

ABHANDLUNGEN

Zur Entwicklung des Föderalismus in den Vereinigten Staaten von Amerika

*Hans-Heinrich Trute**

Die Verfassung der Vereinigten Staaten von Amerika, als eine der ältesten geschriebenen und noch geltenden Verfassungen¹, ist auch nach über 200 Jahren noch wirkungsmächtig genug, alle Überlegungen zu einer Revision und Amendierung als wenig sinnvoll und aussichtsreich zu erweisen². Die von ihr ins Werk gesetzten politischen Institutionen und der durch sie verfaßte politische Prozeß erweisen sich als ebenso stabil wie flexibel um den jeweiligen historischen Problemstellungen gerecht zu werden. Das Vorbild vieler Verfassungen hat viele seiner Nachahmungen überdauert³. Soviel Kontinuität ist erstaunlich, zumal wenn man berücksichtigt, daß sich die textuelle Grundlage der Verfassung über die zwei Jahr-

* Dr. iur., wissenschaftlicher Assistent an der Universität Heidelberg.

Abkürzungen: AAAPSS = The Annals of the American Academy of Political and Social Sciences; AöR = Archiv des öffentlichen Rechts; Col.L.Rev. = Columbia Law Review; Harv. L.Rev. = Harvard Law Review; JöR = Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart; m.w.N. = mit weiteren Nachweisen; S.Ct. = Supreme Court; Yale L.J. = Yale Law Journal.

¹ Die Verfassung Massachusetts von 1780 ist älter, allerdings im Laufe der Zeit sehr häufig geändert worden. Die Verfassung Belgiens von 1831 und der Schweiz von 1874 weisen eine ähnliche Kontinuität auf, ohne jedoch in gleicher Weise historisch einflußreich geworden zu sein.

² Dazu D.R. Robinson (Hrsg.), *Reforming American Government. The Bicentennial Papers of the Committee on the Constitutional System* (1985); A. Falke, *Sind 200 Jahre genug? Zur Debatte um eine Reform der amerikanischen Verfassung*, in: *Aus Politik und Zeitgeschichte*, B30/31 (1987), S.16ff.; H. Vorländer, *Forum Americanum*, JöR 1987, S.451 (471ff.).

³ Zu dem Einfluß der amerikanischen Verfassung vgl. K. v. Beyme, *Vorbild Amerika?* (1987), dort S.97ff. zum Föderalismus.

hunderte hinweg nur geringfügig verändert hat⁴. Die Verfassung hat den Bürgerkrieg, zwei Weltkriege und tiefgreifende sozioökonomische Wandlungen von einer agrarischen Gesellschaft des 18. Jahrhunderts zu einer hochindustrialisierten Weltmacht des ausgehenden 20. Jahrhunderts ohne grundlegende Änderungen überstanden. Diese Kontinuität verweist auf einen fortdauernden Verfassungskonsens, aber auch auf einen flexiblen Umgang mit der textuellen Grundlage der Verfassung.

Grund für die Dauerhaftigkeit dieses Verfassungskonsenses ist sicherlich auch⁵ ein Verfassungsverständnis, das weniger durch dogmatisch-systematische Elemente, als vielmehr durch die vom anglo-amerikanischen *common law* geprägte Erfahrungs- und Situationsabhängigkeit gekennzeichnet ist⁶. Deutlich betont wird die sozialintegrative Funktion der Verfassung. Als solches ist sie nicht nur Dokument und Instrument, das die politischen Institutionen verfaßt, sondern zugleich der Boden, das Forum, auf dem der politische Prozeß ausgetragen wird. "It's a constitution we are expounding", heißt es bei John Marshall in *McCulloch v. Maryland*⁷, die bestimmt ist, "to endure for ages to come, and consequently to be adapted to the various crisis of human affairs"⁸. Verfassungsfragen werden damit zu beständigen Selbstvergewisserungen und Wiederaneignungen des Textes der Verfassung in der jeweiligen historischen Situation und politischen Konstellation⁹.

Für die Analyse der Entwicklung bestimmter konstitutioneller Strukturen bekommen damit die Dogmen, die jeweiligen Interpretationen der Verfassung, besonderes Gewicht. In ihnen spiegeln sich die Veränderungen der Rahmenbedingungen deutlicher als in der Kontinuität des Verfassungstextes. Am Beispiel des Föderalismus als einem grundlegenden Strukturprinzip der Verfassung lassen sich die Wirkungen der konstitutionellen

⁴ Rechnet man die ersten 10 Amendments noch mit zum Projekt der ursprünglichen Verfassung, weil ihre Verabschiedung mit der Annahme der Verfassung eng verknüpft war, dann bleiben nur 16 Amendierungen, unter denen die Civil War Amendments sicherlich die wichtigsten waren. Für das institutionelle Gefüge der Verfassung wichtig ist auch noch das 17. Amendment von 1913, das die Einführung der Direktwahl der Senatoren brachte.

⁵ Neben spezifischen historischen und fortwirkenden Bedingungen, vgl. dazu Vorländer (Anm.2), S.460.

⁶ Vgl. dazu auch W. Brugger, Verfassungsgerichtspolitik à la USA, Zeitschrift für Rechtspolitik 1987, S.52 (59ff.) m.w.N.; P.E. Quint, Amerikanisches Verfassungsrecht – ein aktueller Überblick, Juristenzeitung 1986, S.619 (625f.).

⁷ 17 U.S. (4 Wheat.) 316 (1819), 407.

⁸ 17 U.S. (4 Wheat.) 316 (1819), 413.

⁹ Vgl. dazu auch Vorländer (Anm.2), S.458.

first principles erhellen. In der Auseinandersetzung um dieses Strukturprinzip spiegelt sich der Prozeß der Gründung der Vereinigten Staaten ebenso wie die weitere Entwicklung der Verfassung von 1787. Die Positionen der Federalists¹⁰ und der States Rightists (Antifederalists)¹¹ in der Gründungsdebatte um die Verfassung von 1787 bilden bis heute wirkungsmächtige Bezugspunkte der jeweiligen Auseinandersetzung um das richtige, angemessene Verständnis des Föderalismus in den Vereinigten Staaten. Dies ist nicht nur der besonderen Bedeutung der Auffassung der Framers (Verfassungsväter) in der amerikanischen methodischen Tradition zuzuschreiben. Der Föderalismus ist in der amerikanischen Verfassungstradition vielmehr eng mit dem Kernanliegen der Gründung verbunden, der Garantie und Entfaltung individueller Freiheit durch Organisation, Balancierung und Begrenzung staatlicher Machtentfaltung. Freiheitsschutz in und durch Institutionen hat hier, wenn nicht seinen historischen Ausgangspunkt¹², so doch seine erstmalige Verwirklichung in der Verfassung eines republikanischen und demokratischen Flächenstaates gefunden. Die Garantie individueller Freiheit durch die Erhaltung dezentraler Entscheidungszentren, die nicht nur als Machtmäßigung durch vertikale Gewaltenteilung, sondern zugleich als *laboratories of innovation*¹³ und als Möglichkeiten zur Einübung und Entfaltung von Demokratie verstanden wurden, bedingt die fortlaufende Diskussion und Neujustierung des föderalen Strukturprinzips in gewandelten Verhältnissen. Sie ist Teil der kontinuierlichen Auseinandersetzung um das angemessene Verständnis der Freiheit.

In diesem Strukturprinzip spiegelt sich die Entwicklung der Vereinigten Staaten von einer agrarisch bestimmten Gesellschaft des 18. Jahrhunderts zur hochindustrialisierten und -differenzierten Gesellschaft des ausgehenden 20. Jahrhunderts. Diese Entwicklung ist unter föderalen Aspekten durch eine kontinuierliche Zentralisierung gekennzeichnet, die die Frage aufwirft, welche Funktionen den Einzelstaaten in einer hochdifferenzier-

¹⁰ Dazu D. F. Epstein, *The Political Theory Of The Federalists* (1984), und als klassischer Text W. R. Bock (Hrsg.), *The Federalist Papers* (1961).

¹¹ Vgl. H. J. Storing (Hrsg.), *The Complete Antifederalist*, 7 Bde. (1981); ders., *What the Antifederalists were for* (1981); J. P. Young, *Amerikanisches politisches Denken: Von der Revolution bis zum Bürgerkrieg*, in: I. Fetscher/H. Münkler, *Pipers Handbuch der politischen Ideen*, Bd.3 (1985), S.617 (631 ff.); J. Powell, *The Original Understanding Of The Original Intent*, 98 *Harv. L. Rev.* 885 (1985) m.w.N., der zugleich eine hervorragende Einführung in die konstitutionelle Debatte des ersten Vierteljahrhunderts bietet.

¹² Zu den ideengeschichtlichen Grundlagen ausführlich H. Steinberger, *Konzeption und Grenzen freiheitlicher Demokratie* (1974).

¹³ Vgl. *New State Ice Co. v. Liebemann*, 285 U.S. 262, 311 (1932) (Justice Brandeis, dissenting vote [diss.]).

ten, national und international stark verflochtenen Gesellschaft noch zukommen, wo fast alle Aufgaben zugleich nationale oder internationale Interessen berühren können.

So kann es nicht erstaunen, daß die föderale Diskussion in den Vereinigten Staaten seit geraumer Zeit ihres Gegenstandes nicht recht sicher ist. Die starke Konzentration der Bundeskompetenzen, die Abhängigkeit der Einzelstaaten von finanziellen Zuwendungen des Bundes haben die Frage aufgeworfen, ob Bundesstaatlichkeit mehr ist als eine juristische Fiktion¹⁴. Gerade die sozial- und politikwissenschaftliche Diskussion erweist sich insofern als eigenartig schillernd. Nicht selten wird, je nach Standpunkt bedauernd oder achselzuckend, das Ende des Föderalismus konstatiert¹⁵, im selben Atemzug allerdings neue Bezeichnungen für die Beziehungen zwischen Bund und Einzelstaaten kreiert¹⁶, die allen Todeserklärungen zum Trotz eine Vitalität der föderalen Fragestellung anzeigen. Ein Blick auf die Rechtsprechung des Supreme Courts der Vereinigten Staaten und in die rechtswissenschaftliche Literatur vermittelt denn auch den Eindruck einer außerordentlich lebendigen Debatte um das zeitgemäße föderale Verständnis¹⁷. Mag für manche politikwissenschaftliche Analyse der realen Entscheidungsstruktur und Verteilung der Macht das Ende des Föderalismus eine ausgemachte Sache sein und dieser lediglich eine juristische Fiktion darstellen, in der Sphäre des Rechts haben selbst Fiktionen oft außerordentlich reale Folgen. Wie immer diese Debatte in ihren Grundlagen auch zu bewerten sein mag, sie zeigt das Unbehagen an dem starken Nationalisierungsprozeß, der für die Entwicklung des 20. Jahrhunderts charakteristisch ist.

Die folgende Darstellung unterscheidet verschiedene Phasen des Föderalismus. Sie orientiert sich dabei an den sozialen und politischen Rahmenbedingungen, vor allem aber an der Entscheidungspraxis des Supreme Courts¹⁸. Nach einer Phase starker Betonung nationaler Kompetenzen

¹⁴ Vgl. W. Riker, *Six Books in Search Of A Subject, Or Does Federalism Exist And Does It Matter* (1969), S.145 ff.

