

# Supreme Court gegen Kongreß

## Der Streit um den Inhalt der Religionsfreiheit in den USA

Günter Krings\*

### I. Einleitung

Das Verhältnis zwischen Staat und Kirche gibt nicht nur in Deutschland Anlaß zu scharfen Auseinandersetzungen, die zwar im Kern juristischer Natur sind, aber sich nicht selten auf die politische Bühne übertragen. War es in Deutschland der sog. *Kruzifix-Beschluß*,<sup>1</sup> die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts gegen die Anbringung von Kreuzen in Klassenräumen, mit dem sich das oberste Gericht der Republik einer teilweise harschen Kritik in der Rechtswissenschaft<sup>2</sup> wie in der politischen Öffentlichkeit<sup>3</sup> ausgesetzt hat, so traf in den Vereinigten Staaten die Rechtsprechung des Supreme Court zu einer strengen Trennung von Kirche und Staat bereits in den sechziger Jahren auf scharfen Protest in großen Teilen der Bevölkerung. Dieser reichte bis hin zu dem Vorschlag, die gerichtlich untersagten Schulgebete<sup>4</sup> durch eine speziell auf diese Frage zugeschnittene Verfassungsänderung wieder zu legalisieren. Eine neue Dimension hat die juristisch-politische Auseinandersetzung um das Verhältnis von Staat und Religion jüngst durch den Streit zwischen dem Supreme Court und dem Kongreß über die Reichweite des verfassungsrechtlichen Schutzes der Religionsfreiheit erfahren.

In *City of Boerne v. Flores*<sup>5</sup> erklärte das oberste Bundesgericht der USA ein in beiden Kammern des Kongresses nahezu einstimmig beschlossenes Gesetz "zur

---

\* Ass. iur., LL.M. (Temple), wissenschaftlicher Mitarbeiter, Institut für Staatsrecht der Universität zu Köln. Das Manuskript wurde im Februar 1998 abgeschlossen.

<sup>1</sup> Beschluß des 1. Senates v. 16.5.1995, BVerfGE 93, 1. Daneben kann man für die besondere politische Relevanz des juristischen Verhältnisses von Kirche und Staat die z.T. widersprüchlichen Entscheidungen zahlreicher Fachgerichte zur Frage der Einstufung der Scientology-Organisation als Religionsgemeinschaft (ablehnend etwa: BAG, NJW 1996, 143, VG Stuttgart, NVwZ 1994, 612; bejahend: OVG Hamburg, NVwZ 1995, 498) und die Diskussion um die Nicht-Einführung des Religionsunterrichts im Lande Brandenburg nennen.

<sup>2</sup> Vgl. nur M. Brenner, Der Kruzifix-Beschluß des Bundesverfassungsgerichts, ThürVBl. 1996, 145; A. v. Campenhausen, Zur Kruzifix-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 121 (1996), 448ff.; T. Württemberg, "Unter dem Kreuz" lernen, in: Festschrift für F. Knöpfle, 1996, 397ff.

<sup>3</sup> Vgl. die Dokumentation der Konrad-Adenauer-Stiftung, St. Augustin "Kirche und Staat" vom September 1995, 95ff.

<sup>4</sup> *Engel v. Vitale*, U.S. Reports 370, 421 (1962); vgl. auch R. Miller/R. Flowers, *Toward Benevolent Neutrality: Church, State and the Supreme Court*, 4. Aufl., 1992, 493.

<sup>5</sup> Entscheidung v. 25.6.1997, S.Ct. Reporter 117, 2157ff. Der Text der Entscheidung kann ebenfalls abgerufen werden über das World-Wide-Web u.a. unter der Adresse <http://supct.law.cornell.edu/supct/>.

Wiederherstellung der Religionsfreiheit”, den “Religious Freedom Restoration Act” (im folgenden: RFRA) für verfassungswidrig, nachdem der Kongreß vorher seinerseits nicht verhehlt hatte, daß der Zweck dieses Gesetzes die Korrektur einer für verfehlt gehaltenen Wende in der Verfassungsauslegung des Supreme Court war. Offener kann ein Konflikt zwischen Legislative und Judikative kaum zu Tage treten.<sup>6</sup> Die genannte Entscheidung bietet zugleich Anlaß, sich mit einer weiteren grundlegenden Frage der amerikanischen Verfassungsauslegung im allgemeinen und der Interpretation der Religionsfreiheit im besonderen auseinanderzusetzen, denn zwei abweichende Voten untersuchen den Inhalt des Religionsartikels, der die Verfassungsgemäßheit des RFRA determiniert, im Wege der historischen Auslegung, kommen dabei allerdings zu entgegengesetzten Ergebnissen.<sup>7</sup> Die Religionsfreiheit fungiert damit einmal mehr als der Hauptanwendungs- und Testfall einer Interpretationsmethode, der in Teilen der amerikanischen Staatsrechtswissenschaft die Vorherrschaft in der Verfassungsauslegung zuerkannt wird.<sup>8</sup>

## II. Religionsfreiheit in der Rechtsprechung des US Supreme Court

Die den Ausgangspunkt dieses Artikels bildende Entscheidung *City of Boerne v. Flores* wird nur vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des US Supreme Court der vergangenen Jahrzehnte verständlich. Diese soll im folgenden kurz anhand einiger richtungsweisender Präzedenzfälle beleuchtet werden. Dabei wird auch deutlich, daß sich die Interpretation der Religionsfreiheit durch das oberste Bundesgericht mit der Zeit erheblich verändert hat, was nicht ohne Auswirkungen auf das gesellschaftliche Leben der USA blieb.

### 1. Der 1. Zusatzartikel der US-Bundesverfassung

Der Zusatzartikel I der Bundesverfassung, welcher als Bestandteil der sogenannten Bill of Rights mit den Zusatzartikeln I bis X 1791, zwei Jahre nach Ratifizierung der Verfassung, Geltung erlangte, widmet sich in seinem ersten Halbsatz dem Thema Staat und Religion: “Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof”. In der charakteristischen sprachlichen Prägnanz der amerikanischen Bundesverfassung begründete der Kongreß mit diesen wenigen Worten sowohl ein Recht auf freie Religions-

<sup>6</sup> Daß auch in den USA der RFRA kein singuläres Ereignis darstellt, sondern eher symptomatisch für die gestiegene politische Aufmerksamkeit für Religionsrechte ist, läßt sich in jüngster Zeit etwa an der Gesetzesinitiative zu einem “Freedom From Religious Persecution Act” ablesen. Danach sollen ausländischen Staaten, die Religionsgemeinschaften verfolgen, außen- und handelspolitische Sanktionen drohen; die Einreise von Verfolgungsmaßnahmen Betroffener in die USA soll erleichtert werden. Vgl. hierzu: *New York Times v. 11.9.1997, A3.*

<sup>7</sup> Dies sind die abweichende Meinung von Richterin O’Connor und das (zustimmende) Sondervotum von Richter Scalia. Auch Richter Kennedy eröffnet in den Urteilsgründen – unter III.A.1 = S.2164 ff. – die Erörterung der kompetenzrechtlichen Fragestellungen mit einer historischen Auslegung von Zusatzartikel XIV §5.

<sup>8</sup> Siehe hierzu unten Abschnitt V.

ausübung (*free exercise*) als auch das hiermit zuweilen kollidierende Verbot einer staatlichen Einrichtung von Religion<sup>9</sup> (*establishment of religion*). Der zweite Halbsatz desselben Zusatzartikels verbürgt das nicht minder bedeutsame Recht der Redefreiheit (*freedom of speech*).

Die einzige Textstelle in der ursprünglichen, im September 1787 in Philadelphia unterzeichneten Verfassungsurkunde, welche das Verhältnis des Staates zur Religion zum Gegenstand hat, findet sich im zweiten Halbsatz von Art. VI §3 und verbietet eine "religiöse Prüfung" als Zugangsvoraussetzung für ein öffentliches Amt.<sup>10</sup> Bereits diese Öffnung der öffentlichen Ämter des Bundes – auf Ämter in den Mitgliedstaaten bezog sich die Bestimmung nicht – für Angehörige jedweder Religion, ja sogar für Atheisten, muß als ein mutiger und weitgehender Schritt der verfassungsgebenden Versammlung angesehen werden. Leistete sie ihre Arbeit doch in einem Land, dessen gesellschaftliches und z.T. politisches Leben entscheidend von verschiedenen protestantischen Kirchen geprägt wurde. So wurde diese "gottlose" Regelung zu einem ergiebigen Argument der Verfassungsgegner im Kampf gegen die Ratifizierung in den Gliedstaaten.<sup>11</sup> Aufgrund ihres beschränkten Anwendungsbereiches und ihrer insofern klaren Aussage hat diese Vorschrift – in der juristischen Diskussion und in bezug auf die Anzahl der sich auf sie beziehenden Entscheidungen des Supreme Court – nie eine den Bestimmungen im I. Zusatzartikel vergleichbare Bedeutung erlangt.<sup>12</sup>

Auch die "Religious Clauses" des ersten Zusatzartikels (*free exercise* und *establishment clause*; im folgenden: Religionsrechte) haben von ihrem Wortlaut her lediglich den Bund zum Adressaten, ja sie wenden sich wörtlich nur an die Legislative, den Kongreß, dem sie die Verabschiedung von bestimmten Gesetzen untersagen ("Congress shall make no law ..."). Dies haben sie gemein mit den anderen Bestimmungen der Bill of Rights. Bis weit in das 20. Jahrhundert hinein war die praktische Bedeutung der Bill of Rights eher gering. Da der Bund zumindest bis zu den von Präsident F. Roosevelt eingeführten Programmen des *New Deal* nur in wenigen Bereichen in unmittelbarem Kontakt mit den Bürgern trat und sich auch heute noch der weitaus überwiegende Teil des sich an den Bürger wendenden staatlichen Handelns im amerikanischen Bundesstaat unterhalb der Bundesebene abspielt, schützten ihre Grundrechte nur vor wenigen Hoheitsakten.

<sup>9</sup> Siehe unten Abschnitt VI.

<sup>10</sup> "... but no religious test shall ever be required as a qualification to any office or public trust under the United States."

<sup>11</sup> C. Bowen, *Miracle at Philadelphia*, 1966, 217.

<sup>12</sup> Die in bezug auf den Bund eindeutige Aussage des Art. VI Sec. 3 2. Halbs. ließ allenfalls die Frage, ob die Bestimmung über ihren Wortlaut hinaus auch auf Gliedstaaten Anwendung finden sollte, für eine juristische Klärung offen. In dem Verfahren *Torcaso v. Watkins* (U.S. Reports 367, 488 [1961]), in welchem sich diese Frage anhand eines Gesetzes des Staates Maryland, wonach der Inhaber eines öffentlichen Amtes in Maryland an die Existenz Gottes glauben mußte, stellte, entging der Supreme Court einer Klärung dieses Punktes, indem er seine, das Gesetz für verfassungswidrig erklärende Entscheidung ausschließlich auf die "free exercise clause" des ersten Zusatzartikels stützte.

Doch ebenso wie die Mehrheit der übrigen Rechte der Bill of Rights wurden die Religionsrechte der Bundesverfassung in ihrer Geltung seit der Mitte des 20. Jahrhunderts auf die Gliedstaaten ausgedehnt.<sup>13</sup> Der Supreme Court stützte sich dabei auf die *due process clause* in dem seit 1868 geltenden XIV. Zusatzartikel, der als Reaktion auf die Sezession der Südstaaten und den amerikanischen Bürgerkrieg die Gliedstaaten bestimmten grundrechtlichen Beschränkungen unterwarf. Bereits 1908 hielt das Gericht – wenn auch noch sehr vorsichtig – fest, „daß es möglich sei, daß einige der persönlichen Rechte, welche durch die ersten acht Zusatzartikel gegen die Bundesstaatsgewalt gesichert würden, auch gegenüber den Gliedstaaten geschützt seien, denn deren Verweigerung [im Bürger-Gliedstaat-Verhältnis] würde eine Verweigerung von *due process* bedeuten.“<sup>14</sup>

Bis heute hat der Supreme Court keine pauschale Einbeziehung aller Zusatzartikel der Bill of Rights in den Schutzbereich der *due process clause* des Zusatzartikels XIV vorgenommen. Vielmehr beschränkt er gegen den Widerstand einiger seiner Mitglieder den Weg der selektiven Einbeziehung (*selective incorporation*). In *Palko v. Connecticut*<sup>15</sup> begründete er die Anwendbarkeit bestimmter Grundrechtsartikel der Bill of Rights gegenüber den Staaten, indem er diese Grundrechte als Ausformung eines der Verfassung zugrundeliegenden Konzepts der *ordered liberty* verstand. Im Wege dieser Zurückführung und Abstrahierung auf ein Grundkonzept erhielten diese einzelnen Rechte über den Zusatzartikel XIV ihre Geltung gegenüber den Einzelstaaten. Die *due process clause* liest das Gericht als eine Art Generalklausel, in welche im Ergebnis fast alle Rechte der Bill of Rights einbezogen wurden und damit nunmehr auch in den Gliedstaaten der Union Anwendung finden.

Für den Bereich der Religionsfreiheit nahm das Gericht erstmals in *Cantwell v. Connecticut*<sup>16</sup> ihre Anwendbarkeit gegenüber der Ausübung gliedstaatlicher Hoheitsgewalt an, ohne die Zugehörigkeit der Religionsfreiheit zum Konzept der *ordered liberty* jedoch einer eingehenderen Begründung für notwendig zu erachten. Ebenso glaubte der Supreme Court in seinen Entscheidungen<sup>17</sup>, welche die *establishment clause* auf die Staaten erstreckten, ohne eine besondere Begründung für diese Ausweitung des Kreises der Normadressaten auskommen zu können, obwohl man hier den Bereich der Grundrechte verließ und die *due process* Klausel des Zusatzartikels XIV auf eine „staatskirchenrechtliche“ Verfassungsklausel zur Anwendung brachte. Wegen der quantitativ beschränkten Bedeutung bundesstaatlichen Handelns eröffnete erst diese Ausdehnung des Anwendungsbereiches der Religionsrechte den Raum für eine umfangreiche Rechtsprechung, die ihre Schwerpunkte v. a. im Bildungssektor, aber auch in den Themenbereichen „staat-

<sup>13</sup> In *Barron v. Mayor and City Council of Baltimore*, U.S. Reports 32, 243 hatte der Supreme Court noch 1833 eine Erstreckung der Bill of Rights auf die Staaten abgelehnt.

<sup>14</sup> *Twining v. New Jersey*, U.S. Reports 211, 78 (Übersetzung des Verf.).

<sup>15</sup> U.S. Reports 302, 319 (1937).

<sup>16</sup> U.S. Reports 310, 296, 303 (1940).

