

1. Aufsätze

„Gebührender Respekt vor den Meinungen der Menschheit“: Der Wert einer vergleichenden Perspektive in der Verfassungsrechtsprechung

von Ruth Bader Ginsburg, Washington, D.C.

Das Alte Testament enthält im Fünften Buch Moses die bekannte Mahnung: „Gerechtigkeit, strebe nach Gerechtigkeit, und es wird Dir wohl ergehen.“ Meine Bemerkungen richten sich auf einen Aspekt dieses Strebens, auf die richterliche Prüfung der Verfassungsmäßigkeit. Ich werde ein Thema abwandeln, das Richter Michael Kirby in seiner Grotius-Vorlesung am 29. März 2005 ausführlich behandelt hat. So wird es einige Überschneidungen geben, doch hoffe ich, Sie werden das nicht unpassend finden. Im Einzelnen werde ich auf die sich entwickelnde Einschätzung eingehen, dass U.S.-Richter in dem Bemühen, die grundlegenden Menschenrechte auszulegen und auf konkrete Fälle anzuwenden, nicht allein sind. Welchen Einfluss, wenn überhaupt, diese Realität auf unsere Entscheidungsfindung haben sollte, hat sich als kontrovers herausgestellt, wie dieses Auditorium sehr wohl weiß.

Bevor ich mich mit der Verschiedenartigkeit der Meinungen zu diesem Thema befasse, möchte ich meine Ansicht darlegen und zu erklären versuchen. Es ist schlicht so: Wenn U.S. Erfahrungen und Entscheidungen für andere Rechtsordnungen instruktiv sein können, die erst in neuerer Zeit die richterliche Prüfung der Verfassungsmäßigkeit eingeführt oder verstärkt haben, so können wir von anderen lernen, die jetzt damit beschäftigt sind, einfache Gesetze und Exekutivakte an Texten, die Grundrechte verbürgen, zu messen.

Gesetze und amtliches Handeln einer richterlichen Prüfung auf deren Verfassungsmäßigkeit hin zu unterziehen, war außerhalb der Vereinigten Staaten früher unüblich. Im Vereinigten Königreich war eine gerichtliche Überprüfung von Gesetzen im Hinblick auf ihre Vereinbarkeit mit einem Grundgesetz, in dieser Hinsicht nicht viel anders als in Frankreich, Spanien, Deutschland und anderen römisch-rechtlichen Ländern, jenseits des Denkbaren, unvereinbar mit der Vorherrschaft des Parlaments. Indessen haben zahlreiche Nationen, besonders in den Jahren nach dem Zweiten Weltkrieg, die verfassungsrechtliche Prüfung durch Gerichte als eine Sicherung gegen Unterdrückung durch Regierungen und aufgehetzte Mehrheiten eingeführt. Nationale, multinationale und internationale Menschenrechtstexte und Gerichtshöfe spielen in unserer Welt heute eine herausgehobene Rolle. Das Gerichtssystem der USA, davon bin ich überzeugt, wird umso ärmer sein, je weniger wir unsere Erfahrung mit Rechtsordnungen teilen und von ihnen lernen, deren Werte und Demokratieverpflichtung unseren eigenen ähnlich sind.

Genau dieselbe Meinung ist mehrfach vom Chief Justice der Vereinigten Staaten, William H. Rehnquist, vertreten worden, und zwar erst kürzlich in einem 1999 erschienenen Band mit Beiträgen zu vergleichendem Verfassungsrecht. In seinem Vorwort schrieb er:

„Fast anderthalb Jahrhunderte lang hatten Gerichte in den Vereinigten Staaten bei der Ausübung ihrer Befugnis zur richterlichen Prüfung der Verfassungsmäßigkeit keine Vergleichsfälle, die sie in Betracht ziehen konnten, außer ihre eigenen, weil nur unsere Gerichte eine derartige Zuständigkeit hatten. Als nach dem Zweiten Weltkrieg zahlreiche Verfassungsgerichtshöfe geschaffen wurden, haben diese Gerichtshöfe bei der Entwicklung ihres eigenen Rechts natürlich Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs der Vereinigten Staaten neben anderen Quellen zu Rate gezogen. Doch jetzt ist dieses Verfassungsrecht in so vielen Ländern fest verankert,

dass es an der Zeit ist, dass U.S. Gerichte damit beginnen, Entscheidungen anderer Verfassungsgerichte für ihre eigenen Überlegungen als Auslegungshilfe heranzuziehen.“

(Kürzlich hat mein Gerichtspräsident, das muss ich einräumen, eine andere Meinung über die Relevanz ausländischen Rechts geäußert, insbesondere in Fragen, bei denen es um Verordnungs- und Entscheidungszuständigkeiten zwischen Regierungen auf der Staats- und der Bundesebene der Vereinigten Staaten geht. Auf Sondervoten aus dem 21. Jahrhundert, denen er sich bei der Kritik an rechtsvergleichenden Seitenblicken der Richtermehrheit angeschlossen hat, werde ich später eingehen.)

Lassen Sie mich jetzt zu meiner eigenen Sichtweise zurückkehren: Obwohl sich die U.S. Rechtswissenschaft im Laufe von zwei Jahrhunderten Verfassungsrechtsprechung entwickelt hat, sind wir nicht so weise, als dass wir von anderen demokratischen Rechtsordnungen, deren richterliche Verfassungsmäßigkeitsprüfung neueren Datums ist, nichts lernen könnten. Diesen Gedanken hat der Richter des Zweiten Bundesgerichtsbezirks und vormalige Dekan der Yale Rechtsfakultät Guido Calabresi sehr treffend ausgedrückt. „Kluge Eltern“, sagte Richter Calabresi 1995 in einem zustimmenden Sondervotum, „zögern nicht, von ihren Kindern zu lernen.“

Für den Wert, den ich dem rechtsvergleichenden Dialog beimesse – [Erfahrung] mit anderen zu teilen und von ihnen zu lernen –, lasse ich mich von dem Rat der Gründer der Vereinigten Staaten leiten. Die Autoren, die die Unabhängigkeitserklärung entworfen und unterzeichnet haben, legten Wert auf die Meinung anderer Völker; sie haben der Welt dargelegt, warum die Staaten, die sich zu den Vereinigten Staaten von Amerika zusammengeschlossen haben, gezwungen waren, sich von Großbritannien loszusagen. Sie nannten ihre Gründe aus „gebührendem Respekt vor den Meinungen der Menschheit“. Zu diesem Zweck legten sie eine lange Liste von Beschwerdegründen vor und unterbreiteten die „Tatsachen“ – die „lange Kette von Missbräuchen und Anmaßungen [der britischen Krone]“ – der Beurteilung durch eine „unvoreingenommene Welt“.

