

Schriften zum Internationalen Recht

Band 47

**Die Versammlungsfreiheit
im amerikanischen und deutschen
Verfassungsrecht**

Von

Dr. Christoph Ehrentraut



Duncker & Humblot · Berlin

CHRISTOPH EHRENTRAUT

**Die Versammlungsfreiheit im amerikanischen
und deutschen Verfassungsrecht**

Schriften zum Internationalen Recht

Band 47

**Die Versammlungsfreiheit
im amerikanischen und deutschen
Verfassungsrecht**

Von

Dr. Christoph Ehrentraut



Duncker & Humblot · Berlin

CIP-Titelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Ehrentraut, Christoph:

Die Versammlungsfreiheit im amerikanischen und deutschen

Verfassungsrecht / von Christoph Ehrentraut. — Berlin:

Duncker u. Humblot, 1990

(Schriften zum Internationalen Recht; Bd. 47)

Zugl.: Bonn, Univ., Diss., 1989

ISBN 3-428-06897-1

NE: GT

Alle Rechte vorbehalten

© 1990 Duncker & Humblot GmbH, Berlin 41

Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin 61

Printed in Germany

ISSN 0720-7646

ISBN 3-428-06897-1

Meinen Eltern

In this day of the violent confrontation, the harsh, non-negotiable demand, the disregard of the most elementary forms of civilized discourse, it is especially important that peaceful speech and courteous persuasion be given their rightful chance.

Chief Judge Green, United States v. Nicholson,
97 W.L.R. 1213 (1217 f.) (1969).

Vorbemerkung

Die Diskussion um das Grundrecht der Versammlungsfreiheit im deutschen Verfassungsrecht und in der Rechtspolitik findet kein Ende. Zahlreiche Gerichtsentscheidungen neueren Datums, voran die Brokdorf- und Sitzblockaden-Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, sowie Monographien der letzten Jahre zeigen, daß zumindest Detailfragen bei der Auslegung dieses Grundrechts noch nicht geklärt sind. Auch verdeutlichen immer neue Reformvorhaben des Gesetzgebers im Umfeld der Versammlungsfreiheit die ungebrochene Aktualität von Fragen des Versammlungsrechts.

Die Auseinandersetzung mit Artikel 8 GG in Wissenschaft und Rechtsprechung setzte Ende der 60er Jahre ein, nachdem politisch ausgerichtete Versammlungen in verstärktem Maße durchgeführt wurden und bisher nicht erfahrene Kollisionen mit den Rechtsgütern anderer auslösten. Einige der Anlässe, die zu dieser Demonstrationswelle führten, wiesen eher einen nationalen Bezug auf — etwa der Protest gegen die Notstandsgesetze und die Ordinarienuiversität. Andere Ursachen hingegen trafen für einen Großteil der westlichen Demokratien zu, so vor allem der Krieg in Südostasien. Gerade die Protestbewegung gegen den Vietnamkrieg nahm ihren Ausgang in den Vereinigten Staaten und war einer der maßgeblichen Auslöser für eine intensivere Inanspruchnahme der Kommunikationsgrundrechte zur Artikulierung von öffentlichem Protest (*free speech movement*). Freilich war in den USA die Bedeutung öffentlicher Kundgaben schon durch Veranstaltungen der Bürgerrechtsbewegung aufgezeigt worden. Diese Entwicklung in den USA bewirkte mit einer Besinnung auf die Grundrechte als Instrumente zur Einflußnahme auf den politischen Prozeß in der Bundesrepublik Deutschland und Europa, und sie wirkte hier auf das Demonstrationsgeschehen ein. Die Demonstrationsformen waren vielfach von amerikanischen Vorbildern (*stand-ins, sit-ins, teach-ins*) beeinflußt, die schon bei den Bürgerrechtsdemonstrationen eine Rolle gespielt hatten. Hierbei ist allerdings zu beachten, daß unter dem Terminus *sit-in* durchgeführte Veranstaltungen neuerer Zeit mit den *sit-ins* der Bürgerrechtsdemonstrationen nicht mehr viel gemein haben. Wie in den 60er und 70er Jahren sind auch heute die Demonstrationstopoi nicht auf ein Land beschränkt; Protest gegen die nukleare Bewaffung, Atomkraftwerke und Umweltzerstörung findet sich in einer Vielzahl von Demokratien, freilich in unterschiedlicher Intensität.