<sup>17</sup> Angefangen mit *Everson v. Board of Education*, U.S. Reports 330, 1 (1947) und *McCullum v. Maryland*, U.S. Reports 333, 203 (1948).

liche Sozialleistungen” und “Wirtschaftsregulierungen” setzte. Fast alle bedeutenden Entscheidungen des Supreme Court im Bereich der Religionsrechte fielen nach 1940.<sup>18</sup>

## 2. Die Auslegung der *Free Exercise Clause*

### a) Die Reichweite der Religionsfreiheit

Der Supreme Court unterteilt die Religionsfreiheit – verglichen mit der Systematik des Art. 4 GG – in eine Glaubensfreiheit sowie eine Religionsausübungsfreiheit. Letztere wird als *freedom of conduct* beschrieben und umfaßt grundsätzlich jedes religiös motivierte Verhalten.<sup>19</sup> Schwierigkeiten in der juristischen Praxis bereitet in den USA wie in Deutschland weniger die Glaubensfreiheit im engeren Sinne als die Religionsausübungsfreiheit. In einer für diesen Bereich typischen Fallkonstellation beruft sich ein Grundrechtsträger auf seine Religionsfreiheit mit dem Ziel, sein religiös motiviertes Verhalten von der Anwendung einer gesetzlichen Verbots- oder Gebotsnorm auszunehmen.<sup>20</sup>

In seiner frühen Rechtsprechung hatte der Supreme Court den Schutzbereich der Religionsfreiheit nicht auf religiös motiviertes Verhalten erstreckt, *Reynolds v. United States*.<sup>21</sup> Das Gericht begründete diese Beschränkung mit einem *argumentum ad horrendum*: Im Falle der Einbeziehung der Ausübungsfreiheit könnte der einzelne die Geltung selbst grundlegender Strafgesetze für sich ausschließen.<sup>22</sup> Die in *Reynolds v. United States* gesetzte Rechtsregel einer notwendigen Differenzierung zwischen Glauben und glaubensgeleitetem Verhalten hat der Supreme Court zwar nie ausdrücklich verworfen. Die Entscheidung wurde in den letzten Jahrzehnten aber kaum noch zitiert und kann heute allenfalls noch in abgeschwächter Form präjudizielle Geltung beanspruchen. Inzwischen geht das Gericht ohne weiteres davon aus, daß auch religiös motiviertes Verhalten den Schutz der Religionsfreiheit genießen kann, nimmt aber – anders als bei der Glaubensfreiheit i.e.S. – keinen absoluten, “schrankenlosen” Schutz an, sondern läßt das Recht im Einzelfall hinter anderen Rechtsgütern, wie z.B. der militärischen Disziplin in den Streitkräften, zurückstehen.<sup>23</sup>

<sup>18</sup> J. Nowak/R. Rotunda, *Constitutional Law*, 4. Aufl., 1991, §17.2 (S.1161).

<sup>19</sup> *Ibid.*, §17.2 (S.1207): “religiously motivated actions”.

<sup>20</sup> Vgl. diesbzgl. zu deutschen Rechtsfällen im Bereich der in den USA nicht selbständig geschützten Gewissensfreiheit bereits A. Arndt, *Das Gewissen in der oberlandesgerichtlichen Rechtsprechung*, NJW 1966, 2205.

<sup>21</sup> *Reynolds v. United States*, U.S.Reports 98, 145, 166 (1879).

<sup>22</sup> *Ibid.*, 167. Gerichtspräsident (*Chief Justice*) Waite, der Verfasser der Urteilsbegründung, bemühte in diesem Zusammenhang eine Formulierung aus dem Römerbrief (Kap. 2, Vers 14), wonach die Heiden “sich selbst Gesetz” seien (“... to become a law unto himself”), zitiert von Richter *Scalia* in der *Smith*-Entscheidung (Anm. 37), 885, s.u. II.2.c.

<sup>23</sup> *Goldman v. Weinberger*, U.S.Reports 475, 503, 507 ff. (1986); *Wisconsin v. Yoder*, U.S.Reports 406, 205, 220 (1972); vgl. auch bereits *Cantwell v. Connecticut*, U.S.Reports 310, 296, 303 f. (1940).

b) Die Entwicklung des Prüfungsmaßstabs: Der *Carolene Products*-Ansatz

Kollidiert die Anwendung einer allgemein gefaßten Norm, die ein bestimmtes Verhalten ohne Bezugnahme auf Glaubens- oder Gewissensentscheidungen verbietet oder gebietet, mit den religiösen Überzeugungen eines Grundrechtsträgers, so kam es nach der Rechtsprechung des Supreme Court wie sie sich in der Mitte unseres Jahrhunderts entwickelte, nicht auf die Frage der Finalität des Eingriffs an. Folglich mußte auch in Fällen nicht-intendierter Beeinträchtigung der Religionsausübung der Betroffene von der Regelung befreit werden.<sup>24</sup> Ein weitreichender Schutzbereich, in dem ein Anspruch auf Freistellung von allgemeinen Gesetzen grundsätzlich anerkannt wird, einerseits und das Fehlen einer Einschränkung des Grundrechts im Text des I. Zusatzartikels andererseits lassen dem gerichtlichen Prüfungsmaßstab, der die Anforderungen an die den Grundrechtseingriff rechtfertigenden Rechtsgüter konkretisiert, eine entscheidende Bedeutung zukommen. Er vertritt damit die Stelle einer in der Verfassung verankerten Schrankenregelung i.S.d. deutschen Grundrechtsdogmatik.

Auch wenn eine generelle Aussage des obersten Bundesgerichts zu den im Felde der Religionsfreiheit angewandten Prüfungsmaßstäben zunächst ausblieb und der Ausübungsfreiheit in manchen Entscheidungen nach wie vor ein – verglichen mit der Glaubensfreiheit i.e.S. – schwächerer Schutz zuteil wurde, so beschränkte sich die Religionsfreiheitsjudikatur nach dem *New Deal* zumindest *in praxi* nicht mehr auf den großzügigen Prüfungsstandard des *rational basis test*, der den Hoheitsträger lediglich einer Willkürkontrolle unterwirft und es ausreichen läßt, wenn er sich auf ein legitimes öffentliches Interesse berufen kann, zu dessen Verwirklichung die angegriffene Maßnahme möglicherweise geeignet ist.<sup>25</sup> Mit der Zugrundelegung eines strikteren Maßstabes folgte das Gericht einer Differenzierung, die erstmals in *United States v. Carolene Products Co.*<sup>26</sup> formuliert wurde. Der *rational basis test* ist danach im wesentlichen den in den ersten zehn Zusatzartikeln der Verfassung nicht näher spezifizierten und alleine aus der *due process*-Generalklausel des Zusatzartikels XIV abgeleiteten allgemeinen Freiheitsrechten vorbehalten, während die konkreter gefaßten Freiheiten – wie die Rede- und Religionsfreiheit des Zusatzartikels I – einen höheren Schutz erfahren, auch wenn sie über Zusatzartikel XIV auf die Gliedstaaten Anwendung finden.

Im Jahre 1963 entwickelte das oberste Bundesgericht auf dieser Grundlage in *Sherbert v. Verner*<sup>27</sup> einen differenzierten Prüfungsstandard für Eingriffe in die Religionsfreiheit, dessen Kernstück die ausdrückliche Bekenntnis zum strengen Maßstab des *strict scrutiny test* war. In dem entschiedenen Fall wurde einem Ad-

<sup>24</sup> So im Erg. bereits *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, U.S. Reports 319, 624, 639ff. (1943) unter Verwerfung (*overruling*) der Entscheidung *Minersville School District v. Gobitis*, U.S. Reports 310, 586 (1940).

<sup>25</sup> Zu den verschiedenen *standards of scrutiny*, die z.T. an die vom BVerfG begründete Dreistufentheorie zu Art. 12 GG erinnern, vgl. W. Brugger, Einführung in das öffentliche Recht der USA, 1993, 90ff.

<sup>26</sup> U.S. Reports 304, 144, 152f. Fn. 4 (1938).

<sup>27</sup> U.S. Reports 374, 398.

ventisten, einem Angehörigen einer christlichen Glaubensrichtung, die nach jüdischer Sitte das Arbeiten an Samstagen verweigert, wegen dieser Haltung kein Arbeitslosengeld gewährt, da er die Voraussetzung einer solchen staatlichen Unterstützung, an allen Wochentagen dem Arbeitsmarkt zur Verfügung zu stehen, nicht erfüllte. Der Supreme Court entschied zugunsten des Klägers, weil die Regelung, welche die Gewährung von Arbeitslosengeld von einer Bereitschaft, auch am Samstag zu arbeiten, abhängig macht, den Betroffenen zwingt, zwischen der Befolgung seiner Religion und dem Bezug von öffentlicher Unterstützung zu wählen.<sup>28</sup> Ein vernünftiger Bezug zu einem legitimen öffentlichen Interesse soll nach *Sherbert v. Verner* nur noch ausreichen, sofern der Eingriff die Religionsfreiheit des einzelnen keiner substantiellen Belastung aussetzt. Übersteige der Eingriff diese niedrige Schwelle, so bedürfe es eines zwingenden öffentlichen Interesses (*compelling state interest*), zu dessen Erreichung die angegriffene Maßnahme notwendig sein müsse. Zu prüfen sei insbesondere, ob dem Staat eine weniger belastende Alternative zu Gebote steht. Da eine solche Alternative insbesondere in Gestalt einer Ausnahmeregelung denkbar ist, muß der Staat im Wege einer Erforderlichkeitsprüfung letztlich beweisen, daß der Gesetzeszweck zur Anwendung der Regelung auch auf diejenigen Personen zwingt, in deren Religionsfreiheit sie eingreift.<sup>29</sup> Staatlichen Stellen war aufgrund dieses Judikates nunmehr eine Position der "Religionsblindheit" ausdrücklich verwehrt. Sie waren vielmehr angehalten, in Fällen von Konflikten zwischen staatlichen Pflichten und dem Glauben einzelner einen Dispens zu gewähren bzw. Handlungsalternativen anzubieten.<sup>30</sup>

Die einstimmige Entscheidung *Wisconsin v. Yoder*<sup>31</sup>, der für die Auslegung der Religionsfreiheit ebenfalls grundlegende Bedeutung zukam, bestätigte ein Jahrzehnt später den in *Sherbert* entwickelten Prüfungsstandard. Der Supreme Court gestattete den Amish, einer in den USA weit verbreiteten Mennonitenkirche, ihre Kinder – ihrem Glauben gemäß und entgegen einem Schulpflichtgesetz des Staates Wisconsin – nicht über das achte Schuljahr hinaus in die Schule zu schicken. Zwar erwähnte das Gericht den *compelling interest test* nicht und ging offener von einer notwendigen Abwägung zwischen Religionsausübungsfreiheit und staatlichen Interessen aus,<sup>32</sup> wobei es besonders darauf abstellte, daß nicht die Glaubensfreiheit i.e.S., sondern nur die Ausübungsfreiheit berührt sei.<sup>33</sup> Tatsächlich wurde damit die Hürde für die Verfassungskonformität aber nicht herabgesetzt. Jedenfalls bei einer Kombination aus dem Erziehungsrecht der Eltern und ihrer Religionsfreiheit hielt das Gericht die bloße Willkürkontrolle des *rational basis*

<sup>28</sup> *Sherbert* (Anm. 27), 404.

<sup>29</sup> *Ibid.*, 403 ff.

<sup>30</sup> Vgl. L. Tribe, *American Constitutional Law*, 2. Aufl., 1988, 1256.

<sup>31</sup> U.S. Reports 406, 205 (1972); Richter Douglas vertrat eine teilweise abweichende Meinung.

<sup>32</sup> *Yoder* (Anm. 31), 214.

<sup>33</sup> *Ibid.*, 219f.

test nämlich für nicht ausreichend;<sup>34</sup> letztlich akzeptierte das Gericht nur öffentliche Interessen der "höchsten Ordnung" zur Rechtfertigung eines Grundrechtseingriffs.<sup>35</sup>

c) Die Wende in der Rechtsprechung des Supreme Court:  
*Employment Div. v. Smith*

Von dem *Carolene Products*-Ansatz eines strengen Prüfungsmaßstabes auch gegenüber Eingriffen in die Religionsausübungsfreiheit rückte das oberste Bundesgericht Mitte der achtziger Jahre langsam ab.<sup>36</sup> Den entscheidenden Schlag versetzte es dieser Theorie im Jahre 1990 in *Employment Division v. Smith*<sup>37</sup>. War es nahezu drei Jahrzehnte zuvor bei der Entwicklung des strengen Prüfungsstandards in *Sherbert* bereits um die Gewährung von Arbeitslosenunterstützung gegangen, so nutzte eine 5:4-Mehrheit<sup>38</sup> des Gerichts diesmal die an ein religiöses Verhalten anknüpfende Verweigerung von Arbeitslosengeld zur Aufgabe des *Sherbert*-Standards.

In *Smith* hatten zwei amerikanische Ureinwohner, die bei einem privaten Drogen-Rehabilitations-Verein in Oregon angestellt waren, während einer religiösen Zeremonie die pflanzliche Droge Peyotl konsumiert und waren daraufhin entlassen worden. Da Peyotlkonsum in Oregon per Strafgesetz untersagt ist, erhielten die aufgrund einer rechtswidrigen und strafbaren Handlung Entlassenen gemäß den Bestimmungen des Staates keine Arbeitslosenunterstützung. Der Supreme Court betonte zunächst wiederum die Differenz zwischen der absolut geschützten Glaubensfreiheit i.e.S. und der grundsätzlich beschränkbaren Religionsausübungsfreiheit. Für die in Rede stehende Fallgruppe der Ausübungsfreiheit verwies die Mehrheitsbegründung unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die über ein Jahrhundert zurückliegende *Reynolds*-Entscheidung<sup>39</sup> darauf, daß die Erstreckung eines allgemeinen Gesetzes auf diejenigen Personen, denen ihre Religion ein darin verbotenes Verhalten vorschreibt, noch keine Verletzung der Religionsfreiheit darstelle.<sup>40</sup> Der erste Zusatzartikel zwingt den Staat nicht dazu, Ausnahmen von religiös neutralen und allgemein anwendbaren Gesetzen aus religiösen Gründen vorzusehen. Auch daß das relevante Verhalten, der Peyotlkonsum, sich im Rah-

<sup>34</sup> Ibid., 233.

<sup>35</sup> Ibid., 215.

<sup>36</sup> Vgl. *Bowen v. Roy*, U.S. Reports 476, 693 (1986); *Lyng v. Northwest Indian Cemetery Protective Ass.*, U.S. Reports 485, 439 (1988) sowie insbesondere *Goldmann v. Weinberger*, U.S. Reports 475, 503, 507 ff. (1986) und *O'Lone v. Estate of Shabazz*, U.S. Reports 482, 342, 349, in welchen der Supreme Court für das "besondere Gewaltverhältnis" von Militärangehörigen einen mittleren Prüfungsmaßstab und dasjenige von Strafgefangenen einen bloßen *rationality test* als maßgeblich erachtet.

<sup>37</sup> U.S. Reports 494, 872.

<sup>38</sup> Die Richterin O'Connor stimmte dem Urteil zwar im Ergebnis ebenfalls zu, wandte sich aber in einem Sondervotum entschieden gegen die Aufgabe des *compelling interest test*.

<sup>39</sup> Vgl. oben Anm. 21.

<sup>40</sup> *Smith* (Anm. 37), 878 f.

men eines religiösen Kultus vollzog, und mithin in den engsten Bereich der Religionsausübungsfreiheit fiel,<sup>41</sup> konnte den Supreme Court nicht zur Anwendung eines strengeren Prüfungsmaßstabes bewegen.

Zu seinem Ergebnis gelangte das Gericht, ohne die mit den prominenten Fällen *Sherbert* und *Yoder* gekennzeichnete Linie von Entscheidungen formal zu verwerfen. Die letztgenannte Entscheidung und einige weitere<sup>42</sup>, welche die Religionsfreiheit ausdrücklich auf allgemeine Gesetze anwandten, wurden nunmehr als "hybride" Sonderfälle ohne einschlägige Präcedenzwirkung charakterisiert, da sich die Grundrechtsträger hierin jeweils nicht allein auf die Religionsfreiheit, sondern zugleich auch auf andere verfassungsrechtliche Schutzgüter – wie etwa das Elternrecht in *Yoder* – hätten berufen können.<sup>43</sup> Der Gerichtshof ging noch einen Schritt weiter, indem er für den *Sherbert*-Test betonte, dieser sei bislang nur für den Bereich der Arbeitslosenunterstützung angewandt worden,<sup>44</sup> und die in ihm aufgestellte Rechtsregel wolle über diesen Bereich hinaus auch keine Geltung beanspruchen.<sup>45</sup> Das Recht der Arbeitslosenunterstützung weise nämlich die Besonderheit gegenüber anderen Gesetzesmaterien auf, daß hier ohnehin zahlreiche Sonderregeln im Hinblick auf die Voraussetzungen für eine Unterstützung vorgehen seien; diese müßten dann auch zugunsten besonderer religiöser Orientierungen ausgeweitet werden. Daß es hier letztlich genau um diesen Lebensbereich ging, war für das Gericht ohne Belang, da es nicht auf die verweigerte Arbeitslosenunterstützung, sondern auf das den Peyotlgebrauch verbietende und insoweit keinerlei Ausnahmen vorsehende Strafgesetz des Staates Oregon abstellte.