Schon früh, im Jahr 1816, äußerte der Supreme Court eine ergänzende Ansicht: Die richterliche Gewalt der Vereinigten Staaten sei darauf angelegt, sich auch auf Fälle zu erstrecken, „an deren zutreffender Entscheidung fremde

* Justice Ruth Bader Ginsburg ist Richterin am U. S. Supreme Court seit 1993 und war Professorin an verschiedenen Rechtsfakultäten (u.a. Columbia University) sowie Richterin am Bundesberufungsgericht für den Bezirk der Bundeshauptstadt (U.S. Court of Appeals for the District of Columbia, 1980 bis 1993).

Der Beitrag ist die autorisierte deutsche Fassung des am 1. April 2005 auf der 99. Jahrestagung der American Society of International Law (ASIL) in Washington gehaltenen Vortrags „A decent Respect to the Opinions of Humankind“: *The Value of a Comparative Perspective in Constitutional Adjudication*; wobei der erste Teil des Titels ein Zitat aus der amerikanischen Unabhängigkeitserklärung ist. Das englische Original erscheint im Sammelband der ASIL-Tagung; Übersetzung für die EuGRZ: N. P. Engel.

Nationen ein starkes Interesse haben ... [und bei] denen die Prinzipien des Rechts und der gegenseitigen Achtung der Völker (comity of nations) oft einen wesentlichen Teil der Prüfung bilden.“

„Weit entfernt davon, fremder Länder Ansichten und Gesetze [ablehnend gegenüberzustehen], war die Gründergeneration darauf bedacht, wie die Rechtsprechung unserer Gerichte die Wertschätzung anderer Länder für die Vereinigten Staaten beeinflussen würde,“ erklärte Prof. Vicki Jackson von der Rechtsfakultät der Georgetown Universität im vergangenen Jahr vor einem Kongress-Ausschuss. Erst recht heute sind die Vereinigten Staaten Gegenstand der Prüfung durch „eine aufgeschlossene Welt“. Was immer die Vereinigten Staaten tun, Gutes oder Schlechtes, ist weiterhin der Beobachtung durch die internationale Gemeinschaft ausgesetzt, insbesondere durch Organisationen, zu deren Aufgaben die Förderung des Rechtsstaats sowie der Achtung der Menschenwürde gehört.

Die neuen Vereinigten Staaten richteten ihren Blick nicht allein deshalb nach außen, um die Achtung anderer Nationen zu gewinnen. Beim Niederschreiben der Verfassung haben die Autoren in anderen Systemen und bei Denkern anderer Länder Anregung gesucht und sie sind davon ausgegangen, dass die neue Nation durch „das Recht der Völker“, heute sagen wir internationales Recht, gebunden sein würde. Zu den Befugnissen, die dem U.S. Kongress übertragen wurden, zählten die Autoren [der Verfassung] in Art. I das Recht, „Verletzungen des Völkerrechts zu definieren und zu bestrafen.“

John Jay, einer der Autoren der Federalist Papers und der erste Chief Justice der Vereinigten Staaten, schrieb 1793, dass die Vereinigten Staaten, „indem sie einen Platz unter den Nationen der Erde einnehmen, gegenüber dem Völkerrecht verantwortlich [geworden] sind.“ Elf Jahre später warnte Chief Justice John Marshall, „ein Akt des Kongresses sollte nie ausgelegt werden, dass er das Völkerrecht verletzt, wenn irgend eine andere Deutung möglich bleibt.“ Und im Jahr 1900 bestätigte der Gerichtshof in dem berühmten Fall *The Paquete Habana*, dass

„... Völkerrecht ist Teil unseres Rechts und muss von den Gerichten ermittelt und angewendet werden ... [W]o kein Vertrag, keine Kontrolle ausübender exekutiver oder legislatorischer Akt und auch keine richterliche Entscheidung vorliegt, muss auf die Gewohnheiten und Gebräuche zivilisierter Völker zurückgegriffen werden.“

Es gibt, wie ich einräumen muss, generationenalt und immer noch hartnäckig fortwirkende disharmonische Ansichten über den Rückgriff auf die „Meinungen der Menschheit“. Ein U.S. Chief Justice aus der Mitte des 19. Jahrhunderts äußerte seine Gegnerschaft gegen einen derartigen Rückgriff in einer extremen Stellungnahme. Er schrieb:

„Niemand, denke ich, wird erwarten, dass irgendein Wandel in der öffentlichen Meinung oder Wahrnehmung ... bei den zivilisierten Völkern Europas oder in diesem Land den [U.S. Supreme Court] veranlassen sollte, den Worten der Verfassung eine mehr liberale Bedeutung zu geben ..., als ihnen beizumessen beabsichtigt war, als der Text entworfen und angenommen wurde.“

Diese Worte stammen aus dem Jahr 1857. Sie scheinen im Votum von Chief Justice Roger Taney zum Fall *Dred Scott v. Sanford* auf, bei dem der Gerichtshof gespalten war. Ein Votum, das sich auf die majestätische Due Process Clause berief, um das Recht eines Menschen beizubehalten, einen anderen in Sklaverei zu halten. Die Entscheidung *Dred Scott* erklärte, dass kein „Abkomme von [in die Vereinigten Staaten importierten] und als Sklaven ver-

kauften Afrikanern“ je Bürger der Vereinigten Staaten werden könne.

