

Schriften zum Internationalen Recht

Band 82

**Konkretisierung von Grundrechten
durch den U.S.-Supreme Court**

**Zur sprachlichen, historischen und demokratischen
Argumentation im Verfassungsrecht**

Von

Markus Schefer



Duncker & Humblot · Berlin

MARKUS SCHEFER

**Konkretisierung von Grundrechten
durch den U.S.-Supreme Court**

Schriften zum Internationalen Recht

Band 82

Konkretisierung von Grundrechten durch den U.S.-Supreme Court

**Zur sprachlichen, historischen und demokratischen
Argumentation im Verfassungsrecht**

Von

Markus Schefer



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Schefer, Markus:

Konkretisierung von Grundrechten durch den U.S.-Supreme Court : zur sprachlichen, historischen und demokratischen Argumentation im Verfassungsrecht / von Markus Schefer. – Berlin : Duncker und Humblot, 1997

(Schriften zum Internationalen Recht ; Bd. 82)

Zugl.: Bern, Univ., Diss., 1995

ISBN 3-428-08727-5

NE: GT

Alle Rechte vorbehalten

© 1997 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fotoprint: Color-Druck Dorfi GmbH, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0720-7646

ISBN 3-428-08727-5

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 

Inhaltsübersicht

Einleitung	1
-------------------------	---

1. Abschnitt

Die analysierten Rechtsbereiche

A. Vorgehen	5
B. Meinungsfreiheit	6
C. Rechtsgleichheit	48
D. Right to Privacy (Schutz der Privatsphäre)	73

2. Abschnitt

Die enge sprachliche Argumentation

A. Vorgehen	92
B. Generelle Umschreibung des engen sprachlichen Arguments	93
C. Der primäre Vertreter enger sprachlicher Argumentation: Justice Hugo Black	99
D. Das enge sprachliche Argument in der Praxis des U.S. Supreme Court	117
E. Sprachliche Argumentation und Wortbedeutung: Einige Hinweise	142
F. Fazit	153

3. Abschnitt

Historische Argumentation

A. Einleitung	155
B. Der enge Zusammenhang von historischem und sprachlichem Argument	158
C. Kernelemente der Theorie des "originalism"	160
D. Einige Problembereiche	164
E. Robert Borks "originalism"	173
F. Ein differenzierteres Modell des "originalism"	180
G. Entstehungsgeschichte einzelner Amendments und Rechtsprechung des U.S. Supreme Court	185
H. Fazit	226

*4. Abschnitt***Demokratische Argumentation**

A. Ausgangspunkt und Aufbau	227
B. Recht als Dialog: Robert Burt	228
C. Prozessuales Verfassungsverständnis: John Hart Ely	241
D. Phasen erhöhten verfassungsrechtlichen Bewußtseins: Bruce Ackerman	270
E. Demokratie und neutrale Rechtsanwendung: Frank Michelman und Cass Sunstein	310
F. Fazit	399

5. Abschnitt

**Der Beitrag von Rechtsprechung und Theorie zum Problem regelleiteter und
kontext-bezogener Entscheidung:
Eine Zusammenfassung**

A. Vorgehen	401
B. Relevanz der Fragestellung und kurze Begriffsumschreibung	403
C. Regelbildung und Güterabwägung in der Rechtsprechung	416
D. Regelbildung und kontext-bezogene, abwägende Entscheidung aus der Per- spektive verschiedener Arten verfassungsrechtlicher Argumentation	442
Schluß	470
Literaturverzeichnis	472
Text der U.S. Verfassung	493
Namen- und Sachregister	511
Entscheidungsverzeichnis	518

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	1
-------------------------	----------

1. Abschnitt

Die analysierten Rechtsbereiche

A. Vorgehen	5
B. Meinungsfreiheit	6
I. Verfassungsrechtliche Grundlagen	6
II. Einige Bereiche der Rechtsprechung zur Meinungsfreiheit	7
1. Der Beginn: Aufrufe zu rechtswidrigen Handlungen	7
a) Weitgehend fehlende Rechtsprechung: Die Zeit vor 1919	7
b) Die ersten Entscheide.....	8
c) Die weitere Entwicklung	10
2. Einschränkungen wegen des geäußerten Inhalts: Die Zeit vor 1919	13
a) Ehrverletzungen von Personen des öffentlichen Lebens	14
b) Veröffentlichung intimer privater Informationen	17
c) Verletzung der Ehre ganzer Bevölkerungsgruppen	18
aa) Der Beginn der Rechtsprechung: Beauharnais	18
bb) Die moderne Rechtsprechung: R.A.V., Dawson und Mitchell	20
d) Unzüchtige Veröffentlichungen.....	24
aa) Traditionelle Verbote unzüchtiger Veröffentlichungen	24
bb) Moderne Pornographie-Verbote.....	28
cc) Verbote nicht unzüchtiger Publikationen mit sexuellem Bezug.....	31
e) Anstößige Äußerungen	33
f) Äußerungen kommerzieller Art	34
3. Einschränkungen der Meinungsfreiheit ohne Bezug auf den Inhalt einer Äußerung	37
a) Die allgemeine Regel	37
b) Benutzung öffentlichen Grundes	39
aa) Ein relativer Anspruch	39
bb) Regelungen der Benutzung	40
cc) Welcher öffentliche Grund?	41

