

Die Verfassung der «Vereinigten Staaten von Amerika» von 1787

Föderalismus als (Inter)nationale Ordnung

Robert Schütze*

1. Einleitung

Der Föderalismus hat eine lange «Reise durch die Zeit auf der Suche nach Sinn» gemacht.¹ Sein etymologischer Ursprung liegt im «foedus» – einem Wort, das Vertrag bedeutete.² Vertragliche Bindungen können aber verschieden geschlossen werden und das föderale Prinzip war daher für eine Vielzahl konzeptioneller Richtungen offen. Schon früh wurde die Idee des Föderalismus mit Vereinbarungen politischer Ordnungen assoziiert. Es gab aber keine antike Theorie des Föderalismus;³ und auch im Mittelalter fand das föderale Prinzip nur wenig Licht zum Wachsen.⁴ Der moderne Föderalismus tritt erst mit dem Entstehen des neuzeit-

* Alle Übersetzungen sind die des Verfassers. Ich danke herzlich Daniel Halberstam und Konrad Lachmayer.

1 S. R. Davis, *The Federal Principle: A Journey through Time in the Quest of Meaning* (University of California Press, 1978). Für ebenso brillante Einführungen, siehe auch: O. Beaud, *Théorie de la Fédération* (Presses Universitaires de France, 2007); E. Deuerlein, *Föderalismus: Die historischen und philosophischen Grundlagen des föderativen Prinzips* (List, 1972); R. Kosseleck, *Bündnis, Föderalismus, Bundesstaat*, in: O. Brunner, W. Conze & R. Kosseleck (Hrsg.), *Geschichtliche Grundbegriffe: Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland* (Klett, 1974–97), 582; M. Forsyth, *Union of States: The Theory and Practice of Confederations* (Leicester University Press, 1981); und B. Vuyenne, *Histoire de l'idée federalist: Les Sources* (Presses d'Europe, 1973).

2 Der lateinische Begriff «foedus» bezieht sich auf «fides» – die «Treue» und das «Vertrauen». Das Mittelalter fügt ihm manchmal das Präfix «kon» hinzu. Das Ergebnis war ein Pleonasmus, der unterstrich, dass es sich um eine Vereinigung von Menschen «mit» Menschen handelte (s. B. Vuyenne, *ibid.*, 61).

3 In der griechischen Philosophie wird die Föderation (*koïnon*) vom Stadtstaat (*polis*) überschattet, siehe: E. Deuerlein (Fn. 1), 307. Im Römischen Reich ist *foedus* ein Militärbündnis, bei dem die *con-foederati* sich Treue schworen.

4 Der mittelalterliche Universalismus marginalisiert die konstitutionellen Theorien der politischen Verschiedenheit, siehe: S. R. Davis (Fn. 1), 35.

lichen europäischen Staatensystems hervor. In föderalen politischen Ordnungen ist Macht zwischen einem einheitlichen Zentrum und einer vielheitlichen Peripherie geteilt. Föderalismus steht für eine architektonische Struktur der «Einheit in Vielfalt».

Es ist aber nicht nur eine, sondern es sind gleich drei föderale Traditionen, die in der Neuzeit entstehen. Zunächst engt das klassische Souveränitätsdogma den Föderalismus auf rein *völkerrechtliche* Beziehungen zwischen souveränen Staaten ein. (Kon)föderale Ordnungen werden als permanente internationale Organisationen begriffen. Am Ende des 18. Jahrhunderts wird dieses internationale Föderalismuskonzept von der amerikanischen Verfassungstradition überschattet. In dieser zweiten Tradition wird die föderale Idee mit der konkreten Verfassungsrealität der «Vereinigten Staaten von Amerika» als «Mittelweg» zwischen internationaler und nationaler Organisationsstruktur verbunden. Dieser konzeptionelle «Mischbegriff» wird zwar bald nach Europa exportiert, doch wird er hier im Laufe des 19. Jahrhunderts in ein rein «nationales» Korsett gezwängt. Diese dritte Begriffstradition hat den Föderalismus auf den «Bundesstaat» verengt. Im *europäischen* Bundesstaat ist die Souveränitätsfrage damit zugunsten des Zentralstaates gelöst.⁵

Können wir die Europäische Union als Föderation begreifen? Europas rechtliche Struktur wird oft als *sui generis* porträtiert. Das ist konzeptionell und historisch kurzsichtig. Dieser Beitrag sucht nach amerikanischen Vergleichen, wobei die Überzeugung geteilt wird, «dass ältere Lehren des Föderalismus zwar keine Blaupause für die europäische Integration darstellen, diese allerdings für das Verständnis der Europäischen Union helfen können».⁶ Die Untersuchung dieser «Vergleichbarkeitsthese» erfolgt in drei Teilen. Ein erster Abschnitt rekonstruiert die «klassische» Tradition des Föderalismus. Nur vor diesem semantischen Hintergrund kann die amerikanische Verfassungsdebatte am Ende des 18. Jahrhunderts verstanden werden. Die Neuheit der amerikanischen Föderalistradition ist die Idee der geteilten oder doppel-

5 Für eine Analyse dieser «europäischen Föderalistradition», siehe: R. Schütze, *From Dual to Cooperative Federalism* (Oxford University Press, 2009) 30–36 und 58 ff.

6 M. Forsyth, *The Political Theory of Federalism: The Relevance of Classical Approaches*, in: J. Hesse & V. Wright (Hrsg.), *Federalizing Europe?: The Costs, Benefits, and Preconditions of Federal Political Systems* (Oxford University Press, 1996), 25.

ten Souveränität. Der «Bund» wird als ein *mixtum compositum* verstanden, in dem die Souveränitätsfrage offen bleibt. Dabei entstehen Verfassungskonflikte über das Verhältnis zwischen der Union und ihren Gliedern. Der dritte Teil geht auf zwei Verfassungskrisen ein, durch die die Ideen der «Interposition» und «Nullifikation» geformt werden. Die Zusammenfassung spannt schliesslich den Bogen zur Europäischen Union.

2. Die «klassische» Tradition: der «internationale» Begriff des Föderalismus

Der moderne Föderalismus entsteht mit dem Westfälischen Staatensystem. Der philosophische Kern dieses Systems ist die rechtliche Unabhängigkeit jedes einzelnen Staates.⁷ Dieser normative Pluralismus formt den konzeptionellen Hintergrund aller politischen Föderalismuslehren. Nur durch ihn kann Föderalismus als rechtliche Verbindung *verschiedener* politischen Ordnungen begriffen werden. Die föderale Idee trifft damit auch gleich auf ein normatives Dilemma, da die Befürworter staatlicher Souveränität die Existenz jeglicher supranationaler Autorität leugnen und eine Unterscheidung einführen, welche das moderne Rechtsdenken seit jeher strukturiert: die Unterscheidung zwischen nationalem und internationalem Recht. Ersteres ist zwingendes Recht und steht für Unterordnung. Letzteres ist freiwilliges Recht und steht für Nebenordnung. Nach diesem «klassischen» Verständnis kann es ein «öffentliches Recht» souveräner Staaten nicht geben. Ein zwingendes Völkerrecht ist eine *contradictio in adjecto*: um «zwingen» zu können, bedarf es einer Autorität über den Staaten; aber diese supranationale Ordnung darf es nicht geben, solange die Souveränität prägendes Merkmal des modernen Staates ist. Unter der Prämisse der Staaten-Souveränität müssen alle Beziehungen zwischen Staaten freiwillig und zwanglos bleiben.⁸

7 E. de Vattel, *Le Droit Des Gens* (Elibron Classics, 2006), 77 – Préliminaires, § 4: «[L]es Nations ou les États souverains doivent être considérées comme autant de personnes libres, qui vivent entre elles dans l'état de nature.»

8 E. de Vattel, *ibid.*, 57-9 – Préface: «Dès le commencement de mon ouvrage, on trouvera que je diffère entièrement de M. Wolff dans la manière d'établir les fondements de cette espèce de droit des gens, que nous appelons *volontaire*. M. Wolff le déduit de l'idée d'une espèce de grande république (*civitas maxima*) instituée par la

Wie kann sich das Völkerrecht des 17. Jahrhunderts dann «Staaten-Ordnungen» wie die Schweizerische Eidgenossenschaft, die Vereinigten Provinzen der Niederlande und das Heilige Römische Reich Deutscher Nation erklären? Die klassische Föderalismustradition entsteht in der diskursiven Auseinandersetzung mit diesen theoretischen «Missgebilden». Zusammengesetzte Staatsgebilde passen nicht in diese normative Welt, die der Idee der Souveränität huldigt. Um diese rechtlichen Kuriositäten dennoch in Einklang mit dem Souveränitätsdogma zu bringen, werden sie in eine konzeptionelle Dichotomie gezwungen: Entweder sind sie völkerrechtliche Vielheit *oder* nationale Einheit.⁹ So wird die Schweizer Eidgenossenschaft von *Bodin* als rein völkerrechtlicher Verband verstanden, in dem die Kantone ihre volle Souveränität erhalten haben; während das Deutsche Reich als Einheitsstaat mit aristokratischer Regierung klassifiziert wird.¹⁰ Der Föderalismus wird dabei mit rein *völ-*

nature elle-même, et de laquelle toutes les nations du monde sont les membres. Sui-
vant lui, le droit des gens *volontaire* sera comme le droit civil de cette grande répu-
blique. Cette idée ne me satisfait point, et je ne trouve la fiction d'une pareille répu-
blique ni bien juste, ni assez solide pour en déduire les règles d'un droit des gens uni-
versel et nécessairement admis entre les États souverains. Je ne reconnais point d'au-
tre société naturelle entre les nations, que celle-là même que la nature a établie entre
tous les hommes. Il est de l'essence de toute société civile (*civitatis*) que chaque
membre ait cédé une partie de ses droits au corps de la société, et qu'il y ait une au-
torité capable de commander à tous les membres, de leur donner des lois, de con-
traindre ceux qui refuseraient d'obéir. On ne peut rien concevoir, ni rien supposer
de semblable entre les nations. Chaque État souverain se prétend, et est effective-
ment, indépendant de tous les autres.»