Obwohl der Bürgerkrieg und der 13., 14. und 15. Zusatzartikel der Verfassung über dieses Urteil hinweggingen, bleibt unter U.S. Richtern ein beachtliches Maß an Skepsis bestehen, ob es angebracht sei, über die Grenzen unseres Landes hinauszuschauen, insbesondere wenn es um grundlegende Menschenrechte geht. Einige haben offenen Widerstand erklärt. Richter Scalia schrieb in diesem Jahr in einer abweichenden Meinung, der sich der Chief Justice und Richter Thomas anschlossen: Der Gerichtshof „sollte aufhören, die Ansichten von Ausländern als Teil der erwogenen Grundlage seiner Entscheidungen vorzubringen. Sich auf fremdes Recht zu stützen, wenn es mit der eigenen Meinung übereinstimmt, und es zu ignorieren, wenn nicht, ist keine überlegte Entscheidungsfindung, sondern Sophisterei.“

Eine weitere schneidende Kritik kam letztes Jahr von einem Richter des Zweiten Bundesgerichtsbezirks, Richard Posner: „Ausländisches Recht als Rechtsquelle zu zitieren, ist ein Flirt mit der diskreditierten ... Idee von einem universellen Naturrecht; oder der Phantasievorstellung anzuhängen, die Richter der Welt würden eine einheitliche Elitengemeinschaft von Weisheit und Gewissen darstellen.“ Richter Posners Ansicht beruht zum Teil auf dem Bedenken, dass U.S. Richter den gesellschaftlichen, historischen, politischen und institutionellen Hintergrund nicht erfassen, vor dem ausländische Meinungen entstehen. Noch würden wir die Sprache, in der Gesetze und Urteile außerhalb der Common Law Sphäre abgefasst sind, verstehen.

Richter Posner hat in einer Hinsicht natürlich Recht: Ausländische Meinungen sind insofern nicht maßgebend, als sie für den U.S. Richter keine bindenden Präzedenzfälle darstellen. Doch können sie die Wissensreserve erweitern, die für die Lösung drängender Fragen von Bedeutung ist. Was die Unkenntnis ausländischer Rechtssysteme angeht, können – genau wie Anwälte bei multinationalen Transaktionen und in Anwaltsvereinigungen voneinander lernen – auch Richter vom Austausch und von Verbindungen mit Richtern anderswo profitieren. Natürlich sollten wir ausländischen Rechtsmaterialien mit einer gewissen Sensibilität für unsere Unterschiede und Unzulänglichkeiten begegnen, doch sollten diese Unterschiede und Unzulänglichkeiten nach meiner Überzeugung nicht dazu führen, die Anstrengungen aufzugeben, von der Erfahrung und vom vernünftigen Denken zu lernen, das ausländische Quellen vermitteln können.¹

Etwas entgegenkommender hat ein Richter des Neunten Bundesgerichtsbezirks, Diarmuid O'Scannlain, im Herbst 2004 am Institute of Advanced Legal Studies in London erklärt: „[Richter] in den Vereinigten Staaten und in anderen Ländern sollten sich nur mit Vorsicht auf eine vergleichende Verfassungsanalyse einlassen“; denn „unsere jeweiligen Länder und Rechtssysteme bleiben unter mehrfachen wichtigen Aspekten unterschiedlich.“ „Begrenzte Bezugnahmen auf ausländische Rechtsquellen mag in der gegenwärtigen amerikanischen Rechtswissenschaft eine nützliche Rolle spielen“, sagte er, „Gerichte in den Vereinigten Staaten sollten [jedoch] den Gebrauch ausländischer Rechtsquellen auf bestimmte genau umschriebene Fallkategorien beschränken“; zuerst und vor allem, wenn Verträge oder internationale Konventionen relevant sind, und auch, wenn unser Kongress „den Wunsch geäußert hat, die Vereinigten Staaten mit der

¹ Richter Posner erkennt an, dass anderswo [ergangene] Entscheidungen Informationswert haben könnten; sie könnten, so sein Gedanke, nützlich sein, wenn sie überzeugende Erwägungen enthalten.

internationalen Gemeinschaft in Übereinstimmung zu bringen“.

Richter O'Scannlain hat als Beispiele zwei Voten angeführt, die ich für den Gerichtshof geschrieben habe. Das erste, *El Al Israel Airlines, Ltd. v. Tsui Yuan Tseng*, baute auf eine Entscheidung des House of Lords auf, in der das Warschauer Abkommen zur Haftungsbegrenzung für Fluggesellschaften bei Schäden von Passagieren ausgelegt wurde; die zweite, *Eldred v. Ashcroft*, bestätigte ein Gesetz als verfassungsgemäß, das unsere Copyright Schutzfrist mit jener der Europäischen Union (Lebenszeit [des Urhebers] plus 70 Jahre) in Übereinstimmung brachte. Richter O'Scannlain stimmte in seiner Darstellung mit einem Richter des Vierten Bundesgerichtsbezirks, J. Harvie Wilkinson, III, überein, der vor einem Blick über die Grenzen warnte, wenn „umstrittene gesellschaftliche Themen“ zur Entscheidung anstehen.

Für die Ansicht, die von sechs meiner gegenwärtigen Kollegen geteilt wird, ist eher repräsentativ, was Patricia M. Wald, vormals Präsidentin des D.C.-Bundesgerichtsbezirks, letztes Jahr in ihrer charakteristischen Weisheit sagte: „Für mich ist schwierig zu erkennen, dass die Verwendung von ausländischem Entscheidungsrecht ein Ja-oder-Nein-Thema ist. Ich sehe es eher als ein Beckenentwicklungsfähiger und nützlicher Informationen und Gedanken, die mit Vorsicht und Zurückhaltung zu Tage gefördert werden müssen.“

Eine Reihe von Mitgliedern des U.S. Kongresses würde jede Debatte darüber, ob U.S. Gerichte auf ausländische oder internationale Rechtsmaterialien Bezug nehmen sollten, beenden. Die meisten von ihnen würden die Frage mit einem schallenden „Nein“ beantworten. Zwei identische Resolutionen, die eine kürzlich im Repräsentantenhaus eingebracht und die andere im Senat, erklären, „richterliche Auslegungen der Bedeutung der Verfassung der Vereinigten Staaten sollten nicht ... auf Urteile, Gesetze oder Äußerungen auswärtiger Institutionen gestützt werden“, es sei denn, dass derartige Materialien „eine Auslegung der ursprünglichen Bedeutung der Verfassung enthalten“. Die Resolution im Repräsentantenhaus hat 49 Unterzeichner [bei 435 Mitgliedern] gefunden. Beide Resolutionen bereiten ähnliche Maßnahmen wieder auf, die bereits im 108. Kongress eingebracht, aber nie zur Abstimmung gebracht wurden. Obwohl ich bezweifle, dass die Resolutionen vom jetzigen Kongress angenommen werden, ist es doch beunruhigend, dass sie beträchtliche Unterstützung auf sich gezogen haben.

