

1979

# Aussergesetzliche Masstabe in der Rechtsprechung des Supreme Court der Vereinigten Staaten

Donald P. Kommers

*Notre Dame Law School*, [donald.p.kommers.1@nd.edu](mailto:donald.p.kommers.1@nd.edu)

Kenneth Ripple

*Notre Dame Law School*, [kripple@nd.edu](mailto:kripple@nd.edu)

Follow this and additional works at: [https://scholarship.law.nd.edu/law\\_faculty\\_scholarship](https://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship)



Part of the [Constitutional Law Commons](#), and the [Supreme Court of the United States Commons](#)

---

## Recommended Citation

Donald P. Kommers & Kenneth Ripple, *Aussergesetzliche Masstabe in der Rechtsprechung des Supreme Court der Vereinigten Staaten*, 26 *Zeitschrift für Politik* 125 (1979).

Available at: [https://scholarship.law.nd.edu/law\\_faculty\\_scholarship/1384](https://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/1384)

This Article is brought to you for free and open access by the Publications at NDLScholarship. It has been accepted for inclusion in Journal Articles by an authorized administrator of NDLScholarship. For more information, please contact [lawdr@nd.edu](mailto:lawdr@nd.edu).

# AUSSERGESETZLICHE MASSSTÄBE IN DER RECHTSPRECHUNG DES SUPREME COURT DER VEREINIGTEN STAATEN

*Von Donald P. Kommers und Kenneth F. Ripple\**

## *Einleitung*

Zweck der folgenden Ausführungen ist die Darlegung der Bedeutung außergesetzlicher Urteilsmaßstäbe in der amerikanischen Verfassungsrechtsprechung. Dabei sollen vor allem diejenigen Urteilstkriterien untersucht werden, die den größten Einfluß auf das amerikanische Verfassungsrecht haben dürften; sie sollen im Kontext des gegenwärtigen case law untersucht werden.

Unter außergesetzlichen Urteilsmaßstäben verstehen wir urteilsbegründende Gesichtspunkte, die sich nicht aus dem Verfassungstext selbst ergeben. Es geht uns hier also nicht um Fälle aus dem Verfassungsrecht, bei denen es um Auslegungsregeln wie Textanalyse, Rückgriff auf Präzedenzien oder den Willen des Verfassungsgebers geht. Obgleich verfassungsrechtliche Meinungsverschiedenheiten im amerikanischen Regierungssystem selbstverständlich im Rahmen des Gesetzes beigelegt werden, hängt ihre Lösung doch oft von zusätzlichen richterlichen Rückgriffen auf Sachverhalte ab, die außerhalb des Gesetzes liegen. Diese Sachverhalte sprechen durchaus nicht immer für sich selbst. Sie müssen im Lichte persönlicher Wertvorstellungen und Lebenserfahrungen der Richter interpretiert werden. Vor allem der deutsche Leser muß sich diesen persönlichen und auf Erfahrung beruhenden Aspekt der amerikanischen Verfassungsrechtsprechung stets vor Augen halten.

Die außergesetzlichen Kriterien der verfassungsrechtlichen Judikatur, die hier zum Zweck der Analyse unterschieden werden, sind: 1. soziale Gewohnheiten (mores), 2. persönliche Wertvorstellungen, 3. sozio-ökonomische Fakten und 4. die Geschichte. Drei dieser Maßstäbe – soziale Gewohnheiten, sozio-ökonomische Fakten und die Geschichte – werden von den Richtern herangezogen, um soziale Wirklichkeit jenseits des Gesetzes zu rekonstruieren. Der vierte Maßstab – richterliche Wertpräferenzen – betrifft unmittelbar den Aspekt der Persönlichkeit der Richter. Alle vier schlagen sich gleichermaßen im Prozeß der Urteilsfindung nieder, wobei die persönlichen Wertpräferenzen auf zwei Ebenen wirksam sind: Sie prägen erstens die Deutung außerrechtlicher Sachverhalte und beeinflussen zweitens die Rangordnung konkurrierender Verfassungswerte.

Für unsere Analyse wurde eine Reihe von Fällen ausgewählt, die die Anwendung außergesetzlicher Maßstäbe durch den Obersten Gerichtshof in besonderer Weise

\* Donald P. Kommers ist Professor für Jurisprudenz, Regierungslehre und internationale Studien an der Universität Notre Dame (Ind.) und Direktor des dortigen Center for the Study of Civil Rights. Kenneth F. Ripple ist ebenfalls Professor der Jurisprudenz an der Universität Notre Dame und Direktor des dortigen Center for Law and Government. Von 1973 bis 1977 war er Senior Attorney beim Chief Justice der Vereinigten Staaten.

illustrieren. Man darf diese Maßstäbe freilich nicht isoliert betrachten, da sie nur im Zusammenhang des verfassungsgerichtlichen Entscheidungsprozesses angemessen analysiert werden können. Daher soll dieser Prozeß zunächst dargestellt werden.

### *Das richterliche Prüfungsrecht*

Wenn wir den verfassungsgerichtlichen Entscheidungsprozeß untersuchen wollen, müssen wir uns zuerst mit der grundlegenden amerikanischen Doktrin des richterlichen Prüfungsrechts (judicial review) beschäftigen. Dieses Prüfungsrecht – die Befugnis der Gerichte, die Verfassung allgemeinverbindlich auszulegen – ist im Unterschied zum Art. 93 GG<sup>1</sup> nicht ausdrücklich in der amerikanischen Verfassung vorgesehen, sondern eine Rechtsschöpfung von Chief Justice John Marshall anlässlich des historischen Falles *Marbury v. Madison*<sup>2</sup>, der 1803 entschieden wurde. Hier erging das erste Urteil des Obersten Gerichtshofes, das ein Gesetz des Bundesgesetzgebers für verfassungswidrig erklärte. Bis zum heutigen Tag ist dies ein Grundstein des amerikanischen Verfassungsrechts geblieben.

Marshall ging von der Grundvoraussetzung aus, daß eine geschriebene Verfassung ein Gesetz höchsten Ranges sei, dem alle übrigen Gesetze untergeordnet seien und das für alle Bereiche, Ebenen und Institutionen des Staates gelte. Doch woraus leitet sich die Befugnis gerade der *Gerichtbarkeit* ab, mit letzter Verbindlichkeit festzulegen, was die Verfassung aussagt, und diese Auslegung den anderen Gewalten im Staat aufzuzwingen? Marshalls Logik war täuschend einfach: Die Verfassung verteilt die Macht auf drei Gewalten des Staates; Art. III erteilt allein der Judikative die Befugnis, Rechtsfälle unter der Geltung der Verfassung zu entscheiden. Die Richter haben einen Eid geleistet, die Verfassung zu wahren; und wenn nun die Verfassung – nach Auffassung Marshalls das »grundlegende und höchste Gesetz der Nation«<sup>3</sup> – in Widerspruch zu einem anderen Gesetz der Einzelstaaten oder des Bundes steht, dann haben die Richter die heilige und durch ihren Eid diktierte Amtspflicht, der ersteren durch Nichtigerklären der letzteren Geltung zu verschaffen. Der Chief Justice sicherte später seine Argumentation noch zusätzlich mit einem Hinweis auf Art. VI ab, der die Verfassung ausdrücklich zum »supreme Law of the Land«<sup>4</sup> erklärt. Alle diese Argumente fanden ihren Niederschlag in einem historischen Fall aus dem Jahre 1958, bei dem es um die Weigerung des Bundesstaates Arkansas ging, die Rassentrennung in öffentlichen Schulen entsprechend einer früheren Entscheidung des Obersten Gerichtshofes – *Brown v. Board of Education*<sup>5</sup> – aufzuheben. Chief Justice Earl Warren verkündete in einem von allen neun Richtern unterzeichneten Gutachten noch einmal die Bedeutung des richterlichen Prüfungsrechts im amerikanischen Regierungssystem: »Es ist notwendig, einige der grundsätzlichen verfassungsrechtlichen Lehrsätze in Erinnerung zu rufen, die zur festen Doktrin geworden sind. Art. VI der Verfassung macht diese Verfassung zum höchsten Gesetz des Landes . . . Die Entscheidung *Marbury v. Madison* legte das Grundprinzip fest, daß die Bundesgerichtsbarkeit in der Auslegung der Verfassung die ranghöchste Instanz ist. Und seitdem ist dieses Prinzip von diesem Gerichtshof und dem ganzen Land als ein bleibender und unverzichtbarer Bestandteil unseres Verfassungssystems anerkannt worden. Daraus folgt,

1 Art. 93 Abs. 1 GG.

2 1 Cranch 137 (1803).

3 Ibid., S. 176.

4 Art. VI Abs. 2 US-Verfassung.

5 347 U.S. 483 (1954).

daß die Auslegung des 14. Zusatzartikels, die durch dieses Gericht im Fall Brown verkündet wurde, höchstes Gesetz des Landes ist und kraft Art. VI der Verfassung verpflichtend für die Bundesstaaten ist und zwar »ohne Rücksicht auf widersprechende Bestimmungen in den Verfassungen oder Gesetzen irgendeines dieser Bundestaaten«. Jedes Mitglied der gesetzgebenden Körperschaften des Bundes oder der Länder sowie jeder Beamte der Exekutive und jeder Richter ist gemäß Art. VI Abs. 3 feierlich durch seinen Eid dazu verpflichtet, dieser Verfassung zu gehorchen.<sup>6</sup>

Die Prinzipien richterlicher Suprematie sind somit fest im Gefüge des amerikanischen Rechtssystems verankert.

### *Der verfassungsgerichtliche Entscheidungsprozeß*

#### *Die Grenzen des richterlichen Prüfungsrechts*

Im Urteil *Marbury v. Madison*<sup>7</sup> stellte Chief Justice Marshall klar heraus, daß »es vornehmste Aufgabe und Pflicht der richterlichen Gewalt ist zu sagen, was das Gesetz sagt«<sup>8</sup>. Der Great Chief Justice war jedoch so zurückhaltend, diese Rolle der Justiz als einer letzten Instanz für die Auslegung der Verfassung eng an die Aufgabe dieser Gewalt zu knüpfen, nämlich – in den Worten der Verfassung – konkrete »cases« oder »controversies« (Fälle bzw. Rechtsfragen) zu entscheiden<sup>9</sup>. »Diejenigen, die ein Gesetz auf einen konkreten Fall anwenden«, bemerkte Marshall, »müssen unvermeidlich dieses Gesetz erläutern und interpretieren.«<sup>10</sup> Kurzum, die Bundesgerichtsbarkeit sollte die ranghöchste Instanz für die Auslegung der Verfassung sein, wenn – aber nur wenn – die Angelegenheit vor das Gericht käme »im Zuge eines normalen Prozesses«<sup>11</sup>, wie Cox es einmal ausdrückte.

#### *1. Case or Controversy*

Was ist der Sinn dieser Kompetenzbegrenzung der Gerichte, und welche praktischen Auswirkungen hat sie für die Auslegung des amerikanischen Verfassungsrechts? Nach Chief Justice Earl Warren<sup>12</sup> dient die Beschränkung der Bundesgerichte auf »cases or controversies« grundsätzlich zweierlei Zwecken: 1. »die Zuständigkeit der Bundesgerichte auf solche Rechtsfragen zu beschränken, die in einem konkreten Streitfall entstehen und traditionell als gerichtlich lösbar angesehen werden«<sup>13</sup>; 2. »die Funktion der Gerichtsbarkeit im Rahmen einer Dreiteilung der Gewalt so zu definieren, daß die Bundesgerichte nicht in die Bereiche eingreifen, die den anderen Gewalten zugeordnet sind«<sup>14</sup>. »Justiziabilität«, führte der Chief Justice weiter aus, »ist der Fachausdruck, der diese zweifache Beschränkung der Bundesgerichte durch die case and controversy-Doktrin umschreibt.«<sup>15</sup>

Diese Prinzipien stehen natürlich in direkter Beziehung zum theoretischen wie praktischen Bekenntnis der amerikanischen Verfassung zur Doktrin der Gewaltenteilung. Das Konzept bestätigt die Verpflichtung des Gerichts, die verfassungsrechtlichen

6 *Cooper v. Aaron*, 358 U.S. 1, 17 (1958).

7 1 Cranch 137 (1803).

8 *Ibid.*, S. 176.

9 Art. III Sekt. 2 US-Verfassung.

10 1 Cranch 176.

11 A. Cox, *The Role of the Supreme Court in American Government*, Oxford 1976, S. 18.

12 *Flast v. Cohen*, 392 U.S. 83 (1968).

13 *Ibid.*, S. 83.

14 *Ibid.*, S. 95.

15 *Ibid.*, S. 95.

10\*

Grundlagen der anderen Gewalten zu respektieren, und bedeutet zugleich, daß die Justiz die sich daraus ergebende Begrenzung ihrer eigenen Kompetenz von vornherein anerkennt. Die amerikanische Verfassung ist, so Justice Frankfurter, »entworfen für eine sich entwickelnde Nation«<sup>16</sup> und deshalb »in vieler Hinsicht absichtsvoll vage gehalten, um Raum zu lassen für die zukünftige, noch unbekannte Entwicklung«<sup>17</sup>. Die richterliche Auslegung von Begriffen wie »liberty« und »due process« würde ohne eine adäquate Erfahrungsgrundlage, die in der Regel für den Rechtsbereich nur über Entscheidungen des Gesetzgebers oder über die Sachverhalte in konkreten Prozeßverfahren bezogen werden kann, zu einem »spekulativen Urteil«<sup>18</sup> und nicht zu einem »erfahrungsgesättigten Urteil«<sup>19</sup> führen.

