7, 377 (411).

¹²⁹⁰ BVerfGE 50, 290.

¹²⁹¹ BVerfGE 50, 290 (333).

Dies ist im amerikanischen Verfassungsrecht aber auch nicht nötig, weil sich der U.S. Supreme Court auch im Bereich der Prognoseentscheidungen ganz von seinem kontrapunktischen Verständnis milder und strenger Kontrolle leiten lässt.

I. Evidenzprüfung

Am Ausgangspunkt der Prognosekontrolle steht wiederum der durchlässige »rational basis test« der gesetzgeberischen Alltagspraxis in der Wirtschafts-, Kultur- und Sozialgesetzgebung. In diesem Bereich vertritt der U.S. Supreme Court eine Rechtsprechung, die an die Evidenzprüfung des BVerfG erinnert und dem Gesetzgeber einen weiten Prognosespielraum einräumt. So müssen nach deutschen und amerikanischen Maßstäben weder »die Auswirkungen des Gesetzes mit hinreichender Wahrscheinlichkeit oder gar Sicherheit übersehbar sein«¹²⁹² noch schuldet der Gesetzgeber mehr als die Orientierung an einer »sachgerechten und vertretbaren Beurteilung des erreichbaren Materials«¹²⁹³. Weil der erwartete Geschehensablauf jederzeit »eine unvorhergesehene Wendung«¹²⁹⁴ nehmen kann, genießt der Gesetzgeber nach deutschem Verständnis »eine angemessene Zeit zur Sammlung von Erfahrungen«¹²⁹⁵. Der U.S. Supreme Court spricht von einer »broad scope to experiment«¹²⁹⁶, die sich einer »intolerablen Überwachung«¹²⁹⁷ verwehrt: »[D]ebatable questions as to reasonableness are not for the courts, but for the legislature«¹²⁹⁸. Die Grenzen dieses Freiraums sind nur dann überschritten, wenn die Erwägungen des Gesetzgebers »so offensichtlich fehlsam sind, dass sie vernünftigerweise keine Grundlage für gesetzgeberische Maßnahmen abgeben können«¹²⁹⁹, es also an der »rationalen Basis« der in Frage stehenden Norm fehlt.

Deutlich erkennbar ist die Bereitschaft der obersten Verfassungsgerichte, angesichts nur schwer vorhersehbarer Geschehensabläufe »Aussagen über die Wirklichkeit in der Zukunft«¹³⁰⁰ zu tolerieren, solange die gesetzgeberischen Ausführungen nur irgendwie vertretbar sind¹³⁰¹ und nach amerikanischem Verständnis kein Urteil im sensiblen Bereich der Grundrechte zu fällen ist. Der Gesetzgeber schuldet also nicht die optimale Lösung. Die Gerichte tolerieren Fehlprognosen über den Verlauf künftiger Entwicklungen¹³⁰² und der Gesetzgeber darf sich ei-

¹²⁹² BVerfGE 50, 290 (333).

¹²⁹³ BVerfGE 50, 290 (334).

¹²⁹⁴ BVerfGE 30, 250 (263).

¹²⁹⁵ BVerfGE 37, 104 (118).

¹²⁹⁶ 372 U.S. 726, 730 (1963) – *Ferguson v. Skrupa*.

¹²⁹⁷ 286 U.S. 374, 388 (1932) – *Sproles v. Binford*: »intolerable supervision«.

¹²⁹⁸ 286 U.S. 374, 388 (1932) – *Sproles v. Binford*.

¹²⁹⁹ BVerfGE 121, 317 (350); 110, 141 (157 f.); 77, 84, (106); 37, 1 (20); 30, 292 (317).

¹³⁰⁰ *Schlink*, in: FS BVerfG II, S. 445 (455).

¹³⁰¹ BVerfGE 50, 290 (333 f.); 39, 210 (225); 30, 250 (263); 25, 1 (12 f., 17).

¹³⁰² 397 U.S. 471, 485 – *Dandridge v. Williams*, unter Zitierung von 228 U.S. 61, 69 f. (1913) – *Metropolis Theatre Co. v. Chicago*. Für Deutschland vgl. BVerfGE 30, 250 (263); 25, 1 (12).

nem gesellschaftlichen Missstand auch nur etappenweise annehmen: »the constitutional validity of legislation cannot be determined by the degree of exactness of its provisions or remedies«¹³⁰³, kurz: »one step at a time«¹³⁰⁴. Als der U.S. Supreme Court in »Railway Express Agency v. New York«¹³⁰⁵ das Fremdwerbverbot auf Lastwagenplanen bestätigte, ergab die Differenzierung nach Eigen- und Fremdwerbung nicht den geringsten Sinn. Das musste sie nach amerikanischem Verständnis aber auch nicht, denn: »It is no requirement ... that all evils of the same genus be eradicated or none at all«¹³⁰⁶. Der U.S. Supreme Court geht vor dem Hintergrund eines ähnlichen Kontrollverständnisses in der Toleranz gegenüber gesetzgeberischen Prognosen mithin einen deutlichen Schritt weiter als das BVerfG, das in dem Fremdwerbverbot kaum eine irgendwie nachvollziehbare Einschätzung des Gesetzgebers erblickt hätte.

II. Intensivierte Kontrolle im Grundrechtsbereich

Diesen Freiraum zum Experimentieren genießt der Gesetzgeber allein im Bereich des »rational basis test«. Ein ganz anderes Bild ergibt sich, wenn der Gesetzgeber im Anwendungsbereich mittlerer und strenger Kontrolldichte tätig wird. Entsprechend höhere Voraussetzungen hat das BVerfG auch im Apotheken-Urteil und der Entscheidung zur Zulässigkeit der lebenslangen Freiheitsstrafe festgesetzt, wenn das Gericht prüft, ob »der Gesetzgeber seinen Einschätzungsspielraum »in vertretbarer Weise« gehandhabt hat«¹³⁰⁷ und es eine Prognose einer »intensiven Prüfung«¹³⁰⁸ in Abhängigkeit von »der Bedeutung der auf dem Spiel stehenden Rechtsgüter«¹³⁰⁹ abhängig mache. Hierzu zählt das BVerfG jedenfalls das Leben, die Fortbewegungsfreiheit und Volksgesundheit¹³¹⁰.

Entscheidendes Kriterium für die Kontrolle von Prognoseentscheidungen ist die Rationalität.¹³¹¹ Nach deutschem und amerikanischem Verständnis müssen legislative Prognosen umso rationaler sein, je tiefer sie bis zu dem Grad der Existenzbedrohung in eine Grundrechtsposition eingreifen. Besonders strenge Voraussetzungen gelten, wenn der Gesetzgeber sich anschickt, einen irreparablen Eingriff in verfassungsrechtliche Positionen vorzunehmen. In »Skinner v. Oklahoma«¹³¹² erklärte der U.S. Supreme Court daher die zwangsweise Sterilisa-

¹³⁰³ 243 U.S. 426, 438 (1917) – *Bunting v. Oregon*.

¹³⁰⁴ 348 U.S. 483, 489 (1955) – *Williamson v. Lee Optical Co.*

¹³⁰⁵ 336 U.S. 106 (1949) – *Railway Express Agency v. New York*; ausführlich oben S. 80.

¹³⁰⁶ 336 U.S. 106 (1949) – *Railway Express Agency v. New York*, mit Hinweis auf 226 U.S. 157, 160 (1912) – *Central Lumber Co. v. South Dakota*.

¹³⁰⁷ BVerfGE 91, 1 (29), unter Zitierung von BVerfGE 88, 203 (262).

¹³⁰⁸ BVerfGE 71, 364 (397).

¹³⁰⁹ BVerfGE 50, 290 (333).

¹³¹⁰ BVerfGE 121, 317 (349); 50, 290 (332 f.); 7, 377 (414).

¹³¹¹ *Ossenbühl*, in: FG BVerfG I, S. 458 (502).

¹³¹² 316 U.S. 535 (1942) – *Skinner v. Oklahoma*.

tion von Gewohnheitsverbrechen angesichts des unumkehrbaren Eingriffs für verfassungswidrig und das BVerfG verwarf die Fristenlösung der §§ 218 StGB a. F. im Urteil zum Schwangerschaftsabbruch, das es als unvereinbar mit dem in der Menschenwürde gründenden Schutz des Lebens sah.¹³¹³

Wo der U.S. Supreme Court ausführt, »there is no redemption for the individual ... [a]ny experiment ... is to his irreparable injury«¹³¹⁴, versagt das BVerfG »bei dem hohen Wert des zu schützenden Rechtsgutes«¹³¹⁵ dem Gesetzgeber das Recht zur Prognose. Die obersten Verfassungsgerichte entziehen dem gesetzgeberischen Experimentierfeld somit bestimmte Bereiche und vertrauen auf eigene Prognoseerwägungen, weil der Wert des in Frage stehenden Rechtsgutes und ihr unwiderruflicher Verlust nicht der Gefahr einer fehlerhaften Prognose ausgesetzt werden dürften. An den Gesetzgeber werden erhöhte Sorgfaltsanforderungen gestellt, denen er durch Materialrecherchen, Einholung von Expertise und empirischen Nachweisen genügen kann.

Im Bereich der öffentlichen Sicherheit und Diplomatie herrscht dagegen eine gelockerte Kontrolldichte. Der U.S. Supreme Court vertraut auf die Einschätzungen des Gesetzgebers, wenn »sensitive and weighty interests of national security and foreign affairs« auf dem Spiel stehen und »information can be difficult to obtain and the impact of certain conduct difficult to assess«¹³¹⁶. Je schwerer sich eine Gefahr darstellt, desto geringere Anforderungen werden auch an die Wahrscheinlichkeit ihres Eintritts gestellt. Entsprechend bestätigte der U.S. Supreme Court in »Korematsu v. United States«¹³¹⁷ die Internierung aller 110.000 an der Westküste ansässigen Personen japanischer Herkunft, obwohl es keine Hinweise auf konkrete Sabotageakte gab. Das Gericht stellte die Tatsachenbasis der Prognose und den Wahrscheinlichkeitsgrad einer Rechtsverletzung in Nachrang und begnügte sich mit dem Hinweis: »There was evidence of disloyalty on the part of some, the military authorities considered that the need for action was great, and time was short«¹³¹⁸. Wenn das BVerfG im Urteil zur Vorratsdatenspeicherung »den durch bestimmte Tatsachen begründeten Verdacht einer schweren Straftat«¹³¹⁹ voraussetzt oder »einen konkret umrissenen Ausgangspunkt im Tatsächlichen«¹³²⁰ der Annahmen und Schlussfolgerungen des Gesetzgebers fordert, ist es unwahrscheinlich, dass sich auch die Karlsruher Richter mit einer derart vagen Prognose begnügt hätten. Schließlich hätte es sich um einen empfindlichen Eingriff in Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG gehandelt und »äußere oder vom

¹³¹³ BVerfGE 39, 1.

¹³¹⁴ 316 U.S. 535, 541 (1942) – *Skinner v. Oklahoma*.

¹³¹⁵ BVerfGE 39, 1 (60).

¹³¹⁶ 561 U.S. 1, 33 f. (2010) – *Holder v. Humanitarian Law Project*.

¹³¹⁷ 323 U.S. 214 (1944) – *Korematsu v. United States*; ausführlich oben S. 135 f.

¹³¹⁸ 323 U.S. 214, 224 (1944) – *Korematsu v. United States*.

¹³¹⁹ BVerfGE 125, 260 (329).

¹³²⁰ BVerfGE 120, 274 (327); *Ossenbühl*, in: Merten/Papier (Hrsg.), HdBGR I, § 15, Rn. 28.

Gesetzgeber zu vertretende Umstände wie Zeitnot oder unzureichende Beratung« seien gerade nicht geeignet, »den Prognosespielraum zu erweitern«¹³²¹.

Bereits im zweiten Urteil zum Schwangerschaftsabbruch hat das BVerfG in dessen auch das Recht auf Leben prognostischen Erwägungen zugänglich gemacht und seine Kontrolldichte insgesamt gelockert.¹³²² Das BVerfG scheint den im Mitbestimmungs-Urteil¹³²³ entwickelten Grundsätzen nicht strikt zu folgen. Es schwankt im Großen und Ganzen zwischen einer Vertretbarkeits-¹³²⁴ und einer Evidenzkontrolle¹³²⁵. Wenn das BVerfG nunmehr auch im Urteil zum Rauchverbot in Gaststätten allein die Kontrolle der Nachforschungstiefe, nicht aber den Inhalt der Prognose auf den Prüfstand der Richtigkeit stellt,¹³²⁶ scheint sich die Kontrolldichte auf ein Maß mittlerer rationaler Vertretbarkeitskontrolle einzuschwenken.¹³²⁷ Das gleiche scheint für den U.S. Supreme Court zu gelten. Der U.S. Supreme Court verlangt zwar nicht, dass der Gesetzgeber jede denkbare Alternative auf den Prüfstand der Erforderlichkeit stellt,¹³²⁸ fordert aber die »serious, good faith consideration of workable ... alternatives«¹³²⁹. Somit scheint sich auch die amerikanische Verfassungspraxis jedenfalls im Bereich der »affirmative actions« auf ein vergleichbares Maß rationaler Vertretbarkeitskontrolle einzupendeln:

»Strict scrutiny must not be »strict in theory, but fatal in fact«. But the opposite is also true. Strict scrutiny must not be strict in theory but feeble in fact«¹³³⁰.

¹³²¹ BVerfGE 106, 62 (152).

¹³²² BVerfGE 88, 203 (262): »die verfassungsrechtliche Prüfung erstreckt sich in jedem Falle darauf, ob der Gesetzgeber die genannten Faktoren ausreichend berücksichtigt und seinen Einschätzungsspielraum »in vertretbarer Weise« gehandhabt hat«.

¹³²³ BVerfGE 50, 290.

¹³²⁴ BVerfGE 88, 203 (262); 50, 290 (333 f.); 39, 210 (225); 30, 250 (263); 25, 1 (12 f., 17).

¹³²⁵ BVerfGE 117, 163 (183); 110, 141 (157 f.); 77, 84 (106); 40, 196 (223); 37, 1 (20); 30, 292 (317); 24, 367 (410); 7, 1 (20).

¹³²⁶ BVerfGE 121, 317 (350 ff.).

¹³²⁷ Benda/Klein/Klein, Verfassungsprozessrecht, Rn. 313; E. Klein, in: FS Benda, S. 135 (145); Hesse, JZ 1995, S. 265 (272).

¹³²⁸ 133 S.Ct. 2411, 2420 (2013) – *Fisher v. University of Texas at Austin*; 539 U.S. 306, 339 f. (2003) – *Grutter v. Bollinger*.

¹³²⁹ 539 U.S. 306, 340 (2003) – *Grutter v. Bollinger*; vgl. 134 S.Ct. 2751, 2781 (2014) – *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*; 133 S.Ct. 2411, 2420 (2013) – *Fisher v. University of Texas at Austin*; 539 U.S. 194, 207 (2003) – *United States v. American Library Association, Inc.*; 478 U.S. 328, 357 (1986) – *Posadas de P.R. Assocs. v. Tourism Co.*; 444 U.S. 620, 636 ff. (1980) – *Schaumburg v. Citizens for Better Environment*; 431 U.S. 678, 691 (1977) – *Carey v. Population Services International*; 394 U.S. 618, 627 (1969) – *Shapiro v. Thompson*.

¹³³⁰ 133 S.Ct. 2411, 2421 (2013) – *Fisher v. University of Texas at Austin*, unter Zitierung von 515 U.S. 200, 237 (1995) – *Adarand Constructors, Inc. v. Peña* und 539 U.S. 306, 326 (2003) – *Grutter v. Bollinger*.

III. Toleranz gegenüber Fehlprognosen

Die Verfassungsgerichte üben auch in gleicher Weise Toleranz gegenüber gesetzgeberischen Fehlprognosen. Im Bereich des »rational basis test« nimmt der U.S. Supreme Court¹³³¹ wie das BVerfG im Bereich derjenigen Grundrechte, die tendenziell eher nur auf den Prüfstand einer Evidenzprüfung gestellt werden wie Art. 2 Abs. 1, Art. 12 Abs. 1, Art. 14 Abs. 1 S. 2, Art. 3 Abs. 1 GG¹³³², »Irrtümer über den Verlauf der ... Entwicklung«¹³³³ in Kauf. Während solche Maßnahmen im heimischen Verfassungsrecht eine Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers bewirken können¹³³⁴ und die in Frage stehende Norm nur dann verfassungswidrig ist, wenn »der Gesetzgeber eine spätere Überprüfung ... trotz ausreichenden Erfahrungsmaterials für eine sachgerechtere Lösung unterlässt«¹³³⁵, übt der U.S. Supreme Court im Bereich des strengen Kontrollmaßstabs weniger Nachsicht. Dies rührt daher, dass das BVerfG im Gegensatz zu seinem amerikanischen Pendant seine Kontrolle aus einer ex ante-Perspektive vornimmt und die Verhältnisse danach beurteilt, wie sie sich »bei der Vorbereitung des Gesetzes«¹³³⁶ darstellten. In den Vereinigten Staaten richtet sich die Beurteilung eines Gesetzes im Kontext der Grundrechte aus einer nachträglichen Sicht.¹³³⁷ So konstatiert auch *Pine*, ein Verweis auf »previously assumed facts when actual facts are available ... would be inconsistent with the principles of heightened scrutiny«¹³³⁸. Dass auch der amerikanische Gesetzgeber ein gesetzliches Mittel stets mit den aktuell gewonnenen Erfahrungen neu verabschieden muss, entspricht der vom BVerfG geforderten Nachbesserungspflicht. Trotzdem verspricht eine ständige, wie vom BVerfG geforderte Beobachtungspflicht nachhaltigeren Schutz.

E. Fazit

Auf der Verfahrensseite wird deutlich, dass der U.S. Supreme Court tendenziell mehr als das BVerfG von einem bestimmten Rollenverständnis zwischen Gericht und Gesetzgeber geprägt ist, wohingegen die Karlsruher Richter spezifisch grundrechtsbezogene Aspekte wie die Eigenart des jeweiligen Sachbereichs, die Bedeutung der auf dem Spiel stehenden Rechtsgüter und die Intensität des Eingriffs betonen. Das auf materieller Ebene ohnehin vorherrschende kontrapunkti-

¹³³¹ 397 U.S. 471, 485 – *Dandridge v. Williams*: »The problems of government are practical ones, and may justify ... rough accommodations«, unter Zitierung von 228 U.S. 61, 69 f. (1913) – *Metropolis Theatre Co. v. Chicago*.

¹³³² *Seetzen*, NJW 1975, S. 429 (434).

¹³³³ BVerfGE 25, 1 (12); vgl. 39, 210 (226); 33, 171 (189 f.); 30, 250 (263).

¹³³⁴ BVerfGE 123, 186 (266); 95, 267 (314 f.); 57, 139 (162 f.); 50, 290 (395).

¹³³⁵ BVerfGE 33, 171 (189 f.).

¹³³⁶ BVerfGE 30, 250 (263); 25, 1 (12).

¹³³⁷ 431 U.S. 678, 695 f. (1977) – *Carey v. Population Services International*.

¹³³⁸ *Pine*, U. Pa. L. Rev. 136 (1988), S. 655 (711).

sche Verhältnis zwischen den Extremen milder und strenger Kontrolle wird auf der Verfahrensseite weiter polarisiert. Der U.S. Supreme Court toleriert Tatsachenunterstellungen und bürdet der Klägerseite die Beweislast auf, sodass er sich auf Grundlage des »rational basis test« einer Prüfung im Wesentlichen enthält. Nüchtern heißt es bei Richter *Kennedy*: »Judicial review under the ›conceivable set of facts‹ test is tantamount to no review at all«¹³³⁹. Mehr noch: Der U.S. Supreme Court bürdet dem Einzelnen, der sich gegen ein gesetzliches Mittel wehrt, die Aufklärung der ihm häufig unzugänglichen behördlichen Maßnahmen auf – eine fatale Chancenasymmetrie zu Lasten des Bürgers.

Die Bereitschaft zu einer derart weitreichenden Selbstbeschränkung der amerikanischen Richter vermag den Gesetzgeber zwar vor einer allzu dominanten Rechtsprechung schützen. Wenn aber eine mit deutschen Maßstäben vergleichbare Überprüfung von Tatsachenfeststellungen und Prognosen aus der Gleichung genommen wird, hat das Auswirkungen auf die Balance der Staatsgewalten: Eine Kontrollpraxis, deren Eingriffsschwelle an eine »lunacy commission sitting in judgement upon the mental capacity of legislators«¹³⁴⁰ erinnert, reduziert den Hüter der Verfassung zu einem »rubber stamp for legislation«¹³⁴¹. Das Erbe der *Lochner*-Ära ist der weitgehende Verzicht auf den Schutz beruflicher Freiheiten, die vor dem ausdifferenziertem »je-desto«-Verständnis verfassungsgerichtlicher Kontrolle des BVerfG nur rückständig erscheinen kann. Dass ein solches Verfassungsverständnis angesichts der von Lobbyisten durchdrungenen Gesetzesarbeit ein enormes Manipulationspotential in sich trägt, offenbaren die vom U. S. Supreme Court in Kauf genommenen Risiken: »For protection against abuses by legislatures, the people must resort to the polls, not to the courts«¹³⁴².

Am entgegengesetzten Ende der Skala positioniert der U.S. Supreme Court seinen strengen Kontrollmaßstab. Die Vermutung der Verfassungskonformität weicht einem strengen Untersuchungsgrundsatz, der dem höchstrichterlichen Verständnis von § 26 BVerfGG entspricht. Wenn das Gericht gleichzeitig die Vermutung der Verfassungswidrigkeit an den »strict scrutiny test« koppelt, bricht die Überlebenschance des angegriffenen Gesetzes drastisch ein. So hat *Winkler* unlängst nachgewiesen, dass nur rund ein Viertel der an »strict scrutiny« gemessenen Gesetze diese Kontrolle überstehen,¹³⁴³ sodass auf der Richterbank

¹³³⁹ 508 U.S. 307, 320, 323 (1993) – *Federal Communications Comm’n et al. v. Beach Communications, Inc., et al.* (Stevens, J., concurring).

¹³⁴⁰ *Cohen*, Colum. L. Rev. 35 (1935), S. 809 (819); vgl. die Forderung von *Thayer* zur Bestimmung der Verfassungswidrigkeit nach einem »very clear mistake«, Harv. L. Rev. 7 (1893), S. 129 (144).

¹³⁴¹ *Shaman*, Constitutional Interpretation, S. 104.