¹⁵ Vgl. dazu ausführlich H. Scheiber, *Federalism and Legal Process: Historical and Contemporary Analysis of the American System*, 14 *Law & Society Review* 663, 666 f. (1980) m.w.N.

¹⁶ Vgl. dazu die Liste der Bezeichnungen bei R. Davis, *The Federal Principle: A Journey through Time in Question of Meaning* (1978), S.204.

¹⁷ Vgl. dazu S. Goode, *The New Federalism* (1983), S.131 ff.; M.D. Reagan/J.G. Sanzone, *The New Federalism* (1981), S.54 ff.

¹⁸ Dies entspricht der zentralen Stellung dieses Gerichts in dem Gefüge der amerikanischen Verfassung und ihrer Praxis (vgl. dazu jetzt ausführlich W. Brugger, *Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit in den Vereinigten Staaten von Amerika* [1987]; Vorlä-

gegenüber den Einzelstaaten während der Zeit des Chief Justice John Marshall folgte etwa seit den 20er Jahren des 19. Jahrhunderts, zunächst in der Politik, später auch durch den Supreme Court unter Chief Justice Roger B. Taney, die allmähliche Herausbildung der Doktrin des *dual federalism*. Dieses sollte das vorherrschende föderale Verständnis des Supreme Courts bis in die 30er Jahre des 20. Jahrhunderts werden, dessen Aufgabe im Zuge der New Deal-Rechtsprechung durch das Modell des *cooperative federalism*, der *intergovernmental relations* Ausdruck der wachsenden Aufgabenverflechtung im Bundesstaat war. In einem letzten Schritt wird die gegenwärtige Wiederbelebung der *states rights*-Debatte durch den Supreme Court auf verschiedenen verfassungsrechtlichen Feldern dargestellt und auf ihre Gründe hin befragt¹⁹.

I. Zur föderalen Struktur der amerikanischen Bundesverfassung

Die Gründung der Vereinigten Staaten von Amerika ist das Ergebnis einer Dekolonisierung²⁰. Die geographische, kulturelle und soziale Verschiedenheit der amerikanischen Kolonien und späteren Gliedstaaten war

der [Anm.2], S.477ff.). Zu beachten ist allerdings, daß die Veränderungen im föderalen Gefüge weniger durch den Supreme Court als durch die Veränderungen der sozialen und ökonomischen Rahmenbedingungen und der Gesetzgebung des Kongresses hervorgerufen werden, die konstitutionellen Dogmen sind auch Reaktionen auf die Veränderungen des föderalen Kräfteverhältnisses und seiner Rahmenbedingungen (vgl. M. Bothe, Die Entwicklung des Föderalismus in den angelsächsischen Staaten, JöR 31 [1982], S.109, 114).

¹⁹ Die hier vorgenommene Einteilung folgt der in der amerikanischen Literatur überwiegend angenommenen Abfolge der föderalen Paradigmen mit einigen Abweichungen im einzelnen. Sie ist allerdings nicht unbestritten. Bezweifelt wird vor allem die reale Existenz einer Phase des *dual federalism*. Zwar wird nicht die Existenz des juristischen Dogmas als solches bestritten, wohl aber seine Aussagekraft über die tatsächliche Machtverteilung in Zweifel gezogen. Aus der Tatsache, daß es schon immer, wenn auch in unterschiedlicher Intensität, Kooperation zwischen den Einzelstaaten und dem Bund gegeben habe (vgl. M. Grodzins, *The American System* [1966], S.3ff.; D. Elazar, *American Federalism* [1972], S.47) wird geschlossen, daß es einen grundsätzlichen Wandel der föderalen Beziehungen nicht gegeben habe. Allerdings spricht schon historische Evidenz gegen diese Kontinuitätsthese. Kooperation in einer agrarisch bestimmten dezentralisierten Gesellschaft des 18. und des beginnenden 19. Jahrhunderts hat eine andere Bedeutung als eine systematische und institutionalisierte Kooperation in einer hochindustrialisierten und -differenzierten Gesellschaft, vgl. dazu Scheiber (Anm.15), S.663, 676ff.

²⁰ Ausführliche Analyse bei H. Dippel, *Die amerikanische Revolution 1763–1787* (1987); H.C. Schröder, *Die amerikanische Revolution* (1982); G.S. Wood, *The Creation of the American Republic 1776–1787* (1969).

ein wichtiger, die zukünftige Entwicklung prägender Faktor²¹. Er verstärkte die Bedeutung gewachsener lokaler und gliedstaatlicher Entscheidungseinheiten und bildete in späteren Phasen der Nationalisierung ein ständiges und starkes Gegengewicht²². Im Vergleich zu anderen Bundesstaaten hat dies zu einem hohen Maß an faktischer und kompetentieller Selbständigkeit der Gliedstaaten geführt. Die Articles of Confederation von 1776 spiegeln diese Selbständigkeit wider. Sie stellten die Verfassung eines lockeren Bundes souveräner Einzelstaaten dar, dessen Zentralgewalt, der Kongreß, außerordentlich schwach war. Eine eigentlich republikanische Verfassung war damit nicht geschaffen, eher ein Instrument, um die Selbständigkeit und Unabhängigkeit der einzelnen Staaten durch gemeinsame Anstrengungen gegenüber Großbritannien zu erhalten. Diese Schwäche zeigte sich vor allem nach der Erkämpfung der Unabhängigkeit in der Unfähigkeit, die ökonomische Krisensituation in der Folge des Unabhängigkeitskrieges zu lösen²³. Ohne die Möglichkeit zu Steuererhebungen und wirtschaftsregulierenden Tätigkeiten durch den Kongreß war diese Krisensituation nicht zu überwinden. Zum anderen erschienen den Vertretern verstärkter nationaler Kompetenzen einige der bis dorthin verabschiedeten Einzelstaatenverfassungen als zu »demokratisch«, als Bedrohungen der vorhandenen Freiheiten durch übermächtige Parlamente, von denen Exekutive und Judikative abhängig waren. Das Schreckgespenst des *legislative despotism* stellte ein wesentliches Motiv für die Bemühungen um ein starkes nationales Gegengewicht dar²⁴.

Vor diesem Hintergrund entwickelte sich die neue Konzeption von Gewaltenteilung in horizontaler und vertikaler Richtung zum Schutze der Freiheit, bei gleichzeitiger Schaffung einer starken Zentralgewalt²⁵.

²¹ Vgl. Dippel, *ibid.*, S.27ff.; M. Bothe, Die Kompetenzstruktur des modernen Bundesstaates in rechtsvergleichender Sicht (1977), S.46ff. m.w.N.; Quint (Anm.6), S.619f.

²² Vgl. Quint, *ibid.*, S.619f.

²³ Vgl. dazu J. Heideking, Die Verfassung der Vereinigten Staaten von Amerika, in: Aus Politik und Zeitgeschichte, B 30/31 (1987), S.4 m.w.N.

²⁴ Ausführlich dazu Wood (Anm.20), S.391ff.; Dippel (Anm.20), S.81ff.; vgl. auch E. Countryman, A People in Revolution. The American Revolution and Political Society in New York 1760–1790 (1981), S.252ff.; E.S. Corwin, The Progress of Constitutional Theory between the Declaration of Independence and the Meeting of the Philadelphia Convention, 30 American Historical Review 511, 517ff. (1925); R.F. Williams, Evolving State Legislative and Executive Power in the Founding Decade, AAAPSS 496, 43, 48 ff. (1988).

²⁵ Corwin, *ibid.*, S.514ff.; Wood (Anm.20), S.519ff.; Heideking (Anm.23), S.4.

1. Die horizontale und vertikale Trennung der Gewalten

Freiheit zu garantieren und zugleich politische Herrschaft zu konstituieren war das zentrale Anliegen und die Aufgabe des Verfassungskonventes von Philadelphia²⁶. Nicht die Freisetzung der bürgerlichen Gesellschaft aus den Zwängen der absolutistischen Feudalherrschaft, wie in der kontinentalen europäischen Tradition, sondern ihre Selbstverfassung, die Begründung politischer Herrschaft, die Etablierung einer zentralen politischen Gewalt, ohne die bereits errungene Freiheit zu gefährden, war die zentrale Aufgabe der Gründer²⁷. In der Trennung und Balancierung der Gewalten, dem charakteristischen System der *checks and balances*, offenbarte sich die eigentliche politische Theorie der Gründer der Verfassung. Unter Rückgriff auf Montesquieu formulierte Madison das zentrale Credo dieser politischen Theorie: "Ambition must be made to counteract ambition"²⁸. Die Garantie der Freiheit nicht durch republikanische Tugenden allein, sondern die Anerkennung unterschiedlicher Interessen, ihre Balancierung und Kontrolle in einem System gleichgewichtiger Machtzentren, ist das Kernanliegen dieser politischen Theorie²⁹. Im Gegensatz zu den Antifederalists, die eher an Rousseauschen Gedanken orientiert waren und an kleinstaatlich-republikanischen Vorstellungen einer homogenen Gesellschaft vernünftiger und tugendhafter Bürger festhielten³⁰, setzten die Federalists auf eine institutionelle Struktur der Austragung, gegenseitigen Kontrolle und Hemmung unterschiedlicher Interessen. Auf diese Weise sollte die Freiheit garantiert und zugleich ein Raum für politisches Handeln geschaffen werden, in dem die unterschiedlichen Interessen im öffentlichen Raum gegeneinander balanciert und miteinander

²⁶ Zur politischen Theorie und ihrer Umsetzung in Verfassungsrecht vgl. Steinberger (Anm.12); W.P. Adams, Republikanische Freiheit und bürgerliche Verfassung (1973), S.111ff.; Wood (Anm.20), S.257ff., 391ff., 469ff.; zu dieser doppelten Problemstellung der Garantie der Freiheit und Konstituierung der Macht vgl. vor allem H. Ahrendt, Über die Revolution (3. Aufl. 1986), S.183ff.; Ahrendt aufgreifend jüngst auch H. Dreier, Demokratische Repräsentation und vernünftiger Allgemeinwille. Die Theorie der amerikanischen Federalists im Vergleich mit der Staatsphilosophie Kants, AÖR 113 (1988), S.450 (460f.); zur politischen Theorie der Federalists vgl. Young (Anm.11), S.626ff.

²⁷ Vgl. auch Vorländer (Anm.2), S.461.

²⁸ Bock (Anm.10), No.51, S.264.

²⁹ Vgl. dazu den berühmten Publius-Brief No.10 von J. Madison, in: Bock (Anm.10), S.41ff.; dazu jüngst auch Dreier (Anm.26), S.450 (458ff.), im Anschluß an B. Haller, Repräsentation. Ihr Bedeutungswandel von der hierarchischen Gesellschaft zum demokratischen Verfassungsstaat (1987), S.97ff.

³⁰ Vgl. dazu Young (Anm.11), S.632; Vorländer (Anm.2), S.474f.

vermittelt werden konnten³¹. Gewaltentrennung als Machtminimierung kennzeichnet dieses Konzept daher nicht zureichend. Die Konstituierung der Handlungsfähigkeit des Gemeinwesens als Ziel des politischen Prozesses ist ein zentrales Anliegen dieser Theorie³².