Die Gerichte haben sich mit diesem Grunderfordernis der Justiziabilität unter verschiedenen Gesichtspunkten befaßt. Wenn die Fähigkeit einer Partei, in einem bestimmten Fall angemessen zu prozessieren, umstritten war, bezeichneten die Gerichte dies als ein Problem des »standing« (mangelnde Klagebefugnis)<sup>20</sup>. Wenn der Prozeß verfrüht zu sein schien oder von nicht zu klärenden Ereignissen abhing, sprachen die Gerichte im allgemeinen von fehlender Spruchreife (ripeness)<sup>21</sup>. Wenn das Urteil in einem Verfahren eine Konfrontation mit anderen staatlichen Institutionen heraufzubeschwören drohte oder von den Gerichten verlangt hätte, sich auf Gebiete zu begeben, in denen keine »richterlich erkennbaren und richterlich zu handhabenden Entscheidungskriterien«<sup>22</sup> zu finden waren, nannten das die Gerichte »politische Fragen«. Wenn die praktische Relevanz eines Prozesses in Frage stand, sprachen die Gerichte von fehlendem Rechtsschutzinteresse (mootness)<sup>23</sup>. Die Bezeichnungen »standing«, »ripeness«, »political questions« und »mootness« helfen, einigermaßen präzise die verschiedenen politischen Überlegungen zur Anwendbarkeit des case or controversy-Prinzips in gegebenen Situationen zu erfassen und zu bewerten. Jedoch kann ihr übermäßiger Gebrauch dazu führen, daß das eigentliche Problem aus dem Blickfeld gerät – nämlich, ob es sich nun um »case« oder »controversy« handelt oder nicht.

## 2. Leitlinien richterlicher Selbstbeschränkung

Die Anwendung dieser engbegrenzten Vorschrift zum Zweck der verfassungsrechtlichen Entscheidung durch die Justiz wird nun dadurch weiter kompliziert, daß sie zusätzlich zu den vorher genannten verfassungstheoretischen Überlegungen bestimmte sogenannte »Beschränkungen aus Klugheit« (prudential limitations) für das Procedere des Obersten Gerichtshofs entwickelt hat. Von diesen »Beschränkungen aus Klugheit« ist behauptet worden, daß sie faktisch bloß Verfeinerungen der Verfassungsnormen

16 F. Frankfurter, »The Process of Judging Constitutional Cases« in: *Proceedings of the American Philosophical Society*, Bd. 98 (1954), S. 233, 236, hier aus dem Urteil *Graves v. N.Y. ex rel. O'Keefe*, 306 U.S. 466, 487–488 (zustimmende Meinung zitierend).

17 Ibid.

18 F. Frankfurter, »A Note on Advisory Opinions« in: *Harvard Law Review*, Bd. 37 (1924), S. 1002, 1005, hier aus dem Urteil *Tanner v. Little*, 240 U.S. 369, 386 (1916) zitierend.

19 Ibid.

20 Vgl. *Flast v. Cohen*, 392 U.S. 83 (1968).

21 Vgl. *O'Shea v. Littleton*, 414 U.S. 488 (1974); *Boyle v. Landry*, 401 U.S. 77 (1971); *Laird v. Tatum*, 408 U.S. 1 (1972).

22 *Baker v. Carr*, 396 U.S. 186 (1962).

23 Vgl. *DeFunis v. Odegaard*, 416 U.S. 312 (1974). – Anm. d. Übers.: »moot« bedeutet an sich »Debattierübung über angenommene Rechtsfälle«.

seien und daß jede weitere Beschränkung der Kompetenz des Gerichtshofs seinem Mandat zur Behandlung *aller cases and controversies* widersprechen würde<sup>24</sup>. Obgleich die »Beschränkungen« nicht auf ein präzises Prinzip oder einen vollständigen Katalog von Prinzipien zurückgeführt werden können...<sup>25</sup> und im allgemeinen »von derselben, allenfalls graduell abweichenden Art sind wie diejenigen, mit denen das *case and controversy*-Prinzip praktikabel gemacht wird«<sup>26</sup>, führen sie in Wirklichkeit dennoch zu Resultaten, die »eher aus »politischen« als rein verfassungsrechtlichen Überlegungen herrühren«<sup>27</sup>.

### *Beschreibung des Problems*

Wie gestaltet nun die Justiz in diesem Zusammenhang die verfassungsrechtlichen Doktrinen aus? Wir haben gesehen, daß eine verfassungsrechtliche Entscheidung im amerikanischen System etwas Besonderes ist. Zum einen ist die Bedeutung von Präzedenzfällen im Verfassungsrecht bei weitem nicht so groß wie im *common law*<sup>28</sup>, zum anderen ist die Verfassungsrechtsprechung insofern eine besonders heikle Kunst, als sie den Richtern abverlangt, direkte Konflikte mit den anderen staatlichen Institutionen möglichst gering zu halten. Im Hinblick darauf ist noch einmal zu betonen, daß Verfassungsrechtsfälle in Amerika nicht *in abstracto* bzw. ohne Berücksichtigung der konkreten Umstände betrachtet werden können; es gibt kein amerikanisches Analogon zum deutschen Verfahren der abstrakten Normenkontrolle. In den Fällen aber, die als justiziabel gelten und in zulässigem Verfahren beim Obersten Gerichtshof anhängig sind, gibt es keine Flucht vor der Entscheidung.

Mit Bezug auf die Entwicklung des amerikanischen *common law* sprach Justice Holmes davon, daß das Recht seinen Inhalt nicht der Logik, sondern der Erfahrung verdanke<sup>29</sup>. Wenn auch die Auslegung einer geschriebenen Verfassung nur schwer vergleichbar ist mit der Handhabung des *common law*, so beruhen doch beide, wenigstens im amerikanischen Fall, auf der Prämisse, daß neue Rechtssätze aus konkreter menschlicher Erfahrung entstehen sollen. Als Marshall den prägnanten Satz formulierte: »Wir dürfen niemals vergessen, daß es eine Verfassung ist, die wir auslegen«<sup>30</sup>, da wollte er damit nachdrücklich unterstreichen, daß die Verfassung in enger Wechselwirkung mit der Wirklichkeit und im ständigen »Dialog« mit den sich wandelnden Zeiten gehalten werden müsse. Seine Worte waren eine Warnung vor einer Jurisprudenz, die entweder sklavisch auf formaler Logik und Präzedenzfällen

24 Gerald Gunther, »The Subtle Vices of Passive Virtues – A Comment on Principle and Expediency in Judicial Review« in: *Columbia Law Review*, 1 (1964).

25 *Rescue Army v. Municipal Court of Los Angeles*, 331 U.S. 549, 573 (1947).

26 *Ibid.*

27 *Flast v. Cohen*, 392 U.S. 83, 97 (1968).

28 »Die starr an Präjudizien orientierte Entscheidung ist gewöhnlich die richtige Strategie, weil es in den meisten Fällen wichtiger ist, daß die Rechtsfrage erledigt wird als daß sie richtig entschieden wird... Dies trifft grundsätzlich selbst dann zu, wenn es sich um einen schwerwiegenden Irrtum handelt, vorausgesetzt, daß eine Korrektur durch die Gesetzgebung möglich ist. Aber in Verfassungsrechtsfällen, wo eine Korrektur durch den Gesetzgeber praktisch ausgeschlossen ist, hat dieses Gericht seine frühere Entscheidung oft korrigiert. Das Gericht beugt sich den Lektionen der Erfahrung und der Macht der besseren Argumente in der Erkenntnis, daß die Methode des *trial and error*, die in den Naturwissenschaften so fruchtbar ist, auch bei der Rechtsfindung angemessen ist.« Abweichende Meinung von J. Brandeis im Urteil *Burnet v. Coronado Oil and Gas Co.*, 285 U.S. 393, 406–408 (1932) (Fußnoten wurden weggelassen, d. Verf.).

29 O. W. Holmes, *The Common Law*, Boston 1881, S. 35–36.

30 *McCulloch v. Maryland*, 4 Wheat. 316, 407 (1819).

beharrt oder sich nur auf persönliche Ansichten und Gefühle stützt; das erstere würde die Praktikabilität, das letztere die Objektivität des Verfassungsrechts beseitigen. Kurzum, Marshall sprach für kontrollierten Wandel in der Verfassungsrechtslehre, für Änderungen also, die wirklichkeitsnah sind und doch darauf Bedacht nehmen, eine auf dem Recht beruhende Ordnung der Freiheit und Gerechtigkeit zu sichern. Ob wir nun Cox folgen, der von einem »naturrechtlichen« Prozeß der Auslegung<sup>31</sup> sprach, oder ob wir eine andere Bezeichnung wählen, in jedem Fall vollzieht sich der Prozeß der Verfassungsrechtsprechung in zwei Schritten: 1. Erkenntnis bestimmter Werte, die der Verfassung inhärent sind; 2. Konkretisierung dieser Werte im Hinblick auf das Problem, das beim Gerichtshof jeweils zur Entscheidung ansteht.

Für den ersten Schritt ist das Studium der Verfassung unter drei Gesichtspunkten wesentlich: 1. Textanalyse; 2. Untersuchung des Willens des Verfassungsgebers; 3. Interpretation der Struktur der Verfassung. Auf den ersten Blick mag dieses Vorgehen sehr steril wirken – der typische Preis eines Juristen für die Auslegung eines Rechtstextes. Die Entscheidungen des Gerichtshofs, insbesondere die der letzten Zeit, waren jedoch alles andere als eine Sache juristischer Routine.

Aber nicht hier, sondern erst bei dem zweiten Schritt, der Konkretisierung der Verfassungswerte bei anstehenden Problemen, kommt der Anwendung außergerichtlicher Maßstäbe wesentliche Bedeutung zu. Sobald ein Richter mit der Behauptung konfrontiert wird, das vorliegende Problem habe eine verfassungsrechtliche Dimension und müsse auf dieser Grundlage entschieden werden, wird er natürlich diese Behauptung zuerst überprüfen. Bei dieser Analyse der Rechtslage im Hinblick auf verfassungsrechtliche Werte spielen außergesetzliche Maßstäbe eine zentrale Rolle.

Die Fälle, bei denen es um die Pflicht ging, in den Schulen vor der amerikanischen Flagge zu salutieren (flag salute cases), sind ein anschauliches Beispiel. Im ersten Fall, *Minersville District v. Gobitis*<sup>32</sup>, wurden zwei Kinder von den öffentlichen Schulen in Pennsylvania verwiesen, weil sie sich weigerten, während des täglichen Schulzeremoniells die Fahne der Vereinigten Staaten zu grüßen. Die Kinder gehörten einer Familie der Zeugen Jehovas an, einer religiösen Sekte, die glaubt, daß diese Bekundung des Respekts gegenüber der Nationalflagge durch die Heilige Schrift verboten sei. Da nach dem Gesetz von Pennsylvania der Schulbesuch für Kinder dieses Alters Pflicht war, sahen sich die Eltern gezwungen, ihre Kinder auf eigene Kosten auf eine Privatschule zu schicken. Daraufhin ging der Vater vor Gericht, um eine Verfügung gegen die Behörden zu erwirken, die auf dem Grußzeremoniell als Voraussetzung für den Besuch einer öffentlichen Schule beharrten. Justice Frankfurter, Berichterstatter in diesem Fall, charakterisierte den Fall als eindeutigen Konflikt zwischen dem Recht des Individuums, in Angelegenheiten der Religion seinem Gewissen folgen zu können, und dem Interesse des Staates, »den nationalen Zusammenhalt zu fördern« (promotion of national cohesion)<sup>33</sup> – ein Interesse, das der Gerichtshof als »höchstrangig« (inferior to none)<sup>34</sup> bezeichnete mit der Begründung: »Die nationale Einheit ist die Basis der nationalen Sicherheit« (national unity is the basis of national security)<sup>35</sup>. Der Gerichtshof anerkannte die gesetzliche Bestimmung Pennsylvanias als eine legitime Methode zur Erreichung dieses staatlichen Ziels.

31 A. Cox, aaO., S. 113.

32 310 U.S. 586 (1939).

33 Ibid., S. 595.

34 Ibid.

35 Ibid.

Die Schulbehörde von West Virginia ordnete wenig später, gestützt auf diesen Fall, an, daß das Grüßen der Flagge ein regulärer Bestandteil des Unterrichts in den öffentlichen Schulen sei<sup>36</sup>. Jedermann sei zur Teilnahme anzuhalten. Jede Weigerung sollte den Verweis von der Schule zur Folge haben, und die Wiederaufnahme sei nur im Falle der Zustimmung zu der Vorschrift gestattet. Hinzu kam, daß das Kind während der Zeit der Gehorsamsverweigerung »als unrechtmäßig fehlend betrachtet wurde, als Übeltäter behandelt und in eine Erziehungsanstalt für gefährdete Jugendliche geschickt werden konnte«<sup>37</sup>. Anstatt diesen Fall ebenfalls unter dem Gesichtspunkt eines klaren Konflikts zu betrachten, wie es das Gericht im Falle *Gobitis* getan hatte, suchte Justice Jackson hier nach einer »breiteren Definition der Problemlage«<sup>38</sup>. Insbesondere lehnte Jackson Frankfurters Auffassung, daß es sich um ein Problem der Religionsfreiheit handele, ab. Er sah die Angelegenheit vielmehr als eine Frage der freien Meinungsäußerung an – die Frage, ob der Staat »die Macht habe, einen amerikanischen Bürger öffentlich zu zwingen, irgendeine Meinung zu bekennen oder an irgendeiner Zustimmungszeremonie teilzunehmen...«<sup>39</sup>. Obwohl auch Justice Jackson dem Staat ein legitimes Interesse an der Förderung der nationalen Einheit konzidierte, sah er keine zwingende Notwendigkeit, dies mit einer solchen erzwungenen Zeremonie zu erreichen. »Erzwungene Übereinstimmung der Meinungen ist nichts als die Einmütigkeit des Friedhofs«<sup>40</sup>, bemerkte er.

