

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 »wohlthuenden 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 Effektivierung 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 einschließe, 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*, ZVGIRWiss 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 systematisierbar 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 ausgeklammert.

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 Verkennung 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.