

Die Rolle der Equal Protection Clause des 14. Amendments im US-amerikanischen Verfassungs- und insbesondere Wahlrecht im Vergleich zum deutschen Gleichheitssatz

Lukas Müller*

Abstract	86
I. Einleitung und Kontext	86
II. Rolle der Gleichheitssätze im Gefüge des Verfassungsrechts	89
1. Ausgangspunkt: Gleichheitssätze als Gewährleister von Gleichbehandlung durch alle Gewalten des Staates	89
a) <i>Rational Basis Test</i>	90
b) <i>Strict Scrutiny Test</i>	90
c) Fazit	92
2. Gleichheitssätze als Minderheitenschützer	92
a) Der differenzierte Minderheitenschutz der Equal Protection Clause	93
aa) Mechanismus der <i>group-based Equal Protection</i>	93
bb) Inhaltliche Ausrichtung des Minderheitenschutzes	95
cc) Einordnung im Verfassungsgefüge	97
dd) Vergleich mit dem deutschen Gleichheitssatz	98
b) Gleichheitssätze als Transformationsmotoren zum Abbau gesellschaftlicher Ungleichheiten	101
aa) Positive Verfassungsaufträge	103
bb) Wirkung im Privatrecht	105
cc) Fazit	107
3. Gleichheitssätze als Schützer materieller Individualinteressen	107
a) Mechanismus: <i>Fundamental Rights Strand of Equal Protection</i>	108
b) Insbesondere: Wahlrecht	110
aa) Das Wahlrecht als fundamentales Recht	111
bb) Konkrete Gewährleistungsgehalte	112
(1) Zugang zur Wahl	112
(2) Wahlrechtsgleichheit	114
(3) Passives Wahlrecht	116
cc) Fazit und Vergleich mit dem deutschen Gleichheitssatz	116
III. Resümee	118

* Absolvent der Humboldt-Universität zu Berlin, Rechtsreferendar am Hanseatischen Oberlandesgericht.

Abstract

Gleichheitspostulate haben in den Vereinigten Staaten eine spannungsgeladene Historie zwischen struktureller Diskriminierung und Progressivität, die die heutige gesellschaftliche und verfassungsrechtliche Ordnung entscheidend geprägt hat. Gegenstand dieser Arbeit ist es, die Rolle der US-amerikanischen Equal Protection Clause des 14. Amendments vor dem Hintergrund dieser Entwicklung im Verfassungs- und insbesondere im Wahlrecht zu betrachten und mit dem deutschen Gleichheitssatz zu vergleichen.

Als grundlegenden Rahmen der Dimensionen der Gleichheitssätze be- greift diese Arbeit hierbei das Spannungsfeld zwischen einem bloß punktu- ellen Verbot von Ungleichbehandlungen und dem Gebot eines längerfristi- gen Abbaus gesellschaftlicher Ungleichheiten. In diesem Sinne wird zu- nächst argumentiert, dass die Rolle der Equal Protection Clause gerade für den Minderheitenschutz eng auf ihren historischen Zweck begrenzt bleibt und daher nur punktuell transformative Wirkung entfaltet. Als Gegenpol wird ihre Funktion für den Schutz von Individualrechten, insbesondere das Wahlrecht, dargestellt, die heute den zentralen Mechanismus für ihre über- ragende Bedeutung im Verfassungsrecht insgesamt bildet.

I. Einleitung und Kontext

Gleichheitspostulate haben in den Vereinigten Staaten (US) eine span- nungsgeladene Historie zwischen struktureller Diskriminierung und Pro- gressivität, die die heutige gesellschaftliche und verfassungsrechtliche Ord- nung entscheidend geprägt hat. Gegenstand dieser Arbeit ist es, die Rolle der amerikanischen¹ Equal Protection Clause des 14. Amendments vor dem Hintergrund dieser Entwicklung im Verfassungs- und insbesondere im Wahlrecht zu betrachten und mit dem deutschen Gleichheitssatz zu verglei- chen.

Historischer Ursprung sowohl der Equal Protection Clause als auch des deutschen Gleichheitssatzes sind nationale Unrechtserfahrungen. Die Equal Protection Clause wurde erst 1886 infolge des amerikanischen Bürgerkriegs durch Einführung des 14. Amendments verankert, um die Abschaffung der

¹ Dieser Begriff bezieht sich hier und im Folgenden auf die Vereinigten Staaten von Ame- rika.

Sklaverei zu ergänzen,² wenn auch der Ursprung dieses Konzepts bereits in der Unabhängigkeitserklärung von 1776 zu finden ist.³ Durch die Gewährleistung der Equal Protection Clause, dass “No state [...] shall deny to any person [...] the equal protection of the laws.”, sollte sie konkret verhindern, dass das neu gewonnene Bürgerrecht zu einem Recht zweiter Klasse ausgestaltet werden würde.⁴ Der deutsche Gleichheitssatz steht demgegenüber in unmittelbarem historischen Kontext der Verbrechen der Nationalsozialisten.⁵ Während sich diese Kontexte verfassungsrechtlich auch heute noch teilweise fortsetzen, müssen sich die Gleichheitssätze im Hinblick auf neue Gleichheitsproblematiken fortlaufend modernisieren.⁶

Dass dies der Equal Protection Clause im Wesentlichen gelungen zu sein scheint, deuten veränderte Betitelungen aus Rechtsprechung und Literatur an: Wurde sie noch in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts als “the usual last resort of constitutional arguments”⁷ betrachtet, überwiegen seit den 1960er Jahren Bezeichnungen als “the cutting edge of our expanding constitutional liberty”,⁸ “the single most important concept [...] for the protection of individual rights”⁹ sowie “a vital tool for effecting social change”¹⁰.

² W. P. Adams, *The First American Constitutions: Republican Ideology and the Making of the State Constitutions in the Revolutionary Era*, 2001, 169 ff.; M. Tushnet, *The Constitution of the United States of America: A Contextual Analysis*, 2. Aufl. 2015, 22.

³ So heißt es dort bereits: “We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal” (*T. Jefferson/Zweiter Kontinentalkongress*, *The Unanimous Declaration of The Thirteen United States of America*, 4. Juli 1776). Mit dieser prominenten Erwähnung nahm das Konzept der Equal Protection schon früh eine zentrale Bedeutung in der nationalen Identität ein und legte den Grundstein für die folgende Entwicklung und Kodifizierung dieses Gedankens. Gleichzeitig steht diese frühe Äußerung in eklatantem Widerspruch zu der gleichzeitig praktizierten Sklaverei in den Vereinigten Staaten. D. Armitage, *The Declaration Of Independence: A Global History*, 2008, 76 f.

⁴ *Slaughterhouse Cases*, 83 U.S. 36, 38 (1872); W. Knapp, *Der oberste Gerichtshof der Vereinigten Staaten und die Ausdehnung des Gleichheitsgedankens*, JöR 23 (1974), 421, 424.

⁵ Vgl. C. Langenfeld, in: T. Maunz/G. Dürig, *GG-Kommentar*, 82. Aufl. 2018, Art. 3 Abs. 3 Rn. 9.

⁶ Vgl. jüngst insbes. die juristische Auseinandersetzung um die *Executive Order* der US-Regierung, die Personen aus überwiegend muslimischen Staaten die Einreise in die Vereinigten Staaten versagt; L. Jarrett, *How Opponents May Challenge Trump’s Order in Court*, CNN, 31.1.2017, verfügbar unter <<https://www.cnn.com>> (sämtliche Internetlinks letztmalig aufgerufen zum Zeitpunkt der Veröffentlichung); A. Liptak/M. D. Shear, *Trump’s Travel Ban Is Upheld by Supreme Court*, *The New York Times*, 26.6.2018, verfügbar unter <<https://nytimes.com>>. Vgl. außerdem etwa A. de Vogue, *Supreme Court Rules for Colorado Baker in Same-Sex Wedding Cake Case*, CNN, 4.6.2018, verfügbar unter <<https://www.cnn.com>>; M. Berman, *Mississippi Governor Signs Law Allowing Businesses to Refuse Service to Gay People*, *The Washington Post*, 5.4.2016, verfügbar unter: <<https://washingtonpost.com>>.

⁷ *Buck v. Bell*, 274 U.S. 200, 208 (1927).

⁸ *Hobson v. Hansen*, 269 F. Supp. 401, 493 (D. D.C. 1967).

⁹ J. E. Nowak/R. D. Rotunda, *Constitutional Law*, 7. Aufl. 2007, 680.

In diesen Tenor stimmt diese Arbeit in begrenztem Maße ein, wird ihn vereinzelt aber entschärfen müssen.

Als grundlegenden Rahmen der Dimensionen der Gleichheitssätze begreift sie hierbei das Spannungsfeld zwischen einem bloß punktuellen Verbot von Ungleichbehandlungen und dem Gebot eines längerfristigen Abbaus gesellschaftlicher Ungleichheiten. In diesem Sinne wird zunächst argumentiert, dass die Rolle der Equal Protection Clause gerade für den Minderheitenschutz eng auf ihren historischen Zweck begrenzt bleibt und daher nur punktuell transformative Wirkung entfaltet. Als Gegenpol wird ihre Funktion für den Schutz von Individualrechten, insbesondere das Wahlrecht, dargestellt, die heute den zentralen Mechanismus für ihre überragende Bedeutung im Verfassungsrecht insgesamt bildet – freilich im Zusammenspiel mit dem weitreichenden einfach-gesetzlichen Schutz auf diesem Gebiet.

Methodisch sieht sich diese Arbeit grundlegend erstens mit der Herausforderung konfrontiert, die Funktionen und Wirkungen der Gleichheitssätze aus ihren konkreten Gewährleistungsgehalten erst herauskristalisieren, d. h. abstrahieren zu müssen, um ihnen bestimmte Rollen zuzuordnen und sie miteinander vergleichen zu können. Entscheidend ist hierbei vor allem der Blick auf die Verfassungspraxis, welcher hier primär auf die bundesstaatliche Ebene beschränkt bleibt. Erst diese bietet ein authentisches Bild der tatsächlichen Wirkungen der von Natur aus hoch symbolischen und gerade im *common law* gerichtlich maßgeblich geformten Verfassungen.¹¹

Zweitens gehen vielfältige Herausforderungen mit dem Vergleich selbst einher, die sich aus der Fremdheit und Einzigartigkeit der Vergleichsrechtsordnungen ergeben.¹² Dies erfordert, sich reflexiv von den Kategorien und Begriffen der jeweiligen Rechtsordnungen zu lösen, um auf einer übergeordneten Ebene Parallelen und Unterschiede erkennen zu können. Grundlegend erkennt diese Arbeit dabei beide Rechtsordnungen als einzigartige Systeme an, die ihren eigenen politischen, historischen, kulturellen und auch funktionalen und dogmatischen Logiken folgen.¹³ Diese Aspekte sollen hier so weit wie möglich anklingen – wenn sie auch nicht völlig durchdrungen werden können.

¹⁰ *Coburn v. Agustin*, 627 F. Supp. 983, 986 (D. Kan. 1985).

¹¹ Vgl. S. Baer, Verfassungsvergleichung und reflexive Methode: Interkulturelle und intersubjektive Kompetenz, *ZaöRV* 64 (2004), 735, 743 f.

¹² Dazu insgesamt S. Baer (Anm. 11), 735, 739, 751 f., 755 f.

¹³ Vgl. G. Frankenberg, Critical Comparisons: Re-Thinking Comparative Law, *Harv. Int'l L.J.* 26 (1985), 411, 453 ff.; V. C. Jackson/M. Tushnet, *Comparative Constitutional Law*, 2. Aufl. 2006, 142.

II. Rolle der Gleichheitssätze im Gefüge des Verfassungsrechts

Die Rollen der Equal Protection Clause und des deutschen Gleichheitssatzes werden im Folgenden in drei Schritten herausgearbeitet. Grundlage bildet die Darstellung der formalen Grundmechanismen der Equal Protection Clause als Gewährleister von Gleichbehandlung im Spannungsfeld des Gewaltengefüges (1.). Aus diesen werden anschließend ihre materiellen verfassungsrechtlichen Rollen als Minderheitenschützer (2.) und Individualrechtsschützer (3.) entwickelt und mit dem deutschen Gleichheitssatz verglichen.

1. Ausgangspunkt: Gleichheitssätze als Gewährleister von Gleichbehandlung durch alle Gewalten des Staates

Sowohl Equal Protection Clause als auch deutscher Gleichheitssatz verkörpern ein Gleichheitsverständnis, das neben der Anwendung auch die inhaltliche Gestaltung der Gesetze umfasst.¹⁴ Sie erkennen dabei gleichermaßen an, dass auf typisierten Sachverhalten beruhende Klassifizierungen notwendig sind.¹⁵ Im Rahmen dessen gewährleisten sie, dass die durch staatliche Organe getroffenen Differenzierungen durch sachliche Gründe gerechtfertigt sind.¹⁶ Auch in föderaler Hinsicht beanspruchen beide Gleichheitssätze gleichermaßen umfassende Geltung.¹⁷ Ihren jeweiligen Charakter und ihre Komplexität erhalten sie durch die abgestuften Maßstä-

¹⁴ *Yick Wo v. Hopkins*, 118 U.S. 356, 369 (1886); BVerfGE 1, 14, 52; vgl. grundlegend *J. Tussmann/J. tenBroek*, *The Equal Protection of the Laws*, *Calif. L. Rev.* 37 (1949), 341, 342, 365.

¹⁵ *W. Heun*, in: H. Dreier, GG-Kommentar Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 3 Rn. 14; *Developments in the Law: Equal Protection*, *Harv. L. Rev.* 82 (1969), 1065, 1076 f.

¹⁶ BVerfGE 12, 341, 348; *J. Tussmann/J. tenBroek* (Anm. 14), 341, 344; *F. Wollenschläger*, in: H. von Mangoldt/F. Klein/C. Starck, GG-Kommentar Bd. I, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 81, 84 f.