Das Fehlen einer starken Zentralgewalt galt den Framers als ein Grundübel der Articles of Confederation. Ihre Lösung des Problems bestand in der Schaffung einer gewaltenteiligen nationalen Regierung bei gleichzeitiger Erhaltung der vorhandenen Machtzentren der Einzelstaaten als *check* der national konstituierten Macht. *E pluribus unum*: die Aufschließung einer neuen Machtquelle, bei gleichzeitiger Erhaltung der Macht der Einzelstaaten, ihre Kontrolle und Balancierung untereinander.

Als zentrales Problem mußte sich dabei die Frage nach dem Ort und der Konzeption der Souveränität erweisen, denn in einem solchermaßen horizontal und vertikal gegliederten Staat mußte es fraglich werden, wer Träger der voraussetzungsgemäß unteilbaren Souveränität sein konnte. Und in der Tat sind die Debatten der Zeit von diesem Begriff geprägt³³, seine Entwicklung reflektiert die Entstehung dieser neuen politischen Konzeption.

a) Das Konzept der Volkssouveränität

Die Souveränitätsfrage hatte bereits die Auseinandersetzung mit England um die Unabhängigkeit der Kolonien beherrscht³⁴. In der englischen Tradition lag die ursprüngliche und ungeteilte Macht im *king in parliament*. Mit ihrer dreigeteilten Struktur von *king*, *lords* und *commons* war diese Institution Inhaber der ungeteilten, absoluten und unkontrollierbaren Macht, der Souveränität³⁵, die sich letztlich aus der Repräsentation der

³¹ Vgl. dazu jüngst Dreier (Anm.26), S.461 ff.

³² Vgl. insoweit auch Ahrendt (Anm.26), S.183 ff. Daß die Framers damit Montesquieu näher kamen als manche seiner kontinentalen Interpreten, wird in der Deutung von Montesquieu als Theoretiker des politischen Ausgleichs bei U. Lange, Teilung und Trennung der Gewalten bei Montesquieu, *Der Staat* 19 (1980), S.213 ff., erkennbar.

³³ "The theory of sovereignty pervaded the arguments of the whole revolutionary generation from the moment in the 1760's when it first raised through the adoption of the federal constitution in 1787", vgl. Wood (Anm.20), S.345, dort auch zum folgenden; vgl. auch B. Bailyn, *The ideological origins of the American Revolution* (1967), S.198, 229; Adams (Anm.26), S.121 ff.; A.R. Amar, *Of Sovereignty and Federalism*, 96 *Yale Law Journal* 1425, 1429 ff. (1987).

³⁴ Vgl. dazu Wood (Anm.20), S.344 ff.

³⁵ Vgl. W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, Vol.I (1765, 1909), S.159f.: "this being the place where that despotic power, which must in all governments reside somewhere, is entrusted by the constitution of these kingdoms"; dazu auch J.V. Jezierski, *Parliament or People: James Wilson And Blackstone On The Nature Of Sover-*

gesamten englischen Gesellschaft im *parliament* legitimierte³⁶. Eine Begrenzung der Souveränität oder gar ihre Teilung konnte es voraussetzungsgemäß nicht geben. Die horizontale Trennung der Gewalten mußte in dieser Tradition als eine *contradictio in adiecto* erscheinen, die vertikale Trennung der Gewalten als die Schaffung eines *imperium in imperio* – beides undenkbar³⁷.

In der der Unabhängigkeitserklärung vorausgehenden Debatte akzeptierten die Kolonisten zunächst die ungeteilte Souveränitätsvorstellung der Briten, konnten aber die gesetzgebenden Versammlungen der Kolonien, die *assemblies*³⁸, mit dieser Konzeption letztlich nicht vereinbaren. Konnte es zwei gesetzgebende Institutionen innerhalb desselben politischen Raumes nicht geben, mußte die Souveränität entweder im *parliament* oder den *assemblies* liegen. Mit dem Rückgriff auf die fehlende Repräsentation als Legitimationsgrundlage der Souveränität fanden sie die Lösung zugunsten ihrer *assemblies* und der Trennung von England³⁹. Die Bezugnahme auf die Repräsentation mußte aber letztlich zum Wechsel des Trägers der Souveränität führen; nicht mehr das *parliament*, sondern die Repräsentierten wurden zu Trägern der Souveränität.

Vor dem Erfahrungshintergrund der sog. *charters*, der vormodernen Rechtsgrundlagen der Handelsgesellschaften und Kolonien, konstruierten die Framers die Regierung folglich als Inhaber begrenzter Rechte⁴⁰. Diese *charters* begünstigten den Gedanken der Volkssouveränität, die Regierung erschien als Vertreter derjenigen, die die Verfassung gaben. Die Rechte der staatlichen Organe wurden vom Volk verliehen und waren damit jederzeit rückrufbar. Die eigentliche und legitimierende Souveränität lag ausschließlich, ungeteilt, aber nicht ungebunden⁴¹ beim Volk, die Regierenden wurden so zu Treuhändern der ihnen übertragenen Herrschafts-

eignty, *Journal of the History of Ideas* 32 (1971), S.95 ff.; Amar (Anm.33), S.1430 ff.; zu den Wurzeln und der Entwicklung dieser Konzeption Steinberger (Anm.12), S.42 ff.; zu den Folgen für die Konzeption der Freiheitsrechte G. Frankenberg/U. Rödel, *Von der Volkssouveränität zum Minderheitenschutz* (1981), S.43 ff.

³⁶ Vgl. Wood (Anm.20), S.347 f.

³⁷ Amar (Anm.33), S.1445; Bailyn (Anm.33), S.198 ff.

³⁸ Vgl. Wood (Anm.20), S.344 ff.; Adams (Anm.26), S.121 ff.; Jezierski (Anm.35), S.101 ff.

³⁹ Ausführlich Wood, *ibid.*, S.348 ff.

⁴⁰ Dazu und zum folgenden Amar (Anm.33), S.1432 ff.; auch Steinberger (Anm.12), S.58.

⁴¹ Die Souveränität als Volkssouveränität ist in der Lockeschen Tradition des amerikanischen Verfassungsdenkens nie ungebunden, sondern materiell auf das Gemeinwohl verpflichtet, auf Freiheit und Gerechtigkeit bezogen; ausführlich Steinberger, *ibid.*, S.71 ff., 85 ff.

macht, ein Gedanke, der letztlich auf Locke zurückging⁴². Diese Verlagerung und Veränderung des Inhalts der Souveränität hatte weitreichende Konsequenzen. Erst diese Verschiebung gibt der Verfassung und dem Begriff der Repräsentation seinen modernen Sinn⁴³. Die Verfassung regelte nunmehr den Umfang der Verleihung der Rechte der Regierung, an ihr mußte sich die Ausübung der quasi-souveränen Rechte durch die Regierung messen lassen, der Grundsatz des *limited government*.

Einige Verfassungen der amerikanischen Einzelstaaten reflektierten in ihren Eingangssätzen und Präambeln das neue Verständnis der Souveränität auf das deutlichste⁴⁴. Die zum Teil radikaldemokratischen Einzelstaatenverfassungen – beispielhaft etwa die Verfassungen von Pennsylvania 1776 und von Vermont 1777 – verwirklichten das postulierte Prinzip der Volkssouveränität in einem sehr direkten Sinne. Die Verfassung von Pennsylvania basierte auf dem Prinzip der Rotation, Gesetze wurden unter direkter Mitwirkung des Volkes beschlossen, Mandatsträger zum Teil durch ein imperatives Mandat gebunden. Die Verfassung selber wurde in regelmäßigen Abständen vom Souverän überprüft und konnte gegebenenfalls geändert oder aufgehoben werden. Hier nahm der revolutionäre Republikanismus seine erstmalige verfassungsrechtliche Gestalt an⁴⁵.

In anderen Staaten fanden sich fortlaufende, die Gesetzgebung begleitende Konvente, sowie die Praxis der sog. *instructions*, durch die Delegierte imperativ von ihren entsendenden *counties* gebunden wurden⁴⁶. Nicht selten wurde Gesetzen unter Berufung auf die Volkssouveränität die Gefolgschaft verweigert. Als weiteres Problem erwies sich die außerordentliche Machtfülle der Parlamente. Exekutive und Judikative waren in konsequenter Fortführung der Volkssouveränität von der Legislative abhängig⁴⁷. Diese institutionelle Ausgestaltung erwies sich als instabil und gab ständig schwankenden Stimmungen erhebliche Resonanz. Die verab-

⁴² Dazu Steinberger (Anm.12), S.68 ff.

⁴³ Vgl. dazu B. Ackermann, *The Storrs Lectures: Discovering the Constitution*, 93 Yale L.J.1013, 1023 (1984); Dippel (Anm.20), S.91 ff.; Dreier (Anm.26), S.450 (458 ff.).

⁴⁴ So heißt es in der Virginia Bill of Rights von 1776: "That all power is vested in and consequently derived from the people" und "that magistrates are their trustees and servants and at all times amenable to them".

⁴⁵ Die Verfassung von Pennsylvania stellt denn auch das historische Vorbild der jakobinischen Verfassung von 1793 dar.

⁴⁶ Hierzu und zum folgenden ausführlich Wood (Anm.20), S.393 ff.; zu den Staatenverfassungen Williams (Anm.24), S.43 ff.

⁴⁷ Vgl. dazu Corwin (Anm.24), S.511, 514 ff.; J.R. Schmidhauser, *The Supreme Court as final Arbiter in Federal State Relations 1789–1957* (1958), S.7.

schiedeten Gesetze liefen zudem allzu häufig vorhandenen Besitzständen entgegen⁴⁸. Das Problem des Schutzes gegenüber dem demokratischen Gesetzgeber geriet damit auf die Tagesordnung.

Diese Erfahrungen mit einer radikaldemokratischen Ausdeutung der Volkssouveränität in der Zeit nach dem Unabhängigkeitskrieg führte daher – zumindest innerhalb der revolutionären Elite – zu einer erheblichen Ernüchterung⁴⁹.

b) Separation of powers

Die Ausgestaltung der nationalen Regierung durch das System der Gewaltenteilung und -zuordnung spiegelt deutlich das Mißtrauen der Gründer gegenüber Formen direkter Demokratie und radikaldemokratischen Konzepten der Volkssouveränität. Dieses entsprang nicht nur den Erfahrungen mit einigen Einzelstaatenverfassungen, sondern ebenso einem weniger aufklärerischen als skeptischen Menschenbild⁵⁰, das sich in ihrer politischen Theorie niederschlug.

Dieses Mißtrauen, aber auch das englische Vorbild, bestimmten das Zweikammersystem der Legislative⁵¹. Neben der Machtteilung wurden die unterschiedlichen Legitimationsquellen der beiden Kammern mit föderalen Gesichtspunkten verbunden. Während im Repräsentantenhaus das Volk der Vereinigten Staaten als Ganzes seine Repräsentation durch eine direkte Wahl der Abgeordneten finden sollte, wurden die Senatoren zunächst von der Legislative der Einzelstaaten gewählt. Dies und die gleiche Zahl von Sitzen für alle Staaten unabhängig von ihrer Größe, machte den Senat zu dem eigentlichen Repräsentanten der Einzelstaaten in dem politischen Prozeß des Bundes⁵².