Wie kam der Oberste Gerichtshof in dem kurzen Zeitraum von nur wenigen Jahren zu solch diametral entgegengesetzten Ergebnissen? Jeder Richter charakterisierte das vor ihm liegende verfassungsrechtliche Problem zweifellos in unterschiedlicher Weise. Welche Quellen zog jeder zur Beurteilung der Problematik heran? Zweifellos hatte sich der Inhalt der Verfassung nicht geändert. Keine Textanalyse, keine entstehungsgeschichtliche Interpretation und keine Veränderung in ihrem Aufbau hat auf solch unterschiedliche Ergebnisse hingedeutet. Zudem waren beide Fälle im Prinzip gleichartig.

### *Außergesetzliche Maßstäbe*

Zur Klärung dieser Frage wenden wir uns nun einer Erörterung der nach unserer Ansicht vorherrschenden außergesetzlichen Maßstäbe zu, derer sich die amerikanischen Richter bedienen, wenn sie die jeweils anstehenden Probleme in verfassungsrechtlichen Termini charakterisieren. Wie bereits angedeutet, handelt es sich um die herrschenden sozialen Gewohnheiten, um persönliche Wertmaßstäbe der Richter, um die Erkenntnisse der Sozialwissenschaften und schließlich um die Geschichte. Vorweg sollte man sich klarmachen, daß diese Kategorien wohl nützliche analytische Hilfsmittel sind, jedoch nicht unabhängig voneinander ihren Zweck erfüllen. Wie der folgende Fall illustriert, konkurrieren sie im jeweiligen Urteilszusammenhang häufig um die Vorherrschaft.

### *Soziale Gewohnheiten*

Seit dem Urteil *Furman v. Georgia*<sup>41</sup> (1972) mußte der Oberste Gerichtshof in diesem Jahrzehnt in einer Reihe von Fällen über die Verfassungsmäßigkeit der Todes-

36 *Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1942).

37 *Ibid.*, S. 629.

38 *Ibid.*, S. 636.

39 *Ibid.*, S. 634.

40 *Ibid.*, S. 641.

41 408 U.S. 238 (1972).



strafe im Hinblick auf das 8. Amendment der Verfassung befinden<sup>42</sup>. Nach Justice Powell<sup>43</sup> müssen diese Fälle im Zusammenhang betrachtet werden, um alle Dimensionen der Lösung zu erfassen; tut man das, so ergeben sie ein besonders anschauliches Bild von der Verwendung außergesetzlicher Maßstäbe bei der Urteilsfindung.

Das 8. Amendment verbietet die Auferlegung von »grausamen und unüblichen Strafen«<sup>44</sup>. Im ersten dieser Fälle, *Furman v. Georgia*<sup>45</sup>, faßte das Gericht einen kurzen *per curiam*-Beschuß des Inhalts, daß »das Verhängen und Vollstrecken der Todesstrafe in diesen Fällen eine grausame und unübliche Strafe sei...«<sup>46</sup>. Eine Analyse der Auffassungen jedes einzelnen Richters weist jedoch einen Konsens der Mitglieder des Gerichtshofs darüber auf, daß die Verfassungsvorschrift nach Auffassung ihrer Autoren nicht nur ein Verbot jener Strafen vorsehen wollte, die zur Zeit der Verabschiedung des Zusatzartikels als inhuman angesehen wurden, sondern die Anwendung »der Regeln zunehmender Gesittung, die den Fortschritt einer reifenden Gesellschaft kennzeichnet«<sup>47</sup>, erfordere. Justice Marshall drückte das folgendermaßen aus: »Eine Strafe, die früher einmal in der Geschichte unseres Volkes zulässig war, ist heute nicht mehr unbedingt erlaubt.«<sup>48</sup>

Die Entscheidung führt uns ein ziemlich einmaliges Phänomen vor Augen. Nach Ansicht des Gerichts fordert die in Frage stehende Verfassungsvorschrift die Richter dazu auf, zeitgemäße außergesetzliche Maßstäbe anzuwenden, um über die Verfassungsmäßigkeit der Todesstrafe zu entscheiden. Aber wie bestimmt ein amerikanischer Richter, der in Washington D.C. ansässig ist, die »Regeln der Gesittung« der Gesellschaft der siebziger Jahre? Die Gesamtheit der Fälle zeigt nicht nur einige der Quellen auf, aus denen Richter die Maßstäbe beziehen, sondern sie lenkt ebenso den Blick auf juristische Spannungen, denen der Richter bei seinen Nachforschungen unterliegt.

Zu Beginn dieser langen, beinahe jahrzehntealten Odyssee setzte das Gericht im genannten Urteil – zumindest oberflächlich – die Spruchpraxis noch fort, die vier Jahre früher bei Chief Justice Warren im Urteil *Trop v. Dulles*<sup>49</sup> und zuvor schon vom Gerichtshof Anfang des Jahrhunderts im Urteil *Weems v. United States*<sup>50</sup> zu finden ist. Danach sollte sich der Maßstab zeitgenössischer Gesittung nicht subjektiv aus den individuellen Moralvorstellungen eines Richters herleiten, sondern vielmehr durch eine Analyse der allgemeinen Normen in der ihn umgebenden Gesellschaft, also vom Standpunkt eines Beobachters aus, ermittelt werden. In der Tat gibt es einleuchtende Gründe, an dieser Verfahrensweise wenigstens teilweise festzuhalten.

42 *Gregg v. Georgia*, 428 U.S. 153 (1976); *Woodson v. North Carolina*, 428 U.S. 280 (1976); *Coker v. Georgia*, 433 U.S. 584 (1977).

43 *Coker v. Georgia*, 433 U.S. 584, 602 Anm. 1 (1977) (Powell Jr. zum Teil zustimmend, zum Teil abweichend).

44 Das 8. Amendment der US-Verfassung lautet: »Unbillig hohe Bürgschaften dürfen nicht gefordert, übermäßige Geldstrafen nicht auferlegt und grausame oder unübliche Strafen nicht verhängt werden.«

45 408 U.S. 239 (1972).

46 *Ibid.*, S. 239 (Hervorhebung vom Verf.).

47 *Ibid.*, S. 327. Marshall Jr., der hier C. J. Warren aus dem Urteil *Trop v. Dulles*, 356 U.S. 86 (1958), zitiert. Diese Interpretation des 8. Amendments wird heute wohl von allen Richtern mit Ausnahme von Richter Rehnquist akzeptiert. Vgl. *Woodson v. North Carolina*, 428 U.S. 280 (1976).

48 408 U.S. 329 (1972).

49 356 U.S. 86 (1958).

50 217 U.S. 399 (1910).

Justice Brennan z. B. führte eine detaillierte Untersuchung zur Praxis amerikanischer Gerichte durch, Kapitalverbrechen unterschiedlich zu behandeln<sup>51</sup>. Er erinnerte an eine Feststellung von Justice Jackson im Urteil *Stein v. New York*<sup>52</sup>, »wonach wir immer dann, wenn die Todesstrafe droht, genauso wie die Richter der Gerichte der Einzelstaaten, versucht sind, die Beweisanforderungen, und manchmal sogar das Gesetz, zu überdehnen, um einem nicht ohne Zweifel Verurteilten noch einmal eine Chance zu geben«<sup>53</sup>. Brennan schloß: »Das hervorstechende Merkmal unserer heutigen Spruchpraxis ist die Seltenheit, mit der wir die Todesstrafe anwenden.«<sup>54</sup> Eine statistische Erhebung, die eine ständige Abnahme der Zahl der Vollstreckungen, nicht aber der Verurteilungen zeigte, ließ ihn schließlich resümieren: »Wenn ein Land von über 200 Millionen Einwohnern eine ungewöhnlich harte Strafe nicht mehr als 50mal im Jahr verhängt, dann liegt der Schluß nahe, daß diese Strafe nicht berechenbar und fair gehandhabt wird. Ihn zu entkräften, bedürfte es zweifellos eines klaren Beweises, daß die Anwendung nicht willkürlich ist.«<sup>55</sup> In ähnlicher Weise untersuchte Justice Marshall in einer langen, detaillierten historischen Studie die Anwendung der Todesstrafe von den Stämmen Israels an bis in unsere Zeit<sup>56</sup>. Justice Stewart und Justice White untersuchten die Verfassungsmäßigkeit derjenigen Todesurteile, die vom Obersten Gerichtshof gefällt wurden<sup>57</sup>, und stellten dabei fest, daß nur eine geringe Zahl derer, die eines Kapitalverbrechens überführt worden waren, tatsächlich hingerichtet wurden<sup>58</sup>. Justice White griff für seine Untersuchung nicht nur auf die verfügbaren statistischen Daten zurück, sondern auch auf seine eigenen Beobachtungen aus der Gerichtspraxis<sup>59</sup>.

Der orthodoxe Ansatz, der »die Regeln zunehmender Gesittung« durch Rückgriff auf objektive Fakten untersuchen will, war jedoch nicht hinreichend erfolgreich. Die

51 408 U.S. 257 ff.

52 346 U.S. 156, 196 (1953).

53 408 U.S. 287 Anm. 34.

54 *Ibid.*, S. 291.

55 *Ibid.*, S. 293.

56 *Ibid.*, S. 333 ff. (J. Marshall, zustimmend).

57 Vgl. *Ashwander v. Tennessee Valley Authority*, 297 U.S. 288, 347 (1936) (J. Brandeis, zustimmend).

58 408 U.S. 309 (Stewart Jr., zustimmend): »Diese Todesurteile sind genauso grausam und unüblich wie ein Blitzschlag grausam und unüblich ist. Denn unter all denen, die wegen Vergewaltigung und Mord in den Jahren 1967 und 1968 verurteilt wurden und von denen viele gleich verwerflich gehandelt haben, gehören die Antragsteller zu jener kleinen Zufallsgruppe, über die das Todesurteil tatsächlich verhängt worden ist.«

59 *Ibid.*, S. 313 (J. White, zustimmend): »Ich brauche die Tatsachen und Zahlen nicht zu wiederholen, die sich in den Gutachten meiner Kollegen finden. Ich kann auch meine Schlußfolgerung aus diesen Daten nicht »beweisen«. Aber wie meine Kollegen muß auch ich zu einem Schluß kommen. Und ich kann nicht mehr tun, als einen Schluß zu ziehen, der sich stützt auf eine zehnjährige, fast tägliche Konfrontation mit den Tatsachen und Umständen von Aberhunderten von Bundes- und Landesstrafsachen, bei denen es um Verbrechen ging, für die die gesetzliche Strafe der Tod ist. Dieser Schluß ist, wie ich schon gesagt habe, daß die Todesstrafe auch für die fürchterlichsten Verbrechen sehr ungleichmäßig verhängt wird und daß sich kein sinnvolles Kriterium finden läßt, nach dem sich die wenigen Fälle, in denen die Todesstrafe verhängt wurde, unterscheiden ließen von den vielen, bei denen das nicht der Fall war. Im Ergebnis hat die Strategie, in erster Linie die Geschworenengerichte mit dieser Aufgabe zu betrauen – eine Entscheidung, die vor allem von dem Wunsch bestimmt war, die Härte des Gesetzes zu mildern und das gesellschaftliche Urteil auf das Gerichtsurteil im Hinblick auf die Schuldfrage Einfluß nehmen zu lassen –, einen derart vollständigen Erfolg gehabt, daß die Todesstrafe im Rahmen der heute bestehenden Gesetze in der Praxis nicht mehr anwendbar ist.

Gutachten durchzieht eine merkbare Spannung zwischen der Anwendung dieser objektiven Kriterien und der Verwendung von eher subjektiven Gesichtspunkten. Justice Blackman bekannte das wohl am freimütigsten und kürzesten: »Wir sollten unsere richterliche Entscheidung in Fällen wie diesen nicht davon leiten lassen, ob wir die Weisheit des Gesetzgebers persönlich akzeptieren oder mißbilligen. Die Versuchungen, diese Grenze zu überschreiten, sind sehr groß, ja . . . fast unwiderstehlich.«<sup>60</sup>

So stützten zum Beispiel Justice Brennan und Justice Marshall ihre Analyse der Ablehnung der Todesstrafe durch die gegenwärtige amerikanische Gesellschaft auf das Argument, die Todesstrafe habe keine bedeutende Abschreckungswirkung<sup>61</sup> – ein arbiträres Argument, obwohl es auf statistischen Daten beruhte. Aufschlußreich war auch eine Aussage von Justice Marshall, er sei gewillt, auf einer Basis zu urteilen, von der er glaube, daß die Gesellschaft sich diese als »Regel der Gesittung« zu eigen machen würde, hätte sie nur das Wissen, das er als Richter am Obersten Gerichtshof habe<sup>62</sup>.