¹⁷ *C. Hillgruber*, in: V. Epping/C. Hillgruber, BeckOK GG, 37. Ed. Mai 2018, Art. 1 Rn. 66; für die Equal Protection Clause folgt dies aus dem Konzept der *reverse incorporation*, wonach die Equal Protection Clause des 14. Amendments – die nach ihrem Wortlaut unmittelbar nur für die *states* [Bundesstaaten] gilt – über die Due Process Clause des 5. Amendments auch auf Bundesebene Anwendung findet, Ursprung in *Bolling v. Sharpe*, 347 U.S. 497, 499 f. (1954); *K. L. Karst*, *The Fifth's Amendment Guarantee of Equal Protection*, *N.C.L. Rev.* 55 (1977), 541, 542 ff.

be, die die Gerichte je nach Prüfungsgegenstand und Intensität der Ungleichbehandlung an ihre Rechtfertigung anlegen.

a) *Rational Basis Test*

Die Equal Protection Clause verlangt auf Grundlage des *rational basis test* prinzipiell, dass Ungleichbehandlungen in einer rationalen Beziehung zu einem legitimen öffentlichen Interesse stehen, eine Differenzierung also nicht willkürlich ist.¹⁸ Dieser Prüfungsmaßstab stellt auch heute noch die Grundlage der Anwendung der Equal Protection Clause in allen Bereichen dar, in denen der Supreme Court¹⁹ nicht ausdrücklich einen erhöhten Prüfungsmaßstab anlegt, was praktisch insbesondere für die Sozial- und Wirtschaftsgesetzgebung gilt.²⁰ Der *rational basis test* findet sein Äquivalent in der sog. Willkürformel der deutschen Gleichheitsdogmatik,²¹ wobei er aufgrund seiner milden Anwendung praktisch mit einer klareren Vermutung für die Verfassungsmäßigkeit einer Differenzierung einhergeht.²²

b) *Strict Scrutiny Test*

Sowohl in Deutschland als auch den Vereinigten Staaten hat sich die Kontrolldichte der Gleichheitssätze im Laufe der Zeit durch das Hinzutreten deutlich schärferer Prüfungsmaßstäbe ausdifferenziert.²³ Im Rahmen der Equal Protection Clause wird dies durch den *strict scrutiny test* gewährleistet, dessen Maßstab in zwei Fällen angelegt wird: Bei Vorliegen einer suspekten Klassifizierung (s. u. 2.) und bei Beeinträchtigung fundamentaler

¹⁸ Erstmalige Anwendung des Maßstabs in *Nebbia v. New York*, 291 U.S. 502 (1934), Ursprung des abgestuften Prüfungsmaßstabs allgemein in *U.S. v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938).

¹⁹ Dieser Begriff bezieht sich auf den U.S. Supreme Court.

²⁰ *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479, 482 (1965); *W. Heun*, Equal Protection im amerikanischen Verfassungsrecht, EuGRZ 29 (2002), 319, 320.

²¹ *G. Leibholz*, Die Gleichheit vor dem Gesetz, 2. Aufl. 1959, 79 f.; *A. Somek*, The Deadweight of Formulae: What Might Have Been the Second Germanization of American Equal Protection Review, U. Pa. J. Const. L. 1 (1998), 284, 295 f.

²² *D. P. Kommers*, Der Gleichheitssatz: Neuere Entwicklungen im Verfassungsrecht der USA und der Bundesrepublik Deutschland, in: C. Link (Hrsg.), Der Gleichheitssatz im modernen Verfassungsstaat, FS für Gerhard Leibholz, 1982, 31, 35 ff.; *S. Pollvogt*, Unconstitutional Animus, Fordham L. Rev. 81 (2013), 887, 892.

²³ *S. Boysen*, in: I. von Münch/P. Kunig, GG-Kommentar Bd. I, 6. Aufl. 2012, Art. 3 Rn. 104; *D. P. Kommers* (Anm. 22), 31, 40.

Interessen (s. u. 3.).²⁴ Ungleichbehandlungen sind in diesen Fällen nur dann gerechtfertigt, wenn sie sich auf ein zwingendes öffentliches Interesse richten und im Hinblick auf dieses notwendig und eng zugeschnitten sind.²⁵ Spiegelbildlich zum *rational basis test* ergibt sich daraus praktisch eine Vermutung für die Verfassungswidrigkeit des jeweiligen Gesetzes.²⁶

Im Rahmen des deutschen Verfassungsrechts sind missbilligte Differenzierungsmerkmale durch den besonderen Gleichheitssatz in Art. 3 Abs. 3 Grundgesetz (GG) bereits ausdrücklich enumeriert. Diese Diskriminierungsverbote können jedoch aus zwingenden Gründen und durch kollidierendes Verfassungsrecht durchbrochen werden.²⁷

Auch für Ungleichbehandlungen aufgrund sonstiger Merkmale, die anhand des allgemeinen Gleichheitssatzes aus Art. 3 Abs. 1 GG geprüft werden, hat sich jedoch eine umfangreiche Abstufung des Prüfungsmaßstabs etabliert – mutmaßlich inspiriert durch die ausdifferenzierte Kontrolldichte der Equal Protection Clause.²⁸ Der Grad der Ungleichbehandlung muss demnach in angemessenem Verhältnis zu den die Ungleichbehandlung rechtfertigenden Umständen stehen.²⁹ Im Gegensatz zum *strict scrutiny test* handelt es sich hierbei um eine gleitende Skala, die je nach Intensität der Ungleichbehandlung vom Willkürerfordernis bis zu strengen Erfordernissen der Verhältnismäßigkeit reichen kann.³⁰ Wird im Rahmen dessen ein besonders hohes Rechtfertigungsbedürfnis erkannt, können sich die Anforderungen der Verhältnismäßigkeit dem *strict scrutiny*-Maßstab daher durchaus annähern.

Ist eine Ungleichbehandlung weniger stark rechtfertigungsbedürftig, legen beide Gleichheitssätze einen mittleren Prüfungsmaßstab an.³¹ Im ame-

²⁴ Ursprung dieser Abstufung in *U.S. v. Carolene Products Co.* (Anm. 18), Fn. 4.

²⁵ Ursprung in *Skinner v. State of Oklahoma, ex. rel. Williamson*, 316 U.S. 535 (1942); *Korematsu v. U.S.*, 323 U.S. 214 (1944); differenzierter in *S. A. Siegel*, *The Origin of the Compelling State Interest Test and Strict Scrutiny*, *Am. J. Legal Hist.* 48 (2006), 355; Ursprung des abgestuften Prüfungsmaßstabs allgemein in *U.S. v. Carolene Products Co.* (Anm. 18).

²⁶ *G. Gunther*, *The Supreme Court, 1971 Term: Foreword: In Search of Evolving Doctrine on a Changing Court: A Model for a Newer Equal Protection*, *Harv. L. Rev.* 86 (1972), 1, 8.

²⁷ BVerfGE 92, 91, 109; *M. Sachs*, in: K. Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. IV/2, 2011, 1665, 1685 ff., 1762, 1765.

²⁸ *A. Somek* (Anm. 21), 284, 287.

²⁹ Z. B. BVerfGE 70, 230, 240 f.

³⁰ BVerfGE 88, 87, 96; *G. Britz*, *Der allgemeine Gleichheitssatz in der Rechtsprechung des BVerfG*, *NJW* 67 (2014), 346, 347; *F. Wollenschläger* (Anm. 16), Art. 3 Rn. 99.

³¹ Ursprung des *intermediate level test* in *Craig v. Boren*, 429 U.S. 190, 197 (1976); in dieser Entscheidung erkannte der Supreme Court erstmals an, dass Ungleichbehandlungen aufgrund des Geschlechts an einem verschärften Prüfungsmaßstab zu messen sind.

rikanischen Verfassungsrecht gilt dieser *intermediate scrutiny*-Maßstab für Differenzierungen aufgrund “quasi-suspekter” Merkmale.³²

c) Fazit

Sowohl der Equal Protection Clause als auch dem deutschen Gleichheitssatz kommt im Ausgangspunkt die Funktion zu, materielle Anforderungen an die Rechtfertigung von staatlichen Ungleichbehandlungen zu stellen und so den gesetzgeberischen Gestaltungsspielraum zu steuern. Schon durch die inhaltliche Abstufung der gerichtlichen Kontrolldichte tragen sie dabei grundlegende Wertungen in die Verfassungsordnungen hinein, wobei sie sich im Spannungsfeld der Gewährleistung eines effektiven Grundrechtsschutzes und des Demokratieprinzips bewegen.³³

Aufgrund ihrer materiellen Aussagekraft bilden gerade die Anwendungsbereiche der verschärften Prüfungsmaßstäbe die Grundstruktur der folgenden Darstellung. Diese Herangehensweise ist sicher nicht alternativlos, bietet aber eine geeignete Grundlage, um die vielfältigen Wirkungen der Equal Protection Clause sinnvoll zu strukturieren. In der Sache erscheint sie überzeugend, da gerade die Erhöhung der Kontrolldichte eine bewusste Positionierung der Equal Protection Clause auf dem jeweiligen Gebiet zum Ausdruck bringt, der sich umfangreiche inhaltliche Wertungen entnehmen lassen.

2. Gleichheitssätze als Minderheitenschützer

Eine herausgehobene Stellung trifft die Equal Protection Clause zunächst bei der Überprüfung von Ungleichbehandlungen aufgrund bestimmter Klassifizierungen. Dieser Mechanismus wird im Folgenden mit Blick darauf betrachtet, welche Funktion ihr im Verfassungsrecht dadurch für den Schutz bestimmter Personengruppen vor Ungleichbehandlungen zukommt, die sich durch spezifische Merkmale von der (Mehrheits-)Bevölkerung abgrenzen lassen (a). Die Aufmerksamkeit richtet sich dabei neben den zahlenmäßig gegenüber der Gesamtbevölkerung tatsächlich unterrepräsentier-

³² *Korematsu v. U.S.* (Anm. 25).

³³ W. Heun (Anm. 20), 319, 325; K. Hesse, Der Gleichheitssatz in der neueren deutschen Verfassungsentwicklung, AöR 109 (1984), 174, 191; J. Tussmann/J. tenBroek (Anm. 14), 341, 365 f.

ten Personengruppen, also Minderheiten im eigentlichen Sinne des Wortes, auch auf sonstige Bevölkerungsgruppen, die Ungleichbehandlungen aufgrund besonderer Merkmale erfahren – insbesondere aufgrund ihres Geschlechts. Anschließend wird die Perspektive auf die Frage erweitert, inwiefern die Gleichheitssätze auch als Transformationsmotor zum längerfristigen Abbau gesellschaftlicher Ungleichheiten in Erscheinung treten (b).

a) Der differenzierte Minderheitenschutz der Equal Protection Clause

Die Equal Protection Clause verfolgt im Ausgangspunkt einen gruppenbasierten Ansatz zum Schutz vor Ungleichbehandlungen,³⁴ indem sie einen erhöhten Rechtfertigungsmaßstab lediglich an suspekte bzw. quasi-suspekte Klassifizierungen anlegt.³⁵ Angehörige von Personengruppen, die sich nicht durch ein solches Merkmal abgrenzen lassen, können sich dagegen grundsätzlich nur auf den niedrigsten Schutz der Equal Protection Clause als allgemeines Gleichbehandlungsgebot berufen. Sie werden dadurch zwar nicht schutzlos gestellt, gleichwohl aber keinem spezifisch gruppenbezogenen Schutz unterstellt, wie er in diesem Zusammenhang zu verstehen ist.

aa) Mechanismus der *group-based Equal Protection*

Entscheidende Stellschraube der inhaltlichen Ausrichtung des gruppenbezogenen Schutzes sind die gerichtlich entwickelten Kriterien, die zur Beurteilung einer Klassifizierung als verdächtig führen.

Als verdächtig anerkannt sind insbesondere Ungleichbehandlungen aufgrund rassistischer Merkmale und nationaler Herkunft.³⁶ Dadurch verkörpert die Equal Protection Clause auch heute noch ihr prägendstes historisches Betätigungsfeld: Nachdem Rassensegregation und apartheidähnliche Zustände unter Rückgriff auf die Gepflogenheiten der Menschen zunächst als nicht willkürliche Ungleichbehandlungen bestehen konnten,³⁷ vollzog der Supreme Court eine historische Wende, als er Ungleichbehandlungen aufgrund rassistischer Merkmale und nationaler Herkunft erstmals an einem

³⁴ E. Gerstmann, *The Constitutional Underclass: Gays, Lesbians, and the Failure of Class-Based Equal Protection*, 1999, 4; K. Yoshino, *The New Equal Protection*, Harv. L. Rev. 124 (2011), 747, 747 f., 755 ff.

³⁵ S. o. Abschnitt II. 1. b).

³⁶ *Korematsu v. U.S.* (Anm. 25).

³⁷ *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537, 550 (1896); C. Vann Woodward, *The Strange Career of Jim Crow*, 2001, 7 f.

strict scrutiny-Maßstab überprüfte³⁸. Dies brachte der Entscheidung *Brown v. Board of Education*³⁹ landläufig die Bezeichnung als bedeutendste Entscheidung des Supreme Court im 20. Jahrhundert ein,⁴⁰ in deren Folge rassistische Ungleichbehandlungen durch die Gerichte in sämtlichen Lebensbereichen jedenfalls *de jure* abgebaut worden sind.⁴¹ Gleichzeitig ist zu bemerken, dass dieser Schutz Ausnahmen kennt – insbesondere für die amerikanischen Ureinwohner: Die Gerichte bewerten deren Beziehung zur Regierung als besonders politisch und erkennen auf Grundlage dessen einen weitgehenden Entscheidungsspielraum der Legislative an – der einer dementsprechend nur reduzierten richterlichen Kontrolldichte unterliegt.⁴²

Insgesamt ist die Anwendung dieser strengsten gerichtlichen Kontrolldichte bis heute im Wesentlichen auf ihren historisch entwickelten Kernbereich beschränkt geblieben. Lediglich Differenzierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit werden ebenfalls grundsätzlich an einem *strict scrutiny*-Maßstab gemessen.⁴³ Als quasi-, d. h. weniger suspekt werden Differenzierungen aufgrund des Geschlechts⁴⁴ und der ehelichen Abstammung⁴⁵ betrachtet. Alle sonstigen Differenzierungen werden als nicht suspekt an einem *rational basis test* gemessen⁴⁶ – so beispielsweise solche aufgrund von Wohlstand,⁴⁷ Alter,⁴⁸ geistiger Behinderung⁴⁹ und sexueller Orientierung⁵⁰.

³⁸ *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954); *Korematsu v. U.S.* (Anm. 25).

³⁹ *Brown v. Board of Education of Topeka* (Anm. 38).

⁴⁰ Jüngst z. B. *M. Pindur*, Wie der Supreme Court die Politik bestimmt, Deutschlandfunk 11.3.2016, verfügbar unter <<http://www.deutschlandfunk.de>>.