⁴⁸ Zu den Sozialkonflikten vgl. Dippel (Anm.20), S.91 ff.

⁴⁹ Benjamin Rush, einer ihrer führenden Köpfe, kritisierte das radikaldemokratische Konzept der Volkssouveränität vehement: "It's often said that the sovereign and all other power is seated in the people. This idea is unhappily expressed. It should be said all power is derived from the people. They possess it only on the day of their elections. After this, it is the property of their rulers, nor can they exercise it or resume it, unless it is abused". In wenigen Stellungnahmen kommt das Mißtrauen gegenüber einem radikaldemokratischen Konzept der Volkssouveränität so deutlich zum Ausdruck; ausführlich dazu Wood (Anm.20), S.372 ff. mit einer Vielzahl ähnlicher literarischer Stimmen.

⁵⁰ Vgl. insoweit auch Steinberger (Anm.12), S.91 ff.; Vorländer (Anm.2), S.473 f.

⁵¹ Zu den Hintergründen Corwin (Anm.24), S.511, 517 ff.

⁵² The Federalist No.58, S.296 ff. (J. Madison), in: Bock (Anm.10); *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. (4 Wheat.) 316, 435 (1819); vgl. auch Art.V U.S. Constitution; zur starken lokalen und gliedstaatlichen Bindung beider Häuser vgl. auch B o t h e (Anm.21), S.86 ff.

Der Präsident als Exekutive, ausgestattet mit einem nur durch eine Zweidrittelmehrheit beider Häuser des Kongresses überwindbaren Veto gegenüber der Legislative, sollte von einem durch die Einzelstaatenlegislative bestimmten Wahlmännergremium, ggf. von den Abgeordneten des Repräsentantenhauses gewählt werden.

Besondere Bedeutung aber kam der Judikative zu. Hier zeigte sich die Spannung zwischen einem radikalen Konzept der Volkssouveränität und der Konzeption der Federalists⁵³. Eine Gerichtsbarkeit, die die Akte der Legislative und damit der Gewalt, die dem Volk als Souverän am nächsten stand, überprüfen sollte, mußte den Vertretern der radikalen Volkssouveränität als unlegitimierbar, ja als undenkbar erscheinen. Demgegenüber verwiesen die Federalists auf den Charakter der Verfassung als *supreme law of the land*, das alle Gewalten gleichermaßen begrenzen sollte. In diesem Konzept konnte keiner Gewalt die Suprematie zukommen, auch nicht der Legislative. Diese konnte nur bei dem Volk selbst liegen, das durch die Verfassung alle Machtausübung begrenzte. Folglich konnte es auch keinen Verstoß gegen den Grundsatz der Volkssouveränität bedeuten, wenn Gesetze, die die verliehenen Befugnisse überschritten, für verfassungswidrig erklärt werden konnten⁵⁴.

Diese Aufgabe den Gerichten zuzuweisen, erschien ihnen um so weniger bedenklich, als die Judikative ihrer Auffassung nach die schwächste der drei Gewalten war. Die Judikative sei, so Hamilton, "next to nothing". Von ihr alleine konnte keine Bedrohung der Freiheit zu erwarten sein, wohl aber von ihrer Verbindung mit anderen Gewalten. Folglich verwendete die Verfassung Sorgfalt auf die organisatorische Ausgestaltung der Unabhängigkeit der Bundesgerichtsbarkeit⁵⁵. Anders als die Staatenrichter, die häufig von der Legislative abhängig waren und insoweit Pressionen der jeweiligen Mehrheiten ausgesetzt schienen, sollte eine strukturelle Unabhängigkeit die unparteiische Amtsführung der Bundesrichter garantieren.

Auch im föderalen Gefüge sollte der Bundesgerichtsbarkeit eine wich-

⁵³ Corwin (Anm.24), S.514ff.

⁵⁴ The Federalist No.78, S.397 (A. Hamilton), in: Bock (Anm.10); zu den Grundlagen Corwin (Anm.24), S.522ff.; die Frage, ob der Supreme Court die Kompetenz haben sollte Gesetze zu verwerfen, war allerdings umstritten, vgl. Steinberger (Anm.12), S.126ff.; die Mehrheit der Framers scheint dies angenommen zu haben, vgl. Schmidhauser (Anm.47), S.7ff. m.w.N.; Corwin (Anm.24), S.522ff.; Steinberger (Anm.12), S.127 mit Anm.541 und w.N.; letztlich wurde diese Frage erst in der berühmten Entscheidung *Marbury v. Madison* entschieden.

⁵⁵ Hamilton, *ibid.*, S.378ff.

tige Rolle zukommen. Strenge Nationalisten unter den Framers votierten für ein Veto des Kongresses gegenüber den Gesetzgebungsorganen der Staaten. Diese starke Zentralisierung aber erschien der Mehrheit weder durchsetzbar noch wünschenswert. Die Kontrolle durch den Supreme Court erschien insoweit als Kompromiß⁵⁶.

c) Vertikale Gewaltenteilung

Eines der intrikatesten Probleme, die der Verfassungskonvent zu lösen hatte, war die föderale Konzeption der Verfassung. Die Interessengegensätze, die unterschiedlichen politischen Grundideen der Federalists und Antifederalists stießen vor allem an diesem Punkt aufeinander. Während die Antifederalists meinten, republikanische Freiheiten letztlich nur in kleinen überschaubaren Einheiten erhalten und verwirklichen zu können, wollten die Federalists ein starkes nationales Gegengewicht zu den Einzelstaaten bilden, die sie keinesfalls als Hort der Freiheit, eher als deren Bedrohung ansahen. Allerdings stand auch für die Federalists das imperiale Modell Englands als ein Schreckgespenst jeder Stärkung einer nationalen Gewalt entgegen. Auf der anderen Seite aber hatte das Modell der Konföderation sich als zu schwach erwiesen. Was die Gründer suchten war daher in den Worten von Madison "neither a national nor a federal Constitution, but a composition of both"⁵⁷. Der erste Weg war, wie oben gezeigt, eine Verlagerung der Souveränität auf das Volk der Vereinigten Staaten als Ganzes, während die Antifederalists weiterhin auf der Souveränität der Einzelstaaten bestanden⁵⁸ und sich damit an dem Modell der Articles of Confederation orientierten. In deren ersten Artikeln kam deutlich zum Ausdruck, daß jeder Staat seine Souveränität, seine Freiheit und Unabhängigkeit, seine Kompetenzen, Zuständigkeiten und Rechte behielt, soweit sie nicht ausdrücklich den Vereinigten Staaten, versammelt im Kongreß, übertragen waren⁵⁹. Damit war ein loser Staatenbund gegründet, nicht aber ein Bundesstaat. Das Volk der Einzelstaaten blieb Träger der Souveränität, die Verfassung stellte folglich einen Vertrag unabhängiger souveräner Einzelstaaten dar. Der Kongreß wurde dementsprechend als eine Ver-

⁵⁶ Ausführlich Schmidhauser (Anm.47), S.7ff.; Corwin (Anm.24), S.535f.

⁵⁷ The Federalist No.39, S.198 (Madison), in: Bock (Anm.10); dazu M. Diamond, The Federalists on Federalism: Neither a National nor a Federal Constitution but a composition of both, 86 Yale L.J.1273 (1976).

⁵⁸ Vgl. A. Kelly/W. Harbison/H. Belz, The American Constitution. Its Origins and Development (1983), S.108f.

⁵⁹ Vgl. Art.II, III der Articles of Confederation.

sammlung von Botschaftern der Einzelstaaten begriffen⁶⁰. Demgegenüber schien die Verfassung von 1787 die Souveränität dem Volk der Vereinigten Staaten als Ganzes zuzuweisen, wie es scheinbar eindeutig in der Präambel zum Ausdruck kam: "We the People of the United States ... do ordain and establish ...". War das Volk der Vereinigten Staaten als Ganzes souverän, dann konnte es einen Teil der Regierungsgewalt auf die nationale Regierung übertragen und den Rest entweder sich selbst vorbehalten oder an die Einzelstaaten übertragen⁶¹. Darüber hinaus ermöglichte diese Konzeption aber die Verteilung der vom Volk abgeleiteten und limitierten Machtausübung auf zwei vertikal abgeschichtete Entscheidungsebenen. Beide, Bund und Einzelstaaten, blieben auf diese Weise Sachwalter, Repräsentanten und Agenten der einen Volkssouveränität. Zugleich fügte sich der Föderalismus damit in das Konzept der Teilung der Macht ein: ihre vertikale Dimension.

Die Antifederalists hielten allerdings an ihrer Auffassung von der Souveränität des Volkes der jeweiligen Einzelstaaten fest. Dem Volk der Vereinigten Staaten als Ganzes konnte daher keine Souveränität zukommen, denn diese war voraussetzungsgemäß unteilbar. In ihrer Perspektive hatten die souveränen Staaten einen Teil ihrer Kompetenzen durch einen Vertrag auf den Bund übertragen. Das Modell der Bundesverfassung von 1787 erschien in dieser Perspektive nicht grundsätzlich verschieden von dem der Articles of Confederation, einzig in dem Umfang der übertragenen Kompetenzen lag die Differenz. Daß dieses in sich konsistente Modell nicht nur theoretisch bedeutsam war, sollte sich alsbald nach Verabschiedung der Verfassung zeigen. Beide Modelle begründeten bis heute fortwirkende Bezugspunkte der föderalen Diskussion⁶² und bringen zwei unterschiedliche Traditionsstränge der Diskussion um das angemessene föderale Verständnis zum Ausdruck.

2. Die Verteilung der Entscheidungskompetenzen

Kernstück eines jeden föderalen Systems ist die Verteilung der Kompetenzen zwischen den Entscheidungsebenen.

Die Bundesverfassung enthält den Kompetenzkatalog für die Gesetzge-

⁶⁰ Ausführlich Amar (Anm.33), S.1446; Corwin (Anm.24), S.527ff.

⁶¹ Hierin deutet sich bereits die spätere Konzeption des 10. Amendments an: "The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people".

⁶² Vgl. Heideking (Anm.23), S.20ff.

bung vor allem in Art.I sec.8 U.S. Constitution und folgt damit einer Systematik der ausdrücklichen Aufzählung der Bundeskompetenzen, während sie die übrigen den Staaten oder dem Volk vorbehält⁶³. Die Kompetenzen des Bundes beschränkten sich auf das zu dieser Zeit für unabdingbar gehaltene Minimum, weitergehende Kompetenzen schienen nicht erforderlich, aber auch nicht durchsetzbar.

Für die föderale Problemstellung sollten sich in der Folgezeit die *inter-state commerce*-Klausel und die *welfare*-Klausel als besonders wichtig erweisen. Zusammen mit der *necessary and proper*-Klausel und der hiermit zusammenhängenden Lehre der *implied powers* gaben sie in der Folgezeit den Rahmen für eine umfassende, wenn auch hinsichtlich des Umfangs immer wieder umstrittene Bundeskompetenz ab. Diese Kompetenzen sind zum Teil exklusiv, zum Teil konkurrierend. Ihr Umfang wird von der Rechtsprechung im einzelnen bestimmt und ist auch heute noch nicht abschließend abgeklärt. Gerade in diesem Bereich setzt sich jenseits der verfassungstextlichen Ausformung das jeweilige föderale Verständnis des Supreme Courts durch.