c)	Handlungen mit kommunikativem Gehalt	44
C.	Rechtsgleichheit	48
I.	Verfassungsrechtliche Grundlagen	48
II.	Einige Bereiche der Rechtsprechung zur Equal Protection Clause	48
1.	Vorbemerkung zur Dogmatik	48
2.	Rassendiskriminierung	51
a)	Der Beginn	51
b)	Zwei Meilensteine: Plessy und Brown	52
c)	Strenge Überprüfung von unterschiedlichen Behandlungen, die an das Kriterium "Rasse" anknüpfen	56
d)	Diskriminierende Motivation und Auswirkung	58
aa)	Grundlagen	58
bb)	Eine Konkretisierung: Auswahl der Geschworenen	60
e)	Förderungsmaßnahmen zugunsten von Schwarzen	61
3.	Gleichbehandlung der Geschlechter	67
a)	Anknüpfung an das Kriterium "Geschlecht"	67
b)	Diskriminierende Motivation und Auswirkung	70
c)	Förderungsmaßnahmen zugunsten von Frauen	71
D.	Right to Privacy (Schutz der Privatsphäre)	73
I.	Verfassungsrechtliche Grundlagen	73
II.	Anerkennung eines right to privacy in der Rechtsprechung	74
1.	Die dogmatische Grundlage: Lochner	74
2.	Die frühen Präjudizien eines right to privacy	77
3.	Die Entwicklung eines modernen right to privacy	79
a)	Schutz der sexuellen Autonomie	80
aa)	Zugang zu Verhütungsmitteln	80
bb)	Einschränkungen des Zugangs zu einer Abtreibung	82
cc)	Verweigerung finanzieller Unterstützung von Abtreibungen ..	85
dd)	Kein Schutz homosexueller Aktivitäten	87
b)	Schutz des familiären Zusammenlebens	88
c)	Das "right to die"	91

2. Abschnitt

Die enge sprachliche Argumentation

A.	Vorgehen	92
B.	Generelle Umschreibung des engen sprachlichen Arguments	93
I.	Der methodische Ansatz	93
II.	Die relevante Perspektive	95
III.	Die Funktion der Verfassung	97
IV.	Das enge sprachliche Argument und spezifisch formulierte Normen	98
C.	Der primäre Vertreter enger sprachlicher Argumentation: Justice Hugo Black	99

I.	Motivation der Methodenwahl	99
II.	Die Hauptanwendungsgebiete von Blacks engem sprachlichem Ansatz	101
1.	Die Meinungsfreiheit des 1st Am.	101
a)	Keine Schranken der Meinungsfreiheit	101
b)	Ein relativ enger Schutzbereich der Meinungsfreiheit	106
c)	Kurze Zusammenfassung	108
2.	Das right to privacy	108
3.	Die Anwendung der ersten acht Amendments gegen Eingriffe der Gliedstaaten: incorporation thesis	111
III.	Eine Parallele im heutigen U.S. Supreme Court: Justice Antonin Scalia	114
D.	Das enge sprachliche Argument in der Praxis des U.S. Supreme Court	117
I.	Generelle Charakterisierung und Grundlagen	117
1.	Vorgehen	117
2.	Der Stellenwert des engen sprachlichen Arguments allgemein	117
3.	Die grundlegenden Entscheide John Marshalls	118
4.	Das enge sprachliche Argument und Anpassung an veränderte Umstände	121
a)	Olmstead und Katz: "material things" Doktrin	121
b)	Hester und Oliver: "open fields" Doktrin	123
c)	Weitere Entwicklung	125
II.	Die sprachliche Perspektive in der Rechtsprechung zur Meinungsfreiheit des ersten Amendments	125
1.	Die sprachliche Perspektive in der Rechtsprechung zur Meinungs- freiheit unter Mitwirkung von Justice Black	125
2.	Die sprachliche Argumentation in der heutigen Konkretisierung der Meinungsfreiheit	127
3.	Kurze zusammenfassende Bemerkung	129
III.	Das sprachliche Argument in der Rechtsprechung zum right to privacy	129
1.	Zugang zu Verhütungsmitteln: Keine enge sprachliche Argumen- tation	129
2.	Abtreibung: Widerstand mit enger sprachlicher Argumentation	130
3.	Widerstand gegen ein right to privacy in weiteren zentralen Entscheiden	134
a)	Vorgehen	134
b)	Schutz intimer menschlicher Beziehungen	135
c)	Schutz homosexueller Aktivitäten	136
d)	Schutz biologischer Vaterschaft	137
e)	Schutz eines right to die	138
4.	Zusammenfassende Bemerkungen	139
IV.	Eine zusammenfassende Bemerkung	141
E.	Sprachliche Argumentation und Wortbedeutung: Einige Hinweise	142
I.	Die Fragestellung	142
II.	Ansätze einer Antwort	143

1.	Der Ausgangspunkt: Stanley Fishs Konzept einer "interpretive community"	143
2.	"interpretive community" und "disciplining rules": Owen Fiss	148
3.	Die uninterpretierte Verfassung: Robert Nagel	150
F.	Fazit	153

3. Abschnitt

Historische Argumentation

A.	Einleitung	155
I.	Zur Relevanz historischer Argumentation	155
II.	Vorgehen	157
B.	Der enge Zusammenhang von historischem und sprachlichem Argument	158
C.	Kernelemente der Theorie des "originalism"	160
I.	Das methodische Vorgehen und die Funktion des Gerichts	160
II.	Der Begriff der Verfassung	161
D.	Einige Problembereiche	164
I.	Das Vertrags-Argument	164
II.	Individuelle Ansichten oder historischer Konsens?	167
III.	Wessen Ansichten sind relevant?	167
IV.	Die Vielzahl möglicher Quellen	168
V.	Die Frage der relevanten Abstraktionsstufe	170
E.	Robert Borks "originalism"	173
I.	Das Dilemma	173
II.	Die Funktion des Gerichts	174
III.	Neutralität der Rechtsanwendung	175
IV.	Die einzig richtige Lösung: "originalism"	176
V.	Begriff und Funktion der Verfassung	178
VI.	Das Problem der relevanten Abstraktionsstufe	178
F.	Ein differenzierteres Modell des "originalism"	180
I.	Interpretation und Spezifikation	180
II.	Die Rolle des Gerichts	183
III.	Zur Charakterisierung der Verfassung	184
IV.	Wessen Ansichten?	185
G.	Entstehungsgeschichte einzelner Amendments und Rechtsprechung des U.S. Supreme Court	185
I.	Der politische und verfassungsrechtliche Hintergrund	185
II.	Historische Argumentation im Bereich der Meinungsfreiheit	188
1.	Hinweise zu den Ansichten der "framers"	188
2.	Rückgriff auf das common law: Nur prior restraints oder auch nachträglicher Schutz?	191
3.	Rückgriff auf das common law: Schutz ehrverletzender Äußerungen ..	194