⁴¹ *G. Robinson/T. Robinson*, *Korematsu and Beyond: Japanese Americans and the Origins of Strict Scrutiny*, *Law & Contemp. Probs.* 68 (2005), 29, 29 f.

⁴² *Morton v. Mancari*, 417 U.S. 535, 554 f. (1974); *A. N. Ancheta*, *Contextual Strict Scrutiny and Race-Conscious Policy Making*, *Loy. U. Chi. L. J.* 36 (2004), 21, 27.

⁴³ *Graham v. Richardson*, 403 U.S. 365, 371 f. (1971); *J. Harras*, *Suspicious Suspect Classes – Are Nonimmigrants Entitled to Strict Scrutiny Review under the Equal Protection Clause?: An Analysis of Dandamudi and LeClerc*, *St. John's L. Rev.* 88 (2014), 849, 862.

⁴⁴ *Craig v. Boren* (Anm. 31); vgl. aber auch *U.S. v. Virginia*, 518 U.S. 515 (1996).

⁴⁵ *Trimble v. Gordon*, 430 U.S. 762 (1977).

⁴⁶ Der faktisch jedoch leicht variiert; vgl. *J. B. Smith*, *The Flaws of Rational Basis with Bite: Why the Supreme Court Should Acknowledge Its Application of Heightened Scrutiny to Classifications Based on Sexual Orientation*, *Fordham L. Rev.* 73 (2005), 2769, 2770.

⁴⁷ *San Antonio Independent School District v. Rodriguez*, 411 U.S. 1, 28 (1973).

⁴⁸ *Massachusetts Board of Retirement v. Murgia*, 427 U.S. 307 (1976).

⁴⁹ *City of Cleburne v. Cleburne Living Center, Inc.*, 473 U.S. 432 (1985).

⁵⁰ *Obergefell v. Hodges*, 135 S. Ct. 2584 (2015), wo die Ehe gleichgeschlechtlicher Paare als verfassungsrechtlich geschützt unter der Due Process und Equal Protection Clause des 14. Amendments anerkannt wurde.

bb) Inhaltliche Ausrichtung des Minderheitenschutzes

Dies zeigt, dass die Equal Protection Clause keineswegs die Funktion eines allgemeinen Minderheitenschutzes übernimmt.⁵¹ Auch Ungleichbehandlungen von Minderheiten und sonstigen benachteiligten Personengruppen werden vielmehr grundsätzlich am niedrigsten Maßstab gemessen, soweit sie nicht für besonders suspekt, also verdächtig gehalten werden. Welchem Konzept die Equal Protection Clause hierbei folgt, lässt sich aus einer Zusammenschau von inhaltlichen Erwägungen, historisch entwickelten Wertvorstellungen und dem institutionellen Gefüge der Verfassung nachvollziehen.

Grundlage des Minderheitenschutzes ist der Gedanke der besonderen Schutzbedürftigkeit von “discrete and insular minorities”, die gesellschaftlich isoliert und vom politischen Prozess in hohem Maße ausgeschlossen sind.⁵² Besonderes Gewicht hat in diesem Zusammenhang die Frage, ob eine Gruppe in den Vereinigten Staaten bereits historisch diskriminiert worden ist.⁵³ Dies erklärt vor allem den verschärften Schutz vor rassistischen Diskriminierungen. Gerade afroamerikanische Bürger sind nach wie vor historisch entwickelten Ressentiments ausgesetzt, die sie gesellschaftlich teilweise ausschließen und ihnen so den Zugang zu politischen Interessenkoalitionen erschweren.⁵⁴ In dieser Hinsicht unterscheiden sie sich tatsächlich auch deutlich von anderen gesellschaftlich benachteiligten Gruppen wie Homosexuellen, Armen, Alten oder Frauen.

Inhaltlich ist außerdem von Bedeutung, inwiefern überhaupt berechnete Gründe denkbar sind, nach den jeweiligen Persönlichkeitsmerkmalen zu differenzieren.⁵⁵ So ist etwa das Merkmal der Behinderung in weit höherem Maße als legitimes Differenzierungskriterium denkbar⁵⁶ als etwa rassistische Kriterien. Die deutlich niedrigeren Prüfungsmaßstäbe, an denen sonstige Differenzierungsmerkmale gemessen werden, sind im Rahmen dessen dage-

⁵¹ *W. Heun* (Anm. 20), 319, 321.

⁵² Ursprung in *U.S. v. Carolene Products Co.* (Anm. 18), Fn. 4 Abs. 3; *J. H. Ely*, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, 1980, 77; *H. Rose*, *The Poor as a Suspect Class Under the Equal Protection Clause: An Open Constitutional Question*, *Nova Law Review* 34 (2015), 407, 419.

⁵³ *Massachusetts Board of Retirement v. Murgia* (Anm. 48), 313; *H. Rose* (Anm. 52), 419.

⁵⁴ *H. N. Hirsch*, *A Theory of Liberty: The Constitution and Minorities*, 1992, 194 f.; *J. Rivera*, *An Equal Protection Standard for National Origin Subclassifications: The Context that Matters*, *Wash. L. Rev.* 82 (2007), 897, 909; *H. Walton/R. C. Smith*, *American Politics and the African American Quest for Universal Freedom*, 2015, 92 ff.

⁵⁵ *City of Cleburne v. Cleburne Living Center, Inc.* (Anm. 49), 440.

⁵⁶ *City of Cleburne v. Cleburne Living Center, Inc.* (Anm. 49), 444.

gen nicht überzeugend begründbar.⁵⁷ So sind etwa kaum Regelungszusammenhänge denkbar, die berechtigterweise an die eheliche Abstammung oder sexuelle Orientierung anknüpfen könnten.

Das Gesamtkonzept des Minderheitenschutzes der Equal Protection Clause lässt sich daher nur mit Blick auch auf den Rechtfertigungsdruck vollständig durchdringen, dem sich die Rechtsprechung bei der Festlegung verdächtiger Differenzierungskriterien gegenüber den sonstigen verfassungsrechtlichen Institutionen ausgesetzt sieht. Dieses Spannungsfeld zieht einem gruppenbezogenen Schutz enge Grenzen, indem es mit einer zunehmenden Entfernung vom historischen Verfassungsauftrag der Gleichstellung der Afroamerikaner aus den Bürgerkriegs-Amendments erhöhte Rechtfertigungsanforderungen stellt.⁵⁸ Das beruht darauf, dass sich die Equal Protection Clause in besonderem Maße im Spannungsfeld der Frage befindet, inwieweit sich die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung gegen demokratische Mehrheiten richten darf und woher sie ihre Wertungen dabei bezieht.⁵⁹ Auch methodisch ist die Equal Protection Clause daher nach wie vor stark von einem historischen und – im Kontext mit den anderen Bürgerkriegs-Amendments – verfassungstextlichen Verständnis geprägt.⁶⁰ Einer teleologischen Fortschreibung der Verdächtigkeitkriterien öffnet sie sich dagegen nur vereinzelt.⁶¹ Praktisch stützen die Gerichte ihre Gleichheitsrechtsprechung daher nach wie vor primär auf Analogien zu rassistischen Ungleichbehandlungen⁶² – nach dem Motto “*how is ... like race?*”.

Insgesamt tritt die Equal Protection Clause also als Schützer primär solcher Minderheiten auf, die vom politischen Prozess insbesondere aufgrund historischer Diskriminierungen in besonders hohem Maße ausgeschlossen sind. Gleichzeitig befindet sie sich in dieser Funktion jedoch auf dem Rückzug, indem sie den Kreis verdächtiger Merkmale seit den 1970er Jahren

⁵⁷ Vgl. E. Gerstmann (Anm. 34), 89 f.

⁵⁸ M. C. Dorf, Equal Protection Incorporation, Va. L. Rev. 88 (2002), 951, 967 f., 988 ff. m. w. N.; K. Yoshino (Anm. 34), 747, 748 m. w. N.

⁵⁹ D. P. Kommers/J. E. Finn/G. J. Jacobson, American Constitutional Law: Essays, Cases, and Comparative Notes, Volume 2: Liberty, Community, and the Bill of Rights, 3. Aufl. 2010, 684; dazu allgemein A. M. Bickel, The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics, 2. Aufl. 1986, 16 ff.

⁶⁰ W. Brugger, Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit in den Vereinigten Staaten von Amerika, 1987, 203.

⁶¹ W. Brugger (Anm. 60), 203.

⁶² Harper v. Virginia State Board of Elections, 383 U.S. 663 (1966); M. C. Dorf (Anm. 58), 967 f.

nicht mehr erweitert hat.⁶³ Damit geht allerdings nicht zwingend auch ein niedrigeres Schutzniveau insgesamt einher. Es ist vielmehr eine Umstellung des Schutzkonzepts zu einem stärker individualrechtsbezogenen Ansatz zu erkennen,⁶⁴ der im 3. Abschnitt näher betrachtet wird.

cc) Einordnung im Verfassungsgefüge

Die Equal Protection Clause bildet im Verfassungsgefüge dadurch insgesamt den zentralen Mechanismus des Minderheitenschutzes, wobei dieses Anliegen der Verfassung auch im Übrigen selbst schon inhärent ist. So sind unter anderem die demokratischen Rechte, an Wahlen teilzunehmen, sich politisch zu organisieren und für politische Ämter zu kandidieren, für den Zugang zum politischen Prozess essenziell.⁶⁵ Darüber hinaus liegt auch der föderalen Staatsstruktur und den “checks and balances” zwischen den Gewalten die Idee zugrunde, durch eine Streuung der politischen Gewalt auch Minderheiteninteressen größtmöglich zur Geltung zu bringen.⁶⁶

An diesen demokratischen Grundmechanismen knüpft die Equal Protection Clause jedoch mit dem Einwand an, dass hinsichtlich bestimmter Minderheiten gerade nicht lediglich auf die Funktionsweise demokratischer Mechanismen vertraut werden kann.⁶⁷ Dieser Gedanke findet seinen Ursprung bereits in der berühmten Fußnote 4 aus *United States v. Carolene Products Co.*⁶⁸ Dort ist angedeutet, dass gerade mit Blick auf leicht identifizierbare und gesellschaftlich klar abgrenzbare Minderheiten kein Verlass auf “those political processes ordinarily to be relied upon to protect minorities” mehr ist, so dass eine “correspondingly more searching judicial inquiry” erforderlich wird.⁶⁹ Diese Sensibilität gegenüber durch den politischen Prozess besonders gefährdeten Personengruppen bildet noch heute die konzeptionelle Basis des Minderheitenschutzes der Equal Protection Clause. Tatsächlich ist sie also schon ihrer Natur nach in begrenztem Maße *countermajoritarian*,

⁶³ B. L. Ross, Democracy and Renewed Distrust: Equal Protection and the Evolving Judicial Conception of Politics, Calif. L. Rev. 101 (2013), 1565, 1590; K. Yoshino (Anm. 34), 747, 755 ff.

⁶⁴ Vgl. K. Yoshino (Anm. 34), 747, 748.

⁶⁵ W. Kymlicka, Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights, 1996, 131.

⁶⁶ R. M. Cover, The Origins of Judicial Activism in the Protection of Minorities, Yale L. J. 91 (1982), 1287, 1296; W. Kymlicka (Anm. 65), 127; D. C. Lewis, Direct Democracy and Minority Rights: Same-Sex Marriage Bans in the U.S. States, Soc. Sci. Q. 92 (2011), 364, 364.

⁶⁷ R. M. Cover (Anm. 66), 1296 f.; H. N. Hirsch (Anm. 54), 195.

⁶⁸ *U.S. v. Carolene Products Co.* (Anm. 18), Fn. 4.

⁶⁹ *U.S. v. Carolene Products Co.* (Anm. 18), Fn. 4.

indem sie bestimmte Personengruppen, abhängig von ihrer Gefährdung, gerade vor dem demokratischen Prozess schützt.⁷⁰

Entscheidend ergänzt wird sie darin durch die sonstigen Grundrechte der Bill of Rights, beispielsweise die Meinungs-, Versammlungs- und Religionsfreiheit.⁷¹ Diese garantieren Freiheitsräume vor staatlichen Eingriffen und implizit auch eine gleichberechtigte Teilhabe, indem sie ihre Freiheiten allen Personen gleichermaßen vorbehalten.⁷² Dadurch kommen sie Minderheiten zwar in besonderem Maße zugute,⁷³ die Equal Protection Clause nimmt ihnen gegenüber nichtsdestotrotz jedoch eine herausgehobene dogmatische Rolle ein, indem sie eine umfassende Gleichbehandlung unabhängig von konkret definierten Freiheitsräumen gewährleistet.

dd) Vergleich mit dem deutschen Gleichheitssatz

(1) Auch der deutsche Gleichheitssatz gewährleistet einen verschärften Schutz für bestimmte Personengruppen, der vor allem auf den in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG aufgezählten Differenzierungsverboten basiert. Denn obwohl dieser formal primär an die Verkörperung des jeweiligen Merkmals in einer Person selbst anknüpft,⁷⁴ lassen sich anhand der Merkmale Personengruppen definieren, die von vornherein besonders geschützt werden.⁷⁵

Dies betrifft schwerpunktmäßig Minderheiten, die sich von der Mehrheitsgesellschaft hinsichtlich ihrer Sprache, Heimat, Abstammung, "Rasse", Religion oder politischen Anschauung unterscheiden.⁷⁶ Ein Vergleich dieses Katalogs mit den Fallgruppen der Equal Protection Clause zeigt, dass vor allem Rassendiskriminierungen besonders scharfen Begrenzungen unterliegen.⁷⁷ Die Frage der ehelichen Abstammung ist im Grundgesetz dagegen aus dem Gleichheitssatz ausgegliedert.⁷⁸ Das Merkmal der nationalen Her-

⁷⁰ H. N. Hirsch (Anm. 54), 5, 196 f.

⁷¹ J. Madison, The Federalist No. 51: The Structure of the Government Must Furnish the Proper Checks and Balances Between the Different Departments (veröffentlicht 1788), 357 ff.

⁷² R. E. Zietlow, Enforcing Equality: Congress, the Constitution, and the Protection of Individual Rights, 2006, 7.

⁷³ Dazu kritisch aber i. E. zustimmend A. R. Amar, The Bill of Rights as a Constitution, Yale L. J. 100 (1991), 1131, 1147 ff., 1151 f., 1159.

⁷⁴ C. Starck, in: H. von Mangoldt/F. Klein/C. Starck, GG-Kommentar Bd. I, 6. Aufl. 2010, Art. 3 Rn. 377; G. Rüdiger, Kollektiver Minderheitenschutz und Gruppenschutz im Grundgesetz, 2002, 200.