9 O. von Gierke, *The Development of Political Theory* (Allen & Unwin, 1939), 263.

10 J. Bodin, *Method for the Easy Comprehension of History* (Octagon Books, 1966), 165-6 and 207: «But that all ambiguity be removed, we may ask whether govern-
ments federated among themselves can create one and the same state; for example,
the city-states of the Swiss ... But to have exchange of goods, sanctity of contract,
rights of intermarriage and of mutual entertainment, finally a form bond of friend-
ship does not create one and the same republic... Thirteen Swiss city-states ...
sealed a lawful alliance to the effect that they would not injure each other and that
in their common peril they would fight their sword foes with mutual aid. But there
is no common authority and no union. [...] Thus the separate city-states of the Hel-
vetians are bound by decrees of the others only so far as they voluntarily agree, as
in private partnerships. On the contrary, in one and the same domination what plea-
ses the majority binds all. A different opinion must be given about the ... German
imperial towns and provinces, which compose a state because they are subordinated
to the same empire and the same emperor ... [where] the princes have more power
over the citizens than the emperor himself[.]»

kerrechtlichen Beziehungen souveräner Staaten assoziiert.¹¹ Eine Staaten-Föderation ist ein völkerrechtlicher Staatenbund:

[Ein föderales System] besteht aus mehreren Staaten, die sich durch einen ewigen Vertrag verbinden. Es entsteht in der Regel dadurch, dass die einzelnen Staaten zwar ihre Autonomie bewahren wollen, aber doch nicht stark genug sind, ihre gemeinsamen Feinde abzuwehren. *In diesem föderalen Vertrag gibt es häufig eine Vereinbarung, die die Ausübung des einen oder anderen Teils der höchsten Souveränität von der Zustimmung aller abhängig macht.* Denn ein Vertrag, der ein föderales System begründet, unterscheidet sich von jenen Verträgen, die sonst häufig zwischen Staaten geschlossen werden, hauptsächlich darin: Letztere verpflichten die Völker zwar zu gegenseitigen Leistungen, aber ohne die Ausübung des Souveränitätsrechts, aus welchem diese Leistungen fließen, dem Willen der Bundgenossen zu unterstellen oder die vollkommene und unbegrenzte Souveränität eines Staates zu begrenzen. Diese einfachen Verträge haben gewöhnlich nur einen besonderen Vorteil der verschiedenen Staaten vor Augen, welchen diese zufällig gemeinsam verfolgen. Diese Verträge begründen keinen ewigen Bund in Angelegenheiten, welche die Hauptzwecke des Staates betreffen. *Der Fall ist ganz anders in [föderalen] Systemen. Diese Verträge zielen darauf ab, verschiedene Staaten im Interesse ihrer Sicherheit auf ewig miteinander zu verbinden. Und zu diesem Zweck machen sie die Ausübung bestimmter Teile ihrer höchsten Gewalt von der Zustimmung ihrer Verbündeten abhängig.*¹²

Dieses völkerrechtliche Föderalismusverständnis knüpft an die Unterscheidung zwischen «endlichen» und «ewigen» Verträgen. In föderalen Systemen werden souveräne Staaten durch einen «ewigen» Vertrag verbunden. Durch diesen Vertrag verpflichten sich die Staaten, die Ausübung gemeinsamer Interessen an einen «Rat» zu delegieren. Sie behal-

11 John Locke definiert deshalb die «federative power» als «the power of war and peace, leagues and alliances, and all the transactions with all persons and communities without the commonwealth»; siehe: J. Locke, *Two Treatises of Government* (Cambridge University Press, 1988), 365 – § 146.

12 Samuel von Pufendorf, *The Law of Nature and Nations – Volume II* (Clarendon Press, 1934), 1046-7 (Hervorhebungen durch den Verfasser).

ten aber ihre Unabhängigkeit in all jenen Bereichen, die «von geringem oder keinem Interesse für die anderen Staaten» sind. In einem «regulären» föderalen System sind alle Mitgliedstaaten gleich und autonom. Sie können den Bund freiwillig verlassen. Der «reguläre» Bund respektiert also voll und ganz die Souveränität seiner Mitglieder. Er arbeitet einstimmig: «Die Freiheit eines Staates ist nichts anderes als die Macht, nach eigener Einschätzung über Fragen seiner Selbsterhaltung selbst zu entscheiden.» «Es ist daher unvorstellbar, dass er in diesen Fragen von einer anderen Autorität gezwungen wird, etwas gegen seinen Willen zu tun.» «Denn es ist eine Sache, zu versprechen: ‹Ich will mein Recht nicht ausüben, wenn ihr nicht wollt›, und etwas ganz anderes zu sagen: ‹Ihr könnt verlangen, dass ich mein Recht ausübe, obwohl ich es nicht will›. Das erste Versprechen, aber nicht das zweite, ist im Bundesvertrag enthalten.» Wo das Prinzip der Einstimmigkeit durch das der Mehrheitsentscheidung ersetzt wird, verwandelt sich der Staatenbund in ein «irreguläres System», welches sich «der Natur des Staates annähert».¹³

Dieser Föderalismusbegriff wird zum Goldstandard des klassischen Völkerrechts. Er wird von Vattels «*Droit des Gens*», dem gefeierten Lehrbuch des 18. Jahrhunderts aufgegriffen. «Jede Nation, die sich selbst regiert, unter welcher Form auch immer, und ohne jedwede Abhängigkeit ausländischer Mächte, ist ein *souveräner Staat*». Und ein Staat, der in die Völkergemeinschaft aufgenommen werden will, muss souverän sein.¹⁴ Es ist daher von grundlegender Bedeutung, dass ein Staat in all seinen Beziehungen zu anderen Staaten seine Souveränität behält.¹⁵ Dies bedeutete für die Theorie des Bundes folgendes:

§ 10. Von Staaten, die eine Bundesrepublik bilden

Schliesslich können sich mehrere souveräne und unabhängige Staaten zu einem ewigen Bund vereinen, *ohne aufzuhören, jeder ein*

13 Ibid. 1050-2.

14 E. de Vattel, *Les Droit des Gens* (Fn. 7), 123: «Pour qu'une nation ait droit de figurer immédiatement dans cette grande société, il suffit qu'elle soit véritablement souveraine et indépendante, c'est-à-dire quelle se gouverne elle-même, par sa propre autorité et par ses lois.»

15 Im ersten Kapitel des ersten Buches seines «*Droit des Gens*» analysiert Vattel die verschiedenen Staatenverbindungen seiner Zeit: «Des États liés par des alliances inégales» (§ 5); «Ou par des traités de protection» (§ 6); «Des États tributaires» (§ 7); «Des États feudataires» (§ 8); «De deux États soumis au même prince» (§ 9); und endlich: «Des États formant une république fédérative» (§ 10).

perfekter Staat zu sein. Sie bilden zusammen eine Bundesrepublik: ihre gemeinsamen Beratungen *beeinträchtigen dabei nicht im Geringsten die Souveränität der Mitgliedstaaten, auch wenn sie, in bestimmten Bereichen, die Ausübung ihrer Souveränität freiwillig beschränken.* Aber eine Person hört eben nicht auf, frei und unabhängig zu sein, wenn sie Verpflichtungen erfüllen muss, zu denen sie sich freiwillig verpflichtet hat. So war es früher mit den Städten Griechenlands und ist es heute mit den Vereinigten Provinzen der Niederlande und den Mitgliedern der Schweizerischen Eidgenossenschaft.

§ 11. Von einem Staat, der unter die Herrschaft eines anderen geraten ist

Aber ein Volk, das unter die Herrschaft eines anderen gerät, ist kein Staat mehr. Es kann sich nicht mehr direkt auf das Völkerrecht berufen. Dies geschah mit den Völkern und Königreichen, die die Römer ihrem Reich unterwarfen: selbst die Mehrheit jener, die sie mit den Namen «Freund» und «Verbündeter» auszeichneten, waren keine wahren Staaten mehr. Diese Völker wurden zwar, im Inneren, von ihren eigenen Gesetzen und Richtern regiert; aber nach aussen waren sie verpflichtet, in jeder Sache die Befehle Roms zu befolgen. Sie wagten es nicht mehr selbst Krieg zu führen oder Allianzen zu schmieden und konnten nicht mit anderen Nationen verkehren.¹⁶

Ein Bundesvertrag war ein auf Dauer angelegter Vertrag, der die Errichtung eines ständigen diplomatischen Kongresses beinhaltete. Dennoch würden die «gemeinsamen Beratungen» der Mitgliedstaaten nicht deren Souveränität beeinträchtigen. Die Verpflichtungen innerhalb des Bundes waren «freiwillige Verpflichtungen», welche es jedem Mitglied erlaubten, ein «perfekter Staat» zu bleiben. Der völkerrechtliche Bund war selbst kein Staat. Staaten waren seine Mitglieder. Der Bund endete dort, wo die Mitgliedstaaten aufhörten Staaten zu sein; denn hier konnten sie sich nicht mehr auf das Völkerrecht berufen.

Warum sollten sich Staaten föderalisieren? Im 18. Jahrhundert werden auf diese Frage zwei berühmte philosophische Antworten gegeben:

16 Ibid., 131–135 (Hervorhebungen durch den Verfasser).

Die erste verweist auf einen partikularen, die zweite auf einen universalen Zweck. In «*De l'Esprit des Lois*» nennt *Montesquieu* einen konkreten Zweck für die Gründung von Bundesrepubliken. «Wenn eine Republik klein ist, dann wird sie durch eine äussere Macht zerstört; wenn sie gross ist, dann zerstört sie sich durch ein inneres Laster.» Um diesen «zweifachen Nachteil» wettzumachen, müssen Demokratien versuchen «alle inneren Vorteile der Republik mit der äusseren Kraft der Monarchie» zu verbinden. Die Lösung lag in der Schaffung einer «Bundesrepublik» (*république fédérative*). «Diese Herrschaftsform (*forme de gouvernement*) ist eine Vereinbarung, durch welche sich mehrere politische Ordnungen vereinen, um Bürger eines grösseren Staates zu werden. Es ist eine Gesellschaft von Gesellschaften, die eine neue bilden [...]» Aus kleinen Republiken bestehend, hat diese Bundesrepublik «die Güte der inneren Regierung jeder einzelnen Republik; und nach aussen hat sie, kraft ihrer Vereinigung, all die Vorteile grosser Monarchien.»¹⁷ Die föderierten Staaten würden ihre Souveränität behalten. Es zählt die Einstimmigkeit;¹⁸ und im Falle von Meinungsverschiedenheiten kann der Bund aufgelöst werden.

Ein zweiter – universaler – Zweck für eine Föderalisierung von Staaten stammt aus der Feder Kants. Kants Entwurf «Zum Ewigen Frieden» argumentiert, dass die Idee eines *Völkerrechts* nur auf der Grundlage einer Föderation souveräner Staaten verwirklicht werden kann.¹⁹ Die Staatengemeinschaft war noch im Naturzustand stecken geblieben. Der einzige Ausweg aus dieser traurigen Lage war Frieden mittels eines Bundesvertrages formal zu stiften. Der zweite Definitivartikel eines solchen Bundesvertrages lautete: «Das Völkerrecht soll auf einen Föderalismus freier Staaten gegründet sein.» Er ist in folgender Weise erklärt:

Völker, als Staaten, können wie einzelne Menschen beurteilt werden, die sich in ihrem Naturzustande (d. i. in der Unabhängigkeit

17 C. de Montesquieu, *De L'Esprit des Lois – Livre IX, Chapitre I* (Société les Belles Lettres, 1955), 5–7.

18 C. de Montesquieu, *Oeuvres Complètes* (Gallimard, 1949), 1005: «[C]omme chaque partie a conservé la souveraineté, il peut être fort bien établi que toutes les résolutions, pour être exécutés, soient unanimes». In diesem Punkt war die Endfassung des «*De l'Esprit des Lois*» vorsichtiger, siehe: C. de Montesquieu, *De L'Esprit des Lois* (Fn. 17), 8.