¹³⁴² 348 U.S. 483, 488 (1955) – *Williamson v. Lee Optical Co.*, unter Zitierung von 94 U.S. 113, 134 (1876) – *Munn v. State of Illinois*.

¹³⁴³ *Winkler*, Vand. L. Rev. 59 (2006), S. 793 (815).

die ungebrochene Überzeugung herrscht: »As is well known, strict scrutiny readily, and almost always, results in invalidation«¹³⁴⁴. Auf diese Weise löst der U.S. Supreme Court gleich zwei Versprechen ein: einerseits Selbstbeschränkung als Lehre um die Auseinandersetzung mit der Lochner-Ära, andererseits eine Kontrolldichte, die in ihren praktischen Auswirkungen mit dem BVerfG mindestens Schritt hält, in Zusammenschau mit den materiellen Aussagen des »strict scrutiny test« dieses oftmals sogar schlägt. Etwas Neutralität und eine offenere Abwägung widerstreitender Interessen verspricht allein der »middle tier«, wenngleich der U.S. Supreme Court dessen materiellen Aussagen auf der Verfahrensseite in der Regel zu Gunsten strenger Kontrolle auflöst.

¹³⁴⁴ 541 U.S. 267, 294 (2004) – *Vieth v. Jubelirer*.

Sechster Teil

Rechtsvergleichendes Fazit: Bewertung, Ausblick, Schluss

Recht ist auch »eine Frage der Proportionen«¹³⁴⁵. Diesem Gedanken tragen die Verfassungsgerichte über eine ähnliche Auffassung von Verhältnismäßigkeit Rechnung. An dieser Stelle löst die Untersuchung ihr erstes Versprechen ein: Sie hat gezeigt, dass der Vorwurf des Außenseitertums im Kontext der Verhältnismäßigkeit in der amerikanischen Grundrechtsdogmatik nicht zutrifft. Der U.S. Supreme Court und das BVerfG sprechen eine gemeinsame Sprache der Verhältnismäßigkeit, doch ist die Handschrift eine andere: Die Amerikaner folgen einem kategorialen Ansatz gestufter Verhältnismäßigkeit, der sein Hauptaugenmerk auf die unbedingte Erforderlichkeit eines gesetzlichen Mittels legt. Das BVerfG vertraut auf ein bruchloses Spektrum, das an der Erforderlichkeit einer Maßnahme nicht stehen bleibt und vermittels der Angemessenheit sucht, eine Lösung zum Ausgleich kollidierender Verfassungsgüter zu schaffen. Die wesentlichen Unterschiede zeigen sich mithin in einem gestuften gegenüber einem gleitenden Modell von Verhältnismäßigkeit und dem Verzicht auf eine durchgängige Angemessenheitsprüfung deutscher Manier.

Es ist Aufgabe der Rechtsvergleichung zu zeigen, dass nationale Methoden des Rechts nicht die einzig handhabbaren Lösungen für vergleichbare rechtliche Fragestellungen bieten. Eine rechtsvergleichende Untersuchung wäre unvollständig, würde sie nicht die Vor- und Nachteile der in den untersuchten Rechtsordnungen gefundenen Lösungen beleuchten (§ 1) und eine Antwort auf die Frage geben: Was können die Rechtsordnungen in der Fortentwicklung ihres Rechts voneinander lernen (§2)? Den Schluss der Untersuchung wird eine Zusammenfassung der Erkenntnisse des Rechtsvergleichs in einem abschließenden Fazit bilden (§ 3).

¹³⁴⁵ Forsthoff, Der Staat als Auftraggeber, S. 7.

§ 1 – Bewertung: »Levels of Scrutiny« vs. Verhältnismäßigkeit

A. Das Gleit- und das Stufenmodell

In den Vereinigten Staaten ist immer wieder der Versuch unternommen worden, die »Levels of Scrutiny« in einen gleitenden Kontrollmaßstab zu überführen. Entsprechende Vorstöße hat es konkret von Richter *Marshall*¹³⁴⁶ gegeben; man findet weitere in der Literatur zu den gestaffelten Prüfungsmaßstäben¹³⁴⁷. Ein nur scheinbar starres Modell hat Richter *Stevens* ebenso bestätigt¹³⁴⁸ wie sich seit den 2000er Jahren sein Kollege *Breyer* für einen »sliding-scale balancing approach«¹³⁴⁹ einsetzt: richtungsweisende Orientierung an Stelle mechanischer Zuordnung.¹³⁵⁰

Dass auch der U.S. Supreme Court nur eine scheinbare Grenze entlang einander überlagernder Prüfungsebenen zieht, mag die Überlegung zeigen, dass das Konzept des »rational basis test« dem mittleren und strengen Kontrollmaßstab inhärent ist. Beispiele aus den unteren Instanzen bestätigen diesen Eindruck. In »*Perry v. Schwarzenegger*«¹³⁵¹ ging es um die Rechtmäßigkeit gleichgeschlechtlicher Ehen. Das Bezirksgericht erklärte, dass die sexuelle Orientierung als »verdächtige« Klassifizierung des strengen Kontrollmaßstabs zwar in Betracht käme, das Gesetz aber als Diskriminierung einer angreifbaren Minderheit homo-

¹³⁴⁶ 411 U.S. 1, 70, 102 f. (1973) – *San Antonio Independent School District v. Rodriguez* (Marshall, J., dissenting): »As the nexus between the specific constitutional guarantee and the nonconstitutional interest draws closer, the nonconstitutional interest becomes more fundamental and the degree of judicial scrutiny applied when the interest is infringed on a discriminatory basis must be adjusted accordingly«; 473 U.S. 432, 455, 460 f. (1985) – *City of Cleburne v. Cleburne Living Center, Inc.* (Marshall, J., concurring in part and dissenting in part).

¹³⁴⁷ *Goldberg*, S. Cal. L. Rev. 77 (2004), S. 481, 485: »The long-standing stasis of the set of classifications deemed suspect or quasi-suspect initially suggests the need to reconsider the tiers«; *Shaman*, Constitutional Interpretation, S. 71.

¹³⁴⁸ 429 U.S. 190, 211, 211 f. (1976) – *Craig v. Boren* (Stevens, J., concurring): »There is only one Equal Protection Clause. It requires every State to govern impartially. It does not direct the courts to apply one standard of review in some cases and a different standard in other cases. ... I am inclined to believe that what has become known as the two-tiered analysis of equal protection claims does not describe a completely logical method of deciding cases, but rather is a method the Court has employed to explain decisions that actually apply a single standard in a reasonably consistent fashion«.

¹³⁴⁹ *Aleinikoff*, Yale L. J. 96 (1987), S. 943 (968).

¹³⁵⁰ 135 S.Ct. 1656, 1673, 1673 (2015) – *Williams-Yulee v. Florida Bar* (Breyer, J., concurring): »As I have previously said, I view this Court's doctrine referring to tiers of scrutiny as guidelines informing our approach to the case at hand, not tests to be mechanically applied«, mit Hinweis auf 132 S.Ct. 2537, 2551, 2551 ff. (2012) – *United States v. Alvarez* (Breyer, J., concurring); 528 U.S. 377, 399, 400 (2000) – *Nixon v. Shrink Missouri Government PAC* (Breyer, J., concurring).

¹³⁵¹ 704 F.Supp.2d 921 (2010) – *Perry v. Schwarzenegger*.

sexueller Paare bereits nicht der niedrigsten Stufe verfassungsgerichtlicher Kontrolle standhielte:

»The trial record shows that strict scrutiny is the appropriate standard of review to apply to legislative classifications based on sexual orientation. ... Here, however, strict scrutiny is unnecessary. [The statute] fails to survive even rational basis review«¹³⁵².

Im Erst-Recht-Schluss mag man das Verbot einer willkürlichen Diskriminierung nach dem »rational basis test« als Mindestvoraussetzung jedes weiteren »Level of Scrutiny« daher verstehen. Diesen Eindruck hat der U.S. Supreme Court dessen ungeachtet bislang weder bestätigt noch konnten sich *Marshall* und seine Kollegen gegen die Richtermehrheit durchsetzen. Die Rechtfertigung eines Grundrechtseingriffs bleibt statt eines »free-floating test«¹³⁵³ von dem gestuften Gewicht des damit verfolgten öffentlichen Interesses abhängig.

Wenn auch das BVerfG gesetzliche Eingriffe in Art. 12 Abs. 1 GG je nach Intensität ihrer Freiheitsverkürzung einer gestaffelten Kontrolle unterwirft, ist die Parallele zu einer Art amerikanischer Dreistufenlehre unverkennbar. Anerkanntermaßen bildet die Dreistufenlehre indessen auch nur eine typisierte Konkretisierung deutscher Verhältnismäßigkeit ab,¹³⁵⁴ wenngleich die Leitfunktion des Verhältnismäßigkeitsprinzips als rechtsstaatliche Direktive mit dem Aufkommen der Stufentheorie 1958 noch nicht realisiert worden war. Trotzdem wurde die Dreistufenlehre in späteren Entscheidungen als typisierte Konkretisierung von Verhältnismäßigkeit deklariert¹³⁵⁵. Wenn das BVerfG sein Stufenmodell neuerdings wiederum in eine gleitende Verhältnismäßigkeitsprüfung überführt,¹³⁵⁶ greift es damit einer Entwicklung vor, die in den Vereinigten Staaten nur allmählich Fuß fasst.

¹³⁵² 704 F.Supp.2d 921, 997 (2010) – *Perry v. Schwarzenegger*: »The trial record shows that strict scrutiny is the appropriate standard of review to apply to legislative classifications based on sexual orientation. ... Here, however, strict scrutiny is unnecessary. [The statute] fails to survive even rational basis review«.

¹³⁵³ 132 S.Ct. 2537, 2544 (2012) – *United States v. Alvarez*, unter Zitierung von 559 U.S. 460, 470 (2010) – *United States v. Stevens*; vgl. 131 S.Ct. 2729, 2734 (2011) – *Brown v. Entertainment Merchants Association*.

¹³⁵⁴ BVerfGE 46, 120 (138); *Merten*, in: ders./Papier (Hrsg.), HdBGR III, § 68, Rn. 78.

¹³⁵⁵ BVerfGE 46, 120 (138): »Stufentheorie« als »Ergebnis einer strikten Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes«.

¹³⁵⁶ BVerfGE 119, 59 (79 f.); 116, 202 (222 f.); 111, 10 (32); *Tettinger*, AöR 108 (1983), S. 92 (117 ff.).

I. Skepsis gegenüber einem umfassenden Ansatz gleitender Verhältnismäßigkeit

Die anhaltende Skepsis der Amerikaner gegenüber der Annahme eines gleitenden Prüfungsmaßstabs beruht im Wesentlichen auf dem unterschiedlichen Vorverständnis verfassungsrechtlicher Strukturen. *Schmidt* attestierte dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bereits in den 1960er Jahren eine »Gewaltherrschaft«¹³⁵⁷ in Deutschland. Das BVerfG sieht ihn als eine »Ausprägung des allgemeinen Rechtsstaatsprinzips«¹³⁵⁸, der bei der »Auslegung und Anwendung der Normen des einfachen Rechts stets zu beachten«¹³⁵⁹ sei. In zwei Entscheidungen erhebt ihn das Gericht zur »übergreifende[n] Leitregel allen staatlichen Handelns«¹³⁶⁰. Zwar sind die Vorwirkungen der »Levels of Scrutiny« auf den amerikanischen Gesetzgeber ebenso groß, wie die deutsche Verhältnismäßigkeit einen disziplinierenden Effekt auf die Legislative ausübt: Verhältnismäßigkeit – gleich welcher Couleur – lässt den verfassungsrechtlichen Erst- und Zweitinterpreten in Dialog über die Reichweite einer gesetzlichen Maßnahme treten. Mit »the basic balancing rule directs the legislative discretion«¹³⁶¹ meint *Barak* für die USA, was *Schlink* in Deutschland mit »Vorbehalt des verhältnismäßigen Gesetzes«¹³⁶² zum Ausdruck bringt.

Trotzdem ist den Amerikanern ein Verständnis von Verhältnismäßigkeit als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche der Rechtsordnung fremd. Verhältnismäßigkeit wird nicht begriffen als Prinzip konstitutioneller Rechtsstaatlichkeit, sondern als »Kontrollinstrument zur sorgfältigen Bestimmung der Relevanz und Aufrichtigkeit einer gesetzlichen Maßnahme«¹³⁶³ spezifisch und im alleinigen Kontext eines gesetzlichen Grundrechtseingriffs. Die herausragende Stellung des Abwehrrechts stellt den Kontrollauftrag des U.S. Supreme Courts unter andere Vorzeichen. Grundrechte werden vom U.S. Supreme Court nicht als Optimierungsgebote zur Herstellung praktischer Konkordanz, sondern als eine »special force as trumps«¹³⁶⁴ verstanden, die ihnen eine »trumping aura«¹³⁶⁵ von Unantastbarkeit verleihe. Daher vermag der Vorwurf

¹³⁵⁷ *E. Schmidt*, NJW 1969, S. 1137 (1141).

¹³⁵⁸ BVerfGE 43, 242 (288).

¹³⁵⁹ BVerfGE 43, 101 (106).

¹³⁶⁰ BVerfGE 38, 348 (368); 23, 127 (133).

¹³⁶¹ *Barak*, Proportionality, S. 466.

¹³⁶² *Schlink*, EuGRZ 1984, S. 457 (460).

¹³⁶³ 539 U.S. 306, 327 (2003) – *Grutter v. Bollinger*: »framework for carefully examining the importance and the sincerity of the reasons advanced by the governmental decisionmakers; vgl. *Jackson*, U. Pa. J. Const. L. 1 (1999), S. 583 (604).

¹³⁶⁴ *Beatty*, The Ultimate Rule of Law, S. 171.

¹³⁶⁵ *Fallon*, UCLA L. Rev. 54 (2007), S. 1267 (1295): »the American approach ... preserves a special, trumping aura for preferred rights«; *Gardbaum*, Mich. L. Rev. 107 (2008), S. 391 (463).

des »Gleich- und Weichmachers der Verfassungsmaßstäbe«¹³⁶⁶ in den USA ebenso wenig zu verfangen, wie der Tadel, Verhältnismäßigkeit als gerichtliches Letztentscheidungsrecht zu instrumentalisieren¹³⁶⁷. Stattdessen wird das BVerfG mittels seiner Verhältnismäßigkeitsrechtsprechung als eine Art »Rationalitätszensor« gesetzlicher Maßnahmen wahrgenommen, der Erinnerungen an die überhitzte Rechtsprechung der Lochner-Ära weckt.¹³⁶⁸ 1992 umschreiben die amerikanischen Richter in der Formel »liberty finds no refuge in a jurisprudence of doubt«¹³⁶⁹, was die Wesensgehaltsgarantie für das Grundgesetz verspricht: Der »abwehrrechtliche Duktus«¹³⁷⁰ der Freiheits- und Gleichheitsrechte darf nicht in der Weltanschauung von acht oder neun Richtern zerfließen.

II. Überfälligkeit eines Gleitmodells

Die Abhängigkeit der Grundrechtsschranke von dem einschlägigen Prüfungsmaßstab basiert auf einem System kategorialer Kontrolldichte, wenngleich der U.S. Supreme Court die Relativität seiner Prüfungsmaßstäbe selbst betont.¹³⁷¹ Die Vorwegnahme des Ergebnisses einer Kontrolle im Kontext der Grundrechte bemisst sich nahezu ausschließlich nach dem jeweils einschlägigen Prüfungsmaßstab. Denn nach dem klassischen kontradiktorischen System wird der U.S. Supreme Court ein angegriffenes Mittel an Hand des Minimalstandards fast immer bejahen, an Hand des strengen fast immer verneinen. Das ganze Dilemma um die starren Kontrolldichten und die Anfälligkeit für Manipulationen verdeutlicht

¹³⁶⁶ *Ossenbühl*, VVDStRL 39 (1981), S. 189 (Diskussionsbeitrag).

¹³⁶⁷ *Denninger*, JZ 1970, S. 145 (152); *Hoffmann-Riem*, Der Staat 43 (2004), S. 203 (228 f.); *Ossenbühl*, in: FS Lerche, S. 151 (157); *Scholz*, NJW 1983, S. 705 (709 f.).

¹³⁶⁸ *Eberle*, Utah L. Rev. 1997, S. 963 (1054): »censoring governmental actions for reasonableness«; *Meyer*, UCLA L. Rev. 48 (2001), S. 1125 (1128): »the polestar of the Court's emerging approach is ›reasonableness‹, the very standard that the Court is supposed to have safely entombed along with *Lochner* itself«; vgl. *Currie*, The Constitution, S. 319.

¹³⁶⁹ 505 U.S. 833, 843 (1992) – *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*; vgl. das abweichende Votum von *Scalia*, ebd., S. 833, 980, 984: »Justice Curtis's warning is as timely today as it was 135 years ago: ›[W]hen a strict interpretation of the Constitution, according to the fixed rules which govern the interpretation of laws, is abandoned, and the theoretical opinions of individuals are allowed to control its meaning, we have no longer a Constitution; we are under the government of individual men who, for the time being, have power to declare what the Constitution is according to their own views of what it ought to mean‹«, unter Zitierung von 60 U.S. (19 How.) 393, 564, 621 (1856) – *Scott v. Sandford* (Curtis, J., dissenting).

¹³⁷⁰ *Isensee*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HdBStR V, § 111, Rn. 10.

¹³⁷¹ 505 U.S. 833, 931 (1992) – *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*: »These tests or standards are not, and do not contend to be, rights protected by the Constitution. Rather, they are judge-made methods of evaluating and measuring the strength and scope of constitutional rights or for balancing the constitutional rights of individuals against the competing interests of government«.

die Zusammenschau der Richtervoten in der 5:4-Entscheidung »Plyler v. Doe«¹³⁷².

In »Plyler« entschied der U.S. Supreme Court über ein Gesetz, das die Nachkommen illegaler Einwanderer vom gebührenfreien Schulsystem des Bundesstaates Texas ausschloss. Der damalige Vorsitzende Richter *Burger* verwies in seinem abweichenden Votum¹³⁷³ zusammen mit *White*, *Rehnquist* und *O'Connor* auf die »Rodriguez«-Entscheidung¹³⁷⁴, in der das Gericht knapp zehn Jahre zuvor die grundlegende Bedeutung von Bildung betont, die »Fundamentalität« eines entsprechenden Rechts jedoch verneint hatte. Auch erfüllten illegale Einwanderer nicht die Kriterien einer »verdächtigen« Klassifizierung. Daher sei der Anwendungsbereich des strengen Kontrollmaßstabs nicht eröffnet, sodass dem Gericht nur eine Kontrolle an Hand des Minimalstandards verbliebe – das Verbot wäre verfassungsgemäß. Obschon Richter *Burger* und seine Kollegen dieses Ergebnis gleichermaßen ungerecht wie unsinnig fänden, sei es nicht die Aufgabe der Richter, über die Etablierung einer wünschenswerten Sozialgesetzgebung zu entscheiden: »The Constitution does not provide a cure for every social ill«¹³⁷⁵. Wie kann aber ein als »töricht«, »falsch« und »sinnlos«¹³⁷⁶ verschrieenes Gesetz auf einer rationalen Basis beruhen? Indem genau dieses Gesetz Ausdruck einer konsequenten Rechtsprechungslinie des U.S. Supreme Courts ist, die *Stevens* in einer Zitation seines Kollegen *Marshall* später auf den Nenner bringen wird: »The Constitution does not prohibit legislatures from enacting stupid laws«.¹³⁷⁷ In »Plyler« könne der Gesetzgeber seine Entscheidung schließlich auf die rationale Erwägung stützen, dass er nur eine begrenzte Summe öffentlicher Gelder zur Verfügung habe.

Mit Blick auf das BVerfG wäre dieser Selbstwiderspruch angesichts eines Modells gleitender Verhältnismäßigkeit nicht aufgetreten. Hier offenbart der subtilere Ansatz verfassungsgerichtlicher Kontrolle seine Stärken, auf dessen Grundlage sich eine sachgerechte, stufenlose Kurve im Koordinatensystem von Eingriffs- und Rechtfertigungsintensität ziehen lässt. Das Schulgesetz in »Plyler« wäre nach deutschem Verständnis jedenfalls in der Hinsicht verfassungswidrig gewesen, dass das BVerfG dem texanischen Gesetzgeber die Unverhältnismäßigkeit seines Mittels attestiert hätte, und auch die mit einer Stimme überwiegende Mehrheit des U.S. Supreme Courts konnte dieses Ergebnis nicht akzeptieren, musste aber mit ihren Prinzipien brechen, indem sie den erst aus einer Notlage entstandenen »middle tier« ausweitete. Die Mehrheit um Richter *Brennan* ver-

¹³⁷² 457 U.S. 202 (1982) – *Plyler v. Doe*.

¹³⁷³ 457 U.S. 202, 242 ff. (1982) – *Plyler v. Doe* (Burger, C. J., dissenting).

¹³⁷⁴ 411 U.S. 1 (1973) – *San Antonio Independent School District v. Rodriguez*; dazu oben S. 89 f.

¹³⁷⁵ 457 U.S. 202, 242, 253 (1982) – *Plyler v. Doe* (Burger, C. J., dissenting).

¹³⁷⁶ 457 U.S. 202, 242, 242 (1982) – *Plyler v. Doe* (Burger, C. J., dissenting).

¹³⁷⁷ 552 U.S. 196, 209 (2008) – *New York Bd. of Elections v. Lopez Torres* (Stevens, J., concurring).

wies auf die Ungerechtigkeit einer Rechtsfolge, für die ein Kind keine Verantwortung trage. Ferner betonte sie die überragende Bedeutung von Bildung im Rahmen einer aufgeklärten Gesellschaft, und tatsächlich führte das »Stigma der Ungebildetheit«¹³⁷⁸ gepaart mit dem gesellschaftlichen Stellenwert von Bildung nach einem »patching together bits and pieces«-Ansatz¹³⁷⁹ zur Anerkennung des mittleren Kontrollmaßstabs in einer ergebnisorientierten Argumentation, die die selbst auferlegten Ansätze rationaler Vorhersehbarkeit verspielt. Es bedürfte solcherlei Kunstgriffe nicht, wenn der U.S. Supreme Court einem Modell gleitender Kontrolldichte folgte. Wenn *Kelso* auf diese Weise bis zu sieben Kontrollmaßstäbe identifiziert,¹³⁸⁰ bestätigt dies auch das Fazit von *Shaman*, nach dem das Stufenmodell bis zur Unkenntlichkeit verwässert »unter dem Druck seiner Komplexität einzustürzen«¹³⁸¹ drohe. Ein Modell gleitender Kontrolldichte ist längst überfällig.