Mit diesem Kompetenzkatalog zusammenzulesen ist die *supremacy*-Klausel des Art.VI §2 U.S. Constitution, wonach neben der Verfassung der Vereinigten Staaten auch alle in ihrem Verfolg erlassenen Gesetze das oberste Gesetz der Vereinigten Staaten darstellen und damit im Grundsatz entgegenstehende Gesetze der Staaten verdrängen.

Über die in Art.I sec.8 U.S. Constitution genannten Kompetenzen enthält die Verfassung an verschiedenen Stellen weitere Kompetenzen der Legislative, die teils exklusiv und teils konkurrierend sind.

Das Hauptgewicht der Gesetzgebung lag in dieser Zeit und auch nach Auffassung der Gründer bei den Staaten. Gleichwohl lag vor allem in der *necessary and proper*-Klausel eine inhärente Dynamik der Gesetzgebungskompetenzen hin auf eine starke Kompetenz des Bundes.

Kaum Vorschriften enthält die Verfassung im Hinblick auf die föderalen Aspekte exekutivischer Tätigkeit⁶⁴. Einzig Art.II sec.3 U.S. Constitution verpflichtet den Präsidenten, dafür Sorge zu tragen, daß die Gesetze gewissenhaft vollzogen werden. Die Verfassung folgt hier dem Grundsatz, daß jede der beiden Ebenen die eigenen Gesetze durch eine eigene Verwaltung vollzieht. Daneben besteht die Möglichkeit, staatliche Beamte in bestimmtem Umfang mit dem Vollzug von Bundesgesetzen zu betrauen. Zwar ist dies in der Verfassung nicht explizit vorgesehen, wird aber im allgemeinen

⁶³ Vgl. dazu Bothe (Anm.21), S.143 ff.

⁶⁴ Bothe, *ibid.*, S.224 f.

für möglich gehalten. Über die sog. *spending power* kann der Bund grundsätzlich durch Auflagen Einfluß auf Organisation und Verfahren einzelstaatlicher Verwaltung nehmen.

Ausführlicher geregelt ist dagegen die Judikative (Art.III U.S. Constitution), auch in ihren föderalen Bezügen⁶⁵. Dabei geht die Verfassung grundsätzlich von einem unabhängigen zweistufigen System von Staaten- und Bundesgerichtsbarkeit aus. Entsprechend regelt die Verfassung ausschließlich die Bundesgerichtsbarkeit, enthält aber keine Anforderungen hinsichtlich der Organisation und Zuständigkeit der Staatengerichte. Nicht in gleicher Weise exklusiv sind allerdings die Zuständigkeiten beider Gerichtszweige. Vielmehr besteht über weite Strecken eine konkurrierende Gerichtsbarkeit für die Anwendung von Bundesrecht. Damit wird in föderaler Sichtweise eine wenig überschaubare Gemengelage begründet, deren Einzelheiten umstritten und der Klärung durch den Supreme Court aufgegeben sind.

II. Der constitutional nationalism: Von der Ratifikation bis zum Taney Court

Mit der Ratifikation der Verfassung war wohl die institutionelle Struktur des politisch-administrativen Systems ins Werk gesetzt, nicht aber ihre Akzeptanz beim Volk und den einzelnen Staaten gesichert. Mochte sie in ihrer Grundstruktur auch den republikanischen Werten der Zeit entsprechen, die erbitterten Debatten zwischen Federalists und Antifederalists hatten tiefgreifende Meinungsverschiedenheiten über die Rolle der Einzelstaaten in der Union offenbart. Die Verfassungspraxis der folgenden Jahrzehnte mußte zeigen, ob diese Differenzen im Rahmen der bestehenden Verfassung und ihrer Institutionen ausgetragen werden konnten. Schon die Verabschiedung der von den Federalists auf den Ratifizierungskonventen versprochenen Bill of Rights von 1791 zeigte das Fortbestehen der Konflikte auf⁶⁶. Die Vertreter der *states rights* konnten durchsetzen, daß die Grundrechte nur gegenüber dem Bund, nicht aber gegenüber den Einzelstaaten Anwendung finden sollten. Allerdings gelang es den Federalists zu

⁶⁵ Vgl. dazu D. P. K o m m e r s, Die Verfassungsgerichtsbarkeit in den Gliedstaaten der Vereinigten Staaten von Amerika, in: Ch. Starck/K. Stern (Hrsg.), Landesverfassungsgerichtsbarkeit, Bd.1 (1983), S.461 ff.; K. Loewenstein, Verfassungsrecht und Verfassungspraxis der Vereinigten Staaten (1959), S.396 ff. und der Überblick bei Quint (Anm.6), S.619 (622 f.).

⁶⁶ Zum Streit um die Bill of Rights vor dem Hintergrund der unterschiedlichen politischen Theorien von Federalists und Antifederalists vgl. Wood (Anm.20), S.536 ff.

verhindern, daß dem Bund durch Einfügung des Wortes *expressly* im 10. Amendment die Kompetenzen in erheblicher Weise beschnitten wurden. Eine solche Fassung hätte die spätere Lehre von den *implied powers* unmöglich gemacht und das 10. Amendment an die entsprechende Vorschrift der Articles of Confederation angenähert⁶⁷.

Bereits die erste Kongreßperiode gab Anlaß für vielfältige Differenzen, die sich auf die unterschiedlichen Auffassungen über die föderale Struktur der Verfassung bezogen. Die Federalists, vor allem Hamilton, tendierten unter Berufung auf den Text der Verfassung zu einer weiten Auslegung der Bundeskompetenzen (*broad construction*)⁶⁸, die sich formierenden oppositionellen Republikaner nahmen die Intentionen der Antifederalists auf und bestanden im Interesse der Einzelstaaten auf einer engen Interpretation der Bundeskompetenzen. In der Kontroverse zwischen Hamilton und Jefferson um die Etablierung der ersten nationalen Bank der Vereinigten Staaten fanden diese unterschiedlichen Konzepte ihren ersten personellen und theoretischen Ausdruck⁶⁹ und bildeten Kristallisationspunkte für die Ausbildung des amerikanischen Parteiensystems in dieser Zeit. Die explizite Formulierung einer konstitutionellen Doktrin gelang den Republikanern allerdings erst während des zunächst erfolglosen Widerstandes gegen die als Alien and Sedition Acts von 1798 bekanntgewordenen Gesetze⁷⁰. Diese führten zur Formulierung der Doctrines of '98, die nach dem Wahlsieg der Republikaner von 1800 für ein Vierteljahrhundert ein prägendes konstitutionelles Dogma werden sollten.

⁶⁷ Art. II Articles of Confederation.

⁶⁸ Vgl. dazu und zu den unterschiedlichen methodischen Positionen Powell (Anm. 11), S. 885 (913 ff.); die von Hamilton entwickelte Doktrin der *implied powers*, der Unterschied von *broad* und *strict construction*, sowie die Frage nach der Reichweite der Bundeskompetenzen in bezug auf lokale Angelegenheiten, sollte die amerikanische Debatte bis in die Gegenwart hinein prägen.

⁶⁹ Ausführlich zur sog. *bank crisis* Kelly/Harbison/Belz (Anm. 58), S. 129 ff.; G. Gunther, *Constitutional Law* (1986), S. 82; zu den politischen Ideen von Hamilton und Jefferson vgl. Young (Anm. 11), S. 636 ff.

⁷⁰ Diese Gesetze entstanden vor dem Hintergrund sich verschlechternder Beziehungen zwischen Frankreich und den Vereinigten Staaten in Folge der Französischen Revolution. Die Furcht vor republikanischer Subversion durch französische Emigranten und frankophile Republikaner führten zu einer empfindlichen Einschränkung der Pressefreiheit und Meinungsfreiheit. Für die Republikaner waren die Gesetze verfassungswidrig, weil sie eine unzulässige Inanspruchnahme nationaler Kompetenzen und eine Einschränkung des 1. Amendment darstellten; vgl. dazu Steinberger (Anm. 12), S. 271 ff.

1. Die Doctrines of '98

Da die Versuche der Republikaner auf Bundesebene scheiterten, die Gesetze durch die Gerichte zu Fall zu bringen, wandten sie sich an die Legislativen der Einzelstaaten, in denen sie mehrheitlich vertreten waren. Jefferson und Madison bereiteten zwei Resolutionen vor für die Legislativen von Kentucky und Virginia, in denen sie die betreffenden Gesetze als verfassungswidrig brandmarkten und die übrigen Staaten aufforderten, ihrem Beispiel zu folgen.

Mit diesen Doktrinen nahmen sie die Grundsätze der Antifederalists auf. Die Resolutionen konstruierten die Verfassung zunächst als einen Vertrag souveräner Einzelstaaten: *compact theory* und *state sovereignty* als die zentralen Elemente dieser Doktrin⁷¹. Die nationale Regierung leitete in dieser Sichtweise ihre gesamten Kompetenzen aus den Verträgen der Gliedstaaten untereinander ab. Die eigentliche Souveränität lag daher bei den Einzelstaaten, oder zumindest ihrem jeweiligen Volk, nicht aber bei der Union. Diese hatte einzig abgeleitete Kompetenzen. Streitigkeiten über den Umfang der Bundeskompetenzen konnten folglich auch nicht durch eine Institution des Bundes entschieden werden. Dies hätte eine Verkehrung der Verhältnisse zur Folge gehabt und den Vertreter zum Herrn über den Vertretenen gemacht⁷². Folgerichtig war es Aufgabe der Staaten, der Verfassungswidrigkeit von Gesetzen des Bundes entgegenzutreten und diese in dem jeweiligen Einzelstaat für unanwendbar zu erklären. So enthielt denn auch die ursprüngliche Fassung der Kentucky Resolution von Jefferson die Aufforderung "that the co-States ... will concur in declaring these acts void and of no force, and will each take measures of its own for providing that either of these acts ... shall be exercised within their respective territories"⁷³. Waren die Staaten letztlich die eigentlichen Träger der Souveränität, dann war die Verfassung als ein Vertrag zwischen ihnen, im Einklang mit der *common law*-Tradition, eng auszulegen im Horizont dessen, was die Vertragspartner meinten. *Strict construction* sollte die unbedachte und gefährliche Expansion der Bundeskompetenzen verhindern⁷⁴. Die Nähe dieser Position zu den Articles of Confederation mag einer der Gründe dafür sein, daß diese Auffassungen, obwohl nur schwer mit dem Text der

⁷¹ "Each State acceded as a State, and is an integral party; its co-States forming, as to itself, the other party", Kentucky Resolution, in: The Virginia and Kentucky Resolution (1961), S.61.

⁷² Vgl. dazu Kentucky Resolution, *ibid.*, S.15f.; Powell (Anm.11), S.928.

⁷³ Zitiert nach Kelly/Harbison/Belz (Anm.58), S.139.

⁷⁴ Vgl. dazu Powell (Anm.11), S.927ff.; Amar (Anm.33), S.1452f.