Unter dem Vorsitz des Justice Stewart wurde der Gerichtshof in dem Urteil *Gregg v. Georgia*<sup>63</sup> als nächstes mit der generellen Frage nach der Angemessenheit der Todesstrafe, zumindest bei Mord, konfrontiert. Auch Stewart erhielt noch die Zustimmung einer Richtermehrheit, die sich für den traditionellen Maßstab aussprach und objektive Kriterien zur Definition dieses Maßstabs anwandte. Er stützte sich im wesentlichen auf jene zwei Faktoren, auf die auch im *Furman*-Fall zurückgegriffen wurde: 1. die Entscheidungen der einzelstaatlichen Legislativen zum Problem Todesstrafe; 2. Spruchpraxis der Geschworenengerichte. Was den ersten Punkt anbetrifft, bewegte sich Stewart auf weitaus sichererem Boden als die verschiedenen Autoren im Fall *Furman*. Seitdem hatten die einzelstaatlichen Parlamente klargestellt, »daß die Todesstrafe von gewählten Volksvertretern nicht verworfen wird«<sup>64</sup>. Zum zweiten Punkt, den Urteilen der Schwurgerichte, stellte Justice Stewart fest, daß mindestens 254 Personen bis Ende 1974 zum Tode verurteilt worden seien, bis Ende März 1976 sogar mehr als 460 Personen<sup>65</sup>.

Unmittelbar im Anschluß an diese objektive Analyse der gegenwärtigen Normvorstellungen in der amerikanischen Gesellschaft, so wie sie sich im gesetzgebenden und richterlichen Verhalten zeigten, unterlag Stewart jedoch einem anscheinend unvermeidlichen Zug zur Subjektivität. Nunmehr untersuchte er, ob die sozialen Zwecke, die zur Rechtfertigung der Todesstrafe genannt wurden – Vergeltung und Abschreckung – straftheoretisch zu rechtfertigen sind und ob sie durch diese Strafe gefördert werden. Seine Erörterung des Problems der Vergeltung ist kurz und wirft Fragen auf, die weit über den hier gesteckten Rahmen hinausgehen. Es sei lediglich erwähnt, daß seine Analyse den Schwerpunkt auf seine pragmatischen Vorstellungen über die notwendigen Bedingungen zur Aufrechterhaltung sozialer Ordnung legt<sup>66</sup>.

60 *Ibid.*, S. 411 (Blackman Jr. in einem Minderheitsvotum).

61 *Ibid.*, S. 350 ff. (Marshall Jr., zustimmend).

62 »Die Frage, mit der wir es zu tun haben, ist nicht, ob ein erheblicher Teil der amerikanischen Bürger heute in einer Meinungsumfrage die Ansicht vertreten würde, daß die Todesstrafe von barbarischer Grausamkeit ist, sondern ob sie so denken würden, wenn sie alle heute verfügbaren Informationen hätten«: 408 U.S. 238, 362 (1972).

63 428 U.S. 153 (1976).

64 *Ibid.*, S. 181.

65 *Ibid.*, S. 182.

In der Frage der Abschreckung weist Stewart die zahlreichen statistischen Studien als »nicht stichhaltig« zurück<sup>67</sup>. Er findet einfach keinen überzeugenden empirischen Anhaltspunkt, der die Ansicht, die Todesstrafe sei »eindeutig abschreckender als leichtere Strafarten«<sup>68</sup>, bestätigte oder widerlegte. Angesichts dieser unklaren Situation entschied er sich dafür, die Einstellung der einzelstaatlichen Legislaturen gelten zu lassen, die vermutlich »im Hinblick auf ihre besondere Position« eine engere Beziehung zum »ethischen Grundkonsens der Gesellschaft bezüglich der Todesstrafe und ihrer gesellschaftlichen Zweckmäßigkeit« hätten<sup>69</sup>.

Justice Stewarts Meinung im Gregg-Fall scheint einige neue analytische Einsichten zum Problem der Todesstrafe aufzuweisen. Wie im Furman-Fall und in den vorhergehenden Fällen beginnt sein Gutachten mit einer objektivistischen Analyse, die den Gerichtshof über »die Regeln fortschreitender Gesittung, die die Entwicklung einer reifenden Gesellschaft kennzeichnen«, informieren sollte. Trotz der ziemlich weitgehenden Klarheit, die das Gericht mit dieser Methode erreichen konnte, führte die Versuchung zur Subjektivität – von der Justice Blackman so treffend anlässlich des Furman-Falles<sup>70</sup> sprach – den Gerichtshof dazu, doch selbständig über die Vernünftigkeit staatlicher Entscheidungen zu urteilen, eine Aufgabe, die nach seiner eigenen Ansicht unmöglich zu einem endgültigen Abschluß gebracht werden kann.

Als der Gerichtshof von der allgemeinen Frage der Verfassungsmäßigkeit der Todesstrafe zu der Frage übergang, ob der Tod eine unverhältnismäßige Bestrafung für ein bestimmtes Verbrechen sei, verhielt er sich noch bei weitem weniger reserviert gegenüber dem subjektiven Urteilelement. Die einschlägige Erörterung im Gregg-Urteil ist kurz. Das Gericht benötigte nur wenige Zeilen, um die Verfassungsmäßigkeit der Todesstrafe dann, »wenn vom Straffälligen ein Leben vorsätzlich ausgelöscht wurde«<sup>71</sup>, festzustellen. Stewart zog den Schluß: »Das ist eine extreme Sanktion, die dem fürchterlichsten aller Verbrechen angemessen ist.«<sup>72</sup>

Der Gerichtshof hatte über die heikle Frage der Verhältnismäßigkeit erst wieder in seiner nächsten Amtsperiode, im Fall Coker v. Georgia<sup>73</sup>, zu entscheiden. Dieser Fall warf das Problem auf, ob die Todesstrafe verfassungsgemäß sei für die Vergewaltigung einer erwachsenen Frau, wenn die Vergewaltigung nicht zum Tod der Frau geführt hat. Hier sehen wir erneut die Spannung zwischen objektiven und subjektiven Faktoren, wenn zu entscheiden ist, ob die Todesstrafe in einem solchen Fall mit den Normvorstellungen der Gesellschaft zu vereinbaren ist. In den verschiedenen Gutachten wird diese Spannung in je unterschiedlicher Weise gelöst.

66 »Der Vergeltungsinstinkt ist ein Teil der menschlichen Natur, und diesen Instinkt durch die Strafrechtspflege zu kanalisieren ist außerordentlich wichtig für die Stabilität von Rechtsstaaten. Wenn das Volk anfängt zu glauben, daß die organisierte Gesellschaft nicht willens oder nicht fähig ist, über Verbrecher die »verdiente« Strafe zu verhängen, dann ist die Anarchie der Selbsthilfe der Volks- und der Lynchjustiz nicht weit.« 428 U.S. 183, Zitat aus dem Urteil Furman v. Georgia, 408 U.S. 308 (J. Stewart, zustimmend). Interessanterweise findet Stewart für seine These Unterstützung in den Aussagen des Lord Justice Denning, Master of the Rolls of the Court of Appeal der British Royal Commission on Capital Punishment, 428 U.S. 184.

67 Ibid., S. 185.

68 Ibid.

69 Ibid., S. 187.

70 408 U.S. 405 ff. (J. Blackmun im Minderheitsvotum).

71 428 U.S. 187.

72 Ibid.

73 433 U.S. 584 (1977).

Im Hauptgutachten folgte Justice White einem Argumentationsmuster, das beinahe identisch mit den früheren objektivistischen Passagen des Gutachtens von Justice Stewart im Gregg-Fall<sup>74</sup> ist. Er beschäftigte sich, ebenso wie Stewart es getan hatte, mit einer Analyse von zwei Problemkreisen: 1. den Entscheidungen der gesetzgebenden Körperschaften und 2. der gegenwärtigen Spruchpraxis der Geschworenengerichte. Eine genaue Untersuchung der legislativen Entscheidungen ist in der Tat aufschlußreich. Nach dem Urteil im Fall Furman gab es nur noch in Georgia ein Gesetz, das die Todesstrafe bei Vergewaltigung erlaubte. Während viele Bundesstaaten die Todesstrafe für Mord wieder eingeführt hatten, war dies *nicht* geschehen für den Tatbestand der Vergewaltigung. Natürlich konnte der Gerichtshof seine Analyse der gegenwärtigen Schwurgerichtspraxis daher nur für den Bundesstaat Georgia vornehmen. Bezeichnenderweise waren nur in sechs von 63 Fällen, die seit 1973 vom Obersten Gerichtshof Georgias überprüft worden waren, Todesurteile ergangen, von denen fünf bestätigt wurden<sup>75</sup>.

Obwohl Justice White damit einen recht zuverlässigen objektiven Indikator vor sich hatte, nach dem die Todesstrafe für Vergewaltigung nicht mit unseren modernen »Regeln der Gesittung« übereinstimmt, erklärte er dennoch sofort, daß dieser Indikator »die Kontroverse doch nicht endgültig klärt, denn die Verfassung sieht vor, daß unser eigenes Urteil sich allein auf die Frage bezieht, ob die Todesstrafe im Hinblick auf das 8. Amendment zulässig ist«<sup>76</sup>. Die Ablehnung der Todesstrafe für Vergewaltigung durch den Gesetzgeber, sagte er, »stützt unser eigenes Urteil nachhaltig«<sup>77</sup>. Somit ließ er sich nicht nur auf eine subjektivistische Analyse der Frage der Verhältnismäßigkeit ein, er schien auch darüber hinaus davon auszugehen, daß dieses Verfahren – im Gegensatz zu der zuvor abgeschlossenen objektivistischen Analyse – kontrolliert werden kann.

Diese subjektivistische Analyse, die in der einschlägigen Literatur kaum erwähnt wird<sup>78</sup>, vermeidet zunächst, die Schwere einer Vergewaltigung unterzubewerten. »Sie ist«, nach Justice White, »die ›gravierendste Verletzung der Person‹. Sie ist darüber hinaus ein Gewaltverbrechen, weil sie normalerweise mit Gewaltanwendung, Gewaltandrohung oder Einschüchterung verbunden ist, durch die Wille und Fähigkeit zum Widerstand gebrochen werden sollen. Vergewaltigung ist sehr oft begleitet von Körperverletzung und kann auch zu geistigen und seelischen Schäden führen. Und weil sie außerdem noch das Gefühl der öffentlichen Sicherheit unterminiert, handelt es sich auch um die Verletzung eines öffentlichen Gutes.«<sup>79</sup> Im nächsten Absatz jedoch schrieb der Richter, trotz der Schwere der Tat »ist sie nicht zu vergleichen mit Mord«<sup>80</sup>. White kam zu dem Schluß: »Wir sind der tiefen Überzeugung, daß die

74 Er begann: »Belehrt von den jüngsten Fällen, suchen wir Orientierung in der Geschichte und bei der heute im Lande herrschenden Ansicht über die Angemessenheit der Todesstrafe für die Vergewaltigung einer erwachsenen Frau.« 433 U.S. 584, 593 (1977).

75 Ibid., S. 596.

76 Ibid., S. 597.

77 Ibid.

78 Ibid., S. 597 Anm. 11.

79 Ibid., S. 597. Vgl. die Darstellung von Justice White im Sachverhaltsbericht: »Das Opfer wurde mit einem Messer bedroht. Es mußte zusehen, wie der Ehemann beraubt wurde, und wurde entführt. Trotzdem wurde es als ›unversehrt‹ bezeichnet.« Ibid., S. 587.

80 Ibid., S. 598. »Vergewaltigung«, schreibt er, »... schließt nicht den Tod oder auch nur eine schwere Körperverletzung ein... Das Leben ist nur für das Mordopfer zu Ende; für das Opfer einer Vergewaltigung mag das Leben nicht mehr annähernd so glücklich sein wie zuvor, aber es ist nicht zu Ende und im Normalfall auch wiederherzustellen.« Ibid., S. 528.

Todesstrafe, die in ihrer Schwere und Unwiderruflichkeit einmalig ist, eine unverhältnismäßige Strafe für den Vergewaltiger darstellt, der kein Leben vernichtet.«<sup>81</sup>

Im Vorgehen von Justice White zeigt sich die gleiche Spannung zwischen subjektivistischer und objektivistischer Analyse, der wir schon in den Fällen Furman und Gregg begegnet sind. Der einzig signifikante Unterschied liegt darin, daß bei der Frage, »ob die Strafe dem Verbrechen entspricht«, das Vertrauen in die subjektivistische Analyse viel stärker, vielleicht sogar vorherrschend ist<sup>82</sup>.

In ihrer Gesamtheit demonstrieren die Fälle zum Problem der Todesstrafe die starke Neigung der amerikanischen Richter, in der abschließenden Analyse ihren eigenen Erfahrungen zu vertrauen, wenn sie ein aktuelles rechtsethisches Problem im Licht traditioneller verfassungsrechtlicher Werte zu beurteilen haben. Trotz der Existenz objektiver Kriterien, durch die das Gericht sich selbst angemessen über die vorherrschenden »Regeln der Gesittung« unterrichten könnte, belegen die Gutachten einen klaren Trend, auf die Lektionen der Erfahrung zu vertrauen – so wie die Richter sie gelernt haben. Wir sollten daher nicht zu überrascht sein, wenn die Richter auf anderen Gebieten, in denen objektive Maßstäbe nicht so leicht verfügbar sind, Urteilssicherheit zu einem erheblichen Teil aus ihrer eigenen Erfahrung schöpfen, wenn sie neue Probleme im Hinblick auf die Verfassung bewerten müssen.