19 I. Kant, *Zum Ewigen Frieden*, in: I. Kant: *Werke in zwölf Bänden – Band 11* (Suhrkamp, 1977), 195 ff.

von äussern Gesetzen) schon durch ihr Nebeneinandersein lädierten, und deren jeder, um seiner Sicherheit willen, von dem andern fordern kann und soll, mit ihm in eine, der bürgerlichen ähnliche, Verfassung zu treten, wo jedem sein Recht gesichert werden kann. *Dies wäre ein Völkerbund, der aber gleichwohl kein Völkerstaat sein müsste.* Darin aber wäre ein Widerspruch; weil ein jeder Staat das Verhältnis eines Oberen (Gesetzgebenden) zu einem Unteren (Gehorchenden, nämlich dem Volk) enthält, viele Völker aber in einem Staate nur ein Volk ausmachen würden, welches (da wir hier das Recht der Völker gegen einander zu erwägen haben, so fern sie so viel verschiedene Staaten ausmachen, und nicht in einem Staat zusammenschmelzen sollen) der Voraussetzung widerspricht. [...] Da die Art, wie Staaten ihr Recht verfolgen, nie, wie bei einem äussern Gerichtshofe, der Prozess, sondern nur der Krieg sein kann, durch diesen aber und seinen günstigen Ausschlag, den Sieg, das Recht nicht entschieden wird, und durch den Friedensvertrag zwar wohl dem diesmaligen Kriege, aber nicht dem Kriegszustande (immer zu einem neuen Vorwand zu finden) ein Ende gemacht wird (den man auch nicht geradezu für ungerecht erklären kann, weil in diesem Zustande jeder in seiner eigenen Sache Richter ist) ... indessen dass doch die Vernunft, vom Throne der höchsten moralisch gesetzgebenden Gewalt herab, den Krieg als Rechtsgang schlechterdings verdammt, *den Friedenszustand dagegen zur unmittelbaren Pflicht macht, welcher doch, ohne einen Vertrag der Völker unter sich, nicht gestiftet oder gesichert werden kann: – so muss es einen Bund von besonderer Art geben, den man den Friedensbund (foedus pacificum) nennen kann, der vom Friedensvertrag (pactum pacis) darin unterschieden sein würde, dass dieser bloss einen Krieg, jener aber alle Kriege auf immer zu endigen suchte. Dieser Bund geht auf keinen Erwerb irgend einer Macht des Staats, sondern lediglich auf Erhaltung und Sicherung der Freiheit eines Staats, für sich selbst und zugleich anderer verbündeten Staaten, ohne dass diese doch sich deshalb (wie Menschen im Naturzustande) öffentlichen Gesetzen, und einem Zwange unter denselben, unterwerfen dürfen.*²⁰

20 Ibid., 208–211 (Hervorhebungen durch den Verfasser).

Der Völkerbund sollte auf einem Vertrag gegründet sein. Dieser *foedus pacificum* wäre die Quelle allen Völkerrechts als eines *Rechts* auf Frieden. Allerdings würde der Vertrag die Föderation nicht mit «irgend einer Macht des Staats» ausstatten. Die Gliedstaaten müssten sich nicht «öffentlichen Gesetzen, und einem Zwange unter denselben, unterwerfen». Ihre Souveränität bliebe uneingeschränkt. Ein Völkerbund – als Bund von Staaten – war kein Völkerstaat. Und auch wenn die *Idee* einer «Weltrepublik» wünschenswert war, die kulturelle Verschiedenheit der Menschheit würde aus dieser bald eine Welt-Despotie machen.²¹ Die soziale Realität war nicht reif für die Idee des Völkerstaats. Deshalb zog Kant der «positiven Idee» der Weltrepublik den Staatenbund als «negatives Surrogat» vor.

3. Die amerikanische Tradition: der «Mischbegriff» des Föderalismus

Die klassische Föderalismustradition dominierte das 18. Jahrhundert. Nur vor diesem ideengeschichtlichen Hintergrund können wir die semantische Revolution verstehen, die am Ende jenes Jahrhunderts in Amerika begann. Die erste amerikanische Verfassung selbst folgte noch dem internationalen Begriff der föderalen Idee. Die «Artikel der Konföderation und Ewigen Union» gründen 1777 die «Vereinigten Staaten von

21 I. Kant, Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis, in: I. Kant, Werke in zwölf Bänden - Band 11 (Suhrkamp, 1977), 169-70: «So wie allseitige Gewalttätigkeit und daraus entspringende Not endlich ein Volk zur Entschließung bringen mußte, sich dem Zwange, den ihm die Vernunft selbst als Mittel vorschreibt, nämlich dem öffentlicher Gesetze zu unterwerfen, und in eine *staatsbürgerliche* Verfassung zu treten: so muß auch die Not aus den beständigen Kriegen, in welchen wiederum Staaten einander zu schmälern oder zu unterjochen suchen, sie zuletzt dahin bringen, selbst wider Willen, entweder in eine *weltbürgerliche* Verfassung zu treten; oder, ist ein solcher Zustand eines allgemeinen Friedens (wie es mit übergroßen Staaten wohl auch mehrmalen gegangen ist) auf einer andern Seite der Freiheit noch gefährlicher, indem er den schrecklichsten Despotismus herbei führt, so muß sie diese Not doch zu einem Zustande zwingen, der zwar kein weltbürgerliches gemeines Wesen unter einem Oberhaupt, aber doch ein rechtlicher Zustand der *Föderation* nach einem gemeinschaftlich verabredeten *Völkerrecht* ist.»

Amerika».²² Die dreizehn Gründerstaaten versprachen sich «hiermit einzeln in einen festen Bund der Freundschaft einzutreten; der zu seinem Zweck die gemeinsame Verteidigung, Sicherheit und Freiheit, und das gegenseitige und allgemeine Wohl haben soll».²³ Die «Vereinigten Staaten» waren selbst kein Staat. Nach der Verfassung lag die Souveränität bei den Mitgliedstaaten: «Jeder Staat behält seine Souveränität, Freiheit und Unabhängigkeit, und alle Kompetenzen, welche nicht durch die Konföderationsartikel ausdrücklich auf die Vereinigten Staaten im Kongress versammelt übertragen wurden.»²⁴ Auch wenn die Konföderationsartikel nicht vollkommenen mit der herrschenden Lehre des 18. Jahrhunderts übereinstimmten – sie wichen vom Dogma der Einstimmigkeit ab – so waren sie doch dem Geist eines völkerrechtlichen Bundes souveräner Staaten treu geblieben.²⁵

Die semantische Untergrabung des völkerrechtlichen Föderalismusbegriffs begann erst mit der zweiten amerikanischen Union. Inhalt und Bedeutung der föderalen Idee wurden von der Verfassung von 1787 – dem wohl wichtigsten «Sprechakt» der Geschichte des Föderalismus – für immer verändert. Nach einem Jahrzehnt Konföderation waren die «Laster» des alten Bundes offensichtlich geworden. Man suchte nach einer «perfekteren Union». Der Verfassungskonvent von Philadelphia schlug deshalb einen «konsolidierteren» Bund vor. Dieser Vorschlag löste eine hitzige Debatte über die «bündischen» und «nationalen» Elemente der Verfassungsstruktur dieser neuen Union aus. Die Gegner der neuen Verfassung warfen dem Konvent vor, sein Mandat übertreten zu haben. Er sei beauftragt gewesen, «die *föderale* Form, in welcher die Union ein Bund *souveräner Staaten* ist, zu wahren». Stattdessen wolle er «eine *nationale* Ordnung errichten, in welcher der Bund als eine *Konsolidierung* der Staaten erscheint».²⁶ Die Replik auf diese Anschuldigung wird zum Ausgangspunkt eines neuen Föderalismusverständnisses. Die Befürworter einer stärkeren Konsolidierung nennen sich nämlich, rhe-

22 Konföderationsartikel, Artikel I. Die Konföderationsartikel waren zwar schon 1777 verfasst worden, traten aber erst 1781 mit Ratifizierung der Union durch Maryland in Kraft.

23 Konföderationsartikel, Artikel III.

24 Konföderationsartikel, Artikel II.

25 S. R. Davis (Fn. 1), 75.

26 J. Madison, Federalist No. 39, in: A. Hamilton, J. Madison & J. Jay, *The Federalist* (Cambridge University Press, 2003), 184 (Hervorhebungen durch den Verfasser).

torisch geschickt, «Föderalisten», deren Aufsätze unter dem Namen «*The Federalist*» bekannt werden sollen.²⁷ Dieser semantische Schachzug zwingt jene, die auf den völkerrechtlichen Charakter der Union pochen, sich – ironischerweise – als «*Anti-Föderalisten*» zu deklarieren.

Eine neue föderale Tradition ist entstanden. In dieser Tradition wird die föderale Idee mit der verfassungspositiven Realität von 1787 assoziiert, also einem Kompromiss, in welchem den Vereinigten Staaten eine Struktur «zwischen» internationaler und nationaler Ordnung gegeben wurde. Dieses neue – amerikanische – Verständnis der föderalen Idee ist im «*Federalist No. 39*» verewigt. Hier untersucht *Madison* die jeweils «bündischen» und «nationalen» Elemente der Verfassung von 1787. («Föderal» heisst hier immer noch «international». «National» hingegen bedeutet «unitarisch».) Drei analytische Dimensionen werden herausgestellt: eine «konstitutionelle», eine «institutionelle» und eine «funktionelle» Dimension. Die erste betrifft den Ursprung und die rechtliche Natur der neuen Ordnung; die zweite analysiert die Zusammensetzung der Staatsorgane; während die dritte sich mit der Art und dem Umfang der Bundeskompetenzen befasst.

Im *konstitutionellen* Sinn hat die politische Ordnung von 1787, ebenso wie die Konföderation von 1777, einen föderalen Ursprung. Was heisst das? Es bedeutet, dass die Verfassung «durch das Volk, und zwar nicht als Individuen einer Nation, sondern in den unterschiedlichen und unabhängigen Staaten, zu denen sie gehören,» ratifiziert worden ist. Die «einstimmige Zustimmung der Staaten», die dem Bund beitreten wollten, war erforderlich. Die Verfassung gründete sich somit «weder auf die Entscheidung einer *Mehrheit* des Volkes der Union, noch auf eine *Mehrheit* der Staaten».²⁸ «Jeder Staat, der die Verfassung ratifiziert, handelt als sou-

27 M. Diamond, *The Federalist's View of Federalism*, in: G. C. S. Benson (Hrsg.), *Essays in Federalism* (Claremont College Press, 1962), 23: «[W]e must remember that the choice of *The Federalist* as the title of the essays was regarded by many as a shrewd and unwarranted usurpation of that term.»

28 *Federalist No. 39* (Fn. 26), 184. *Madison* fährt wie folgt fort: (ibid., 185): «Were the people regarded in this transaction as forming one nation, the will of the majority of the whole people of the United States would bind the minority, in the same manner as the majority in each State must bind the minority; and the will of the majority must be determined either by a comparison of the individual votes, or by considering the will of the majority of the States as evidence of the will of a majority of the people of the United States. Neither of these rules have been adopted.»

veräne Einheit, die sich, unabhängig von den anderen, nur durch ihren freiwilligen Akt bindet.» Deshalb «wird die neue Verfassung, wenn verabschiedet, einen *föderalen* und keinen *nationalen* Ursprung haben».²⁹

Dennoch unterschied sich die neue Verfassung von der alten in einem wichtigen Punkt. Die Konföderationsartikel waren von den Parlamenten der Staaten ratifiziert worden. Die Verfassung von 1787 selbst konnte aber nur durch die «Zustimmung und Ratifizierung der einzelnen Staaten, in der höchsten Autorität jedes Staates: seines eigenen Volkes» ratifiziert werden.³⁰ Anstelle des Parlaments – welches das Volk nur *vertrat* – trat nun das Staatsvolk selbst. Die Idee der direkten Volksabstimmung wurde in der berühmten «*We the People*»-Formel ausgedrückt. Doch war es nicht das «amerikanische Volk», sondern es waren die Völker der Einzelstaaten, auf die die Präambel anspielte.³¹ Durch die Zustimmung jedes Gliedstaatenvolkes war das ratifizierte Dokument nicht mehr nur «Legislativvertrag». Es war ein «*Verfassungsvertrag*», der hierarchisch über den Gliedstaatenparlamenten angesiedelt war.