III. Fazit

Ein gleitender Maßstab mag bruchlose Entscheidungen bringen und sich durch eine hohe Flexibilität auszeichnen, muss sich aber den Vorwurf eines »Gleich- und Weichmacher[s] der Verfassungsmaßstäbe«¹³⁸² gefallen lassen. Trotzdem scheinen die Stufenlösungen des BVerfG¹³⁸³ unter Art. 12 GG und des U.S. Supreme Courts angesichts der Vielfalt moderner Lebenswelten und einer ausgreifenden Grundrechtsdogmatik aus der Zeit gefallen. Mit der »Plyler«-Entscheidung¹³⁸⁴ zeitigt der U.S. Supreme Court die Defizite einer Rechtsprechung, die an einem praktischen Verzicht verfassungsgerichtlicher Kontrolle einerseits und dem Aufstellen kaum überwindbarer Hürden für den Gesetzgeber andererseits festhält. Sie wahrt den Anschein von Stabilität und rationaler Entscheidungsfindung und verspielt doch beides, sobald das Gericht vermittels seiner Maßstäbe ein Ergebnis erzielt, das dem richterlichen Rechtsgefühl nicht entspricht. So drängt sich mit *Emerson* der Eindruck auf, dass das Stufenmodell letztlich nicht mehr ist als ein Weg »of rationalizing preformed conclusions«¹³⁸⁵.

¹³⁷⁸ 457 U.S. 202, 223 (1982) – *Plyler v. Doe*.

¹³⁷⁹ 457 U.S. 202, 242, 244 (1982) – *Plyler v. Doe* (Burger, C. J., dissenting).

¹³⁸⁰ *Kelso*, U. Pa. J. Const. L. 4 (2002), S. 225 (225): »Base Plus Six: Model of Review«.

¹³⁸¹ *Shaman*, Constitutional Interpretation, S. 71: »In the last five decades, the Supreme Court has engaged in a continuous reworking of the multi-tier system ... Through this ongoing exercise, the system has become highly rarefied to the point where it threatens to collapse of its own complexity«.

¹³⁸² *Ossenbühl*, VVDStRL 39 (1981), S. 189 (Diskussionsbeitrag).

¹³⁸³ *Ipsen*, Der Staat der Mitte, S. 250 f.; *Merten*, in: ders./Papier (Hrsg.), HdBGR III, § 68, Rn. 79.

¹³⁸⁴ 457 U.S. 202 (1982) – *Plyler v. Doe*.

¹³⁸⁵ *Emerson*, The System of Freedom of Expression, S. 718.

In gleicher Weise lässt sich die Zuordnung von Gemeinschaftsgütern zu den Kategorien »wichtig« oder »zwingend« weder in den USA noch in der Bundesrepublik trennscharf vornehmen, geschweige denn rational begründen. Letztlich mündet sie stets in einen Prozess persönlichen Abwägens, der uns zu einer weiteren Streitfrage verfassungsgerichtlicher Kontrolle führt: dem Abwägungsdilemma.

B. Das Abwägungsdilemma

Das Abwägungsdilemma ist ein Dilemma, weil man entweder akzeptiert, dass die obersten Verfassungsgerichte in scheinbar willkürliche Abwägungsvorgänge eintreten, oder ihnen trotz eines schwächeren Grundrechtsschutzes das Feld der Wertungen entzieht. Der U.S. Supreme Court und das BVerfG verfolgen jeweils eigene Lösungsansätze, die mit jeweils eigenen Schwierigkeiten belastet sind und die den Ausgangspunkt der abschließenden Untersuchung bilden.

I. Abwägung ohne Abwägungsmaßstäbe

Das amerikanische und das deutsche Eingriffsregime der Grundrechte dreht sich im Kern um eine strukturierte Abwägung zwischen Zweck, Nutzen und Intensität eines Grundrechtseingriffs. Beide Gerichte sehen sich in der Praxis ähnlicher Kritik ausgesetzt: Dünne Begründungsansätze gehen Hand in Hand mit der Forderung nach klaren Grundsätzen und sehen sich der Gefahr eines willkürlichen Rechtsfindungsvorgangs ausgesetzt.¹³⁸⁶ Weder die Verfassung der Vereinigten Staaten noch das Grundgesetz bieten Kollisionsnormen, vermittels derer sich verfassungsrechtliche Wertentscheidungen in einer Art Rangverhältnis systematisch abstufen lassen. Wo die Verfassung keine Bewertungsmaßstäbe vorgibt, verkommt die Abwägung widerstreitender Rechtspositionen zu einem Einfallstor subjektiven Dafürhaltens, das der Voreingenommenheit und den Befangenheiten der Richter Tür und Tor öffnet.¹³⁸⁷

Die Aufladung jeder Frage des einfachen Rechts in Kategorien der Verhältnismäßigkeit gefährdet die Eigenständigkeit des Gesetzesrechts. Ob die Rede ist von überspielter Verfassungsdogmatik durch »Verfassungsgerichtspositivismus«¹³⁸⁸ oder der »entthronten« Staatsrechtswissenschaft durch die Verfassungs-

¹³⁸⁶ Ossenbühl, in: Merten/Papier (Hrsg.), HdBGR I, § 15, Rn. 28.

¹³⁸⁷ 429 U.S. 190, 217, 221 (1976) – *Craig v. Boren* (Rehnquist, J., dissenting): »invite subjective judicial preferences or prejudices relating to particular types of legislation«; vgl. *Cole*, Sup.Ct. Rev. 1997, S. 31 (47): »a proportionality test does not tell where the line will be drawn«; *Kokott*, The Burden of Proof, S. 137; *Laycock*, Wm. & Mary L. Rev. 39 (1998), S. 743 (770 f.); *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, Rn. 344.

¹³⁸⁸ *Schlink*, Der Staat 28 (1989), S. 161 (163); so auch *Isensee*, in: Verfassungsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 15 (18); *Jestaedt*, in: FS Isensee, S. 184 (184); vgl. *Schlaich/Korioth*, Bundesverfassungsgericht, Rn. 548.

gerichtsbarkeit,¹³⁸⁹ gemeint ist stets dasselbe: Erschöpft sich jede Rechtsmaterie in den Vorgängen »richtiger« Abwägung, stellt es die Souveränität des Gesetzgebers bei der Koordination von Grundrechten und kollidierenden Interessen in das Hintertreffen. Denn das Abwägungsmodell vermengt die Legislative mit der Judikative: Die Vorwirkungen der Verhältnismäßigkeit reichen so weit, dass maßgeblich das in Gesetz gegossen wird, was die Judikative in früheren Entscheidungen für Recht erkannt hat. Der Gesetzgeber ist »zeitlich in der Vorhand, aber kompetentiell ohne Vorrang«¹³⁹⁰.

Wenn in den Reihen des BVerfG vom »Jonglieren«¹³⁹¹ und auf der Richterbank des U.S. Supreme Courts selbst von »doctrinally destructive nihilism«¹³⁹² die Rede ist, wenn die Gerichte von wichtigen, gar überragend wichtigen und zwingenden Gründen des Gemeinwohls sprechen, ist dies angesichts des Grundsatzes der Gewaltenteilung nur schwer zu rechtfertigen. Subjektive Einschätzungen markieren den Bereich des demokratisch legitimierten Gesetzgebers,¹³⁹³ mag dies auch vor dem Hintergrund des Auffangens gesetzgeberischer Fehlentscheidungen liegen¹³⁹⁴. Die Abwägung ist ein Einfallstor für die Öffnung einer abwehrrechtlich konzipierten Verfassungsdogmatik zu Gunsten der Weltanschauung von neun amerikanischen und pro Senat acht deutschen Richtern, die maßgeblich auf die gesellschaftliche Entwicklung Einfluss nehmen.¹³⁹⁵ Dass die obersten Verfassungsrichter in den Vereinigten Staaten auf Lebenszeit ernannt werden, verleiht der Diskussion weiteren Zündstoff. Mit der »counter-majoritarian difficulty«¹³⁹⁶ umschreibt *Bickel*, wovor *Böckenförde* mit dem »verfassungsgerichtlichen Jurisdiktionstaat«¹³⁹⁷ warnt: Die Verfassungsrichter wurden nie direkt vom Volk gewählt, doch haben sie stets das letzte Wort.

¹³⁸⁹ *Schlink*, Der Staat 28 (1989), S. 161 (161).

¹³⁹⁰ *Knies*, in: FS Stern, S. 1155 (1178); vgl. *Böckenförde*, Zur Lage der Grundrechtsdogmatik, S. 61.

¹³⁹¹ *Hoffmann-Riem*, EuGRZ 2006, S. 492 (495).

¹³⁹² 469 U.S. 325, 353, 369 (1985) – *New Jersey v. T. L. O.* (Brennan, J., concurring in part and dissenting in part).

¹³⁹³ *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, Rn. 344.

¹³⁹⁴ *Aleinikoff*, Yale L. J. 96 (1987), S. 943 (984): »catch errors in the legislative calculations«.

¹³⁹⁵ *Bagschaw*, Utah L. Rev. 2013, S. 409 (425 f.); vgl. *Gottlieb*, B. U. L. Rev. 68 (1988), S. 917 (933); *Wolfe*, The Rise of Modern Judicial Review, S. 352 ff.; *Chemerinsky*, Constitutional Law, S. 29 f.

¹³⁹⁶ *Bickel*, The Least Dangerous Branch, S. 16 f.: »[W]hen the Supreme Court declares unconstitutional a legislative act ... it thwarts the will of the ... people here and now; it exercises control, not on behalf of the prevailing majority, but against it«; *Klarman*, Va. L. Rev. 77 (1991), S. 747 (768): »judicial review empowers unelected, largely unaccountable judges to invalidate the policy decisions of more majoritarian governmental institutions«.

¹³⁹⁷ *Böckenförde*, in: *ders.*, Staat, Verfassung, Demokratie, S. 159 (190); so auch *Schmitt*, Legalität und Legitimität, S. 8 f.

II. Erforderlichkeit statt Angemessenheit

Ein vergleichbares »law making by any other name«¹³⁹⁸ vermeidet der U.S. Supreme Court weitgehend, indem er an die Stelle einer Angemessenheitsprüfung eine aus Sicht des Gesetzgebers strenge Erforderlichkeitsprüfung setzt. Mangels einer verschriftlichten Werthierarchie in der Verfassung ist es dem U.S. Supreme Court mit Ausnahme und innerhalb der »fundamental rights« kaum möglich, die Wertigkeit betroffener Güter und Interessen festzuschreiben. Ob ein Gesetz geeignet und erforderlich ist oder dem »narrowly tailored«-Grundsatz genügt, lässt sich methodisch korrekt an Hand objektiv-rationaler Maßstäbe nachprüfen. Die Wertungsoperationen der Angemessenheit lassen sich bei aller Mühe um Rationalität indessen weder in Deutschland noch den Vereinigten Staaten rechtsmethodisch bewältigen. Sie sind nach *Schlink* nur dezisionistisch zu leisten und damit Sache des demokratisch legitimierten Gesetzgebers.¹³⁹⁹

Die amerikanische Praxis entspricht der Forderung der deutschen Fachliteratur, den Schwerpunkt der Prüfung auf die Erforderlichkeit eines Mittels zu legen, um das schwierige Angemessenheitskriterium zu umschiffen: Wenn ein öffentliches Interesse nur um den hohen Preis eines Grundrechtseingriffs erkaufte werden könne, möge dies als Nachweis seines hohen Werts dienen.¹⁴⁰⁰ Die Kontrolltechnik des EuGH, der in der unionsrechtlichen Prüfung der Verhältnismäßigkeit die Erforderlichkeit mit dem Angemessenheitskriterium vermengt, mag hier seinen Ursprung finden.

Dazu treten Verzerrungen in aktuellen Abwägungsfragen, die der Schutzpflichtendogmatik und der objektiven Grundrechtslehren geschuldet sind.¹⁴⁰¹ Will das BVerfG (vorrangig bei terroristischen Gefahren) die grundrechtlich geschützten Individualrechte nicht hinter die staatlichen Schutzpflichten gegenüber der Gemeinschaft zurücktreten lassen, wird es in der Regel auf den abwägungsresistenten Art. 1 Abs. 1 GG zurückgreifen müssen.¹⁴⁰² Nur so entgeht es einer Abwägungsdogmatik, die zu einem qualitativen Vorrang des kollektiven statt individuellen Rechtsgut käme. Diese Kontrollleinbuße beim Angemessenheitsgrundsatz würde sich nicht stellen, wenn das BVerfG über die Grundsätze der Geeignetheit und Erforderlichkeit einen verstärkten Tatsachenbezug einfor-

¹³⁹⁸ *Mathews/Sweet*, Emory L. J. 60 (2011), S. 797 (810).

¹³⁹⁹ *Schlink*, Abwägung im Verfassungsrecht, S. 190, 211, 217; *ders.*, EuGRZ 1984, S. 457 (462).

¹⁴⁰⁰ *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, Rn. 345; *Schlink*, Abwägung im Verfassungsrecht, S. 153, 189 f., 214 ff., 219; *ders.*, in: FS BVerfG II, S. 445 (461 f.); vgl. *Hartmann*, Öffentliches Haftungsrecht, S. 37. Andere Autoren wollen an dem Dreistufenmodell unverändert festhalten und weisen auf ein weitgehendes Zurückdrängen des gesetzgeberischen Wertungsspielraums, so etwa *Dreier*, in: *ders.* (Hrsg.), Grundgesetz I, Vorb., Rn. 149.

¹⁴⁰¹ *Lepsius*, Die Verwaltung, Beiheft 7 (2007), S. 319 (350); vgl. *T. Groß*, KJ 2002, S. 1 (8 ff.).

¹⁴⁰² BVerfGE 115, 118 (151 ff.); 88, 203 (254 ff.); 39, 1 (42 ff.).

dern würde.¹⁴⁰³ Tatsächlich hat das BVerfG die Abschussbefugnis des § 14 Abs. 3 LuftSiG a. F.¹⁴⁰⁴ bereits faktenorientiert für ungeeignet und nicht erforderlich erklärt: Weder lag ein real denkbare Szenario vor, das den Abschuss eines Luftfahrzeugs legitimieren könnte, noch kann der Bundesminister für Verteidigung stets zweifelsfrei beurteilen, ob ein Abschuss das letzte Mittel ist.¹⁴⁰⁵ Gleichwohl hat das BVerfG § 14 Abs. 3 LuftSiG letztlich an der entgegenstehenden Menschenwürde scheitern lassen.¹⁴⁰⁶ Auch die Entscheidungen zur Überwachung der Auslandstelekommunikation¹⁴⁰⁷ und der präventiven Telefonüberwachung¹⁴⁰⁸ deckten erhebliche Zweifel an der Geeignetheit und Erforderlichkeit auf, wenngleich sie vom BVerfG materiell bis zum Angemessenheitskriterium durchentschieden wurden. Eine faktenorientierte Verhältnismäßigkeitsprüfung ist auf das schwierige Angemessenheitskriterium somit nicht ausnahmslos angewiesen.

Dass eine strenge Erforderlichkeitsprüfung viel Positives in sich birgt, zeigt der Blick in die USA. Im Bereich des »strict scrutiny test« bewegen sich die Richter in einem breiteren Diskussionsraum der Erforderlichkeit, indem sie die Menge an möglichen Alternativen nicht auf die eindeutige Gleichwertigkeit dieser Mittel beschränken. Die Erforderlichkeit verspricht Objektivität, hinter der Subjektivität weitgehend zurücktritt. Ein solches Zurückdrängen der Angemessenheit begegnet dem am schärfsten kritisierten Kriterium der Verhältnismäßigkeit, indem sie die Verfassungsrechtsprechung von Wertungsoperationen entlastet. So verbleibt das Feld der Wertungen in den Händen des Gesetzgebers, weil die Frage, ob ein milderes Mittel existiert, eine Sachfrage der Wirklichkeit ist.

Dieser Ansatz überzeugt auch aus freiheitlicher Sicht: Wenn nach deutschem Verständnis ein Mittel nur dann erforderlich ist, wenn es kein milderes Mittel gibt, das dem gesetzlichen Zweck ebenso effektiv dienen würde, kann die Freiheit des Bürgers nicht besser gestellt werden, ohne dass der Gesetzgeber eine Nutzeneinbuße erleiden würde. Der Ansatz ist aus wohlfahrtsökonomischer Sicht folglich Pareto-optimiert.¹⁴⁰⁹ Der U.S. Supreme Court stellt über die von Wertungsfragen entlastete Erforderlichkeit indessen die Freiheitsgewährleistung des Grundrechtsträgers besser, weil er allein nach milderen Mitteln zur Effektu-

¹⁴⁰³ *Lepsius*, Die Verwaltung, Beiheft 7 (2007), S. 319 (353 f.).

¹⁴⁰⁴ § 14 Abs. 3 des Gesetzes zur Neuregelung von Luftsicherheitsaufgaben vom 11. Januar 2005 (BGBl. I, S.78): »Die unmittelbare Einwirkung mit Waffengewalt ist nur zulässig, wenn nach den Umständen davon auszugehen ist, dass das Luftfahrzeug gegen das Leben von Menschen eingesetzt werden soll, und sie das einzige Mittel zur Abwehr dieser gegenwärtigen Gefahr ist«.

¹⁴⁰⁵ BVerfGE 115, 118 (155 f.).

¹⁴⁰⁶ BVerfGE 115, 118 (157 ff.).

¹⁴⁰⁷ BVerfGE 110, 33 (53 ff.).

¹⁴⁰⁸ BVerfGE 113, 348 (385 f.).

¹⁴⁰⁹ *Beatty*, The Ultimate Rule of Law, S. 110; *Cohen-Eliya/Porat*, Int'l. J. Const. L. 8 (2010), S. 263 (268); *Schlink*, Abwägung im Verfassungsrecht, S. 171 ff.; vgl. *Feess*, Mikroökonomie, S. 56; *Febl/Oberender*, Grundlagen der Mikroökonomie, S. 482.

ierung der Grundrechte und Schonung der bürgerlichen Freiheit sucht. Zu diesem Ergebnis gelangt das BVerfG erst über das schwierige Kriterium der Angemessenheit, wenn es eine Norm für verfassungswidrig, weil unangemessen erklärt.¹⁴¹⁰

Dass dieser Vorschlag nicht nur theoretisch überzeugt, sondern auch praktisch umsetzbar ist, zeigt die Transsexuellen-Entscheidung¹⁴¹¹ aus dem Jahre 2008. Der Antragssteller war seit 1952 verheiratet. Er hatte sich 2002 einer Geschlechtsumwandlung unterzogen und einen Antrag auf eine entsprechende Personenstandsänderung gestellt. Die damalige Rechtslage erforderte aber die vorherige Scheidung der Ehe. Diese Forderung erklärte das BVerfG für unzumutbar; sie sei daher nicht angemessen.¹⁴¹² Wenige Jahre zuvor hatte der Gesetzgeber in dessen das Lebenspartnerschaftsgesetz¹⁴¹³ erlassen. Ein milderer Mittel hätte folglich in der Überführung der Ehe in eine eingetragene Lebenspartnerschaft bestanden, sodass das BVerfG auf die schwierige Güterabwägung zwischen Fortbestand der Ehe und personenstandsrechtlicher Anerkennung der neuen Geschlechtszugehörigkeit hätte verzichten können.

Die Vorzüge dieser Lösung verfangen auch bei den Sonderregimen der Verhältnismäßigkeit. Anders als in der Handhabung der Wechselwirkungslehre mündet die »overbreadth«-Doktrin dank ihrer Verortung auf Ebene der Erforderlichkeit nicht in einen Strudel von Abwägungsprozessen. Nicht umsonst brachte ihr das »Hin- und Herwandern des Blicks«¹⁴¹⁴ den spöttischen Beinamen »Schaukeltheorie«¹⁴¹⁵ ein: Die »Ausstrahlungswirkung«¹⁴¹⁶ der Grundrechte bleibt solange unbestimmt, wie sie das BVerfG nicht nach selbstentwickelten Maßstäben im Einzelfall anwendet und der Wechselwirkungslehre ihre Kraft verleiht.¹⁴¹⁷ Sie stellt das Rangverhältnis zwischen Grundrecht und Grundrechtschranke praktisch auf den Kopf, wenn es die allgemeinen Gesetze, den Jugendschutz und das Recht der persönlichen Ehre unter den Vorbehalt der Verhältnismäßigkeit stellt. Wenn das BVerfG nach einer »Gesamtanschauung des Einzelfalles unter Beachtung aller wesentlichen Umstände«¹⁴¹⁸ verlangt, läuft die Wechselwirkungslehre Gefahr, die durch abgestufte Schrankenvorbehalte zum Ausdruck gebrachten Freiheitsbeschränkungen der Verfassung zu unterlaufen. Auf diese Weise beraubt sie Abwägungsprozesse ihrer Berechenbarkeit, gefährdet

¹⁴¹⁰ *Uerpmann*, Das öffentliche Interesse, S. 273; vgl. BVerfGE 105, 17 (34 ff.); 104, 337, (347 ff.); 103, 293 (306 ff.); 92, 277 (326 f.).

¹⁴¹¹ BVerfGE 121, 175; vgl. *Petersen*, Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle, S. 141.

¹⁴¹² BVerfGE 121, 175 (202).

¹⁴¹³ LPartG vom 16. Februar 2001, (BGBl. I, S. 266).

¹⁴¹⁴ *Engisch*, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, S. 15.

¹⁴¹⁵ *Bethge*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 5, Rn. 147; vgl. *Knies*, in: FS Stern, S. 1155 (1176 ff.).

¹⁴¹⁶ BVerfGE 7, 198 (207).

¹⁴¹⁷ *Knies*, in: FS Stern I, S. 1155 (1175).

¹⁴¹⁸ BVerfGE 7, 198 (212).

die Rechtssicherheit und denaturiert den Vorbehalt des Gesetzes zu einem »Urteilsvorbehalt«¹⁴¹⁹, der Kasuistik an die Stelle legitimer Verfassungsinterpretation treten lässt¹⁴²⁰.