⁷⁵ G. Rüdiger (Anm. 74), 201 f.

⁷⁶ S. N. Faisst, Minderheitenschutz im Grundgesetz und den Landesverfassungen, 2000, 104 f.; G. Rüdiger (Anm. 74), 199 f.

⁷⁷ W. Heun (Anm. 20), 319, 325.

⁷⁸ BVerwGE 11, 101, 105; C. Langenfeld (Anm. 5), Art. 3 Abs. 3 Rn. 43 f.

kunft wird durch Art. 3 Abs. 3 GG nicht unmittelbar erfasst, praktisch aber durch eine weite Auslegung von Abstammung, "Rasse" und Sprache substituiert.⁷⁹ Auch Ungleichbehandlungen aufgrund des Geschlechts werden an einem hohen Prüfungsmaßstab gemessen.⁸⁰ Im Übrigen geht der Katalog über die verdächtigen Differenzierungsmerkmale der Equal Protection Clause hinaus. So sind beispielsweise auch Differenzierungen wegen Behinderungen, des Glaubens und politischer Anschauungen erfasst. Inhaltlich folgt diese Kategorisierung keinem systematischen Schutzkonzept, sondern beruht primär auf den konkreten historischen Erfahrungen des Nationalsozialismus.⁸¹

Das Konzept des deutschen Gleichheitssatzes zum Minderheitenschutz wird insgesamt jedoch durch die Mechanismen des allgemeinen Gleichheitssatzes aus Art. 3 Abs. 1 GG entscheidend geglättet, indem dieser den Kreis missbilligter Differenzierungsmerkmale deutlich erweitert und im Ergebnis sogar auf jede Diskriminierung einer Minderheit erstreckt. Dem liegt der Mechanismus zugrunde, dass jede Ungleichbehandlung erhöhten Rechtfertigungsanforderungen genügen muss, je stärker sie sich den Kriterien des Art. 3 Abs. 3 GG annähert.⁸² Dies wird insbesondere für Ungleichbehandlungen aufgrund von Staatsangehörigkeit⁸³ und sexueller Orientierung⁸⁴ angenommen. Der Schritt zu einem allgemeinen Minderheitenschutz ergibt sich schließlich aus der erst jüngst getroffenen generalisierenden Wertung des Bundesverfassungsgerichts, dass eine Nähe zu den Merkmalen des Art. 3 Abs. 3 GG bei *jeder* Diskriminierung einer Minderheit besteht.⁸⁵ Daraus folgt, dass diese stets missbilligt und daher besonders rechtfertigungsbedürftig sind. Der deutsche Gleichheitssatz wird daher verbreitet als Ausgleich dafür verstanden, dass ein spezifischer Artikel zum Minderheitenschutz im Grundgesetz nicht existiert.⁸⁶

(2) Die Grundmechanismen von Equal Protection Clause und deutschem Gleichheitssatz stimmen insoweit überein, als beide zusätzlich zu einem

⁷⁹ S. N. Faisst (Anm. 76), 105; G. Rüdiger (Anm. 74), 199 f.

⁸⁰ L. Osterloh/A. Nußberger, in: M. Sachs, GG-Kommentar, 8. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 272 ff.

⁸¹ W. Heun (Anm. 15), Art. 3 Rn. 126.

⁸² St. Rspr. seit BVerfGE 88, 87, 96.

⁸³ BVerfGE 130, 240, 255.

⁸⁴ BVerfGE 124, 199, 22.

⁸⁵ BVerfGE 131, 239, 256; BVerfGE 133, 377, 408; G. Britz (Anm. 30), 346, 349; T. Kingreen/R. Poscher, Grundrechte – Staatsrecht II, 33. Aufl. 2017, Rn. 538.

⁸⁶ S. N. Faisst (Anm. 76), 88 f.; D. Murswiek, in: J. Isensee/P. Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. X, 3. Aufl. 2012, § 213 Rn. 63 ff.; R. Schick/F. P. Kahlenberg, Der Parlamentarische Rat 1948-1949, Bd. 5/II, 1993, 750 f.

niedrigen allgemeinen Schutz vor rein individualbezogenen Ungleichbehandlungen deutlich höhere Maßstäbe an Differenzierungen anlegen, die an bestimmte Gruppenzugehörigkeiten anknüpfen. Inhaltlich unterscheiden sie sich hierbei durch die Reichweite des Schutzes. Während die Equal Protection Clause einen erhöhten Schutz nur stark ausgegrenzten Minderheiten mit geringem politischen Einfluss zugesteht, reicht der gruppenbezogene Schutz des deutschen Gleichheitssatzes deutlich weiter.

Diese Abweichungen können zunächst auf die dogmatische Konstruktion der Gleichheitssätze zurückgeführt werden, da die verschärften Prüfungsmaßstäbe im Rahmen der Equal Protection Clause in aller Regel fatale Folgen für die angegriffene Regelung haben und eine enge tatbestandliche Begrenzung daher von vornherein zwingend erfordern. Der gleitende Maßstab des deutschen Gleichheitssatzes gewährleistet demgegenüber einen in der Spitze zwar weniger strengen, in der Breite aber deutlich konsistenteren Schutz eines weitaus größeren Kreises von Personengruppen. Inhaltlich determinieren dabei gerade die unterschiedlichen gesellschaftlichen Problemhintergründe, welche Gruppen prioritär geschützt werden. Neben einzigartigen nationalen Kontexten wie der anhaltenden Diskriminierung der Afroamerikaner⁸⁷ ergeben sich hierbei auch mit Blick auf andere Personengruppen vielfältige soziologische Unterschiede⁸⁸ und Parallelen⁸⁹ zwischen Deutschland und den Vereinigten Staaten, die die Gleichheitsrechtsprechung auf vielfältige Weise prägen.

Auch die unterschiedlichen Grundcharakteristika beider Verfassungen bedingen grundlegende Strukturunterschiede in der Anwendung der Gleichheitssätze auf den Minderheitenschutz. So weist die US-Verfassung schon insgesamt einen ungleich geringeren Differenzierungsgrad als das Grundgesetz auf und ist als demokratischer Pionier in verfassungshistorisch einsamem Kontext entstanden. Das Grundgesetz steht demgegenüber im Eindruck eines vielfältigen Vorbildarsenals demokratischer Verfassungsord-

⁸⁷ Vgl. *CNN v. Kaiser Family Foundation*, Survey of Americans on Race 2015, verfügbar unter <<http://files.kff.org>>, 4 ff., 8 ff., 13 f.; *D. G. Glasgow*, *The Black Underclass: Poverty, Unemployment and the Entrapment of Ghetto Youth*, 1980, 1 ff.

⁸⁸ Insbesondere hinsichtlich der Armutsquoten, vgl. *T. Rhein*, *Arbeit und Armut im transatlantischen Vergleich: "working poor" in Deutschland und den USA*, IAB-Kurzbericht 01/2009, verfügbar unter <<http://doku.iab.de>>, 3 ff.

⁸⁹ Insbesondere hinsichtlich der Geschlechterungleichheiten, vgl. *International Trade Union Confederation*, *The Global Gender Pay Gap 2008*, ITUC Report 2008, verfügbar unter <<http://www.ituc-csi.org>>, 13, 29.

nungen und eines ausgeprägten Menschenrechtsbewusstseins.⁹⁰ Es ist dabei in besonders hohem Maße gerade durch die US-Verfassung geprägt.⁹¹

Der rahmenhaft-symbolische Charakter der US-Verfassung gewährt zudem großen Spielraum für Wertentscheidungen des Supreme Courts, der darin stark von politischen Faktoren geprägt ist und historisch eine Reihe von Wertungsumbrüchen zu bewältigen hatte – beispielsweise in Abkehr von *Dred Scott v. Sandford*⁹² und *Plessy v. Ferguson*⁹³. Vergleichsweise geringe Reibungsverluste haben der deutschen Gleichheitsrechtsprechung demgegenüber eine konsistentere Entwicklung anhand moderner Wertvorstellungen erlaubt.

b) Gleichheitssätze als Transformationsmotoren zum Abbau gesellschaftlicher Ungleichheiten

Inhaltlich haben beide Gleichheitssätze im Rahmen ihres gruppenbezogenen Gleichheitsschutzes punktuell großes Potenzial entfaltet, um Wertvorstellungen auch entgegen Mehrheitsanschauungen in die Gesellschaft zu tragen. So hat die Equal Protection Clause aktivistische Wirkung vor allem im historischen Moment der *Brown*-Entscheidung entfaltet, als sie durch den Supreme Court an die Spitze einer Bewegung gestellt wurde und so zu einer Reformierung der gesellschaftlichen Anschauungen beigetragen hat – wenn auch Ungleichbehandlungen *de facto* nach wie vor in erheblichem Maße bestehen.⁹⁴ Der deutsche Gleichheitssatz hat seine bisher bedeutendsten gesellschaftlichen Transformationen in Gang gesetzt, indem er ebenfalls entgegen herrschender gesellschaftlicher Anschauungen und politischer Mehrheitsverhältnisse auf eine Gleichstellung der Geschlechter hingewirkt hat.⁹⁵ Dies hat bis Ende der 1970er Jahre zu einem Verständnis der Ehe als gleichberechtigte Partnerschaft geführt.⁹⁶ Diesen Entwicklungen ist jedoch gemeinsam, dass sie sich aus punktuellen Anstößen durch die Gleichheits-

⁹⁰ Vgl. D. P. Kommers/J. E. Finn/G. J. Jacobsohn (Anm. 59), 700.

⁹¹ A. Somek (Anm. 21), 284, 287; H. Wilms, Ausländische Einwirkungen auf die Entstehung des Grundgesetzes, 1999, 190, 281 ff.

⁹² *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393 (1856).

⁹³ *Plessy v. Ferguson* (Anm. 37).

⁹⁴ W. Brugger (Anm. 60), 205; A. Fortas, The Amendment and Equality under Law, in: B. Schwartz (Hrsg.), The Fourteenth Amendment – Centennial Volume, 1970, 100, 112 f.

⁹⁵ G. F. Schuppert/C. Bumke, Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung: Überlegungen zum Verhältnis von verfassungsrechtlicher Ausstrahlungswirkung und Eigenständigkeit des „einfachen“ Rechts, 2000, 10 f.

⁹⁶ G. F. Schuppert/C. Bumke (Anm. 95), 10 f.; BVerfGE 10, 59; BVerfGE 14, 337.

rechtsprechung entwickelt haben, durch diese aber nicht strukturell aktiv betrieben worden sind.

Dieser punktuelle Schutz vor diskriminierenden staatlichen Handlungen ist notwendige Bedingung einer Gesellschaft, in der unterschiedliche Personengruppen auch *faktisch* gleichgestellt sind, aber keineswegs dazu hinreichend. Die Perspektive wird daher im Folgenden auf die gesellschaftlich-transformative Dimension der Gleichheitssätze und die Frage erweitert, inwiefern diesen im Gefüge des Verfassungsrechts auch die Rolle zukommt, aktiv auf die Abschaffung von Ungleichheiten hinzuwirken.

Dogmatisch liegt es nahe, das Streben nach faktischer Gleichheit als einen objektiv-rechtlichen Gehalt der Gleichheitssätze zu verstehen, der über die Gewährleistung individueller Gleichbehandlung hinausgeht. So verkörpert der deutsche Gleichheitssatz neben seiner subjektiv-rechtlichen Wirkung auch einen objektiv-rechtlichen Gerechtigkeitsgedanken.⁹⁷ Im Gefüge des deutschen Verfassungsrechts tritt diese Dimension jedoch in den Hintergrund, da primär das Sozialstaatsprinzip aus Art. 20 Abs. 1, Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG als zentraler Motor für sozialen Ausgleich wirkt.⁹⁸ Dieses Prinzip wird vom Bundesverfassungsgericht – ungeachtet seiner Unschärfe im Detail – als rechtsverbindlicher Auftrag an die Staatsorgane verstanden, auf eine gerechte Sozialordnung hinzuwirken, in der insbesondere Chancengleichheit herrscht und soziale Gegensätze ausgeglichen werden.⁹⁹

Im Rahmen der US-Verfassung werden derartige Gleichheitstendenzen mangels ausdrücklicher Regelung des Sozialstaatsprinzips gerade in der Equal Protection Clause verortet.¹⁰⁰ Inwieweit sie konkret objektive Wirkung entfaltet, hat sich je nach Besetzung des Supreme Courts anhand zweier zentraler Problemfragen entwickelt, die im Folgenden betrachtet werden. Das Gericht agiert hierbei im Spannungsfeld zwischen einem abstrakt-legalistischen Verständnis der Equal Protection Clause, das sich auf die Modalitäten staatlichen Handelns beschränkt, und einem Verständnis als objektiven Verfassungswert, nach dem die Beseitigung gesellschaftlicher Ungleichheiten eine Zielvorgabe für staatliches Handeln darstellt.¹⁰¹

⁹⁷ BVerfGE 21, 362, 371; W. Heun (Anm. 15), Art. 3 Rn. 66.

⁹⁸ BVerfGE 5, 85, 206; C. Starck (Anm. 74), Art. 3 Rn. 6, 27.

⁹⁹ BVerfGE 94, 241, 263; BVerfGE 97, 169, 185; BVerfGE 110, 412, 445; S. Huster/J. Rux, in: V. Epping/C. Hillgruber (Anm. 17), Art. 20 Rn. 211 f.

¹⁰⁰ C. Starck, Die Anwendung des Gleichheitssatzes, in: C. Link (Anm. 22), 57.

¹⁰¹ G. Doukas, Verfassungsrechtliche Parameter positiver Diskriminierung: Eine rechtsvergleichende Analyse der Equal Protection Clause der amerikanischen Bundesverfassung und des Gleichheitssatzes des Grundgesetzes anhand der Merkmale "Rasse" und "Geschlecht" unter Berücksichtigung der höchstrichterlichen Rechtsprechung (2014), 102; D. P. Kommers (Anm. 22), 31, 47 f.

aa) Positive Verfassungsaufträge

(1) Schwerpunkt der amerikanischen Kontroverse bildet in diesem Zusammenhang die Zulässigkeit rechtlicher Differenzierungen, durch die bestimmte Bevölkerungsgruppen gezielt gefördert werden, um Benachteiligungen zu kompensieren, sog. *affirmative action*.¹⁰² Problematisch ist hierbei vor allem die Auflösung des Widerspruchs, der zwischen dem Streben nach faktischer Gleichheit und formaler Gleichbehandlung entsteht.