Verfassung vereinbar, für die folgenden Jahrzehnte einen prägenden Einfluß in den politischen und rechtlichen Debatten der Zeit gewinnen konnten. Die Doctrines of '98 wurden so zu Anknüpfungspunkten für eine verstärkte Betonung der *states rights*, bis hin zu den radikalen Konsequenzen der Doktrin der *nullification* eines Spencer Roane⁷⁵.

Zwar war den Resolutionen kein Erfolg beschieden, aber der Wahlsieg der Republikaner bestätigte, zumindest in ihren Augen, die von ihnen eingenommene Position. Zugleich aber bestätigte der Wahlsieg der Republikaner die Funktionsfähigkeit der Verfassung. Mochte ihre konstitutionelle Theorie auch nicht den Intentionen der Framers entsprechen und mochten sie kurz zuvor noch durch die Alien and Sedition Acts als subversiv verfolgt worden sein, der friedliche Übergang der Macht auf die vorherige Opposition bestätigte erstmalig die Funktionsfähigkeit der von der Verfassung ins Werk gesetzten politischen Institutionen.

Der Wahlsieg der Republikaner hätte erwarten lassen, daß die republikanischen Ideen wie Gewaltentrennung, legislative Unabhängigkeit, Widerstand gegenüber zu großen exekutivischen Einflüssen, sowie die Doctrines of '98 nun auch die politische Praxis bestimmen würden. Mochte dies für die erste Amtszeit von Jefferson noch zutreffen, im Laufe der Zeit unterlag der Republikanismus gerade in föderaler Hinsicht einem tiefgreifenden Wandel, an dessen Ende ein stärker zentralistisch orientierter Merkantilismus stand, der deutliche Elemente der Auffassungen der Federalists in sich aufnahm⁷⁶. Die einst klassisch republikanischen Werte wurden – erstaunlich genug – Basis für die sich bildende Opposition der Demokraten, der wesentliche Teile der früheren Federalists angehörten. Der Krieg von 1812 machte diesen Wandel augenfällig, die Federalists opponierten gegen die nationale Kontrolle der Staatenmilizen, im Widerspruch zu der insoweit eindeutigen textlichen Grundlage der Verfassung. In der Hartford Convention von 1814 wurde zwar eine von extremen Federalists geforderte Sezession vermieden, die Doctrines of '98 spiegelten sich deutlich in diesem Dokument wider. Infolge der veränderten ökonomischen Rahmenbedingungen⁷⁷ wandelte sich die Haltung der Republikaner zu einer aktiven merkantilistischen Position, die nur auf der Grundlage einer breiten Interpretation der nationalen Kompetenzen durchgeführt werden konnte. *Active government* und *broad construction* fanden sich nunmehr auf der Seite

⁷⁵ Vgl. dazu unten S.25f.

⁷⁶ Zu diesem Wandel ausführlich Kelly/Harbrison/Belz (Anm.58), S.142ff., zu den Unterschieden beider Positionen insbesondere S.154ff.

⁷⁷ Vgl. dazu Kelly/Harbrison/Belz, *ibid.*, S.155f.

der Republikaner. Es entbehrt nicht der Ironie, daß der Kristallisationspunkt dieser Auseinandersetzung die Gründung einer zweiten nationalen Bank der Vereinigten Staaten war. Die erste Bank war kurz zuvor noch von Jefferson und Madison vehement als verfassungswidrig bekämpft worden.

2. Der Supreme Court und der *constitutional nationalism*

Die republikanische Aufnahme der Positionen der Antifederalists hatte radikaldemokratische Versuche einer stärkeren Anbindung der Judikative an die Politik zur Folge. Diese mündeten ein in Forderungen nach einer Volkswahl der Richter, ihrer Verantwortlichkeit gegenüber der Legislative.

Wiewohl nur Teile der republikanischen Partei diese Ideen verfolgten, die ersten Jahre nach dem republikanischen Wahlsieg waren durch vehemente Attacken der Republikaner auf die Judikative gekennzeichnet. Die Revision des gerade 1789 verabschiedeten Federal Judiciary Act und politisch motivierte *impeachment*-Verfahren gegen Richter des Supreme Courts waren ein Ausdruck dieser Versuche zu politischer Einflußnahme⁷⁸. Vor diesem Hintergrund sind viele der Entscheidungen des Supreme Courts unter der Ägide von Chief Justice John Marshall auch als Behauptung und Stärkung der richterlichen Unabhängigkeit zu verstehen⁷⁹. Dieser *constitutional nationalism* ist durch eine Zurückweisung der Doctrines of '98, eine starke Akzentuierung der Bundeskompetenzen unter der *supremacy*-Klausel der Verfassung und durch eine extensive Interpretation einer Reihe der enumerativ aufgezählten Bundeszuständigkeiten des Art.I sec.8 U.S. Constitution gekennzeichnet.

⁷⁸ Ausführlich C. Warren, *The Supreme Court in United States History*, Vol.I (rev. ed. 1947), S.269ff.; Kelly/Harbison/Belz (Anm.58), S.173ff.

⁷⁹ Auch die berühmte Entscheidung *Marbury v. Madison*, mit der die Kompetenz des Supreme Courts begründet wurde, Gesetze für verfassungswidrig zu erklären, kann vor diesem Hintergrund gelesen werden als Behauptung judikativer Eigenständigkeit gegenüber dem Gesetzgeber. Marshall war alsbald aufgrund der Richterwechsel der letzte Federalist auf der Richterbank. Gleichwohl wäre es einseitig, nur in ihm den einsamen Verfechter der Ideen von 1787 zu sehen, wie es amerikanische Tradition oft will. Zumindest in den Jahren nach 1815 entsprach die starke nationale Orientierung des Gerichts durchaus der gewandelten republikanischen Grundströmung.

a) Die Ablehnung der Vertragstheorie der Verfassung

Die Ablehnung der Doctrines of '98 zeigte sich alsbald in der Zurückweisung der Vertragstheorie der Verfassung. In *McCulloch v. Maryland*⁸⁰ hatte Maryland sich diese Vertragskonstruktion zu eigen gemacht. Der Supreme Court wies dies unter Hinweis auf das Zustandekommen der Verfassung in Ratifizierungskonventen, in denen das Volk der Vereinigten Staaten als Ganzes gehandelt habe, harsch zurück. "The government of the Union then is, emphatically and truly, a government of the people. In form and substance it emanates from them. Its powers are granted by them, and are to be exercised directly on them and for their benefit"⁸¹. Nicht aus dem Vertrag souveräner Einzelstaaten, sondern vom Volk der Vereinigten Staaten leiteten sich die Kompetenzen des Bundes ab.

Die Zurückweisung der Doctrines of '98 ist zugleich in der weiten Konstruktion einzelner Bundeskompetenzen sichtbar.

b) Die necessary and proper-Klausel (Art.I sec.8 U.S.C.)

Diese Klausel stellt eine wichtige Schaltstelle föderaler Kompetenzen dar. In *McCulloch v. Maryland* wurde diese Klausel von Marshall unter Übernahme der Position von Hamilton in der Bankenkrise extensiv dahingehend interpretiert, daß alle Mittel, die der Kongreß zu einem verfassungsmäßigen Zweck ergreife, damit auch notwendig und daher erlaubt seien⁸². Notwendig in diesem Sinne waren danach nicht nur diejenigen Mittel, die unaufgebar erschienen, sondern bereits diejenigen, die angemessen waren, die mit dem Zweck zusammenhingen.

c) Die commerce-Klausel (Art.I sec.8 U.S.C.)

Eine in ihrer Reichweite sehr umstrittene Bundeskompetenz ist die *commerce*-Klausel der Verfassung. Hatte nach Verabschiedung der Verfassung zunächst Einigkeit darüber bestanden, daß diese weit im Sinne umfassender Bundeskompetenzen zu interpretieren sei, konkurrierten alsbald zwei Auffassungen um die verfassungsrechtliche Anerkennung, die auf unterschiedlichen föderalen Konzepten beruhten.

⁸⁰ 17 U.S. (4 Wheat.) 316, 4 L.Ed.579 (1819).

⁸¹ *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. (4 Wheat.) 316, 403–405 (1819); ähnlich *Martin v. Hunter's Lessee*, 14 U.S. (1 Wheat.) 304, 324 (1816); *Chisholm v. Georgia*, 2 U.S. (2 Dall.) 419, 454, 463, 471 (1793).

⁸² Vgl. dazu oben S.17, und die Auszüge bei *Gunther* (Anm.69), S.84 ff.

Die Doktrin der exklusiven Rechte des Kongresses⁸³ betonte stark die nationalen Kompetenzen, bei weiter Interpretation dessen, was *interstate commerce* im Sinne der Verfassung sein konnte. Demgegenüber nahm eine stärker an den *states rights* orientierte Auffassung konkurrierende Kompetenzen an und akzentuierte damit die Souveränität der Einzelstaaten in diesem Bereich durch die Anerkennung der *police power* der Einzelstaaten als Bestandteil ihrer Souveränität⁸⁴. Diese Konzeption sollte den Einzelstaaten selbst dann Regelungen ermöglichen, wenn damit ein Einfluß auf den *interstate commerce* verbunden war. Während der Supreme Court unter Marshall zunächst der Doktrin exklusiver Rechte zuzuneigen schien, ohne diese jedoch explizit zur Grundlage seiner Entscheidungen zu machen⁸⁵, erfolgte später eine Anerkennung der einzelstaatlichen *police power*, die Sicherheit und Gesundheit ihrer Einwohner durch Gesetze zumindest so lange zu regeln, wie kein Bundesgesetz vorlag (*Wilson v. Blackbird Creek Marsh Company*⁸⁶). Diese Entscheidung zeigte bereits eine vorsichtige Berücksichtigung der Position der *states rights* an.

d) Die *contract*-Klausel (Art.I sec.10 U.S.C.)

Eine starke Betonung der nationalen Kompetenzen und der Rolle des Supreme Courts wiesen die Entscheidungen zur *contract*-Klausel auf⁸⁷, die zugleich ein frühes Beispiel für die föderale Dimension individueller Rechte gaben, denn mit der Ausweitung dieser Rechte gegenüber der Staatengesetzgebung wurde notwendig deren Handlungsspielraum verengt⁸⁸. Die Ausweitung der *contract*-Klausel auf öffentliche Gewährungen, gegen die Intention der Gründer der Verfassung⁸⁹, erweiterten nicht unerheblich die Kontrollmöglichkeiten des Supreme Court gegenüber den Einzelstaaten bei der Regelung ökonomischer Belange⁹⁰.

⁸³ Vgl. *Gibbons v. Ogden*, 9 Wheat. 1, 225 (1824) (Johnson concurring).

⁸⁴ Vgl. dazu die Analyse bei K. Lenaerts, *Distribution of Powers in American Federalism*, JöR 30 (1981), S.569 (571 ff.).

⁸⁵ Vgl. Schmidhauser (Anm.47), S.42 ff.

⁸⁶ 2 Peters 245 (1829); dazu auch F. Frankfurter, *The Commerce Clause under Marshall, Taney and Waite* (1937), S.31 f., 161 f.

⁸⁷ *Fletcher v. Peck*, 6 Cranch 87 (1810); *New Jersey v. Wilson*, 7 Cranch 164 (1812); *Dartmouth College v. Woodward*, 4 Wheat. 518 (1819).