4.	Rückgriff auf die Ansichten der "framers" zur Funktion der Meinungsfreiheit	196
5.	Tradition als historisches Argument	199
	a) Beurteilung von Karikaturen	200
	b) Schutz von Wahllokalen	200
	c) Kategorien mit vermindertem Schutz	201
	d) Public Fora	202
III.	Historische Argumentation im Bereich der Rechtsgleichheit	204
	1. Hinweise zur Entstehung der Equal Protection Clause	204
	2. Rassentrennung öffentlicher Schulen	208
	3. Gleichstellung der Geschlechter	210
	4. Affirmative action zugunsten Schwarzer	212
IV.	Historische Argumentation im Bereich des right to privacy	215
	1. Vorbemerkung: Das neunte Amendement	215
	2. Historische Argumentation und Zugang zu Verhütungsmitteln	219
	3. Historische Argumentation und Abtreibung	220
	4. Tradition als historisches Argument: Die Frage der relevanten Abstraktionsstufe	222
	a) Bowers v. Hardwick	222
	b) Michael H. v. Gerald D.	224
H.	Fazit	226

4. Abschnitt

Demokratische Argumentation

A.	Ausgangspunkt und Aufbau	227
	I. Ausgangspunkt	227
	II. Weiteres Vorgehen	227
B.	Recht als Dialog: Robert Burt	228
	I. Demokratische Grundlagen	228
	1. Relevanz historischer Quellen	228
	2. Die beiden grundlegenden demokratischen Prinzipien	229
	a) Einstimmigkeit: Madison zur Stellung des Supreme Court	229
	b) Gleichheit: Lincoln und self-government	231
	II. Recht und Zwang	232
	III. Funktion des Gerichts und Kriterien der Verfassungskonkretisierung	233
	1. Die Funktion des Gerichts	233
	2. Kriterien der Verfassungskonkretisierung	234
	IV. Anwendungsbeispiele aus der Rechtsprechung	235
	1. Rassentrennung an öffentlichen Schulen: Brown I und Brown II	235
	2. Abtreibung: Roe	237
	3. Meinungsfreiheit: Nixon	238
	V. Zusammenfassende Bemerkungen	239

C.	Prozessuales Verfassungsverständnis: John Hart Ely	241
I.	Vorgehen.....	241
II.	Die theoretischen Grundlagen	242
1.	Demokratische Grundlagen.....	242
a)	Demokratiemodell und Funktion der Verfassung	242
b)	Historische Grundlagen	243
c)	Philosophische Grundlagen	245
2.	Funktionen des Gerichts und Kriterien zur Anwendung der Verfassung.....	246
3.	Anknüpfungspunkt in der höchstrichterlichen Rechtsprechung: Fußnote vier	247
III.	Schutz der Meinungsfreiheit: Theorie und Rechtsprechung.....	249
1.	Elys Ansatz: Offenhalten der Kanäle politischer Kommunikation.....	249
a)	Formulierung und Gebrauch des generellen Arguments: Besonderer Schutz politischer Äußerungen	249
b)	Dogmatischer Ansatz: Regelbildung	250
2.	Regelbildung in der Rechtsprechung des U.S. Supreme Court.....	253
IV.	Schutz der Rechtsgleichheit: Theorie und Rechtsprechung	254
1.	Elys Ansatz: Verbesserung der Repräsentation von Minderheiten.....	254
a)	Formulierung und Gebrauch des generellen Arguments	254
b)	Der dogmatische Ansatz: Regelbildung	256
aa)	Regelbildung im Bereich traditioneller staatlicher Ein- griffe.....	256
bb)	Regelbildung im Bereich von affirmative action Pro- grammen	256
2.	Regelbildung in der Rechtsprechung des U.S. Supreme Court.....	257
a)	Regelbildung allgemein	257
b)	Regelbildung bei der Geschlechterdiskriminierung	258
c)	Regelbildung bei der Rassendiskriminierung.....	260
d)	Regelbildung bei affirmative action Programmen.....	262
e)	Zusammenfassende Bemerkungen	265
V.	Schutz eines right to privacy: Theorie und Rechtsprechung	266
1.	Elys Ansatz: Minimaler Schutz	266
2.	Zwei Gegenbeispiele aus der Rechtsprechung.....	267
a)	Bowers v. Hardwick	267
b)	Cruzan v. Director, Missouri Department of Health	268
VI.	Zusammenfassende Bemerkungen zu Elys Theorie	269
D.	Phasen erhöhten verfassungsrechtlichen Bewußtseins: Bruce Ackerman	270
I.	Demokratische Grundlagen	270
1.	Der Problemaufriß.....	270
a)	Monistische Demokratie	271
b)	Rights Foundationalism	272
2.	Duale Demokratie (Dual Democracy)	274
a)	Die grundlegende Unterscheidung.....	274