Während sich dieses Spannungsfeld im deutschen Verfassungsrecht konsequent zwischen Gleichheitssatz und Sozialstaatsprinzip entfaltet,¹⁰³ steht die Equal Protection Clause vor der Herausforderung, beide Interessen miteinander zu vereinbaren. Diese Doppelfunktionalität hat ihr Verständnis grundlegend geprägt, indem sie insbesondere das Ideal einer farbenblinden Verfassung in Frage gestellt hat. Wurde dieses ursprünglich noch als fortschrittliche Grundlage für die Abschaffung von Rassendiskriminierungen herangezogen,¹⁰⁴ verwarf der Supreme Court die Prämisse der Farbenblindheit, als neben einer rein rechtlichen auch die gesellschaftliche Gleichstellung der Afroamerikaner in den Fokus rückte, um den "status quo" zu überwinden.¹⁰⁵ Der Equal Protection Clause wurde zu diesem Zweck punktuell eine *affirmative duty* zu kompensatorischen Maßnahmen entnommen.¹⁰⁶ Diese Lesart hat sich jedoch hauptsächlich auf den Abbau von Rassendiskriminierungen im schulischen und universitären Bereich bezogen¹⁰⁷ und ist durch das Fehlen des Sozialstaatsprinzips als konstitutionelles Gegengewicht zur rechtlichen Gleichbehandlung bedingt.¹⁰⁸ Im Übrigen hat der Supreme Court primär die gegenläufige Funktion der Equal Protection Clause betont, wonach sich auch positive Diskriminierungen gleichermaßen rechtfertigen müssen.

So erkennt die Equal Protection Clause überhaupt nur solche Fördermaßnahmen als legitim an, die klar identifizierbaren Nachteilen aus frühe-

¹⁰² B. A. Garner, Black's Law Dictionary, 10. Aufl. 2014, 70.

¹⁰³ C. Starck (Anm. 74), Art. 3 Rn. 27 f.

¹⁰⁴ Harlan (dissent.), *Plessy v. Ferguson* (Anm. 37), 559.

¹⁰⁵ *Fullilove v. Klutznick*, 448 U.S. 448, 482 (1980); vgl. M. L. Barnes/E. Chemerinsky/T. Jones, A Post-Race Equal Protection?, *Geo. L. J.* 98 (2010), 967, 998.

¹⁰⁶ *Fullilove v. Klutznick* (Anm. 105).

¹⁰⁷ Ursprung in *Brown v. Board of Education of Topeka II*, 349 US 294 (1955); die Zulässigkeit derartiger Maßnahmen ist seitdem unterschiedlich bewertet worden; so wurden sie beispielsweise im Undergraduate-Bereich für verfassungswidrig erklärt in *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003), für den Law-School-Zugang aber für verfassungsgemäß gehalten in *Gratz v. Bollinger*, 539 U.S. 244 (2003).

¹⁰⁸ W. Heun (Anm. 20), 319, 323; C. Starck (Anm. 100), 57.

ren Diskriminierungen entgegenwirken.¹⁰⁹ Praktisch adressieren Förderprogramme daher fast ausschließlich Afroamerikaner und – vereinzelt – Frauen.¹¹⁰ Gleichzeitig werden auch begünstigende Differenzierungen im Falle ihrer Verdächtigkeit einem erhöhten Prüfungsmaßstab unterworfen.¹¹¹ Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass auch sie Personen in die jeweilige missbilligte Kategorie einordnen, diese dadurch manifestieren und somit unter Umständen zu einer weiteren Stigmatisierung beitragen.¹¹²

Insgesamt entfaltet die Equal Protection Clause im Kontext positiver Diskriminierungen nur vereinzelt transformative Wirkung, indem sie zukunftsgerichtete Fördermaßnahmen prinzipiell zwar als zulässig erachtet, gleichzeitig aber engen Voraussetzungen unterwirft. Inhaltlich folgt sie darin weitgehend ihrer historisch geprägten Ausrichtung des Minderheitenschutzes.¹¹³ Ein Verfassungsauftrag zum aktiven Abbau faktischer Ungleichheiten wird ihr dagegen kaum mehr entnommen. Sie befindet sich somit nicht in der Rolle eines aktiven Motors zum Abbau gesellschaftlicher Ungleichheiten, sondern überlässt dies weitgehend der Initiative des Gesetzgebers. Nichtsdestotrotz übt sie in diesem Zusammenhang insgesamt aber erhebliche Steuerungswirkung dadurch aus, dass sie die inhaltliche Ausrichtung staatlicher Fördermaßnahmen durch die Beurteilung ihrer Zulässigkeit mit determiniert.

(2) Der deutsche Gleichheitssatzes wird im Ausgangspunkt dagegen klar als Gegenpol zum Streben nach faktischer Gleichheit verortet, indem er primär rechtliche Gleichheit garantiert, während gesellschaftlich-transformative Kräfte überwiegend aus anderen Verfassungsbestimmungen folgen.¹¹⁴ Dadurch wird zunächst verhindert, was für die Equal Protection Clause teilweise gilt; dass einer Norm ein Prinzip und gleichzeitig sein Ge-

¹⁰⁹ *City of Richmond v. J.A. Croson Co.*, 488 U.S. 469 (1989); *G. Doukas* (Anm. 101), 98.

¹¹⁰ Vgl. *G. Gunther/K. M. Sullivan*, Constitutional Law, 13. Aufl. 1998, 793 f.; *R. Berger Levinson*, Gender-Based Affirmative Action and Reverse Gender Bias: Beyond *Gratz*, *Parents Involved*, and *Ricci*, Harvard Journal of Law & Gender 34 (2011), 1, 3, 19 f.

¹¹¹ *Grutter v. Bollinger* (Anm. 107); *City of Richmond v. J.A. Croson Co.* (Anm. 109), 493 ff.

¹¹² Vgl. *Gratz v. Bollinger* (Anm. 107); *Regents of the Univ. of California v. Bakke*, 438 U.S. 265, 298 (1978); *R. Berger Levinson* (Anm. 110), 31 f.

¹¹³ *City of Richmond v. J.A. Croson Co.* (Anm. 109); *G. Doukas* (Anm. 101), 102.

¹¹⁴ *A. Burghart*, in: G. Leibholz/H.-J. Rinck, GG-Kommentar (76. EL Juni 2018), Art. 3 Rn. 136; *C. Starck* (Anm. 74), Art. 3 Rn. 5 f., 27 f.; *L. Michael/M. Morlok*, Grundrechte, 5. Aufl. 2016, Rn. 821; differenzierter *L. Michael*, Der allgemeine Gleichheitssatz als Methoden-norm komparativer Systeme: methodenrechtliche Analyse und Fortentwicklung der Theorie der "beweglichen Systeme", 1997, 235 ff.

genteil entnommen wird.¹¹⁵ Dies kommt besonders klar in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG zum Ausdruck, der auch Bevorzugungen ausdrücklich missbilligt.

In der Verfassungspraxis relativiert sich diese Differenz jedoch, da sich auch der deutsche Gleichheitssatz positiven Diskriminierungen punktuell öffnet: Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG begründet insoweit die zentrale Ausnahмовorschrift, die einen Verfassungsauftrag zur tatsächlichen Beseitigung bestehender Nachteile zwischen den Geschlechtern enthält.¹¹⁶ Auch Fördermaßnahmen zugunsten Behinderter sind nach Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG zulässig und auch geboten,¹¹⁷ ebenso wie das Hinwirken auf eine gleichberechtigte gesellschaftliche Stellung unehelicher Kinder nach Art. 6 Abs. 5 GG. Darüber hinaus legitimiert vor allem das Sozialstaatsprinzip ausgleichende Ungleichbehandlungen in umfangreichem Maße, wodurch der Gleichheitssatz mittelbar durch den Gedanken des sozialen Ausgleichs angereichert wird.¹¹⁸ Das Gleichheitsverständnis des Grundgesetzes wird durch diese speziellen Verfassungsaufträge also gewissermaßen dynamisiert.¹¹⁹

Auch der deutsche Gleichheitssatz entfaltet somit eingeschränkt transformative Wirkung, indem er Fördermaßnahmen punktuell aktiv fordert und im Übrigen zielgerichtet Spielräume belässt. Durch ausdrückliche Verfassungsaufträge entfaltet er in dieser Hinsicht praktisch sogar stärkere Wirkung als die Equal Protection Clause, deren *affirmative duty*-Ansatz heute gänzlich in den Hintergrund getreten ist. Inhaltlich beruht die Ausrichtung des deutschen Gleichheitssatzes hierbei auf den ausdrücklichen Wertungen des Verfassungsgefüges, wonach insbesondere die Beseitigung von Geschlechterungleichheiten Priorität hat. Die Equal Protection Clause knüpft dagegen auch in dieser Rolle primär an den Abbau von Benachteiligungen afroamerikanischer Bürger an.

bb) Wirkung im Privatrecht

(1) Einer Einbeziehung privater Rechtsverhältnisse in den Schutz der Equal Protection Clause steht das grundlegende Erfordernis von *state action* entgegen, wonach die verfassungsmäßigen Rechte nur auf die Abwehr

¹¹⁵ S. Boysen (Anm. 23), Art. 3 Rn. 49; W. Heun (Anm. 15), Art. 3 Rn. 69.

¹¹⁶ BT-Drs. 12/6000, 50; C. Langenfeld (Anm. 5), Art. 3 Abs. 2 Rn. 56.

¹¹⁷ BT-Drs. 12/8165, 29; H. Sodan, in: H. Sodan, GG-Kommentar, 4. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 29.

¹¹⁸ J. Ipsen, Staatsrecht II: Grundrechte, 18. Aufl. 2015, Rn. 795 f.; C. Starck (Anm. 74), Art. 3 Rn. 6, 27 f.

¹¹⁹ L. Osterlob/A. Nußberger (Anm. 80), Art. 3 Rn. 66; J. Wege, Positives Recht und sozialer Wandel im demokratischen und sozialen Rechtsstaat, 1977, 86 f.

staatlicher Handlungen gerichtet sind.¹²⁰ Dieses Konzept wird punktuell zwar auf privatrechtliche Rechtsverhältnisse erweitert, so etwa wenn der Staat an privaten Diskriminierungen entscheidend mitwirkt.¹²¹ Diese Durchbrechung ist aber auf einzelne Fälle beschränkt geblieben und wurde nicht allgemein auf die gerichtliche Durchsetzung diskriminierender Privatrechtsverhältnisse erstreckt, was zu einer flächendeckenden Drittwirkung geführt hätte.¹²² Der Gedanke der Abwehrfunktion der Grundrechte wird somit auch im Rahmen der Equal Protection Clause aufrechterhalten und private Diskriminierungen als Ausdruck der Privatautonomie verfassungsrechtlich hingenommen, soweit sich eine gerichtliche Mitwirkung auf die neutrale Durchsetzung privater Interessen beschränkt.¹²³

(2) Gleiches gilt im Ausgangspunkt für den deutschen Gleichheitssatz, dem ebenso keine allgemeine Drittwirkung im privatrechtlichen Bereich beigemessen wird.¹²⁴ Das folgt aus dem Prinzip der Privatautonomie, welches Privatrechtssubjekte von Begründungspflichten gänzlich freistellt.¹²⁵ Diese Freiheit findet ihre Grenze faktisch jedoch an den Diskriminierungsverboten der besonderen Gleichheitssätze, für die eine mittelbare Wirkung auf private Rechtsverhältnisse im Wesentlichen über zwei Pfade angenommen wird:¹²⁶ Erstens sollen sie die Auslegung des Zivilrechts nach überwiegender Ansicht stets dann leiten, wenn Private Leistungen oder Waren öffentlich anbieten.¹²⁷ Demnach sind die klassischen Fälle, in denen Leistungen in öffentlichen Lokalisationen wie Restaurants bestimmten Gruppen verweigert werden, in Deutschland schon verfassungsrechtlich mittelbar erfasst,¹²⁸ während der Schutz gegen derlei Ungleichbehandlungen in den Vereinigten Staaten stattdessen entscheidend auf einfach-gesetzlicher Ebene

¹²⁰ *Civil Rights Cases*, 109 U.S. 3, 22 f. (1883); J. E. Nowak/R. D. Rotunda (Anm. 9), 549 ff., 557.

¹²¹ *Shelley v. Kramer*, 334 U.S. 1, 13 ff. (1948); J. E. Nowak/R. D. Rotunda (Anm. 9), 567 ff.

¹²² D. M. Caben, *The Impact of Shelly v. Kraemer on the State Action Concept*, Calif. L. Rev. 44 (1956), 718, 731; W. Knapp (Anm. 4), 421, 430 f.

¹²³ *Evans v. Abney*, 396 U.S. 435, 446 (1970); W. Heun (Anm. 20), 319, 324; J. E. Nowak/R. D. Rotunda (Anm. 9), 569.

¹²⁴ Vgl. H. Krieger, in: B. Schmidt-Bleibtreu/H. Hofmann/H.-G. Henneke, GG-Kommentar, 14. Aufl. 2017, Art. 3 Rn. 13; W. Heun (Anm. 15), Art. 3 Rn. 70 m. w. N.; M. Ruffert, *Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts*, 2001, 175.

¹²⁵ BAGE 13, 103, 105 ff.; S. Boysen (Anm. 23), Art. 3 Rn. 50.

¹²⁶ S. Baer/N. Markard, in: H. von Mangoldt/F. Klein/C. Starck (Anm. 16), Art. 3 Rn. 415 ff.; C. Starck (Anm. 74), Art. 3 Rn. 370.

¹²⁷ W. Heun (Anm. 15), Art. 3 Rn. 139.

¹²⁸ R. Kühmer, *Das Recht auf Zugang zu Gaststätten und das Verbot der Rassendiskriminierung*, NJW 39 (1986), 1397, 1401.

gewährleistet wird.¹²⁹ Praktisch noch relevanter ist zweitens, dass sich die Diskriminierungsverbote der besonderen Gleichheitssätze zudem im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz niedergeschlagen haben,¹³⁰ wodurch Ungleichbehandlungen aufgrund verfassungsrechtlich missbilligter Merkmale auch einfach-gesetzlich flächendeckend verhindert werden.