Sozialwissenschaftliche Studien zeigen überdies, dass die Richter an den obersten Verfassungsgerichten durch ihr gesellschaftliches Umfeld, ihre politische Präferenz und den Druck der Öffentlichkeit erheblich beeinflusst werden.¹⁴²¹ Ein Gericht, das den Eindruck von Beeinflussbarkeit vermitteln würde, verspielt jedoch auf Dauer das Vertrauen der Öffentlichkeit. Das beschlossene Urteil muss in Folge schließlich durchgesetzt werden und dafür eine möglichst breite Akzeptanz finden. Tatsächlich ist der Kruzifix-Beschluss¹⁴²² des BVerfG in bayerischen Volksschulen etwa nur so unzureichend umgesetzt worden,¹⁴²³ wie der amerikanische Präsident *Andrew Jackson* nach einem missliebigen Urteil des U.S. Supreme Courts ausgerufen haben soll: »John Marshall has made his decision, now let him enforce it«¹⁴²⁴. Verfassungsgerichte müssen daher auf ihre institutionelle Autorität vertrauen.¹⁴²⁵ Das erfordert jedoch, dass das BVerfG wie der U.S. Supreme Court seine verfassungsrechtliche Aufsichtspflicht als neutraler – mitunter auch »unbequemer« – Hüter der Verfassung wahrnimmt. Der hier diskutierte Lösungsvorschlag mag helfen, dem Eindruck einer beeinflussbaren Justiz zu begegnen.

¹⁴¹⁹ *Lerche*, Übermaß und Verfassungsrecht, S. 150.

¹⁴²⁰ *Bettermann*, JZ 1994, S. 601 (602); weitere Kritik bei *Merten*, MDR 1968, S. 621 (625 f.); *Schnur*, VVDStRL 22 (1965), S. 101 (128).

¹⁴²¹ Vgl. die Untersuchung zum Einfluss der öffentlichen Meinung auf Entscheidungen des BVerfG bei *Sternberg/Gschwend/Wittig/Engst*, PVS 56 (4/2015), S. 570, mit dem Fazit: »Je populärer die spezifische Unterstützung des Antragsinhalts der Opposition in der öffentlichen Meinung, desto wahrscheinlicher entscheidet das Bundesverfassungsgericht im Sinne der Opposition«. Ähnlich *Schlink*, JZ 2007, S. 157 (162): »Wenn ich zu Prognosen aufgefordert werde, antworte ich inzwischen weniger und weniger aus meiner Kenntnis dessen, was dogmatisch passen und stimmen würde, und mehr und mehr aus meiner Kenntnis und Einschätzung der Richter und Richterinnen des jeweiligen Senats«. Das gleiche gilt für den U.S. Supreme Court, vgl. *Klarman*, From Jim Crow to Civil Rights, S. 6: »Judges are part of contemporary culture, and they rarely hold views that deviate far from dominant public opinion«; *Casillas/Enns/Wohlfarth*, Am. J. Polit. Sci. 55 (2011), S. 74 (86): »[T]he public mood directly constrains the justices' behavior and the Court's policy outcomes«.

¹⁴²² BVerfGE 93, 1.

¹⁴²³ *Detterbeck*, NJW 1996, S. 426 (426 f.).

¹⁴²⁴ Zitiert nach *J. E. Smith*, John Marshall, S. 518; vgl. *Petersen*, Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle, S. 113 f.

¹⁴²⁵ *Isensee*, JZ 1996, S. 1085 (1086); *Petersen*, Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle, S. 269.

III. Konsequenzen fehlender Angemessenheit

Freilich ist auch die US-amerikanische Spruchpraxis nicht vor Ungenauigkeiten gefeit. Was also sind die Konsequenzen eines fehlenden Angemessenheitskriteriums? Auch der U.S. Supreme Court kann sich nicht rühmen, seine Erforderlichkeit von allen normativen und subjektiven Erwägungen freizustellen. Wenn das Gericht mit der Klarstellung »the prime objective of the First Amendment is not efficiency«¹⁴²⁶ die Suche nach Alternativen allein auf die Menge der mildesten statt gleich wirksamen Mittel einhegt, verlässt es den rationalen Diskurs um die Erforderlichkeit einer Maßnahme. Es droht eine entgrenzte Erforderlichkeit, weil sie nicht mehr danach fragen kann, ob ein alternatives Mittel an die Stelle des gewählten treten kann, das *ceteris paribus* den angestrebten Erfolg ebenso erreichen würde – ein allein milderer Mittel ist in praktisch jedem Fall vorstellbar. Mit der wenig erhellenden Äußerung des U.S. Supreme Courts, dort eine Grenze ziehen zu wollen, wo dem Ziel »nicht mehr angemessen gedient würde«¹⁴²⁷, zerfließt die Erforderlichkeit in der Fantasie und dem Ideenreichtum von neun Richtern, die sich nicht der Expertise eines Spezialgerichts jeder Rechtsmaterie rühmen können.¹⁴²⁸ Ein Verzicht auf die dritte Stufe der Verhältnismäßigkeit verlagert die subjektiven Bewertungen der Angemessenheit in die Erforderlichkeit und verspielt die Rationalität einer von Wertungsfragen entlasteten Grundrechtsprüfung um den Preis eines aus deutscher Sicht defizitären Maßes an Kontrolldichte.

Wenn sich das Rückgrat einer Nation in Krisenzeiten offenbart, führt die »Korematsu«-Entscheidung¹⁴²⁹ vor Augen, wie krisenanfällig sich ein Gericht abseits von Parametern der Angemessenheit darstellt. Auch die Liquor-Entscheidung¹⁴³⁰ zeigt, wie wenig auf eine verfassungsrechtliche Güterabwägung verzichtet werden darf, in der das wechselseitige Verhältnis von staatlichen Eingriffsbefugnissen und individuellen Freiheitsrechten auf den Prüfstand der Angemessenheit gestellt wird, wenn nicht der Zweck jedes Mittel heiligen soll. Die »Holder«-Entscheidung zum »PATRIOT Act«,¹⁴³¹ der Fall »Atwater«¹⁴³² und »Rochin«¹⁴³³ illustrieren die Auswirkungen einer Rechtsprechung, die weder auf

¹⁴²⁶ 134 S.Ct. 2518, 2540 (2014) – *McCullen v. Coakley*.

¹⁴²⁷ 504 U.S. 191, 206 (1992) – *Burson v. Freeman*: without »fall[ing] short of serving [the] compelling interests«; 486 U.S. 414, 427 (1988) – *Meyer v. Grant*: »These [alternatives] seem adequate to the [compelling state interest]«; vgl. 424 U.S. 1, 28 (1976) – *Buckley v. Valeo*.

¹⁴²⁸ 457 U.S. 332, 343 (1982) – *Arizona v. Maricopa County Medical Society*: »Judges often lack the expert understanding of industrial market structures and behavior to determine with any confidence a practice's effect on competition«.

¹⁴²⁹ 323 U.S. 214 (1944) – *Korematsu v. United States*, ausführlich oben S. 135 f.

¹⁴³⁰ BVerfGE 16, 194.

¹⁴³¹ 561 U.S. 1 (2010) – *Holder v. Humanitarian Law Project*, Besprechung oben S. 140.

¹⁴³² 532 U.S. 318 (2001) – *Atwater v. City of Lago Vista*, Besprechung oben S. 3 f.

¹⁴³³ 342 U.S. 165 (1952) – *Rochin v. California*, Besprechung oben S. 134.

ein angemessenes Verhältnis von Eingriff und Nutzen von Grundrechtseingriffen abstellt, noch nach einem möglichst schonenden Ausgleich kollidierender Verfassungsgüter strebt, der beiden Positionen zu optimaler Wirksamkeit verhilft. »Gonzales« und »DeShaney« führen auf der Kehrseite vor Augen,¹⁴³⁴ dass ein strikt abwehrrechtliches Grundrechtsverständnis in Ablehnung eines Unterraßverbots den Bürger selbst dann in einer Gefahr für Leib und Leben im Stich lässt, wenn sich die staatlichen Organe dieser Gefahr bewusst sind und ihre Realisierung verhindern könnten.

IV. Fazit

Die Lösung der Amerikaner mag einem drohenden Strukturverlust der Rechtsordnung¹⁴³⁵ um den hohen Preis einer aus deutscher Sicht »angemessenen« Grundrechtsjudikatur begegnen. Dabei muss nicht jede Grundrechtsprüfung zur Verhältnismäßigkeitsprüfung verschwimmen oder in Demokratiefierne führen, wenn man ihr mit dem nötigen Respekt und der gebotenen Sorgfalt gegenübertritt.¹⁴³⁶ Erst recht kann nicht die Rede von einem »Attentat auf Grundrechte«¹⁴³⁷ sein, wenn man sich die aus deutscher Sicht grobschlächtige Rechtsprechung des U.S. Supreme Courts vergegenwärtigt.

Ein lohnenswerter Weg scheint in einer Mischung der Systeme: Das Hauptaugenmerk muss auf der faktenorientierten Erforderlichkeit einer Maßnahme liegen. Die Angemessenheit ist – gleich ob in dem Duktus einer »Stimmigkeitskontrolle«¹⁴³⁸ – unverzichtbar. Ein weniger wirksames Mittel darf nicht schlechthin ausgeschlossen werden.¹⁴³⁹ Ein Mittel mit geringerer Wirksamkeit, aber deutlich mildernden Folgen muss den Vorrang gegenüber einem Mittel genießen, das das Ziel mit gleicher Wirksamkeit erreichen würde. Das BVerfG kommt dieser Forderung teilweise nach, wenn es Mittel allein wegen eindeutig fehlender Erforderlichkeit beanstandet¹⁴⁴⁰ wie sich der U.S. Supreme Court der Anerkennung eines Angemessenheitskriteriums allmählich öffnet¹⁴⁴¹. Es ist also ein gangbarer Weg.

¹⁴³⁴ 545 U.S. 748 (2005) – *Town of Castle Rock v. Gonzales*, Besprechung auf S. 175 und 489 U.S. 189 (1989) – *DeShaney v. Winnebago County Department of Social Services* auf S. 176.

¹⁴³⁵ Erinnert sei an den Vorwurf des »Gleich- und Weichmacher[s] der Verfassungsmaßstäbe«, *Ossenbühl*, VVDStRL 39 (1981), S. 189 (Diskussionsbeitrag).

¹⁴³⁶ So aber *W. Leisner*, Der Abwägungsstaat, S. 232.

¹⁴³⁷ *Tsakyrakis*, Int. J. Const. Law 7 (2009), S. 468 (468): »assault on human rights«.

¹⁴³⁸ *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, Rn. 345.

¹⁴³⁹ So aber BVerfGE 40, 371 (383); 33, 171 (187); 30, 292 (316); 25, 1 (18); *Gentz*, NJW 1968, S. 1600 (1604); *Jakobs*, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 67; *v. Krauss*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 89 ff.

¹⁴⁴⁰ BVerfGE 117, 163 (189); 113, 167 (252 f.); 110, 177 (195); 102, 197 (218); 98, 265 (308 f.); oben S. 126 f.

¹⁴⁴¹ Oben S. 83 ff. (»strict scrutiny«); S. 147 ff. (»intermediate scrutiny«).

§ 2 – Ausblick: Wechselseitige Inspiration der Verfassungsgerichte?

Die Untersuchung hat gezeigt, dass der U.S. Supreme Court trotz seines formellen Beharrens auf den – ursprünglich streng gestaffelten – Prüfungsmaßstäben in der Realität nicht mehr weit von einem Modell gleitender Verhältnismäßigkeit nach deutschem Vorbild entfernt ist. Allmählich keimt desgleichen ein Bewusstsein für die Angemessenheit gesetzlicher Maßnahmen. Diese Entwicklung spiegelt die Rechtsprechung des BVerfG: die Abkehr von der Dreistufenlehre und der allmähliche Ausbau der Angemessenheit zum prägenden Argumentationsmuster seit den späten 1970er Jahren.¹⁴⁴² Der Verdacht einer »hinterherhinkenden« amerikanischen Grundrechtsdogmatik in Sachen Verhältnismäßigkeit liegt da nicht fern.

Dieses Urteil ist wie so vieles in der Rechtsvergleichung mit Vorsicht zu genießen, denn die Untersuchung einer fremden Rechtsordnung bietet Chancen und birgt Risiken. Eine besondere Gefahr besteht in der unreflektierten Bewertung fremdländischer Lösungen im Vergleich zur heimischen Rechtsordnung. Die Untersuchung muss sich notwendigerweise auf die ideologischen, historischen und kulturellen Hintergründe der Verfassungsordnungen richten, um sich des Vorwurfs zu erwehren, sie habe zufällige Ergebnisse produziert.

Im Folgenden wage ich einen Ausblick vor dem Hintergrund dieser Strukturen: Welches Maß an Innovationspotential und -bereitschaft wohnt den obersten Verfassungsgerichten zur wechselseitigen Inspiration ihres Verständnisses von Verhältnismäßigkeit inne?

A. USA

Der U.S. Supreme Court lehnt eine genuine Verhältnismäßigkeitsprüfung nach deutschem Vorbild nach wie vor ab. Dies allein mit dem Hinweis auf die räumliche Distanz zu Europa abzutun, kann jedenfalls nicht überzeugen, weil etwa die kanadische Verfassungsrechtsprechung bereits seit den 1980er Jahren ausdrücklich auf Prinzipien der Verhältnismäßigkeit nach deutschem Vorbild rekurriert.¹⁴⁴³ Die Gründe sind vielmehr mannigfaltig – eine Antwort muss differenzierend ausfallen.

¹⁴⁴² In einer aktuellen Studie (2015) hat *Petersen* nachgewiesen, dass das BVerfG in seinen ersten drei Jahrzehnten ein Viertel aller für verfassungswidrig erklärten Gesetze deswegen verwarf, weil ihre Mittel entweder ungeeignet oder nicht erforderlich gewesen seien, Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle, S. 136 ff. *Schlink* konstatiert desgleichen, dass die Zahl der Entscheidungen, in denen es entscheidend auf die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne ankam, »über die Jahre« zugenommen habe, in: FS BVerfG II, S. 445 (463).

¹⁴⁴³ [1986] 1 S.C.R. 103, Rn. 70 – *R. v. Oakes*: »First, the measures adopted must be carefully designed to achieve the objective in question. They must not be arbitrary, unfair or based on irrational considerations. In short, they must be rationally connected to the objective. Second, the means, even if rationally connected to the objective in this first sense, should impair »as little as possible« the right or freedom in question. Third, there must be a *proportionality*

Die institutionellen Details unterscheiden sich nicht zuletzt angesichts der historischen Entwicklung, der Bevölkerung, Rechtskultur und politischen Führung eines Landes. Vieles lässt sich auf das unterschiedliche Vorverständnis der Grundrechtsdimensionen zurückführen: Weil die Amerikaner ein werthaltiges Grundrechtsverständnis konsequent ablehnen, kann die abwehrrechtliche Dimension der Grundrechte nicht in dem Maße verstärkt werden, wie es die deutsche Grundrechtsjudikatur in Anerkennung objektiver Wertgehalte tut.¹⁴⁴⁴ Im Gegenteil: Eine Angemessenheitsprüfung nach deutschem Vorbild liefe Gefahr, das amerikanische Modell grundrechtsinterner Schutzbereichskategorisierung zu unterlaufen und dem U.S. Supreme Court ein Instrument zu bieten, mit dem sich der Grundrechtskatalog weichzeichnen ließe.¹⁴⁴⁵ Es gibt aber auch handfeste Gründe, die die Innovationsbereitschaft der amerikanischen Verfassungsdogmatik hemmen.

Erstens: Das relativ junge Grundgesetz steht im Gegensatz zu einer überwiegend prozessual ausgestatteten Verfassung Nord-Amerikas, die für einen Agrarstaat mit dreizehn Gliedstaaten Ende des 18. Jahrhunderts konzipiert worden war. Dem amerikanisch-pragmatischen Verständnis von Verhältnismäßigkeit fehlt der systematische Unterbau, auf den das BVerfG mit der ausdrücklichen Anerkennung des Verhältnismäßigkeitsprinzips 1954 zurückgreifen konnte. Während die deutschen Mütter und Väter des Grundgesetzes unter den wachenden Augen der Besatzungsmächte die Erfahrungen eines totalitären Staates in eine umfassende rechtliche und politische Grundordnung überführen konnten, entwickelte sich die amerikanische Grundrechtsjudikatur im frühen und mittleren 19. Jahrhundert. Dies erlaubt allein eine Anpassung, nicht aber Neuausrichtung im Kontext geschichtlicher Erfahrung. Auch konnten sich Grundrechte, die in Deutschland aus einer fortspinnenden Interpretation des Grundgesetzes gewonnen wurden, in den Vereinigten Staaten angesichts eines kürzeren Verfassungstexts und eines unterschiedlichen Vorverständnisses verfassungsrechtlicher Strukturen nicht etablieren.

Desgleichen haben sich die Schöpfer des Grundgesetzes für eine starke Judikative angesichts einer exzessiven Exekutive in der Vergangenheit entschieden. Die Einführung einer abstrakten Normenkontrolle offenbart das verspielte Vertrauen, dass die Politik mit der Anarchie Weimars und der Hitlerdiktatur erliden musste. »We the People« steht nicht nur für die Präambel, sondern ist Ausdruck eines insgesamt größeren Vertrauens in die Integrität und Leistungsfähigkeit des politischen Prozesses. Umgekehrt haben die Amerikaner in der Zeit der

between the effects of the measures which are responsible for limiting the Charter right or freedom, and the objective which has been identified as of 'sufficient importance« (Herv. d. Verf.).

¹⁴⁴⁴ Rensmann, Wertordnung und Verfassung, S. 275; vgl. den Bezug auf die Abwehrrechtsfunktion der Grundrechte in BVerfGE 50, 290 (337); 24, 367 (389); 7, 198 (205).

¹⁴⁴⁵ Vgl. oben S. 130 ff.

Lochner-Ära angesichts einer überstarken Judikative viel Vertrauen in die institutionelle Stellung des U.S. Supreme Courts verloren. Der ständige Kampf gegenüber dem Vorwurf des »Lochnering« hemmt die Bereitschaft des obersten Bundesgerichts, sich in das schwierige Feld wertender Angemessenheit zu begeben.

Zweitens: Dem U.S. Supreme Court bietet sich weit weniger die Gelegenheit, zur Konkretisierung des verfassungsgerichtlichen Grundrechtsverständnisses beizutragen. Dies liegt zum einen daran, dass dem U.S. Supreme Court nicht das Verwerfungsmonopol in Verfassungsfragen eingeräumt ist. Jedes unter dem U.S. Supreme Court stehende Gericht ist befugt, ein von ihm für verfassungswidrig gehaltenes Gesetz außer Acht zu lassen und auf dessen Verfassungsmäßigkeit zu prüfen, ohne dass dafür eine besondere Verfahrensart existiert.¹⁴⁴⁶ Diese »diffuse« Normenkontrolle¹⁴⁴⁷ unterscheidet sich deutlich von der europäischen Tradition einer zentralisierten Verfassungsgerichtsbarkeit. Das BVerfG rangiert als Spezialgericht außerhalb des Instanzenzugs in einer Monopolstellung, in der es allein über die »Verletzung spezifischen Verfassungsrechts«¹⁴⁴⁸ urteilt. Der U.S. Supreme Court ist dagegen die oberste Rechtsmittelinstanz, der die innere Geschlossenheit einfachen Rechts kraft fachgerichtlicher Kompetenz überwacht und fördert. Damit entfällt zum einen der Anreiz, über ein entsprechendes Modell von Verhältnismäßigkeit Wertordnungsmaßstäbe auf Ebene unterkonstitutionellen Rechts zu entfalten.¹⁴⁴⁹ Zum anderen ist dem BVerfG über das System der abstrakten Normenkontrolle die weitere Möglichkeit gereicht, eine reichhaltigere, spezifisch verfassungsrechtliche Dogmatik zu entwickeln.

Dazu tritt die geringe Internationalität des US-amerikanischen Rechts.¹⁴⁵⁰ Sie ist gering, weil sich die USA zum einen wegen ihrer Größe und ihrer zersplitterten Rechtskultur in 50 Einzelstaaten selbst genug sind, zum anderen weil jeder Blick nach außen die Schaffung einer ohnehin nur schwierig zu erreichenden nationalen Rechtsauffassung erschwert. So entwickelt sich auch das amerikanische Verfassungsverständnis in einem weitgehend separierten Raum. Anders als die Bundesrepublik Deutschland haben sich die Vereinigten Staaten auch vor dem Hintergrund der Terroranschläge vom 11. September 2001 nur zögerlich der internationalen Gemeinschaft geöffnet. Deutschland ist mit der Europäischen Union, der Europäischen Grundrechtecharta und der Europäischen Menschenrechtskonvention in ein Geflecht völkerrechtlicher Verträge eingebunden –

¹⁴⁴⁶ *Shapiro/Stone*, CPS 26 (1994), S. 397 (400).

¹⁴⁴⁷ *Cappelleiti/Ritterspach*, in: JöR n. F. 20 (1971), S. 65 (82); nach *Wright* »the most unique and most characteristic institution« im US-amerikanischen Verfassungsrecht, zitiert nach ebd., S. 65 (82).

¹⁴⁴⁸ BVerfGE 45, 434 (436).

¹⁴⁴⁹ *Heun*, VVDStRL 61 (2002), S. 80 (94); *Rensmann*, Wertordnung und Verfassung, S. 261; *Wahl*, in: Merten/Papier (Hrsg.), HdBGR I, § 19, Rn. 37 f.

¹⁴⁵⁰ *Lepsius*, Die Verwaltung, Beiheft 7 (2007), S. 319 (347).

Ähnliches sucht man bei den US-Amerikanern vergeblich. Die mangelnde Synchronisationsbereitschaft mit einer internationalen Menschenrechtsjudikatur verdeutlicht nicht nur die Ablehnung einer genuinen Verhältnismäßigkeit. Sie wird besonders deutlich in der verfassungsgerichtlichen Bestätigung der Todesstrafe¹⁴⁵¹. Diese Binnenorientierung des U.S. Supreme Courts¹⁴⁵² zur Fortentwicklung des Rechts erschwert den Zugang zu einem Fundus alternativer Lösungsmöglichkeiten einer sich wechselseitig befruchtenden »global community of courts«¹⁴⁵³.