b) Entscheidungen "des Volkes"	275
c) Entscheidungen der Regierungsorgane	278
II. Die Funktion des Verfassungsgerichts	279
1. Erhaltende Funktion des Verfassungsgerichts	279
2. Kritik	280
III. Die drei "constitutional moments"	281
IV. Verfassungskonkretisierung: Synthetisierung	283
1. Notwendigkeit der Synthetisierung	283
a) Grundlage	283
b) Zwei vereinfachende Beispiele.....	284
aa) Überbewertung des zweiten "constitutional moment"	284
bb) Überbewertung des ersten "constitutional moment"	285
2. Die Entwicklung umfassender Synthesen	285
V. Synthetisierung in der Rechtsprechung	287
1. Synthese im Bereich des right to privacy.....	287
a) Die Ablösung von Lochner: West Coast Hotel	287
b) Eine vorsichtige Neuumschreibung: Fußnote vier.....	288
c) Umfassende Synthese in Griswold	290
d) Synthese und Abtreibung: Roe und Casey	292
e) Eine unvollständige Synthese: Bowers	296
f) Synthese in zwei neueren grundlegenden Entscheiden:	299
g) Bemerkungen zur Synthese im Rahmen des right to privacy	300
2. Synthese im Bereich der Rechtsgleichheit	301
a) Synthetisierung als Rechtfertigung von Brown	301
aa) Die Fragestellung	301
bb) Justice Browns Basis in Plessy	302
cc) Chief Justice Warrens neue Basis in Brown	302
b) Ausdehnung auf neutral formulierte Diskriminierung: Loving und Seattle	303
aa) Loving	303
bb) Seattle	304
3. Synthese im Bereich der Meinungsfreiheit	306
4. Zusammenfassende Bemerkungen zur Synthese in der Rechtsprechung	308
VI. Zusammenfassende Bemerkungen	309
E. Demokratie und neutrale Rechtsanwendung: Frank Michelman und Cass Sunstein	310
I. Vorgehen.....	310
II. Demokratische Grundlagen: Frank Michelman	311
1. Die Rezeption des republikanischen Ansatzes.....	311
2. Abgrenzungen des republikanischen Ansatzes	313
a) Republikanische gegen pluralistische Demokratie	313
b) Republikanische gegen liberale Demokratie	314

3.	Grundlegende Charakteristika von Michelmans republikanischem Ansatz	315
a)	Das Spannungsfeld	315
b)	Die Auflösung: Jurisgenerative Politics	316
c)	Die Rolle des Verfassungsgerichts und verfassungsrechtlicher Argumentation	319
III.	Die Theorie Cass Sunsteins	321
1.	Zum hier besprochenen Autor	321
2.	Überblick über die Grundlagen von Sunsteins Konzeption verfassungsrechtlicher Argumentation und das weitere Vorgehen	322
a)	Grundlagen im Überblick	322
b)	Weiteres Vorgehen	323
3.	Die vier Prinzipien demokratischer Entscheidungsfindung	323
a)	Vorgehen	323
b)	Deliberation	324
c)	Konsens	328
d)	Politische Gleichheit	330
e)	Politische Partizipation	332
f)	Zusammenwirken dieser vier Prinzipien und kurze Zusammenfassung	334
4.	Notwendigkeit richterlicher Wertentscheidungen und die vier Prinzipien	335
a)	Kritik an der traditionellen Auffassung neutraler Entscheidung	335
b)	Umschreibung neutraler Argumentation	337
c)	Notwendigkeit richterlicher Wertentscheidung und Abschätzen der Folgen	338
5.	Die vier Prinzipien und die Funktion des Verfassungsgerichts	341
a)	Vorgehen	341
b)	Aktive richterliche Tätigkeit	341
c)	Institutionelle Beschränkungen aktiven richterlichen Eingreifens .	343
d)	Kurze zusammenfassende Bemerkung	346
IV.	Sunsteins Theorie in der Rechtsprechung	346
1.	Aufbau und Vorgehen	346
2.	Traditionelle Auffassung von Neutralität in der Rechtsprechung	347
a)	Verfassungsrechtlicher Ausgangspunkt: Die Lochner Ära und der New Deal	347
aa)	Die Lochner Ära	347
bb)	Der New Deal	349
b)	Nachwirkungen im modernen Recht	350
aa)	Rechtsgleichheit	350
bb)	Right to privacy	351
cc)	Meinungsfreiheit	352
c)	Zusammenfassende Bemerkung	352

3.	Deliberative Demokratie und die Rechtsprechung zur Meinungsfreiheit	353
a)	Ein New Deal für die Meinungsfreiheit und das weitere Vorgehen.....	353
b)	Drei Kategorien von Einschränkungen der Meinungsfreiheit und ihre verfassungsrechtliche Überprüfung	354
aa)	Einschränkungen wegen der geäußerten Ansichten.....	354
bb)	Einschränkungen eines ganzen Themenbereichs	356
cc)	Einschränkungen unabhängig vom Inhalt einer Äußerung	359
c)	Verfassungsrechtliche Überprüfung rassistischer Äußerungen.....	361
aa)	Rassistische Äußerungen: R.A. V. v. City of St. Paul	361
bb)	Rassistische Motivation gewalttätiger Handlungen: Wisconsin v. Mitchell	366
d)	Verfassungsrechtliche Überprüfung pornographischer Äußerungen.....	369
aa)	Das Problemfeld	369
bb)	Die geltende Rechtsprechung und neutrale Rechtsanwendung.....	369
cc)	Ein alternativer Ansatz.....	371
dd)	Die gerichtliche Antwort	373
4.	Deliberative Demokratie und die Rechtsprechung zur Rechtsgleichheit	376
a)	Vorgehen.....	376
b)	Affirmative Action.....	376
aa)	Zwei Konzeptionen von Neutralität	376
bb)	Der Beginn der Rechtsprechung	377
cc)	Die Positionen in der modernen Rechtsprechung	381
dd)	Kurze zusammenfassende Bemerkung	382
c)	Tatsächliche Unterschiede im Rahmen der Gleichheit der Geschlechter	383
aa)	Einschränkende Vorbemerkung	383
bb)	Tatsächliche Unterschiede und Sozialversicherung.....	384
cc)	Schwangerschaft als "tatsächlicher" Unterschied	386
dd)	Unzulässige stereotype Rollenverteilungen	389
ee)	Zulässige Ungleichbehandlungen	389
ff)	Zusammenfassende Bemerkungen	390
5.	Deliberative Demokratie und die Rechtsprechung zur Abtreibung	391
a)	Vorgehen.....	391
b)	Der Schutz des Entscheids über eine Abtreibung durch das right to privacy	391
aa)	Das Argument	391
bb)	Die Folgen in der Rechtsprechung	392
c)	Ein neuer Ansatz: Die Equal Protection Clause	393
aa)	Grundlagen in Entscheiden des U.S. Supreme Court.....	393

bb)	Biologische Unterschiede und neutrale Rechtsanwendung ...	394
cc)	Das Interesse am Erhalt des Fötus und neutrale Rechtsanwendung	396
V.	Zusammenfassende Bemerkungen	398
F.	Fazit	399