Der deutsche Gleichheitssatz wirkt durch seine ausdrücklichen Diskriminierungsverbote also tatsächlich auf einen längerfristigen Abbau gesellschaftlicher Benachteiligungen auch im privatrechtlichen Bereich hin, während die Equal Protection Clause eine solche Wirkung nur vereinzelt und somit ohne breites gesellschaftlich-transformatives Potenzial ausübt.

cc) Fazit

Insgesamt ergänzen sowohl die Equal Protection Clause als auch der deutsche Gleichheitssatz ihre gruppenbasierten Ansätze nur begrenzt durch eine gesellschaftlich-transformative Dimension, so dass ihre Wirkungen primär auf einen punktuellen Schutz vor staatlichen Ungleichbehandlungen beschränkt bleiben.

Das beruht im Kern darauf, dass ihnen in objektiv-rechtlicher Hinsicht gleichermaßen keine klaren Wertungen zugunsten eines allgemeinen Abbaus gesellschaftlicher Ungleichheiten entnommen werden können. Dass die Equal Protection Clause auch im privatrechtlichen Bereich keine breitenwirksame Rolle einnimmt, ist hierbei primär auf das streng abwehrrechtliche amerikanische Verfassungsverständnis zurückzuführen, das sein gesellschaftliches Äquivalent in einer verbreiteten Ablehnung staatlicher Reglementierungen privaten Verhaltens findet.¹³¹

3. Gleichheitssätze als Schützer materieller Individualinteressen

Als Gegenpol zu einem gruppenbezogenen Gleichheitsschutz ist die Perspektive mit der Zeit stärker auf die betroffenen Individuen gerichtet worden, da diese für Ungleichbehandlungen hinsichtlich der Ausübung be-

¹²⁹ D. Tomaskovic-Devey/K. Stainback, Discrimination and Desegregation: Equal Opportunity Progress in U.S. Private Sector Workplaces Since the Civil Rights Act, *Annals of the American Academy of Political and Social Science* 609 (2007), 49.

¹³⁰ Zur dogmatischen Konstruktion vgl. M. Ruffert (Anm. 124), 177 ff. m. w. N. (Schutzpflicht); S. Boysen (Anm. 23), Art. 3 Rn. 152 ff. m. w. N. (Sozialstaatsprinzip).

¹³¹ R. Münch, Politische Kultur, Demokratie und politische Regulierung: Deutschland und USA im Vergleich, in: J. Gerhards (Hrsg.), *Die Vermessung kultureller Unterschiede: USA und Deutschland im Vergleich*, 2000, 15, 21.

stimmter Rechte abhängig von deren Wichtigkeit ganz besonders sensibel sind. Anliegen beider Gleichheitssätze ist es daher auch, einen verschärften Schutz vor ungleichen Einschränkungen bestimmter Individualinteressen zu gewährleisten.

a) Mechanismus: *Fundamental Rights Strand of Equal Protection*

Einen erhöhten Individualrechtsschutz realisieren sowohl die Equal Protection Clause als auch der deutsche Gleichheitssatz, indem sie an solche Ungleichbehandlungen, die bestimmte Individualrechte einschränken, einen erhöhten Prüfungsmaßstab anlegen.¹³²

(1) Der deutsche Gleichheitssatz macht dies konkret davon abhängig, ob sich Ungleichbehandlungen auf Freiheitsrechte des Grundgesetzes auswirken.¹³³ Im amerikanischen Verfassungsrecht wird der Kreis besonders geschützter Rechte dagegen über die in der Verfassung explizit niedergelegten auch auf sonstige Rechte erweitert, die für fundamental erachtet werden.¹³⁴ Gegenüber der Substantive Due Process Clause kommt die Equal Protection Clause hierbei immer dann zum Zuge, wenn fundamentale Rechte nicht der Allgemeinheit, sondern nur einer bestimmten Personengruppe vorenthalten werden, also mit einer Ungleichbehandlung verbunden sind.¹³⁵ Konkret gilt ein Recht als fundamental, wenn es als “implicit in the concept of ordered liberty”¹³⁶ oder “deeply rooted in this Nation's history”¹³⁷ erachtet wird. Anerkannt wurde dies unter anderem für das Recht zu wählen,¹³⁸ zu heiraten¹³⁹ und sich zwischenstaatlich frei zu bewegen¹⁴⁰.

Die Equal Protection Clause unterscheidet sich vom deutschen Gleichheitssatz methodisch hierbei insofern grundlegend, als sie den Kreis besonders schützenswerter Rechte selbst erst bestimmt, statt sich auf die Regulierung des Prüfungsmaßstabs je nach Betroffenheit verfassungsrechtlich bereits explizit geschützter Rechte zu beschränken. Im Verfassungsgefüge kommt ihr dadurch punktuell die Funktion zu, diejenigen Individualrechte

¹³² S. o. Abschnitt II. 1. b).

¹³³ St. Rspr. seit BVerfGE 88, 87, 96.

¹³⁴ Z. B. *San Antonio Independent School District v. Rodriguez* (Anm. 47), 17.

¹³⁵ *B. Cushman*, Some Varieties and Vicissitudes of Lochnerism, B. U.L. Rev. 85 (2005), 881, 893; *J. E. Nowak/R. D. Rotunda* (Anm. 9), 681.

¹³⁶ *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319, 325 (1937).

¹³⁷ *Moore v. City of East Cleveland*, 431 U.S. 494, 503 (1977).

¹³⁸ *Harper v. Virginia State Board of Elections* (Anm. 62).

¹³⁹ *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967).

¹⁴⁰ *Shapiro v. Thompson*, 394 U.S. 618 (1969).

überhaupt erst anzuerkennen und somit zu schaffen, die derart fundamental sind, dass sie allen Personen gleichermaßen zu gewähren sind.¹⁴¹ Dieser Einschätzung steht auch nicht entgegen, dass ihre Funktion hierbei theoretisch nur deklaratorischer Natur ist;¹⁴² denn tatsächlich ergibt sich erst aus der Anerkennung des jeweiligen Rechts durch den Supreme Court dessen herausgehobener verfassungsrechtlicher Status, wobei das Gericht praktisch zudem einen weiten Wertungsspielraum in Anspruch nimmt, ohne sich entscheidend von der Verfassung leiten zu lassen.¹⁴³

In der Sache ändert dieser Mechanismus allerdings nichts daran, dass das Grundgesetz insgesamt eine größere Zahl von Individualrechten anerkennt als die US-Verfassung, so dass sich der verschärfte Schutz des deutschen Gleichheitssatzes im Ergebnis auf einen größeren Kreis von Lebensbereichen erstreckt. Insbesondere werden im Gegensatz zum amerikanischen Verfassungsrecht auch wirtschaftliche Interessen durch die Berufs- und Eigentumsfreiheit aus Art. 12 und 14 GG geschützt. Dies muss freilich ebenfalls im Lichte der faktisch unterschiedlich scharf wirkenden Prüfungsmaßstäbe gesehen werden.

(2) Indem die Equal Protection Clause auch als Schützer sonstiger Individualinteressen wirkt, tritt sie gleichzeitig in Konkurrenz zu einer Reihe anderer Verfassungsbestimmungen. Denn sie ermöglicht dadurch eine Abhandlung von Problemkonstellationen als Ungleichbehandlungen, die auch als Beeinträchtigung sonstiger Rechte der Bill of Rights betrachtet werden könnten.¹⁴⁴ Formal können Fälle ungleich vorenthaltener Individualrechte dadurch entweder unter der das spezifische Individualinteresse materiell schützenden Verfassungsbestimmung oder im Rahmen der Equal Protection Clause als Gleichheitsproblem zur Geltung gebracht werden.¹⁴⁵

Eine Schwerpunktverlagerung ist daher primär mit Blick auf die Substantive Due Process Clause festzustellen,¹⁴⁶ die vor Einschränkungen fundamentaler Rechte schützt, soweit diese unterschiedslos erfolgen.¹⁴⁷ Diese Entwicklung beruht darauf, dass die Abgrenzung, ob eine Freiheitseinschränkung jedermann oder nur eine bestimmte Personengruppe trifft, praktisch weit weniger trennscharf ist, als es theoretisch scheint. So kann in

¹⁴¹ G. Gunther/K. M. Sullivan (Anm. 110), 840 f.

¹⁴² So betont in *San Antonio Independent School District v. Rodriguez* (Anm. 47), 33 f.

¹⁴³ J. E. Nowak/R. D. Rotunda (Anm. 9), 468.

¹⁴⁴ W. Knapp (Anm. 4), 421, 466, 468; vgl. auch A. Fortas (Anm. 94), 100 ff.

¹⁴⁵ Vgl. z.B. *Loving v. Virginia* (Anm. 139), 12; *K. Yoshino* (Anm. 34), 747, 749 f., 788 ff.

¹⁴⁶ B. Cushman (Anm. 135), Boston Univ. L. Rev., 893 f.; G. Gunther/K. M. Sullivan (Anm. 110), 629 f.; W. Knapp (Anm. 4), 421, 469; J. Tussmann/J. tenBroek (Anm. 14), 341, 362 f.; vgl. i. w. S. auch *K. Yoshino* (Anm. 34), 747, 748 f.

¹⁴⁷ *Truax v. Corrigan*, 257 U.S. 312, 331 ff. (1921).

freiheitsbeschränkenden Regelungen fast immer auch irgendeine Begrenzung des Adressatenkreises erkannt werden.¹⁴⁸

Der deutsche Gleichheitssatz nimmt im Verhältnis zu den sonstigen Grundrechten dagegen eine weitaus zurückhaltendere Rolle ein. Das beruht darauf, dass Freiheitseingriffen und Ungleichbehandlungen unterschiedliche Eingriffsrichtungen beigemessen werden.¹⁴⁹ Treffen beide zusammen, werden Freiheits- und Gleichheitsrechte daher nebeneinander angewendet,¹⁵⁰ soweit beide in einer vergleichbar engen sachlichen Beziehung zu dem Sachverhalt stehen.¹⁵¹ Im Übrigen findet eine Verdrängung statt, die regelmäßig zu Ungunsten des Gleichheitssatzes geht, da der gleiche Zugang zu der jeweiligen Freiheitssphäre im Zweifel dem Gewährleistungsbereich des Freiheitsrechts zugeordnet wird.¹⁵²

(3) Mit Blick auf ihre Genese kann die individualrechtsschützende Dimension der Equal Protection Clause primär als Gegenbewegung zur Abkehr von einem gruppenbasierten Gleichheitsschutz verstanden werden.¹⁵³ In dieser Funktion agiert sie losgelöst von inhaltlichen Charakteristika der getroffenen Kategorisierungen, indem sie alleine an die Natur der jeweiligen Individualrechte anknüpft.¹⁵⁴ Durch diese Binnenverlagerung werden vor allem die politisch heiklen Grenzziehungen des Gruppenschutzes und damit einhergehende gesellschaftliche Fragmentierungen vermieden.¹⁵⁵

Auch unter dem durch den *Fundamental Rights Strand* veränderten Blickwinkel entfaltet die Equal Protection Clause unter Umständen gesellschaftlich-transformatives Potenzial, das sich dann auf einzelne Lebensbereiche statt primär bestimmte Personengruppen bezieht. Dies soll am Beispiel des Wahlrechts im Folgenden näher betrachtet werden.

b) Insbesondere: Wahlrecht

Die Wahl ist Kernmechanismus repräsentativer Demokratie, die selbst jedoch nicht der freien Gestaltung durch die gewählten Repräsentanten überlassen werden darf, um die Funktionsfähigkeit des demokratischen Prozes-

¹⁴⁸ W. Knapp (Anm. 4), 421, 468 f.; vgl. auch G. Leibholz (Anm. 21), 102 f.

¹⁴⁹ S. Boysen (Anm. 23), Art. 3 Rn. 203.

¹⁵⁰ M. Sachs (Anm. 27), 1578 m. w. N.

¹⁵¹ Ursprung in BVerfGE 13, 290, 295 f.

¹⁵² P. Kirchhof, in: T. Maunz/G. Dürig (Anm. 5), Art. 3 Abs. 1 Rn. 228.

¹⁵³ Vgl. K. Yoshino (Anm. 34), 747, 776 ff.

¹⁵⁴ Dies steht Überschneidungen mit dem gruppenbezogenen Ansatz jedoch nicht entgegen, s. Developments in the Law: Equal Protection (Anm. 15), 1065, 1120 f.

¹⁵⁵ K. Yoshino (Anm. 34), 747, 751 ff., 792 f.; E. Gerstmann (Anm. 34), 3, 37 ff., 44 f.

ses zu gewährleisten.¹⁵⁶ Dies wird im amerikanischen Verfassungsrecht schwerpunktmäßig durch die Equal Protection Clause gewährleistet.¹⁵⁷

aa) Das Wahlrecht als fundamentales Recht

Der Rückgriff auf die Equal Protection Clause stellt erneut deren herausgehobene Bedeutung im Verfassungsgefüge dar. Denn das Wahlrecht wird durch eine Reihe spezifischer Verfassungsbestimmungen bereits grundlegend geregelt und für bestimmte Personengruppen auch explizit geschützt; konkret durch das 15. und 19. Amendment vor ausdrücklichen und teilweise auch indirekten Einschränkungen aufgrund rassistischer Merkmale und des Geschlechts.¹⁵⁸ Trotzdem gewährleistet die US-Verfassung das Recht zu wählen *an sich* überraschenderweise nicht aus sich selbst heraus.¹⁵⁹ Das führte dazu, dass die Gliedstaaten die Wahlmodalitäten bis in die 1960er Jahre weitgehend nach freiem Ermessen regeln konnten.¹⁶⁰ Erst die Equal Protection Clause schließt diese Lücke, seitdem sie das Wahlrecht als fundamental anerkannt und eine aktive Rolle in dessen Ausgestaltung und Überwachung eingenommen hat:¹⁶¹

“The right to exercise the franchise in a free and unimpaired manner is preservative of other basic civil and political rights, any alleged infringement [...] must be carefully and meticulously scrutinized.”¹⁶²

Die Equal Protection Clause fungiert dadurch als zentrales Vehikel, um das Wahlrecht in einem umfassenderen Sinne vor gleichheitsrelevanten Beeinträchtigungen zu schützen. Da gerade Einschränkungen des Wahlrechts fast ausnahmslos mit Differenzierungen zwischen verschiedenen Personengruppen verbunden sind,¹⁶³ kommt ihr – und nicht den punktuell wirkenden speziellen Verfassungsbestimmungen – praktisch die zentrale Gewähr-

¹⁵⁶ J. H. Ely (Anm. 52), 116 f.