### *Persönliche Wertsysteme*

Diese »Erfahrung« kann ihre Wurzel in einer oder in mehreren Quellen zugleich haben. Zunächst kann sie auf der eigenen Lebensgeschichte oder auf den Beobachtungen der Richter beruhen. Justice Blackman – wiederum aufrichtiger als einige seiner Standeskollegen – gestand im Falle *Bates v. Arizona State Bar*<sup>83</sup> zu, daß zum Beispiel die »gegenwärtigen Mitglieder dieses Gerichts, alles zugelassene Rechtsanwälte«<sup>84</sup>, gezwungenermaßen auf persönliche Erfahrungen zurückgreifen müssen, um die Balance zu halten zwischen dem legitimen Interesse des Staates an der fachlichen Qualifikation der Anwälte einerseits und der »Tatsache andererseits, daß Anwälte ihren Lebensunterhalt vor Gericht verdienen«<sup>85</sup>, und daher ihre Dienste bekanntmachen müssen. Obwohl Justice Marshall als unvoreingenommener und genauer

81 Ibid., S. 598.

82 Das zustimmende Gutachten von Justice Powell zeigt sogar eine größere Bereitschaft an, den Maßstab der »zeitbedingten Moralvorstellungen« subjektiv zu interpretieren. Er macht die persönliche Beobachtung, daß »es extreme Unterschiede in der Strafbarkeit der Vergewaltigung gibt« (433 U.S. 584, 603), und behauptet, daß »einige Opfer teils physisch, teils psychisch so schwerwiegend verletzt werden, daß das Leben *nicht* wiederhergestellt werden kann« (433 U.S. 584, 603). Auch der Chief Justice stellte die Frage, ob der Gerichtshof sich tatsächlich auf »einige Vorgänge in der öffentlichen Meinung« verlassen könne (433 U.S. 584, 613 [1977]) (C. J. Burger, abweichende Meinung). Während er dem Urteil des Gesetzgebers sicherlich größere Beachtung schenkt als seine Kollegen, scheint er die Rationalität ihrer Urteile am Maßstab seiner eigenen Erfahrung zu messen. Er sieht im Fall *Cooker* eine rückläufige Tendenz der wirklich brutalen Verbrechen, die für ihn eine ernster zu nehmende Bedrohung der Gesellschaft darstellen als ein nicht rückfälliger Mörder. Eine Ausnahme macht er auch bei dem, was ihm in der Mehrheitsmeinung als milde Umschreibung der Brutalität erscheint, die eine einzelne Vergewaltigung mit sich bringt – »eine Umschreibung, die das schwere Leid zu wenig in Rechnung stellt, das das Verbrechen den Opfern und ihren Lieben auferlegt«. 433 U.S. 584, 612 (1977) (J. Burger, abweichende Meinung).

83 433 U.S. 350 (1977).

84 Ibid., S. 368.

85 Ibid.

»Handwerker des Rechts«<sup>86</sup> anerkannt ist, hatte die Tatsache, daß er ein Führer in dem langen und harten Kampf der Schwarzen um die Erlangung ihrer Rechte gemäß dem 14. Amendment war, in einschlägigen Fällen Einfluß ausgeübt<sup>87</sup>. Die persönliche spezifisch richterliche Erfahrung kann eben ein bedeutender Faktor sein, wie Justice White es so treffend im Falle *Furman*<sup>88</sup> demonstriert hat. Und in der Tat bietet jede Richterkarriere, insbesondere aber die am Obersten Gerichtshof der Vereinigten Staaten, beträchtliche Möglichkeiten, umfassendes Wissen zu erwerben<sup>89</sup>. Gewiß schlagen sich auch etwa frühere Erfahrungen aus dem nichtrichterlichen Staatsdienst bei der Wahrnehmung richterlicher Aufgaben nieder, ganz besonders in Fällen, die Fragen der Gewaltenteilung oder des Verhältnisses von Bund und Ländern betreffen. Es ist zum Beispiel nicht schwierig, die Erfahrung eines früheren Justizministers in dem berühmten Gutachten von Justice Jackson im Fall *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*<sup>90</sup> zu erkennen. In diesem Fall ging es um die Beschlagnahme der Stahlwerke des Landes aufgrund einer Anordnung von Präsident Truman während des Korea-Krieges. Ähnlich unschwer läßt sich die lange Erfahrung von Chief Justice Warren als Staatsanwalt und Gouverneur im Fall *Watkins v. United States*<sup>91</sup> nachweisen, bei dem es um die Handhabung der Untersuchungskompetenz durch den Kongreß ging, oder im Fall *Sweezy v. New Hampshire*<sup>92</sup>, der sich mit einem ähnlichen Sachverhalt auf einzelstaatlicher Ebene beschäftigte.

Ein Fall aus dem Jahr 1975 ist ein außerordentlich anschauliches Beispiel für die entscheidende Rolle, die persönliche Erfahrungen bei der Beurteilung neuer Probleme im Lichte der Verfassungswerte spielen. Im Fall *Elrod v. Burns*<sup>93</sup> mußte der Gerichtshof entscheiden, ob die Inhaber unpolitischer Ämter in den Einzelstaaten entlassen werden dürfen, wenn sie die politische Partei des jeweiligen Behördenchefs nicht unterstützen. Justice Brennan, der sich vor allem auf frühere Urteile des Gerichtshofs in den Fällen *Keyishian v. Board of Regents*<sup>94</sup> und *Perry v. Sinderman*<sup>95</sup> stützte, argumentierte in seinem Mehrheitsgutachten, daß die Drohung mit der Entlassung die politische Meinungs- und Vereinigungsfreiheit verletze. Er folgte dabei einer Doktrin, die inzwischen für die Auslegung des 1. Amendments klassisch geworden ist. Er untersuchte, ob die umstrittene Praxis einem vitalen behördlichen Interesse diene, das durch kein anderes Mittel als durch Beschränkung der Freiheit des Angestellten gesichert werden könnte. Man hatte nämlich angeführt, jene Praxis sei nötig, um eine effektive Regierungsarbeit und die Einsatzfähigkeit der Angestellten des öffentlichen Dienstes zu garantieren. Brennans Antwort darauf war kurz und für unseren Zweck aufschlußreich: »Wir sind nicht überzeugt worden.«<sup>96</sup> Dann entwickelte er seine

86 Vgl. z. B. *Shaffer v. Heitner*, 433 U.S. 186 (1977).

87 Vgl. z. B. *Milliken v. Bradley I*, 418 U.S. 717, 781–783, 814–815 (1974).

88 Vgl. oben Fußn. 57.

89 Diesen Aspekt hat Justice Douglas im Fall *Tidewater Oil Co. v. United States*, 409 U.S. 151, 175 (1972), wohl am stärksten herausgestellt: »Bei jedem Termin kamen die Sorgen und Anliegen der Amerikaner – aus höheren oder niederen Schichten – konkret und leicht faßlich auf den Richtertisch«.

90 343 U.S. 579 (1952).

91 354 U.S. 178 (1957).

92 354 U.S. 234 (1957).

93 427 U.S. 347 (1976).

94 385 U.S. 589 (1967).

95 408 U.S. 593 (1972).

96 427 U.S. 364.

eigene Analyse der Vor- und Nachteile des Patronagesystems: Der massenhafte Austausch einer großen Zahl von Angestellten des Öffentlichen Dienstes bei jedem politischen Amtswechsel ist das genaue Gegenteil von Effizienz des bürokratischen Apparates. Darüber hinaus erschien ihm die Aussicht auf Entlassung nach einer Wahl nur ein Hindernis für eine gute Arbeitsleistung des einzelnen Angestellten zu sein.

Der Anwalt hatte argumentiert, daß politische Loyalität als Bedingung für die Beschäftigung im Öffentlichen Dienst eine effektive Arbeit der Regierung garantiere, weil nur so die Politik der herrschenden Partei nicht durch eine permanente Bürokratie behindert würde. Brennan antwortete ohne breite Erörterung: »Die Angestellten in nichtpolitischen Ämtern tragen nur eine sehr begrenzte Verantwortung und sind daher nicht in der Lage, die Ziele der in der Regierung befindlichen Partei zu durchkreuzen.«<sup>97</sup> Auf das Argument, die umstrittene Praxis sei wesentlich für die Lebensfähigkeit der lokalen politischen Parteiorganisationen, antwortete der Richter knapp und aufschlußreich: »Das Ganze funktioniert genauso gut ohne diese Praxis, vielleicht sogar besser...«<sup>98</sup>

Am bezeichnendsten für Justice Brennans Behandlung des Gegenstandes ist seine Sicherheit, mit der er als Richter den Einfluß der umstrittenen Praxis auf die amerikanische Gesellschaft definitiv beurteilt und entscheidet, daß das »Verdienstprinzip« ein »weit weniger drastisches Mittel« zur Erreichung eines legitimen Ziels sei<sup>99</sup>. Sollte er sein Urteil irgendeiner anderen Grundlage als der persönlichen seiner Erfahrung und Beobachtung verdanken, so ist dies für den Leser seines Gutachtens jedenfalls nicht erkennbar. So auch nicht für Justice Powell, der anderer Meinung war. Er bemerkte scharf: »Ohne Begründung... verunglimpft die Mehrheitsmeinung offen den Beitrag, den das Patronagesystem für die Beförderung der staatlichen Interessen erbringt... In meinen Augen zeugt dieses Denken von einem verwirrenden Mangel an Sensitivität für die politischen Realitäten, die für die Entscheidung dieses Falles wesentlich sind.«<sup>100</sup> Worauf aber soll nach Powell der Gerichtshof sehen, um entscheiden zu können, ob das Patronagesystem den Interessen des Staates in solchem Maße dient, daß eine Beschneidung der Meinungs- und Vereinigungsfreiheit der Staatsbediensteten gerechtfertigt erscheint? Im Gegensatz zu Brennan unternahm er eine explizite Analyse der »langen geschichtlichen Erfahrung«<sup>101</sup>, stützte sich dabei allerdings dann letztlich auch, wenigstens teilweise, auf eigene Beobachtung und Erfahrung.

Ein Richter vergißt eben auch als Richter nicht, was er als Mensch weiß. Seine Beurteilung der menschlichen Erfahrungen, mit denen er zu tun hat, ist notwendigerweise beeinflusst und tatsächlich oft beherrscht von der Gesamtheit seiner persönlichen Erfahrungen.

Wenn nun ein Richter zur Entscheidung einer verfassungsrechtlichen Frage den Rekurs auf gesellschaftliche Wertüberzeugungen oder auf eigene Erfahrungen für problematisch hält, dann wird er Anhaltspunkte sehr wahrscheinlich sozialen oder historischen Umständen entnehmen. Wenden wir uns daher nun diesen allgemeineren Quellen zu, die zur Klärung verfassungsrechtlicher Vorschriften beitragen.

97 Ibid., S. 367.

98 Ibid., S. 347.

99 Ibid., S. 364.

100 Ibid., S. 383.

101 Ibid., S. 384.



### *Soziale und ökonomische Sachverhalte*

Oben haben wir die Rolle von richterlichen Wertpräferenzen und sozialen Gewohnheiten im verfassungsrechtlichen Entscheidungsprozeß betrachtet. Wie wir gesehen haben, hängen diese außergesetzlichen Maßstäbe in ihrer Reichweite und Definition von Talent, Intelligenz und Einfallsreichtum der Richter selbst ab. In diesem Abschnitt befassen wir uns nun mit sozialen und ökonomischen Fakten, einschließlich der Forschungsergebnisse der Sozialpsychologen, die zum größten Teil aus Quellen außerhalb der Justiz stammen und eine wichtige Rolle bei Prozessen spielen, in denen geltend gemacht wird, daß viele Menschen von angeblich verfassungswidrigem Verhalten betroffen seien. Diese Quellen umfassen neben einfachen Statistiken über soziale und ökonomische Verhältnisse auch die Ergebnisse der Sozialwissenschaften<sup>102</sup>. Unter Sozialwissenschaften verstehen wir hier die Resultate demoskopischer Untersuchungen und kontrollierter Experimente mit Versuchspersonen, deren Ziel die Bestätigung – oder Widerlegung – von Beziehungen zwischen sozio-ökonomischen Variablen ist, aber auch die Aufstellung von Hypothesen über Gründe und Auswirkungen menschlichen Verhaltens.

Der Oberste Gerichtshof selbst sammelt oder erhebt nur selten Daten. Eher greift er auf Daten zurück, die ihm in den Plädoyers der Anwälte vorgetragen werden oder die aus Untersuchungen außerhalb des Justizbereichs stammen. Diese Daten werden jedoch vom Gerichtshof mit unterschiedlicher Bereitwilligkeit aufgenommen, insbesondere wenn es sich um Ergebnisse der Sozialwissenschaften handelt. Ganz abgesehen von der grundlegenden Frage, ob solche Ergebnisse überhaupt die Basis eines verfassungsrechtlichen Urteils abgeben können, sind die Richter nicht immer von der Stichhaltigkeit der sozialwissenschaftlichen Erkenntnisse überzeugt. Gleichwohl sind außergerichtliche Informationsquellen wesentlich für die verfassungsrechtliche Entscheidung, da sich die Richter natürlich auch mit Sachverhaltsproblemen diesseits des eigentlichen rechtlichen Bereichs befassen müssen. Wenn diese Sachverhaltsfragen nicht mit Hilfe von nichtjuristischen Disziplinen und Experten angegangen werden, müssen die Richter sie nach aller Wahrscheinlichkeit auf einer anderen, vielleicht weniger zuverlässigen Grundlage behandeln. Daher gilt es, die Richter davon zu überzeugen, daß die Behauptungen der nichtjuristischen Experten zutreffend sind. Richter kompromittieren ihr Amt keineswegs, wenn sie ihre eigene Ansicht über rechtes Verhalten aufgeben oder wenn sie, wie wir in der vorhergehenden Analyse gesehen haben, darauf verzichten, einfach den gesunden Menschenverstand oder eine Art aufgeklärter Intuition walten zu lassen.