Die in *Smith* vorgenommene Differenzierung zwischen neutralen und nicht-neutralen Gesetzen ist nicht ohne Kritik geblieben. Die Richterin S. O' Connor bemängelte bereits in ihrer abweichenden Begründung in *Smith*, daß eine solche Abstufung im Wortlaut des Zusatzartikels I keinen Anhalt finde. Zum anderen lasse sie den Umstand außer acht, daß es für den Gesetzgeber ein leichtes sei, den Zweck der Diskriminierung einer religiösen Minderheit hinter einer neutralen Gesetzesformulierung zu verstecken.<sup>46</sup> Während das erstgenannte, auf den Wortlaut bezogene Argument in Anbetracht der knappen Sprache der Bill of Rights mit gleichem Recht jeder Schrankendogmatik des Supreme Court entgegengehalten werden könnte, ist die angesprochene Mißbrauchsgefahr ein ernstzunehmender Einwand, der auch mit historischen Beispielen scheinbar neutraler Gesetze mit

<sup>41</sup> Vgl. insoweit zu Art. 4 GG: Herzog, in: Maunz/Dürig/Herzog (Hrsg.), Grundgesetz (Losebl.), Stand Okt. 1996, Art. 4 Rz. 101.

<sup>42</sup> Z.B. *Pierce v. Society of Sisters*, U.S. Reports 268, 510 (1925); *West Virginia State Board of Education v. Barnette* (Anm. 24); aus jüngerer Zeit: *Wooley v. Maynard*, U.S. Reports 430, 705 (1977); *Roberts v. U.S. Jaycees*, U.S. Reports 468, 609 (1983).

<sup>43</sup> *Smith* (Anm. 37), 881 f.

<sup>44</sup> Vgl. neben *Sherbert* etwa noch *Thomas v. Review Bd., Indiana Employment Div.*, U.S. Reports 450, 707 (1981); *Hobbie v. Unemployment Appeals Comm'n of Florida*, U.S. Reports 480, 136 (1987).

<sup>45</sup> *Smith* (Anm. 37), 883 f.

<sup>46</sup> *Ibid.*, zustimmendes Sondervotum O' Connor, 894.

diskriminierender Wirkung untermauert werden kann.<sup>47</sup> Andererseits bemühte sich auch die nach *Smith* ergangene Judikatur, dieser Gefahr Rechnung zu tragen. So wurde in *Church of the Lukumi Babalu Aye v. City of Hialeah*<sup>48</sup> eine kommunale Tierschutzsatzung trotz ihres religionsneutralen Wortlautes wegen der hinter ihr stehenden Absicht der Diskriminierung einer religiösen Sekte als finaler Grundrechtseingriff behandelt, was den Weg zu einer strikten Überprüfung eröffnete und zur Feststellung ihrer Verfassungswidrigkeit führte.

Einzelne Formulierungen der Entscheidung sowie insbesondere die Bezugnahme auf *Reynolds*, die angesichts des Alters dieser Entscheidung und der seitherigen Weiterentwicklung des Grundrechtsschutzes schon für sich genommen kritisch zu sehen ist, können den Schluß nahelegen, das Gericht wolle religiös motiviertes Handeln wieder aus dem Schutzbereich der *free exercise clause* verabschieden. Diese Deutung geht indes zu weit, da sich die Begründung der Entscheidung darauf konzentriert, Ausnahmen von allgemein gültigen Gesetzen abzulehnen und dabei insbesondere die potentiell fatalen Folgen einer Anwendung des *strict scrutiny test* herauszuarbeiten sucht. Die Entscheidung will letztlich nicht mehr, aber auch nicht weniger als die Ausschaltung dieses strengen Prüfungsmaßstabes für allgemeine Gesetze und die Rückkehr zu einem bloßen Willkürverbot.<sup>49</sup>

Eine Ursache für die Wende der Rechtsprechung waren sicherlich die allmählichen Veränderungen in der Zusammensetzung des Gerichts aufgrund der Berufung von konservativen Richtern unter den Präsidenten R. Reagan und G. Bush. So wurde die Begründung des Urteils in *Smith* von Richter A. Scalia formuliert, der im politischen Spektrum der Richter die äußere rechte Flanke einnimmt.<sup>50</sup> Die Entscheidung blieb jedenfalls nicht ohne spürbare Konsequenzen. Insbesondere Staats- und Kommunalverwaltungen nutzten die Verringerung des verfassungsrechtlichen Schutzes der Religionsfreiheit, um bis dato verfassungswidrige Maßnahmen wie beispielsweise den bauplanungsrechtlichen Ausschluß von Kirchengebäuden in bestimmten Baugebieten durchzusetzen.<sup>51</sup>

### III. Der Religious Freedom Restoration Act (RFRA)

Die Entscheidung in *Smith* löste im amerikanischen Kongreß auf breiter Front Protest aus. Nur wenige Monate nach der Verkündung im April 1990 reagierte der 101. Kongreß auf das Urteil und begann die Beratungen zu einem "Religious Free-

<sup>47</sup> Beispiele für allgemein gefaßte Gesetze, die von den Gerichten aufrechterhalten wurden, obwohl sie die Religionsausübung des einzelnen empfindlich beschwerten, gibt D. Laycock in einer schriftl. Erklärung, U.S. Senate Committee on the Judiciary, 18.9.1992, 2ff., zit. nach Senate Report No. 103-111, 4f.

<sup>48</sup> U.S. Supreme Court, S.Ct. Reporter 113, 2217, 2231 u. 2233 (1993).

<sup>49</sup> So wohl auch J. Barron/T. Dienes, *Constitutional Law*, 2. Aufl., 1991, 432f.; J. Nowak/R. Rotunda (Anm. 18), §17.8 (S. 1218ff.).

<sup>50</sup> Vgl. B. Schwartz, *A History of the Supreme Court*, 1993, 367ff. (Nachdr. 1995).

<sup>51</sup> Vgl. Senate Report No. 103-111, 8m.w.N.; O'Connor abweichende Meinung in *Boerne* (Anm. 5), 2177.

dom Restoration Act of 1990". Erst der 103. Kongreß verabschiedete ein entsprechendes Gesetz,<sup>52</sup> und zwar einstimmig im Repräsentantenhaus und bei nur drei Gegenstimmen im Senat.<sup>53</sup> Der recht kurze, fünf Paragraphen umfassende Gesetzestext normiert in §2000bb-1. Abs.(a) ein allgemeines, mit der *free exercise clause* vergleichbares Verbot von Beeinträchtigungen der Religionsausübung: "Government shall not substantially burden a person's exercise of religion even if the burden results from a rule of general applicability ...". Der Anwendungsbereich der Vorschrift umfaßt jedwede Staatsgewalt einschließlich des Handelns staatlicher Einrichtungen auf Bundes- und Staatenebene.<sup>54</sup> Als Ausnahmeregelung bzw. – in der Terminologie des deutschen Verfassungsrechts – als Schrankenregelung bestimmt Abs.(b), daß ein Eingriff in die Religionsfreiheit dann gerechtfertigt ist, wenn der Staat darlegen und beweisen<sup>55</sup> kann, daß die Anwendung des Gesetzes einem zwingenden staatlichen Zweck (*compelling governmental interest*) dient und es sich dabei um das mildeste Mittel zur Erreichung dieses Zweckes handelt. Das Gesetz verwirft damit den Ansatz aus *Smith* und etabliert auf einfachgesetzlicher Grundlage im wesentlichen den strengen Prüfungsmaßstab aus *Sherbert* und *Yoder*. Aus dem Zweck, korrigierend in die Rechtsprechung des Supreme Court einzugreifen, machte der Gesetzgeber auch keinen Hehl. In §2000bb. Abs.(b) werden die letztgenannten Fälle namentlich aufgeführt, und es wird als Gesetzeszweck ausdrücklich die Wiederherstellung des in ihnen entwickelten *compelling interest tests* angegeben.

Der Kongreß war sich durchaus bewußt, auf welch verfassungsrechtlich unsicheres Terrain er sich mit der Korrektur der Supreme Court-Judikatur vorgewagt hatte. Der Senatsbericht zum RFRA nahm daher Stellung zu der insbesondere, indes nicht einzig problematischen Kompetenzfrage im Verhältnis zu den Gliedstaaten, welchen gegenüber der RFRA ebenfalls Verbindlichkeit beanspruchte. Der Senat berief sich auf §5 des Zusatzartikels XIV der Verfassung.<sup>56</sup> Dieser weist dem Bundesgesetzgeber die Kompetenz zu, die Bestimmungen der ersten vier Absätze des Zusatzartikels, in dessen Schutzbereich auch die Religionsfreiheit fällt<sup>57</sup>, durch geeignete Gesetze durchzusetzen ("... power to enforce, by appropriate legislation ..."). Der Rechtsausschuß des Senats stützte sich auf die tendenziell weite Auslegung des §5 in der Rechtsprechung des Supreme Court.<sup>58</sup>

<sup>52</sup> Religious Freedom Restoration Act of 1993 (RFRA), Stat. 107, 1488f. = U.S.C. §2000bb. = Publ. L. 103–141.

<sup>53</sup> Repräsentantenhaus: Cong. Rec. 139, H2363 (Tagesausg. 11.5.1993) u. H8715 (Tagesausg. 3.11.1993); Senat: Cong. Rec. 139, S14471 (Tagesausg. 27.10.1993).

<sup>54</sup> §2000bb-2. (1) und §2000bb-3. (a).

<sup>55</sup> Siehe §2000bb-2. "Definitions" (3).

<sup>56</sup> Committee on the Judiciary, Senate Report No. 103–111, 14.

<sup>57</sup> Vgl. oben II.1.

<sup>58</sup> Senate Report No. 103–111, 14 unter Bezugnahme auf *Ex Parte Virginia*, U.S. Reports 100, 339 (1879); *Katzenbach v. Morgan*, U.S. Reports 384, 641 (1966).

Die Mitglieder der katholischen Kirchengemeinde St. Peter in Boerne (Texas) und der für sie zuständige Erzbischof Flores in San Antonio gehörten zu den ersten, die sich anschickten, die im RFRA statuierten Rechte für sich in Anspruch zu nehmen. Die Kirchengemeinde hatte bei der Stadt Boerne die Genehmigung einer Erweiterung ihrer im Jahre 1923 im Missionsstil auf einem Hügel erbauten Kirche beantragt, um das Fassungsvermögen des Gebäudes ihrer gestiegenen Mitgliederzahl anpassen zu können. Auf der Grundlage einer Denkmalschutzsatzung verweigerte die Stadt die Genehmigung, eine Entscheidung, welche der Erzbischof vor den Bundesgerichten anfocht. Nachdem das Bundesgericht der ersten Instanz die Klage mit der Begründung abgewiesen hatte, der RFRA sei verfassungswidrig,<sup>59</sup> hielt das Berufungsgericht das Gesetz für verfassungsgemäß und gab der Klage statt.<sup>60</sup> Das erstinstanzliche Urteil wurde schließlich durch den Supreme Court der Sache nach in einer 6:3-Entscheidung vom 25. Juni 1997 wiederhergestellt.

#### IV. Die Kongresskompetenz zur Durchsetzung von Grundrechten

##### 1. Interpretationsbefugnis und *enforcement power* in der Rechtsprechung des Supreme Court

Das Gericht behandelt in der *Boerne*-Entscheidung nur am Rande die Frage, ob eine generelle, von Zusatzartikel XIV §5 unabhängige Kompetenz des Kongresses besteht, eine Verfassungsinterpretation des obersten Bundesgerichtes zu korrigieren, obwohl genau dies der eigentliche Zweck des Gesetzes war.<sup>61</sup> Es merkt lediglich am Ende der Urteilsgründe<sup>62</sup> unter dem Aspekt der Gewaltenteilung an, mit dem RFRA sei der Kongreß in einen dem Supreme Court positiv von der Verfassung überantworteten Zuständigkeitsbereich eingedrungen, indem er die Aufgabe der Verfassungsauslegung an sich gezogen habe. Auch wenn in den Vereinigten Staaten eine spezialisierte Verfassungsgerichtsbarkeit fehlt, geht das ganz überwiegende Verständnis der die gerichtliche Überprüfungskompetenz von Gesetzen begründenden Entscheidung in *Marbury v. Madison*<sup>63</sup> dahin, daß der Supreme Court das letzte Wort in Fragen der Verfassungsauslegung behalten muß.<sup>64</sup> Der bloße Widerspruch der im RFRA gewährten Rechte zur

<sup>59</sup> U.S. District Court for the Western District of Texas, Federal Supplement 877, 355 (1995). Ein Verwerfungsmonopol, wie es Art. 100 Abs. 1 S. 1 GG vorsieht, kennt das US-amerikanische Recht nicht. Die angenommene Verfassungswidrigkeit einer Vorschrift ermächtigt ein amerikanisches Gericht dazu, diese unangewendet zu lassen.

<sup>60</sup> U.S. Court of Appeals for the 5th Circuit, Federal Reporter 3rd 73, 1352 (1996). Zum Sachverhalt und zur Prozeßgeschichte vgl. *Boerne* (Anm. 5), 2160.

<sup>61</sup> D. Conkle, *The Religious Freedom Restoration Act: The Constitutional Significance of an Unconstitutional Statute*, Montana Law Review 56, 39 ff. unter III.B. und III.C.1. (1995).

<sup>62</sup> *Boerne* (Anm. 5), 2171 f.

<sup>63</sup> U.S. Reports 5 (Cranch Bd. 1), 137 (1803).

<sup>64</sup> Tribe, (Anm. 30), 32 ff. Der Supreme Court wollte *Marbury v. Madison* über 150 Jahre später auch selbst ausdrücklich so verstanden wissen: *Cooper v. Aaron*, U.S. Reports 358, 1, 18 (1958).

gültigen Auslegung der Religionsfreiheit durch den Supreme Court alleine führt allerdings noch nicht zur Verfassungswidrigkeit des Gesetzes, denn es bleibt der Legislative grundsätzlich unbenommen, über die Verfassung hinausgehende Rechte, insbesondere gegenüber Maßnahmen der Exekutive, einfachgesetzlich einzuräumen. Aus diesem Grunde ist der RFRA auch nicht unter dem allgemeinen Gesichtspunkt der Gewaltenteilung verfassungsrechtlich zu beanstanden. Die Schaffung von Rechten ist vielmehr eine originäre Aufgabe des Gesetzgebers. Auch in historischer Perspektive waren es ursprünglich die Gesetzgeber, die Freiheitsrechte und insbesondere Religionsfreiheit gewährten, noch ehe die Gerichte zu einem effektiven Hüter solcher Menschenrechte werden konnten.<sup>65</sup> Entscheidend ist lediglich, daß der Bundesgesetzgeber zur Schaffung solcher Rechte in seinem Verhältnis zu den Gliedstaaten einen Kompetenztitel in der Verfassung vorweisen können muß.

Die von Richter A. Kennedy verfaßte Begründung der Gerichtsmehrheit beschäftigt sich denn auch ausführlich und nahezu ausschließlich mit der Gesetzgebungskompetenz für den RFRA. Als einziger Kompetenztitel wird Zusatzartikel XIV §5 US-Verfassung untersucht. Unter der Prämisse, daß der *Smith*-Fall korrekt entschieden wurde, kommt das Gericht zu dem Ergebnis, daß der RFRA keine Durchsetzung des Rechts auf Religionsfreiheit mehr darstellt, sondern den Inhalt des Grundrechts erweitert bzw. ein über den Zusatzartikel XIV hinausgehendes gesetzliches Recht schafft. Der Schluß von der Rechtskreiserweiterung auf die Kompetenzüberschreitung des Kongresses war aber in Ansehung des bisherigen Fallrechts keineswegs frei von Zweifeln.