Die Kritiker in Kongress und Medien missverstehen nach meiner Überzeugung weitgehend, wie und warum U.S. Gerichte sich auf ausländische und internationale Gerichtsentscheidungen beziehen. So zeigte sich die Washington Post z.B. in einem Leitartikel vom 25. März 2005 besorgt, „über die Folgewirkungen für Freiheit und demokratische Rechte des amerikanischen Volkes für den Fall, dass die Gerichte Amerikas Verfassungstradition outsourcen“. Wir beziehen uns auf im Ausland ergangene Entscheidungen, insofern wiederhole ich mich, nicht als maßgebende Präzedenzfälle, sondern als Hinweis auf – um es mit den Worten von Richter Wald zu sagen – „gemeinsame Nenner grundlegender Gerechtigkeit, die die Beziehungen zwischen Regierenden und Regierten prägt“.

Professor Vicki Jackson erwähnte den zuweilen „wertlosen Nutzen“ vergleichender Seitenblicke. Hierzu führte sie den *Steel Seizure Case* [Stahlbeschlagnahme-Fall] an. In seiner abweichenden Meinung hatte Richter Jackson auf Regelungen der Weimarer Verfassung in Deutschland hingewiesen, die es Adolf Hitler erlaubten, diktatorische Vollmachten an sich zu reißen. Er stellte die Lage in Deutschland der in Frankreich und Großbritannien gegenüber, in denen für die Ausübung von Notstandsvollmachten eine gesetzliche Ermächtigung notwendig gewesen sei.

Diesen Vergleich zog Richter Jackson zur Unterstützung seiner Schlussfolgerung heran, dass der amerikanische Präsident ohne weitere spezifische Ermächtigungen durch den Kongress kein Privateigentum zur Verstärkung der Kriegsanstrengungen beschlagnahmen dürfe.

* * *

Unsere eigene Verfassung, bemerkte Richter Scalia, enthalte keine Vorschrift, die jener Südafrikas ähnelt. Die Verfassung jenes Landes sieht vor, dass Gerichte bei der Auslegung der Bill of Rights Völkerrecht in Erwägung ziehen müssen und ausländisches Recht in Erwägung ziehen können. Weitere nach dem Zweiten Weltkrieg entstandene Verfassungen, wie die Indiens und Spaniens z.B. haben ähnliche Vorschriften.

Ich möchte zu Richter Scalias Lagebeschreibung Zweifel anmelden. Richter in den Vereinigten Staaten haben die Freiheit, jede Art von Kommentar zu Rate zu ziehen – Restatements, Verträge und beispielsweise, was Rechtsprofessoren oder sogar Studenten in reichem Maße in juristischen Fachzeitschriften veröffentlichen. Wenn wir diese Schriften zu Rate ziehen dürfen, warum dann nicht auch die Analyse des Obersten Gerichtshofs von Kanada, des Verfassungsgerichtshofs von Südafrika, des deutschen Bundesverfassungsgerichts oder des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zu einer Frage, die sich ähnlich stellt? Der Präsident des Obersten Gerichtshofs von Israel, Aharon Barak, hat es, denke ich, richtig getroffen, als er Hassreden, den Schutz der Privatsphäre, Schwangerschaftsunterbrechung, die Todesstrafe und jetzt den Kampf gegen Terror zu den Fragen zählte, bei denen sich eine rechtsvergleichende Untersuchung erkenntnisfördernd oder als im positiven wie im negativen Sinne wertvoll erweisen könnte.

Dazu ein Fall. In einer durch den Kampf gegen Terrorismus unerwartet hervorgerufenen Kontroverse fällten die Lords of Appeal am 16. Dezember 2004 ein wegweisendes Urteil [EuGRZ 2005, Heft 17], das über die Grenzen des Vereinigten Königreichs hinausblickt. Antragsteller waren im Belmarsh-Gefängnis festgehaltene Ausländer. Die neunköpfige Richterbank entschied mit 8:1 Stimmen, dass die zeitlich unbegrenzte Festsetzung von terrorismusverdächtigen Ausländern durch die britische Regierung, ohne Anklage und ohne Gerichtsverfahren, mit der Europäischen Menschenrechtskonvention, die durch den Human Rights Act in innerstaatliches Recht inkorporiert wurde, unvereinbar ist. Lord Bingham spannt in seinem Leitvotum den Bogen von innerstaatlichen Entscheidungen und Urteilen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte bis hin zu Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs von Kanada und U.S. Bundesgerichtsentscheidungen. Für sein Urteil, die unterschiedliche Behandlung von Staatsangehörigen und Ausländern sei unter der Europäischen Menschenrechtskonvention unzulässig, nimmt Lord Bingham außerdem auf mehrere U.N. Instrumente Bezug – von der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte 1948 bis hin zum Internationalen Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung von 1965.

Andere Voten zu dieser bemerkenswerten Entscheidung nehmen ebenfalls auf kanadische und U.S. Voten Bezug. Ein Beispiel: Baroness Hale (die erste Frau überhaupt, die zum Lordrichter ernannt wurde) zitierte, nachdem sie festgestellt hatte, „Belmarsh sei kein britisches Guantanamo“, eine Passage über Minderheitenrechte aus Thomas Jeffersons Antrittsrede. Die New York Times nannte das Urteil der Lords „ein starkes Beispiel für die zunehmende Interdependenz innerstaatlichen und internationalen Rechts – zumindest außerhalb der Vereinigten Staaten“.