Welche Autorität würde die einmal ratifizierte Verfassung später ändern können? Wiederum anders als die Konföderationsartikel verlangte die Verfassung von 1787 keine Einstimmigkeit für Verfassungsän-

29 Idd., 185.

30 Federalist No. 39 (Fn. 26), 184 (Hervorhebungen durch den Verfassers).

31 Die Formel «We the people of the United States» deutete einfach darauf hin, dass es das «Volk» (oder besser: die Völker) der Staaten direkt war(en) – und nicht nur deren indirekte parlamentarische Repräsentanten, welche die Verfassung ratifiziert hatten. Der ursprüngliche Entwurf der Verfassungspräambel von 1787 las sich tatsächlich so: «We, the people of the States of New Hampshire, Massachusetts, Rhode-Island and Providence Plantations, Connecticut, New-York, New-Jersey, Pennsylvania, Delaware, Maryland, Virginia, North-Carolina, South-Carolina, and Georgia, do ordain, declare and establish the following constitution for the government of ourselves and our posterity.» Warum war die Aufzählung der Staaten wegetuschiert worden? Es war wohl die Unsicherheit, welche der dreizehn Staaten die Verfassung ratifizieren würden (nach Artikel VII waren nur neun dieser Staaten erforderlich), die das «Committee of Style» des Verfassungskonvents dazu veranlasste, sich gegen eine solche Aufzählung zu entscheiden. Und selbst ein überzeugter «Nationalist» wie Chief Justice J. Marshall verstand «the people» im Sinne der Staatenvölker; siehe *McCulloch v Maryland*, 17 U. S. 316, 403 (1819): «No political dreamer was ever wild enough to think of breaking down the lines which separate the States, and of compounding the American people into one common mass. Of consequence, when they act, they act in their States. But the measures they adopt do not, on that account, cease to be the measures of the people themselves, or become the measures of the State governments.»

derungen. Das neue Änderungsverfahren war in Artikel V der Verfassung festgelegt.³² Die Vorschrift bestimmte, dass jeder Änderungsvorschlag von dreiviertel der Staaten ratifiziert werden musste. Mit Inkrafttreten der Verfassung lag also die Kompetenz zur Verfassungsänderung weder beim Bund noch bei den Einzelstaaten.³³ Sie war damit «weder ganz *national* noch ganz *föderal*». «Wäre sie ganz *national*, dann würde die höchste und letzte Instanz in der *Mehrheit* des Bundesvolkes liegen und diese Körperschaft könnte jederzeit seine Verfassung verändern oder abschaffen, wie die Mehrheit eines jeden Nationalstaates. Wäre sie allerdings ganz *föderal*, dann würde eine Verfassungsänderung die Zustimmung jedes einzelnen Gliedstaates der Union verlangen.»³⁴

In einem zweiten Abschnitt ging Madison dann auf die *institutionelle* Dimension der neuen Verfassung ein. Hier ergab sich folgendes Bild. Der Gesetzgeber der neuen Union bestand aus zwei Kammern. Das Repräsentantenhaus würde von allen (wahlberechtigten) Bürgern Amerikas gewählt werden und war damit der «nationale» Zweig der Zentralregierung.³⁵ Im Senat hingegen würden die Mitgliedstaaten als

32 Artikel V der Verfassung von 1787 lautet: «The Congress, whenever two thirds of both Houses shall deem it necessary, shall propose Amendments to this Constitution, or, on the Application of the Legislatures of two thirds of the several States, shall call a Convention for proposing Amendments, which, in either Case, shall be valid to all Intents and Purposes, as part of this Constitution, when ratified by the Legislatures of three fourths of the several States, or by Conventions in three fourths thereof, as the one or the other Mode of Ratification may be proposed by the Congress; Provided that no Amendment which may be made prior to the Year One thousand eight hundred and eight shall in any Manner affect *the first and fourth Clauses in the Ninth Section of the first Article; and that no State, without its Consent, shall be deprived of its equal Suffrage in the Senate.*»

33 Aus der Struktur der Verfassungsänderungskompetenz folgte Dicey, dass «the legal sovereignty of the United States resides in the States' governments as forming one aggregate body represented by three-fourths of the several States at any time belonging to the Union», siehe: A. Dicey, Introduction to the Study of the Law of the Constitution (Liberty Fund, 1982), 81.

34 Federalist No. 39 (Fn. 26), 186-7.

35 Dieses «nationale» Verständnis des «Repräsentantenhauses» war nicht vollständig verfassungsrechtlich untermauert. Artikel I, Abschnitt 4 der Verfassung von 1787 lautet: «The Times, Places and Manner of holding Elections for Senators and Representatives, shall be prescribed in each State by the Legislature thereof; but Congress may at any time make or alter such Regulations, except as to the Place of choosing Senators.» In diesem Sinne sind die Worte Wechslers zu verstehen: «Though the House was meant to be the grand depository of the democratic principle of the government», as distinguished from the Senate's function as the forum of the states, the

«politische und gleichberechtigte Gesellschaften» vertreten werden.³⁶ Da er die souveräne Gleichheit der Einzelstaaten achtete, musste der Senat als «föderales» Organ betrachtet werden. Jedes Bundesgesetz bedurfte der Zustimmung einer Mehrheit des – verfassungsrechtlich vorausgesetzten – amerikanischen Volkes und einer Mehrheit der Staaten. Auch die Macht des Präsidenten leitete sich aus einer «sehr gemischten Quelle» ab. An seiner Wahl waren die Staaten als politische Ordnungen beteiligt, aber «die ihnen zugewiesenen Stimmen folgten einem zusammengesetzten Verhältnis, in welchem die Staaten teils als verschiedene und gleiche Gesellschaften, teils als ungleiche Mitglieder einer einzigen Gesellschaft betrachtet» wurden. Insgesamt hatte die Organstruktur des Bundes «einen gemischten Charakter, welcher ebenso viele föderale wie nationale Merkmale» aufzeigte.³⁷

In einem dritten Teil widmet sich der «*Federalist No. 39*» der funktionellen Dimension der Verfassung von 1787. Die Struktur der Bundesbefugnisse hatte föderale und nationale Züge. In Hinblick auf ihren Umfang waren sie unzweifelhaft «föderaler» Art, denn die Idee des *Nationalstaats* impliziere eine Kompetenz für alle Staatszwecke. «Die vorgesehene Union kann also nicht als Nationalstaat angesehen werden, denn ihre Kompetenz erstreckt sich nur auf bestimmte Zwecke und belässt den einzelnen Gliedstaaten ihre unverletzliche Residualsouveränität.»³⁸

people to be represented with due reference to their respective numbers were *the people of the states*» (Cf. H. Wechsler, *The Political Safeguards of Federalism: The Role of States in the Composition and Selection of the National Government*, 54 *Colum. L. Rev.* 543, 546 (1954).) Das erste wirklich «nationale» Wahlgesetz für das Repräsentantenhaus wurde erst 1842 erlassen.

36 *Federalist No. 39* (Fn. 26), 185. Und im *Federalist No. 62* fügt Madison hinzu (ibid., 301): «In this spirit it may be remarked, that the equal vote allowed to each State is at once a constitutional recognition of the portion of sovereignty remaining in the individual States, and an instrument for preserving that residuary sovereignty. So far the equality ought to be no less acceptable to the large than to the small States; since they are not less solicitous to guard, by every possible expedient, against an improper consolidation of the States into one simple republic.»

37 *Federalist No. 39* (Fn. 26), 185.

38 Ibid., 186. Die amerikanische Verfassung von 1787 würde die Kompetenzen des Bundes, im Vergleich zu den Konföderationsartikeln, nicht merklich ausdehnen. Die grosse Ausnahme bildete allerdings die nun an den Bund übertragende Befugnis zur Regulierung des Handels. Der *Federalist No. 45* konnte also zu Recht behaupten, dass «[t]he powers delegated by the proposed Constitution to the federal government, are few and defined», während «[t]hose which are to remain in the State governments are numerous and indefinite» (ibid., 227).

Doch waren diese Kompetenzen, anders als unter den Konföderationsartikeln, «nationaler» Natur. Der Unterschied zwischen einem (kon)föderalen und einem nationalen Gesetzgeber bestand darin, dass «ersterer für die Staaten als politischen Einheiten der Konföderation, letzterer für die Individuen als Bürger der Nation» rechtsetzend tätig wurde.³⁹ Da es die Bundesverfassung der Union gestattete, unmittelbar auf die Bürger einzuwirken, hatte sie eindeutig eine «nationale» Natur.

In Anbetracht aller drei Verfassungsdimensionen schlussfolgerte der «*Federalist*», dass die Bundesverfassung von 1787 in ihrer Gesamtheit «streng genommen weder eine nationale noch eine föderale Verfassung, sondern eine Zusammensetzung beider» war.⁴⁰ Die Bundesverfassung war eine «gemischte Verfassung».⁴¹ Sie ging einen «Mittelweg» zwischen internationaler und nationaler Ordnungsstruktur.⁴² Es war dieser Mittelweg, der nun selbst mit der Idee des konstitutionellen Föderalismus assoziiert werden sollte.

Diese neue – amerikanische – Föderalismustradition wurde durch einen Franzosen einem breiteren europäischen Publikum zugänglich gemacht.⁴³ Tocquevilles einflussreicher Bericht «*De la Démocratie en Amérique*» charakterisiert den Bund als «Mittelding» zwischen (internationaler) Allianz und (nationalem) Staat. Die gemischte Verfassung der

39 Ibid., 185. Im *Federalist* No. 15, hören wir Hamilton folgendes zu Protokoll geben (ibid., 67): «The great and radical vice in the construction of the existing Confederation is in the principle of LEGISLATION for STATES or GOVERNMENTS, in their CORPORATE or COLLECTIVE CAPACITIES, and as contradistinguished from the INDIVIDUALS of which they consist. Though this principle does not run through all the powers delegated to the Union, yet it pervades and governs those on which the efficacy of the rest depends.» Und in den Worten desselben Autors im «*Federalist* No. 16» (ibid., 74): «It must stand in need of no intermediate legislations; but must itself be empowered to employ the arm of the ordinary magistrate to execute its own resolutions. The majesty of the national authority must be manifested through the medium of the courts of justice.»

40 Ibid., 187.

41 Der Titel des «*Federalist* No. 40» ist «mixed government».

42 Dieser Begriff findet sich in einem Brief J. Madisons an G. Washington vom 16 April 1787; verfügbar auf <http://www.constitution.org/jm/jm.htm>: «Conceiving that an individual independence of the States is utterly irreconcilable with their aggregate sovereignty; and that a consolidation of the whole into one simple republic would be as inexpedient as it is unattainable, I have sought for some middle ground, which may at once support a due supremacy of the national authority, and not exclude the local authorities wherever they can be subordinately useful.»

43 A. de Tocqueville, *De la Démocratie en Amérique* – Tome 1 (Calmann Lévy, 1888).

amerikanischen Union spiegelte sich besonders in der Zusammensetzung des Zentralgesetzgebers wider. Dieser war weder rein international organisiert, denn dann hätten die Mitgliedstaaten ihre absolute Gleichheit behalten müssen; noch war er rein national organisiert, denn wenn «die Einwohner der Vereinigten Staaten als zu ein und derselben Nation gehörig betrachtet worden wären, dann wäre es natürlich gewesen, die Mehrheit der Bundesbürger über ihre Gesetze entscheiden zu lassen». Die Bundesverfassung von 1787 hatte einen «Mischbegriff» (*terme moyen*) zwischen diesen Extremen gewählt, «welcher, mit Gewalt, zwei theoretisch unvereinbare Systeme miteinander kombinierte».⁴⁴

Diesen seltsamem Mittelweg hatte man auch bei der Erledigung der «Staatsaufgaben» eingeschlagen: «Die Souveränität ist in den Vereinigten Staaten zwischen dem Bund und den Staaten geteilt, während sie in Frankreich ungeteilt und kompakt ist [...]» «Die Amerikaner haben eine bündische, die Franzosen eine nationale Regierung (*gouvernement*).»⁴⁵ Das Hauptziel der Bundesverfassung lag in der «Zweiteilung der Souveränität». «In einen Teil legten sie die Verfolgung aller allgemeinen Interessen in die Hand des Bundes, während ein zweiter Teil die Kontrolle der besonderen Interessen den Gliedstaaten überlässt.»⁴⁶ Die Kardinalqualität der Bundeskompetenzen war deren unmittelbare Wirkung: Wie ein Nationalstaat konnte der Bund direkt auf einzelne Bürger einwirken. In dieser Unmittelbarkeit lag die Besonderheit und Neuheit des «amerikanischen» Föderalismus, der sich genau in diesem Punkt vom «klassischen» Föderalismus abhob:

Diese Verfassung, die auf den ersten Blick mit früheren Bundesverfassungen verwechselt werden könnte, beruht in Wahrheit auf einer ganz neuen Theorie, die als eine grosse Entdeckung der modernen Politikwissenschaft betrachtet werden muss. In allen Föderationen, die der amerikanischen Föderation von 1789 vorausgingen, versprachen sich zwar die zusammenkommenden Staaten den Befehlen des Bundesgesetzgebers zu folgen; aber sie behielten sich das Recht vor, die Bundesgesetze selbst für ihre Bürger zu erlassen und für deren Ausführung selbst zu sorgen. [...]