5. Abschnitt

Der Beitrag von Rechtsprechung und Theorie zum Problem regelgeleiteter und kontext-bezogener Entscheidung: Eine Zusammenfassung

A.	Vorgehen	401
B.	Relevanz der Fragestellung und kurze Begriffsbeschreibung	403
I.	Relevanz der Fragestellung	403
II.	Begriffsbeschreibung	404
1.	Regelgeleitete Entscheidung	404
a)	Regeln und formalistische Rechtsanwendung	404
b)	Regeln und die Funktion des Verfassungsgerichts	407
c)	Anwendung einer Regel: Ein politischer Entscheid	409
d)	Formulierung einer Regel als Prozeß	410
2.	Kontext-bezogene, abwägende Entscheidung	411
3.	Die enge Verflechtung der beiden Ansätze	414
C.	Regelbildung und Güterabwägung in der Rechtsprechung	416
I.	Die Meinungsfreiheit	416
1.	Einführender Überblick	416
2.	Ein Beispiel: Aufforderungen zu rechtswidrigen Handlungen	418
a)	Das Problem	418
b)	Die erste Phase: Weder Güterabwägung noch regelgeleitete Entscheidung	419
aa)	Zurückhaltung in der Überprüfung	419
bb)	Strengere Überprüfung	422
c)	Die zweite Phase: Hinwendung zur Güterabwägung im Einzelfall	424
aa)	Geringer Schutz der Meinungsfreiheit	424
bb)	Umfassenderer Schutz der Meinungsfreiheit	426
d)	Die dritte Phase: Regelbildung	427
e)	Zusammenfassung	431
3.	Das Ergebnis	432
II.	Die Rassendiskriminierung	434
1.	Vernünftige Ausübung der polizeilichen Zuständigkeiten	434
2.	Eine fast absolute Regel	435
3.	Relativierungen der fast absoluten Regel	436
4.	Das Ergebnis	437

III. Das right to privacy	438
1. Lochner: Die fehlende Güterabwägung	438
2. Bildung einer Regel und ihre Aufweichung	439
a) Regelbildung.....	439
b) Die Aufweichung der Regel	440
3. Kurze Zusammenfassung	442
D. Regelbildung und kontext-bezogene, abwägende Entscheidung aus der Perspektive verschiedener Arten verfassungsrechtlicher Argumentation	442
I. Vorgehen.....	442
II. Enge sprachliche Argumentation.....	442
III. Historische Argumentation	444
1. Einleitende Bemerkung	444
2. Robert Bork	444
a) Borks Ansatz	444
b) Regelbildung, Abwägung und Meinungsfreiheit.....	445
c) Regelbildung bei der Rassendiskriminierung	446
d) Kein right to privacy.....	447
3. Michael Perry	447
a) Allgemeine Charakterisierung	447
b) Abwägung und Regelbildung bei der Meinungsfreiheit.....	448
c) Regelbildung bei der Rassendiskriminierung	448
d) Right to privacy und Rechtsgleichheit.....	449
IV. Demokratische Argumentation	450
1. Robert Burt.....	450
a) Kurze Charakterisierung von Burts Ansatz	450
b) Regelbildung und Abwägung bei der Meinungsfreiheit.....	450
c) Kontext-bezogene Entscheidung bei der Rassendiskriminierung ..	452
d) Güterabwägung im Bereich eines right to privacy	453
2. John Hart Ely	453
a) Allgemeine Charakterisierung	453
b) Regelgeleitetes Vorgehen bei der Meinungsfreiheit	454
c) Regelgeleitetes Vorgehen bei der Rassendiskriminierung	455
d) Regelbildung im Bereich eines right to privacy	455
3. Bruce Ackerman.....	456
a) Allgemeine Charakterisierung	456
b) Regelbildung und Meinungsfreiheit	457
c) Regelbildung, Einzelfall und Rechtsgleichheit	458
d) Regelbildung, Abwägung und das right to privacy	460
4. Cass Sunstein und Frank Michelman	461
a) Allgemeine Charakterisierung: Eine generelle Tendenz zu Gunsten von kontext-bezogener, abwägender Entscheidung	461
b) Abwägung und regelhaftes Entscheiden im Bereich der Meinungsfreiheit	463

c) Kontext-bezogenes und regelgeleitetes Entscheiden bei Fragen der Rassendiskriminierung	464
d) Regelbildung und Abwägung beim right to privacy	467
aa) Begründung eines right to privacy	467
bb) Kontext-bezogene Ausgestaltung eines right to privacy	468
Schluß	470
Literaturverzeichnis	472
Text der U.S. Verfassung	493
Namen- und Sachregister	511
Entscheidungsverzeichnis	518

Abkürzungsverzeichnisse

Deutsches Abkürzungsverzeichnis

a.a.O.	am angegebenen Ort
Absch.	Abschnitt
d.h.	das heißt
etc.	et cetera
f/ff	folgende Seite/Seiten
m.E.	meines Erachtens
n	Fußnote [n]
sog.	sogenannt [e, er, en, em, es]
u.a.	unter anderem
vgl.	vergleiche
z.B.	zum Beispiel