In den sechziger Jahren hatte nämlich der "Voting Rights Act of 1965"<sup>66</sup>, bei dem sich der Kongreß auf die zu Zusatzartikel XIV §5 fast wortgleiche *enforcement power* des Zusatzartikels XV §2 stützte, eine verfassungsrechtliche Prüfung erfolgreich überstanden.<sup>67</sup> Der "Voting Rights Act" ermächtigte den Justizminister des Bundes, Alphabetisierungstests der Gliedstaaten als Voraussetzungen für die aktive Wahlberechtigung auszusetzen, um die aus den Tests resultierende Diskriminierung der schwarzen Bevölkerung, die mit diesem Instrument in weiten Teilen faktisch an der Eintragung in die lokalen Wählerlisten gehindert wurde, zu beenden. Der Supreme Court hielt das Gesetz für durch die Kompetenz des Zusatzartikels XV §2 gedeckt, obwohl der Kongreß damit durch ein Bundesgesetz eine bis dato auf der Grundlage des §1 verfassungsrechtlich gebotene Einzelfallprüfung der Zulässigkeit solcher Tests abschnitt und so jedenfalls die prozessuale Stellung der Betroffenen im Vergleich zu der einschlägigen Verfassungsjudikatur verbesserte. In *Katzenbach v. Morgan*<sup>68</sup> ging das Gericht noch einen Schritt wei-

---

<sup>65</sup> Vgl. M. McConnell, *The Origins and Historical Understanding of Free Exercise of Religion*, Harvard Law Review 103, 1410, 1425 (1990); O'Connor, abweichende Meinung in *Boerne* (Anm. 5), 2179 ff.

<sup>66</sup> Stat. 79, 439 = U.S.C. §§1973 ff.

<sup>67</sup> *South Carolina v. Katzenbach*, U.S. Reports 383, 310, 327 (1966). Der Fall wird in *Boerne* (Anm. 5) diskutiert auf S.2166 f.

<sup>68</sup> U.S. Reports 384, 641, 651 ff. (1966).

ter und hielt auch § 4 (e) des "Voting Rights Act" aufrecht, wengleich hierin ein bestimmter Alphabetisierungstest, der als Voraussetzung der Wahlrechtsausübung einer Überprüfung unter der Verfassung bereits standgehalten hatte,<sup>69</sup> nunmehr qua Gesetz untersagt wurde. Der Vergleich der 1980 am gleichen Tage entschiedenen Wahlrechtsfälle *City of Mobile v. Bolden*<sup>70</sup> und *City of Rome v. United States*<sup>71</sup> zeigte anderthalb Jahrzehnte später, welche fallentscheidenden Konsequenzen der dem Kongreß bei der Auslegung der *enforcement power* zugestandene Spielraum haben konnte. In beiden Fällen wurden praktisch identische Wahlrechtssysteme für die Wahl zu Staatenparlamenten wegen der Diskriminierung der schwarzen Minderheit angegriffen. Während im ersten Fall infolge seiner zeitlichen Geltungsbeschränkung der "Voting Rights Act" nicht anwendbar war und das Wahlrechtssystem für rechtmäßig befunden wurde, hob der Supreme Court es im zweiten Fall aufgrund des – hier anwendbaren – "Voting Rights Act" auf. Das Gericht hielt sich dabei jedoch mit grundsätzlichen Aussagen zurück und übernahm insbesondere bislang nicht die von Richter W. Brennan befürwortete Theorie einer Entscheidungsprärogative des Bundesgesetzgebers gegenüber den Erwägungen der Staaten zur Sicherstellung der im Zusatzartikel XIV verbrieften Rechte auf *equal protection* und *due process*.<sup>72</sup>

## 2. Die Beurteilung der Gesetzgebungskompetenz in *Boerne*

Der Supreme Court sah sich in *Boerne v. Flores* vor die Aufgabe gestellt, die Kompetenzüberschreitung des RFRA zu begründen, ohne zugleich den o.g. Wahlrechtsfällen, die als wesentlicher Beitrag des Kongresses zur Beendigung der staatlichen Rassendiskriminierung v.a. in den Südstaaten anerkannt sind, ihre dogmatische Grundlage zu entziehen. Das Gericht löst dieses Problem, indem es zwischen Maßnahmen, die einem bestehenden Mißstand bei der Verwirklichung des Grundrechts abhelfen sollen ("measures that remedy or prevent unconstitutional actions"), einerseits und substantiellen Änderungen des jeweiligen Grundrechts ("substantive change") andererseits differenziert.<sup>73</sup>

In charakteristischer Weise für die gegenwärtige Verfassungsauslegung des Supreme Court<sup>74</sup> begründet Richter Kennedy diese Differenzierung zunächst mit der Entstehungsgeschichte der Vorschrift. Bei den Beratungen zu den sog. "Civil War Amendments" in den sechziger Jahren des vorigen Jahrhunderts war ursprünglich für den heutigen Zusatzartikel XIV § 5 eine sehr viel weiterreichende Formulierung entsprechend der *commerce clause* des Art. I § 8 Ziff. 18 vorgesehen, die es dem Kongreß gestatten sollte, alle – bezogen auf die Rechtsgleichheit und

<sup>69</sup> *Lassiter v. Northampton County Bd. of Elections*, U.S. Reports 360, 45 (1959).

<sup>70</sup> U.S. Reports 446, 55.

<sup>71</sup> *Ibid.*, 156.

<sup>72</sup> Abweichende Meinung in *Oregon v. Mitchell*, U.S. Reports 400, 112, 248f. (1970); vgl. auch D. Engdahl, *Constitutional Federalism*, 1987, 243.

<sup>73</sup> *Boerne* (Anm. 5), 2164.

<sup>74</sup> Siehe hierzu V.1. (*Originalism* als Auslegungsmethode in den USA).

die Freiheitsrechte – “nötigen und angemessenen” Gesetze zu erlassen.<sup>75</sup> Wegen der Weite der danach vorgesehenen Kongreßkompetenz und der befürchteten Beschränkung der Handlungsfreiheit der Gliedstaaten stieß der Vorschlag auf starke Opposition und wurde schließlich zugunsten der heute gültigen Fassung des Zusatzartikels nicht weiter verfolgt.<sup>76</sup>

Die Wahlrechtsfälle bewegten sich in einem Lebensbereich, der seit Jahrzehnten von rassistischer Diskriminierung geprägt war, die auch durch die Existenz der “Civil War Amendments” (XIII–XV) nicht beseitigt wurden. Die Bestimmungen des “Voting Rights Acts of 1965” sollten damit genau jener Art von Diskriminierung ein Ende setzen, zu deren Beseitigung die genannten Zusatzartikel geschaffen worden waren.<sup>77</sup> Gesetze, die eine lange mißachtete, aber verfassungsrechtlich gebotene Wahlrechtsgleichheit faktisch erst herstellen, sind somit der Idealtypus einer Abhilfemaßnahme des Gesetzgebers. Entscheidend ist daher, ob dem RFRA ein solcher Abhilfecharakter zukommt.<sup>78</sup> Einen Mißstand abstellen – wie es § 5 vorsehe – wolle nur ein Gesetz, das eine sachlich eng begrenzte und an konkreten Problemen der Verfassungswirklichkeit ausgerichtete Regelung enthalte. So bezog sich der “Voting Rights Act” nur auf eine ganz bestimmte Gruppe von Gesetzen, nämlich auf Wahlrechtsbestimmungen. Der RFRA hingegen ist auf jegliches Bundes-, Staats- und Kommunalrecht anwendbar.

Dieser zunächst eindeutig zu Lasten des RFRA ausfallende Vergleich der Anwendungsbreite täuscht aber darüber hinweg, daß sich beide Gesetze auf auch in ihrer Ausdehnung ganz unterschiedliche Grundrechte stützten. Das auf den Wahlrechts-Zusatzartikel XV gestützte Bundesgesetz konnte sich von der Natur der Sache her nur auf Wahlrechtsbestimmungen beziehen, während sich bei dem die Glaubensfreiheit schützenden Zusatzartikel I i.V.m. XIV eine entsprechende thematische Eingrenzung nicht darstellen läßt. Das Wahlrecht wird nur in Wahlgesetzen eingeschränkt, eine die verschiedensten Lebensbereiche durchziehende religiöse Überzeugung kann hingegen durch vielerlei Gesetze Beschränkungen ausgesetzt sein.

Überzeugender ist daher Kennedys Hinweis auf die politische Entwicklung in den Vereinigten Staaten, die zeige, daß religiöse Intoleranz jedenfalls in den letzten Jahrzehnten keine wesentliche Rolle bei der Gesetzgebung gespielt hat. Von einem Defizit bei der Sicherung der Religionsfreiheit, zu dessen Beseitigung der Bundesgesetzgeber gem. Zusatzartikel XIV § 5 aufgefordert sei, könne daher keine Rede sein.<sup>79</sup> Anders als der “Voting Rights Act” ziele der RFRA daher

<sup>75</sup> Vgl. Cong. Globe, 39. Kongreß, 1. Sitz., S. 1034 (1866), zitiert nach *Boerne* (Anm. 5), 2164.

<sup>76</sup> *Boerne* (Anm. 5), 2164 ff. mit zahlreichen Nachweisen aus der Entstehungsgeschichte.

<sup>77</sup> Vgl. hierzu Richter Black in *Oregon v. Mitchell* (Anm. 72), 130, der die Durchsetzungskompetenz aus Zusatzartikel XIV § 5 bei den Gesetzen auf einem Höhepunkt sieht, die Rassendiskriminierung beseitigen wollen. Siehe auch Conkle (Anm. 61) unter III.C.2.

<sup>78</sup> *Boerne* (Anm. 5), 2168 ff.

<sup>79</sup> Vgl. zu dem Ansatz, § 5 gebe eine Kompetenz “to enforce an underenforced constitutional norm”, L. Sager, *Fair Measure: The Legal Status of Underenforced Constitutional Norms*, Harvard Law Review 91, 1212, 1239 (1978); Conkle, (Anm. 61) unter III.B.

gerade auf nicht-finale und zufällige Freiheitseingriffe, die bei der Gelegenheit einer neutralen Gesetzgebung und Gesetzesanwendung auftraten. Schließlich weist Kennedy auf das "Erforderlichkeitskriterium" (*least restrictive means requirement*) des RFRA hin, das selbst in der *Sherbert*- und *Yoder*-Rechtsprechung des Supreme Court fehlte und in seiner Strenge noch über diese besonders "freiheitsfreundlichen" Urteile hinausgehe.<sup>80</sup> Da der RFRA damit eine substantielle Erweiterung der Religionsfreiheit beinhaltet und nicht lediglich Abhilfescharakter habe, lehnt die Gerichtsmehrheit eine Gesetzgebungskompetenz aus § 5 folgerichtig ab.

#### V. Die Auslegung der Religionsfreiheit im Lichte historischen Materials

Wie oben dargelegt,<sup>81</sup> basiert die Entscheidung in *Boerne* auf der Prämisse, daß es sich bei dem in *Smith* aufgestellten "laxen" Prüfungsmaßstab um die richtige und im vorliegenden Falle gültige Auslegung des ersten Zusatzartikels der Verfassung handelt. Wäre der verfassungsrechtliche Schutz in Wirklichkeit auf dem Niveau der Urteile in den Fällen *Sherbert* und *Yoder* angesiedelt, so hätte der RFRA im wesentlichen nur deklaratorische Bedeutung oder allenfalls eine konkretisierende Funktion; er würde lediglich die offene Sprache der Verfassung in einen für den Rechtsanwender handhabbareren Text übersetzen, ohne von ihrem Inhalt substantiell abzuweichen. Das Gesetz wäre dann auch ohne weiteres von der Kompetenz des Zusatzartikels XIV § 5 getragen, deren Grenzen durch den über die *due process clause* des § 1 einbezogenen Inhalt des Zusatzartikels I vorgegeben werden. Damit ist zugleich das Argumentationsziel der von der Richterin O'Connor ausführlich begründeten abweichenden Meinung beschrieben. Sie versucht im Wege einer historischen Auslegung der *free exercise clause* die *Smith*-Entscheidung zu diskreditieren und über diesen Weg die Gesetzgebungskompetenz aus § 5 zu begründen. Richter *Scalia*, der Verfasser der *Smith*-Entscheidung, sucht in seiner abweichenden Begründung mit dem gleichen Mittel der historischen Auslegung die Position O'Connors zu widerlegen.

#### 1. Originalism als Auslegungsmethode in den USA

In der Verfassungsrechtsprechung und -literatur der USA ist seit den achtziger Jahren eine verstärkte Hinwendung zu einer Auslegung der Verfassung im Lichte historischen Materials erkennbar. Die rechtswissenschaftliche Debatte darüber, ob

<sup>80</sup> In *Yoder* (Anm. 31), 215, referiert das Gericht – allerdings ohne deutlich zu machen, ob es sich dem anschließen will – neben dem *compelling state interest* noch Meinungen, wonach diese zwingenden bzw. "höchsten" Interessen nicht anderweitig erreichbar sein dürften, was einem Erforderlichkeitskriterium jedenfalls sehr nahe kommt, eigentlich sogar strenger formuliert ist, da nicht nur mildere, sondern danach alle alternativen Mittel die Verfassungswidrigkeit des Staatshandelns begründen.

<sup>81</sup> Unter IV.1.

einer historisch-genetischen und grammatischen Auslegung der Vorrang gebührt<sup>82</sup> oder ob im Sinne eines *judicial activism* eine primär an moralischen oder politischen Wertvorstellungen der Gegenwart ausgerichtete Verfassungsanwendung gefordert sei,<sup>83</sup> ist zwar weitaus älter.<sup>84</sup> Sie gewann jedoch insbesondere im Zuge der im Senat gescheiterten Wahl des *originalism*-Vertreter Bork zum Supreme Court-Richter<sup>85</sup> auch öffentliche Aufmerksamkeit. *Originalism* steht für einen Ansatz in der Verfassungsliteratur und -judikatur, der dem Verfassungstext sowie den von den Verfassungsvätern mit diesem Text verfolgten Intentionen (*original intent*) Verbindlichkeit bei der Auslegung von Verfassungsbestimmungen zuerkennt.<sup>86</sup> E. Meese, Justizminister unter R. Reagan, dessen Regierung eine dem *originalism* verpflichtete Verfassungsauslegung zu einem Grundsatz ihrer Politik erhob, faßte den Ansatz 1985 – eher zurückhaltend – wie folgt zusammen:

“Wo der Verfassungstext genaue Aussagen trifft, muß er befolgt werden. Wo ein nachweisbarer Konsens unter den Verfassungsvätern und den am Ratifikationsprozeß Beteiligten hinsichtlich eines in der Verfassung genannten oder implizierten Prinzips besteht, sollte diesem Konsens gefolgt werden. Wo Mehrdeutigkeit hinsichtlich der genauen Bedeutung oder Reichweite einer Verfassungsbestimmung besteht, sollte diese Bestimmung in einer Weise ausgelegt und angewandt werden, die sich zumindest nicht mit dem Verfassungstext in Widerspruch setzt.”<sup>87</sup>

Waren es ursprünglich eher konservative Politiker und Juristen, die mittels *originalism* eine nach ihrem Verständnis allzu weite Auslegung von Grundrechten eindämmen wollten, so zeigt die abweichende Meinung von O'Connor in *Boerne*, daß die Popularität, aber auch die Überzeugungskraft dieses historisch-genetischen Auslegungsansatzes inzwischen derart gestiegen ist, daß man die Methode dem “konservativen Lager” nicht länger überlassen will und sie nunmehr auch in den Dienst extensiver Interpretationen stellt.