¹⁵⁷ G. Gunther/K. M. Sullivan (Anm. 110), 858; Ursprung in *U.S. v. Carolene Products Co.* (Anm. 18), Fn. 4 Abs. 2.

¹⁵⁸ Vgl. *Rice v. Cayetano*, 528 U.S. 495, 498 (2000); J. E. Nowak/R. D. Rotunda (Anm. 9), 988, 992.

¹⁵⁹ *Bush v. Gore*, 531 U.S. 98, 104 (2000); Keyssar, *The Right to Vote: The Contested History of Democracy in the United States* (2009), S. 291 ff.; Raskin, *A Right-to-Vote Amendment for the U.S. Constitution: Confronting America's Structural Democracy Deficit*, *Election L. J.* 3 (2004), 559, 559 f.

¹⁶⁰ W. Brugger (Anm. 60), 77.

¹⁶¹ Ursprung in *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (1962).

¹⁶² *Reynolds v. Sims*, 377 U.S. 533, 562 (1964).

¹⁶³ J. E. Nowak/R. D. Rotunda (Anm. 9), 989.

leistungsfunktion auf diesem Gebiet zu.¹⁶⁴ Inhaltlich hat die Equal Protection Clause das Wahlrecht dadurch in besonderer Weise dynamisiert und dessen heutige Erscheinungsform entscheidend geprägt,¹⁶⁵ wie sich aus ihren Gewährleistungsgehalten im Einzelnen ergibt.

bb) Konkrete Gewährleistungsgehalte

Die Equal Protection Clause setzt Beschränkungen des Wahlrechts enge Grenzen, indem sie diese gemäß dem beschriebenen Mechanismus grundsätzlich an einem *strict scrutiny*-Maßstab misst.¹⁶⁶ Praktisch unterscheidet sich dieser von dem bei verdächtigen Klassifizierungen angewendeten Maßstab allerdings insofern, als er flexibler gehandhabt und schon im Ausgangspunkt mit einer weniger starken Vermutung für die Verfassungswidrigkeit der jeweiligen Regelung verbunden ist.¹⁶⁷

(1) Zugang zur Wahl

Die Gewährleistung eines diskriminierungsfreien Zugangs zur Wahl bildet ein Kernanliegen der Equal Protection Clause. Versagungen werden als besonders schwerwiegend bewertet und können lediglich durch zwingende öffentliche Interessen gerechtfertigt werden – was nur ausnahmsweise gelingt.¹⁶⁸ Primär Alters-, Wohnsitz- und Staatsbürgerschaftserfordernisse sind grundsätzlich als gerechtfertigt anerkannt.¹⁶⁹ Unzulässig sind dagegen Regelungen, die sich gegen Personengruppen richten, deren Charakteristika keinerlei legitime Relevanz für das Recht zu wählen entfalten können:¹⁷⁰

Die Equal Protection Clause hat insbesondere finanziellen Hürden entgegengewirkt, indem sie Wahlsteuern auch für die gliedstaatliche und lokale Ebene verbietet.¹⁷¹ Lese- und Schreibtests wurden dagegen lange als zulässige Registrierungsvoraussetzungen anerkannt, da diese in einer unmittelba-

¹⁶⁴ G. Gunther/K. M. Sullivan (Anm. 110), 858.

¹⁶⁵ Vgl. W. Heun (Anm. 20), 319, 322.

¹⁶⁶ *Harper v. Virginia State Board of Elections* (Anm. 62); differenzierter J. A. Douglas, Is the Right to Vote Really Fundamental?, *Cornell Journal of Law and Public Policy* 18 (2008), 143, 151 ff.

¹⁶⁷ *Burdick v. Takushi*, 504 U.S. 428, 433 f. (1992); C. S. Elmendorf, Structuring Judicial Review of Electoral Mechanics: Explanations and Opportunities, *U. Pa. L. Rev.* 156 (2007), 313, 336 f.

¹⁶⁸ *Kramer v. Union Free School District No. 15*, 395 U.S. 621 (1969); J. E. Nowak/R. D. Rotunda (Anm. 9), 989 f.

¹⁶⁹ *Z. B. Marston v. Lewis*, 410 U.S. 679 (1973); J. E. Nowak/R. D. Rotunda (Anm. 9), 989.

¹⁷⁰ Vgl. *Harper v. Virginia State Board of Elections* (Anm. 62), 668.

¹⁷¹ *Harper v. Virginia State Board of Elections* (Anm. 62), 666.

ren Verbindung zur Ausübung des Wahlrechts stünden.¹⁷² Der Supreme Court konnte diese Rechtsprechung auch später nicht modernisieren, da die entscheidende Transformationskraft auf diesem Gebiet vom Kongress ausging. Es war der Gesetzgeber, der durch die *Civil Rights Acts*, insbesondere von 1964, und den *Voting Rights Act* von 1965, den Schutz von Minderheiten gerade auf dem Gebiet des Wahlrechts entscheidend ausbaute und konkret unter anderem derartige Lese- und Schreibtests verbot, wobei er darin entscheidend durch die Wertungen der Equal Protection Clause geprägt war.¹⁷³ Der Rechtsprechung des Supreme Court ist daher fairerweise keine allzu große Bedeutung für die Rolle der Equal Protection Clause im Wahlrecht insgesamt beizumessen, sondern der Blick vielmehr verstärkt auf das einfache Gesetzesrecht und dessen Prägung durch die verfassungsrechtlichen Wertungen zu richten. Die Rechtsprechung illustriert ungeachtet dessen jedoch, dass die Equal Protection Clause gesellschaftliche Ungleichheiten historisch durchaus auch manifestiert hat, indem sie sich gemäß jeweils vorherrschender Mehrheitsmeinungen an der Leugnung staatlicher Diskriminierungsabsichten¹⁷⁴ punktuell beteiligt hat. Bemerkenswerterweise hat der Supreme Court das einfache Recht im Hinblick auf den Minderheitenschutz jüngst sogar erheblich eingeschränkt, indem er Teile des *Voting Rights Act* von 1965 für verfassungswidrig erklärt hat.¹⁷⁵

Der Schutz der Equal Protection Clause konzentriert sich auch auf dem Gebiet des Wahlrechts darüber hinaus schwerpunktmäßig auf Rassendiskriminierungen. Neben dem ausdrücklichen Diskriminierungsverbot des 15. Amendments richtet sie sich hierbei vor allem gegen objektiv neutrale, faktisch aber schwerpunktmäßig afroamerikanische Wähler beeinträchtigende Regelungen.¹⁷⁶ Besonders kontrovers werden in diesem Zusammenhang jüngst sog. *Voter Identification Laws* diskutiert, die eine Identifizierung durch Ausweispapiere voraussetzen, um an einer Wahl teilzunehmen.¹⁷⁷ Es wird argumentiert, dies benachteilige schwerpunktmäßig arme, alte, behinderte und afroamerikanische Bürger, weil diese seltener Führer-

¹⁷² Ursprung in *Guinn v. U.S.*, 238 U.S. 347 (1915).

¹⁷³ Siehe *Voting Rights Act of 1965* ("An act to enforce the fifteenth amendment of the Constitution of the United States, and for other purposes"), Public Law 89-110, 79 Stat. 437, 6.8.1965, insbes. Paragraphen 2 und 201; *D. S. Goldman*, *The Modern-Day Literacy Test?: Felon Disenfranchisement and Race Discrimination*, *Stanford L. Rev.* 57 (2004), 611, 623 f.

¹⁷⁴ *D. S. Goldman* (Anm. 173), 616 ff.

¹⁷⁵ *Shelby County v. Holder*, 570 U.S. 2 (2013).

¹⁷⁶ *J. E. Nowak/R. D. Rotunda* (Anm. 9), 1016.

¹⁷⁷ *Developments in the Law: Voting and Democracy*, *Harv. L. Rev.* 119 (2006), 1127, 1144.

scheine oder Reisepässe besitzen.¹⁷⁸ Da es sich hierbei um ein relativ neues Phänomen handelt,¹⁷⁹ ist die Equal Protection Rechtsprechung von einer gefestigten Linie weit entfernt, lässt aber erkennen, dass tendenziell deutlich niedrigere Prüfungsmaßstäbe gelten sollen.¹⁸⁰ Das beruht darauf, dass das Gewicht des Wahlrechtseingriffs durch Identifikationspflichten als prinzipiell gering, das Interesse an der Bekämpfung von Wahlbetrug gleichzeitig als besonders hoch bewertet wird.¹⁸¹ Gemäß der allgemeinen Gleichheitsdogmatik ergibt sich die geringe Wirkkraft der Equal Protection Clause in diesem Zusammenhang außerdem gerade daraus, dass neben einer diskriminierenden Wirkung auch der Nachweis einer rassistischen Intention zu erbringen ist, was eine praktisch besonders gewichtige Hürde darstellt.¹⁸²

(2) Wahlrechtsgleichheit

Das Recht zu wählen ist jedoch nur Mittel zum Zweck, um bestimmte Repräsentanten durch Agglomeration gleichgesinnter Stimmen auch tatsächlich in politische Ämter zu heben.¹⁸³ Ein diskriminierungsfreier Zugang zur Wahl muss daher durch die Gleichheit der Wahl ergänzt werden, was im amerikanischen Verfassungsrecht ebenfalls gerade durch die Equal Protection Clause gewährleistet wird.¹⁸⁴

(a) Grundlage der Wahlrechtsgleichheit bildet das *One Person-One Vote*-Prinzip, wonach alle Wahlkreise eine vergleichbare Anzahl an Wählern umfassen müssen.¹⁸⁵ Abweichungen verletzen die Equal Protection Clause, da den Stimmen von Personen in größeren Wahlkreisen in diesem Fall ein geringeres Gewicht als denen in kleineren Wahlkreisen zukommt.¹⁸⁶

Selbst bei zahlenmäßiger Gleichheit kann durch strategische Grenzziehungen, sog. *gerrymandering*, im Rahmen eines Mehrheitswahlsystems je-

¹⁷⁸ Statistische Nachweise bei *S. Overton*, Voter Identification, Mich. L. Rev. 105 (2007), 631, 658 ff.

¹⁷⁹ Das erste derartige Gesetz wurde 2005 erlassen; vgl. *K. T. Brewer*, Disenfranchise This: State Voter ID Laws and Their Discontents, a Blueprint for Bringing Successful Equal Protection and Poll Tax Claims, Val. U.L. Rev. 42 (2007), 191, 197, 219.

¹⁸⁰ *S. Crawford v. Marion County Election Board*, 553 U.S. 181 (2008).

¹⁸¹ *S. Crawford v. Marion County Election Board* (Anm. 180), 198; *R. L. Hasen*, Softening Voter ID Laws Through Litigation: Is It Enough?, University of California, Irvine School of Law Research Paper 2016-07, 3.

¹⁸² *S. Rogers v. Lodge*, 458 U.S. 613 (1982); allgemein aus *Washington v. Davis*, 426 U.S. 229, 42 ff. (1976).

¹⁸³ *H. S. Lewis Jr./E. J. Norman*, Civil Rights Law and Practice, 2001, 303.

¹⁸⁴ *Baker v. Carr* (Anm. 161).

¹⁸⁵ Ursprung in Art. 1 Abs. 2 US-Verfassung; jüngst bestätigt in *Evenwel v. Abbott*, No. 14-940 (S.C. 4.4.2016).

¹⁸⁶ *Reynolds v. Sims* (Anm. 162), 565 f.

doch entscheidend gesteuert werden, ob bestimmte Interessengruppen eine Mehrheit erlangen können oder nicht.¹⁸⁷ Praktisch betrifft dies vor allem Minderheitenangehörige, deren politisches Gewicht positiv oder negativ verzerrt werden soll.¹⁸⁸ Diese Praxis entspricht formal der individuellen Wahlrechtsgleichheit, ruft die Equal Protection Clause aber trotzdem auf den Plan, da sie den Erfolgswert der Stimmen bestimmter Gruppen beeinträchtigt.¹⁸⁹ Das ist aber nicht *per se*, sondern nur für rassistisch motivierte Grenzziehungen als verfassungswidrig anerkannt.¹⁹⁰ Eine in der Theorie klare Grenze wird dadurch insbesondere gegenüber parteipolitischen Motiven gezogen, die demnach erlaubt sind.¹⁹¹ Dadurch hat die Equal Protection Clause, insofern erfolgreich, tatsächlich die Implementierung diverser Kontrollmechanismen in den Gliedstaaten befördert und insgesamt zu einem Rückgang gerichtlicher Rügen wegen rassistischer Grenzziehungen beigetragen.¹⁹² Der Grund dafür besteht tatsächlich aber wohl auch darin, dass die fließende Grenze zwischen politischen und rassistischen Motiven auch der Verschleierung der wahren Motive zugutekommt.¹⁹³

(b) Den wohl prominentesten Einzelfall bildet im Kontext der Wahlrechtsgleichheit die Entscheidung *Bush v. Gore*.¹⁹⁴ Darin hat der Supreme Court eine vom Florida Supreme Court angeordnete manuelle Nachzählung umstrittener Wahlstimmen mit Verweis auf die uneinheitlichen Standards bei der Zählung in den verschiedenen Distrikten (und der fehlenden Möglichkeit einer fristgerechten Vereinheitlichung der Zählmethoden) für unvereinbar mit der Equal Protection Clause erklärt.¹⁹⁵ Gleichzeitig hat der Supreme Court dadurch die Präsidentschaftswahl im Jahr 2000 entschieden und wurde scharf dafür kritisiert, juristisch fragwürdig und primär politisch gehandelt zu haben.¹⁹⁶ Der Entscheidung wird daher verbreitet keinerlei

¹⁸⁷ H. S. Lewis Jr./E. J. Norman (Anm. 183), 307.

¹⁸⁸ H. S. Lewis Jr./E. J. Norman (Anm. 183), 307; R. J. McKeever, Race and Representation in the United States: The Constitutional Validity of Majority-Minority Congressional Districts, *Journal of American Studies* 33 (1999), 491, 491 ff.

¹⁸⁹ W. Brugger (Anm. 60), 81.

¹⁹⁰ *Shaw v. Reno*, 509 U.S. 630 (1993); jüngst bestätigt in *Alabama Legislative Black Caucus v. Alabama*, 135 S. Ct. 1257 (2015).

¹⁹¹ Vgl. z.B. *Easley v. Cromartie*, 532 U.S. 234 (2001).

¹⁹² R. L. Hasen, Racial Gerrymandering's Questionable Revival, *Ala. L. Rev.* 67 (2015), 365; Developments in the Law: Voting and Democracy (Anm. 177), 1127, 1169 ff.