Das Parlament hat gerade letzten Monat (11. März), wie ich hinzufügen sollte, auf das Urteil der Lords reagiert und als Teil eines Antiterrorgesetzes eine Vorschrift verabschiedet, der zufolge Terrorismusverdächtige anstatt in einem Gefängnis festgehalten unter eine höchst strenge Form von Hausarrest gestellt werden können, allerdings wieder ohne Anklage oder Gerichtsverfahren.

Die Meinung, es sei falsch, bei heftig umstrittenen Fragen über die Grenzen der Vereinigten Staaten hinaus zu blicken, ist eng mit der Ansicht verwandt, die U.S. Verfassung sei ein in der Zeit ihrer Annahme inhaltlich erstarrtes Dokument. Ich teile diese Ansicht nicht. U.S. Richter ehren nach meiner Auffassung die Absicht der Verfassungsautoren, „eine vollkommenere Union zu verwirklichen“, am besten, wenn Sie unsere Verfassung als zu einem globalen 21. Jahrhundert gehörend verstehen und nicht als auf ewig an Deutungen aus dem 18. Jahrhundert gefesselt.

Richter Oliver Wendell Holmes, Jr. hat es in einem 1920 entschiedenen Fall, *Missouri v. Holland*, bei dem es um Befugnisse beim Abschluss von Verträgen ging, treffend formuliert. „Wenn wir es mit Worten ... [in] der Verfassung der Vereinigten Staaten zu tun haben“, schrieb Holmes, „müssen wir uns darüber im klaren sein, dass deren Autoren ein Wesen ins Leben gerufen haben, dessen Entwicklung selbst von den Begabtesten unter ihnen nicht hatte vorhergesehen werden können Der uns vorgetragene Fall muss im Lichte unserer gesamten Erfahrung beurteilt werden und nicht bloß nach dem, was vor hundert Jahren gesagt wurde.“

Die wegweisende plurality opinion (relative Mehrheit) von 1958 im Fall *Trop v. Dulles* bringt dasselbe Thema zum Klingen. Dort ging es um die richtige Interpretation des Verbots „grausamer und unüblicher Strafen“ im Achten Zusatzartikel der Verfassung. „Das dem Zusatzartikel zugrundeliegende Konzept“, stellte das Votum fest, „ist nichts weniger als die Würde des Menschen“. Deshalb muss der Verfassungstext „seine Bedeutung aus den sich entwickelnden Maßstäben des Anstands entnehmen, die den Fortschritt einer reifer werdenden Gesellschaft kennzeichnen“. In dieser Hinsicht stellte die plurality opinion weiter fest: „Die zivilisierten Nationen dieser Erde sind sich im Grunde genommen einig darüber, dass Staatenlosigkeit nicht als Strafe für ein Verbrechen aufgezwungen werden darf.“

Ein neueres Beispiel für die Interpretationsmethode nach der Theorie einer zeitbezogenen Erstarrung bietet ein Fall aus dem Jahr 1999, *Grupo Mexicano de Desarrollo, S.A. v. Alliance Bond Fund, Inc.*, bei dem es nicht um große Verfassungsfragen ging, vielmehr waren einfache Billigkeitserwägungen gegenüber den Streitparteien ohne jedwede ideologische Begleitumstände zu klären. Der Sachverhalt: Eine mexikanische Firma blieb einem U.S. Gläubiger Zahlungen schuldig und wurde deshalb vor einem Bundesbezirksgericht verklagt, das für den Schuldner zuständig war. Während die mexikanische Firma in die Insolvenz glitt, war sie heftig damit beschäftigt, ihre verbliebenen Vermögenswerte unter ihren mexikanischen Gläubigern zu verteilen. Das geschah in offensichtlicher Verletzung einer vertraglichen Zusage, den U.S. Gläubiger mit allen anderen ungesicherten und nicht nachrangigen Gläubigern gleich zu behandeln. Bei fortwährendem Handeln dieser Art würde für den U.S. Gläubiger nichts übrig bleiben.

Britische Gerichte haben seit 1975 für ähnliche Fälle Abhilfe. Um das Vorhandensein von Vermögenswerten sicher zu stellen, in die nach einem Endurteil für den klagenden Gläubiger vollstreckt werden kann, treffen Gerichte im Vereinigten Königreich *Mareva*-Verfügungen, so nach dem zweiten Fall dieser Praxis genannt.² *Mareva*-Verfügungen hindern einen ausländischen Schuldner vorübergehend daran, während des vom innerstaatlichen Gläubi-

ger angestregten Verfahrens Vermögenswerte zu transferieren.

Über 20 Jahre nach den Leitentscheidungen im Vereinigten Königreich, die in der Zwischenzeit von anderen Common-Law-Ländern übernommen worden waren, hat ein U.S. Bundesbezirksgericht die *Mareva*-Verfügung geprüft und befand, dass sie alles in allem auf die Klage des U.S. Gläubigers gegen den mexikanischen Schuldner passen würde. Das Bundesberufungsgericht war einverstanden. Doch kam eine 5:4-Mehrheit im U.S. Supreme Court zu dem Ergebnis, *Mareva*-Verfügungen seien zu der Zeit, als die Verfassung angenommen wurde, nicht „traditionell von den Courts of equity erlassen worden“. Dies sei, lautete die Schlussfolgerung des Obersten Gerichtshofs, eine Befugnis, die englische Gerichte „übrigens ... bis 1975 nicht ausübten“ und die von U.S. Gerichten nicht wahrgenommen werden könnten.