<sup>82</sup> So etwa R. Berger, *Government by Judiciary*, 1977, 363 ff.; R. Bork, *Neutral Principles and Some First Amendment Problems*, *Indiana Law Journal* 47, 1, 4 (1971): “Value choices are attributed to the Founding Fathers, not to the Court”; vgl. hierzu auch W. Brugger, *Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit in den Vereinigten Staaten von Amerika*, 1987, 347 ff.

<sup>83</sup> Ein prominenter Vertreter dieser Position ist R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 1977, insbes. 131 ff. u. 184 ff.; vgl. wiederum Brugger (Anm. 82), 379 ff. Zu der “Original Intention Controversy” insgesamt: M. Gerhardt/T. Rowe, *Constitutional Theory*, 1993, 97 ff. m. zahlr. Nachw.

<sup>84</sup> Vgl. R. Berger, *A Lawyer Lecturing a Judge*, *Harvard Journal of Law and Public Policy* 18, 851, 862 ff. (1995).

<sup>85</sup> Vgl. zu den Hintergründen des Scheiterns: B. Ackerman, *Transformative Appointments*, *Harvard Law Review* 101, 1164 ff. (1988).

<sup>86</sup> P. Brest, *The Misconceived Quest for the Original Understanding*, *Boston University Law Review* 60, 204, zitiert nach S. Levinson/S. Mailloux (Hrsg.), *Interpreting Law and Literature*, 1988, 69.

<sup>87</sup> Rede von E. Meese vor der Federalist Society, Washington D.C. am 15.11.1985, abgedruckt in: *The Federalist Society* (Hrsg.), *The Great Debate: Interpreting our Written Constitution*, 1986, 31, 36 (Übersetzung des Verf.).

2. Die Anwendung von *Original Intent* in *Boerne*

Richterin O'Connor räumt ein, daß der Text und die unmittelbare Entstehungsgeschichte des Zusatzartikels I zum Zwecke der Determinierung eines Prüfungsmaßstabes unergiebig sind, da sich weder der erste Kongreß noch die Staatenparlamente im Zuge der Ratifizierung der Verfassungsänderung mit dem Umfang des Grundrechtsschutzes aus diesem Artikel beschäftigten.<sup>88</sup> Die von O'Connor vorgenommene Untersuchung des *original understanding* der *free exercise clause* muß daher auf einen genetischen Ansatz verzichten und sich auf eine historische Analyse des juristischen, politischen und gesellschaftlichen Umfeldes der Klausel konzentrieren.<sup>89</sup> Dies geschieht anhand der frühen Garantien der Religionsfreiheit in den Kolonien, der Religionsrechte in den Gliedstaatsverfassungen der Revolutionszeit, der Rechtspraxis der Staaten bis zum Ende des 18. Jahrhunderts sowie der – privaten – Schriften der Verfassungsväter.<sup>90</sup> O'Connor führt die Verfassungen von Virginia (1776), Maryland (1776), New York (1777), Georgia (1777) und New Hampshire (1784) an, weil es ihrer Ansicht nach naheliegt, daß die Staaten, die wenige Jahre später die Bill of Rights als Ergänzung der Bundesverfassung von 1787 ratifizierten, von einer Kongruenz der darin enthaltenen Religionsfreiheit mit ihren staatlichen Freiheitsgarantien ausgingen.<sup>91</sup> Die genannten Verfassungen garantieren pauschal das Recht zu *free exercise of religion*, i.d.R. mit der – bereits in manchen Freiheitsgarantien der Kolonialzeit enthaltenen – Einschränkung, die Ausübung dieser Freiheit dürfe den Frieden und die Sicherheit des Staates nicht verletzen.<sup>92</sup> Richter Scalia weist in seiner abweichenden Begründung darauf hin, daß die Verfassungstexte das von O'Connor vertretene Auslegungsergebnis, wonach religiös motiviertes Handeln im Konfliktfall mit einem allgemeinen Gesetz eine Ausnahme für sich beanspruchen kann, nicht tragen.<sup>93</sup> Zum Teil spiegeln sie lediglich die Sprache des Zusatzartikels I

<sup>88</sup> O'Connor, abweichende Meinung in *Boerne* (Anm. 5), 2178f. Was die Entstehungsgeschichte des Zusatzartikels XIV angeht, so hatte der Supreme Court sich bereits 1954 in seiner berühmten Entscheidung zur Rassendiskriminierung in *Brown v. Board of Education*, U.S. Reports 347, 483, 489 außerstande gesehen, die Entstehungsgeschichte der Bestimmung für die Auslegung ihres substantiellen Gehaltes (§1) heranzuziehen, da er sie insoweit für zu unbestimmt und widersprüchlich hielt.

<sup>89</sup> Innerhalb des Begriffspaares "genetische" und "historische" Auslegung steht das erstgenannte Attribut für einen sich ausschließlich auf die Entstehungsgeschichte und Materialien der auszulegenden Norm stützenden Ansatz, während eine "historische" Auslegung i.e.S. auf Vorläufernormen, Gewohnheitsrecht sowie allg. auf die juristische, politische und soziale Situation der Entstehungszeit abstellt; vgl. zu dieser Unterscheidung H. Coing, Grundzüge der Rechtsphilosophie, 2. Aufl., 1969, 320; H.-P. Schneider, Der Wille des Verfassungsgebers – Zur Bedeutung genetischer und historischer Argumente für die Verfassungsinterpretation, in: Festschrift für K. Stern, 1997, 903, 905; vgl. auch K. Engisch, Einführung in das juristische Denken, 8. Aufl., 1983, 235 Anm. 79a.

<sup>90</sup> So die Argumentationsgliederung von O'Connor (Anm. 88), unter II.B. – E. = S. 2179ff.

<sup>91</sup> O'Connor (Anm. 88), 2180.

<sup>92</sup> New York Const., Art. XXXVIII (1777), in: W. Swindler (Hrsg.), Sources and Documents of the United States Constitutions (1979), Bd. 7, 178; Maryland Const., Declaration of Rights, Art. XXXIII, *ibid.*, Bd. 8, 374; Georgia Const. Art. LVI (1777), *ibid.*, Bd. 2, 449.

<sup>93</sup> Scalia, zustimmendes Sondervotum in *Boerne* (Anm. 5), 2173.

wider. Einige Staatsverfassungen verengten die Religionsfreiheit im Wortlaut sogar noch gegenüber der Bundesverfassung, indem sie einen Schutz nur gegenüber Eingriffen, die sich explizit auf religiöses Verhalten bezogen,<sup>94</sup> bzw. gegenüber diskriminierenden oder bevorzugenden staatlichen Maßnahmen<sup>95</sup> gewährten.

O'Connor stellt des Weiteren auf die Rechtspraxis in der Zeit unmittelbar nach Erlass des I. Zusatzartikels ab. Sie führt Bestimmungen über die Ablegung eines Eides und zur Ableistung des Militärdienstes an. Von diesen Pflichten wurden Angehörige von Religionsgemeinschaften, deren Glaube ihnen die Befolgung solcher Vorschriften verbot, durch Gesetze einiger Gliedstaaten ausgenommen,<sup>96</sup> was zeige, daß bereits im unmittelbaren zeitlichen Umfeld des Erlasses der Bill of Rights Befreiungen von allgemeinen Gesetzen gewährt wurden. Scalia wendet hiergegen ein, daß der Umstand einer gesetzlichen Ausnahmeregelung noch nichts darüber aussagt, ob es eine verfassungsrechtliche Pflicht zu einer solchen Regelung gab bzw. ob die Abgeordneten der Staatenparlamente sich zur Statuierung entsprechender Ausnahmeregelungen von Verfassungen wegen für verpflichtet hielten.<sup>97</sup> Er führt zwar einen Fall des kommunalen Gerichts der Stadt New York aus dem Jahre 1813 an, in dem das Beichtgeheimnis eines Priesters als Zeugnisverweigerungsgrund auf der Grundlage der Verfassung des Staates von New York angesehen wurde,<sup>98</sup> betont aber zugleich die Singularität dieser Entscheidung, der zudem zwei durch den obersten Gerichtshof von Pennsylvania entschiedene Fälle aus den Jahren 1793 und 1813 gegenüberstehen.<sup>99</sup> In diesen Entscheidungen verweigerte der Gerichtshof Ausnahmen von der Pflicht, auch am "Sabbat" vor Gericht einen Eid abzulegen bzw. zu einer Verhandlung zu erscheinen.

O'Connor beruft sich schließlich auf die maßgeblichen Mitgestalter der Bill of Rights, im besonderen auf J. Madison und T. Jefferson, die konsequentesten Vertreter einer strikten Trennung von Kirche und Staat.<sup>100</sup> Madison und Jefferson sprechen dem Staat das Recht ab, in Fragen der Religionsausübung einzugreifen. Die Sphäre der Religion ist ihres Erachtens aus der Zuständigkeit der durch den Staat repräsentierten "Zivilgesellschaft" ausgenommen.<sup>101</sup> Scalia kontert hier wie bei den auf religiöse Einstellungen Rücksicht nehmenden Staatengesetzen, indem er zwischen verfassungsrechtlicher und politischer Überzeugung

<sup>94</sup> Maryland Const. (Anm. 92), Declaration of Rights, Art. XXXIII.

<sup>95</sup> New York Const. (Anm. 92), Art. XXXVIII (1777).

<sup>96</sup> O'Connor (Anm. 88), 2182f.

<sup>97</sup> Scalia (Anm. 93), 2174. Abs. unter Bezugnahme auf seine Urteilsbegründung in *Smith* (Anm. 37), 890.

<sup>98</sup> *People v. Philips*, Court of General Sessions, City of New York v. 14.6.1813, teilweise abgedruckt in: "Privileged Communications to Clergymen", *Catholic Lawyer* 1, 199ff. (1955).

<sup>99</sup> *Stansbury v. Marks*, Dallas 2, 213 (1793); *Simon's Executors v. Gratz*, Penrose and Watts 2, 412 (1831).

<sup>100</sup> Vgl. W. McLoughlin, in: G. Kurtz/J. Hutson (Hrsg.), *Essays on the American Revolution*, 1973, 197, 211f. u. 220ff.

<sup>101</sup> J. Madison, *Memorials and Remonstrance Against Religious Assessments*, in: G. Hunt (Hrsg.), *Writings of James Madison* Bd. 2, 1901, 184f.

unterscheidet. Die von O'Connor zitierten Textstellen wertet er als Ausdruck einer bloßen politischen Überzeugung der Autoren. So habe etwa Madison den Gesetzesentwurf in seinem Heimatstaat Virginia zu einer allgemeinen Kirchensteuer nicht mit der Behauptung, ein solches Gesetz verletze die Religionsfreiheit der Grundrechtsdeklaration von Virginia, sondern ausschließlich mit politischen Argumenten bekämpft.<sup>102</sup>

### 3. Die Grenzen einer historischen Auslegung der Religionsfreiheit

Die unterschiedliche Interpretation des historischen Materials seitens der beiden Supreme Court-Richter führt exemplarisch die begrenzte Brauchbarkeit eines *originalism*-Ansatzes bei der Lösung verfassungsrechtlicher Auslegungsfragen vor Augen.<sup>103</sup> Aus dem präsentierten Material läßt sich eine eindeutige Aussage zu Inhalt und Reichweite der Religionsfreiheit jedenfalls in dem von O'Connor favorisierten Sinne nicht zwingend ableiten.

Letztlich zeigt die historische Betrachtung sowohl der frühen Kolonialgesetze der ersten Staatsverfassungen als auch der Rechtspraxis in den ersten Jahrzehnten der amerikanischen Republik, daß eine Gefahr für die Religionsfreiheit von den Verfassungsvätern vornehmlich in einer unterschiedlichen Behandlung der Religion gesehen wurde. Die 13 Gliedstaaten der Union hatten mehrheitlich erst kurze Zeit vor der Annahme des Grundrechtskataloges der Bundesverfassung ihre jeweiligen Staatskirchen abgeschafft. Die den Verfassungsvätern vertraute Beeinträchtigung einer freien Religionswahl und -ausübung bestand also nicht in der Benachteiligung religiösen oder religiös motivierten Handelns gegenüber säkularem Verhalten, sondern in der Zurücksetzung bestimmter Konfessionen gegenüber einer privilegierten bzw. etablierten Kirche. Diese enge Verknüpfung von Religionsfreiheit und dem Verbot einer Staatskirche kommt auch im Wortlaut des Zusatzartikels I zum Ausdruck, der den Kongreß im gleichen Halbsatz auf beide Grundsätze verpflichtet und dabei das Staatskirchenverbot voranstellt. Es erscheint daher zumindest vertretbar, die Religionsfreiheit von ihrem historischen Ursprung her als eine Komplementärvorschrift zur *establishment clause* zu sehen: Der Bund und – später auch über Zusatzartikel XIV – die Staaten sollten auf die positive Einrichtung einer Staatskirche verzichten und dieses Verbot sollte dadurch abgestützt werden, daß auch negative staatliche Maßnahmen gegen die von der politischen Mehrheit nicht favorisierten Kirchen untersagt wurden.

<sup>102</sup> Scalia, in *Boerne* (Anm. 5), 2174f. Vgl. J. Madison, A Memorial and Remonstrance Against Religious Assessments, W. Hutchinson/W. Rachal (Hrsg.), *The Papers of James Madison* Bd. 8, 1973, 298 ff.

<sup>103</sup> Die Schwierigkeiten bei der Identifizierung der "ursprünglichen Bedeutung" von Vorschriften der US-Verfassung beleuchtete jüngst: J. Rakove, *Original Meanings*, 1996, vgl. insbesondere 288 ff. zur Auslegung der Grundrechte der Bill of Rights.

Nach einem derartigen Verständnis der historischen Motive, das angesichts unklarer und zum Teil widersprüchlicher Haltungen der an der Entstehung und Ratifizierung des Zusatzartikels I Beteiligten<sup>104</sup> eine Hypothese bleiben muß, hätten die Verfassungsväter und ihre Zeitgenossen lediglich in Benachteiligungen und Ungleichbehandlungen zwischen verschiedenen Religionen einen Verstoß gegen die Ausübungsklausel des Zusatzartikels I gesehen. Der Schutzbereich der Religionsfreiheit würde danach gegenüber der *Smith*-Entscheidung weiter eingeschränkt.<sup>105</sup> Eine solche Deutung ihrer Entstehungsgeschichte determiniert allerdings noch nicht den heutigen Sinn der Verfassungsvorschrift. Selbst unter Achtung der Intentionen der Verfassungsväter muß eine dynamische Interpretation der Bestimmung nicht präkludiert sein. Vorstellbar ist eine Auslegung, welche die für die Verfassungsgeber maßgeblichen Verfassungsprinzipien herauszuarbeiten versucht, diese als Leitbild einer Weiterentwicklung der Verfassungsbestimmungen im Zuge sozialer und politischer Veränderungen nutzt und somit ihre Intentionen nur auf einer abstrakt-allgemeinen Ebene für verbindlich erachtet.<sup>106</sup>

Ein konsequentes Abstellen auf die konkreten Intentionen der Verfassungsväter würde hingegen die Grundlagen der heutigen Rechtsprechung zur Religionsfreiheit in Frage stellen. Zum einen ist bereits zweifelhaft, ob die Verfasser der Bill of Rights eine Ausdehnung der Grundrechte auf die Gliedstaaten intendierten oder die Verfasser des Zusatzartikels XIV die *incorporation*-Theorie<sup>107</sup> antizipierten. Zum anderen klafft zwischen der Entstehung der Religionsrechte und dem Beginn einer belangvollen Auslegungstradition Mitte des 20. Jahrhunderts eine anderthalb Jahrhunderte breite zeitliche Lücke. Wollte man diese Lücke nunmehr nach weiteren fünf Jahrzehnten durch ein nahtloses Wiederanknüpfen an ein ursprüngliches Verfassungsverständnis schließen, bedeutete dies zugleich den Bruch mit der Grundrechtsauslegung des Supreme Court. Ein so verstandener *originalism* geriete in einen Zielkonflikt mit der Bewahrung einer von der *stare decisis*-Doktrin geforderten Auslegungskontinuität.