44 Ibid., 204.

45 Ibid., 213.

46 Ibid., 253.

Der Menschenverstand erfindet leichter neue Dinge als neue Wörter. Das ist der Ursprung so vieler unpassender und unzureichender Begriffe. Wenn mehrere Nationen einen ewigen Bund schmieden und dabei eine höchste Instanz errichten, welche – wenn sie auch nicht wie ein Nationalstaat (*gouvernement national*) auf private Bürger durchgreifen kann – dennoch auf jeden Gliedstaat als politische Ordnung wirkt, so nennen wir diese Ordnung föderal. Eine andere Gesellschaftsordnung wird später entdeckt, in welcher sich mehrere Staaten bezüglich bestimmter gemeinsamer Interessen vereinen, während sie im Hinblick auf alle anderen Interessen verschieden, also nur «föderal», bleiben. Hier kann die Zentralmacht direkt auf die Regierten einwirken; sie verwaltet und richtet selbst, auch wenn in einem beschränkten Kreise, wie ein Nationalstaat. *Offensichtlich handelt es sich hier nicht mehr um eine «Bundesrepublik».* *Es ist in Wahrheit ein unvollendeter Nationalstaat. Auf diese Weise hat man eine Gesellschaftsordnung entdeckt, die weder ganz national noch ganz föderal ist. Leider gibt es das neue Wort, das wir bräuchten, um dieses neue Ding auszudrücken, noch nicht.*⁴⁷

Anstatt eines «neuen Worts» für das «neue Ding» war es das neue Ding, für welches bald das alte Wort stehen würde! Mit dem «Sprechakt» der amerikanischen Verfassung von 1787 verlässt die föderale Idee die klassische Tradition und assoziiert nunmehr den Föderalismus mit dieser Mischung aus internationalen und nationalen Ordnungsstrukturen. Die verfassungsrechtliche *Realität* der Vereinigten Staaten wurde selbst zum föderalen *Ideal*.⁴⁸ Was definiert dieses Ideal? Es findet seinen Grundpfeiler in dem Gedanken der geteilten Souveränität. Das amerikanische System ist durch die «Präsenz zweier Souveräne» charakterisiert.⁴⁹ Fö-

47 Ibid., 271-75 (Hervorhebungen durch den Verfasser).

48 Dies ist zumindest in der angelsächsischen Verfassungslehre der Fall, siehe: K.C. Wheare, *Federal Government* (Oxford University Press, 1953), 11-2: «Since the United States is universally regarded as an example of federal government, it justifies us in describing the principle, which distinguishes it so markedly and so significantly, as the federal principle.»

49 A. de Tocqueville (Fn. 43), 287.

deralismus ist *duplex regimen*: doppelte Souveränität, doppelter Staat und doppelte Staatsbürgerschaft.⁵⁰

4. Föderale Verfassungskonflikte in den Vereinigten Staaten von Amerika

«Die Idee von der Teilbarkeit der Souveränität entstand zum Zeitpunkt des Verfassungskonvents und war eine spezifisch amerikanische Theorie.»⁵¹ Ziel der Verfassung von 1787 war eine «Teilung der Souveränität».⁵² Jeder Gliedstaat überträgt demnach einen Teil seiner Souveränität an die «Nation»; die «Nation» selbst bleibt aber «unvollendet».⁵³ Da allerdings nur Hoheitsrechte an die jeweilige staatliche Ebene delegiert werden, bleibt letztendlich das Volk souverän. Aber wer ist dieses Volk? Die «We the people»-Formel liess die Identität des Souveräns im Dunkeln. Die Formel bestätigte lediglich, dass der Verfassungskonvent das britische Konzept der *Parlamentssouveränität* mit dem der *Volkssouveränität* ersetzt hatte. Wer aber war(en) «the people»: die *Völker* der *Vereinigten Staaten* oder das *Volk* der *Vereinigten Staaten*? Diese Frage war von der Verfassung nicht selbst beantwortet worden. Auch eine indirekte Analyse der konstitutionellen Dimension der Union ergab keine eindeutige Antwort. Denn: obwohl die Verfassung erst mit Zustimmung jedes einzelnen Gliedstaates für diesen verbindlich wurde, signalisierte

50 Zur Verdopplung der Staatsbürgerschaft in föderalen Ordnungen, siehe: C. Schönberger, Unionsbürger: Europas föderales Bürgerrecht in vergleichender Sicht (Mohr Siebeck, 2006).

51 E. K. Bauer, *Commentaries on the Constitution: 1790–1860* (Columbia University Press, 1952), 214; und siehe auch: A. C. McLaughlin, *The Foundations of American Constitutionalism* (New York University Press, 1932), 78.

52 A. de Tocqueville (Fn. 43), 197. Der *Federalist* No. 42 machte sich über die Theorie der Gliedstaaten-Souveränität wie folgt lustig (Fn. 26, 206): «The articles of Confederation have inconsiderately endeavored to accomplish impossibilities; to reconcile a partial sovereignty in the Union, with complete sovereignty in the States; to subvert a mathematical axiom, by taking away a part, and letting the whole remain».

53 Zur Idee der «Teil»nation, siehe: *Federalist* No 39 (ibid., 181-7). Um es mit den Worten des Obersten Gerichtshofs in *McCulloch v Maryland* 17 US 316 (1819), 410 auszudrücken: «In America, the powers of sovereignty are divided between the Government of the Union and those of the States. They are each sovereign with respect to the objects committed to it, and neither sovereign with respect to the objects committed to the other.»

die Verfassungsänderungsklausel die Bereitschaft der Gliedstaatenvölker auf ihre – ungeteilte – Souveränität zu verzichten.

Der genaue Ort der Volks-Souveränität war in der «zusammengesetzten» Republik in der Schwebelage gelassen worden. Was würde passieren, wenn die Vorstellungen eines Gliedstaatenvolkes über den Umfang oder Inhalt der Verfassung nicht mit denen des «amerikanischen Volkes» zusammenfielen? Wer sollte bei diesen föderalen Verfassungskonflikten als letztentscheidende Instanz auftreten: die Gliedstaaten oder die Nation? Verfassungskonflikte liessen nicht lange auf sich warten.⁵⁴ Diese Konflikte betrafen vornehmlich die Grenzlinie zwischen Bundes- und Gliedstaatenkompetenzen. Welche Verfassungsbehelfe gab es, wenn der Bund diese Verfassungsgrenze überschritt? Dieser dritte Abschnitt untersucht zwei frühe Verfassungskrisen auf Antworten und schaut sich dabei insbesondere die Theorien der «Interposition» und «Nullifikation» an. Beide werden zu rhetorischen Kampfbegriffen der Einzelstaaten in der *antebellum*-Periode der amerikanischen Verfassungsgeschichte.

a) Die Theorie der Interposition: Die «Ausländer- und Aufruhr»-Gesetze

Im Jahre 1798 verabschiedete der Bundesgesetzgeber die «Ausländer- und Aufruhr»-Gesetze, welche es dem Bund erlaubten – durch seinen

54 Für brillante Einführungen in die – zahlreichen – amerikanischen Verfassungskonflikte, siehe: C. Warren, *Legislative and Judicial Attacks on the Supreme Court of the United States: A History of the Twenty-Fifth Section of the Judiciary Act (Part I and II)*, (1913) 47 *American Law Review* 1 and 161; Anonymous, *Interposition vs. Judicial Power*, (1956) 1 *Race Relations Law Reporter* 465; ebenso wie: F. McDonald, *States' Rights and the Union: Imperium in Imperio, 1776–1876* (University Press of Kansas, 2000). Für einen wunderbaren Überblick über die «professoralen» Streitigkeiten vor dem Bürgerkrieg, siehe: E. K. Bauer (Fn. 51). Mein Argument in diesem Teil meines Beitrages konzentriert sich auf *gesetzgeberische* Proteste. Dennoch darf natürlich nicht vergessen werden, dass die judikativen Proteste der Staatengerichte ebenso laut sein konnten. Das wohl berühmteste Beispiel hier ist die *Martin v Hunter's Lessee* Saga. Eine detaillierte Analyse dieses Falles findet sich in C. G. Haines, *The Role of the Supreme Court in American Government and Politics: 1789–1835* (University of California Press, 1944), 340–351. Zu Parallelen mit der Maastricht-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, siehe: S. J. Boom, *The European Union after the Maastricht Decision: Will Germany be the «Virginia of Europe?»*, (1995) 43 *American Journal of Comparative Law* 177.

Präsidenten – Notstandsgesetze zu erlassen.⁵⁵ Letztere konnten zu extremen Einschnitten in die persönlichen Freiheitsrechte führen. Angesichts dieser Gefahr prangerten zwei Staaten die Bundesgesetze als Verletzung der Grundrechte (*Bill of Rights*) an.⁵⁶ Ihrem verfassungsrechtlichen Unbehagen machen sie durch Parlamentsresolutionen Luft. Die Virginia- und Kentucky-Resolutionen entfachten eine Debatte über die Letztentscheidungsfrage in der amerikanischen Union. Die Resolution Virginias – deren geheimer Autor kein geringerer als Madison ist – entwickelt hier die Theorie der Interposition und beruft sich dabei auf die Idee des «Verfassungsvertrages»:

Diese Versammlung erklärt ausdrücklich und zwingend, dass es die Kompetenzen des Bundes als Ergebnis eines Vertrages zwischen den Staaten als Parteien ansieht, der durch den Wortlaut und den Willen der Vertragsschliessenden begrenzt wird und nicht weiter reichen kann als die in diesem Vertrag enumerierten Kompetenzen. Die Versammlung erklärt weiter, dass im Fall einer gewollten, spürbaren und gefährlichen Überschreitung dieser Kompetenzen, die Staaten, als Vertragsparteien, das Recht und die Pflicht zur Interposition haben. Nur so kann der Fortschritt des Bösen aufgehalten und die Kompetenzen, Rechte und Freiheiten der Staaten, in ihren jeweiligen Grenzen, erhalten werden.

Die Generalversammlung drückt ebenso ihr tiefstes Bedauern darüber aus, dass in allerlei Fällen ein «Geist» des Bundesgesetzgebers zum Vorschein gekommen ist, der durch gewagte Interpretationen der Verfassungscharta seine Kompetenzen erweitern möchte. Dieser Vorsatz zeigt sich insbesondere in der Auslegung einiger allgemeiner Bestimmungen (die zwar von den Konföderationsartikeln übernommen wurden, dort aber weniger gefährlich waren), mit dem Zweck die Bedeutung und Wirkung des Enumerationsprinzips – welches doch diesen allgemeinen Bestimmungen

55 Für Auszüge der «Alien and Sedition Acts», siehe: H.S. Commager (Hrsg.), *Documents of American History – Volume 1* (Appleton-Century-Crofts, 1949), 175ff.