Die Fälle, die im folgenden behandelt werden, illustrieren, wie unterschiedlich Richter sozio-ökonomische Daten verarbeiten, und sie beschreiben den Umfang, in dem solche Daten unter je verschiedenen Zusammenhängen akzeptiert werden. Wir greifen zu diesem Zweck noch einmal auf die Problematik der grausamen und ungewöhnlichen Strafe zurück, die ein Beispiel für die Skepsis der Richter gegenüber einem Phänomen – hier dem Alkoholismus – darstellt, einem Phänomen, über das sich die Experten offenbar nicht einig sind. Im Fall *Powell v. Texas*<sup>103</sup> wurde der Oberste Gerichtshof angerufen, um die Gefängnisstrafe, die ein Staat bei chronischem Alkoholismus verhängte, als grausame und unübliche Strafe für verfassungswidrig zu erklären. Ist Alkoholismus eine Krankheit, die zu einem völlig zwanghaften Verhal-

102 Vgl. P. L. Rosen, *The Supreme Court and Social Science*, Urbana/Ill. 1972.

103 392 U.S. 514 (1968).

ten führt, oder ein Zustand, über den der Alkoholiker eine gewisse Kontrolle besitzt, so daß er für sein öffentliches Verhalten während des Rausches verantwortlich gemacht werden kann? Vom Anwalt wurden medizinische und soziologische Daten angeführt, um die These zu erhärten (die übrigens ein Gericht später bestätigte), Alkoholismus sei eine Krankheit, die eher Behandlung als Bestrafung erfordere. Aber der Gerichtshof unter dem Vorsitz von Justice Marshall betrachtete den Fall nicht als das, was er tatsächlich war, nämlich als Anlaß für die Verkündung »eines neuen wichtigen und weitreichenden Verfassungsprinzips«<sup>104</sup>. Das Gericht war stärker beeindruckt von der Uneinigkeit unter den Ärzten darüber, ob Alkoholismus eine Krankheit sei, und es zitierte Fachliteratur, um zu zeigen, daß »bis jetzt keine allgemein wirksame Methode zur Behandlung der großen Zahl von Alkoholikern in unserer Gesellschaft bekannt ist«<sup>105</sup>. Die Richter Black und Harlan, die zu der von Marshall geführten Mehrheit gehörten, fügten eine weitere Beobachtung hinzu, die offensichtlich aus dem Fundus ihres Wissens und ihrer Erfahrung stammte, nämlich daß das Einsperren von Alkoholikern im Einzelfall doch therapeutisch wirken könne und ein Gefängnis im übrigen auch nicht schlimmer als eine Besserungsanstalt sei. Die Richter Fortas, Douglas, Brennan und Stewart waren dagegen nicht bereit, die rechtliche Tragweite dessen, was über Alkoholismus bekannt war, so einfach zu ignorieren. Ihre Minderheitsmeinung zitierte zahlreiche Studien, darunter auch die des angesehenen Alkoholismusexperten E. M. Jellinek, um stichhaltig zu belegen, daß Alkoholismus als Krankheit zu betrachten sei. Doch selbst sie waren nicht bereit zu sagen, daß »diese Fakten unsere Schlußfolgerung determinieren müssen, da Rechtsfragen nicht durch den bloßen Bezug auf die Medizin oder die Strafvollzugslehre entschieden werden können«<sup>106</sup>. Aber die Antwort auf die Frage, ob das 8. Amendment hier nicht die Strafbarkeit begrenze, wurde doch durch solche Art von Erkenntnissen stark beeinflusst. So stellten die Richter fest: »Heute erkennen die meisten Alkoholismusexperten und ärztlichen Spezialisten die Auffassung an, daß Alkoholismus eine Krankheit ist.«<sup>107</sup> So sahen die Mehrheit wie auch die Minderheit einen beträchtlichen Vorteil darin, den Stand des Wissens über Alkoholismus zu erkunden, auch wenn dann unterschiedliche Interpretationen dieses Wissensstandes bestehen blieben.

Die Fälle, die die Aufhebung der Rassentrennung in den Schulen zum Gegenstand haben, liefern eine weitere Illustration zur Verwendung empirischer Daten der Sozialwissenschaften. Eine historische Vorbemerkung kann uns dabei daran erinnern, daß Richter nicht weniger als andere Menschen dazu neigen, soziale Mythen für soziale Realität zu halten. Sozialmythen spielten z. B. eine Rolle im Fall *Plessy v. Ferguson*<sup>108</sup> aus dem Jahre 1896, in dem entschieden wurde, daß die Trennung von Schwarzen und Weißen in öffentlichen Einrichtungen so lange im Einklang mit dem Grundsatz der Gleichheit sei, als diese Einrichtungen für beide Gruppen gleich sind. Obwohl das 14. Amendment auf »der absoluten Gleichheit der beiden Rassen vor dem Gesetz« besteht, erklärte Justice Henry Brown, der Artikel beabsichtige nicht, »Unterschiede der Hautfarbe zu ignorieren oder soziale – im Unterschied zu politi-

104 Ibid., S. 521.

105 Ibid., S. 527.

106 Ibid., S. 565.

107 Ibid., S. 561.

108 163 U.S. 537 (1896).

scher – Gleichheit durchzusetzen«<sup>109</sup>. Wie Justice John Harlan in seinem abweichenden Votum hervorhob, ist diese Sichtweise ein bequemes Mittel, um die Legalität der Sklaverei und die ernststen Rechtsprobleme, die im Fall Plessy aufgeworfen wurden, zu umgehen. Ein für den Gerichtshof bezeichnendes Verständnis der sozialen Wirklichkeit offenbarte sich in Richter Browns Weigerung zuzugeben, daß »erzwungene Rassentrennung die Farbigen als minderwertig abstempelt«<sup>110</sup> – eine Interpretation der Rassenbeziehungen, die den Gerichtshof daran hinderte zu erkennen, daß Gesetze soziale Einstellungen zu verändern vermögen. Er vertrat vielmehr die Ansicht: »Die Gesetzgebung kann nicht soziale Vorurteile überwinden, Rasseninstinkte ausmerzen oder Unterschiede beseitigen, die auf physischen Unterschieden beruhen.«<sup>111</sup> Dies waren Auffassungen, die letztlich in der herrschenden Ideologie dieser Zeit bezüglich der natürlichen oder richtigen Gestaltung der Gesellschaft wurzelten.

Als der Fall Brown v. Board of Education im Jahre 1954 entschieden wurde, hatte sich die amerikanische Gesellschaft radikal verändert. In seinem einstimmigen Urteil, das die bis dahin gesetzlich erlaubte Rassentrennung in den Schulen für verfassungswidrig erklärte, führte der Gerichtshof durch Chief Justice Earl Warren aus: »Bei der Lösung dieses Problems können wir nicht die Uhr zum Jahre 1868 zurückdrehen, als das (14.) Amendment beschlossen wurde, nicht einmal bis zum Jahre 1896, als das Urteil Plessy v. Ferguson erging. Wir müssen vielmehr die öffentliche Erziehung in ihrer vollen Entfaltung und im Hinblick auf ihre heutige Rolle im nationalen Leben Amerikas betrachten. Nur auf diese Weise kann entschieden werden, ob die Rassentrennung in den staatlichen Schulen die Kläger (d. h. die Schulkinder) um den Schutz des verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes beraubt.«<sup>112</sup> Diese Aussage stellt nicht nur eine grundlegende Änderung in der Erfassung sozialer Wirklichkeit durch die Richter dar; sie zeigt ebenso die Bereitschaft der Richter, sich auf eine nüchterne Analyse des Sozialen einzulassen. Der Gerichtshof hätte an sich den Fall Brown auf die einfache Rechtsauffassung stützen können, die von Justice Harlan im Fall Plessy entwickelt wurde: Die Verfassung verbietet aufgrund ihrer Farbblindheit jedes Gesetz, das Personen nach ihrer Rasse klassifiziert. Aber dann hätte er sich wie in den Fällen, die wir weiter unten diskutieren, mit der Verfassungsmäßigkeit von Maßnahmen zur Integration der öffentlichen Schulen befassen müssen, was unvermeidlich zu einer offiziellen Einstufung nach Rassengesichtspunkten geführt hätte. So aber sah sich das Gericht im Fall Brown mit einer Analyse befaßt, die eine Beurteilung der »Bedeutung der Erziehung für unsere demokratische Gesellschaft« und der Auswirkungen der getrennten Erziehung auf schwarze Kinder einschloß<sup>113</sup>.

Die Analyse des Erziehungswesens in diesem Fall zeigt deutlich den Einfluß der vorherrschenden Meinung über die öffentliche Erziehung in den Vereinigten Staaten: Die Schulen erziehen zur Demokratie; Erziehung ist die Grundlage guten staatsbürgerlichen Verhaltens; sie ist notwendig, um »fundamentale öffentliche Verantwortung« zu übernehmen, und sie verhilft dem Schüler dazu, »sich seiner Umwelt normal anzupassen«. Natürlich ist die Sehweise der Richter im Fall Brown sehr verschieden von der des Jahres 1896. Gleiche Einrichtungen genügen nun nicht mehr dem Standard des Gleichheitsgrundsatzes. Als objektive Meßgröße spielen sie keine Rolle mehr.

109 Ibid., S. 544.

110 Ibid., S. 551.

111 Ibid.

112 347 U.S. 483 (1954), 492–493.

113 Ibid., S. 493.

Das Maß sind nun die Menschen, die eine schwere Benachteiligung im Sinne der »natürlichen Ordnung«, im Sinne des Falles Plessy geltend machen.

Indem sich die Fragestellung nunmehr auf die Folgen der Rassentrennung für die schwarzen Kinder richtet, interpretiert der Gerichtshof die »Equal Protection Clause« des 14. Amendments im sozialpsychologischen Sinne. In seiner Beschreibung des Sachverhalts im Fall Brown stellte der Gerichtshof fest, daß die Absonderung von Kindern »von anderen Gleichaltrigen und Gleichbegabten allein wegen ihrer Rasse ein Minderwertigkeitsgefühl im Hinblick auf ihren Status in der Gemeinschaft erzeugt, das kaum je wiedergutzumachen ist«. Chief Justice Warren, ein Urteil des Staatsgerichtshofs von Kansas zitierend, führte dazu aus: »Die Rassentrennung in öffentlichen Schulen hat eine schädliche Wirkung auf die farbigen Kinder. Der Schaden ist noch größer, wenn die Sanktion des Gesetzes dahintersteht, denn die Politik der Rassentrennung wird gewöhnlich verstanden als Bestätigung der Minderwertigkeit der Schwarzen. Ein Minderwertigkeitsgefühl beeinträchtigt aber wiederum die Lernbereitschaft eines Kindes. Gesetzlich sanktionierte Rassentrennung hat daher die Tendenz, die seelische und geistige Entwicklung der schwarzen Kinder zu verzögern und sie um Vorteile zu berauben, die sie in einem rassistisch integrierten Schulsystem hätten.« Er fuhr fort: »Wie immer der Stand psychologischen Wissens zur Zeit des Falles Plessy v. Ferguson gewesen sein mag, diese Erkenntnisse werden heute weithin durch die Autorität moderner Wissenschaft gestützt. Alles, was im Urteil Plessy v. Ferguson diesen Erkenntnissen widerspricht, ist heute überholt.«<sup>114</sup> Daraus folgte der Gerichtshof, »daß auf dem Feld der öffentlichen Erziehung die Doktrin »getrennt, aber gleich« keinen Platz mehr hat. Getrennte Erziehungseinrichtungen sind in sich ungleich«<sup>115</sup>.

Das Brown-Urteil stellt die Plessy-Entscheidung offensichtlich auf den Kopf und zwingt das Gericht unversehens zu Überlegungen über die Ergebnisse der Sozialforschung und der Psychologie. Es belegte seine Annahme, daß schwarze Kinder in Schulen mit Rassentrennung Schaden nehmen, mit einem Verweis (in der inzwischen berühmten Fußnote 11) auf verschiedene sozialwissenschaftliche Studien<sup>116</sup>. Man kann natürlich einwenden, daß das Brown-Urteil sich nicht restlos auf die Ergebnisse dieser Studien stützt. Doch scheinen sie jedenfalls deutlich sichtbar das Urteil des Gerichtshofs beeinflusst zu haben. Auf empirische Daten, gleich welcher Art, zurückzugreifen, scheint für den Gerichtshof unvermeidlich zu sein, wenn er Aussagen über ein verfassungsrechtliches Problem wie dieses macht.

Somit wird eine sozio-ökonomische Analyse zur notwendigen Begleiterscheinung in Prozessen, in denen über die Aufhebung der Rassentrennung befunden wird. Die Komplexität des analytischen Problems, wie es sich dem Gericht darstellt, wird aus den Entscheidungen ersichtlich, die nach dem Urteil Brown v. Board of Education gefällt wurden. Das Problem ist noch komplizierter geworden, seit neuere Studien einige der faktischen Annahmen im Fall Brown in Frage gestellt haben: Sind alle Schulen, die Rassentrennung praktizieren, qualitativ minderwertig? Auch unter dem Gesichtspunkt der nicht faßbaren Faktoren, die vom Obersten Gerichtshof erwähnt

114 Ibid., S. 494–495.

115 Ibid., S. 495.

116 Im allgemeinen zeigen diese Studien, daß schwarze Schüler Minderwertigkeitsgefühle entwickeln, wenn sie getrennt von weißen unterrichtet werden. Die Studien werden zitiert in: Ibid., S. 495 Anm. 11.