Drittens: Nicht zuletzt spielen die Eigenarten des jeweiligen Verfassungsrechtsverständnisses in die Innovationsbereitschaft einer Rechtsordnung hinein. Die amerikanische Fallmethode des Common Law ist in geringerem Maß Systematisierungen zugänglich als Rechtsordnungen Kontinentaleuropas.¹⁴⁵⁴ Dem U.S. Supreme Court wird eine minimalistische Entscheidungspraxis vorgeworfen,¹⁴⁵⁵ die *Faigman* auf die Spitze treibt: »it privileges power over logic«¹⁴⁵⁶. Diese Kritik ist für die amerikanische Praxis ebenso überspitzt wie die von *Wahl* attestierte »Theorieversessenheit« deutschen Staatsrechtsdenkens¹⁴⁵⁷. Sie trifft aber einen wahren Kern: Unter dem Stichwort des Rechtsrealismus steht der U.S. Supreme Court in der Tradition des rechtswissenschaftlichen Pragmatismus des fall- und problemorientierten Common Law, das weniger systematischen Erwä-

¹⁴⁵¹ Bei der Frage, ob die Todesstrafe eine nach dem achten Zusatzartikel eine verbotene »cruel and unusual punishment« darstellt, entschied das Gericht in 428 U.S. 153, 187 (1976) – *Gregg v. Georgia*: »Finally, we must consider whether the punishment of death is disproportionate in relation to the crime for which it is imposed ... [W]hen a life has been taken deliberately by the offender, we cannot say that the punishment is invariably disproportionate to the crime. It is an extreme sanction, suitable to the most extreme of crimes«.

¹⁴⁵² 521 U.S. 898, 921 (Fn. 11) (1997) – *Printz v. United States*: »We think such comparative analysis inappropriate to the task of interpreting a constitution, though it was of course quite relevant to the task of writing one«; vgl. 539 U.S. 558, 586, 598 (2003) – *Lawrence v. Texas* (Scalia, J., dissenting): »The court's discussion of these foreign views ... is ... [d]angerous dicta ... since »this court should not impose foreign moods, fads, or fashion on Americans«, unter Zitierung von 537 U.S. 990, 990 (Fn.) (2002) – *Foster v. Florida* (Thomas, J., concurring in denial of certiorari). Die Richterinnen *Ginsburg* und *O'Connor* erhielten wegen außergerichtlicher Äußerungen, in denen sie sich für die Methode der Rechtsvergleichung stark machten, Morddrohungen, vgl. *Seipp*, B.U. L. Rev. 86 (2006), S. 1417 (1420).

¹⁴⁵³ *Slaughter*, Harv. Int'l. L. J. 44 (2003), S. 191 (191).

¹⁴⁵⁴ *Brugger*, Einführung in das öffentliche Recht der USA, S. 83; *Wahl*, in: Merten/Papier (Hrsg.), HdBGR I, § 19, Rn. 37.; vgl. auch *Schefer*, Kerngehalte von Grundrechten, S. 241: »Die ... dogmatischen Gefäße sind ausgesprochen vielfältig und werden von der heutigen Lehre und Praxis nicht unter einem übergreifenden Gesichtspunkt analysiert«.

¹⁴⁵⁵ 343 U.S. 579, 634, 635 (1952) – *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer* (Jackson, J., concurring): »dealing with the largest questions in the most narrow way«; vgl. das gleichnamige Buch von *Sunstein*, One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court (1999).

¹⁴⁵⁶ *Faigman*, Constitutional Fictions, S. 180.

¹⁴⁵⁷ *Wahl*, in: Merten/Papier (Hrsg.), HdBGR I, § 19, Rn. 37.

gungen zugänglich ist als die Rechtsprechung des BVerfG. Anders als in der deutschen Rechtswissenschaft sind die Bezeichnungen von verfassungsdogmatischen Rechtsfiguren wie »strict scrutiny« oder »rational basis« nicht als formale Titulierung, sondern als Aussagen von besonderer Betonung und argumentativer Schubkraft zu verstehen, die sich erst mit der Zeit als Rechtsfigur etablierten.¹⁴⁵⁸ Die vergleichbar fein ausdifferenzierte Schranken- und Schranken-Schranken-Dogmatik Deutschlands ist seinem Kodifikationshintergrund geschuldet, der sich in Systematik, Ausführlichkeit und Vollständigkeit gegenüber dem amerikanischen, faktenorientierten Normverständnis der Fallrechtstradition niederschlägt. Die geringe Systematisierung mag auch erklären, warum die ökonomische Analyse des Rechts in den 1960er Jahren ihren Ausgangspunkt an der University of Chicago Law School in den Vereinigten Staaten findet,¹⁴⁵⁹ vermittels derer dem überbordenden Fallmaterial jedenfalls an Hand ökonomischer Prinzipien eine rechtliche Struktur verliehen werden soll.¹⁴⁶⁰ Daneben treten eine Reihe anderer – außerjuristischer – Maßstäbe, die die Strukturgabe des Rechts vorantreiben sollen: Alltagspragmatismus, Prinzipiendenken und ein öffentlicher, mitunter scharf ausgefochtener Kritizismus.¹⁴⁶¹

Insgesamt schreitet die Verfassungsdogmatik aus Sicht eines deutschen Juristen in den USA langsamer voran als im heimischen Rechtskontext. Ob sich dies in der näheren Zeit ändern wird, scheint jedenfalls unter dem »Roberts-Court«, der bereits als »most conservative court since the mid-1930s«¹⁴⁶² gehandelt wird, zweifelhaft.

B. Deutschland

Umgekehrt: Können die »Levels of Scrutiny« als Vorbild für die deutsche Verhältnismäßigkeitsdogmatik erhalten? Bedingt. Juristische Konzepte sind vor dem Hintergrund ihrer Verfassungstradition und kulturellen Tiefenschichten zu sehen. Zunächst ist festzuhalten, dass die Konzeption der amerikanischen Grundrechte mehr auf die positivrechtliche Einlösung der dort verbürgten Ver-

¹⁴⁵⁸ Knapp, JöR 23 n. F. (1974), S. 421 (438); vgl. Linde, in: Public Values in Constitutional Law, S. 219 (220): »The words were not systematically selected for clarity or logic. In typical common law fashion, they first appeared in the opinions of judges who used them in the ordinary course of making a point, not in order to frame a formal rule«; vgl. auch die ausdrückliche Aufgabe der Unterscheidung zwischen »rights« und »privileges« in 403 U.S. 365, 420 (1970) – *Graham v. Department of Pub. Welfare*.

¹⁴⁵⁹ Duxbury, Patterns of American Jurisprudence, S. 381 ff.

¹⁴⁶⁰ Lepsius, ZVglRWiss 109 (2010), S. 327 (329). Trotzdem gerät die ökonomische Analyse des öffentlichen Rechts schnell an ihre Grenzen: Anders als im Privatrecht mit seinem Grundsatz der Parteiautonomie sind die Akteure im öffentlichen Recht normativ gebunden, ebd., S. 327 (342); vgl. Lerche, in: FS Stern I, S. 197.

¹⁴⁶¹ Lepsius, Die Verwaltung, Beiheft 7 (2007), S. 319 (344); vgl. Posner, Law, Pragmatism and Democracy (2005).

¹⁴⁶² Chemerinsky, L.A. Times vom 04.10.2010, S. A17.

sprechen bedacht ist. Im Vordergrund steht durchweg die »Bändigung der Staatsgewalt«¹⁴⁶³, die besonders plastisch im Text des ersten Verfassungszusatzes zum Ausdruck kommt. Eine Übertragung der »Levels of Scrutiny« in die deutsche Verfassungsdogmatik erscheint daher wenig praktikabel. Die allgemeine Handlungsfreiheit bietet hierfür ein gutes Beispiel: Ihr Schutzbereich umfasst jedes menschliche Verhalten im umfassenden Sinn.¹⁴⁶⁴ Sie schützt die menschliche Entschließungsfreiheit unabhängig davon, worauf die Entschließung abzielt. Übertrüge man die »Levels of Scrutiny« auf die deutsche Grundrechtsjudikatur, würde diese über weite Strecken gelähmt, weil ein derart starker Grundrechtsschutz den staatlichen Akteur fesseln würde. Das Reiten im Walde¹⁴⁶⁵ würde wie das Füttern von Tauben¹⁴⁶⁶ an Kriterien strenger Verhältnismäßigkeit gemessen, deren Reglementierung einen wichtigen oder gar zwingenden Grund voraussetzen würde. Vieles der amerikanischen Verfassungspraxis kann daher nur vor dem Hintergrund eines entschlackten Grundrechtskanons funktionieren.

Wollte man die deutsche Grundrechtsjudikatur an diejenige der Amerikaner heranführen, müsste daher zunächst eine Verschlankung des Grundrechtskatalogs und ihres objektiven Wertgehalts erfolgen. Doch hat bereits *Rensmann* nachgewiesen, dass eine solche Rückbildung der nationalen Verfassung zu einer Rahmenordnung amerikanischen Typs für Deutschland, das sich derart der internationalen Gemeinschaft geöffnet hat, massive Reaktionen internationaler Kontrollinstanzen nach sich ziehen würde.¹⁴⁶⁷ Versucht man demnach Ansätze der US-amerikanischen Verfassungspraxis auf die deutsche Rechtsordnung zu übertragen, erweisen sie sich als untauglich. Dasselbe Bild herrscht auf der Verfahrensseite: Fragen der Beweislast passen angesichts eines Maßstabs gleitender Kontrolldichte kaum zu dem amerikanischen System einer sperrigen Zusammenstellung von Vermutungsregeln, Beweislastverteilung und Kontrolle von Prognoseentscheidungen.

C. Fazit

Der U.S. Supreme Court mag nicht umhinkommen, sein bisheriges Verständnis von Freiheit aufzuwerten. Die Bürger sehen sich einer ungebrochenen Gesetzes- und Verordnungsflut ausgesetzt und müssen dazu noch die »offene Flanke« fehlender Angemessenheit staatlichen Handelns fürchten. Wobei die offenkundige Lösung in der verhältnismäßigen Anwendung des Rechts läge: inflationäres Recht erstickt die Kraft zur Freiheit genauso, wie der Zweck nicht jedes Mittel heiligen darf.

¹⁴⁶³ *Lange*, Grundrechtsbindung des Gesetzgebers, S. 86.

¹⁴⁶⁴ St. Rspr., vgl. BVerfGE 80, 137 (152); 75, 108 (154 f.); 74, 129 (151); 6, 32 (36).

¹⁴⁶⁵ BVerfGE 80, 137 (152 ff.).

¹⁴⁶⁶ BVerfGE 54, 143 (146 f.).

¹⁴⁶⁷ *Rensmann*, Wertordnung und Verfassung, S. 265.

Der Blick aus der Außenperspektive hat uns deutlich gemacht, dass Verhältnismäßigkeit ein wertvolles Gut ist – wobei jedoch immer die Gefahr droht, dass sie in einer uferlosen Anwendung ihre Konturen verliert. Der Rechtsstaat lebt vom Vertrauen seiner Bürger: »Rares Recht stärkt die Freiheit«¹⁴⁶⁸, wie auch Normenstrenge Rechtsgewissheit schafft. Wo die Subsumtion unter Tatbestände einem rechtsstaatlichen und zugleich liberalen Auftrag von Verfassungsrang nicht gerecht wird, hilft die Verhältnismäßigkeit einen gerechten Ausgleich zu schaffen.¹⁴⁶⁹ Eine strenge, faktenorientierte Erforderlichkeitsprüfung amerikanischer Couleur mag helfen, einer drohenden Degeneration des Staatswesens zu einer Bürgerbewahranstalt zu begegnen und dem Übergang zum Jurisdiktionsstaat Einhalt zu bieten.

In den USA kann die Suche nach dem insgesamt schonendsten Eingriff in Grundrechte nicht ohne die Angemessenheit gelingen. Das Verfassungsrecht der Vereinigten Staaten nahm mit der »Bill of Rights« jahrhundertlang eine weltweite Vorreiterrolle heute noch geltender Grundrechtsgewährleistungen ein. Der deutsche Staatsrechtler *Robert von Mohl* brachte 1824 zum Ausdruck: »Kein Staat ist zum »Nachdenken des Staatsmannes« tauglicher als die United States of America«¹⁴⁷⁰. Hieran sollten sich noch die Schöpfer des Grundgesetzes orientieren. Doch bahnt sich mit der Entwicklung von Verhältnismäßigkeit inklusive einer aufkeimenden Angemessenheitsprüfung in den Vereinigten Staaten eine Umkehr der Migrationsrichtung verfassungsrechtlicher Prinzipien an: In einer Welt, in der Verhältnismäßigkeit bereits zur »Grundlage eines globalen Konstitutionalismus«¹⁴⁷¹ gekürt wird, darf die Hinwendung zu einem Angemessenheitskriterium nicht an dem Stolz einer ehemaligen Pionierstellung der Vereinigten Staaten scheitern.

¹⁴⁶⁸ *Kirchhof*, Das Gesetz der Hydra, S. 24.

¹⁴⁶⁹ *Jakobs*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 8.

¹⁴⁷⁰ *v. Mohl*, zitiert nach *v. Unruh*, DVBl. 1976, S. 455 (455); in den Protokollen von Herrenchiemsee finden sich allein zehn Bezugnahmen auf das Verfassungsrecht der Vereinigten Staaten, vgl. *Wernicke/Booms*, Parlamentarischer Rat 48/49 II, S. 75.

¹⁴⁷¹ *Sweet/Mathews*, Colum. J. Transnat'l L. 47 (2008), S. 72 (160).

§ 3 – Schluss: Zusammenfassung und abschließendes Fazit

Die Herausbildung der »Levels of Scrutiny« in den Vereinigten Staaten und die Anerkennung und Fortentwicklung des Verhältnismäßigkeitsprinzips als regulatives Leitmotiv des Grundrechtsschutzes in Deutschland stellen sich als große Ergebnisse bei der Evolution und Anwendung ungeschriebener Sätze des Verfassungsrechts dar. Der U.S. Supreme Court und das BVerfG bedienen sich programmatischer Formeln zur Prüfung, ob der demokratisch legitimierte Gesetzgeber seine verfassungsrechtlichen Grenzen wahrt. Beide Rechtsfiguren ziehen sich durch alle Grundrechte und tragen der strukturellen Eigenart bestimmter Grundrechte Rechnung, obschon sie unter anderen Leitsternen geboren wurden: Wiewohl Verhältnismäßigkeit in Deutschland vorrangig der Maximierung individueller Freiheit dient, bestimmt in den Vereinigten Staaten das richterliche Prüfungsrecht und dessen Reichweite maßgeblich den Blickwinkel der »Levels of Scrutiny«.

Die äußerste Grenze gesetzgeberischer Freiheit bildet hier wie dort das Willkürverbot. Selbst im verfassungsrechtlich nicht determinierten Bereich der Wirtschafts-, Kultur- und Sozialgesetzgebung darf der Gesetzgeber in der Verfolgung eines gesetzlichen Ziels weder gänzlich irrationale noch willkürliche Mittel zur Anwendung bringen – wobei der analytische Rahmen des Willkürverbots in Deutschland und den USA weitgehend übereinstimmt.

Die Untersuchung hat deutlich gezeigt, dass der U.S. Supreme Court eine der deutschen Verhältnismäßigkeitsdogmatik in wesentlichen Zügen ähnelnde Prüfung vornimmt. Sowohl der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als auch der »intermediate-« und »strict scrutiny test« drehen sich um eine strukturierte Abwägung zwischen den von der gesetzlichen Maßnahme verfolgten Zwecken und der Beeinträchtigung des jeweiligen Grundrechts. Eine direkte und ausdrückliche Entsprechung der deutschen Verhältnismäßigkeit in seiner Gesamtheit hat der U.S. Supreme Court dagegen nicht entwickelt. Auch ist den Amerikanern ein Verständnis von Verhältnismäßigkeit, das als verfassungsrechtliche Grundentscheidung in alle Bereiche der Rechtsordnung strahlt, fremd.

Den Schritt vom Übermaß- zum Untermaßverbot als Kehrseite ein- und derselben Medaille von Verhältnismäßigkeit sind die Amerikaner desgleichen nicht gegangen. Weil der U.S. Supreme Court grundrechtliche Schutzpflichten bis heute nicht anerkennt, ist dieser Schritt auch in Zukunft nicht zu erwarten.

Das Stufenmodell der »Levels of Scrutiny« scheint angesichts einer fortschreitenden Grundrechtsjudikatur und der Vielgestaltigkeit des Lebens ebenso wie die Dreistufenlehre aus der Zeit gefallen. Es ist auch nicht die Aufgabe der obersten Verfassungsgerichte, in Abwägungsfragen ihre Auffassung über verfassungsrechtliche Werte an die Stelle des demokratisch legitimierten Gesetzgebers zu setzen. Dieser Forderung kommt einerseits der U.S. Supreme Court durch eine strenge Erforderlichkeit, andererseits das BVerfG durch eine gelockerte Angemessenheit nach.

Den Verfassungsgerichten ist im Sinne eines effektiven und ausbalancierten Grundrechtsschutzes am ehesten gedient, wenn sie sich nicht auf die Suche nach der »verhältnismäßigsten« Lösung versteifen, sondern sich auf die Aufdeckung übermäßiger Eingriffe in bürgerliche Freiheit konzentrieren, ohne den gestalterischen Freiraum des demokratisch legitimierten Gesetzgebers über Gebühr zu beschränken. Für den U.S. Supreme Court würde dies den Ausbau seines aufkeimenden Verständnisses von Angemessenheit bedeuten, für das BVerfG die Bewahrung der dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit innewohnenden Teilgrundsätze und ein faktenorientiertes, geschärftes Bewusstsein der gebotenen Zurückhaltung gegenüber gesetzgeberischen Wertungen.

Literaturverzeichnis

- Abdalla*, Tarek F.: Allegheny-Pittsburgh Coal Co. v. County Commission of Webster County, in: W. Va. L. Rev. 91 (1989), S. 973-990
- Ackerman*, Bruce A.: Beyond Carolene Products, in: Harv. L. Rev. 98 (1985), S. 713-746
- Adams*, Willi Paul: Republikanische Verfassung und bürgerliche Freiheit. Die Verfassungen und politischen Ideen der amerikanischen Revolution, Darmstadt u. a. 1973
- Adler*, Matthew D.: Rights against Rules: The moral Structure of American Constitutional Law, in: Mich. L. Rev. 97 (1998), S. 1-173
- Aguila*, Yann: Cinq questions sur l'interprétation constitutionnelle, in: Revue française de droit constitutionnel 1995, S. 9-46 (zitiert: *Aguila*, in: Revue FDC 1995)
- Albers*, Marion: Gleichheit und Verhältnismäßigkeit, in: JuS 2008, S. 945-949
- Albrecht*, Rüdiger Konrad: Zumutbarkeit als Verfassungsmaßstab. Der eigenständige Gehalt des Zumutbarkeitsgedankens in Abgrenzung zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, Tübingen 1995
- Aleinikoff*, Thomas A.: Constitutional Law in the Age of Balancing, in: Yale L. J. 96 (1987), S. 943-1005
- Alexy*, Robert: Theorie der Grundrechte, 3. Auflage, Frankfurt am Main 1996
- Alfange*, Dean, Jr.: The Relevance of legislative Facts in Constitutional Law, in: U. Pa. L. Rev. 114 (1966), S. 637-679
- Amar*, Akhil Reed: Heller, HLR, and Holistic Legal Reasoning, in: Harv. L. Rev. 122 (2008), S. 145-190
- Attanasio*, John B.: Personal Freedoms and Economic Liberties: American Judicial Policy, in: Germany and Its Basic Law, herausgegeben von Kirchhof, Paul / Kommers, Donald P., Baden-Baden 1993, S. 221-249
- Aulehner*, Josef: Grundrechte und Gesetzgebung, Tübingen 2011
- d'Avoine*, Marc: Die Entwicklung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit insbesondere gegen Ende des 18. Jahrhunderts, Diss. jur., Trier 1994

- Ayres, Ian / Foster, Sydney*: Don't Tell, Don't Ask: Narrow Tailoring After Grutter and Gratz, in: Tex. L. Rev. 85 (2007), S. 517-538
- Bachof, Otto*: Der Verfassungsrichter zwischen Recht und Politik, in: Summum Ius – Summa Iniuria. Individualgerechtigkeit und der Schutz allgemeiner Werte im Rechtsleben, Tübingen 1963, S. 41-57
- Badura, Peter*: Die Rechtsprechung des BVerfG zu den verfassungsrechtlichen Grenzen wirtschaftspolitischer Gesetzgebung im sozialen Rechtsstaat, in: AöR 92 (1967), S. 382-407
- Bagshaw, Timothy M.*: The Phantom Standard: Compelling State Interest Analysis and Political Ideology in the Affirmative Action Context, in: Utah L. Rev. 2013, S. 409-435
- Bandes, Susan*: The negative Constitution: A Critique, in: Mich. L. Rev. 88 (1990), S. 2271-2347
- Barak, Aharon*: Proportionality. Constitutional Rights and their limitations, Cambridge u. a. 2012
- Barnett, Rand E.*: The Original Meaning of the Necessary and Proper Clause, in: U. Pa. J. Const. L. 6 (2003), S. 183-221
- Barnett, Randy E.*: Justice Kennedy's Libertarian Revolution: Lawrence v. Texas, in: Cato Sup. Ct. Rev. 2002-2003, S. 21-41
- Beatty, David M.*: The Ultimate Rule of Law, Oxford u. a. 2004
- Constitutional Law in Theory and Practice, Toronto u. a. 1995
- Becker, Hans Joachim*: Das verfassungsmäßige Prinzip der Verhältnismäßigkeit, in: JMB SH 1977, S. 161-166
- Benda, Ernst / Klein, Eckhardt / Klein, Oliver*: Verfassungsprozessrecht, 3. Auflage, Heidelberg 2012
- Bentham, Jeremy*: An Introduction to the Principles of Morals and Legislation, London 1789
- v. Berg, Günther Heinrich*: Handbuch des Deutschen Policyrechts, Hannover 1802
- Bernstein, David E.*: The Conservative Origins of Strict Scrutiny, in: Geo. Mason L. Rev. 19 (2012), S. 861-871
- Bethge, Herbert*: Der Grundrechtseingriff, in: VVDStRL 57 (1998), S. 7-52
- Bettermann, Karl August / Neumann, Franz L. / Nipperdey, Hans Carl (Hrsg.)*: Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, Band I/2: Die Grundrechte in der Welt, Berlin 1967
- Bettermann, Karl August*: Die allgemeinen Gesetze als Schranken der Pressefreiheit, in: JZ 1994, S. 601-611
- Bhagwat, Ashutosh*: The Test that Ate Everything: Intermediate Scrutiny in First Amendment Jurisprudence, in: U. Ill. L. Rev. 2007, S. 783-832
- Affirmative Action and Compelling Interests: Equal Protection Jurisprudence at the Crossroads, in: U. Pa. J. Const. L. 4 (2002), S. 260-280
- Purpose Scrutiny in Constitutional Analysis, in: Cal. L. Rev. 85 (1997), S. 297-368