56 Die «Bill of Rights» war durch die ersten zehn «Ergänzungen» (amendments) Teil der Verfassung von 1787 geworden. Zum Ursprung und Status der Bill of Rights, siehe: A. R. Amar, *The Bill of Rights as a Constitution*, (1990-1) 100 *Yale Law Review* 1131; und, derselbe, *The Bill of Rights: Creation and Reconstruction* (Yale University Press, 2000).

unterliegt und diese begrenzt – zu untergraben, um so die Staaten Schritt für Schritt in eine souveräne Einheit zu konsolidieren.⁵⁷

Virginia betrachtete die Ausländer- und Aufruhrgesetze als «beunruhigende Verfassungsverstöße», die nicht nur die kompetenzielle Grenzlinie zwischen Bund und Staaten übertraten, sondern insbesondere auch die föderalen Grundrechte verletzten. Virginias Parlament appellierte daher «an die anderen Staaten im Vertrauen darauf, dass auch sie seine Einschätzung teilten und die besagten Gesetze für *verfassungswidrig* erklärten».⁵⁸

Diesem Appell schloss sich Kentucky an. Doch war der Ton der Kentucky-Resolution schriller. Er trug die Note *Jeffersons* – des damaligen Vizepräsidenten der Vereinigten Staaten.⁵⁹ Die erste Resolution behauptete selbstbewusst, «dass die verschiedenen Staaten, die die Vereinigten Staaten bilden, sich nicht durch das Prinzip der unbeschränkten Unterwerfung vereinigt hatten; sondern sich nur durch einen Vertrag gebunden haben – der Verfassung der Vereinigten Staaten». «Der Staat (*government*), der durch diesen Vertrag errichtet worden ist, wurde dabei nicht zum ausschliesslichen und höchsten Richter seiner eigenen Kompetenzen bestellt, denn das hätte ja sein Ermessen – und nicht die Verfassung – zum Mass seiner Kompetenzen gemacht. Im Gegenteil: Wie bei allen anderen Verträgen zwischen Parteien, die keinen gemeinsamen Richter haben, hat jede Partei das gleiche Recht für sich allein zu entscheiden; dies betrifft die Vertragsbrüche ebenso wie die Art und Weise ihrer Abhilfe».⁶⁰ Eine zweite Resolution berief sich sogar auf die Idee der Nullifikation: Da die Staaten als Herren der Verfassung «souverän und unabhängig» waren, besaßen sie auch das «unhinterfragbare Recht einen Verfassungsbruch selbst zu beurteilen; eine Nullifikation der unzulässigen Gesetze durch diese Souveräne ist daher die rechtmässige Abhilfe».⁶¹

57 Virginia Resolutions (24 December 1798), in: H. S. Commager (Hrsg.), *Documents of American History* (Fn. 55), 182.

58 *Ibid.*, 183 (Hervorhebungen durch den Verfasser).

59 Jefferson hatte ursprünglich eine noch stärker formulierte Erstversion entworfen, siehe: T. Jefferson, *The Writings of Thomas Jefferson – Volume VII* (Putnam's Sons, 1896), 289–309.

60 Kentucky Resolutions (16 November 1798), in: H. S. Commager (Hrsg.), *Documents of American History* (Fn. 55), 178–9.

61 Kentucky Resolutions (22 February 1799), in: *ibid.*, 184.

Weder die Virginia-Resolution noch die Kentucky-Resolutionen erteten Zuspruch bei anderen Unions-Staaten,⁶² obwohl alle (ausser einem) der Vertrags-Theorie der Verfassung zustimmten.⁶³ Der Verweis auf das Rechtsmittel der «Nullifikation» in der zweiten Kentucky-Resolution führte sogar zum «internen» Widerspruch von Seiten Virginias. Der «Bericht von 1800» – von Madison verfasst und vom Gesetzgeber Virginias verabschiedet – kritisiert die Idee der unilateralen Nullifikation. Zwar war die Verfassung ein Vertrag, aber sie war ein Vertrag zwischen *Staaten* und nur dieser kollektive Plural konnte auch ihr Letztinterpret sein:

Die Verfassung der Vereinigten Staaten wurde durch den Willen jedes einzelnen Staates, in seiner souveränen Form, sanktioniert. Dieses rechte und feste Fundament gibt der Verfassung zusätzliche Stabilität, Würde und Autorität. Da die Staaten, in ihrer souveränen Form, Parteien dieses Verfassungsvertrages sind, kann es notwendigerweise kein Tribunal über ihnen geben, welches entscheidet, ob der Vertrag zwischen ihnen gebrochen worden ist. Als Parteien dieses Vertrages müssen sie folglich selbst in letzter Instanz über Fragen entscheiden, die, bei entsprechender Wichtigkeit, eine Interposition erfordern.

Daraus folgt aber nicht, dass die Kompetenz der souveränen Staaten als Parteien des Verfassungsvertrages über Verfassungsbrüche zu entscheiden, hastig oder in zweifelhaften und unbedeutenden Fällen ausgeübt werden sollte. Selbst bei gewöhnlichen völkerrechtlichen Verträgen, wo nach einer strengen Regel der Bruch eines Teils als Bruch des Ganzen gesehen wird, da jeder Teil eine Bedingung für die Erfüllung der anderen Teile und des Ganzen ist, wird trotzdem immer verlangt, dass der Bruch sowohl gewollt und ernsthaft genug ist, um diese Regel anzuwenden. Und im Fall eines so innigen und verfassungsrechtlichen Bundes, wie dem der Vereinigten Staaten, ist es offensichtlich, dass die Interposition der sou-

62 Für einen Überblick der Antworten der Schwesterstaaten, siehe: F. M. Anderson, *Contemporary Opinion of the Virginia and Kentucky Resolutions (Part II)*, (1899) 5 *American Historical Review* 225 (244 ff.).

63 A. H. Kelly et al, *The American Constitution: Its Origins and Development* (Fn. 53) 140. Nur Vermont argumentierte, der Bund sein durch «das» Volk der Vereinigten Staaten ins Leben gerufen worden.

veränen Parteien nur in solchen Situationen erfolgen kann, die tiefe und wesentlich fundamentale Prinzipien unseres politischen Systems missachten.⁶⁴

Folglich komme auch der Oberste Gerichtshof als einziger und letzter Richter in föderalen Verfassungskonflikten nicht in Betracht.⁶⁵ Diese Ansicht beruhte auf der Befürchtung, dass «nicht enumerierte Kompetenzen nicht nur von der Legislative und Exekutive an sich gezogen und ausgeübt werden können, sondern dass eben auch die Judikative gefährliche Kompetenzen jenseits der Verfassung ausüben oder sanktionieren kann».⁶⁶

Wer sollte demnach föderale Kompetenzkonflikte entscheiden? Welche verfassungsgemässen Rechtsbehelfe gab es in solchen Situationen? Der «Bericht von 1800» stilisiert die Virginia- und Kentucky-Resolutionen nachträglich zu reinen «Meinungsäusserungen» ohne Rechtswirkung. Sie hätten nur «zum Nachdenken anregen» sollen. Der Protest beider Staaten wird folglich zum rein rhetorischen Appell an die anderen Staaten herabgestuft.⁶⁷ Die Interposition wird den Gliedstaaten dennoch als legitimer Verfassungsbehelf zugestanden. Sie erlaubt deren *Regierungen* sich «zwischen» ihr Volk und den Bundesbefehl zu stellen.⁶⁸

64 J. Madison, «The Report of 1800», in: *The Papers of James Madison – Volume 17* (University Press of Virginia, 1991), 303 (309f.) (Hervorhebungen durch den Verfasser).

65 Anders noch J. Madison in *Federalist No. 39* (*ibid.*, 186): «It is true that in controversies relating to the boundary between the two jurisdictions, the tribunal which is ultimately to decide, is to be established under the general government. But this does not change the principle of the case. The decision is to be impartially made, according to the rules of the Constitution; and all the usual and most effectual precautions are taken to secure this impartiality.»

66 J. Madison, «The Report of 1800», Fn. 64, 312: «However true therefore it may be, that the Judicial Department, is, in all questions submitted to it by the forms of the Constitution, to decide in the last resort, this resort must necessarily be deemed the last in relation to the authorities of the other departments of the government; not in relation to the rights of the parties to the constitutional compact, from which the judicial as well as the other departments hold their delegated trusts.»

67 *Ibid.*, 348.

68 Zum Ursprung und der zeitgenössischen Bedeutung des Begriffs «Interposition», siehe: C. G. Fritz, *American Sovereigns: The People and America's Constitutional Tradition before the Civil War* (Cambridge University Press, 2008), 193 (mit Verweis auf Johnson's Dictionary).

Die Gliedstaaten signalisieren hier nur einen (potenziellen) Bruch des Bundesvertrages.⁶⁹ Interessant ist dabei das Verständnis Madisons in Bezug auf den amerikanischen «Verfassungsvertrag». Dieser beinhaltet nämlich kein unilaterales Nullifikationsrecht der Gliedstaaten.⁷⁰ Staatenrechte sind *Kollektivrechte*: nur die Staaten – im Kollektivplural – sind Herren der Verträge.⁷¹

Die Entscheidung liegt letztlich nur beim «Volk» (*the people*). Es muss entscheiden, ob es die Verfassung verändern oder die Bundesregierung abwählen möchte. Ersteres war 1795 geschehen.⁷² Die «Ausländer- und Aufruhr»-Krise endete durch einfache Abwahl der «Föderalisten». Der Appell Virginias und Kentuckys politisierte die öffentliche Meinung und führte zur «Revolution von 1800». Die Wahl *Jeffersons* zum Präsi-

69 Im Federalist No. 46 (Fn.26, 231-2) lesen wir also: «But ambitious encroachments of the federal government, on the authority of the State governments, would not excite the opposition of a single State, or of a few States only. They would be signals of general alarm. Every government would espouse the common cause. A correspondence would be opened. Plans of resistance would be concerted. One spirit would animate and conduct the whole. The same combinations, in short, would result from an apprehension of the federal, as was produced by the dread of a foreign, yoke; and unless the projected innovations should be voluntarily renounced, the same appeal to a trial of force would be made in the one case as was made in the other. But what degree of madness could ever drive the federal government to such an extremity.» Und der «Report of 1800» appellierte ebenso an die «Aufmerksamkeit» der Gliedstaatenregierungen (cf. J. Madison, «The Report of 1800», Fn. 64, 350). Zur Rolle der nationalen Parlamente in der Europäischen Union und dem Lissabonner Subsidiaritätsmechanismus der «Gelben Karte», siehe: R. Schütze, *Subsidiarity after Lisbon: Reinforcing the Safeguards of Federalism?*, (2009) 68 *Cambridge Law Journal* 525.

70 H. J. Powell, *The Principles of '98: An Essay in Historical Retrieval*, (1994) 80 *Virginia Law Review* 689, 718. Diese Ansicht wich von Jeffersons Charakterisierung der rechtlichen Natur des amerikanischen Bundes ab. Dieser sah die Verfassung als bilateralen Vertrag eines jeden Gliedstaates mit der Gesamtheit der Schwesterstaaten. Zu den verfassungstheoretischen Differenzen zwischen Madison und Jefferson, siehe: A. Koch & H. Ammon, *The Virginia and Kentucky Resolutions: An Episode in Jefferson's and Madison's Defense of Civil Liberties*, (1948) 5 *William and Mary Quarterly* 145.