<sup>104</sup> Vgl. zusammenfassend Nowak/Rotunda (Anm. 18), §17.2 (S.1160f.).

<sup>105</sup> Diese Einschränkung relativiert sich jedoch, sofern man auch faktische Diskriminierungen berücksichtigt, denn zahlreiche Gesetze sind in Wahrheit Ausdruck der christlich-ethischen Wertvorstellungen des religiösen *mainstream* (in den USA insbesondere der klassischen protestantischen Konfessionen), die von den Vorstellungen gesellschaftlich marginaler Religionen und Sekten mitunter abweichen können (so beispielsweise die – vom Supreme Court in mehreren Entscheidungen des Jahres 1961 – unbeanstandet gelassenen gesetzlichen Verbote des Warenverkaufs an Sonntagen, vgl. *Braunfeld v. Brown*, U.S. Reports 366, 599; *Gallagher v. Crown Kosher Super Market*, U.S. Reports 366, 617).

<sup>106</sup> Diese Möglichkeit einer historischen Auslegung bezogen auf die mit dem Verfassungstext etablierten Prinzipien wurde v. a. im Zusammenhang mit der Rassentrennungsentscheidung in *Brown* (Anm. 88) vertreten, A. Bickel, *The Original Understanding and the Segregation Decision*, Harvard Law Review 69, 1, 59 (1955). Siehe auch Nowak/Rotunda (Anm. 18), §14.8 (S.624f.); Brest (Anm. 86) 79f. sowie die *concept/conception*-Unterscheidung bei Dworkin (Anm. 83), 134ff. In diesem Sinne ist auch der oben (II.1.) eingeführte Begriff einer *ordered liberty*, mit dem die Anwendung der ersten zehn Zusatzartikel auf die Gliedstaaten begründet wird, zu verstehen.

<sup>107</sup> S.o. II.1.

## VI. Das Spannungsverhältnis zwischen Religionsfreiheit und Establishment-Verbot

Die staatliche Behandlung von Religion und glaubensgeleitetem Verhalten hat sich auf einem schmalen Grat zwischen der gebotenen Freiheitsgewährung und dem verbotenen *establishment of religion* zu bewegen. Die Einrichtungsklausel wird in der Rechtsprechung des Supreme Court im Sinne des in *Lemon v. Kurtzman* entwickelten sog. "Lemon-Tests" traditionell recht streng als Trennungsgebot ausgelegt.<sup>108</sup> Die Position einer strikten Trennung hat in den letzten Jahren – wiederum nicht unbeeinflusst von personellen Veränderungen auf der Richterbank – allerdings eine gewisse Relativierung erfahren, verbunden mit der Kritik einiger Richter an dem genannten Test.<sup>109</sup> Es überrascht daher weder, daß die Einrichtungsklausel in der Entscheidungsbegründung der Gerichtsmehrheit keine Erwähnung findet, noch daß zumindest aus den Reihen der Verteidiger der überkommenen *Lemon*-Judikatur diese Klausel zur Begründung der Verfassungswidrigkeit des RFRA herangezogen wird. J. Stevens betont in seinem zustimmenden Sondervotum<sup>110</sup>, daß der RFRA – angewandt auf den Fall *Boerne* – die bauliche Veränderung eines Kirchengebäudes gegenüber Profanbauten erleichtern wolle. Ein Museum etwa hätte keine Befreiung von allgemein geltendem Baurecht verlangen können. Der Staat gebe religiösen Einrichtungen mit dem RFRA eine juristische Waffe gegen allgemeine Gesetze, die er säkularen Einrichtungen nicht zur Verfügung stelle, und unterstütze damit Religionsgemeinschaften entgegen der *establishment clause*.

Bereits in der *Sherbert*-Entscheidung, deren Prüfungsmaßstab der RFRA ja wiederbeleben wollte, hatte das Gericht sich bemüßigt gefühlt, die Frage, ob die Gewährung einer Befreiung von allgemeinen Gesetzen für religiös motiviertes Verhalten eine Verletzung der *establishment clause* darstelle, aufzuwerfen.<sup>111</sup> Die Frage wurde jedoch verneint, da die im Zusatzartikel I angemahnte Neutralität gegenüber dem Glauben nicht beeinträchtigt sei, sondern solche Befreiungstatbestände gerade fordere. Mangels eindeutiger Mehrheiten innerhalb des Gerichts bei

<sup>108</sup> *Lemon v. Kurtzman*, U.S. Reports 403, 602 (1971); der sog. *Lemon*-Test prüft, ob eine Rechtsvorschrift (1) keinen säkularen Zweck verfolgt, (2) sich primär religionsfördernd oder -beschränkend auswirkt oder (3) eine übermäßige Verflechtung von Staat und Religion bzw. Kirche herbeiführt. Einen ähnlich strikten Standpunkt vertraten bereits die älteren Entscheidungen in *Everson v. Board of Education*, U.S. Reports 330, 1 (1947); *McCullum v. Board of Education*, U.S. Reports 333, 203 (1948); *Engel v. Vitale*, U.S. Reports 370, 421 (1962).

<sup>109</sup> In *Zobrest v. Catalina Foothills School District*, S.Ct. Reporter 113, 2462 (1993), *Board of Education of Kiryas Joel Village School v. Grumet*, S.Ct. Reporter 114, 2481 (1994) und *Rosenberger v. University of Virginia*, S.Ct. Reporter 115, 2510 (1995) wurde nicht auf den *Lemon*-Test abgestellt. Jedoch stellte *Agostini v. Felton*, S.Ct. Reporter 117, 1997 (1997) seine fortdauernde Gültigkeit klar, wenn auch um den Preis eines teilweisen Aufweichens einzelner seiner Kriterien, 2010.

<sup>110</sup> *Boerne* (Anm. 5), 2172. Als Verfechter einer strengen Auslegung der *establishment clause* präsentierte sich Stevens zuletzt als Mitzeichner der abweichenden Meinung des Richters Souter in *Agostini v. Felton* (Anm. 109), 2019ff.

<sup>111</sup> *Sherbert v. Verner* (Anm. 27), 409.

der sich mit dem Verhältnis der beiden Klauseln des Zusatzartikels I befassenden jüngeren Entscheidung *Texas Monthly, Inc. v. Bullock*<sup>112</sup> ist die Position des Gerichts in dieser Frage alles andere als klar.<sup>113</sup> Zwar kann eine durch die *free exercise clause* geforderte Befreiung nicht zugleich eine verfassungswidrige "Etablierung" i.S.d. Zusatzartikels I sein.<sup>114</sup> Ein generelles Primat der Religionsfreiheit gegenüber dem Einrichtungsverbot läßt sich aus der Rechtsprechung aber nicht herauslesen. Der Supreme Court verfährt mit seiner Forderung nach religiöser Neutralität in letzter Zeit weniger streng.<sup>115</sup> Er hat ferner anerkannt, daß ein Bereich zulässiger staatlicher Begünstigung von religiösem Verhalten und Einrichtungen existiert, der über den Rahmen des durch die Religionsfreiheit Gebotenen hinausgeht.<sup>116</sup> Wo dieser Bereich endet und in eine Verletzung der *establishment clause* umschlägt, läßt sich anhand der Judikatur jedoch kaum erschließen. Die Frage ist für die verfassungsrechtliche Beurteilung des RFRA indessen letztlich nicht entscheidend, da der Kongreß bereits kompetentiell auf die "Durchsetzung" dieses durch die Religionsfreiheit vorgegebenen Rahmens beschränkt ist.<sup>117</sup>

## VII. Die verfassungsrechtliche Bedeutung der *Boerne*-Entscheidung

### 1. *Boerne* im Kontext der Religionsfreiheits-Judikatur

Die Richtermehrheit des obersten Bundesgerichtes beschränkt sich auf die Feststellung und Begründung der Überschreitung der Kongreßkompetenz aus §5, ohne sich auf eine erneute Erörterung der Auslegung der Religionsfreiheit einzulassen. Auf dem Felde der Gesetzgebungskompetenz durfte sich die Gerichtsmehrheit zu Recht sicher fühlen: Die ausdrückliche Zurückweisung von Supreme Court-Entscheidungen durch den Kongreß führte das Ausgreifen der Legislativen in die Domäne der Rechtsprechung klar vor Augen. Keiner der drei *dissenter* auf der Richterbank unternahm es denn auch, die Entscheidung in dieser Frage zu kritisieren. Ob die *Smith*-Entscheidung im Falle *Boerne* zwingend einen effektiven, über den *rational basis test* hinausgehenden Schutz aus dem Zusatzartikel I ausschloß, kann jedoch keineswegs als ausgemacht gelten. Unter Anwendung einer Differenzierungstechnik wie sie Richter Scalia in *Smith* im Hinblick auf die *Yoder*- und *Sherbert*-Rechtsprechung fruchtbar gemacht hatte, hätte sich argumentieren lassen, daß nur für die in *Smith* entschiedene Konstellation eines alle-

<sup>112</sup> U.S. Reports 489, 1 (1989); hierin erklärte der Supreme Court eine Umsatzsteuerbefreiung speziell für religiöse Literatur für verfassungswidrig.

<sup>113</sup> Nowak/Rotunda (Anm. 18), §17.1 (S.1158ff.).

<sup>114</sup> Vgl. *Wallace v. Jaffree*, U.S. Reports 472, 38, 83 (zustimmendes Sondervotum O'Connor); *Tribe* (Anm. 30), 1166ff.

<sup>115</sup> Barron/Dienes (Anm. 49), 403.

<sup>116</sup> *Church of Jesus Christ of Latter-Day Saints v. Amos*, U.S. Reports 483, 327, 334 (1987).

<sup>117</sup> S.o. IV.

mein und ausnahmslos geltenden Strafgesetzes die Religionsfreiheit verfassungsrechtlich keine Ausnahmeregelungen gebiete.<sup>118</sup> Eines Rückgriffs auf den RFRA hätte es dann gar nicht bedurft, um eine strenge Prüfung der Verfassungsgemäßheit (*strict scrutiny*) auszulösen. Indem das Gericht Fragen der Anwendung der verfassungsrechtlichen Religionsfreiheit auf den bau- und denkmalschutzrechtlichen Sachverhalt in *Boerne* nicht problematisierte, sondern die Maßgeblichkeit des Prüfungsmaßstabes aus *Smith* ohne weiteres als gegeben annahm, hat es die präjudizielle Bindungswirkung dieser Entscheidung gesteigert.

## 2. Föderalismus und Gewaltenteilung

Außer Zusatzartikel XIV §5 hat der Supreme Court keine weiteren Kompetenztitel der Verfassung einer Untersuchung oder Erwähnung im vorliegenden Fall für bedürftig erachtet. Angesichts der mitunter die Grenzen einer soliden Methodik sprengenden Auslegung der *interstate commerce power* aus Art. I §8 Ziff. 3<sup>119</sup> liegt der Gedanke nicht allzu fern, den RFRA über diese "Black Box" des amerikanischen Verfassungsrechts zu retten. Das Erfordernis gesetzlicher Ausnahmeregelungen für religiös motiviertes Handeln ist in vielen Sachverhalten mit Wirtschaftsbelangen verknüpft, wie sich z.B. in den Fällen der verweigerten Arbeitslosenunterstützung zeigt. Angesichts der klaren und exklusiven Bezugnahme des Kongresses auf seine Kompetenz aus Zusatzartikel XIV §5 bestand für das Gericht jedoch keine Veranlassung, die *commerce clause* heranzuziehen. Hierfür wäre es unabdingbar gewesen, daß das Parlament den RFRA selbst in den Zusammenhang wirtschaftlicher Aktivitäten gestellt und seinen Anwendungsbereich auf wirtschaftlich relevantes Handeln im weitesten Sinne beschränkt hätte.

Die *Boerne*-Entscheidung fällt in eine Phase, in welcher der Supreme Court die Grenzen des kompetentiellen Allzwecktitels *commerce clause* seit Jahrzehnten erstmals wieder etwas enger zieht<sup>120</sup> und in ein Geschäftsjahr (1996/97) mit einer Rekordzahl von insgesamt vier von ihm für verfassungswidrig erklärten Bundes-

<sup>118</sup> Das Gericht legte bei seiner Argumentation bereits seinerzeit in *Reynolds v. United States* (Anm. 21), 166 wie auch nunmehr in *Employment Div. v. Smith* (Anm. 37), 884 großes Gewicht auf den strafgesetzlichen Charakter der mit der Religionsausübung kollidierenden Normen, um die fatalen Konsequenzen einer Ausnahmegewährung für die Bewahrung einer einheitlichen Rechtsordnung herauszustellen.

<sup>119</sup> So hat der Supreme Court in *Perez v. U.S.*, U.S. Reports 402, 146 (1971) den Bund für kompetent gehalten, selbst für rein innerstaatliche Sachverhalte Strafgesetze zu erlassen.

<sup>120</sup> *United States v. Lopez*, S.Ct. Reporter 115, 1624, 1631 (1995) verneinte die auf die *commerce clause* gestützte Kongreß- und Bundeskompetenz für ein Gesetz, welches das Führen von Schußwaffen in der Umgebung von Schulen untersagte mit einer knappen 5:4-Mehrheit. Vgl. auch die Anm. von J. Frantz, *The Reemergence of the Commerce Clause as a Limit on Federal Power*, Harvard Journal of Law and Public Policy 19, 161, 163f. (1995); K. Palmer/E. Lavery, *The Impact of U.S. v. Lopez on Intergovernmental Relations: A Preliminary Assessment*, Publius 26 Nr.3 (1996), 109.

gesetzen.<sup>121</sup> Vor diesem Hintergrund zeigt sich die Bedeutung des Urteils für das amerikanische Bundesstaatsverhältnis. Angesichts der fast einhelligen Zustimmung in beiden Kammern des Kongresses bewirkte die Verwerfung des RFRA – jedenfalls von einem politischen Standpunkt aus betrachtet – vornehmlich den Schutz der Gliedstaaten und ihrer kommunalen Körperschaften vor einer Gängelung durch ein Bundesgesetz, das ihnen vorschreiben wollte, welche Ausnahmeregelungen sie in ihre Gesetze hineinschreiben und im Verwaltungshandeln zu beachten hätten.<sup>122</sup> Die Entscheidung läßt sich daher mühelos in den Kontext einer durch personelle Veränderungen begründeten wiedererwachenden Sympathie des obersten Bundesgerichts für die Rechte der Staaten gegenüber einer immer weiter um sich greifenden Bundesgesetzgebung einordnen.