Zu der statischen Konzeption von gerecht abhelfender Entscheidungsmacht habe ich eine abweichende Meinung verfasst, der sich die Richter Stevens, Souter und Breyer angeschlossen haben. Frühere Entscheidungen beschrieben diese Entscheidungsmacht als elastisch, anpassungsfähig gegenüber sich wandelnden Gegebenheiten. Ich stellte u.a. fest, dass Bundesgerichte in ihrem zuweilen heroischen Bemühen, die in *Brown v. Board of Education* angeordnete Aufhebung der Rassentrennung in öffentlichen Schulen durchzusetzen, sich keineswegs eine zeitlich erstarrte Auffassung ihrer gerechten Entscheidungsmacht zu eigen machten. In Entscheidungen „jenseits von Betrachtungen des obersten Richters aus dem 18. Jahrhundert“, haben sie die fortdauernden Gerechtigkeitsprinzipien auf die sich wandelnden Bedürfnisse einer Gesellschaft angewendet, die immer noch mit dem Prozess beschäftigt ist, „eine vollkommenere Union“ zu verwirklichen.

* * *

Soviel zur Interpretationsmethode nach der Theorie einer zeitbezogenen Erstarrung. Nun möchte ich mich einer anderen Unzulänglichkeit oder Insularität in der gegenwärtigen U.S. Rechtswissenschaft, zumindest wie ich sie sehe, zuwenden. Die Bill of Rights ist, kaum jemand würde das bestreiten, Markenzeichen und Stolz der Vereinigten Staaten. Man könnte deshalb annehmen, dass sie staatliches Handeln der U.S.A. leitet und bestimmt, wo immer auf der Welt es sich unter der Flagge der Vereinigten Staaten oder mit deren Siegel vollzieht. Doch ist das nicht die gegenwärtig vorherrschende Meinung. So kann z.B. ein U.S. Beamter einen fremden Staatsangehörigen, es sei denn es gäbe ein ausdrückliches vertragliches Verbot, entführen und gewaltsam in die Vereinigten Staaten vor ein Gericht bringen. Das entschied der Oberste Gerichtshof 1992 mit einer 6:3-Mehrheit [EuGRZ 1993, 3]. Im Jahr davor hatte der Verfassungsgerichtshof Südafrikas gegenteilig entschieden. Er bestimmte, dass unter Südafrikas Common Law ein Prozessgericht keine Gerichtsbarkeit über einen Angeklagten hat, wenn der Staat in der Weise rechtswidrig gehandelt hat, dass er ihn unter Beteiligung an einer Entführung über internationale Grenzen hinweg festgenommen hat.

² In dem einen Monat früher entschiedenen ersten Fall dieser Art, *Nippon Yusen Kaisha v. Karageorgis*, hat Lord Denning eingeräumt, dass „es nie Praxis englischer Gerichte war, vor einem Urteil Vermögensgegenstände des Beklagten zu beschlagnahmen oder die Verfügungsfreiheit hierüber einzuschränken“. Er stellte fest, „dass die Praxis auf dem europäischen Festland anders ist“, und kam zu dem Schluss, es sei „an der Zeit, unsere Praxis zu revidieren“.

Ein weiteres Beispiel, an dem ich beteiligt war, betrifft ein zivilrechtliches Verfahren: Das Bundesberufungsgericht für den District of Columbia entschied 1989 während meiner Amtszeit dort und entgegen meiner anderslautenden Meinung unter Berufung auf U.S. Supreme Court Präzedenzfälle, dass im Ausland handelnde ausländische Kläger – hier waren es indische Familienplanungs-Organisationen – keine Rechte aus dem Ersten Zusatzartikel der Verfassung beanspruchen könnten und deshalb auch keine Klagebefugnis hätten, eine Verletzung dieser Rechte durch U.S. Beamte geltend zu machen. In meiner abweichenden Meinung widersprach ich der Ansicht, dass bei einem Zusammenstoß zwischen den Vereinigten Staaten und Ausländern mit Wohnsitz im Ausland, „der Zusatzartikel der Verfassung, den wir als ‚Ersten‘ preisen, vor Gericht wertlos ist“. Ich habe der Erwartung Ausdruck gegeben, dass die im Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States vertretene Position eines Tages unsere Rechtslage exakt beschreiben würde: „Wo immer die Vereinigten Staaten handeln, können sie dies nur in Übereinstimmung mit den von der Verfassung vorgeschriebenen Grenzen tun.“

Das Wesentliche wurde von Prof. Louis Henkin, Columbia-Universität, einem der Hauptautoren des gegenwärtigen Restatements, gesagt. Er schrieb:

„[I]n einer Welt von Staaten sind die Vereinigten Staaten nicht in der Lage, die Rechte aller Menschen überall zu sichern, [doch] sind sie immer in der Lage, sie zu respektieren. Unsere Bundesregierung darf in die individuellen Rechte keines menschlichen Wesens eingreifen. Die Wahl des Wortes „Person“ und nicht „Bürger“ in der Bill of Rights ist nicht zufällig, noch war es das Fehlen einer geographischen Begrenzung. Beides spiegelt die Verpflichtung wider, die individuellen Rechte aller menschlichen Wesen zu achten.“

* * *

Um auf mein Hauptthema zurückzukommen, werde ich die neuesten Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs etwas ausführlicher beschreiben, bei denen es um ausländische oder internationale Rechtsquellen als Auslegungshilfe bei der Entscheidung von verfassungsrechtlichen Fragen geht. In einer Entscheidung aus dem Jahr 2002, *Atkins v. Virginia*, hat eine Sechs-Richter-Mehrheit (alle außer dem Präsidenten und den Richtern Scalia und Thomas) die Vollstreckung der Todesstrafe an geistig zurückgebliebenen Straftätern für verfassungswidrig erklärt. Der Gerichtshof stellte fest, dass „in der Weltgemeinschaft die Verhängung der Todesstrafe für Verbrechen, die von geistig zurückgebliebenen Tätern begangen wurden, weltweit abgelehnt wird. Die folgende Sitzungsperiode 2002-2003 wurde als wegweisend gepriesen. Die Reporterin der New York Times, Linda Greenhouse, bemerkte am 1. Juli 2003 in ihrer jährlichen Zusammenstellung von Gerichtsentscheidungen: Der Gerichtshof hat „eine [ständig wachsende] Aufmerksamkeit gegenüber Rechtsentwicklungen im Rest der Welt und gegenüber seiner eigenen Rolle, die Vereinigten Staaten damit Schritt halten zu lassen, an den Tag gelegt.“