U.S.-amerikanisches Abkürzungsverzeichnis

aff'd	affirmed
Am.; amend.	Amendment (Zusatzartikel zur U.S. Verfassung)
Ariz. L. Rev.	Arizona Law Review
Ariz. St. L.J.	Arizona State Law Journal
art.	article
Assn.	Association
Berkeley Women's L.J.	Berkeley Women's Law Journal
B.U. L. Rev.	Boston University Law Review
B.Y.U. L. Rev.	Brigham Young University Law Review
Buff. L. Rev.	Buffalo Law Review
Cal. L. Rev.	California Law Review
Cardozo L. Rev.	Cardozo Law Review
Case W. Res. L. Rev.	Case Western Reserve Law Review
cert.	certiorary
Chi.-Kent L. Rev.	Chicago-Kent Law Review
C.J.	Chief Justice
Co.	Company
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review
Conn. L. Rev.	Connecticut Law Review
Const.	Constitution
Contemp.	Contemporary
Cornell L. Q.	Cornell Law Quarterly
Cornell L. Rev.	Cornell Law Review
Cumb. L. Rev.	Cumberland Law Review

Dall.	Dallas
Duke L.J.	Duke Law Journal
Econ.	Econom [ic, ics, y]
ed.	edit [ion, or]
eds.	editors
Emory L.J.	Emory Law Journal
F.2d	Federal Reporter 2nd (enthält die Entscheide der U.S. Circuit Courts)
Fed.	Federal
Fla. L. Rev.	Florida Law Review
F. Supp.	Federal Supplement (enthält die Entscheide der U.S. District Courts)
Geo. Wash. L. Rev.	George Washington Law Review
Geo. L.J.	Georgetown Law Journal
Ga. L. Rev.	Georgia Law Review
Gov't	Government
Harv. BlackLetter J.	Harvard BlackLetter Journal
Harv. C.R.-C.L. L. Rev.	Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review
Harv. J.L. & Pub. Pol'y	Harvard Journal of Law and Public Policy
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
Harv. Women's L.J.	Harvard Women's Law Journal
Hastings Const. L.Q.	Hastings Constitutional Law Quarterly
Hastings L.J.	Hastings Law Journal
Hist.	Histor [ical, y]
Hofstra L. Rev.	Hofstra Law Review
How.	Howard
How. L.J.	Howard Law Journal
Inc.	Incorporated
Ind. L.J.	Indiana Law Journal
Int'l	International
J.	Justice
J. Contemp. L.	Journal of Contemporary Law
J.J.	Justices
Ky. L.J.	Kentucky Law Journal
L.	Law
La. L. Rev.	Louisiana Law Review
mem.	Supreme Court disposition without opinion
Mich. L. Rev.	Michigan Law Review
Minn. L. Rev.	Minnesota Law Review
NAACP	National Association for the Advancement of Colored People
Nat'l	National
N.Y.U. L. Rev.	New York University Law Review
N.C. L. Rev.	North Carolina Law Review
Nw. U. L. Rev.	Northwestern University Law Review
Ohio St. L.J.	Ohio State Law Journal
Pet.	Peters
Pol'y	Policy
Pub.	Public
Q.	Quarterly
Rev.	Review

Rptr.	Reporter
Rts.	Rights
Rutgers L. Rev.	Rutgers Law Review
S. Ct.	Supreme Court Reporter (nichtamtliche Sammlung der West Publishing Corp.)
S.D.	Southern District
Soc.	Social
S. Tex. L. Rev.	South Texas Law Review
S. Cal. L. Rev.	Southern California Law Review
S. Ill. U. L.J.	Southern Illinois University Law Journal
Stan. L. Rev.	Stanford Law Review
Stat.	Statute
Sup. Ct. Rev.	Supreme Court Review
Supp.	Supplement
Tex. L. Rev.	Texas Law Review
Tul. L. Rev.	Tulane Law Review
UCLA L. Rev.	University of California at Los Angeles Law Review
U.	University
U.C. Davis L. Rev.	University of California at Davis Law Review
U. Chi. L. Rev.	University of Chicago Law Review
U. Cin. L. Rev.	University of Cincinnati Law Review
U. Colo. L. Rev.	University of Colorado Law Review
U. Dayton L. Rev.	University of Dayton Law Review
U. Fla. L. Rev.	University of Florida Law Review
U. Ill. L. Rev.	University of Illinois Law Review
U. Miami L. Rev.	University of Miami Law Review
U. Mich. J.L. Ref.	University of Michigan Journal of Law Reform
U. Pa. L. Rev.	University of Pennsylvania Law Review
U. Pitt. L. Rev.	University of Pittsburgh Law Review
U. Puget Sound L. Rev.	University of Puget Sound Law Review
U.S.	United States/United States Reports (amtliche Sammlung)
U.S.C.	United States Code (Amtliche Sammlung der Bundesgesetze der Vereinigten Staaten)
U.S. Const.	United States Constitution
Utah L. Rev.	Utah Law Review
v.	versus
Vand. L. Rev.	Vanderbilt Law Review
Va. L. Rev.	Virginia Law Review
vol.	volume
Wall.	Wallace
Wash. & Lee L. Rev.	Washington & Lee Law Review
Wash. L. Rev.	Washington Law Review
Wash. U. L.Q.	Washington University Law Quarterly
Wheat.	Wheaton
W. Va. L. Rev.	West Virginia Law Review
Wm. & Mary L. Rev.	William and Mary Law Review
Wis. Women's L.J.	Wisconsin Women's Law Journal
Women's Rts. L. Rep.	Women's Rights Law Reporter
Yale L.J.	Yale Law Journal

Bemerkungen zur Zitierweise

Die Abkürzungen U.S.-amerikanischer Zeitschriften und Entscheidungssammlungen orientieren sich am Bluebook: A Uniform System of Citation, 15th ed., Cambridge MA 1991. Die im Bluebook vorgeschriebene Zitierweise wird in den Grundzügen übernommen, Details dagegen weggelassen.

Der Verständlichkeit halber werden hier einige der am häufigsten verwendeten Abkürzungen kurz erläutert.