11\*

wurden? Stimmt es tatsächlich, daß schwarze Kinder auf jeden Fall seelische Schäden erleiden, wenn sie solche Schulen besuchen?

Diese und verwandte Fragen wurden wiederholt in den Prozessen vor dem Obersten Gericht aufgeworfen, bei denen es um die Frage verfassungskonformer Abhilfen im Rahmen der Aufhebung der Rassentrennung ging. Man muß festhalten, daß das Gericht ein Jahr nach der Entscheidung über die Aufhebung der Rassentrennung allgemeine Richtlinien für die Anwendung dieser Entscheidung herausgab. Im Urteil *Brown II* ordnete es an, daß das duale Schulsystem »mit behutsamer Beschleunigung« abzuschaffen sei, und übertrug den Bundesgerichten die primäre Verantwortung für die Erreichung dieses Ziels<sup>117</sup>. Die Gerichte sollten sich von gleichen Prinzipien leiten lassen, wenn sie Urteile über die Aufhebung der Rassentrennung fällten, und sie sollten Abhilfen mit Rücksicht auf die je besonderen Voraussetzungen der Kommunen und mit Blick auf einen pragmatischen Ausgleich von öffentlichen und privaten Bedürfnissen schaffen. Das Problem der Abhilfen wurde in den frühen siebziger Jahren zunehmend komplizierter, als Anordnungen zur Aufhebung der Rassentrennung in Situationen getroffen wurden, in denen Schulen nicht wegen eines Gesetzes die Rassentrennung praktizierten, sondern die rassische Trennung auf der faktischen Trennung der Wohngebiete beruhte, die wiederum durch soziale und ökonomische Kräfte bestimmt wurde<sup>118</sup>. Insbesondere trat dieses Problem in den Metropolen des Nordens auf, in denen bestimmte Schulbezirke hauptsächlich von Schwarzen, andere vornehmlich von Weißen bewohnt waren, was eine *de facto*-Rassentrennung in den Schulen zur Folge hatte. Wenn die Gerichte zu dem Schluß kamen, daß die für das Bildungswesen zuständigen staatlichen oder lokalen Behörden in irgendeiner Weise an der Förderung, Etablierung oder Beibehaltung des dualen Schulsystems beteiligt waren, so sahen sie ein solches System allgemein als *de jure*-Rassentrennung an, die gerichtlichem Einspruch unterlag<sup>119</sup>. Wo sie die Abschaffung dieser Schulsysteme anordneten, erfanden sie eine Reihe von Abhilfen, von denen die kontroverseste die Neuzuweisung der Schüler mittels des Einsatzes von Schulbussen war<sup>120</sup>. Das Gebot einheitlicher Schulbezirke<sup>121</sup>, die Umverteilung von Lehrern und Personal<sup>122</sup>, Pläne für Schulbauten<sup>123</sup> und Hilfsprogramme für schwarze Schüler und Lehrer<sup>124</sup> sind weitere Beispiele für gerichtlich verordnete Mittel zur Verbesserung der Integration.

Wenn der Gerichtshof diese Abhilfen nach gleichen Grundsätzen verordnet, muß er die vermutlichen sozialen Folgen seiner Anweisungen voraussehen. Bei diesen Pro-

117 *Brown v. Board of Education*, 349 U.S. 294, 301 (1955).

118 Vgl. P. Brest, »Palmer v. Thompson: An Approach to the Problem of Unconstitutional Legislative Motive« in: *Supreme Court Review*, Bd. 95 (1971); F. Ely, »Legislative and Administrative Motivation in Constitutional Law« in: *Yale Law Journal*, Bd. 79 (1970), S. 1205. Siehe auch: Reading the Mind of the School Board, »Segregative Intent and the De Facto/De Jure Distinction« in: *Yale Law Journal*, Bd. 86 (1976), S. 317.

119 Vgl. *Keyes v. School District No. 1*, 413 U.S. 189 (1973); *Oliver v. Michigan State Board of Education*, 508 F. 2d 178 (6. Cir. 1974), cert. denied 421 U.S. 963 (1975); *Dayton Board of Education v. Brinkman*, 433 U.S. 406 (1977).

120 *Swann v. Board of Education*, 402 U.S. 1 (1971); *Davis v. Comm'rs. of Mobile County*, 402 U.S. 336 (1971).

121 *Green v. County School Board*, 391 U.S. 430 (1968); *Raney v. Board of Education*, 391 U.S. 443 (1968); *Monroe v. Board of Commissioners*, 391 U.S. 405 (1968).

122 *United States v. Montgomery County Board of Education*, 395 U.S. 225 (1969).

123 *United States v. Board of Public Instruction*, 395 F. 2d 66 (5. Cir. 1968); *Brewer v. School Board*, 397 F. 2d 37 (4. Cir. 1968).

124 *Milliken v. Bradley*, 433 U.S. 267 (1977).

gnosen muß er sich wahrscheinlich auch auf bestehende soziale, psychologische, demographische und ökonomische Daten stützen. Fragen, die der Gerichtshof sich selbst stellen wird, lauten: Welche Lasten werden Kindern und Eltern bei bestimmten Abhilfen abverlangt? Wird die Qualität der Erziehung von ethnischen Minderheiten tatsächlich verbessert (wenn dies wirklich das Anliegen einer Anordnung zur Aufhebung der Rassentrennung ist)? Werden die Kinder nun psychologische Schäden aus anderen Gründen erleiden? Wie wird das öffentliche Schulsystem selbst davon betroffen werden? Aber noch davor liegen Sachverhalts- und Wertfragen, die die Richter noch vor der Entscheidung über die Angemessenheit einer Abhilfeanordnung klären müssen. Wann zum Beispiel entwickelt sich eine *de facto*-Rassentrennung zu einer *de jure*-Trennung? Was bedeutet Integration im Sinne des verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes? Was soll der Maßstab rechtlicher Ungleichbehandlung sein? Welche Anhaltspunkte sind als Beleg für solche Ungleichbehandlung zu akzeptieren?

Alle diese Fragen standen bei den Milliken-Fällen im Vordergrund, in denen der Wert bestimmter gerichtlicher Anordnungen zur Beendigung der *de jure*-Rassentrennung im Schulbezirk von Detroit (Michigan) zur Debatte stand<sup>125</sup>. In Anbetracht des hohen Bevölkerungsanteils der Schwarzen in Detroit beschloß ein unteres Bundesgericht, daß die Rassentrennung in dem fast ausschließlich schwarzen Schulsystem der Stadt nur dann aufgehoben werden dürfe, wenn der Plan auch die größtenteils weißen Schulbezirke der Vorstädte von Detroit miteinschlosse<sup>126</sup>. Auf der Suche nach einer Lösung für die gesamte Metropole, die den Transport der Schüler mit Bussen zwischen den Stadt- und Vorortbezirken bedeutet hätte, kam das Bundesgericht im weiteren Verlauf zu der plausiblen, vom Obersten Gerichtshof festgehaltenen Feststellung, »daß die Schulen in Detroit so lange nicht wirklich rassisch integriert werden können, als die rassische Zusammensetzung der Schülerschaft jeder Schule nicht im wesentlichen die Zusammensetzung der Bevölkerung in der ganzen städtischen Region widerspiegeln – wenn man den Begriff ›Aufhebung der Rassentrennung‹ ernst nimmt«<sup>127</sup>. Es gab keinen Anhaltspunkt dafür, daß die weißen Schulbezirke der Vororte zum Zweck der Förderung der Rassentrennung geschaffen oder beibehalten wurden. Daher beschloß der Oberste Gerichtshof bei stark auseinandergehenden Meinungen, daß eine die einzelnen Schulbezirksgrenzen überschreitende Lösung nicht angeordnet werden dürfe, weil diese Lösung die ohnehin schon bestehende Verletzung der Verfassung noch vergrößern würde<sup>128</sup>. In scharf abweichender Meinung hoben Justice Marshall und mit ihm die Richter Douglas, Brennan und White hervor, daß die rassische Trennung der Wohngebiete gerade durch die staatlich festgelegten Schulbezirksgrenzen verschärft worden sei; damit machten sie den Staat Michigan für die gleichheitswidrige Aufrechterhaltung der schulischen Rassentrennung verantwortlich. Marshall führte weiter aus, es sei rechtens, vernünftig und notwendig, Detroit und seine Vorstädte als eine einzige Gemeinde anzusehen, die ein voll integriertes Schulsystem brauche<sup>129</sup>. In einem eigenen abweichenden Votum beschuldigte Justice Douglas die Mehrheit (geführt von Chief Justice Burger), ein System von »schwarzen Schulen« zu akzeptieren, »das nicht nur rassisch trennt, sondern auch minderwertig

125 Milliken v. Bradley, 418 U.S. 717 (1974); Milliken v. Bradley, 433 U.S. 267 (1977).

126 338 F. Supp. 582 (E. D. Mich. 1971).

127 418 U.S. 717, 740; vgl. Wofford, »The Blinding Light: The Uses of History in Constitutional Dictatum« in: *University of Chicago Law Review*, Bd. 31 (1964), S. 502, 532.

128 Ibid., S. 745–747.

129 Ibid., S. 781.

sei«, und damit sogar das im Fall *Plessy v. Ferguson* entwickelte Prinzip zu verletzen<sup>130</sup>.

Was hier als erstes auffällt, sind die zwischen Mehrheit und Minderheit stark differierenden Auffassungen des Problems. Für die Mehrheit ist es ein vornehmlich soziales Problem; deshalb lautet die Lösung, daß die Mängel im Erziehungswesen, die durch soziale Ungleichheit verursacht worden sind, beseitigt werden müssen. Für die Minderheit stellt sich das Problem als ein wesentlich politisches; daher liege die Lösung in der Neufestsetzung der Gemeindegrenzen. Diese Auffassungen haben nun die Vorstellungen der Richter darüber beeinflußt, was gemäß dem Urteil *Brown v. Board of Education* erforderlich ist. Aus der Sicht der Minderheit bedeutet Aufhebung der Rassentrennung, daß schwarze und weiße Kinder gemeinsame Schulen besuchen müssen. Vom Standpunkt der Mehrheit ist damit gemeint, »die Opfer einer diskriminierenden Praxis in eine Lage zu bringen, wie sie ohne diese Praxis gegeben wäre«<sup>131</sup>. Kurz, der Mehrheit scheint es wesentlich um die Qualität der Erziehung zu gehen, während die Minderheit die Notwendigkeit einer integrierten Erziehung betont. Beide Sichtweisen implizieren eine Fülle von Annahmen über das Wesen der Erziehung und die Bedingungen der Gleichheit in der amerikanischen Gesellschaft. Letztlich hängt also das Urteil *Milliken I* weit mehr von den Auffassungen der Richter über die soziale Wirklichkeit als von irgendeinem Rechtsprinzip ab.

Im Fall *Milliken v. Bradley II*<sup>132</sup> sollte der Oberste Gerichtshof die Verfassungsmäßigkeit von Ausgleichsprogrammen überprüfen, die im Hinblick auf das Urteil *Milliken I* verabschiedet worden waren. Diese vom Gericht akzeptierten Hilfsmaßnahmen umfaßten die innerdienstliche Fortbildung für Lehrer und Verwaltungsbeamte, Führungs- und Beratungsprogramme, verbesserte Testverfahren und Lese-kurse. Chief Justice Burger und alle Richter sahen diese Programme als probate Mittel zur Beseitigung bestimmter Verletzungen eines verfassungsmäßig garantierten Rechts an, wobei man sich auf Erkenntnisse unterer Gerichte stützte, die wiederum fast ausschließlich auf Zeugenaussagen von hauptberuflichen Erziehern und Sozialwissenschaftlern beruhten. Es ist bezeichnend, daß der Gerichtshof in Anlehnung an die allgemeine Tendenz der Mehrheitsauffassung im Fall *Milliken I* feststellte, »daß die Umverteilung der Schüler allein nicht automatisch die Folgen der früheren verfassungswidrigen erzieherischen Isolation heilt«<sup>133</sup>. Tief sitzende kulturelle Benachteiligungen und Mängel im Erziehungswesen als Resultate der Diskriminierung müssen nach Ansicht des Chief Justice »direkt durch speziell für diesen Zweck ausgebildete Lehrer angegangen werden«<sup>134</sup>. Wenn diese Programme auch nicht zu einer integrierten Schule im Sinne der Minderheit im Falle *Milliken I* führen würden, sollten sie doch die Reste einer *de jure*-Rassentrennung beseitigen.

### *Die Geschichte*

Die Geschichte ist wahrscheinlich die am meisten unterschätzte Komponente der amerikanischen Verfassungsrechtsprechung. Dabei fügt sie sich in vielfacher Hinsicht in die amerikanische Tradition einer »naturrechtlichen« Jurisprudenz ein, die als ein Versuch anzusehen ist, Standards der Fairneß und Gerechtigkeit durch Rückgriff auf

130 Ibid., S. 757.

131 Ibid., S. 746.

132 433 U.S. 267 (1977).

133 Ibid., S. 287.

134 Ibid., S. 288.

Erfahrungen und Traditionen des amerikanischen Volks zu bestimmen<sup>135</sup>. »Die Geschichte ist nach wie vor die Quelle aller Verfassungsauslegung«, sagte Justice Harlan im Fall *Williams v. Florida*<sup>136</sup>. Ähnlich bemerkte John W. Wofford: »Einer der wesentlichen Gründe, sich der Geschichte zuzuwenden, um die aktuelle Verfassungsauslegung zu kontrollieren, liegt darin, die Richter von Entscheidungen nach persönlichem Geschmack, privaten Wertvorstellungen, individuellen Ansichten oder den gerade herrschenden Stimmungen abzuhalten.«<sup>137</sup> Wenn also persönliche Erfahrung oder sozio-ökonomische Daten nur eine unzuverlässige Anleitung für eine Entscheidung sind, betrachten die Richter gerne die Geschichte als ihr »Gericht« der letzten Instanz.