Als ein Beispiel würde ich hier die am 23. Juni 2003 entschiedenen affirmative-action-Fälle der Universität von Michigan nennen. In mehreren Sondervoten, dem sich in einem Fall Richter Breyer anschloss und dem sich in einem anderen Fall Richter Souter ganz sowie Richter Breyer teilweise anschloss, habe ich zwei Konventionen der Vereinten Nationen herangezogen: das Internationale Übereinkommen von 1965 zur Beseitigung jeder Form der Rassendiskriminierung, das die Vereinigten Staaten ratifiziert haben; dann das Übereinkommen zur Beseitigung

jeder Form von Diskriminierung der Frau, das die Vereinigten Staaten bedauerlicherweise noch nicht ratifiziert haben. Beide Konventionen unterscheiden zwischen unerlaubten Politiken der Unterdrückung oder Ausgrenzung und erlaubten Politiken der Eingliederung, „zeitlich begrenzte besondere Maßnahmen mit dem Ziel de facto Gleichheit zu beschleunigen“. Die Entscheidung des Gerichtshofs in dem Michigan-Law-School-Fall, so meine Feststellung, „stimmt mit dem internationalen Verständnis [von Ziel und Angemessenheit] der affirmative action überein“.

Ein noch besserer Indikator aus derselben Sitzungsperiode ist das am 26. Juni 2003 verkündete Votum des Richters Kennedy für den Gerichtshof, denn es konnte eine Mehrheit erreichen, im Fall *Lawrence v. Texas* [HRLJ 2003, 371]. Die Lawrence-Entscheidung erklärte unter Änderung der Rechtsprechung aus dem Jahr 1986 im Fall *Bowers v. Hardwick* eine texanische Vorschrift für verfassungswidrig, die einverständliche intime sexuelle Handlungen zwischen zwei erwachsenen Personen desselben Geschlechts verbot. Zu der Frage des Widerstreits zwischen einer dynamischen und einer statischen, d.h. einer Verfassungsverinterpretation nach der Theorie der zeitbezogenen Erstarrung, hält das Votum des Gerichtshofs fest:

„Hätten jene, die die Due-Process-Klausel des Fünften Zusatzartikels der Verfassung und den Vierzehnten Zusatzartikel entworfen und ratifiziert haben, die Elemente der Freiheit in ihren verschiedenartigen Möglichkeiten vorhergesehen, wären sie wahrscheinlich mehr in Einzelheiten gegangen. Sie glaubten jedoch nicht, über diesen Einblick zu verfügen. Sie wussten, die Zeitumstände können uns gegenüber bestimmten Wahrheiten blind machen und spätere Generationen können erkennen, dass Gesetze, die einst für notwendig und angemessen gehalten wurden, in Wirklichkeit nur der Unterdrückung dienen. Solange diese Verfassung fortbesteht, können Personen aus jeder Generation bei ihrer eigenen Suche nach größerer Freiheit sich auf deren Prinzipien berufen.“

Zum Respekt vor „den Meinungen der Menschheit“ hat der Gerichtshof im *Lawrence*-Urteil hervorgehoben: „Das Recht, das die Antragsteller in diesem Fall suchen, ist in vielen anderen Ländern als integraler Bestandteil der menschlichen Freiheit anerkannt.“ Zur Unterstützung zitierte der Gerichtshof die Leitentscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte aus dem Jahre 1981 im Fall *Dudgeon gegen Vereinigtes Königreich* [EuGRZ 1983, 488] und weitere Entscheidungen des EGMR, in denen das geschützte Recht homosexueller Erwachsener auf intime einverständliche Handlungen, bestätigt wird.

Ausländische und internationale Rechtsquellen spielten auch in mehreren Entscheidungen der Sitzungsperiode 2003-2004 eine Rolle, insbesondere zwei vom Juni 2004. Die eine Entscheidung, *Hamdi v. Rumsfeld*, betraf einen U.S. Bürger, der in einem Marine-Gefängnis in Süd-Carolina in Einzelhaft gehalten wurde, nachdem er durch Regierungsverordnung zum „feindlichen Kombattanten“ erklärt worden war. Sechs Monate vor der erwähnten Entscheidung der Lords of Appeal im Belmarsh-Fall entschied der Gerichtshof mit 8:1 Stimmen, dass der Antragsteller zumindest Anspruch auf eine faire Möglichkeit habe, die seine Haft begründenden Tatsachen zu bestreiten. Selbst in „Augenblicken größter Herausforderung und Ungewissheit“, wenn die „Verpflichtung unserer Nation auf ein faires Gerichtsverfahren harten Prüfungen ausgesetzt ist“, schrieb Richterin O'Connor für eine relative Mehrheit (plurality) von vier Richtern, „müssen wir die verpflichtenden Prinzipien zu Hause einhalten, für die wir draußen kämpfen“. „Ein Kriegszustand“, stellt sie in ihrem Votum klar, „ist kein Blanko-Scheck für den Präsidenten“, auf

den Rechten der Bürger herumzutampeln. In der Tat „lehren uns Geschichte und gesunder Menschenverstand, das ein ungeprüftes System der Freiheitsentziehung die Möglichkeit in sich trägt, ein Mittel für Unterdrückung und Missbrauch zu werden“.

Im anderen „feindliche Kombattanten“-Fall, *Rasul v. Bush* [EuGRZ 2004, 791], entschied der Gerichtshof, dass U.S. Gerichte zuständig sind, über Klagen gegen die Rechtmäßigkeit der Inhaftierung fremder Staatsangehöriger zu befinden, die bei Feindseligkeiten im Ausland gefangen genommen und auf den U.S. Flottenstützpunkt in Guantanamo Bay, Kuba, gebracht worden sind. Der Oberste Gerichtshof hat insofern nur das erste Kapitel zu dem Gefangenenlager in Guantanamo Bay geschrieben. Im zweiten Kapitel ist das Bezirksgericht für den District of Columbia gespalten. Ein Richter war der Meinung, dass in Guantanamo Bay festgehaltene Ausländer keinen Anspruch auf ein Gerichtsverfahren haben. Ein anderer Richter entschied, dass in Guantanamo Bay festgehaltene Ausländer durchaus Anspruch auf ein faires Gerichtsverfahren zu der Frage haben, ob ihre Inhaftierung den Anforderungen an ein faires Verfahren genügt. Beide Fälle sind gegenwärtig beim Bundesberufungsgericht für den District of Columbia anhängig.