Diese Parallelität in den Demonstrationszielen und den Demonstrationsformen machten eine rechtsvergleichende Betrachtung der Auslegung der Versammlungsfreiheit und der rechtlichen Bewältigung bei der Durchführung von Versammlungen entstehender Kollisionen mit den Rechten anderer lohnenswert. Vor nahezu 20 Jahren befaßte sich eine Untersuchung des Max-Planck-Instituts für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht mit der Problematik von Demonstration und Straßenverkehr in einigen westlichen Demokratien. Diese Arbeit beschäftigt sich umfassend mit dem Grundrecht der Versammlungsfreiheit im amerikanischen Recht und unter dem Grundgesetz, dessen Grundrechte wesentlich von der amerikanischen *Bill of Rights* geprägt wurden.

Die vorliegende Arbeit ist in drei Teile gegliedert: In Teil A findet sich die Darstellung des amerikanischen Rechts. Sie beinhaltet Grundzüge der historischen Entwicklung dieses Grundrechts, die Darstellung unterschiedlicher Versammlungsformen, die Einordnung des Grundrechts in die Dogmatik des 1. Amendment sowie die Auslegung des Schutzbereiches und die Diskussion der Schranken im Hinblick auf die wichtigsten Kollisionen mit Rechtsgütern anderer. Die Erörterung der letzten beiden Aspekte stützt sich insbesondere auf die Rechtsprechung des Supreme Court zu den Kommunikationsgrundrechten. Teil B der Untersuchung bringt sowohl eine Gegenüberstellung der Auslegung der Versammlungsfreiheit in den Vereinigten Staaten und unter dem Grundgesetz als auch eine Bewertung von Differenzen in Ergebnissen und Methodik bei der Bestimmung des Schutzbereiches und der Schranken des Grundrechts sowie bei der Lösung konkreter Kollisionslagen. Auf eine gesonderte Darstellung der deutschen Rechtslage wurde verzichtet, da es zahlreiche aktuelle Gesamtkommentierungen des Grundrechts gibt und eine solche Darstellung den Gang der rechtsvergleichenden Untersuchung auseinandergerissen hätte. Stattdessen ist eine Übersicht über die Streitstände im deutschen Recht in den jeweiligen Untersuchungsgegenstand eingearbeitet. Die Auswahl der rechtsvergleichend gewürdigten Problemkreise folgt — auch in der Gliederung — weitgehend der Darstellung des amerikanischen Rechts und berücksichtigt zugleich Schwerpunkte der Diskussion im deutschen Recht. Hierbei werden sowohl grundsätzliche — zum Teil schon durch den Verfassungstext vorgegebene — Fragen der Auslegung des Grundrechts behandelt wie auch aktuelle Detailfragen, die bei der Durchführung von Versammlungen in beiden Ländern aufgeworfen werden. Teil C beinhaltet eine kurze Zusammenfassung und Würdigung der Teile A und B.

Diese Arbeit ist von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität in Bonn im WS 1988/89 als Dissertation angenommen worden. Das Manuskript war im wesentlichen im Sommer 1988 abgeschlossen; später erschienene Veröffentlichungen, ergangene Gerichtsentscheidungen und in Kraft getretene Gesetze — i. b. das Gesetz zur Änderung des StGB, der StPO und des VersG v. 15. Juni 1989 (BGBl. I, 1057) — ließen sich nicht immer in der gebotenen Ausführlichkeit berücksichtigen. Zu danken

habe ich Herrn Professor Dr. Pietzcker für die Annahme als Doktorand, Betreuung und Begutachtung, Herrn Professor Dr. Tomuschat für die Anfertigung des Zweitgutachtens und Herrn Rechtsanwalt Simon für die Aufnahme der Arbeit in diese Schriftenreihe. Erleichtert wurde die Anfertigung der Arbeit durch Informationen zahlreicher Polizeibehörden, Stadtverwaltungen und Bürgerrechtsorganisationen in beiden Ländern, die für das Verständnis der Versammlungswirklichkeit wichtig waren. Meinen Gesprächspartnern gilt Dank hierfür ebenso wie dem DAAD für die Vergabe eines Promotionsstipendiums, der Law School der University of California in Berkeley für die Gewährung eines Forschungsaufenthalts und dem Bundesminister des Innern für den Druckkostenzuschuß. Vor allem aber danke ich meinen Eltern für die umfassende Unterstützung von Beginn der Arbeit bis zu ihrer Veröffentlichung.