- Bice*, Scott: Standards of Judicial Under the Equal Protection and Due Process Clauses, S. Cal. L. Rev. 50 (1977/1978), S. 689-718
- Bickel*, Alexander M.: The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics, Indianapolis u. a. 1962
- Bilionis*, Louis D.: The New Scrutiny, in: Emory L. J. 51 (2002), S. 481-557
- Blackstone*, William: Commentaries on the Laws of England, Volume 1: Of the Rights of Persons, Neudruck, Chicago u. a. 1979 = London 1765
- Blank*, Yishai / *Rosen-Zvi*, Issi: The Geography of Sexuality, in: N.C. L. Rev. 90 (2012), S. 955-1025
- Blocher*, Joseph: Categoricalism and Balancing in First and Second Amendment Analysis, in: N.Y.U. L. Rev. 84 (2009), S. 375-439
- Böckenförde*, Ernst-Wolfgang: Wie werden in Deutschland die Grundrechte im Verfassungsrecht interpretiert?, in: EuGRZ 2004, S. 598-603
- Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht, Frankfurt am Main 1991
 - Zur Lage der Grundrechtsdogmatik nach 40 Jahren Grundgesetz, München 1990
 - Gesetz und gesetzgebende Gewalt. Von den Anfängen der deutschen Staatsrechtslehre bis zur Höhe des staatsrechtlichen Positivismus, 2. Auflage, Berlin 1981
- Bork*, Robert H.: The Tempting of America. The Political Seduction of Law, New York 1990
- Brazeal*, Gregory: A Machine Made of Words: Our Incompletely Theorized Constitution, in: U. N.H. L. Rev. 9 (2011), S. 425-442
- Brenner*, Michael: Die neuartige Technizität des Verfassungsrechts und die Aufgabe der Verfassungsrechtsprechung, in: AöR 120 (1995), S. 248-268
- Brest*, Paul: Foreword: In Defense of the Antidiscrimination Principle, in: Harv. L. Rev. 90 (1976), S. 1-54
- Breuer*, Rüdiger: Staatliche Berufsregelung und Wirtschaftslenkung, in: Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band VIII: Wirtschaft, Verfahren, Gleichheit, herausgegeben von Isensee, Josef / Kirchhof, Paul, 3. Auflage, Heidelberg 2010, § 171: S. 171-261
- Brugger*, Winfried: Angloamerikanischer Einfluß auf die Grundrechtsentwicklung in Deutschland, in: Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band V: Allgemeine Grundrechtslehren, herausgegeben von Isensee, Josef / Kirchhof, Paul, 3. Auflage, Heidelberg 2007, § 186: S. 121-181
- Hassrede, Beleidigung, Volksverhetzung, in: JA 2006, S. 687-692
 - Verbot oder Schutz von Hassrede – Rechtsvergleichende Beobachtungen zum deutschen und amerikanischen Recht, in: AöR 128 (2003), S. 372-411
 - Demokratie, Freiheit, Gleichheit. Studien zum Verfassungsrecht der USA, Berlin 2002
 - Einführung in das öffentliche Recht der USA, 2. Auflage, München 2001

- Der moderne Verfassungsstaat aus Sicht der amerikanischen Verfassung und des Grundgesetzes, in: AöR 126 (2001), S. 337-402
- Konkretisierung des Rechts und Auslegung der Gesetze, in: AöR 119 (1994), S. 1-35
- Legal Interpretation, Schools of Jurisprudence, and Anthropology: Some Remarks from a German Point of View, in: Am. J. Comp. L. 42 (1994), S. 395-421
- Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit in den Vereinigten Staaten von Amerika, Tübingen 1987
- Buck, Stuart / Rienzi, Mark L.*: Federal Courts, Overbreadth, and Vagueness: Guiding Principles for Constitutional Challenges to Uninterpreted State Statutes, in: Utah L. Rev. 2002, S. 381-471
- Bunker, Matthew D. / Calvert, Clay / Nevin, William C.*: Strict in Theory, but Feeble in Fact? First Amendment Strict Scrutiny and the Protection of Speech, in: Comm. L. & Pol'y 16 (2011), S. 349-381
- Cahn, Edmond*: Justice Black and First Amendment "Absolutes": A Public Interview, in: N.Y.U. L. Rev. 37 (1962), S. 549-563
- Canaris, Claus-Wilhelm*: Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts, in: JuS 1989, S. 161-172
- Grundrechte und Privatrecht, in: AcP 184 (1984), S. 201-246
- Cappeletti, Mauro / Ritterspach, Theodor*: Die gerichtliche Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze in rechtsvergleichender Betrachtung, in: JöR n. F. 20 (1971), S. 65-109
- Casillas, Christopher J. / Enns, Peter K. / Wohlfarth, Patrick C.*: How Public Opinion Constrains the U.S. Supreme Court, in: Am. J. Polit. Sci. 55 (2011), S. 74 -88
- Casper, Gerhard*: Changing Concepts of Constitutionalism: 18th to 20th Century, in: Sup. Ct. Rev. 1989, S. 311-332
- Chafee, Zechariah, Jr.*: Freedom of Speech in War Time, in: Harv. L. Rev. 32 (1919), S. 932-973
- Chemerinsky, Erwin*: Constitutional Law. Principles and Policies, 5th Edition, New York 2015
- Substantive Due Process, in: Touro L. Rev. 15 (1999), S. 1501-1534
- The First Amendment: When the Government Must Make Content-Based Choices, in: Clev. St. L. Rev. 199 (1994), S. 199-214
- The Vanishing Constitution, in: Harv. L. Rev. 103 (1989), S. 43-105
- Interpreting the Constitution, New York u. a. 1987
- Cohen, Felix S.*: Transcendental Nonsense and the Functional Approach, in: Colum. L. Rev. 35 (1935), S. 809-849
- Cohen-Eliya, Moshe / Porat, Iddo*: Proportionality and Constitutional Culture, Cambridge 2013
- American balancing and Germany proportionality: The historical Origins, in: Int'l. J. Const. L. 8 (2010), S. 263-286

- The Hidden Foreign Law Debate in Heller: The Proportionality Approach in American Constitutional Law, in: San Diego L. Rev. 46 (2009), S. 367-413
- Cole*, David: The Value of Seeing Things Differently, in: Sup.Ct. Rev. 1997, S. 31-77
- Commager*, Henry Steele: Majority Rule and Minority Rights, New York 1943
- Cover*, Robert M.: The Origins of Judicial Activism in the Protection of Minorities, in: Yale L. J. 91 (1982), S. 1287-1316
- Cross*, Frank B.: The Error of positive Rights, in: UCLA L. Rev. 48 (2001), S. 857-924
- Currie*, David P.: The Constitution of the Federal Republic of Germany, Chicago u. a. 1994
- Die Verfassung der Vereinigten Staaten von Amerika, Frankfurt am Main 1988
- Positive und negative Grundrechte, in: AöR 111 (1986), S. 230-252
- Positive and Negative Constitutional Rights, in: U. Chi. L. Rev. 53 (1986), S. 864-890
- Davis*, Kenneth Culp: Undo Hardship: An Argument for Affirmative Action as a Mandatory Remedy in Systemic Racial Discrimination Cases, in: Dick. L. Rev. 107 (2003), S. 503-570
- Judicial, Legislative, and Administrative Lawmaking: A Proposed Research Service for the Supreme Court, in: Minn. L. Rev. 71 (1986), S. 1-18
- Facts in Lawmaking, in: Colum. L. Rev. 80 (1980), S. 931-942
- de Oliveira*, Renata Camilo: Zur Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik. Beitrag zu einem liberalen Grundrechtsverständnis im demokratischen Rechtsstaat, Berlin 2013
- Dechsling*, Rainer: Das Verhältnismäßigkeitsgebot. Eine Bestandsaufnahme der Literatur zur Verhältnismäßigkeit staatlichen Handelns, München 1989
- Denninger*, Erhard: Polizei und demokratische Politik, in: JZ 1970, S. 145-152
- Detterbeck*, Steffen: Gelten die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts auch in Bayern?, in: NJW 1996, S. 426-432
- Deutscher Bundestag (Hrsg.): Der Parlamentarische Rat 1948 – 1949: Akten und Protokolle, Band 2: Der Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee, herausgegeben unter der Leitung von Wernicke, Kurt Georg / Booms, Hans, Boppard am Rhein 1981 (zitiert: *Wernicke/Booms*, Parlamentarischer Rat 48/49 II)
- Der Parlamentarische Rat 1948 – 1949: Akten und Protokolle, Band 5/1: Ausschuss für Grundsatzfragen, herausgegeben unter der Leitung von Wernicke, Kurt Georg / Booms, Hans, Boppard am Rhein 1993 (zitiert: *Wernicke/Booms*, Parlamentarischer Rat 48/49 V/1)
- Dorf*, Michael C.: Incidental Burdens on Fundamental Rights, in: Harv. L. Rev. 109 (1996), S. 1175- 1251
- Döring*, Matthias: Frauenquoten und Verfassungsrecht. Die Rechtmäßigkeit „umgekehrter Diskriminierung“ nach US-amerikanischem Verfassungsrecht und ihre Bedeutung für die Verfassungsmäßigkeit gesetzlicher Frauenquoten auf dem Arbeitsmarkt der deutschen Privatwirtschaft, Berlin 1996

- Doukas, Georgios*: Verfassungsrechtliche Parameter positiver Diskriminierung, Hamburg 2014
- Dreier, Horst* (Hrsg.): Grundgesetz. Kommentar, Band 1: Präambel, Art. 1-19, bearbeitet von Bauer, Hartmut / Dreier, Horst u. a., 3. Auflage, Tübingen 2013
- Durham, W. Cole*: General Assessment of the Basic Law – An American View, in: Germany and Its Basic Law, herausgegeben von Kirchhof, Paul / Kommers, Donald P., Baden-Baden 1993, S. 37-63
- Dürig, Günter*: Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde – Entwurf eines praktikablen Wertsystems der Grundrechte aus Art. 1 Abs. I in Verbindung mit Art. 19 Abs. II des Grundgesetzes, in: AöR 81 (1956), S. 117-157
- Duxbury, Neil*: Patterns of American Jurisprudence, Oxford u. a. 1995
- Eberle, Edward J.*: Human Dignity, Privacy, and Personality in German and American Constitutional Law, in: Utah L. Rev. 1997, S. 963-1056
- Ehlers, Dirk* (Hrsg.): Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, bearbeitet von Becker, Ulrich / Calliess, Christian u. a., 4. Auflage, Berlin u. a. 2014
- Ehmke, Horst*: Wirtschaft und Verfassung. Die Verfassungsrechtsprechung des Supreme Court zur Wirtschaftsregulierung, Karlsruhe 1961
- Eichenberger, Kurt*: Der Staat der Gegenwart, Basel u.a. 1980
- Ely, John Hart*: Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review, Cambridge u. a. 1980
- The Wages of Crying Wolf: A Comment on Roe v. Wade, in: Yale L. J. 82 (1973), S. 920-949
- Emerson, Thomas I.*: First Amendment Doctrine and the Burger Court, in: Cal. L. Rev. 68 (1980), S. 422-481
- The System of Freedom of Expression, New York u. a. 1970
- Emmerich-Fritzsche, Angelika*: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Direktive und Schranke der EG-Rechtssetzung. Mit Beiträgen zu einer gemeineuropäischen Grundrechtslehre sowie zum Lebensmittelrecht, Berlin 2000
- Engdahl, David E.*: The Necessary and Proper Clause as an Intrinsic Restraint on Federal Lawmaking Power, in: Harv. J.L. & Pub. Pol'y 22 (1998), S. 107-122
- Engel, Christoph*: Das legitime Ziel als Element des Übermaßverbots. Gemeinwohl als Frage der Verfassungsdogmatik, in: Gemeinwohl in Deutschland, Europa und der Welt, herausgegeben von Brugger, Winfried / Kirste, Stephan / Anderheiden, Michael, Baden-Baden 2002, S. 103-172
- Engisch, Karl*: Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 2. Auflage, Heidelberg 1960
- Epping, Volker / Hillgruber, Christian*: Grundgesetz. Kommentar, bearbeitet von Axer, Peter / Baldus, Manfred u. a., München 2009
- Epstein, Richard A.*: Judicial Engagement with the Affordable Care Act: Why Rational Basis Analysis Falls Short, in: Geo. Mason L. Rev. 19 (2012), S. 931-957
- Erbguth, Wilfried*: Und der Gesetzgeber schuldet wirklich nichts als das Gesetz?, in: JZ 2008, S. 1038-1042

- Faigman*, David L.: Constitutional Fictions: A Unified Theory of Constitutional Facts, Oxford u. a. 2008
- Reconciling Individual Rights and Government Interests: Madisonian Principles versus U.S. Supreme Court Practice, in: Va. L. Rev. 78 (1992), S. 1521-1580
- Fallon*, Richard H., Jr.: Strict Judicial Scrutiny, in: UCLA L. Rev. 54 (2007), S. 1267-1337
- The Supreme Court, 1996 Term – Foreword: Implementing the Constitution, in: Harv. L. Rev. 111 (1997), S. 56-152
 - Individual Rights and the Powers of Government, in: Ga. L. Rev. 27 (1993), S. 343-390
- Farrell*, Robert C.: Successful Rational Basis Claims in the Supreme Court from the 1971 Term through *Romer v. Evans*, in: Ind. L. Rev. 32 (1999), S. 357-419
- Feess*, Eberhard: Mikroökonomie. Eine spieltheoretisch- und anwendungsorientierte Einführung, 3. Auflage, Marburg 2004
- Fehl*, Ulrich / *Oberender*, Peter: Grundlagen der Mikroökonomie. Eine Einführung in die Produktions-, Nachfrage- und Markttheorie, 8. Auflage, München 2002
- Fikentscher*, Wolfgang: Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung, Band 2: Anglo-amerikanischer Rechtskreis, Tübingen 1975
- Finer*, Samuel E. / *Bogdanor*, Vernon / *Rudden*, Bernard: Comparing Constitutions, Oxford u. a. 1995
- Fiss*, Owen M.: Silence on the Street Corner, in: Public Values in Constitutional Law, herausgegeben von Gottlieb, Stephen E., Ann Arbor 1993, S. 195-217
- Foreword: The Forms of Justice, in: Harv. L. Rev. 93 (1979), S. 1-58
- Fleiner*, Fritz: Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 2. Auflage, Tübingen 1912
- Fleming*, James E.: Constructing the Substantive Constitution, in: Tex. L. Rev. 72 (1993), S. 211-304
- Forsthoff*, Ernst: Der Staat als Auftraggeber. Unter besonderer Berücksichtigung des Bauauftragswesens, Stuttgart 1963
- Friedman*, Barry: The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Three: The Lesson of *Lochner*, in: N.Y.U. L. Rev. 76 (2001), S. 1383-1455
- Friedrich*, Carl Joachim: The impact of American Constitutionalism abroad, Boston 1967
- Frotscher*, Werner / *Pieroth*, Bodo: Verfassungsgeschichte, 16. Auflage, München 2017
- Galloway*, Russel W.: Means-End Scrutiny in American Constitutional Law, in: Loy. L.A. L. Rev. 21 (1988), S. 449-496
- Gardbaum*, Stephen: The Myth and the Reality of American Constitutional Exceptionalism, in: Mich. L. Rev. 107 (2008), S. 391-466
- Limiting Constitutional Rights, in: UCLA L. Rev. 54 (2007), S. 790-854
- Geiger*, Willi: Einige Besonderheiten im verfassungsgerichtlichen Prozess, Heidelberg u. a. 1981

- Gellermann*, Martin: Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande, Tübingen 2000
- Genz*, Manfred: Zur Verhältnismäßigkeit von Grundrechtseingriffen, in: NJW 1968, S. 1600-1607
- Gerbig*, Maria: Grundrecht auf staatlichen Schutz. Ein Vergleich von Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland und Verfassung der Vereinigten Staaten von Amerika, Berlin 2014
- Ginsburg*, Ruth Bader / *Merritt*, Deborah Jones: Affirmative Action: An International Human Rights Dialogue, in: Cardozo L. Rev. 21 (1999), S. 253-282
- Glennon*, Michael J.: Constitutional Diplomacy, Princeton 1990
- Goldberg*, Suzanne B.: Equality without Tiers, in: S. Cal. L. Rev. 77 (2004), S. 481-582
- Gottlieb*, Stephen E.: Compelling Governmental Interests: An Essential But Unanalyzed Term in Constitutional Adjudication, in: B.U. L. Rev. 86 (1988), S. 917-978
- Grabitz*, Eberhard: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: AöR 98 (1973), S. 568-616
- Greenblatt*, Jennifer L.: Putting on the Government to the (Heightened, Intermediate, or Strict) Scrutiny Test: Disparate Application Shows not all Rights and Powers are Created Equal, in: Fla. Coastal L. Rev. 10 (2009), S. 421-489
- Greene*, Jack P.: The Intellectual Construction of America: Exceptionalism and Identity From 1492 to 1800, Chapel Hill, NC, u. a. 1993
- Grimm*, Dieter: Europäisches Naturrecht und Amerikanische Revolution. Die Verwandlung politischer Theorie in politische Techné, in: Ius Commune, Band 3 (1970), S. 120-151
- Groß*, Thomas: Terrorbekämpfung und Grundrechte. Zur Operationalisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, KJ 2002, S. 1-17
- Gunther*, Gerald: Foreword: In Search of Evolving Doctrine on a Changing Court: A Model for a Newer Equal Protection, in: Harv. L. Rev. 86 (1972), S. 1-48
- Gusy*, Christoph: Die Freiheit der Berufswahl und Berufsausübung, in: JA 1992, S. 257-265
- Hain*, Karl-Eberhard: Der Gesetzgeber in der Klemme zwischen Übermaß- und Untermaßverbot?, in: DVBl. 1993, S. 982-984
- Hall*, Kermit L. / *Ely*, James W., Jr. / *Grossman*, Joel B.: The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States, 2nd Edition, Oxford u. a. 2005
- Han*, David S.: Transparency in First Amendment Doctrine, in: Emory L. J. 65 (2015), S. 359-426
- Handler*, Milton / *Leiter*, Brian / *Handler*, Carole E.: A Reconsideration of the Relevance and Materiality of the Preamble in Constitutional Interpretation, in: Cardozo L. Rev. 12 (1990), S. 117-163
- Hartmann*, Bernd J.: Öffentliches Haftungsrecht. Ökonomisierung – Europäisierung – Dogmatisierung, Tübingen 2013

- Das richterliche Prüfungsrecht unter der Weimarer Reichsverfassung, in: JJZG 8 (2006/2007), S. 154-173
- Volksgesetzgebung und Grundrechte, Berlin 2005
- The Arrival of Judicial Review in Germany Under the Weimar Constitution of 1919, in: BYU J. Pub. L. 18 (2004), S. 107-130
- How American Ideas traveled: Comparative Constitutional Law at Germany's National Assembly in 1848 – 49, in: Tul. Eur. & Civ. L.F. 17 (2002), S. 23-70
- Hartmann, Bernd J. / Apfel, Henner*: Das Grundrecht auf ein faires Strafverfahren, in: Jura 2008, S. 495-501
- Haverkate, Georg*: Rechtsfragen des Leistungsstaats. Verhältnismäßigkeitsgebot und Freiheitsschutz im leistenden Staatshandeln, Tübingen 1983
- Henkin, Louis*: International Human Rights and Rights in the United States, in: International Human Rights in International Law, herausgegeben von Meron, Theodor, Oxford 1988, S. 25-67
- Henkin, Louis*: Rights: American and Human, in: Colum. L. Rev. 79 (1979), S. 405-425
- Hesse, Konrad*: Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Auflage, Heidelberg 1995
- Verfassungsrechtsprechung im geschichtlichen Wandel, in: JZ 1995, S. 265-272
- Der allgemeine Gleichheitssatz in der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Rechtssetzungsgleichheit, in: Wege und Verfahren des Verfassungslebens. Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag, herausgegeben von Badura, Peter / Scholz, Rupert, München 1993, S. 121-131
- Der Gleichheitssatz in der neuen deutschen Verfassungsentwicklung, in: AöR 109 (1984), S. 174-198
- Hessick, F. Andrew*: Rethinking the Presumption of Constitutionality, in: Notre Dame L. Rev. 85 (2010), S. 1447-1504
- Heun, Werner*: Equal Protection im amerikanischen Verfassungsrecht, in: EuGRZ 2002, S. 319-325
- Heun, Werner*: Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, in: VVDStRL 61 (2002), S. 80-114
- Heusch, Andreas*: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Staatsorganisationsrecht, Berlin 2003
- Hirschberg, Lothar*: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, Göttingen 1981
- Hoffmann-Riem, Wolfgang*: Kontrolldichte und Kontrollfolgen beim nationalen und europäischen Schutz von Freiheitsrechten in mehrpoligen Rechtsverhältnissen, in: EuGRZ 2006, S. 492-499
- Grundrechtsanwendung unter Rationalitätsanspruch. Eine Erwiderung auf Kahls Kritik an neuere Ansätze in der Grundrechtsdogmatik, in: Der Staat 43 (2004), S. 203-233