71 Dies gilt, mutatis mutandis, ebenso für die Mitgliedstaaten der Europäischen Union, siehe: R. Schütze, *On «Federal» Ground: The European Union as an (Inter)national Phenomenon*, (2009) 46 *Common Market Law Review* 1069 (1082).

72 Im Jahre 1795 kassiert der Elfte Zusatzartikel die Auslegung des Obersten Gerichtshofes zu Artikel III – Abschnitt 2 in *Chisholm v State of Georgia*, 2 US 419 (1793).

denten der Vereinigten Staaten war ein klarer Sieg für die «Prinzipien von '98».⁷³

- b) Die Theorie der Nullifikation:
Der Konflikt um den «Zoll der Abscheulichkeiten»

Die Vorstellung von der Verfassung als Vertrag zwischen den Staaten hatte sich um 1800 allgemein durchgesetzt. Doch war dies keine Theorie der Gliedstaatensoveränität. Letztere wurde erst einige Jahrzehnte später ernsthaft vertreten. Sie wurde zum dogmatischen Kampfbegriff einer zweiten Verfassungskrise des amerikanischen Bundes: dem Konflikt um den «Zoll der Abscheulichkeiten». Der landwirtschaftliche Süden protestierte Ende der zwanziger Jahre des 19. Jahrhunderts gegen einen Bundeszoll, der den industriellen Norden zu bevorzugen schien. South Carolina «enthüllte» seinen Protest und machte seinem Zorn Luft. Die South Carolina «*Enthüllung und Protest*» (1828) war die Idee Calhouns, des Vizepräsidenten der Vereinigten Staaten.⁷⁴ Die Schrift bestritt die Kompetenz des Bundesgesetzgebers und behauptete, der «diskriminierende Zoll» sei verfassungswidrig.⁷⁵ Die «Enthüllung» kehrte dabei zur Gretchenfrage jeder föderalen Union zurück: Wer kann – letztentscheidend – den Umfang der Bundeskompetenzen bestimmen? Welche Verfassungsgarantien haben die Gliedstaaten, um sich gegen zentralistische Anmassungen zu schützen? Die «Enthüllung» gibt eine eindeutige Antwort auf diese Frage: die Theorie der Nullifikation.

Wie neu war die Theorie der Nullifikation in der amerikanischen Verfassungstheorie? Calhoun versucht sie als logische Erweiterung der (madisonschen) Theorie der Interposition zu verkaufen. Sie ist aber ein

73 Zu diesem Punkt, siehe: H. J. Powell (Fn. 70), 694 FN. 16 and C.G. Fritz (Fn. 68), 210: «Consistent with the theory of interposition, in 1800 American voters went to the polls and chose between candidates who took opposing positions on those acts. Jefferson made «violations of the true principles» of the constitution a central campaign issue for the Republican party. His election to the presidency and that of his followers to Congress reflected public opinion about the constitutionality of the Acts.»

74 Ein Abruck der «Exposition and Protest» findet sich in: J. C. Calhoun, *Union and Liberty* (Liberty Fund, 1992), 311.

75 Zu den – ausführlichen – Argumente der Südstaaten, siehe: *ibid.*, 320 f. und 328 f.

radikaler Schritt über diese hinaus. Die Theorie der Nullifikation beruft sich auf die *europäische* Theorie der ungeteilten Souveränität: «Es ist nicht schwer zu verstehen, wie souveräne Hoheitsrechte aufgeteilt werden können, wenn die *Ausübung* eines Teils einem Repräsentanten und die des anderen Teils einem anderen übertragen wird». «Aber wie die Souveränität selbst – die höchste Macht – geteilt werden kann; wie die Völker der Gliedstaaten teilweise souverän und teilweise nicht souverän sein können; teilweise das Höchste, und teilweise nicht das Höchste sein sollen, ist unbegreifbar. Die Souveränität ist ein Ganzes – es zu teilen heisst es zu zerstören.»⁷⁶ Dieses Beharren auf – absoluter – Souveränität «markierte einen entscheidenden Wendepunkt in der [amerikanischen] Verfassungslehre des 19. Jahrhunderts».⁷⁷ Er ist der Ausgangspunkt der Theorie der – unilateralen – Nullifikation.

Was besagt die neue Theorie der Nullifikation? Nach dem Dogma der Volkssouveränität liegt die ungeteilte höchste Macht im Volk. Aber in *welchem* Volk – dem amerikanischen Volk oder den Gliedstaatenvölkern? Calhouns Antwort ist eindeutig: «die Souveränität liegt bei den jeweiligen Völkern der Gliedstaaten».⁷⁸ Dies sei das Kardinalsprinzip der Verfassung von 1787. Welche positiven Rechtsmittel gibt die Verfassung den Gliedstaaten in die Hand, um dieses erste Prinzip durchzusetzen? «Wenn wir auf die Geschichte und Funktionsweise unseres Systems schauen, finden wir auf der Seite der Staaten kein einziges Mittel ihre Souveränitätsrechte gegen die Übergriffe der Bundesebene zu schützen. Letztere hingegen hat von Anfang an über die effizientesten Möglichkeiten verfügt, die Staaten von Übergriffen auf die Bundeskompetenzen abzuhalten.» Welch «seltsamer Irrglaube» des «*Federalist*» zu hoffen, der Oberste Gerichtshof sei auf der Seite der Gliedstaaten!⁷⁹ Es war auch

76 J. C. Calhoun, A Discourse on the Constitution and Government of the United States, in: J. C. Calhoun (ibid.), 79 (105).

77 A. H. Kelly et al (Fn. 53), 208: «Calhoun's argument for nullification marked a significant turning point in nineteenth century constitutionalism. Up to this time, the debate over federalism had tended to focus on the division and allocation of powers between the federal government and the states. People could argue about the locus of specific powers without having to challenge the Union. Calhoun's insentience on a unitary conception of sovereignty, however, had had the effect of forcing a more precise definition of the federal-state relationship.»

78 J. C. Calhoun, Exposition and Protest (Fn. 74) 344.

79 Ibid. «But, by a strange misconception of the nature of our system – and, in fact, of the nature of government – it has been regarded as the ultimate power, not only of

falsch auf die «Verfassungsänderungskompetenz» zu setzen.⁸⁰ Das Rechtsmittel, das logisch aus der Gliedstaatensouveränität folgte, war das unilaterale Recht auf Nullifikation:

Jeder, der auch nur ein wenig unsere Verfassung kennt, muss zugeben, dass alle souveränen Hoheitsrechte vom Volk delegiert und zwischen Bundes- und Staatenebene aufgeteilt sind und dass beide somit ihren Teil aufgrund des gleichen Besitztitels haben. Es scheint daher unmöglich, den Staaten ihr Recht auf Feststellung und Abhilfe eines Verfassungsbruchs zu nehmen. Das Recht, solche Fälle zu entscheiden, ist ein Wesensmerkmal der Souveränität. Es kann den Staaten nicht genommen werden, ohne dass sie ihre ganze Souveränität verlieren würden und sich so in untergeordnete Gebietskörperschaften verwandeln. Es ist doch seltsam, einerseits Kompetenzen teilen zu wollen und andererseits das ausschliessliche Recht, die Grösse der Teile zu bestimmen, nur einer Partei zuzuschreiben. In Wirklichkeit ist das überhaupt keine Teilung, denn

protecting the General Government against the encroachments of the governments of the States, but also of the encroachments of the former on the latter – and as being, in fact, the only means provided by the Constitution of confining all the powers of the system to their proper constitutional spheres; and, consequently, of determining the limits assigned to each. Such a construction of its powers would, in fact, raise one of the departments of the General Government above the parties who created the constitutional compact, and virtually invest it with the authority to alter, at its pleasure, the relative powers of the General and State Governments, on the distribution of which, as established by the Constitution, our whole system rests – and which, by an express provision of the instrument, can only be altered by three-fourths of the States, as has already been shown.» (Ibid., 345.)

80 «The disease is, that a majority of the States, through the General Government, by construction, usurp powers not delegated, and by their exercise, increase their wealth and authority at the expense of the minority. How absurd, then, to expect the injured States to attempt a remedy by proposing an amendment to be ratified by three-fourths of the States, when, by supposition, there is a majority opposed to them? Nor would it be less absurd to expect the General Government to propose amendments, unless compelled to that course by the acts of a State. The Government can have no inducement. It has a more summary mode – the assumption of power by construction. The consequence is clear – neither would resort to the amending power – the one, because it would be useless – and the other, because it could effect its purpose without it – and thus the highest power known to the Constitution – on the salutary influence of which, on the operations of our political institutions, so much was calculated, would become, in practice, obsolete, as stated; and in lieu of it, the will of the majority, under the agency of construction, would be substituted, with unlimited and supreme power.» (Ibid., 356.)

die Anerkennung einer solchen ausschliesslichen Kompetenz des Bundes (nicht entscheidend ist von welchem Staatsorgan sie ausgeübt wird) verwandelt diesen Bund in einen unitarischen Staat mit unbegrenzten Kompetenzen, in dem die Gliedstaaten all ihre Rechte verloren haben.

Es ist unmöglich die Bedeutung der Begriffe zu verstehen und dennoch eine so einfache Schlussfolgerung zu leugnen. Die gegenteilige Meinung fusst auf vorschnellen und unzureichenden Annahmen bezüglich der Beziehung der Gliedstaaten zum Bund. *In der Tat folgt aus der Souveränität der Gliedstaaten die Existenz ihrer Kompetenz-Kompetenz; und so müssen sie natürlich auch ein kontrollierendes Vetorecht über strittige Rechtsakte des Bundes haben. Dieses Kontrollrecht ist der Rechtsbehelf, den die Verfassung gegen Übergriffe der Bundesebene auf Gliedstaatenkompetenzen zur Verfügung gestellt hat und durch welche die Kompetenzverteilung zwischen dem Bund und den Staaten auf ewig unantastbar erhalten werden kann. Nur auf diese Weise wird der Minderheit ein wirksamer Rechtsschutz gegen die Tyrannei der Mehrheit in die Hand gegeben.*⁸¹

Da jeder Gliedstaat souverän ist, hat er also ein «kontrollierendes Vetorecht über strittige Rechtsakte des Bundes». Das Recht auf Nullifikation nationaler Gesetze folgt aus der Natur der amerikanischen Union als *Föderation*. Wie kann man sich dieses Recht auf Nullifikation vorstellen? Wann soll es benutzt werden? Nach *Calhoun* soll es auf «einen vorsätzlichen, spürbaren und gefährlichen Verfassungsbruch» beschränkt bleiben.⁸² Wer darf «nullifizieren» – die Gliedstaatenregierung oder das

81 Ibid., 348 f. (Hervorhebungen durch den Verfasser)

82 Ibid., 351. Calhoun bestand auf dieser Beschränkung in seinem «A Discourse on the Constitution and Government of the United States» (Fn. 74, 197 f.): «To avoid this, prudence and propriety require that they should abstain from interposing their authority, to arrest an act of their common government, unless the case, in their opinion, involve a clear and palpable infraction of the instrument. They are bound to go further – and to forbear from interposing, even when it is clear and palpable, unless it be, at the same time, highly dangerous in its character, and apparently admitting of no other remedy; and for the plain reason, that prudence and propriety require, that a right so high and delicate should be called into exercise, only in cases of great magnitude and extreme urgency.»

Gliedstaaten*volk*? Nach Calhoun gehört das Nullifikationsrecht dem Gliedstaatenvolk und dieses muss seinen negierenden Wunsch durch einen Verfassungskonvent ausdrücken.⁸³ Das Staatsvolk spricht hier nämlich mit der gleichen Autorität und in der gleichen «souveränen Form» mit der es die ursprüngliche Verfassung von 1787 ratifiziert hat. Gleiches wird hier mit Gleichem aufgehoben.