Zitierweise von Entscheidungen des U.S. Supreme Court

Die Zitierweise der Entscheide des U.S. Supreme Court soll am folgenden Beispiel verdeutlicht werden:

Rust v. Sullivan, 500 U.S. 173 (1991) bedeutet:

- *Rust* ist Beschwerdeführer
- *Sullivan* ist Beschwerdegegner
- der Entscheid ist in Band 500 der amtlichen Sammlung der Supreme Court Entscheide publiziert
- der Entscheid beginnt auf Seite 173 der amtlichen Sammlung
- der Fall wurde im Jahr 1991 entschieden.

Neuere Entscheide, die zur Zeit des Abschlusses des Manuskripts dieser Arbeit noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht waren, werden nach der von West Publishing Company herausgegebenen Sammlung zitiert:

Rust v. Sullivan, 111 S. Ct. 1759 (1991)

Die Anordnung von Bandnummer, Seitenzahl und Jahrgang entspricht derjenigen der amtlichen Sammlung.

Zitierweise von Aufsätzen

Die Zitierweise von Aufsätzen in Periodica soll am folgenden Beispiel verdeutlicht werden:

Michael S. Moore, Do We Have an Unwritten Constitution?, 63 S. Cal. L. Rev. 107, 110-113 (1989) bedeutet:

- der Aufsatz findet sich in Band 63 der Southern California Law Review
- er beginnt auf Seite 107 dieser Zeitschrift
- der Hinweis bezieht sich auf die Seiten 110-113 des Aufsatzes
- der Aufsatz wurde im Jahr 1989 publiziert.

Aufsätze werden durchwegs voll zitiert. Hinweise "a.a.O." werden nur spärlich und ausschließlich innerhalb einer Fußnote verwendet.

Zitierweise von Büchern

Die Zitierweise von Büchern richtet sich an dem im deutschsprachigen Raum Üblichen aus und folgt nicht den U.S.-amerikanischen Standards. Falls in einem Buch mehrere Erscheinungsorte angegeben sind, wird nur der erste aufgeführt.

Bücher werden durchwegs voll zitiert. Hinweise "a.a.O." werden nur spärlich und ausschließlich innerhalb einer Fußnote verwendet.

Weitere Hinweise zur verwendeten Terminologie

Die Begriffe "Staat" und "Gliedstaat" werden synonym verwendet; sie weisen auf einzelne Gliedstaaten der Vereinigten Staaten von Amerika hin.

Einzelne U.S.-amerikanische Begriffe werden nicht übersetzt. Es handelt sich dabei vorwiegend um technische Begriffe, deren Übersetzung bei europäisch ausgebildeten Leserinnen oder Lesern unter Umständen falsche Assoziationen wecken könnte.

Die Bezeichnung "Justice" respektive "Justices" für die Richterinnen und Richter des U.S. Supreme Court wird beibehalten.

Einleitung

Bei der Anwendung von Grundrechten insbesondere durch ein Gericht stellen sich regelmäßig elementare Fragen gerechten Zusammenlebens, die gewöhnlich von enormer politischer Bedeutung sind. Richterliche Konkretisierung von Grundrechten weist damit vielfältige politische Bezüge auf und gerät zwangsläufig in ein Spannungsverhältnis zum Gesetzgeber. Spezifisch dem Gericht ist es dabei aufgetragen, seine Entscheide etwa über die Nichtanwendung einer gesetzlichen Bestimmung oder gar die Aufhebung eines ganzen Gesetzes zu begründen. Je fundamentaler und politisch kontroverser die beurteilten Fragen sind, desto größere Bedeutung kommt einer richterlichen Begründung zu.

Besonderes Gewicht erhält die Begründung eines verfassungsrechtlichen Entscheids auch deshalb, weil Grundrechtsbestimmungen in der Regel sehr offen und abstrakt formuliert sind; der Verfassungstext vermag regelmäßig nur grobe Anhaltspunkte zur Entscheidung eines konkreten Falls zu vermitteln. Das Gericht kann sich daher nicht an einem fest vorgegebenen Katalog zulässiger Gründe orientieren, sondern muß seine Argumentation je nach dem zu beurteilenden Sachverhalt unterschiedlich aufbauen. Der Überzeugungskraft und Konsensfähigkeit einer richterlichen Begründung kommt deshalb — über einen längeren Zeitraum betrachtet — zentrale Bedeutung zu. Die Qualität der Argumente, die ein Gericht verwendet, rückt in den Mittelpunkt der Konkretisierung von Grundrechten. Die vorliegende Arbeit diskutiert verschiedene Arten verfassungsrechtlicher Argumentation. Sie tut dies anhand von Lehre und Praxis zum U.S.-amerikanischen Verfassungsrecht.

Die Auswahl des Fallrechts beschränkt sich im wesentlichen auf Entscheide des Supreme Court der Vereinigten Staaten in den Bereichen der Meinungsfreiheit, der Rechtsgleichheit und der Garantie einer gewissen Privatsphäre (right to privacy). Es werden nur ausnahmsweise Entscheide unterer Instanzen oder solche aus andern Rechtsgebieten herangezogen. Um die methodische Diskussion anhand des Fallrechts von ausführlichen Sachverhaltsdarstellungen und materiellrechtlichen Fragen zu entlasten, gibt der erste Abschnitt dieser Arbeit einen kurzen Überblick über die besonders berücksichtigten Entscheide und die ihnen zugrundeliegende Dogmatik.

Verfassungsrechtliche Argumentation, welche die Bedeutung einer Norm exklusiv oder doch primär ihrem Text entnimmt, verfügt in der U.S.-amerikanischen Doktrin über eine lange Tradition. Auch der Ansatz, der hauptsächlich

oder gar ausschließlich in der Geschichte nach dem Sinn einer Grundrechtsbestimmung sucht, hat sich seit langem als eigenständige Art verfassungsrechtlicher Argumentation etabliert. Die vorliegende Arbeit diskutiert Theorie und Rechtsprechung zu diesen beiden Ansätzen in den Abschnitten zwei und drei.