Bonn / Berlin, Sommer 1989

Christoph Ehrentraut

Inhaltsverzeichnis

Teil A

Die Versammlungsfreiheit im amerikanischen Recht	19
I. Kodifikationsgeschichte	19
1. Vorkonstitutionelle Phase	19
2. Staatenverfassungen	20
3. Bundesverfassung	20
II. Die Beschränkung auf friedliches Versammeln	23
III. Zum Versammlungszweck	25
1. Stellungnahmen in Rechtsprechung und Literatur	25
2. Versammlungszweck und <i>First Amendment values</i>	27
a) <i>Self-government</i>	28
aa) Meiklejohn und andere	28
bb) Bork und BeVier	29
b) <i>Free marketplace of ideas</i>	31
c) <i>Individual self-fulfillment and self-realization</i>	32
IV. Formen von Versammlungen	35
1. Versammlungen unter freiem Himmel	35
2. Paraden und Märsche	36
3. <i>Picketing</i>	38
a) <i>Labor picketing</i>	38
b) <i>Public-issue-picketing</i>	41
4. Die <i>sit-ins</i> in privaten Gebäuden	42
V. Foren der Versammlungsfreiheit	44
1. Im öffentlichen Eigentum stehende Gebäude	44
a) <i>Public fora</i>	45
aa) <i>Traditional public fora</i>	45
α) Straßen, Bürgersteige und Parks	45
β) Der Schutz besonderer Örtlichkeiten	48

αα) Das Capitol	48
ββ) Der Sitz des Präsidenten	51
γγ) Gerichte	53
δδ) Ausländische Vertretungen und Internationale Organisationen	55
bb) <i>Public fora by designation</i>	59
b) <i>Nonpublic fora</i>	60
2. Im privaten Eigentum stehendes Gelände	62
a) Grundzüge der <i>state-action</i> -Doktrin	62
b) „ <i>Quasi-public places</i> “	64
aa) <i>Marsh v. Alabama</i> als Ausgangsentscheidung	64
bb) Apartmentgebäude und private Wohnviertel	65
cc) Die <i>shopping-center</i> -Fälle	66
dd) Wohnlager für Saisonarbeiter	67
c) Grundrechtsschutz aus den Staaten-Verfassungen	68
VI. Repressive Schranken der Versammlungsfreiheit	71
1. <i>Riot</i>	71
2. <i>Incitement to riot</i>	72
3. <i>Unlawful assembly</i>	75
4. <i>Fighting words and hostile audiences</i>	76
5. <i>Trespass</i>	79
6. <i>Obstruction</i>	81
VII. Präventive Beschränkungen der Versammlungsfreiheit	82
1. Die <i>doctrine of prior restraint</i>	82
2. Genehmigungsvorbehalte für Versammlungen und Paraden	84
a) Versammlungsfreiheit und <i>prior restraint</i>	84
b) Bestimmtheit der Normen	86
c) Verfahrensrechtliche Anforderungen	87
d) Genehmigungsvorbehalte in Städten und auf staatlicher Ebene	88
aa) Antragsfristen	88
bb) Ausnahmen	89
cc) Gebühren	90
dd) Handlungsfristen für die Behörde	91
ee) Ablehnungs- und Widerrufsgründe	91
e) Sanktionen für ungenehmigtes Versammeln	92
aa) Mißachtung verfassungswidriger Normen	93
bb) Nichtbeachtung gerichtlich verfügter Versammlungsverbote	93
cc) Versammeln trotz rechtswidriger Ablehnung	94