¹⁹³ R. L. Hasen (Anm. 192), 372, 379 f.

¹⁹⁴ *Bush v. Gore* (Anm. 159).

¹⁹⁵ *Bush v. Gore* (Anm. 159).

¹⁹⁶ J. M. Balkin, *Bush v. Gore* and the Boundary Between Law and Politics, *Yale L.J.* 110 (2001), 1407, 1439 f.; L. Weinberg, When Courts Decide Elections: The Constitutionality of *Bush v. Gore*, *B. U.L. Rev.* 82 (2002), 609, 612 ff.

Präcedenzwirkung beigemessen,¹⁹⁷ so dass für unsere Zwecke kaum mehr als die punktuelle Feststellung einer öffentlichkeitswirksamen politischen – in diesem Falle sogar wahlentscheidenden – Instrumentalisierung der Equal Protection Clause bleibt.

(3) Passives Wahlrecht

Besonders tiefgreifende Wirkung hat die Equal Protection Clause schließlich auf das passive Wahlrecht ausgeübt, indem sie das Recht zu kandidieren weit geöffnet hat.¹⁹⁸ So sind Einschränkungen aufgrund finanzieller Verhältnisse¹⁹⁹ und rassistischer Merkmale²⁰⁰ von vornherein unzulässig. Zudem wurden unabhängige Kandidaten und kleinere Parteien erheblich gestärkt, obwohl der Supreme Court auch das Interesse an einer mehrheitsfähigen Regierungsbildung und einem übersichtlichen Kandidatenkreis hoch gewichtet.²⁰¹ Die Qualifizierung für eine Kandidatur kann demnach nur an Parteizugehörigkeiten geknüpft werden, soweit zumutbare alternative Wege offen stehen.²⁰² Insbesondere Fristen und Unterschriftenquoten sind daher nur ausnahmsweise zulässig, soweit sie keine unangemessen hohen Hürden für eine Kandidatur darstellen.²⁰³

cc) Fazit und Vergleich mit dem deutschen Gleichheitssatz

(1) Die Equal Protection Clause hat das Recht zu wählen insgesamt grundlegend gestärkt, indem sie sowohl das aktive als auch das passive Wahlrecht von sachfremden, insbesondere rassistischen und ökonomischen Erwägungen weitgehend entkoppelt und auch schwächeren Akteuren den Zugang zum Wahlprozess erleichtert hat. Im Verfassungsgefüge bildet sie dadurch den zentralen Mechanismus zur Sicherung demokratischer Willensbildung als Funktionsvoraussetzung eines repräsentativen Regierungssystems.²⁰⁴

¹⁹⁷ So auch die ausdrückliche Urteilsbegründung in *Bush v. Gore* (Anm. 159), 109; *R. L. Hasen, Bush v. Gore and the Future of Equal Protection Law in Elections*, Fla. St. U. L. Rev. 29 (2001), 377, 386 ff.

¹⁹⁸ Nicht aber als fundamental anerkannt; *Clements v. Fashing*, 457 U.S. 957, 963 f. (1982).

¹⁹⁹ *Lubin v. Panish*, 415 U.S. 709 (1974); vgl. *T. Stratmann, Ballot Access Restrictions on Candidate Entry in Elections*, European Journal of Political Economy 21 (2005), 59, 66 ff.

²⁰⁰ Vgl. z. B. *Georgia v. U.S.*, 411 U.S. 526 (1973).

²⁰¹ *Storer v. Brown*, 415 U.S. 724 (1974).

²⁰² *Storer v. Brown* (Anm. 201).

²⁰³ *William v. Rhodes*, 393 U.S. 23 (1968); *Anderson v. Celebrezze*, 460 U.S. 780 (1983).

²⁰⁴ *W. Heun* (Anm. 20), 319, 325; *D. P. Kommers* (Anm. 22), 31, 39.

Historische Umbrüche hat sie im Rahmen dessen vor allem dadurch herbeigeführt, dass sie Wahlkreisziehungen den Status "politischer Fragen" entzogen hat.²⁰⁵ Praktisch ist ihre transformative Rolle hierbei allerdings insofern begrenzt geblieben, als sie den Gedanken der Erfolgswertgleichheit nur punktuell auf ganze Personengruppen erstreckt.²⁰⁶ Im Übrigen hält sie an einem klassisch individualbezogenen Verständnis fest, so dass eine gruppenbezogene Verschiebung von Erfolgchancen durch strategische Wahlkreisziehungen allgemein möglich bleibt.²⁰⁷ Insgesamt ist auf diesem Themenfeld zu beachten, dass die entscheidenden Transformationen insbesondere im Zusammenspiel mit der *Civil Rights Legislation* durch den Gesetzgeber erfolgt sind und der Blick insoweit nicht auf das Verfassungsrecht beschränkt bleiben kann.

(2) Im deutschen Verfassungsrecht bildet der wahlrechtliche Gleichheitssatz aus Art. 38 GG eine selbstständige Ausprägung des allgemeinen Gleichheitssatzes, der deutlich erhöhte Rechtfertigungsanforderungen an Ungleichbehandlungen auf dem Gebiet des Wahlrechts stellt.²⁰⁸ Er gewährleistet parallel zur Equal Protection Clause einen allgemeinen Zugang zum aktiven und passiven Wahlrecht, der nur in engen Ausnahmefällen, so insbesondere aufgrund von Alter und Wohnsitz, eingeschränkt werden darf.²⁰⁹ Im Übrigen erfordert ein Vergleich mit der Equal Protection Clause in diesem Zusammenhang ein besonders hohes Maß an Distanz von nationalen Kategorien, um gemeinsame Strukturen der Gleichheitssätze auch angesichts der unterschiedlichen Wahlrechtssysteme erfassen zu können. Das gilt primär für die variierenden Anforderungen an Zähl- und Erfolgswerte,²¹⁰ die im Kern gleichermaßen eine gleichgewichtige Repräsentation der abgegebenen Stimmen im Rahmen des jeweiligen Wahlsystems gewährleisten.²¹¹

Während beide Gleichheitssätze formal parallel positioniert sind, haben sie in der Verfassungspraxis nichtsdestotrotz eine gänzlich unterschiedliche Bedeutung erlangt: Insgesamt hat die Equal Protection Clause das Wahlrecht in ungleich höherem Maße geprägt als der deutsche Gleichheitssatz.

²⁰⁵ *Baker v. Carr* (Anm. 161); *H.-S. Cho*, Verfassungsrechtliche Gleichheitsprüfung in der Bundesrepublik Deutschland und den USA, 1993, 93 f.

²⁰⁶ *W. Brugger* (Anm. 60), 81.

²⁰⁷ *W. Brugger* (Anm. 60), 81.

²⁰⁸ BVerfGE 1, 208, 225; *M. Morlok*, in: H. Dreier, GG-Kommentar Bd. II, 3. Aufl. 2015, Art. 38 Rn. 98.

²⁰⁹ Vgl. z. B. BVerfGE 13, 1, 18; *H. H. Klein*, in: T. Maunz/G. Dürig (Anm. 5), Art. 38 Rn. 125.

²¹⁰ Vgl. *M. Morlok* (Anm. 208), Art. 38 Rn. 97.

²¹¹ Vgl. *Reynolds v. Sims* (Anm. 162); *H. D. Pieroth*, in: H. D. Jarass/B. Pieroth, GG-Kommentar, 15. Aufl. 2018, Art. 38 Rn. 11.

Das ist schon auf die unterschiedlichen Strukturen der Wahlrechtsordnungen zurückzuführen. So werden beispielsweise Fragen strategischer Wahlkreisziehungen im deutschen Wahlrecht von vornherein kaum relevant, da es für die personalisierte Verhältniswahl entscheidend auf das Verhältnis der Stimmen ankommt und sich daher kaum Manipulationsmöglichkeiten ergeben.²¹² Auch der Zugang zur Wahl ist im deutschen Wahlrecht weniger diskriminierungsanfällig, da aufgrund zentraler Wählerverzeichnisse keine Wahlregistrierung erforderlich ist und verpflichtende Ausweispapiere Identifikationen ohne diskriminierendes Potenzial ermöglichen.

Grundlegend unterschiedliche Ausgangssituationen ergeben sich außerdem bereits aus dem historischen Verhältnis der Gleichheitssätze zur Wahlrechtsordnung. So hat sich die Equal Protection Clause schon im Ausgangspunkt als aktivistischer Akteur zur Modernisierung des Wahlrechts positioniert, indem sie Gewährleistungsgehalte auf diesem Gebiet erst in den 1960er Jahren herausbildete, die sie anschließend gegenüber den bis dahin weitgehend autonomen gliedstaatlichen Wahlordnungen erst durchsetzen musste. Die Entwicklung des bundesrepublikanischen Wahlrechts ist demgegenüber einer umgekehrten Logik gefolgt, indem die verfassungsrechtlichen Wahlrechtsgrundsätze das bundes- und landesrechtliche Wahlrecht schon bei ihrem Entstehen entscheidend mit- und nicht erst später aktivistisch umgestaltet haben.²¹³ Der deutsche wahlrechtliche Gleichheitssatz hat also ebenfalls grundlegende Entscheidungen zum Wahlrecht getroffen, die er im Gegensatz zur Equal Protection Clause in der Folgezeit jedoch nicht transformativ durchgesetzt, sondern lediglich korrigierend bewahrt hat.

III. Resümee

Was für die Rolle der Equal Protection Clause insgesamt bleibt, sind im Wesentlichen zwei gegenläufige Tendenzen, die sie tatsächlich gewissermaßen als “the cutting edge of [...] constitutional liberty”,²¹⁴ nicht aber flächendeckend auch als “vital tool for effecting social change”²¹⁵ erscheinen lassen.

²¹² BVerfGE 13, 127, 128 f.; *W. Heun* (Anm. 20), 319, 323.

²¹³ Vgl. *K.-H. Seifert*, Bundeswahlgesetz-Kommentar: Bundeswahlordnung und wahlrechtliche Nebengesetze, 3. Aufl. 1976, 17 f.; *B. Vogel/D. Noblen/R.-O. Schultze*, Wahlen in Deutschland: Theorie - Geschichte - Dokumente 1848-1970, 1971, 189 ff.

²¹⁴ *Hobson v. Hansen* (Anm. 8).

²¹⁵ *Coburn v. Agustin* (Anm. 10).

Kern ihrer überragenden Bedeutung bildet ihre individualrechtsschützende Funktion, in der sie bestimmte Rechte erst in den Rang eines Verfassungsrechts erhebt.²¹⁶ Praktisch hat sie sich dabei in Konkurrenz mit den Freiheitsrechten der Bill of Rights ins Zentrum des Verfassungsgefüges gerückt und aktivistische Wirkung auf ganze Rechtsgebiete, insbesondere das Wahlrecht, ausgeübt. In ihrer Rolle als Minderheitenschützer bleibt sie demgegenüber eng auf ihre historischen Wurzeln beschränkt. Umfangreiche gesellschaftlich-transformative Wirkung hat sie primär für die Gleichstellung der Afroamerikaner entfaltet, während sie im Übrigen an einer strengen grundrechtlichen Abwehrdogmatik festgehalten und auf einen Abbau gesellschaftlicher Ungleichheiten nicht breitenwirksam hingewirkt hat. Der deutsche Gleichheitssatz nimmt hinsichtlich dieser Aspekte eine abweichende Rolle ein, indem er Minderheiten in einem umfassenderen Sinne vor Diskriminierungen schützt – in nicht unerheblichem Maße auch im privatrechtlichen Bereich, während ein materieller Grundrechtsschutz im Übrigen freiheitsrechtlich gewährleistet wird.

Tendenziell wird der deutsche Gleichheitssatz durch das Verfassungsgefüge daher strukturell entlastet.²¹⁷ Für die Equal Protection Clause gilt das Gegenteil, indem sie Verfassungsgüter teilweise überhaupt erst schöpft und zur Geltung bringt, was freilich grundlegend aus dem rahmenhaft-symbolischen Charakter der US-Verfassung insgesamt folgt. Damit geht einher, dass die Equal Protection Clause das zentrale Einfallstor moderner Wertvorstellungen im Verfassungsgefüge darstellt,²¹⁸ während der deutsche Gleichheitssatz weitaus enger gebunden ist. Ihr weitreichendstes aktivistisches Potenzial hat sie dabei in der Tat gerade auf dem Bereich der Rassen-diskriminierungen, angestoßen durch die *Brown*-Entscheidungen, und für den Abbau der Ungleichheiten im Wahlrecht ausgeübt. Auch für die Zukunft sind aktivistische Potenziale durchaus erkennbar – beispielweise durch die Erweiterung des Kreises fundamentaler Rechte, die Entwicklung punktueller *affirmative duties* und einer Aufweichung des *state action*-Konzepts.²¹⁹ Einen entscheidenden Faktor bei der künftigen Ausrichtung des Gleichheitsschutzes könnte allerdings auch die derzeit zu beobachtende Verschiebung hin zu einer konservativeren Ausrichtung des Supreme Courts²²⁰ darstellen.

²¹⁶ Vgl. G. Gunther/K. M. Sullivan (Anm. 110), 630.

²¹⁷ Idee bei P. Kirchhof (Anm. 5), Art. 3 Abs. 1 Rn. 138 ff., 183.

²¹⁸ Vgl. H.-S. Cho (Anm. 205), 90 ff.; W. Knapp (Anm. 4), 421, 471 ff.

²¹⁹ Vgl. W. Knapp (Anm. 4), 421, 471 ff.

²²⁰ A. Liptak/A. Parlapiano, Conservatives in Charge, the Supreme Court Moved Right, The New York Times, 28.6.2018, verfügbar <unter <https://nytimes.com>>.

Insgesamt nimmt die Equal Protection Clause also keinesfalls eine konkret definierbare, sondern vielfältige komplexe Rollen ein, die bereichsspezifisch zwischen bedeutsam und weniger bedeutsam sowie progressiv und konservativ schwanken. Abseits inhaltlich variierender Substanzen fügt sich das Bild aber insofern zusammen, als sich die Equal Protection Clause bis heute tatsächlich im Zentrum des Verfassungsrechts positioniert und dabei hochgradig dynamisierend auf dessen Wertgefüge gewirkt hat – während der deutsche Gleichheitssatz in einem weitgehend ausdifferenzierten Verfassungsgefüge eine deutlich formalisiertere Rolle einnimmt.