Der vierte Abschnitt setzt sich mit verschiedenen weiteren Ansätzen verfassungsrechtlicher Argumentation auseinander. Ihnen ist gemeinsam, daß sie die Frage nach der Funktion der Grundrechte als Voraussetzungen einer demokratischen Ordnung in den Vordergrund stellen. Sie werden hier deshalb unter dem Titel "Demokratische Argumentation" zusammengefaßt*.

Es werden also drei Arten verfassungsrechtlicher Argumentation diskutiert: sprachliche (2. Abschnitt), historische (3. Abschnitt) und demokratische (4. Abschnitt). Diese Einteilung darf jedoch nicht dahingehend verstanden werden, daß die drei Ansätze ohne Verbindung untereinander, je in sich geschlossen wären. Sie sind vielmehr eng miteinander verknüpft: Jede Argumentation im Rahmen einer Konkretisierung von Grundrechten muß sich in der einen oder andern Weise auf den Verfassungstext beziehen; keine Anwendung von Grundrechten darf an der historischen Bedingtheit verfassungsrechtlicher Garantien vorbeisehen; die Konkretisierung von Bestimmungen einer Verfassung, welche die rechtliche Grundlage eines demokratisch organisierten Gemeinwesens darstellt, darf diesen Zusammenhang in keinem Fall außer acht lassen. Die Ausführungen in der vorliegenden Arbeit sind vor diesem Hintergrund zu verstehen.

Die erwähnten Arten verfassungsrechtlicher Argumentation decken nicht das gesamte Spektrum der Methoden U.S.-amerikanischer Grundrechtskonkretisierung ab. Andere wichtige Ansätze, wie etwa ökonomische oder strukturalistische, werden hier nicht berücksichtigt.

Eine ausführliche Zusammenfassung (5. Abschnitt) schließt die Arbeit ab: Die verschiedenen Theorien werden in ihren Grundzügen gerafft dargestellt und anschließend darauf hin befragt, welchen Beitrag sie zur Beantwortung der Frage leisten, in welchem Maß die Konkretisierung von Grundrechten regelhaft und wie weit sie abwägend, einzelfallbezogen erfolgen soll.

Der beschriebene systematische Aufbau beginnt mit dem Einfachen und schreitet zu stets komplexeren Problemstellungen fort. Dies gilt sowohl für die Anordnung der fünf Abschnitte untereinander als auch für die Darstellungen innerhalb der einzelnen Abschnitte.

* * *

* Diese Systematisierung orientiert sich an der Einteilung von Mark Tushnet, ist aber umfassender als diese. Vgl. Mark Tushnet, *Red, White, and Blue*, Cambridge MA 1988, ch. 2 ("The Jurisprudence of Democracy").

Die drei erwähnten Arten verfassungsrechtlicher Argumentation werden jeweils in ihrer theoretischen Ausgestaltung vorgestellt und anschließend anhand der Rechtsprechung des U.S. Supreme Court auf ihre Verwendung in der Praxis hin untersucht.

Damit wird der erste Schritt einer vergleichenden Betrachtung methodischer Probleme der Konkretisierung von Grundrechten gemacht: Die Diskussion der theoretischen Ausgestaltung und praktischen Tragfähigkeit unterschiedlicher Arten verfassungsrechtlicher Argumentation in den Vereinigten Staaten kann dafür verwendet werden, die methodischen Ansätze zur Grundrechtskonkretisierung in unserer Rechtsordnung kritisch zu hinterfragen und aus ändern, vielleicht ungewohnten Perspektiven neu zu betrachten. Dieser zweite Schritt wird hier jedoch — anders als ursprünglich geplant — aus Zeit- und Raumgründen nicht mehr vollzogen. Er bleibt weiteren Arbeiten vorbehalten.

* * *

Ich habe die Grundlagen der vorliegenden Arbeit während eines einjährigen Studienaufenthalts am Georgetown University Law Center in Washington, D.C., erarbeitet. Während dieses Jahres machte ich mich im Rahmen zahlreicher Lehrveranstaltungen mit den Grundzügen U.S.-amerikanischen Verfassungsrechts vertraut, trug die Literatur zusammen und skizzierte grob die Basis der vorliegenden Arbeit. Die konkrete Ausarbeitung und die Niederschrift wurden anschließend in der Schweiz vorgenommen. Angesichts dieser intensiven Auseinandersetzung mit der U.S.-amerikanischen Lehre und Rechtsprechung verzichte ich auf die Verarbeitung deutschsprachiger Darstellungen der U.S.-amerikanischen Verfassungspraxis.

Dieser Verzicht erscheint auch aufgrund der folgenden Überlegung gerechtfertigt: Darstellung und Diskussion juristischen Materials aus einem fremden und fremdsprachigen Rechtskreis verlangt nach einer Übersetzung in mehrfacher Hinsicht. (1) Die in amerikanischer Sprache verfaßten Bücher, Aufsätze und Entschiede müssen in deutscher Sprache wiedergegeben werden. (2) Die amerikanischen Ausführungen sind auf dem Hintergrund eines Rechtssystems entstanden, das von unserem in wesentlichen Aspekten abweicht; sie sind in eine Form überzuführen, die auf dem Hintergrund unseres Rechtssystems verständlich ist. (3) Eng damit verknüpft ist das Problem, Gedanken von der einen gesellschaftlichen Kultur in eine andere zu übertragen. Diese vielfältigen Übersetzungen können nicht neutral erfolgen, sondern sind stets mit gewissen materiellen Interpretationen verbunden, die auch einen subjektiven Gehalt aufweisen; der Interpret analysiert das fremde Material durch seine eigene Brille. Es scheint mir sinnvoll, nur eine Brille zu verwenden, um Verzerrungen möglichst gleichmäßig zu halten, anstatt durch mehrere Brillen zu blicken und damit Unschärfen verschiedenster Herkunft zu vereinen.