Teil B

Rechtsvergleich und Wertung 95

I. Die Diskussion um den Versammlungszweck	95
1. Parallelen im deutschen und amerikanischen Recht	95
2. Zur extensiven Auslegung des Grundrechts	96
a) Argumente der Befürworter	96
b) Kritik	98
aa) Die Gefährdung durch staatliche Eingriffe	98
bb) Unterschiede zwischen Verein und Versammlung	100
cc) Die Versammlungsfreiheit als demokratisches Grundrecht	101
3. Versammlungsfreiheit und Kommunikation	103
a) Ablehnung einer Beschränkung auf öffentliche Angelegenheiten ...	103
b) Versammlungsfreiheit und individuelle Seite der Meinungsfreiheit	106
aa) Der Schutz auch persönlicher Äußerungen	107
bb) Übertragung der Auslegung auf die Versammlungsfreiheit	109
II. Das Verhältnis der Versammlungsfreiheit zur Meinungsfreiheit: Die Abgrenzung der Schutzbereiche beider Grundrechte und ihre Schranken	110
1. Die Trennung zwischen <i>speech</i> und <i>conduct</i>	111
a) <i>Conduct</i> als Verhaltensbeschreibung	111
aa) Kritik	111
bb) Der Schutz nichtkommunikativen Verhaltens	113
α) Die Anreise zur Versammlung	113
β) Die physisch-räumliche Dimension des Grundrechts	114
γ) Die sich fortbewegende Versammlung	116
b) <i>Conduct</i> als Kommunikationsbewertung	117
2. Die Abgrenzung von Versamlungs- und Meinungsfreiheit	119
a) Ansätze im deutschen Recht	120
b) Der <i>two-tiered approach</i> im amerikanischen Recht	121
c) Die Schranken der Meinungsfreiheit: Allgemeines Gesetz und das Verbot von <i>content restrictions</i>	122
aa) Die ausschließliche Betroffenheit der Meinungsfreiheit	122
bb) Das Verbot bestimmter Meinungen	124
cc) Die Zielrichtung des Gesetzes	125
dd) Zur Güterabwägung	127
d) Die Schranken der Versammlungsfreiheit	130
e) Die Lösung des Konkurrenzproblems	132

III. Zum Vorbehalt der Friedlichkeit	135
1. Friedlichkeit im Grundrechtsgefüge	135
2. Friedlichkeit und Versammlungsfreiheit	135
3. Zur Auslegung unter dem Grundgesetz	137
a) Unfriedlichkeit unter versammlungsspezifischen Gesichtspunkten ..	139
aa) Angriffe auf Leib und Leben	139
bb) Sachbeschädigungen	140
cc) Aufforderungen zu Angriffen auf Personen oder Sachen	141
b) Unfriedlichkeit aufgrund schwerwiegender Beeinträchtigung: Men- schenblockaden	142
aa) Kritik der „Geistigkeitstheorie“	143
bb) Unfriedlichkeit als Entziehung der Fortbewegungsfreiheit	144
cc) Mögliche weitere Formen	146
4. Versammlungsfreiheit und Vermummungsverbote	147
a) Zur Diskussion unter dem Grundgesetz	147
b) Zur Situation im amerikanischen Recht	148
c) Stellungnahme	149
aa) Vermummung und Grundrechtsschutz	149
bb) Zur Zulässigkeit von Verboten	151
IV. Versammlungen auf Eigentum von Trägern hoheitlicher Gewalt	155
1. Öffentliche Straßen und Plätze	155
a) Kritik der straßenrechtlichen Lösung	156
b) Der grundrechtliche Nutzungsanspruch	157
c) Die Abwägung im Einzelfall	160
2. Schranken des Versammlungsrechts durch Bannkreise	162
a) Das Parlament	162
b) Der Sitz der Regierung	167
c) Gerichte	167
d) Ausländische Vertretungen	169
3. Originärer Versammlungsraum	170
4. Die Ausdehnung des <i>public forum</i>	172
a) Befürworter im amerikanischen Recht	172
b) Ansätze im deutschen Recht	173
c) Stellungnahme	174
V. Die Versammlungsfreiheit auf privatem Eigentum	175
1. Zur Diskussion um Staatsrichtung und Drittwirkung der Grundrechte	175
a) Die Bedeutung des Verfassungstextes	175
b) Das Argument der parallelen Gefährdungslage	176
c) Privatautonomie und Grundrechtsbindung	177