Die Stärkung der Position der Gliedstaaten ist jedoch nur ein Aspekt der Entscheidung, denn das Gericht beschränkte seine Argumentation der Verfassungswidrigkeit des RFRA nicht auf den ihm vorliegenden Fall der Auslegung einer kommunalen Satzung oder auf die Anwendung des RFRA unterhalb der Bundesebene. Richter Kennedys Begründung läßt keinen Zweifel daran, daß er dem Kongreß insgesamt die Kompetenz abspricht, die im RFRA enthaltenen Bestimmungen zur Begünstigung der Religionsausübung zu erlassen.<sup>123</sup> Dem Bundesgesetzgeber ist es damit auch verwehrt, die Bundesexekutive durch die Vorschriften des RFRA zu binden und ihr vorzuschreiben, bei der Anwendung von Gesetzen oder bei der nicht-gesetzesakzessorischen Verwaltung Ausnahmen im Falle der Kollision mit der Religionsausübung einzelner zu gewähren. Das Verdikt der Verfassungswidrigkeit des RFRA berührt ebenso das Prinzip der Gewaltenteilung. Anders als in den Art. 70ff. GG weist der Kompetenzkatalog der US-Verfassung<sup>124</sup> Gesetzgebungsbefugnisse nicht der Bundesebene als solcher, sondern einem bestimmten Organ, nämlich dem aus zwei Kammern bestehenden Kongreß zu. Der Text des Zusatzartikels XIV §5 bietet für eine Differenzierung der Regelungskompetenz bezogen auf Bundesrecht einerseits und Gliedstaatenrecht andererseits bereits deshalb keinen Anhalt, weil er ursprünglich dem Bundesgesetzgeber lediglich das Recht einräumen wollte, freiheits- oder gleichheitswidrige Maßnahmen der Gliedstaaten zu unterbinden. Das Prinzip des amerikanischen Verfassungsrechts, wonach der Bund nur über die ihm in der Bundesverfassung unmittelbar oder mittelbar i.S.d. der *implied powers*-Doktrin zugewiesenen Be-

---

<sup>121</sup> "Judges, Suicide, and the Resurgence of the States", *The Economist*, 5.7.1997, 49, 50.

<sup>122</sup> Daß die im RFRA vorgenommene Regelung ohne weiteres von einem Gliedstaat erlassen werden könnte, wurde von keinem der Verfahrensbeteiligten in *Boerne* in Abrede gestellt, vgl. D. Lee, *Boerne Case Pits State vs. Church, Courts vs. Congress, First Amendment Center 1997*, <http://www.fac.org>, 11. Abs. Die Gliedstaaten verfügen über die allgemeine *police power* und unterliegen in ihrer Gesetzgebung jedenfalls keinen bundesverfassungsrechtlichen Zuständigkeitsbeschränkungen, s. hierzu Nowak/Rotunda (Anm. 18), §3.1 (S.115).

<sup>123</sup> *Boerne* (Anm. 5), 2172 ("... the provisions of the federal statute here invoked are beyond congressional authority ...").

<sup>124</sup> Insbesondere Art. I §8, ergänzt um weitere Titel wie etwa Zusatzartikel XIV §5.

fugnisse (*enumerated powers*) verfüge,<sup>125</sup> gilt damit durchgängig sowohl zwischen Bund und Gliedstaaten als auch innerhalb der Bundesebene.

Wenn somit eine Differenzierung zwischen den beiden staatlichen Ebenen ausscheiden muß, so liegt andererseits der Gedanke nicht fern, daß dem Bundesgesetzgeber zumindest zugestanden werden muß, für all jene Materien, in denen er Regelungen gestützt auf einen Kompetenztitel der Verfassung treffen darf,<sup>126</sup> zugleich vorzuschreiben, welche Ausnahmen er im Falle der Kollision mit der Religionsausübung von seinen eigenen Gesetzen zugestehen will. Die *necessary and proper clause* des Art. I §8 Nr.18 in ihrer weiten Auslegung seit *McCulloch v. Maryland*<sup>127</sup> könnte insoweit eine an die jeweilige Sachzuständigkeit anknüpfende "Annexkompetenz" eröffnen. Ob eine solche Annexkompetenz auch in einem "vor die Klammer" der diversen sachlichen Regelungen gezogenen Gesetz nutzbar gemacht werden kann, ist hingegen zweifelhaft. Der Supreme Court verspürte jedenfalls keine Neigung, sich im Hinblick auf künftige Fälle, bei denen – anders als bei der baurechtlichen Thematik in *Boerne* – eine Sachzuständigkeit des Kongresses z.B. aus der *commerce clause* denkbar ist, die Option einer geltungserhaltenden Reduktion des RFRA offenzuhalten.

### VIII. Rechtsvergleichende Betrachtungen

#### 1. Ausnahmen von allgemein geltenden Gesetzen

Der Schutzbereich der Religionsausübungsfreiheit des Art. 4 Abs.2 GG<sup>128</sup> wird vom BVerfG ähnlich extensiv ausgelegt wie die *free exercise clause* der US-Verfassung und ebenfalls auf "Äußerungen des religiösen und weltanschaulichen Lebens" erstreckt.<sup>129</sup> Das BVerfG will einer drohenden Ausuferung des Schutzbereichs begegnen, indem es fordert, es müsse sich "auch tatsächlich, nach geistigem Gehalt und äußerem Erscheinungsbild, um eine Religion ... handeln".<sup>130</sup> Die bloße Behauptung der Motivation eines Verhaltens aus dem Glauben heraus reiche nicht aus, vielmehr müsse die diesbezügliche Verpflichtungskraft der Glaubensinhalte zumindest plausibel dargelegt werden.<sup>131</sup> In der Literatur werden die Vorgaben des Schutzbereichs zum Teil inhaltlich dahin gehend präzisiert, daß der

<sup>125</sup> Vgl. Tribe (Anm. 30), 298ff.; Barron/Dienes (Anm. 49), 54 unter Hinweis auf *McCulloch v. Maryland*, U.S.Reports 17, 316 (1819).

<sup>126</sup> Hierzu gehört das in *Boerne* maßgebliche örtliche Baurecht allerdings nicht.

<sup>127</sup> S.o. Anm. 125.

<sup>128</sup> Zur Frage, ob die Ausübungsfreiheit bereits über Art. 4 Abs.1 GG gewährleistet wird s. Herzog (Anm. 41), Art. 4 Rz. 99.

<sup>129</sup> Vgl. BVerfGE 24, 236, 246 ("Aktion Rumpelkammer"); vgl. im weiteren: BVerfGE 32, 98, 106; 33, 23, 28; 41, 19, 49; I. v. Münch, in: I. v. Münch/P. Kunig (Hrsg.), GG-Kommentar, 4. Aufl., 1992, Art. 4 Rz. 42.

<sup>130</sup> BVerfGE 83, 341, 352.

<sup>131</sup> B. Pieroth/B. Schlink, Grundrechte, 13. Aufl., 1997, Rz. 512; A. v. Campenhausen, Religionsfreiheit, in: Isensee/Kirchhoff, Handbuch des Staatsrechts Bd. VI, 1989, §136 Rz. 70; Herzog (Anm. 41), Art. 4 Rz. 105 u. 174.

Grundrechtsträger sich aufgrund seines Glaubens in eine Lage versetzt sehen müsse, in der er nicht ohne innere Not von dem betreffenden Verhalten absehen kann.<sup>132</sup> Die Tiefe des Schutzes der Religionsfreiheit in der Judikatur des BVerfG erinnert zum Teil an die vor der *Smith*-Entscheidung in den USA gültigen Grundsätze. Das BVerfG hat in einigen Fällen im Wege der Abwägung zwischen der – hier wohl jeweils im Kern betroffenen – Religionsfreiheit des einzelnen und staatlichen Interessen die Anwendung allgemeiner Gesetze wegen der im Glauben wurzelnden Motivierung des Handelns eingeschränkt<sup>133</sup> und den Träger der Religionsfreiheit insoweit „partiell entpflichtet“.<sup>134</sup>

Geschützt ist auch durch das Grundgesetz neben der individuellen die kollektive Religionsfreiheit der Kirchen und sonstigen Religionsgemeinschaften.<sup>135</sup> Anerkannt als Tätigkeit der kollektiven Religionsausübung ist neben dem liturgischen Glockenläuten<sup>136</sup> und der Durchführung religiös-karitativer Sammlungen<sup>137</sup> die Errichtung derjenigen Gebäude, die nach dem Selbstverständnis einer Religionsgemeinschaft für die Religionsausübung ihrer Mitglieder erforderlich ist.<sup>138</sup> Ob davon die bloße Erweiterung eines Kirchengebäudes umfaßt ist, wirft dennoch Zweifel auf, denn in einem solchen Falle verfügt die Kirchengemeinde bereits über ein Gebäude, das ihren religiösen Anforderungen qualitativ genügt. Soweit man hingegen die Möglichkeit der gleichzeitigen Teilnahme aller Gemeindeglieder am Gottesdienst als essentiell betrachtet, dürfte der Schutzbereich des Art. 4 Abs. 2 GG berührt sein. Soweit in jüngerer Zeit vornehmlich auf die Finalität einer Beeinträchtigung der Religionsausübung als Merkmal eines Eingriffs in den Schutzbereich abgestellt wird,<sup>139</sup> bedeutet dies nicht, daß ein in religiöser Hinsicht neutral gefaßtes Gesetz mangels einer intendierten Belastung religiösen Verhaltens – wie die Denkmalschutzsatzung der Stadt Boerne – aus dem Schutzbereich des Art. 4 GG herausfiele, denn das Verbot, eine bestimmte Baumaßnahme durchzuführen, stellt als solches bereits einen unmittelbaren und finalen Eingriff in die Freiheitssphäre der Religionsgemeinschaft dar. Jedoch kann der Staat selbst dort, wo religiöse Gebote ein bestimmtes Verhalten vorschreiben, Re-

<sup>132</sup> H. Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 3. Aufl., 1995. Weiter geht P. Badura, Der Schutz von Religion und Weltanschauung durch das Grundgesetz, 1989, 54, nach dem das Verhalten „wesensnotwendig zur Verwirklichung des ... Glaubens“ sein muß.

<sup>133</sup> BVerfGE 33, 23, 26 ff.; 79, 69, 76 (Pflicht zur Eidesleistung); BVerfGE 32, 98, 108 (strafrechtliche Vorschriften); 24, 236 (wettbewerbsrechtliche Vorschriften); vgl. hierzu den Überblick bei D. Currie, The Constitution of the Federal Republic of Germany, 1994, 255 ff.

<sup>134</sup> Vgl. zu diesem Begriff Arndt (Anm. 20), NJW 1966, 2205; E.-W. Böckenförde, Das Grundrecht der Gewissensfreiheit, VVDStRL 28 (1970), 33, 61 u. 84; rezipiert in der jüngeren Rspr. von OVG Münster, NVwZ 1992, 77, 78.

<sup>135</sup> BVerfGE 42, 313, 322; Herzog (Anm. 41), Art. 4 Rz. 93.

<sup>136</sup> Vgl. BVerwG, NJW 1992, 2779; Jarass (Anm. 132), Art. 4 Rz. 21.

<sup>137</sup> BVerfGE 24, 236, 248 f.

<sup>138</sup> VGH München, BayVBl. 1997, 144, 145 (Errichtung eines Minarets als Teil einer Moschee); J. Kokott, in: Sachs, GG, 1996, Art. 4 Rz. 34.

<sup>139</sup> So BVerwGE 90, 112, 120 (Warnung vor Jugendsekten durch staatlich unterstützten Verein); A. Roth, Verwaltungshandeln mit Drittbetroffenheit und Gesetzesvorbehalt, 1991, 202 ff.; kritisch K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/2, 1994, 140 f.

gelungen zur näheren Ausgestaltung erlassen.<sup>140</sup> Die Religionsfreiheit zwingt den Staat daher nicht, Kirchengebäude von baurechtlichen oder denkmalschutzrechtlichen Anforderungen generell freizustellen.

Mit dieser Überlegung mag bereits der Schutzbereich bzw. der Eingriffstatbestand eingeschränkt werden. Die korrekte rechtsdogmatische Verortung wird aber wohl in der Heranziehung einer grundgesetzlichen Schrankenregelung zu finden sein. Religionsgemeinschaften genießen gem. Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV nur "innerhalb der Schranken des für alle geltenden Gesetzes" den Schutz der Religionsfreiheit.<sup>141</sup> Die Schranke des Art. 137 Abs. 3 WRV ist für alle den innerkirchlichen Bereich überschreitenden Angelegenheiten der Religionsgemeinschaften auch zur Beschränkung von Art. 4 GG heranzuziehen, da beide Vorschriften zusammen zu sehen und auszulegen sind<sup>142</sup> und der Schutz für diese Angelegenheiten v.a. aus der erstgenannten Vorschrift folgt.<sup>143</sup> Die Errichtung eines Kirchengebäudes hat Auswirkungen über den Bereich der Kirche hinaus, da es seine Umwelt beeinflusst und – wie im *Boerne*-Fall – regelmäßig ein Ortsbild prägt. Baubeschränkungen sind ebenso wie andere Hoheitsakte, die sich sowohl von ihrem Wortlaut her als auch bezüglich der hinter ihnen stehenden Intentionen<sup>144</sup> nicht gezielt an Religionsgemeinschaften richten, sondern diese wie "jedermann" treffen, durch Art. 137 Abs. 3 WRV gerechtfertigt, sofern diese Vorschriften ihrerseits im Sinne der Wechselwirkungslehre die Vorgaben der Art. 4, 140 GG beachten.<sup>145</sup> Das Gesetzesrecht trägt diesen Vorgaben Rechnung, indem es kirchliche Belange beispielsweise in § 1 Abs. 5 S. 2 Nrn. 3<sup>146</sup> und 6 BauGB zu Grundsätzen der Bauleitplanung erhebt. Im Bereich der staatlichen Denkmalpflege kommt der Gesetzgeber in den meisten deutschen Bundesländern ebenfalls den Interessen der Kirchen entgegen, indem er den Behörden aufgibt, "die von den Kirchen und Religionsgemeinschaften festgestellten Belange der Religionsausübung" zu beachten.<sup>147</sup> Man gewährt ihnen mithin eine Sonderstellung, die derjenigen bevorzugten Behandlung nahekommmt, wie sie der RFRA für sämtliche Lebensbereiche anstrebte.

<sup>140</sup> v. Campenhausen (Anm. 131), § 136 Rz. 71.

<sup>141</sup> BVerfGE 42, 312, 333; A. v. Campenhausen, Staatskirchenrecht, 3. Aufl., 1996, 114 f.

<sup>142</sup> A. Hollerbach, Grundlagen des Staatskirchenrechts, in: Handbuch des Staatsrechts Bd. VI, 1989, § 138 Rz. 19; Jarass (Anm. 132), Art. 4 Rz. 2.

<sup>143</sup> BVerfGE 72, 278, 289; Jarass (Anm. 132), Art. 4 Rz. 30. Anders als bei der individuellen Glaubensfreiheit, bzgl. derer BVerfGE 33, 23, 30 f. die Heranziehung des Art. 136 WRV als Grundrechtsschranke abgelehnt hat, hat das BVerfG hinsichtlich der kollektiven Glaubensfreiheit, die enger mit den staatskirchenrechtlichen WRV-Artikeln verwoben ist, einen Rückgriff auf Art. 137 Abs. 3 als Schranke bislang nicht erkennbar ausgeschlossen.

<sup>144</sup> Vgl. den *Lukumi*-Fall (Anm. 48), in dem die Kommune das Ziel der Diskriminierung einer bestimmten Sekte hinter einer generell-abstrakten Fassung der Satzung zu verstecken suchte.

<sup>145</sup> v. Campenhausen (Anm. 141), 311.

<sup>146</sup> Als Unterfall kultureller Bedürfnisse: VGH München, BayVBl. 1997, 144, 145.

<sup>147</sup> So etwa § 38 S. 2 Denkmalschutzgesetz NW, GVBl. NW 1980, 226 ff. Siehe auch v. Campenhausen (Anm. 141), 212 ff.