⁸⁸ Hierzu vgl. Schmidhauser (Anm.47), S.45 f.

⁸⁹ Vgl. B.F. Wright, *The Contract Clause of the Constitution* (1938), S.3 ff.

⁹⁰ Zu den Hintergründen der Rechtsprechung vgl. Gunther (Anm.69), S.487 ff.

e) Die Stellung des Supreme Court

Wie dargelegt, war die Zeit zu Beginn des 19. Jahrhunderts durch verschiedene Versuche gekennzeichnet, die Bundeskompetenzen zurückzudrängen. Im Visier dieser unterschiedlich motivierten Versuche stand vor allem der Supreme Court, dessen starke Akzentuierung der Bundeskompetenzen von vielen Einzelstaaten als ein nichtlegitimierter Despotismus empfunden wurde. Den zahlreichen Versuchen ist der Supreme Court stets durch eine Betonung seiner Rolle als Schiedsrichter föderaler Streitigkeiten entgegengetreten⁹¹. In der zentralen und bis heute wichtigen Entscheidung *Martin v. Hunter's Lessee*⁹², in der die Verfassungsmäßigkeit des § 25 des Federal Judiciary Act von 1789 in Frage stand, wies der Supreme Court die Weigerung des Virginia Court of Appeals zurück, einer seiner früheren Entscheidungen zu folgen. Der Virginia Court hatte sich darauf berufen, in föderalen Streitigkeiten könne es keinen gemeinsamen Schiedsrichter zwischen dem Bund und den Einzelstaaten geben, da sie jeweils zu unterschiedlichen souveränen und unabhängigen Gewalten gehörten⁹³. Justice Story wies für den Supreme Court die Argumentation zurück. Die Auffassung, daß die Verfassung nicht gegenüber den Einzelstaaten in ihrer Souveränität angewendet werden könne, sei ebenso unhaltbar wie die These, die Unabhängigkeit der Richter der Einzelstaaten würde verletzt, da diese insoweit nicht bestände.

Die deutliche Zurückweisung aller Versuche, dem Supreme Court die Entscheidungsmöglichkeiten in föderalen Streitigkeiten zu nehmen, oder diese zumindest einzuschränken, zielte allerdings nicht auf eine Suprematie des Gerichtes in föderalen Fragen. Schon früh hatte das Gericht betont, daß die Rechte der Einzelstaaten ebenfalls durch den politischen Prozeß geschützt würden⁹⁴. Insgesamt erscheint der Supreme Court in dieser Zeit

⁹¹ Vgl. Lenaerts (Anm.84), S.569ff.; auch Schmidhauser (Anm.47), S.40ff.

⁹² 1 Wheat. 304 (1816); dazu Warren (Anm.78), S.443ff.

⁹³ Judge Cabell ging soweit, eine Analogie zu ausländischen Staaten zu ziehen, wenn die Verfassung dem Supreme Court die von ihm bezweifelte Kompetenz einräume "it would give jurisdiction as well over the Courts of England and France ... for although the State Courts are foreign Courts in relation to the federal Courts, yet they are not less independent than foreign Courts"; *Hunter v. Martin*, 18 Va (4 Munf.), 1, 14 (1875).

⁹⁴ Vgl. *McCulloch v. Maryland*: "... the people of the states have created the national government and are represented in Congress. Through that representation they exercise the national taxing power ..."; *Cohens v. Virginia*, 6 Wheat. 264, 382 (1821): "The maintenance of the principles in their purity, is certainly among the great duties of government. One of the instruments by which this duty peaceably performed is the judicial department"; *Gibbons v. Ogden*, 9 Wheat. 1, 197 (1824): "The wisdom and the discretion of congress ... are in this as in many other instances ... the sole restraints on which they have relied ... They

stärker in die übrigen Gewalten des Bundes eingebettet und weniger als unparteiischer, unpolitischer Schiedsrichter föderaler Streitigkeiten.

Die Rechtsprechung dieser Zeit kennzeichnet zwar eine strenge Betonung nationaler Suprematie und extensive Interpretation der Bundeskompetenzen, gleichwohl darf hierin nicht eine illegitime Zentralisierung gesehen werden. Sie richtete sich vielmehr gegen eine exzessive Inanspruchnahme von Rechten durch die einzelnen Staaten⁹⁵ und diente daher eher der Behauptung und Durchsetzung des von den Framers intendierten föderalen Modells, als einer Ausweitung der Bundeskompetenzen zu Lasten der Einzelstaaten. Gegen Ende der Amtszeit von Marshall findet sich eine verstärkte Anerkennung von Staatenrechten, die allerdings erst unter seinem Nachfolger Roger B. Taney zu einem neuen konstitutionellen Dogma ausgeformt werden sollten: dem *dual federalism*.

III. Hintergrund und Entwicklung des *dual federalism*

1. Der politische Hintergrund der Doktrin

Mit der Wahl von Andrew Jackson 1828 gelangte ein Vertreter der *states rights* zur Präsidentschaft, der gegenüber den nunmehr eher zentralistisch gesonnenen Republikanern die Elemente des früheren Republikanismus betonte. Verlagerung der Macht auf die Einzelstaaten, Betonung der Demokratie in kleinen überschaubaren Einheiten, *strict construction* der Bundeskompetenzen, *laissez-faire* statt merkantilistischer Intervention waren zentrale Elemente der Jacksonian Democracy⁹⁶. Die föderale Konzeption fand ihren Ausdruck in der Doktrin des *dual federalism*, die die Rolle der Einzelstaaten stärker betonte, ohne die Union als solche in Frage zu stellen. Der doppelte Bezugspunkt von *states rights* und Union zeigte sich in den beiden großen Krisen der 30er Jahre, dem sog. *bank war* und der *nullification crisis* von 1832/33.

Der *bank war* entzündete sich an der für den republikanischen Merkantilismus so wichtigen Institution der Second National Bank, die auch Gegenstand der Entscheidung *McCulloch v. Maryland* war. Präsident Jackson legte 1832 sein Veto gegen ein Gesetz ein, das das Privileg der Bank verlängern sollte. Zwar schien die Verfassungsmäßigkeit der Bank seit der Ent-

are the restraints on which the people must often rely solely, in all representative governments"; vgl. auch Kelly/Harbison/Belz (Anm.58), S.245.

⁹⁵ Frankfurter (Anm.86), S.40.

⁹⁶ Vgl. Young (Anm.11), S.617 (641 ff.).

scheidung des Supreme Courts nicht mehr umstritten. Jackson aber ging davon aus, es sei Sache jeder einzelnen Gewalt, die Verfassungsmäßigkeit immer wieder zu prüfen. Entscheidende Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit der Bank leiteten sich für ihn aus der Verletzung der legitimen Rechte der Einzelstaaten ab. Es sei unvorstellbar, daß die Framers davon ausgegangen seien, "that any portion of the taxing power of the states not prohibited to them nor delegated to the Congress was swept away and annihilated as a means of executing certain powers delegated to Congress"⁹⁷. Damit war die Gegenposition der *states rights* zu *McCulloch v. Maryland* beschrieben. Nicht mehr die Ausübung vorrangiger nationaler Rechte konnte die Steuererhebungskompetenz der Gliedstaaten verdrängen, diese begrenzten vielmehr die nationalen Kompetenzen.

In der *nullification crisis* wurde das andere Element dieser Doktrin deutlich, die Erhaltung nationaler Suprematie, die Verteidigung der Union gegen zentrifugale sezessionistische Bestrebungen. Diese Krise verdient Aufmerksamkeit nicht nur, weil in ihrem Hintergrund das zentrale Thema der nächsten Jahrzehnte, die Sklavenfrage, stand. Hier findet sich in der verfassungsrechtlichen Debatte zugleich eine auf die Spitze getriebene Position der *state sovereignty*, die ihren Bezugs- und Ausgangspunkt in den Positionen der Antifederalists und den Doctrines of '98 hatte.

Anlaß für die Krise war ein vom Kongreß 1828 verabschiedeter Zolltarif, der insbesondere in South Carolina für den Niedergang der Baumwollpreise verantwortlich gemacht wurde. Als solches bedrohte er zugleich die auf die Sklavenhaltung gestützte soziale Ordnung der Südstaaten und rief daher im gesamten Süden der USA erheblichen Widerstand hervor. In einer Verfassungsversammlung erklärten die Vertreter von South Carolina das nationale Tarifgesetz für verfassungswidrig und nichtig. Diese Vorgehensweise stützte sich auf die von John C. Calhoun entwickelte *nullification*-Theorie. Im Einklang mit den Doctrines of '98 sah er die Verfassung als Vertrag zwischen souveränen Staaten an, die begrenzte Rechte – nicht aber Souveränität – auf den Bund übertragen hatten. Folgerichtig konnte der Souverän in einer verfassungsgebenden Versammlung Beschlüsse der Union für vertragswidrig erklären. Dieser Beschluß sollte zunächst nur vorläufig gelten, bis durch die verfassungsgebenden Versammlungen der übrigen Staaten das Gesetz mit einer für Verfassungsänderungen erforderlichen Mehrheit bestätigt wurde. Für diesen Fall stand dem Staat das Recht der Sezession zu. Mochte der Zweck dieser radikalen *states rights*-Position auch gewesen sein, das Verbleiben von South Carolina in der Union si-

⁹⁷ Zitiert nach Kelly/Harbison/Belz (Anm.58), S.213.

cherzustellen und für die sklavenhaltenden Staaten des Südens eine Selbstschutzmöglichkeit in der Union zur Verfügung zu stellen⁹⁸, er lieferte gleichwohl die Semantik für die zentrifugalen Kräfte, die letztlich zu der Sezession und dem Bürgerkrieg führten.

Die Antwort Jacksons wies diese konstitutionelle Doktrin zurück und verdeutlichte Funktion und wesentliche Elemente des *dual federalism*. Zwar bestand Einigkeit im Hinblick auf die Doctrines of '98 und die Vertragstheorie der Verfassung. Ein entscheidender Unterschied aber lag in der Bewertung der Union. Diese sei nicht, wie noch unter den Articles of Confederation eine Liga, sondern eine nationale Regierung, die das gesamte Volk der Vereinigten Staaten repräsentiere und die Kompetenz habe, direkt gegenüber dem Volk auch zu handeln. Dieser Vertrag habe eine bindende Wirkung, von der sich die einzelnen Staaten nicht bei Bedarf lösen könnten.

Bildeten die Auffassungen der Nationalists und Calhouns insofern Gegenpole als sie die Souveränität entweder bei dem Volk der Vereinigten Staaten oder dem der Einzelstaaten verorteten, suchte der *dual federalism* beiden Entscheidungsebenen Souveränität zuzuweisen: das charakteristische Element der *dual sovereignty*. Als solches ist der Kompromißcharakter deutlich zu erkennen. In einer Phase bedrohlicher zentrifugaler Tendenzen stellte diese Konzeption den Versuch dar, die alten republikanischen Grundsätze der *states rights* in der Union zu verwirklichen, um so das Menetekel der Sezession zu bannen⁹⁹. Diese veränderte föderale Doktrin spiegelte sich auch in der Rechtsprechung des Supreme Courts unter Marshalls Nachfolger Taney wider.