- Höfling*, Wolfram: Demokratische Grundrechte – Zu Bedeutungsgehalt und Erklärungswert einer dogmatischen Kategorie, in: *Der Staat* 33 (1994), S. 493-509
- Hohmann*, Harald: Angemessene Außenhandelsfreiheit im Vergleich, Tübingen 2002
- Holmes*, Oliver Wendell: *The Common Law*, Boston 1881
- Hufen*, Friedhelm: Staatsrecht II. Grundrechte, 6. Auflage, München 2017
- Hume*, Max H.: In Treaty Interpretation, in: *U. Pa. L. Rev.* 164 (2016), S. 1281-1343
- Hurst*, Willard: Review and the Distribution of National Powers, in: *Supreme Court and Supreme Law*, herausgegeben von Cahn, Edmond, Bloomington 1954, S. 140-169
- Huster*, Stefan: Frauenförderung zwischen individueller Gerechtigkeit und Gruppenparität, in: *AöR* 118 (1993), S. 109-130
- Ides*, Allan / *May*, Christopher N.: *Constitutional Law. Individual Rights*, New York 1998
- Ipsen*, Jörn: Staatsrecht II. Grundrechte, 20. Auflage, München 2017
- *Der Staat der Mitte. Verfassungsgeschichte der Bundesrepublik Deutschland*, München 2009
- Isensee*, Josef: Verfassungsgerichtsbarkeit in Deutschland, in: *Verfassungsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit an der Schwelle zum 21. Jahrhundert. Symposium aus Anlass des 60. Geburtstages von o. Uni.-Prof. Dr. Richard Novak*, herausgegeben von Wieser, Bernd / Stolz, Armin, Wien 2000, S. 15-40
- Bundesverfassungsgericht – quo vadis?, in: *JZ* 1996, S. 1085- 1093
 - Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in: *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band V: Allgemeine Grundrechtslehren, herausgegeben von ders. / Kirchhof, Paul, Heidelberg 1992, § 111: S. 143-241
- Jackson*, Vicki C.: Constitutional Law in an Age of Proportionality, in: *Yale L. J.* 124 (2015), S. 3094-3196
- Constitutional Comparisons: Convergence, Resistance, Engagement, in: *Harv. L. Rev.* 119 (2005), S. 109-128
 - Ambivalent Resistance and Comparative Constitutionalism: Opening up the Conversation on “Proportionality”, *Rights and Federalism*, in: *U. Pa. J. Const. L.* 1 (1999), S. 583-639
- Jaffa*, Harry V.: *Original Intent & the Framers of the Constitution. A Disputed Question*, Washington, D.C. 1994
- Jakobs*, Michael Ch.: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Mit einer exemplarischen Darstellung seiner Geltung im Atomrecht, Köln u. a. 1985
- Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, in: *DVBl.* 1985, S. 97-102
- Jarass*, Hans D.: Der grundrechtliche Eigentumsschutz im EU-Recht, in: *NVwZ* 2006, S. 1089-1095
- *EU-Grundrechte*, München 2005

- Grundrechte als Wertentscheidungen bzw. objektivrechtliche Prinzipien in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: AöR 110 (1985), S. 363-397
- Jarass*, Hans D. / *Pieroth*, Bodo: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar, 15. Auflage, München 2018
- Jellinek*, Walter: Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung. Zugleich ein System der Ungültigkeitsgründe von Polizeiverordnungen und -verfügungen, Tübingen 1913
- v. Jhering*, Rudolf: Der Kampf ums Recht, herausgegeben von Wolf, Erik, Neudruck, Frankfurt am Main 2003 = Wien 1872
- Der Zweck im Recht, Band 1, herausgegeben von Helfer, Christian, Nachdruck der 4. Auflage, Hildesheim u. a. 1970 = Leipzig 1904
- Der Zweck im Recht, Band 2, herausgegeben von Helfer, Christian, Nachdruck der 4. Auflage, Hildesheim u. a. 1970 = Leipzig 1905
- Jestaedt*, Matthias: Meinungsfreiheit, in: Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band IV: Grundrechte in Deutschland, herausgegeben von Merten, Detlef / Papier, Hans-Jürgen, Heidelberg 2011, § 102: S. 875-963
- Verfassungsgerichtspositivismus. Die Ohnmacht im verfassungsgerichtlichen Jurisdiktionsstaat, in: Nomos und Ethos. Hommage an Josef Isensee zum 65. Geburtstag von seinen Schülern, herausgegeben von Depenheuer, Otto / Heintzen, Markus / Jestaedt, Matthias / Axer, Peter, Berlin 2002, S. 184-228 (zitiert: *Jestaedt*, in: FS Isensee)
- Joecks*, Wolfgang / *Miebach*, Klaus (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1: §§ 1-37 StGB, 3. Auflage, bearbeitet von Ambos, Kai / Duttge, Gunnar u. a., München 2017
- Johnson*, Nancy C.: Vereinigte Staaten von Amerika, in: Grundrechte in Europa und USA, Band I: Strukturen nationaler Systeme, herausgegeben von Grabitz, Eberhard, Kehl u. a. 1986, S. 885-971
- Kammen*, Michael: The Problem of American Exceptionalism, in: Am. Q. 45 (1993), S. 1-43
- Kant*, Immanuel: Metaphysik der Sitten, Werke in Sechs Bänden, Band 4, herausgegeben von Weischedel, Wilhelm, Neudruck, Darmstadt 1956 = Riga 1785
- Kau*, Marcel: United States Supreme Court und Bundesverfassungsgericht. Die Bedeutung des United States Supreme Court für die Errichtung und Fortentwicklung des Bundesverfassungsgerichts, Berlin u. a. 2007
- Kelsen*, Hans: Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, in: VVDStRL 5 (1929), S. 29-88
- Kelso*, R. Randall: Standards of Review under the Equal Protection Clause and Related Constitutional Doctrines Protecting Individual Rights: The »Base Plus Six« Model and Modern Supreme Court Practice, in: U. Pa. J. Const. L. 4 (2002), S. 225-258

- Considerations of Legislative Fit under Equal Protection, Substantive Due Process, and Free Speech Doctrine: Separating Questions of Advancement, Relationship and Burden, in: U. Rich. L. Rev. 28 (1994), S. 1279-1310
- v. Kielmansegg*, Sebastian: Grundfälle zu den allgemeinen Grundrechtslehren, in: JuS 2009, S. 118-124
- Kingreen*, Thorsten: Die Grundrechte des Grundgesetzes im europäischen Grundrechtsföderalismus, in: JZ 2013, S. 801-811
- Kingreen*, Thorsten / *Poscher*, Ralf: Grundrechte. Staatsrecht II, 33. Auflage, Heidelberg 2017
- Kirchhof*, Paul: Allgemeiner Gleichheitssatz, in: Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band VIII: Wirtschaft, Verfahren, Gleichheit, herausgegeben von Isensee, Josef / Kirchhof, Paul, 3. Auflage, Heidelberg 2010, § 181: S. 697-838
- Das Gesetz der Hydra, München 2006
- Gleichmaß und Übermaß, in: Wege und Verfahren des Verfassungslebens. Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag, herausgegeben von Badura, Peter / Scholz, Rupert, München 1993, S. 133-149
- Kischel*, Uwe: Rechtsvergleichung, München 2015
- Die Kontrolle der Verhältnismäßigkeit durch den Europäischen Gerichtshof, in: EuR 35 (2000), S. 380-402
- Klarman*, Michael J.: From Jim Crow to Civil Rights. The Supreme Court and the Struggle for Racial Equality, New York 2004
- The Puzzling Resistance to Political Process Theory, in: Va. L. Rev. 77 (1991), S. 747-832
- An Interpretive History of Modern Equal Protection, in: Mich. L. Rev. 90 (1991), S. 213-318
- Klein*, Deborah E.: Wygant v. Jackson Board of Education: Affirmative Action and the Innocent Party, in: U. Tol. L. Rev. 18 (1987), S. 519-542
- Klein*, Eckart: Preferred Freedoms-Doktrin und deutsches Verfassungsrecht, in: Grundrechte, soziale Ordnung und Verfassungsgerichtsbarkeit, Festschrift für Ernst Benda zum 70. Geburtstag, herausgegeben von Klein, Eckert, Heidelberg 1995, S. 136-152
- Grundrechtliche Schutzpflichten des Staates, in: NJW 1989, S. 1633-1640
- Klein*, Oliver: Das Untermaßverbot – Über die Justiziabilität grundrechtlicher Schutzpflichtenerfüllung, in: JuS 2006, S. 960-964
- Kluth*, Winfried: Das Übermaßverbot, in: JA 1999, S. 606-613
- Knapp*, Wolfgang: Der Oberste Gerichtshof der Vereinigten Staaten und die Auslegung des Gleichheitssatzes, in: JöR n. F. 23 (1974), S. 421-487
- Knies*, Wolfgang: Auf dem Weg in den „verfassungsgerichtlichen Jurisdiktionsstaat“, in: Verfassungsstaatlichkeit. Festschrift für Klaus Stern zum 65. Geburtstag,

- herausgegeben von Burmeister, Joachim, München 1997, S. 1155-1182 (zitiert: *Knies*, in: FS Stern I)
- Koch*, Oliver: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung der Europäischen Gemeinschaften, Berlin 2003
- Kokott*, Juliane: The Burden of Proof in Comparative and International Human Rights Law, Den Haag u. a. 1998
- Komesar*, Neil K.: Taking Institutions Seriously: Introduction to a Strategy for Constitutional Analysis, in: 51 U. Chi. L. Rev. (1984), S. 366-446
- Kommers*, Donald P.: Can German Constitutionalism Serve as a Model for the United States?, in: ZaöRV 58 (1998), S. 787-798
- The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany, Durham u. a. 1989
 - Der Gleichheitssatz: Neuere Entwicklungen und Probleme im Verfassungsrecht der USA und der Bundesrepublik Deutschland, in: Der Gleichheitssatz im modernen Verfassungsstaat. Symposium zum 80. Geburtstag von Bundesverfassungsrichter Gerhard Leibholz am 21. November 1981, herausgegeben von Link, Christian, Baden-Baden 1982, S. 31-50
- Kramer*, Larry D.: The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review, Oxford u. a. 2004
- v. Krauss*, Rupprecht: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in seiner Bedeutung für die Notwendigkeit des Mittels im Verwaltungsrecht, Hamburg 1955
- Krebs*, Walter: Zur verfassungsrechtlichen Verortung und Anwendung des Übermaßverbotes, in: Jura 2001, S. 228-234
- Kriele*, Martin: Grundrechte und demokratischer Gestaltungsraum, in: Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band IX: Allgemeine Grundrechtslehren, herausgegeben von Isensee, Josef / Kirchhof, Paul, 3. Auflage, Heidelberg 2011, § 188: S. 183-223
- Krüger*, Herbert: Grundgesetz und Kartellgesetzgebung, Göttingen 1950
- Die Einschränkung von Grundrechten nach dem Grundgesetz, in: DVBl. 1950, S. 625-629
- Kruis*, Konrad / *Cassardt*, Gunnar: Verfassungsrechtliche Leitsätze zum Vollzug von Straf- und Untersuchungshaft, in: NStZ 1995, S. 521-524 und S. 574-579
- Kühne*, Jörg-Detlef: 150 Jahre Revolution von 1848/49 – ihre Bedeutung für den deutschen Verfassungsstaat, in: NJW 1998, S. 1513-1518
- Die französische Menschen- und Bürgerrechtserklärung im Rechtsvergleich mit der Verfassung der Vereinigten Staaten und Deutschland, in: JöR 39 n. F. (1990), S. 1-53
- Kuntze*, Jan-Hendrik: The Abolishment of the Right to Privacy? The USA, Mass Surveillance and the Spiral Model, Baden-Baden 2018

- Lange*, Friederike Valerie: Grundrechtsbindung des Gesetzgebers. Eine rechtsvergleichende Studie zu Deutschland, Frankreich und den USA, Tübingen 2010
- Laycock*, Douglas: Conceptual Gulfs in City of Boerne v. Flores, in: Wm. & Mary L. Rev. 39 (1998), S. 743-792
- Leisner*, Anna: Geeignetheit als Rechtsbegriff – Ein Beitrag zur Dogmatik des Rechtsstaatsprinzips, dargestellt am Beispiel nicht durchgesetzter Parkverbote, in: DÖV 1999, S. 807-815
- Leisner*, Walter: Differenzierung nach Betriebsgröße – Grundrechtsprobleme bei Eingriff und Förderung gegenüber »großen Betrieben«, in: DVBl. 1989, S. 1025-1031
- Der Abwägungsstaat. Verhältnismäßigkeit als Gerechtigkeit?, Berlin 1987
- Lepsius*, Oliver: Der Einfluss des ökonomischen Denkens auf die Rechtsvergleichung, in: ZVglRWiss 109 (2010), S. 327-347
- Was kann die deutsche Staatsrechtslehre von der amerikanischen Rechtswissenschaft lernen?, in: Die Verwaltung, Beiheft 7 (2007), S. 319-366
- Verwaltungsrecht unter dem Common Law. Amerikanische Entwicklung bis zum New Deal, Tübingen 1997
- Lerche*, Peter: Die Verfassung als Quelle von Optimierungsgeboten? Festschrift für Klaus Stern zum 65. Geburtstag, herausgegeben von Burmeister, Joachim, München 1997, S. 197-209 (zitiert: *Lerche*, in: FS Stern I)
- Grundrechtsschranken, in: Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band V: Allgemeine Grundrechtslehren, herausgegeben von Isensee, Josef / Kirchhof, Paul, Heidelberg 1992, § 122: S. 775-804
- Übermaß und Verfassungsrecht. Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit, Köln u. a. 1961
- Levy*, Richard E.: The Power to Legislate. A Guide to the United States Constitution, Westport 2006
- Lewis*, Kevin H.: Equal Protection After Romer v. Evans: Implications for the Defense of Marriage Act and Other Laws, in: Hastings L. J. 49 (1997), S. 175-224
- Linde*, Hans A.: Who Must Know What, When, and How: The Systemic Incoherence of "Interest" Scrutiny, in: Public Values in Constitutional Law, herausgegeben von Gottlieb, Stephen E., Ann Arbor 1993, S. 219-240
- Link*, Christoph (Hrsg.): Der Gleichheitssatz im modernen Verfassungsstaat,
- Lipset*, Seymour Martin: American Exceptionalism: A Double-Edged Sword, New York u. a. 1996
- Loewenstein*, Karl: Verfassungsrecht und Verfassungspraxis der Vereinigten Staaten, Berlin u. a. 1959
- Lundmark*, Thomas: Power & Rights in US Constitutional Law, 2nd Edition, New York 2008

- Stare Decisis vor dem Bundesverfassungsgericht, in: *Rechtstheorie* 28 (1997), S. 315-345
- Lusky*, Louis: Footnote Redux: A Carolene Products Reminiscence, in: *Colum. L. Rev.* 82 (1982), S. 1093-1105
- Madsen*, Deborah L.: *American Exceptionalism*, Edinburgh 1998
- v. Mangoldt*, Hermann / *Klein*, Friedrich / *Starck*, Christian: Kommentar zum Grundgesetz, Band 1: Präambel, Artikel 1 bis 19, bearbeitet von Brenner, Michael / Classen, Claus Dieter u. a., 7. Auflage, München 2018 (zitiert: *Verfasser*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I)
- Kommentar zum Grundgesetz, Band 2: Artikel 20 bis 82, bearbeitet von Brenner, Michael / Classen, Claus Dieter u. a., 7. Auflage, München 2018 (zitiert: *Verfasser*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG II)
- Marcic*, René: Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat. Recht als Maß der Macht – Gedanken über den demokratischen Rechts- und Sozialstaat, Wien 1957
- Massey*, Calvin: The New Formalism: Requiem For Tiered Scrutiny?, in: *U. Pa. J. Const. L.* 6 (2004), S. 945-997
- Mathews*, Jud / *Sweet*, Alec Stone: All Things in Proportion? American Rights Review and the Problem of Balancing, in: *Emory L. J.* 60 (2011), S. 797-875
- Mayen*, Thomas: Das Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums, in: *Der grundrechtsgeprägte Verfassungsstaat. Festschrift für Klaus Stern zum 80. Geburtstag*, herausgegeben von Sachs, Michael / Siekmann, Helmut, Berlin 2012, S. 1451-1474 (zitiert: *Mayen*, in: FS Stern II)
- Mayer*, Otto: *Deutsches Verwaltungsrecht*, Band 1, Leipzig 1895
- Meiklejohn*, Alexander: *Free Speech and Its Relation to Self-Government*, New York 1948
- Meinert-Brockmann*, Karin: Die Einschränkung von Grundrechten. Eine rechtsvergleichende Studie über den Schutz der Grundrechte vor übermäßigen Eingriffen durch den Gesetzgeber in der Bundesrepublik Deutschland und den Vereinigten Staaten von Amerika, Diss. jur., Münster 1985.
- Melin*, Patrick: *Gesetzesauslegung in den USA und in Deutschland. Historische Entwicklung, moderne Methodendiskussion und die Auswirkungen von Divergenzen für das internationale Einheitskaufrecht (CISG)*, Tübingen 2005
- Merten*, Detlef: Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, in: *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Band III: Grundrechte in Deutschland: Allgemeine Lehren, herausgegeben von ders. / Papier, Hans-Jürgen, Heidelberg 2011, § 68: S. 517-567
- Zur Verfassungsrechtlichen Herleitung des Verhältnismäßigkeitsprinzips, in: *Für Staat und Recht. Festschrift für Herbert Schambeck*, herausgegeben von Hengstschläger, Johannes / Köck, Heribert Franz u. a., Berlin 1994, S. 349-379
- Gedanken zur Demonstrationsfreiheit, in: *MDR* 1968, S. 621-626
- Meyer*, David D.: Lochner Redeemed: Family Privacy After Troxel and Carhart, in: *UCLA L. Rev.* 48 (2001), S. 1125-1190

- Michael, Lothar / Morlok, Martin*: Grundrechte, 6. Auflage, Baden-Baden 2017
- Michael, Lothar*: Die drei Argumentationsstrukturen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit. Zur Dogmatik des Über- und Untermaßverbotes und der Gleichheitssätze, in: JuS 2001, S. 148-155
- Grundfälle zur Verhältnismäßigkeit, in: JuS 2001, S. 654-670
- Miller, Geoffrey P.*: The True Story of Carolene Products, in: Sup. Ct. Rev. 1987, S. 397-428
- Mori, Toru*: Justice Frankfurter as the Pioneer of the Strict Scrutiny Test – Filling in the Blank the Development of Free Speech Jurisprudence, in: Nat'l Taiwan U. L. Rev. 7 (2012), S. 91-119
- v. Münch, Ingo / Kunig, Philipp*: Grundgesetz. Kommentar, Band 1: Präambel bis Art. 69, bearbeitet von v. Arnould, Andreas / Boyse, Sigrid u. a., 6. Auflage, München 2012 (zitiert: *Verfasser*, in: v. Münch/Kunig, GGK I)
- Murphy, Walter F. / Fleming, James E. / Barber, Sotirios A. / Macedo, Stephen*: American Constitutional Interpretation, 3rd Edition, New York 2003
- Naas, Stefan*: Die Entstehung des Preußischen Polizeiverwaltungsgesetzes von 1931. Ein Beitrag zur Geschichte des Polizeirechts in der Weimarer Republik, Tübingen 2003
- Neily, Clark*: No Such Thing: Litigating Under the Rational Basis Test, in: N.Y.U. J.L. & Liberty 1 (2005), S. 897-913
- Nelson, Caleb*: Judicial Review of Legislative Purpose, in: N.Y.U. L. Rev. 83 (2008), S. 1784-1882
- Nipperdey, Hans Carl / Adomeit, Klaus*: Die Berufsfreiheit als ein Grundelement der sozialen Marktwirtschaft, in: BB 1966, S. 417-421
- Nipperdey, Hans Carl*: Tatbestandsaufbau und Systematik der deliktischen Grundtatbestände, in: NJW 1967, S. 1985-1994
- Noonan, John T., Jr.*: The Root and Branch of Roe v. Wade, in: Neb. L. Rev. 63 (1984), S. 668-679
- Note*: Assessing the Viability of a Substantive Due Process Right to In Vitro Fertilization, in: Harv. L. Rev. 118 (2005), S. 2792-2813
- Note*: Development in the Law – Equal Protection, in: Harv. L. Rev. 82 (1969), S. 1065-1192
- Note*: Legislative Purpose, Rationality, and Equal Protection, in: Yale L. J. 82 (1972-1973), S. 123-154
- Note*: Less Drastic Means and the First Amendment, in: Yale L. J. 78 (1969), S. 464-474
- Note*: Overbreadth and Listener's Rights, in: Harv. L. Rev. 123 (2010), S. 1749-1770
- Note*: Reforming the One Step at a Time Justification in Equal Protection Cases, in: Yale L. J. 90 (1981), S. 1777-1791
- Note*: Standing to Assert Constitutional Jus Tertii, in: Harv. L. Rev. 88 (1974), S. 423-443

- Nowak, John E. / Rotunda, Ronald D.*: Constitutional law, 8th Edition, St. Paul 2010
- Nußberger, Angelika*: Das Verhältnismäßigkeitsprinzip als Strukturprinzip richterlichen Entscheidens in Europa, in: NVwZ-Beilage 2013, S. 36-44
- Ossenbühl, Fritz*: Grundsätze der Grundrechtsinterpretation, in: Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band I: Entwicklung und Grundlagen, herausgegeben von Merten, Detlef / Papier, Hans-Jürgen, Heidelberg 2009, § 15: S. 595-630
- Maßhalten mit dem Übermaßverbot, in: Wege und Verfahren des Verfassungslebens. Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag, herausgegeben von Badura, Peter / Scholz, Rupert, München 1993, S. 151-164
 - Die Freiheiten des Unternehmers nach dem Grundgesetz, in: AöR 115 (1990), S. 1-32
 - Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen (Diskussionsbeitrag), in: VVDStRL 39 (1981), S. 189-190
 - Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und Prognoseentscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht, in: Festgabe aus Anlass des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, Band 1: Verfassungsgerichtsbarkeit, herausgegeben von Starck, Christian, Tübingen 1976, S. 458-518
- Ossenbühl, Fritz / Cornils, Matthias*: Staatshaftungsrecht, 6. Auflage, München 2013
- Pache, Eckhard*: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung der Gerichte der Europäischen Gemeinschaften, in: NVwZ 1999, S. 1033-1040
- Papier, Hans-Jürgen*: Staatliche Monopole und Berufsfreiheit – dargestellt am Beispiel der Spielbanken, in: Verfassungsstaatlichkeit. Festschrift für Klaus Stern zum 65. Geburtstag, herausgegeben von Burmeister, Joachim, München 1997, S. 543-565 (zitiert: *Papier*, in: FS Stern I)
- Peine, Franz-Joseph*: Der Grundrechtseingriff, in: Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band III: Grundrechte in Deutschland, herausgegeben von Merten, Detlef / Papier, Hans-Jürgen, Heidelberg 2011, § 57: S. 87-112
- Peters, Anne / Birkhäuser, Noah*: Affirmative Action à l'Americaine – Vorbild für Europa?, in: ZaöRV 65 (2005), S. 1-34
- Petersen, Niels*: Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle. Eine rechtsempirische Studie verfassungsrechtlicher Rechtsprechung zu den Freiheitsgrundrechten, Tübingen 2015
- Pettinga, Gayle Lynn*: Rational Basis with Bite: Intermediate Scrutiny by any other Name, in: Ind. L. J. 62 (1987), S. 779-803
- Philippi, Klaus Jürgen*: Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts. Ein Beitrag zur rational-empirischen Fundierung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen, Köln 1971
- Pieroth, Bodo*: Erziehungsauftrag und Erziehungsmaßstab der Schule im freiheitlichen Verfassungsstaat, in: DVBl. 1994, S. 949-961
- Amerikanischer Verfassungsexport nach Deutschland, in: NJW 1989, S. 1333-1337