Die folgenden Fälle illustrieren die verschiedenen Anwendungen des historischen Maßstabs; sie betreffen Geschworenengerichtsverfahren und das Verhältnis von Staat und Kirche.

In den letzten Jahren sind mehrere Fälle vor den Obersten Gerichtshof gelangt, die Rolle und Zusammensetzung der Geschworenenbank thematisierten. Sind nach der Verfassung Geschworenengerichtsverfahren bei schweren Verbrechen für einzelstaatliche Gerichte absolut erforderlich? Muß eine Jury aus zwölf Personen bestehen? Darf eine Jury auch einen nicht-einstimmigen Schuldspruch fällen? Für den Zugang des Gerichts zu diesen Fragen hat die Geschichte eine bedeutende Rolle gespielt. Im Fall *Duncan v. Louisiana* etwa entschied der Oberste Gerichtshof, daß das Recht auf einen öffentlichen Prozeß »vor einer unparteiischen Jury« gemäß dem 6. Amendment, das sich auf die der Bundesjustiz unterstehenden Kriminalfälle bezieht, auch ein wesentliches Element des »due process of law« im Rahmen des 14. Amendments sei und damit auch für die Einzelstaaten gelte<sup>138</sup>. (Die Verfassung von Louisiana hatte Geschworenengerichtsverfahren *nur* bei Kapitalverbrechen zugelassen.) Nachdem der Gerichtshof sich Entwicklung und Sinn der Geschworenenbank in England seit der *Magna Charta*, in Amerika während der Kolonialzeit, in den Gründungsstaaten und seit der Annahme der Verfassung vergegenwärtigt hatte, folgerte er: »Die Geschichte bestätigt eindrucksvoll, daß das Recht auf ein Geschworenengerichtsverfahren in Strafsachen für unsere Rechtsordnung grundlegend ist«, und »sie spiegelt eine feststehende (historisch begründete) Auffassung über die Art und Weise, wie das Recht verwirklicht und Gerechtigkeit geübt werden soll«<sup>139</sup>. Er war nicht bereit, eine geschichtlich gewachsene Praxis wie das Geschworenengerichtsverfahren aufzugeben, auch wenn überzeugend hätte argumentiert werden können, daß ein Angeklagter vor einem mit Berufsrichtern besetzten Gericht ohne Geschworene wahrscheinlich auch einen fairen Prozeß bekommt.

Bis 1970 hatte der Oberste Gerichtshof stets daran festgehalten, daß das von der Verfassung garantierte Geschworenengerichtsverfahren eine Jury von zwölf Personen erfordere<sup>140</sup>. Die Zahl zwölf ist ein Relikt aus dem englischen common law, auf das nur wenige Richter verzichten wollten. Dagegen sprach sich der Oberste Gerichtshof im Fall *Williams v. Florida*<sup>141</sup>, repräsentiert durch Justice White, dafür aus, daß

135 C. A. Miller, *The Supreme Court and the Uses of History*, Cambridge, Mass. 1969.

136 399 U.S. 78, 124 (1970).

137 Vgl. die Arbeit von Wofford (oben Fußn. 127), S. 532.

138 391 U.S. 145 (1968).

139 Ibid., S. 153–154, 155.

140 399 U.S. 90.

141 399 U.S. 78 (1970).



auch eine sechs Personen umfassende Jury verfassungskonform sei. Merkwürdigerweise war es gerade eine detaillierte Untersuchung der Geschichte des Geschworenengerichtsverfahrens – das Urteil war von historischen Verweisen durchzogen –, die ihn zu dem Schluß veranlaßte, daß die Zahl zwölf »historisch zufällig ist, unnötig für die Zwecke des Geschworenensystems und – »abgesehen von Zahlenmystik« – bedeutungslos«<sup>142</sup>. Justice Harlan jedoch war anderer Ansicht. Er bedauerte diese »Umgehung der Geschichte« und bemerkte, daß »das Recht auf ein Geschworenenverfahren überhaupt keinen festen Sinn ohne den Bezug auf die historische Form« habe<sup>143</sup>. Marshall, der Harlan zustimmte, hielt ebenfalls an der Auffassung fest, die Zwölf-Personen-Jury sei für immer im amerikanischen Strafrechtssystem verankert<sup>144</sup>. 1978 wiederum entschied der Gerichtshof im Fall *Ballew v. Georgia*<sup>145</sup>, daß ein Verfahren vor einer Jury von weniger als sechs Personen verfassungswidrig sei. Der klägliche Versuch des Gerichts, in soziologischen Kategorien darzulegen, warum eine sechs Personen umfassende Jury verfassungsgemäß sei, nicht jedoch eine Jury von fünf Personen, scheint die Vernünftigkeit des Appells von Harlan und Marshall, auf die Geschichte zurückzugreifen, zu unterstreichen.

Verletzt ein Einzelstaat die due process-Klausel des 14. Amendments, wenn er einen Schuldspruch von neun der zwölf Geschworenen bei bestimmten, nicht kapitalen Straftaten zuläßt? »Nein« entschied das Gericht im Fall *Johnson v. Louisiana*<sup>146</sup>. Die Geschichte war hier indessen wieder ein bedeutender Anhaltspunkt für die abweichende Auffassung der Richter Douglas und Marshall. Douglas: »Bei allem schuldigen Respekt vor der Mehrheit kann ich dieser radikalen Absage an die amerikanische Tradition nicht zustimmen ... Heute ... sind zwei Jahrhunderte amerikanischer Geschichte auf das Abstellgleis geschoben worden.«<sup>147</sup> Marshall: »Ich hätte angenommen, daß die Geschichte den richtigen Hinweis gibt, ... denn die Geschichte zwingt zu der Entscheidung, daß das Einstimmigkeitsprinzip für unser Geschworenenverfahren wesentlich ist.«<sup>148</sup>

Während schließlich Justice Powell mit der Mehrheit darin übereinstimmte, daß Einstimmigkeit in Strafprozessen auf einzelstaatlicher Ebene nicht nötig sei, bestand er andererseits doch auf der von der Mehrheit nicht geteilten Ansicht, daß Einstimmigkeit in Strafprozessen auf Bundesebene von der Verfassung vorgeschrieben sei: »Einstimmige Schuldsprüche sind bei Geschworenenverfahren auf Bundesebene wesentlich, nicht weil Einstimmigkeit unbedingt erforderlich für die Aufgabe wäre, die das Geschworenengericht zu erfüllen hat, sondern weil sie von der Geschichte sanktioniert ist.«<sup>149</sup>

Zum Verhältnis von Staat und Kirche sind bedeutende Urteile ergangen, bei denen man die Geschichte mit herangezogen hat. Im Fall *Lemon v. Kurtzman*<sup>150</sup> zum Beispiel erklärte der Oberste Gerichtshof eine Vorschrift des Staates Pennsylvania für ungültig, nach der den konfessionellen Schulen die Kosten für Lehrergehälter und Schulbücher in bestimmten profanen Fächern erstattet werden konnten. Die von

142 Ibid., S. 102.

143 Ibid., S. 125.

144 Ibid., S. 116–117.

145 435 U.S. (1978).

146 406 U.S. 356 (1972).

147 Ibid., S. 381, 383.

148 Ibid., S. 400.

149 Ibid., S. 370.

150 403 U.S. 602 (1971).

Chief Justice Burger vertretene Mehrheitsmeinung läßt die enorme Schwierigkeit erkennen, diese Frage juristisch zu klären. Burger schrieb: »Der Text der Religionsklauseln des 1. Amendments ist, vorsichtig gesagt, dunkel.«<sup>151</sup> Deshalb »müssen wir, mangels klarer verfassungsrechtlicher Verbote, extrapolieren mit Blick auf die drei Übel, gegen die die Staatskirchenklausel Schutz bieten wollte«<sup>152</sup>, nämlich (staatliche) Schirmherrschaft, finanzielle Unterstützung der Kirche durch den Staat und Einmischung des Staates in religiöse Angelegenheiten. Wiederum griff der Gerichtshof auf die amerikanische Geschichte zurück, um zu entscheiden, ob die staatliche »Verstrickung« in diesem Fall die Verfassung verletze. Der Chief Justice schien sich für die politischen Folgen der pennsylvanischen Norm ebenso zu interessieren wie für den formalen Umgang mit einem Verfassungsprinzip. Die Geschichte der Beziehungen von Staat und Kirche in den Vereinigten Staaten erwies sich hier – in der Interpretation des Gerichtshofs – als schlüssig. So sagte Burger: »Die üblichen politischen Auseinandersetzungen und Gegensätze, wie stark und sogar einseitig auch immer, sind normale und gesunde Erscheinungen unserer demokratischen Ordnung. Aber politische Gegensätze, die auf religiösen Unterschieden beruhen, sind eines der Hauptübel, gegen die das 1. Amendment schützen sollte. Die mögliche Sprengkraft eines solchen Konflikts ist eine Bedrohung des normalen politischen Prozesses . . . Es steht im Widerspruch zu unserer gesamten Geschichte und Tradition, religiösen Fragen eine solche Bedeutung in unseren Parlamenten und in unseren Wahlen zuzugestehen, daß sie die Aufmerksamkeit von den Myriaden von politischen Aufgaben und Problemen ablenken, mit denen das Regierungssystem auf allen Ebenen ohnehin schon belastet ist.«<sup>153</sup>

Das Urteil *McDaniel v. Paty*<sup>154</sup> von 1978 bietet ein neueres Beispiel für die Art und Weise, in der die Geschichte helfen kann, eine Praxis zu revidieren, die früher als völlig im Einklang mit der Lehre der Trennung von Staat und Kirche stehend angesehen wurde. Die Verfassung von Tennessee untersagte Geistlichen die Ausübung öffentlicher Ämter. Obwohl viele Bundesstaaten in ihren ursprünglichen Verfassungen solche Verbotsvorschriften kannten, hielt nur Tennessee noch in den siebziger Jahren daran fest. Aus Anlaß der Überprüfung dieser Verbotsvorschriften erklärte Chief Justice Burger zunächst, daß sie »von verantwortlichen amerikanischen Staatsmännern bejaht wurden, weil ihnen eine vernünftige Absicht zugesprochen wurde«<sup>155</sup>, um aber dann festzustellen, die Geschichte habe die frühere Furcht vor einem politisch unverantwortlichen Verhalten von Geistlichen in öffentlichen Ämtern zum größten Teil ausgeräumt. Der Gerichtshof befand einstimmig, daß Tennessee die *free exercise*-Klausel des 1. Amendments verletzt hatte. Für fünf Mitglieder des Gerichts faßte Richter Burger sein Argument folgendermaßen zusammen: »Die amerikanischen Erfahrungen bieten keinen überzeugenden Grund für die Furcht, daß Geistliche in öffentlichen Ämtern das Prinzip der Trennung von Staat und Kirche weniger sorgfältig beachten oder ihren politischen Amtseid weniger ernst nehmen als Laien.«<sup>156</sup>

Diese Beispiele für die Rolle der Geschichte bei Urteilen des Obersten Gerichtshofs könnten um viele weitere vermehrt werden. Hier wird die Andeutung ausreichen,

151 Ibid., S. 612.

152 Ibid.

153 Ibid., S. 622–623.

154 435 U.S. 618 (1978); 46 L.W. 4329 (1978).

155 Ibid., 46 L.W. 4331.

156 435 U.S. 679 (1978).

daß die Geschichte ein bedeutender außergesetzlicher Maßstab ist, den das Gericht bei der Verfassungsrechtsprechung verwendet. Wie oben gezeigt, dient die Geschichte auch als bequemer »pragmatischer Weg«, um gegensätzliche verfassungsrechtliche Theorien auszugleichen.

### *Schlußfolgerung*

Der Aufsatz befaßt sich nur mit der Anwendung außergesetzlicher Maßstäbe durch einzelne Richter, gesehen aus dem Blickwinkel zweier amerikanischer Verfassungsrechtslehrer. Es wurde versucht, deutlich zu machen, daß Entscheidungsfindung im Bereich des Verfassungsrechts unvermeidlich eine Angelegenheit des klugen Ermessens ist. Bevor die Richter zu ihren Urteilen kommen, verwenden sie oft außergesetzliche Maßstäbe, um Bedeutung und Anwendbarkeit der majestätischen Worte und Vorschriften der Verfassung zu erhellen. Natürlich gibt es viele außergesetzliche Maßstäbe, um aktuelle Probleme im Hinblick auf die vorgegebenen Verfassungswerte zu beurteilen. Wir wollten zeigen, daß dabei persönliche Wertvorstellungen, soziale Gewohnheiten, sozio-ökonomische Fakten sowie die Geschichte von größter Bedeutung sind. Wir haben außerdem gesehen, daß es unmöglich ist, zumindest abstrakt zu entscheiden, welcher dieser vier Maßstäbe im einzelnen Fall vorherrschend ist. Die »Chemie« einer verfassungsrechtlichen Entscheidung ist immer abhängig von den Maßstäben von neun Individuen, aus denen sich jeweils der Gerichtshof zusammensetzt. Dies sollte aus der vorangegangenen Analyse klargeworden sein.