2. Zur Lösung von Kollisionen zwischen Eigentum und Versammlungen	181
a) Fallkonstellationen	181
b) Der Beurteilungsmaßstab zur Lösung der Kollisionsfälle	182
c) Anwendung des skizzierten Maßstabs	185
aa) <i>Labor camps</i>	185
bb) Der Campus	185
cc) <i>Shopping center</i>	186
dd) Die Bonner Hofgartenwiese	186
ee) Haus- und Betriebsbesetzungen	188
VI. Präventive Einschränkungen der Versammlungsfreiheit	189
1. Das Verhältnis von Anzeigepflicht und Genehmigungsvorbehalt	189
a) Zur Diskussion im amerikanischen Recht	189
b) Möglichkeiten der Gleichstellung	190
c) Das Anzeigesystem als freiheitlichere Regelung	191
2. Zur Zulässigkeit der Anzeigepflicht	192
a) Einwände	192
b) Stellungnahme	193
3. Anzeigepflicht und Kooperation	196
4. Ausnahmen von der Pflicht zur fristgerechten Anzeige	198
a) Spontanversammlungen	198
b) Eilversammlungen	200
c) Großdemonstrationen?	202
5. Versammlungsverbote	203
a) Auflagen und Verbote	203
b) Zur Zulässigkeit von Verboten	204
c) Polizeilicher Notstand und <i>hostile audience</i>	207

Teil C

Abschließende Betrachtung	211
----------------------------------	-----

Literaturverzeichnis	214
-----------------------------	-----

Abkürzungsverzeichnis

Zu den verwandten Abkürzungen im deutschen Recht vgl. Hildebert Kirchner, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 4. Auflage, Berlin 1983.

Die Titel abgekürzter amerikanischer Zeitschriften ergeben sich in Verbindung mit dem Autor aus dem Literaturverzeichnis.

A. bzw. A.2d	= Atlantic Reporter
A.C.L.U.	= American Civil Liberties Union
a.F.	= alte Fassung
aff.	= affirmed
Ala.	= Alabama
A.L.R.	= American Law Reports
Am.Jur.	= American Jurisprudence
Ann.	= Annotated
Ark.	= Arkansas
Ariz.	= Arizona
Cal.	= California
Cal.Rptr	= California Reporter
Cert.den.	= Certiorari denied
C.F.R.	= Code of Federal Regulations
C.J.	= Chief Justice
C.J.S.	= Corpus Juris Secundum
c.o.	= concurring opinion
Col.	= Colorado
Conn.	= Connecticut
D.C.	= District of Columbia
Delw.	= Delaware
d.o.	= dissenting opinion
F. bzw. F.2d	= Federal Reporter
Flor.	= Florida
F.Supp.	= Federal Supplement
Geo.	= Georgia
Haw.	= Hawai
Ida.	= Idaho
Ill.	= Illinois
Ind.	= Indiana
J.	= Justice
Kans.	= Kansas
Kent.	= Kentucky

L.Ed. L.Ed.2d	= Lawyers' Edition of United States Supreme Court Reports
Louis.	= Louisiana
Mass.	= Massachusetts
Mich.	= Michigan
Minn.	= Minnesota
NAACP	= National Association for the Advancement of Colored People
N.Car.	= North Carolina
N.E. bzw. N.E.2d	= Northeastern Reporter
Nebr.	= Nebraska
n.F.	= neue Fassung
N.Hamp.	= New Hampshire
N.J.	= New Jersey
N.L.R.A.	= National Labor Relations Act
N.L.R.B.	= National Labor Relations Board
N.Mex.	= New Mexico
N.W. bzw. N.W.2d	= Northwestern Reporter
NY	= New York
N.Y. bzw. N.Y.2d	= New York Reporter
N.Y.S. bzw. N.Y.S.2d	= New York Supplement
Okl.	= Oklahoma
Penn.	= Pennsylvania
Rev.Stat.	= Revised Statutes
R.I.	= Rhode Island
S.Car.	= South Carolina
S.Ct.	= Supreme Court Reporter
S.E. bzw. S.E.2d	= Southeastern Reporter
So. bzw. So.2d	= Southern Reporter
S.o.S.	= Siehe oben Seite
Stat.	= Statutes
S.W. bzw. S.W.2d	= Southwestern Reporter
Tenn.	= Tennessee
Tex.	= Texas
US	= United States Reports
U.S.C.A.	= United States Code Annotated
Va.	= Virginia
Wash.	= Washington
Wis.	= Wisconsin
W.L.R.	= The Daily Washington Law Reporter
W.Va	= West Virginia
Wyo.	= Wyoming