Diese konstitutionelle Theorie mündete bald in konstitutionelle Praxis. Vier Jahr nach der «Enthüllung» erlässt South Carolina die «Nullifikationsordonanz gegen bestimmte Bundesgesetze, die vorgeben rechtmässige Zölle und Abgaben auf ausländische Importe zu erheben».⁸⁴ Inspiriert von *Calhouns* Theorie hatte sich ein Verfassungskonvent gebildet und festgestellt, dass der Bund «seine von der Verfassung zugewiesenen Kompetenzen überschritten hatte». Der Konvent verordnete deshalb folgendes:

Wir, also das Volk des Staates South Carolina, im Konvent versammelt, erklären und verordnen ... [d]ass die verschiedenen Gesetze und Teilgesetze des Kongresses der Vereinigten Staaten, welche vorgeben, rechtmässige Zölle und Abgaben auf ausländische Importe zu erheben ... [und insbesondere die Zollgesetze von 1828 und 1832] ... nicht mit der Verfassung der Vereinigten Staaten vereinbar sind, da sie deren wahren Inhalt und Zweck missachten und deshalb null und nichtig sind. Sie binden weder diesen Staat, noch seine Beamten oder Bürger ...

Und es sei weiter verordnet, [d]ass es von nun an Verfassungsorganen dieses Staates oder der Vereinigten Staaten verboten ist, die Bezahlung der Zölle innerhalb der Grenzen dieses Staates durchzusetzen. Der Gesetzgeber ist hiermit auch verpflichtet, solche Massnahmen und Gesetze zu erlassen, die für die volle Wirkung dieser Ordonanz erforderlich sind und die die Vollstreckung der besagten Bundesgesetze innerhalb der Grenzen dieses Staates aussetzen [...]⁸⁵

83 Zum Konzept der «Convention» in der Amerikanischen Verfassungslehre, siehe: G. S. Wood, *The Creation of the American Republic, 1776–1787* (University of North Carolina Press, 1998), Chapter 8.

84 Für den Text der «Ordinance», siehe: H. S. Commager (Hrsg.), *Documents of American History* (Fn. 55), 261.

85 *Ibid.*, 261-2.

South Carolina insistierte, es handle sich bei der Theorie der Nullifikation um ein *verfassungsimmanentes* Recht. Um seiner Entschlossenheit noch stärkeren Ausdruck zu verleihen erklärte «das Volk South Carolinas», dass es die Anwendung von Bundeszwang nicht tolerieren würde. Eine militärische Intervention des Bundes wäre «unvereinbar mit dem Verbleib South Carolinas in der Union». In diesem Fall würde sich die Bevölkerung South Carolinas «von der Verpflichtung, das politische Band mit den Völkern der anderen Gliedstaaten zu erhalten, entbunden sehen».⁸⁶ Das war eine eindeutige Drohung auch das allerletzte Register in föderalen Verfassungskonflikten zu ziehen: die (unilaterale) Sezession. Und die Berufung auf dieses letzte Mittel führte letztlich zum Bürgerkrieg.

5. Schlussfolgerung: Die Amerikanische Föderalismustradition und die Europäische Union

Der moderne Föderalismus entsteht im Kielwasser des Westfälischen Staatensystems. Um die Staatenbünde der Neuzeit mit der Idee der Souveränität in Einklang zu bringen, werden diese zunächst rein völkerrechtlich erklärt. Staatenbünde fassen auf einem *foedus*, einem völkerrechtlichen Vertrag, der die Souveränität der Gliedstaaten unberührt lässt. Ein Bund ist eine *freiwillige* Vereinigung, welche sich durch ihre Freiwilligkeit von der *erzwungenen* Vereinigung in (Mehrvölker-)Reichen unterscheidet.⁸⁷ Die Gründung der Vereinigten Staaten von Amerika am Ende des 18. Jahrhunderts löst eine semantische Revolution dieses Föderalismusverständnisses aus. Die Wortgefechte um die amerikanische Verfassung von 1787 prägen eine neue Föderalismusidee. Diese erhebt die verfassungsrechtliche Realität der Vereinigten Staaten zum föderalen Ideal. Föderalismus steht nun für eine aus internationalen und nationalen Elementen gemischte Ordnungsstruktur. Diese föderale Tra-

86 Ibid., 262.

87 O. Beaud, La notion de pacte fédératif: Contribution à une théorie constitutionnelle de la Fédération, in: J-F Kervégan & H Mohnhaupt (Hrsg.), *Liberté sociale et lien contractuel dans l'histoire du droit et de la philosophie* (Klostermann, 1999), 197 (248 f.).

dition fusst auf der Idee der «geteilten» oder «doppelten» Souveränität. Die amerikanische Verfassung von 1787 – um es mit den Worten eines eminenten Berichterstatters auszudrücken – beruht auf dem Gedanken einer «Präsenz zweier Souveräne».⁸⁸

Wer sind diese zwei Souveräne? Nach der Idee der Volkssouveränität müssen dies die Gliedstaatenvölker und das – verfassungspositivistisch vorausgesetzte – «amerikanische Volk» sein.⁸⁹ Jeder Bürger gehört zwei politischen Ordnungen an. Die Existenz zweier politischer «Souveräne» führt in weiterer Folge zu föderalen Verfassungskonflikten. Diese Verfassungskonflikte sollten nicht als Anomalie eines Bundes verstanden werden. Im Gegenteil, sie sind normal und bezeugen eine *lebendige* Föderalität.⁹⁰

Dieser Beitrag schaute sich zwei frühe Verfassungskonflikte der Vereinigten Staaten an. Die Verfassungskrise über die «Ausländer- und

88 A. de Tocqueville, *De la Démocratie en Amérique* (Fn. 43), 287.

89 Zur «Erfindung» des Amerikanischen Volkes, siehe: E.S. Morgan, *Inventing the People: The Rise of Popular Sovereignty in England and America* (Norton, 1989), besonders: Kapitel 11. Für die (südstaatliche) Auffassung des 19. Jahrhunderts, es gäbe kein «amerikanisches Volk», siehe: H. St. Tucker, *Lectures on Constitutional Law* (Shepherd & Colin, 1843), 95: «For as there is no people of the United States, considered aggregately, the sovereignty must be in the people of each State.»; siehe auch: A. P. Upshur, *A Brief Enquiry into the True Nature and Character of Our Federal Government: Being a Review of Judge Story's Commentaries on the Constitution of the United States* (Campbell, 1863), 92: «In the States the sovereign power is in the people of the States respectively; and the sovereign power of the United States would, for the same reason, be in the people of the United States», if there were any such people, known as a single nation, and the framers of the Federal Government. We have already seen, however, that there are no such people, in a strict political sense, and that no such people had any agency in the formation of our Constitution, but that it was formed by the States, emphatically as such.»

90 Für Schmitt ist ein «lebendiger» Bund ein Pluralismus mehrerer politischer Ordnungen, in welchem verschiedene Perspektiven zur Souveränitätsfrage – relative – Gültigkeit haben. Trotz möglicher Verfassungskonflikte muss die Souveränitätsfrage im Bund letztlich immer in der Schwebelage bleiben. In den Worten Schmitts: «Das Wesen des Bundes liegt in einem Dualismus der politischen Existenz, in einer Verbindung bundesmäßigen Zusammenseins und politischer Einheit auf der einen Seite mit dem Weiterbestehen einer Mehrheit, einem Pluralismus politischer Einheiten auf der andern Seite. Ein derartiger Schwebezustand müßte an sich zu vielen Konflikten führen, die entschieden werden müssen. [...] Es gehört aber zum Wesen des Bundes, daß die Frage der Souveränität zwischen Bund und Gliedstaaten immer offenbleibt[.]» Siehe: C. Schmitt, *Verfassungslehre* (Duncker & Humblot, 2003), 371 und 373.

Aufbruchgesetze» rückt die Theorie der «Interposition» in ein föderales Licht. Die «Prinzipien von '98» erlauben den Gliedstaatenregierungen sich zwischen die Bürgerschaft und die Bundesregierung zu stellen. Diese Theorie ist mit der Idee der geteilten Souveränität vereinbar. Erst die «Zollkrise» einige Jahrzehnte später forderte diese spezifisch amerikanische Theorie heraus. Nach *Calhoun* ist jeder Gliedstaat souverän und folglich berechtigt, die Bundesverfassung für sich letztverbindlich zu interpretieren. Dies beinhaltet – wenn auch nur im Extremfall – das unilaterale Recht Bundesgesetze zu «nullifizieren».

Was für Lehren sind aus der amerikanischen Verfassungsgeschichte für die Europäische Union zu ziehen? Die europäische Verfassungslehre kann viel von der amerikanischen Verfassungstheorie lernen (und umgekehrt). Die europäische Föderalismustradition besteht leider immer noch auf der Idee der ungeteilten Souveränität.⁹¹ Durch dieses (monistische) Verständnis entstehen – unlösbare – Probleme bei der Analyse des politischen und konstitutionellen *Dualismus* föderaler Ordnungen. Dies zeigt sich insbesondere bei der Charakterisierung der Europäischen Union. Einer Tradition, die auf das – unitarische – Konzept der Souveränität pocht, muss der «Verfassungpluralismus» der Europäischen Union als «Neuheit» oder «Anomalie» erscheinen. Das Fehlen eines «archimedischen Punktes», von welchem aus alle Rechtsmacht erklärt werden kann, wird dann – fälschlicherweise – als «Beweis» für deren *sui generis* Charakter angesehen.⁹² Was für eine introvertierte und

91 Für eine Analyse dieser «europäischen Föderalismustradition», siehe: R. Schütze, *From Dual to Cooperative Federalism* (Oxford University Press, 2009) 30–36 und 58 ff.

92 Contra N. Walker, *The Idea of Constitutional Pluralism*, (2002) 65 *Modern Law Review* 317 (338). Walker – ein führender Kopf der «Verfassungpluralismus»-Strömung im Europarecht – beschreibt diese «neue» Entwicklung wie folgt: «It is no coincidence that this literature has emerged out of the study of the constitutional dimension of EU law, for it is EU law which poses the most pressing paradigm-challenging test to what we might call constitutional monism. Constitutional monism merely grants a label to the defining assumption of constitutionalism in the Westphalian age ... namely the idea that the sole centres or units of constitutional authorities are states. Constitutional pluralism, by contrast, recognizes that the European legal order inaugurated by the Treaty of Rome has developed beyond the traditional confines of inter-national law and now makes its own independent constitutional claims exist alongside the continuing claims of states.» (Ibid., 337). Diese «eurozentristische» Ansicht ignoriert die amerikanische Verfassungslehre, nach

unhistorische Betrachtung! Ist die normative Ambivalenz bei der Letztentscheidungsfrage nicht stichhaltiger Beweis für die *föderale* Natur der Europäischen Union? Die Europäische Union ist ein «(inter)nationales Phänomen»,⁹³ dessen Verfassungs*dualismus* sich in Verfassungskonflikten manifestieren kann. Die Theorie des «Verfassungspluralismus» spricht also föderale Prosa und ist sich dessen – wie Molières Monsieur Jourdain – nicht einmal bewusst!

welcher die Union und ihre Staaten «verfassungsrechtliche» Ansprüche haben und in welcher die «Union» eben gerade nicht als «Staat» verstanden wird (cf. E. Zoeller, *Aspects internationaux du droit constitutionnel. Contribution à la théorie de la fédération d'états*, (2002) 194 *Recueil des Cours de l'Académie de la Haye* 43).

93 R. Schütze, *On 'Federal' Ground: The European Union as an (Inter)national Phenomenon*, (2009) 46 *Common Market Law Review* 1069.