Der zur Zeit deutlichste Ausdruck, dass es angebracht und nützlich ist, „die Meinungen der Menschheit“ zu Rate zu ziehen, findet sich in der vorigen Monat [1.3.05] ergangenen Entscheidung im Fall *Roper v. Simmons*. Der Gerichtshof hielt die Hinrichtung von Personen für verfassungswidrig, die bei Begehung von Kapitalverbrechen unter 18 Jahre alt waren. Der Gerichtshof erklärte es für angebracht, „das überwältigende Gewicht der internationalen Meinung gegen die Todesstrafe für Jugendliche“ anzuerkennen. Richter Kennedy schrieb für den Gerichtshof, dass die Meinung der Weltgemeinschaft „eine respektvolle und signifikante Bestätigung unserer eigenen Schlussfolgerungen“ vermittelt. Er fügte die Erklärung hinzu: „Es mindert unsere Treue zur Verfassung in keiner Weise, die ausdrückliche Bestätigung bestimmter Grundrechte durch andere Nationen und Völker“ anzuerkennen. Diese Bestätigung, fuhr er fort, „unterstreicht die zentrale Stellung dieser selben Rechte in unserem eigenen freiheitlichen Erbe“.

Obwohl Richter O'Connor das kategorische Urteil des Gerichtshofs in einer abweichenden Meinung nicht teilte, stimmte sie mit dem Gerichtshof bei der Relevanz überein, die „ausländisches und internationales Recht für [unsere] Beurteilung sich wandelnder Maßstäbe des Anstands“ haben. Die anderen Dissenter, für die Richter Scalia sprach, behaupteten mit Heftigkeit, dass ausländisches und internationales Recht bei der Bestimmung dessen keinen Platz haben, welche Strafen „grausam und unüblich“ im Sinne unseres Achten Zusatzartikels der Verfassung sind.

Wenngleich Vorhersagen zugegebenermaßen riskant sind, bin ich dennoch der Überzeugung, dass wir fortfahren werden, den „gebührenden Respekt vor den Meinungen der Menschheit“ als eine Sache der gegenseitigen Achtung

der Völker (comity) und im Geiste der Bescheidenheit anzusehen. Gegenseitige Achtung der Völker, weil Vorhaben von vitaler Bedeutung für unser Wohlergehen – der Kampf gegen den internationalen Terrorismus ist ein schlagendes Beispiel – Vertrauen und Zusammenarbeit der Völker in aller Welt erfordern. Und Bescheidenheit, weil, mit den Worten von Richter O'Connor gesagt, „andere Rechtsordnungen ständig Veränderungen vornehmen, neue Lösungen für neue, täglich auftauchende Rechtsprobleme finden und erproben, aus denen wir lernen und Nutzen ziehen können“.

In dieser Hinsicht war ich von einer Bemerkung des Präsidenten des Obersten Gerichtshofs von Israel, Aharon Barak, im September 2003 beeindruckt. Der 11. September, sagte er, konfrontiert die Vereinigten Staaten mit dem Dilemma, einen Krieg gegen den Terrorismus zu führen, ohne die von der Nation am stärksten empfundenen Werte zu opfern, zu denen die Achtung der Menschenwürde gehört. „Wir in Israel“, sagte Barak, „haben unseren 11. September und 12. September und so fort“. Er sprach über die Bemühungen seines Gerichtshofs, einerseits das zweifellos zwingende Bedürfnis seiner Regierung, die Sicherheit des Staates und seiner Bürger zu gewährleisten, mit der andererseits hohen Wertschätzung des Volkes für „Menschenwürde und Freiheit“ im Gleichgewicht zu halten. Insbesondere bezog er sich auf eine Frage, die sein Gerichtshof zu beantworten hatte: „Ist es rechtens, beim Verhör eines Terroristen in einer Situation der ‚tickenden Zeitbombe‘ Gewalt (weniger euphemistisch: Folter) anzuwenden?“ Die Antwort seines Gerichtshofs lautete: Nein, „brauche nie Gewalt.“ Er führte aus:

„Es ist das Schicksal einer Demokratie, dass für sie nicht alle Mittel akzeptabel sind, ... nicht alle Methoden ihrer Feinde stehen ihr offen. Manchmal muss eine Demokratie mit einer auf dem Rücken festgebundenen Hand kämpfen. Trotzdem behält sie die Oberhand. Die Vorherrschaft des Rechts zu wahren und die Anerkennung individueller Freiheiten stellen ein wichtiges Element des Verständnisses [einer Demokratie] für Sicherheit dar. Am Ende werden [diese Werte die Oberhand gewinnen], ihr Geist und ihre Stärke [und ihre Fähigkeit], die Schwierigkeiten überwinden.“

Wir leben in einem Zeitalter, in dem die grundlegenden Prinzipien, für die wir eintreten – Freiheit, Gleichheit und Gerechtigkeit für alle – auf außergewöhnliche Herausforderungen treffen. Doch ist es zugleich ein Zeitalter, in dem wir anderen die Hand reichen können, die jene Grundsätze mit uns teilen und sich ähnlichen Herausforderungen gegenübersehen. Lassen Sie uns bei Abigail Adams Anregung finden, die ihrem Sohn und späteren Präsidenten, als er erwachsen wurde, schrieb:

„Dies sind Zeiten, in denen ein Genius gern leben würde. Nicht in der stillen Ruhe des Lebens oder in der Erholsamkeit einer friedlichen Lage werden große Charaktere geformt. Die Fähigkeiten eines kraftvollen Geistes werden geformt, wenn er mit Schwierigkeiten kämpft.“