## 2. Grundrechtsauslegung durch den Gesetzgeber

Im deutschen Verfassungsrecht fehlt es an einer mit Zusatzartikel XIV §5 vergleichbaren, an ein Grundrecht geknüpften Gesetzgebungskompetenz. Eine gewisse Verwandtschaft zu der dem US-Kongreß erteilten spezifischen "Durchsetzungskompetenz" weist aber die allgemeine Pflicht des deutschen Bundes- und Landesgesetzgebers, bestimmte Grundrechte inhaltlich auszugestalten, auf. So wird dem Gesetzgeber etwa in Art. 4 Abs.3 S.2, 6 Abs.5, 12 Abs.1 S.2 und Art. 14 Abs.1 S.2 GG die konkrete Ausgestaltung des Grundrechts explizit aufgegeben, ohne daß darin die Erteilung einer Gesetzgebungskompetenz gesehen werden dürfte. Das BVerfG hat die Grenze der mit der Ausgestaltungspflicht korrespondierenden Ausgestaltungsbefugnis scheinbar klar gezogen. Mit Blick auf Art. 4 Abs.3 GG hat das Gericht bereits früh festgestellt, daß dem Gesetzgeber eine "authentische Interpretation der Verfassung ... verwehrt" sei und die von ihm unternommenen Umschreibungen des Inhalts eines Grundrechts mit eigenen Worten, nur einen "Interpretationsversuch", mit der Möglichkeit eines Widerspruchs zur Verfassung darstellen könne.<sup>148</sup> Zugleich hat es diese Aussage jedoch beschränkt auf die Fälle, in denen sich "durch Auslegung die sachliche Reichweite eines Grundrechts unmittelbar erschließen läßt".<sup>149</sup> Übertragen auf das amerikanische Verfassungsrecht spricht einiges dafür, daß der unbestimmte Text der Zusatzartikel XIV und I der US-Verfassung diese Voraussetzung des BVerfG nicht erfüllen würde. Da die allgemeine Ausgestaltungsbefugnis der deutschen Gesetzgeber jedoch nicht mit einer positiven Kompetenzzuweisung etwa an den Bundesgesetzgeber verknüpft ist, werden die Grenzen dieser Befugnisse nur für die einschränkende Ausgestaltung, nicht aber für eine Erweiterung eines Grundrechts mittels einfachen Gesetzes relevant. Die Befugnis zu letzterer beurteilt sich ausschließlich nach den Kompetenznormen der Art. 70ff. GG; die Grundrechte und ihre Schutzbereichsgrenzen sind insoweit ohne Relevanz.

Der entscheidende Unterschied im Hinblick auf das Verhältnis vom Gesetzgeber zum obersten (Verfassungs-)Gericht als Verfassungsinterpreten in Deutschland und den USA liegt aber wohl jenseits verfassungsdogmatischer Differenzierungen zwischen Ausgestaltungs- und Durchsetzungskompetenzen. In Deutschland scheint es nach wie vor einen größeren verfassungsrechtlichen und -politischen Konsens über die Rolle des BVerfG als obersten Hüter und letztverbindlichen Interpreten der Verfassung zu geben,<sup>150</sup> ein Konsens, der trotz allen Unmutes über den *Kruzifix*-Beschuß und einige andere Entscheidungen aus jüngster Zeit im wesentlichen fortbesteht und es als unwahrscheinlich erscheinen läßt, daß sich ein Parlament in einen offenen Widerspruch zur Verfassungsauslegung

<sup>148</sup> BVerfGE 12, 45, 53.

<sup>149</sup> *Ibid.*, 53.

<sup>150</sup> Stern (Anm. 139), 1304f.

des BVerfG setzt.<sup>151</sup> Eine nicht unwesentliche Ursache hierfür mag sein, daß das BVerfG explizit als Verfassungsgericht ins Leben gerufen wurde und diese spezifische Rolle politisch gewollt ist, während sich der Supreme Court diese Funktion selbst neben seiner Aufgabe als Bundes-Revisionsgericht beimessen mußte.<sup>152</sup> Dieser Grundkonsens über die Rolle des BVerfG findet auf der Ebene des einfachen Gesetzesrechts seinen prägnanten Ausdruck in § 31 BVerfGG, der die (gesetzgleiche) Verbindlichkeit seiner Entscheidungen festschreibt.

Der in der Verabschiedung des RFRA und dem Erlaß der *Boerne*-Entscheidung zu Tage getretene Konflikt zwischen Parlament und oberstem Gericht würde in Deutschland aber auch deswegen keine Parallele finden, weil politische Mehrheitsverhältnisse, welche der den RFRA tragenden, überwältigenden Mehrheit in beiden Kammern des Kongresses entsprächen, in Deutschland eine Verfassungsänderung gem. Art. 79 GG ermöglicht hätten. Der Kongreß wählte zwar die Form eines Gesetzes zur Durchsetzung von Rechten aus Zusatzartikel XIV, hingegen ging es ihm in der Sache um nichts anderes als um eine Änderung der Verfassungsauslegung,<sup>153</sup> ein Ziel, das der Gesetzgeber – an den Gerichten vorbei – in den USA wie in Deutschland aber nur über den Umweg einer Verfassungsänderung erreichen kann. Eine Zwei-Drittel-Mehrheit in beiden Kammern der gesetzgebenden Körperschaft ist in den USA zwar eine notwendige, – anders als in Deutschland – aber keine hinreichende Voraussetzung für eine Verfassungsänderung. Hinzutreten muß gem. Art. V der Verfassung eine Ratifizierung der Verfassungsergänzung durch drei Viertel der amerikanischen Bundesstaaten. Dies ist die entscheidende Hürde, die von vielen Verfassungsergänzungsvorhaben in der mehr als zweihundertjährigen Geschichte der US-Verfassung nicht oder nur nach erheblicher Zeitverzögerung überwunden wurde.<sup>154</sup> In der Konsequenz dieser erschwerten Verfassungsänderung liegt eine in vielen Fällen auch durch den Supreme Court betriebene extensive Auslegung des Verfassungstextes, welche im Zuge eines – je nach Sichtweise – Offenlegens oder Hineinlesens allgemeiner Verfassungsprinzipien die Wortlautgrenze der Auslegung bisweilen sprengt, um die Verfassung „lebendig“ zu erhalten.<sup>155</sup>

<sup>151</sup> Auch der Freistaat Bayern bemühte sich bei der Neufassung seines Schulgesetzes hinsichtlich der Anbringung von Kreuzen in Klassenzimmern den vom BVerfG belassenen Spielraum zwar voll auszunutzen, aber nicht zu überschreiten.

<sup>152</sup> Vgl. *Marbury v. Madison* (Anm. 63).

<sup>153</sup> In der Darlegung des Gesetzeszweckes in § 2000bb. (a) gestand der Kongreß unumwunden ein, daß er mit dem Gesetz die ältere Verfassungsjudikatur vor *Smith* wiederherstellen wollte: “The purposes of this chapter are to restore the compelling interest test as set forth in *Sherbert v. Verner* ... and *Wisconsin v. Yoder* ...”.

<sup>154</sup> Der 1789 im Kongreß gemeinsam mit der Bill of Rights verabschiedete Zusatzartikel XXVII, der anordnet, daß Diätenerhöhungen für Kongreßabgeordnete jeweils erst in der folgenden Legislaturperiode wirksam werden können, benötigte mehr als zwei Jahrhunderte bis er 1992 mit der Ratifikation durch Michigan das 3/4-Quorum der Staaten erreichte und in Kraft trat, W. Lockhart/Y. Kamisar/J. Choper/S. Shiffrin, *Constitutional Law*, 7. Aufl., Ergänzung (Supplement) 1994, 276.

<sup>155</sup> Brugger (Anm. 25), 158.

### 3. Historisch-genetische Verfassungsauslegung

Daß der Supreme Court sich angesichts des schwierigen Verfassungsänderungsprozesses in den letzten Jahrzehnten allzuoft gezwungen sah, für die verfassungsändernde Gewalt in die Bresche zu springen und die Verfassung "dynamisch" auszulegen, hat zugleich dem modernen *originalism* in den USA den Weg bereitet. Diese Doktrin will im wesentlichen solche extensiven "Interpretationen" der Verfassung eindämmen und die Rechtsprechung gleichsam wieder enger an den Text und die Intentionen der Verfassungsväter binden. *Originalism* bezeichnet sich nicht von ungefähr auch als *interpretivism*, mithin als einen Ansatz, dem es im Gegensatz zu einem sich vom Verfassungstext emanzipierenden *non-interpretivism* nicht um die "Erfindung", sondern um die Auslegung von Verfassungsrecht geht. Die Gefahr einer sich allzu weit vom Wortlaut eines vorgegebenen Normtextes entfernenden Verfassungsjudikatur ist in einer vom Fall- und Richterrecht geprägten Rechtstradition wie der des angelsächsischen *common law* sicherlich größer als in der kontinentaleuropäischen Rechtstradition, die der richterlichen Rechtsfortbildung seit jeher skeptischer gegenüberstand.<sup>156</sup> Dort wo die Rechtsprechung am großzügigsten mit dem geschriebenen Recht umgeht, wächst aber auch das Bedürfnis nach einer dogmatischen Begrenzung dieser Freiheit.

Was im besonderen die Rolle der historischen Auslegungsmethode im deutschen Recht anbelangt, so hat das BVerfG – zur Frage der Gesetzesauslegung – zu Beginn seiner Judikatur deutlich gemacht, daß es die Entstehungsgeschichte einer Norm allenfalls als Hilfsmittel zur Absicherung eines durch andere Auslegungsmethoden gewonnenen Ergebnisses benutzt.<sup>157</sup> Erst in jüngerer Zeit hat sich das Gericht verstärkt auch der Analyse des "rechtliche[n] und historische[n] Umfeld[es] der Entstehung" von Verfassungsnormen als eigenständiger Erkenntnisquelle zugewandt.<sup>158</sup> Nach wie vor zeichnet sich aber unter dem GG keine mit der Situation in den USA vergleichbare – bis in die Sphäre des Politischen hineinragende – wissenschaftliche Methodendebatte über die Verfassungsauslegung ab. Es fehlen vor allem die Extrempositionen dieser US-amerikanischen Kontroverse in Deutschland, denn weder der absolute Vorrang der historisch-genetischen Auslegung, noch ein Primat moralischer oder politischer Wertvorstellungen bei der Entscheidung verfassungsrechtlicher Fragen gehören zum gängigen Repertoire der deutschen Staatsrechtsliteratur.

<sup>156</sup> Vgl. das illustrative Beispiel des §47 Einl. Preuß. ALR, der einem Richter, der die Anwendung eines Gesetzes auf einen Fall zweifelhaft fand, die Anrufung einer speziellen "Gesetzcommissiön" gebot.

<sup>157</sup> Ständige Rechtsprechung seit BVerfGE 1, 299, 312; 8, 274, 307; 10, 234, 244; zuletzt 79, 106, 121. Vgl. hierzu und zu einer z.T. abweichenden Auslegungspraxis: M. Sachs, Die Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes als Mittel der Verfassungsauslegung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, DVBl. 1984, 73, 75 ff. u. 80f.

<sup>158</sup> BVerfGE 79, 127, 143f.; vgl. auch Schneider (Anm. 89), 909.

## Supreme Court vs. Congress

### The Dispute over the Meaning of Religious Freedom in the USA

In June 1997, the US Supreme Court declared the Religious Freedom Restoration Act (RFRA) unconstitutional in the case *City of Boerne v. Flores*, which dealt with the denial of a building permit under an ordinance governing historic preservation. The Catholic Archbishop Flores, to whose diocese the church belongs, applied for the permit in order to enlarge the church building and invoked rights under the RFRA. This statute exempted a person's exercise of religion from general applicable laws, unless the government could show a compelling interest to cover religious conduct and demonstrate that its action was the least restrictive means to that end. Since exercise of religion is understood to include the erection of church buildings and zoning or historic preservation ordinances are general applicable laws, the RFRA covered the facts presented in *Boerne*. The case illustrates the debate over the meaning of the constitutional right to free exercise of religion and the degree of protection it confers on religious groups and individuals. The article uses the *Boerne* decision to depict this debate and the development of the US Supreme Court's free exercise clause adjudication.

In *Sherbert v. Verner* (decided 1963) and *Wisconsin v. Yoder* (decided 1972), the Court had demanded that a compelling governmental interest had to be shown to justify a burden on one's religious conduct, which is protected under the first amendment of the US Constitution. In 1990 the Court abandoned this strict scrutiny approach with respect to religious conduct in *Employment Division v. Smith* by a narrow 5:4 majority. The majority on the bench deemed it sufficient, if the government acted in pursuance of a legitimate end to which the measure burdening religious conduct was reasonably related. *Smith* did not formally overrule the earlier cases but distinguished them on the facts, arguing that they were hybrid cases involving other fundamental rights besides the right to religious freedom.

The RFRA had been enacted in direct response to the shift in the Supreme Court's interpretation of the free exercise clause. Congress' explicit purpose was to restore the standards of scrutiny as set forth in *Sherbert* and *Yoder*. The statute, which was adopted by an almost unanimous vote in both Houses of Congress, bound all branches of the federal, state, and local government. In enacting the RFRA, Congress relied on its enforcement power under § 5 of the fourteenth amendment. Thereby the free exercise clause is incorporated into the fourteenth amendment through the due process clause and is thus applicable to the states.

The Supreme Court did not agree and concluded that the RFRA exceeded Congress' power, since it did not merely enforce rights granted in the Constitution, but substantially altered the religious freedom by expanding this constitutional right. This conclusion required the Court to carefully distinguish the decision from its broad reading of the four-

---

<sup>159</sup> Summary provided by the author, who likes to thank Ms. Gabriela Coenen-Hoffman, M.A. (School District of Philadelphia), for refining his English.

teenth amendment's enforcement power in a line of cases decided in the 1960s and 1970s, in which state-imposed qualifications of the right to vote had been at stake.

The article evaluates the decision against the background of the Court's revived inclination to protect state rights against federal legislation. Apart from the case's relevance for American federalism, the author understands the decision also as to limit Congress' power in favour of the executive and administrative as well as judiciary powers of the federal government. The principle of enumerated powers of US constitutional law is valid with respect to the relationship between states and federal government and the "horizontal" distribution of powers among the several branches of the federal government as well.

The article emphasises that both sides in the debate over a narrow or wide construction of the free exercise clause rely on historical evidence to support their respective viewpoints. Whereas initially only conservative jurists and judges had invoked the "original understanding" of the constitution and of the Bill of Rights in particular – following a theory called "originalism" –, historical material is meanwhile also employed to justify a broader understanding of the constitution's fundamental rights. This development is highlighted by the separate opinion of Justice O'Connor in *Boerne*. Even though the appeal to history seems to be irresistible when analysing issues under the religion clauses (i.e. free exercise and establishment clause), the amendment's history seems to be inconclusive and in part contradictory. Original intent therefore seems to be merely of limited use, particularly if specific intentions are invoked.

The article finally compares the constitutional issues raised in and exemplified by the *Boerne*-decision with German constitutional law and jurisprudence. Exemptions from general applicable laws have been granted to religious conduct by German courts applying the religious freedom clause of the German federal constitution (Grundgesetz Art. 4) as well. The conduct of religious sects, as far as it is not confined to internal matters, is however subject to restrictions imposed upon it by general applicable laws as long as these laws do not single out religious groups or religious conduct as such. This limitation of religious freedom is laid down in Art. 137 of the so-called Weimar Constitution (Constitution of the German Reich 1919 – 1933), which is explicitly incorporated into the modern constitution (Grundgesetz Art. 140).

The open conflict between the US Supreme Court and Congress would be very unlikely to find a parallel in Germany, the author argues. He considers the consensus of the respective roles of the German Constitutional Court as interpreter of the Grundgesetz and the Federal Parliament as law-maker as being still strong, despite recent criticism of some of the Court's decisions, such as banning crucifixes from classrooms of state schools. Furthermore, the easier amendment process of the German constitution serves as an important outlet for political discontent with the Constitutional Court's rulings.

The final point of comparison is the significance of original intent in constitutional adjudication in the USA and Germany. While the German Constitutional Court had used the framers' intention solely as an auxiliary means to confirm an otherwise derived construction of a constitutional provision, the Supreme Court seems to put more weight on the legal and historical context of a provision in recent cases. However, in Germany there is no judicial and academic debate over the correct approach to interpret the Constitution that is comparable to the vigorous controversy in the US. The article considers the popularity of originalism among American legal scholars, judges and politicians as a counter-reaction to the very dynamic and broad construction of the US Constitution in the decades.