Teil A

Die Versammlungsfreiheit im amerikanischen Recht

I. Kodifikationsgeschichte

1. Vorkonstitutionelle Phase

Ihre erste Erwähnung als schützenswertes Recht im Prozeß der Entkolonialisierung Nordamerikas fand die Versammlungsfreiheit in den *Declaration and Resolves* des First Continental Congress vom 14. Oktober 1774. Abgesandte der Kolonien, die bis dahin ein eher unabhängiges Dasein nebeneinander geführt hatten, waren in Philadelphia zur Beratung über die Auseinandersetzungen zwischen dem Mutterland und den Kolonien zusammengetroffen. In den *Declaration and Resolves* trat die Versammlungsfreiheit neben das schon in der *Declaration of Rights and Grievances* (1765, Stamp Act Congress, Art. XIII)¹ angeführte Petitionsrecht:

Whereupon the Deputies so appointed now assembled in a full and free representation of these colonies, taking into their most serious consideration the best means of attaining the ends of aforesaid, do in the first place, as Englishmen, their ancestors, in like cases have usually done, for asserting and vindicating their rights and liberties declare their claim to the legal rights of free natural born subjects, to the common law, to trial by jury, and to assemble peacefully to consider grievances and petition for redress².

Die *Declaration and Resolves* sind zeitlich der unmittelbare Vorläufer für die Grundrechtsverbürgerungen der Staaten und Ausgangspunkt einer Gewährleistung von Grundrechten auf der Bundesebene. Läßt ihr Text auch naturrechtliche Anklänge erkennen, so sind die *Declaration and Resolves* doch in erster Linie Berufung auf das Recht des Mutterlandes, indem die durch die kolonialen *charters* und das *common law* traditionell verbürgten Rechte mit Protestcharakter reklamiert werden³.

¹ Text bei Schwartz, Vol. I, 196 f.

² Bei Pound, 75 f.

³ Jellinek, Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte, 64; Vossler, Studien zur Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte, 191; Pound, 75.

2. Staatenverfassungen

Verfassungsrang erhielt das Versammlungsrecht in der Periode der einzelstaatlichen Verfassungsentstehungen ab Mai 1776, nachdem die Kolonien durch eine Resolution des Second Continental Congress vom 15. Mai 1776 — zwei Monate vor der *Declaration of Independence* — aufgefordert worden waren, selbständig Verfassungen zu entwerfen und unabhängige Regierungen zu bilden. Als vorbildhaft werden die Grundrechtskataloge der ersten Verfassungen, der von Virginia — konzipiert von George Mason und James Madison — und der Verfassung von Pennsylvania angesehen, die von zahlreichen anderen Staaten später übernommen wurden⁴. In den Staaten-Verfassungen trat nunmehr — wie in der *Declaration of Independence* — die naturrechtliche Begründung der Individualrechte als allgemeine Menschenrechte eindeutig in den Vordergrund, wodurch der Bruch mit dem kolonialen Status und die Loslösung aus dem gemeinsamen Rechtsstand legitimiert werden sollte und die Proklamationen eigenständigen Rechtscharakter erhielten⁵.

Die Versammlungsfreiheit war jedoch noch nicht in der Verfassung von Virginia aufgeführt, sondern zunächst nur in den Staaten Pennsylvania (Art. XVI), North Carolina (Art. XVIII), Massachusetts (Art. XIV) und New Hampshire (Art. XXXII) gewährleistet. Heute ist die Versammlungsfreiheit bis auf Maryland, Minnesota und New Mexico in den Grundrechtskatalogen aller amerikanischen Staaten verankert. Ganz überwiegend ist sie mit dem Petitionsrecht in einem Satz zusammengefaßt und in einigen Kodifikationen ausdrücklich darauf beschränkt, sich friedlich zur Erörterung von Angelegenheiten des Allgemeinwohls zu versammeln⁶.

3. Bundesverfassung

Trotz der Bedeutung der *Bill of Rights* in den Staaten-Verfassungen enthielt die Bundesverfassung in ihrer ursprünglichen Form keine entsprechenden Gewährleistungen⁷. Die Constitutional Convention in Philadelphia war vor allem mit den Strukturen der Staatsorganisation befaßt, deren Ausgestaltung durch die *Articles of Confederation* von 1777 als unbefriedigend empfunden wurde. Anträge zur Aufnahme einer *Bill of Rights* in die Bundesverfassung wie etwa von George Mason wurden mit großer Mehrheit abgelehnt; Hauptargument war die fehlende Kompetenz des Bundes zur Einschränkung der durch die Staaten-Verfassungen

⁴ Simon, 33 U.Kans.L.Rev., 310; 318 ff. m.w.Nw. (1985).