- Pieroth*, Bodo / *Schlink*, Bernhard / *Kniesel*, Michael: Polizei- und Ordnungsrecht, 9. Auflage, München 2016
- Pine*, Rachael N.: Speculation and Reality: The Role of Facts in Judicial Protection of Fundamental Rights, in: U. Pa. L. Rev. 136 (1988), S. 655-727
- Pollak*, Christiana: Verhältnismäßigkeitsprinzip und Grundrechtsschutz in der Judikatur des Europäischen Gerichtshofs und des Österreichischen Verfassungsgerichtshofs, Baden-Baden 1991
- Pollvogt*, Susannah W.: Unconstitutional Animus, in: Fordham L. Rev. 81 (2012), S. 887-937
- Poscher*, Ralf: Grundrechte als Abwehrrechte. Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit, Tübingen 2003
- Posner*, Richard A.: Law, Pragmatism and Democracy, Cambridge 2005
- Pound*, Roscoe: A Survey of Social Interests, in: Harv. L. Rev. 57 (1943), S. 1-39 – Interests of Personality, in: Harv. L. Rev. 28 (1915), S. 445-456
- Powell*, Lewis F.: Carolene Products Revisited, in: Colum. L. Rev. 82 (1982), S. 1087-1092
- Raabe*, Marius: Grundrechte und Erkenntnis. Der Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers, Baden-Baden 1998
- Raasch*, Sybille: Frauenquote und Männerrechte, Baden-Baden 1991
- Rau*, Christian: Selbst entwickelte Grenzen in der Rechtsprechung des United States Supreme Court und des Bundesverfassungsgerichts, Berlin 1996
- Rawls*, John: Eine Theorie der Gerechtigkeit, Frankfurt am Main 1975
- Raynor*, Austin: Economic Liberty and the Second-Order Rational Basis Test, in: Va. L. Rev. 99 (2013), S. 1065-1102
- Remmert*, Barbara: Verfassungs- und verwaltungsrechtsgeschichtliche Grundlagen des Übermaßverbotes, Heidelberg 1995
- Rensmann*, Thilo: Wertordnung und Verfassung. Das Grundgesetz im Kontext grenzüberschreitender Konstitutionalisierung, Tübingen 2007
- Reynolds*, Glenn H. / *Kopel*, David B.: The Evolving Police Power: Some Observations for a New Century, in: Hastings Const. L. Q. 27 (2000), S. 511-537
- Rohloff*, Annegret: Grundrechtsschranken in Deutschland und den USA, Münster 2007.
- Rosenfeld*, Michael: Affirmative Action and Justice. A Philosophical and Constitutional Inquiry, New Haven u. a. 1991
- Rostow*, Eugene: The Japanese American Cases – A Disaster, in: Yale L. J. 54 (1945), S. 489-533
- Rousseau*, Jean-Jacques: Du Contrat Social ou Principes du droit politique, herausgeben von Gagnebin, Bernard / Raymond, Marcel, Nachdruck, Paris 1964 = 1762
- Rowe*, Gary D.: Lochner Revisionism Revisited, in: Law & Social Inquiry 24 (1999), S. 221-253

- Rubinfeld*, Jeb: The Anti-Discrimination Agenda, in: Yale L. J. 111 (220), S. 1141-1178
- Rubin*, Peter J.: Reconnecting Doctrine and Purpose: A Comprehensive Approach to Strict Scrutiny after Adarand and Shaw, in: U. Pa. L. Rev. 149 (2000), S. 1-170
- Ruffert*, Matthias: Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts. Eine verfassungsrechtliche Untersuchung zur Privatrechtswirkung des Grundgesetzes, Tübingen 2001
- Rupp*, Hans Heinrich: Das Grundrecht der Berufsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: AöR 92 (1967), S. 212-242
- Sabrin*, Amy: Thinking About Content: Can It Play an Appropriate Role in Government Funding of the Arts?, in: Yale L. J. 102 (1993), S. 1209-1232
- Sachs*, Michael (Hrsg.): Grundgesetz. Kommentar, bearbeitet von Battis, Ulrich / Bethge, Herbert u. a., 8. Auflage, München 2018
- Besondere Gleichheitsgarantien, in: Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band VIII: Wirtschaft, Verfahren, Gleichheit, herausgegeben von Isensee, Josef / Kirchhof, Paul, 3. Auflage, Heidelberg 2010, § 182: S. 839-933
 - Verfassungsrecht II: Grundrechte, Berlin u. a. 2000
- Sargentich*, Lewis: The First Amendment Overbreadth Doctrine, in: Harv. L. Rev. 83 (1970), S. 844-927
- Saurer*, Johannes: Die Globalisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, in: Der Staat 51 (2012), S. 3-33
- Scalia*, Antonin: A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law, Princeton 1997
- Originalism: The Lesser Evil, in: U. Cin. L. Rev. 57 (1989), S. 849-866
- Scaperlanda*, Michael A.: Illusions of Liberty and Equality: An “Aliens” View of Tiered Scrutiny, Ad Hoc Balancing, Governmental Power, and Judicial Imperialism, in: Cath. L. Rev. 55 (2005), S. 5-56
- Schauer*, Frederick: The Boundaries of the First Amendment: A Preliminary Exploration of Constitutional Salience, in: Harv. L. Rev. 117 (2004), S. 1765-1809
- A Comment on the Structure of Rights, in: Geo. L. Rev. 27 (1993), S. 415-434
 - Categories and the First Amendment: A Play in Three Acts, in: Vand. L. Rev. 34 (1982), S. 265-307
- Schefer*, Markus Christian: Die Kerngehalte von Grundrechten. Geltung, Dogmatik, inhaltliche Ausgestaltung, Bern 2001
- Konkretisierung von Grundrechten durch den U.S.-Supreme Court. Zur sprachlichen, historischen und demokratischen Argumentation im Verfassungsrecht, Bern 1995
- Scheuner*, Ulrich: Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung, in: DÖV 1980, S. 473-480

- Schlaich*, Klaus / *Korioth*, Stefan: Das Bundesverfassungsgericht, 11. Auflage, München 2018
- Schlaich*, Klaus: Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen, in: VVDStRL 39 (1981), S. 99-143
- Schlink*, Bernhard: Abschied von der Dogmatik. Verfassungsrechtsprechung und Verfassungsrechtswissenschaft im Wandel, in: JZ 2007, S. 157-162
- Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, in: Klärung und Fortbildung des Verfassungsrechts. Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Band 2, herausgegeben von Badura, Peter / Dreier, Horst, Tübingen 2001, S. 445-465
 - Die Entthronung der Staatsrechtswissenschaft durch die Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Der Staat 28 (1989), S. 161-172
 - Das Recht der informationellen Selbstbestimmung, in: Der Staat 25 (1986), S. 233-250
 - Freiheit durch Eingriffsabwehr – Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktion, in: EuGRZ 1984, S. 457-468
 - Abwägung im Verfassungsrecht, Berlin 1976
- Schmidt*, Eberhard: Der Strafprozess, in: NJW 1969, S. 1137-1146
- Schmidt*, Philipp Maximilian: Meinungsfreiheit und Religion im Spannungsverhältnis. Eine rechtsvergleichende Untersuchung zwischen Deutschland, Malaysia und den USA, Wiesbaden 2016
- Schmidt*, Walter: Anmerkung zu BGHSt, Urteil vom 12.8.1975 – 1 StR 42/73, in: JZ 1976, S. 32-33
- Schmidt-Bleibtreu*, Bruno / *Klein*, Franz: GG. Kommentar zum Grundgesetz, bearbeitet von Brockmeyer, Hans Bernhard / Butzer, Hermann u. a., 14. Auflage, Köln 2018
- Schmitt*, Carl: Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung, in: *ders.*, Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1925, 2. Auflage, Berlin 1973, S. 63-109
- Legalität und Legitimität, München u. a. 1932
- Schneider*, Hans: Zur Verhältnismäßigkeits-Kontrolle insbesondere bei Gesetzen, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz. Festgabe aus Anlass des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, Band 2: Verfassungsauslegung, herausgegeben von Starck, Christian, Tübingen 1976, S. 390-404
- Schneider*, Hans-Peter: Berufsfreiheit, in: Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band V: Grundrechte in Deutschland, herausgegeben von Merten, Detlef / Papier, Hans-Jürgen, Heidelberg 2013, § 113: S. 89-207
- Schnur*, Roman: Pressefreiheit, in: VVDStRL 22 (1965), S. 101-159
- Scholz*, Rupert: Rechtsfrieden im Rechtsstaat, in: NJW 1983, S. 705-712
- Das Grundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (Schluß), in: AöR 100 (1975), S. 265-290

- Schuppert*, Gunnar Folke: Funktionell-rechtliche Grenzen der Verfassungsinterpretation, Königstein 1980
- Schwabe*, Jürgen: Die Stufentheorie des Bundesverfassungsgerichts zur Berufsfreiheit, in: DÖV 1969, S. 734-740
- Schwan*, Eggert: Artikel 13 GG und die gefahrabwehrenden Eingriffe in die Wohnungsfreiheit, in: DÖV 1975, S. 661-669
- Schwartz*, Bernard: The Bill of Rights. A Documentary History, Volume I, New York 1971
- Seeburger*, Richard H.: The Muddle of the Middle Tier: The Coming Crisis in Equal Protection, in: 48 Mo. L. Rev. (1983), S. 587-625
- Seetzen*, Uwe: Der Prognosespielraum des Gesetzgebers, in: NJW 1975, S. 429-434
- Seipp*, David J.: Our Law, Their Law, History, and the Citation of Foreign Law, in: 86 B.U. L. Rev. 86 (2006), S. 1417-1446
- Sellers*, Joseph M.: The Impact of Intent on Equal Protection Jurisprudence, in: Dick. L. Rev. 84 (1980), S. 363-394
- Selmer*, Peter: Die Gewährleistung der unabdingbaren Grundrechtsstandards durch den EuGH. Zum „Kooperationsverhältnis“ zwischen BVerfG und EuGH am Beispiel des Rechtsschutzes gegen die Bananenmarkt-Verordnung, Baden-Baden 1998
- Shaman*, Jeffrey M.: Constitutional Interpretation. Illusion and Reality, Westport 2001
- Constitutional Interpretation: Illusion and Reality, in: Wayne L. Rev. 41 (1994), S. 136-176
- Cracks in the Structure: The Coming Breakdown of the Levels of Scrutiny, in: Ohio St. L. J. 45 (1984), S. 161-183
- Shapiro*, Martin / *Stone*, Alec: The New Constitutional Politics of Europe, in: CPS 26 (1994), S. 397-420
- Siegel*, Stephen A.: The Origin of the Compelling State Interest Test and Strict Scrutiny, in: Am. J. Legal Hist. 48 (2006), S. 355-407
- Simons*, Cornelius: Grundrechte und Gestaltungsspielraum, Diss. iur., Berlin 1999
- Slaughter*, Anne-Marie: A Global Community of Courts, in: Harv. Int'l. L. J. 44 (2003), S. 191-219
- Smith*, Jean Edward: John Marshall. Definer of a Nation, New York 1996
- Smith*, Jeremy B.: The Flaws of Rational Basis with Bite: Why the Supreme Court Should Acknowledge its Application of Heightened Scrutiny to Classifications Based on Sexual Orientation, in: Fordham L. Rev. 73 (2005), S. 2769-2814
- Sodan*, Helge (Hrsg.): Grundgesetz, bearbeitet von Haratsch, Andreas / Leisner, Walter Georg u. a., 4. Auflage, München 2018
- Spanner*, Hans: Zur Verfassungskontrolle wirtschaftspolitischer Gesetze, in: DÖV 1972, S. 217-220

- Spece*, Roy G. / *Yokum*, David: Scrutinizing Strict Scrutiny, in: *Ariz. L. S.* 15-12 (2015), S. 1-63
- Steinberger*, Helmut: 200 Jahre amerikanische Bundesverfassung. Zu Einflüssen des amerikanischen Verfassungsrechts auf die deutsche Verfassungsentwicklung; Vortrag gehalten vor der Juristischen Gesellschaft zu Berlin am 4. Juni 1986, Berlin u. a. 1987
- Stern*, Klaus: Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/2: Allgemeine Lehren der Grundrechte, München 1994
- Zur Entstehung und Ableitung des Übermaßverbots, in: Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag, herausgegeben von Badura, Peter / Scholz, Rupert, München 1993, S. 165-175
 - Grundideen europäisch-amerikanischer Verfassungsstaatlichkeit, 1984
 - Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band I: Grundbegriffe und Grundlagen des Staatsrechts, Strukturprinzipien der Verfassung, 2. Auflage, München 1984
- Sternberg*, Sebastian / *Gschwend*, Thomas / *Wittig*, Caroline / *Engst*, Benjamin G.: Zum Einfluss der öffentlichen Meinung auf Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts. Eine Analyse von abstrakten Normenkontrollen sowie Bund-Länder-Streitigkeiten 1974-2010, in: *PVS* 56 (4/2015), S. 570-598
- Stock*, Jürgen: Meinungs- und Pressefreiheit in den USA. Das Grundrecht, seine Schranken und seine Anforderungen an der Gesetzgestaltung, Baden-Baden 1986
- Stoeyesandt*, Martin: Aktivismus und Zurückhaltung im United States Supreme Court. Eine Studie zur Rechtsprechung des amerikanischen Supreme Court im System der Gewaltenteilung zwischen Judikative und Legislative, Berlin 1999
- Stone*, Harlan F.: The Common Law in the United States, in: *Harv. L. Rev.* 50 (1936), S. 4-26
- Störring*, Lars Peter: Das Untermaßverbot in der Diskussion. Untersuchung einer umstrittenen Rechtsfigur, Berlin 2009
- Stourzh*, Gerald: Die Konstitutionalisierung der Individualrechte, in: *JZ* 1976, S. 397-402
- Stürmer*, Michael: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Schuldvertragsrecht. Zur Dogmatik einer privatrechtsimmanenten Begrenzung von vertraglichen Rechten und Pflichten, Tübingen 2010
- Suerbaum*, Joachim: Affirmative Action. Positive Diskriminierung im amerikanischen und deutschen Recht, in: *Der Staat* 28 (1989), S. 419-442
- Sullivan*, E. Thomas / *Frase*, Richard S.: Proportionality Principles in American Law, New York u. a. 2009
- Sullivan*, Kathleen M. / *Gunther*, Gerald: Constitutional Law, 16th Edition, New York 2007

- Sullivan*, Kathleen M.: Freedom of Expression in the United States: Past and Present, in: *The Boundaries of Freedom of Expression & Order in American Democracy*, herausgegeben von Hensley, Thomas R., Kent u. a. 2001, S. 1-16
- Post-Liberal Judging: The Roles of Categorization and Balancing, in: *U. Colo. L. Rev.* 63 (1992), S. 293-317
- Sunstein*, Cass R.: Why Does the American Constitution Lack Social and Economic Guarantees?, in: *American Exceptionalism and Human Rights*, herausgegeben von Ignatieff, Michael, Princeton N. J. 2005, S. 90-110
- The Second Bill of Rights. FDR's unfinished Revolution and why we need it more than ever, New York 2004
 - One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court, Cambridge u. a. 1999
 - The Supreme Court, 1995 Term – Leaving Things Undecided, in: 110 *Harv. L. Rev.* (1996), S. 4-101
 - Naked Preferences and the Constitution, in: *Colum. L. Rev.* 84 (1984), S. 1689-1732
- Svareze*, Carl Gottlieb: Vorträge über Recht und Staat, herausgegeben von Conrad, Hermann / Kleinheyer, Gerd, Köln u. a. 1960
- Swain*, Carol M.: *The New White Nationalism in America. Its Challenge to Integration*, Cambridge u. a. 2004
- Sweet*, Alec Stone / *Mathews*, Jud: Proportionality Balancing and Global Constitutionalism, in: *Colum. J. Transnat'l L.* 47 (2008), S. 72-164
- Tettinger*, Peter J.: Das Grundrecht der Berufsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: *AöR* 108 (1983), S. 92-133
- Thayer*, James B.: The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law, in: *Harv. L. Rev.* 7 (1893), S. 129-156
- Tribe*, Laurence H. / *Dorf*, Michael C.: *On Reading the Constitution*, Cambridge u. a. 1992
- Tribe*, Laurence H.: *American Constitutional Law*, 2nd Edition, Mineola 1988
- Tsakyrakis*, Stavros: Proportionality: An Assault on Human Rights?, in: *Int. J. Const. Law* 7 (2009), S. 468-493
- Tsesis*, Alexander: Balancing Free Speech, in: *Boston L. Rev.* 96 (2016), S. 1-54
- Tushnet*, Mark: *Red, White and Blue. A Critical Analysis of Constitutional Law*, Cambridge u. a. 1988
- Tussman*, Joseph / *tenBroek*, Jacobus: The Equal Protection of the Laws, in: *Cal. L. Rev.* 37 (1949), S. 341-381
- Uerpmann*, Robert: Das öffentliche Interesse. Seine Bedeutung als Tatbestandsmerkmal und als dogmatischer Begriff, Tübingen 1999
- v. Unruh*: Georg Christoph: Nordamerikanische Einflüsse auf die deutsche Verfassungsentwicklung, in: *DVBl.* 1976, S. 455-464

- Verdross*, Alfred: Abendländische Rechtsphilosophie. Ihre Grundlagen und Hauptprobleme in geschichtlicher Schau, 2. Auflage, Wien 1963
- Vogel*, Klaus (Hrsg.): Grundrechtsverständnis und Normenkontrolle. Eine Vergleichung der Rechtslage in Österreich und in Deutschland, Wien u. a. 1979
- Vollmeyer*, Jan: Zweckprüfung und Zwecksetzung – Wie weit gehen die legislativen Befugnisse des Bundesverfassungsgerichts?, in: DÖV 2009, S. 55-61
- Volokh*, Eugene: Freedom Of Speech, Permissible Tailoring And Transcending Strict Scrutiny, in: U. Penn. L. Rev. 144 (1996), S. 2417-2461
- Wadhvani*, Neelum J.: Rational Reviews, Irrational Results, in: Tex. L. Rev. 84 (2006), S. 801-829
- Wahl*, Rainer: Die objektiv-rechtliche Dimension der Grundrechte im internationalen Vergleich, in: Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band I: Entwicklung und Grundlagen, herausgegeben von Merten, Detlef / Papier, Hans-Jürgen, Heidelberg 2009, § 19: S. 745-781
- Der Vorrang der Verfassung, in: Der Staat 20 (1981), S. 485-516
- Wahl*, Rainer / *Masing*, Johannes: Schutz durch Eingriff, in: JZ 1990, S. 553-563
- Ward*, Andrew: The Rational-Basis Test Violates Due Process, in: N.Y.U. J.L. & Liberty 8 (2014), S. 713-740
- Warren*, Samuel D. / *Brandeis*, Louis D.: The Right to Privacy, in: Harv. L. Rev. 4 (1890), S. 193-220
- Wellhöfer*, Claus: Das Übermaßverbot im Verwaltungsrecht. Grundsätzliches und Tendenzen zu den Prinzipien der Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit, Würzburg 1970
- Wells*, Christina E.: Beyond Campaign and Finance: The First Amendment Implications of Nixon v. Shrink Missouri Government PAC, in: Mo. L. Rev. 66 (2001), S. 141-168
- Wendt*, Rudolf: Berufsfreiheit als Grundrecht der Arbeit, in: DÖV 1984, S. 601-610
- Der Garantiegehalt der Grundrechte und das Übermaßverbot – Zur maßstabssetzenden Kraft der Grundrechte in der Übermaßprüfung, in: AöR 104 (1979), S. 414-474
- Wernsmann*, Rainer: Wer bestimmt den Zweck einer grundrechtseinschränkenden Norm – BVerfG oder Gesetzgeber?, in: NVwZ 2002, S. 1360-1364
- Wexler*, Jay D.: Defending the Middle Way: Intermediate Scrutiny as Judicial Minimalism, in: Geo. Wash. L. Rev. 66 (1998), S. 298-352
- Weyreuther*, Felix: Gleichbehandlung und Typisierung, in: DÖV 1997, S. 521-530
- White*, G. Edward: Historicizing Judicial Scrutiny, in: S.C. L. Rev. 57 (2005), S. 1-83
- The First Amendment Comes of Age: The Emergence of Free Speech in Twentieth-Century America, in: Mich. L. Rev. 95 (1996), S. 299-392
- Wieacker*, Franz: Geschichtliche Wurzeln des Prinzips der verhältnismäßigen Rechtsanwendung, in: Festschrift für Robert Fischer, herausgegeben von Lutter, Marcus / Stimpel, Walter / Wiedemann, Herbert, Berlin u. a. 1979, S. 867-881

- Wienbracke*, Mike: Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, in: ZJS 2013, S. 148-155
- Wieser*, Bernd: Vergleichendes Verfassungsrecht, Wien 2005
- Wilkinson*, J. Harvie: The Supreme Court, the Equal Protection Clause, and the Three Faces of Constitutional Equality, in: Va. L. Rev. 61 (1975), S. 945-1018
- Williams*, David C.: Death to Tyrants: District of Columbia v. Heller and the Uses of Guns, in: Ohio St. L. J. 69 (2008), S. 641-669
- Winkler*, Adam: Fatal in Theory and Strict in Fact: An Empirical Analysis of Strict Scrutiny in the Federal Courts, in: Vand. L. Rev. 59 (2006), S. 793-871
- Fundamentally Wrong About Fundamental Rights, in: Const. Comment. 23 (2006), S. 227-239
- Wolfe*, Christopher: The Rise of Modern Judicial Review. From Constitutional Interpretation to Judge-Made Law, New York 1986
- Würkner*, Joachim: „Was darf die Satire?“ – Anmerkungen zum aktuellen Verhältnis von Kunstfreiheit (Art. 5 III 1 GG) und strafrechtlichem Ehrenschutz gemäß § 185 StGB bei der Beurteilung politischer Karikaturen, in: JA 1988, S. 183-193
- Yi*, Zoonil: Das Gebot der Verhältnismäßigkeit in der grundrechtlichen Argumentation, Frankfurt am Main u. a. 1998
- Zehbe*, Jürgen (Hrsg.): Kant – Briefe. Briefsammlung von 1749-1802, Göttingen 1970
- Zuck*, Rüdiger: Blick in die Zeit, in: MDR 1986, S. 723-724
- Political-question-Doktrin, Judicial-self-restraint und das Bundesverfassungsgericht, in: JZ 1974, S. 361-368