⁵ Jellinek, Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte, 68 f.; Pound, 75; Kriele, Scupin-FS, 198.

⁶ Etwa New Hampshire, Art. 1, Sec. 32; Tennessee, Art. 1, Sec. 23; California Art. 1, Sec. 10; Übersicht bei Jarrett / Mund, N.Y.U.L.Q.Rev., 16 ff. (1931).

⁷ Vgl. aber Art. 1, Sec. 9.

geschützten Rechte, so daß eine Bundesgarantie nicht als notwendig erachtet wurde⁸. Nach Abschluß der Beratungen setzte sich die Diskussion auf den zur Ratifizierung einberufenen Konventen der Staaten fort. Das Fehlen einer *Bill of Rights* war für die *Antifederalists* einer der Hauptangriffspunkte der Verfassung, wobei durchaus bezweifelt wird, daß es ihnen primär um die Ideale persönlicher Freiheit ging, als vielmehr vor allem um eine Torpedierung des Verfassungsentwurfes⁹. Das Argument der *Federalists*, daß Freiheit durch die Unterscheidung von *delegated* und *reserved powers* vor der Bundesgewalt geschützt werde und die Warnung, daß durch eine *Bill of Rights* implizit die Befugnis des Bundes zu Kompetenzen über die ausdrücklich angeführten hinaus anerkannt werde¹⁰, verlor an Überzeugungskraft. Die Bedenken der *Antifederalists* vor einer übermächtigen Bundesgewalt, auch wegen der mangelnden Praktikabilität der Unterscheidung zwischen verliehenen und vorbehaltenen Kompetenzen — in Vorwegnahme der Doktrin der *incidental and implied powers* — setzten sich durch, zumal eben durch den Verfassungsentwurf einige Garantien individueller Freiheit (Art. I, Sec. 9) festgeschrieben waren. Ferner wurde auf die Notwendigkeit eines Schutzes individueller Freiheit vor jeder Form von Regierungsgewalt, insbesondere mit Blick auf Minderheiten, und die erhöhte Akzeptanz einer Verfassung durch das Volk hingewiesen:

We do not by declarations change the nature of things, or create new truths, but we give existence, or at least establish in the minds of people truths and principles which they might never otherwise have thought of, or soon forget. If a nation means its systems, religious or political, shall have duration, it ought recognize the leading principles of them in the front page of every family book¹¹.

Der Disput verlagerte sich nunmehr auf die Frage, ob die *Bill of Rights* vor der Ratifizierung durch die Staaten einzufügen sei oder erst nach Inkrafttreten der Verfassung diese ergänzen solle. Einige Staatenkonvente zögerten mit der Ratifizierung und machten sie von der vorherigen Einfügung eines Grundrechtskataloges abhängig; durch das Nachgeben der *Federalists* fanden sich aber schließlich die erforderlichen neun Staaten zur Billigung des Verfassungsentwurfes bereit.

Nach Zusammentreten des ersten Kongresses im April 1789 in New York war es James Madison, der sich der *Bill of Rights* annahm¹². Am 8. Juni schlug er

⁸ Dargestellt bei Schwartz, Vol. I, 443 ff.

⁹ Levy, 224 ff.; Kritisch zu Levys sehr nüchternen Bewertung der Freiheitsvorstellungen der Verfassungsväter Anastaplo, 149 f.; Meiklejohn, 1961 Sup.Ct.Rev., 263.

¹⁰ So vor allem Andrew Hamilton im Federalist No. 84 und James Wilson in der „State House Speech“, bei Storing, 65 f.; weitere Schriften der „Federalists“ bei Schwartz, Vol. I, 527 ff.

¹¹ So der „Federal Farmer“, bei Storing, 70; weitere Schriften der „Antifederalists“ bei Schwartz, Vol. I, 505 ff.

¹² Stark beeinflusst durch einen Briefwechsel mit Thomas Jefferson, bei Schwartz, Vol. II, 692 ff.