2. Die Rechtsprechung des Taney Courts

Die Rechtsprechung des Taney Courts zeigte auf einigen Feldern eine deutliche Akzentverschiebung in Richtung auf eine stärkere Berücksichtigung der *states rights*, und trug damit den vielfältigen Attacken auf den Supreme Court in gewisser Weise Rechnung, ohne an dem Dogma der Suprematie des Bundes grundsätzlich zu rütteln. Im Hintergrund mancher dieser Entscheidungen stand zudem die ungelöste Sklavenfrage, die stärkste zentrifugale Kraft der Zeit. Eine Ausweitung der Bundeskompetenzen

⁹⁸ So Kelly/Harbison/Belz, *ibid.*, S.215f.

⁹⁹ Zu dieser Perspektive etwa H.M. Hyman/W.M. Wiecek, *Equal Justice Under Law. Constitutional Development 1835–1875* (1982), S.200f.; Kelly/Harbison/Belz (Anm.58), S.219.

mußte bei den Staaten des Südens die Befürchtung verstärken, der Kongreß könnte über die *commerce*-Klausel versuchen, die Kompetenz der Einzelstaaten zur Regelung der Sklavenfrage aufgrund ihrer *police power* zu unterlaufen. Diesen Befürchtungen der sklavenhaltenden Südstaaten trug der Supreme Court unter Taney durch eine restriktive Interpretation der *commerce*-Klausel Rechnung¹⁰⁰. Außerdem zeigte die berühmte *Dred Scott*-Entscheidung¹⁰¹, mit der Schwarze als untergeordnete und minderwertige Klasse eingestuft wurden, daß der Supreme Court letztlich die Auffassung der sklavenhaltenden Staaten des Südens wohl stützen würde.

a) Die *commerce*-Klausel

Deutlich wird dies in der Entscheidung *Mayor of New York v. Miln*¹⁰², in der es vordergründig um die Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes ging, mit dem New York Kapitäne von im Hafen einlaufenden Schiffen verpflichtete, Passagierlisten mit bestimmten persönlichen Angaben vorzulegen, um die Einreise von unerwünschten Personen zu verhindern. Diese auf die *police power* der Einzelstaaten gestützte Regelung war für das Sklavereiproblem insofern brisant, als die Kompetenz der Einzelstaaten auf dem Spiel stand, über die Einreise von Personen zu befinden¹⁰³. Der Supreme Court entschied nicht zwischen den obengenannten Positionen exklusiver oder konkurrierender Kompetenzen im Bereich des *interstate commerce*, sondern befand, die Regelung sei ohne jeden Einfluß auf den *interstate commerce* und daher als legitime Ausübung der *police power* der Einzelstaaten anzusehen. Die von Justice Barbour gegebene Mehrheitsauffassung enthielt allerdings eine außerordentlich starke Betonung der *states rights* durch Hinweise, daß alles, was als eine legitime Ausübung der *police power* anzusehen sei, exklusiv und außerhalb der nationalen Regelungskompetenz läge¹⁰⁴.

Deutlicher wurden die *states rights* noch in den sog. *License*-Fällen¹⁰⁵ betont. Taney nahm in seiner *concurring opinion* an, daß es innerhalb der Kompetenz eines jeden Einzelstaates liege, seinen internen Verkehr nach eigenen Maßstäben und denen seiner Bürger zu regeln. Da die internen

¹⁰⁰ Vgl. insoweit Frankfurter (Anm.86), S.66ff.

¹⁰¹ 60 U.S. (19 How.) 393, 404f. (1857); dazu auch Brugger (Anm.18), S.147ff.

¹⁰² 11 Peters 102 (1837).

¹⁰³ Vgl. zu diesem Hintergrund Hyman/Wiecek (Anm.99), S.78ff.

¹⁰⁴ Vgl. 11 Peters 102, 139 (1837); ausführliche Diskussion bei E.S. Corwin, *The Commerce Power versus States Rights* (1936), S.125; Hyman/Wiecek, *ibid.*, S.80.

¹⁰⁵ 5 How. 504 (1847), vgl. auch Corwin, *ibid.*, S.135.

Angelegenheiten aber schwer von denen der externen zu trennen seien, und es nicht Aufgabe der Gesetzgebung sein könne, über den Umfang der Kompetenzen zu befinden, liege hier die Aufgabe des Supreme Courts: "And as the constitution itself does not draw the line, the question is necessarily one for judicial decision, and depending altogether on the words of the constitution"¹⁰⁶.

Erst die Entscheidung *Cooley v. Board of Wardens*¹⁰⁷ erbringt im Hinblick auf die *commerce*-Klausel einen Kompromiß der verschiedenen Auffassungen, wonach die Abgrenzung nicht nach dem Zweck der Regelung (*interstate commerce* oder *police power*), sondern nach dem Regelungsgegenstand und seiner Natur (*local* oder *national*) erfolgen sollte. Diese Doktrin der *selective exclusiveness*¹⁰⁸ verstärkt deutlich die Rolle des Supreme Courts. Ohne eine eindeutige Unterscheidung war es Aufgabe des Supreme Courts, in diesem Bereich mit einer flexiblen, abwägenden Doktrin (*balancing*) die Entscheidung über die Abgrenzung von Bund- und Einzelstaatenkompetenzen zu treffen¹⁰⁹.

b) Die *contract*-Klausel

Eine starke Betonung der *states rights* zeigte sich auch in der Rechtsprechung zur *contract*-Klausel. Dies wurde vor allem deutlich in *Charles River Bridge Co. v. Warren Bridge Co.*¹¹⁰, eine Entscheidung, die den Einzelstaaten das Recht einräumte, durch Gesetz verliehene Befugnisse zugunsten des öffentlichen Wohls der Einwohner des Staates und des technologischen Fortschritts aufheben zu können. Diese Entscheidung vergrößerte den Handlungsspielraum der Einzelstaaten, eine eigene Wohlfahrtspolitik verfolgen zu können¹¹¹. In ähnlicher Weise räumte der Supreme Court den Einzelstaaten die Möglichkeit ein, aufgrund der sich aus ihrer Souveränität ergebenden *power of eminent domain* bestimmte verliehene Befugnisse im Interesse der Wohlfahrt des Einzelstaates aufzuheben¹¹².

¹⁰⁶ 5 How. 504, 573f. (1847).

¹⁰⁷ 12 How. 299 (1851).

¹⁰⁸ Vgl. Gunther (Anm.69), S.240.

¹⁰⁹ Zu dieser Einschätzung Lenaerts (Anm.84), S.569 (580); Schmidhauser (Anm.47), S.64.

¹¹⁰ 36 U.S. (11 Pet.) 420, 9 L. Ed. 773 (1837).

¹¹¹ C. Ducat/H.M. Chase, *Constitutional Interpretations* (1983), S.602f.

¹¹² Zum Hintergrund und zu weiteren Fällen vgl. Schmidhauser (Anm.47), S.70; Kelly/Harbitson/Belz (Anm.58), S.231ff.

c) Die Stellung des Supreme Court

Die Entscheidung *Abelman v. Booth*¹¹³ zeigt die außerordentlich starke Betonung der Stellung des Supreme Courts. Die *Abelman*-Entscheidung ist dabei in mehrfacher Hinsicht interessant. Ergangen am Vorabend des Bürgerkrieges reflektierte sie den zentralen Streitgegenstand zwischen den Nord- und Südstaaten, die Sklavenfrage. In ihrem Duktus artikulierte sie zudem zentrale Elemente des *dual federalism* mit einer Zuspitzung, wie sie weder zuvor noch später vom Supreme Court in dieser Eindeutigkeit vertreten worden sind.

In der Sache ging es um das Verhältnis von Bundes- und Staatengerichtsbarkheit. In einem Fall hatte der State Supreme Court von Wisconsin in das Verfahren eines Untersuchungsrichters der Vereinigten Staaten eingegriffen und einen Gefangenen entlassen, der von dem Bundesrichter wegen Verstoßes gegen ein Bundesgesetz inhaftiert worden war. Zum anderen hatte dasselbe Gericht in gleicher Sache das Urteil des District Courts der Vereinigten Staaten aufgehoben und seine eigene Entscheidung als abschließend und endgültig bezeichnet. Damit wurde die Zuständigkeit des Supreme Courts der Vereinigten Staaten bestritten.

Für Taney lag darin der Versuch, eine Vorrangstellung der Staatengerichte über die des Bundes zu beanspruchen und damit das föderale Verhältnis der Verfassung auf den Kopf zu stellen. Bund und Einzelstaaten waren für Taney souveräne Entitäten, die zwar innerhalb der gleichen territorialen Sphäre handelten, deren sachliche Kompetenzen aber strikt getrennt waren und die voneinander unabhängig ihre jeweilige Hoheitsgewalt ausübten, ungestört und unbeeinträchtigt durch den jeweils anderen. Eine scharfe Trennung der Sphären von Bund und Einzelstaaten, denen ganz bestimmte Aufgaben und Materien zugeordnet sind, kennzeichnet dieses föderale Verständnis. Exemplarisch wird dies an der Trennung der Kompetenzen der Bundes- und Staatengerichte für die Ausübung der Habeas Corpus Anordnung ausgeführt¹¹⁴. Jede Überschreitung der getrennten Sphären war in den pointierten Worten von Taney »gesetzlose Gewalt«¹¹⁵.

Bund und Einzelstaaten wurden von Taney gleichermaßen als souveräne Einheiten behandelt und die Verfassung als Vertrag der Einzelstaaten konstruiert, eine deutliche Aufnahme der Doctrines of '98. Die Abgrenzung

¹¹³ 62 U.S. 506.

¹¹⁴ Vgl. *Abelman v. Booth*, 62 U.S. 506, 522, 524.

¹¹⁵ *Ibid.*, S.524.

dieser Handlungssphären blieb die Aufgabe der Verfassung der Vereinigten Staaten, die zur Schaffung und Erhaltung der Union eine Reihe von Hoheitsbefugnissen der souveränen Einzelstaaten auf den Bund übertragen habe, um so eine starke nationale Regierung zu schaffen, deren Hoheitsausübung unabhängig von der der Einzelstaaten sei. Diese Unabhängigkeit erfordere eine Vorrangigkeit der Bundeskompetenzen (*supremacy*). Die Suprematie beinhalte zugleich, daß der Bund seine Gesetze, soweit sie verfassungsmäßig erlassen worden seien, durch eine eigene Gerichtsbarkeit durchsetzen könne, die in gleicher Weise vorrangig und unabhängig sei. Diese Suprematie des Bundes gegenüber den Einzelstaaten finde ihren verfassungsrechtlichen Ausdruck in Art.VI und Art.III sec.1,2 der U.S. Constitution. Der Supreme Court der Vereinigten Staaten wird von Taney in der vorliegenden Entscheidung in die fast extrakonstitutionelle Stellung eines obersten, unparteilichen Wächters der föderalen Beziehungen zwischen dem Bund und den Einzelstaaten eingerückt¹¹⁶.

3. Zur Doktrin des *dual federalism*

Die Elemente des *dual federalism* lassen sich wie folgt zusammenfassen: Bund und Einzelstaaten sind eigenständige und souveräne Entitäten, die innerhalb ihrer genau abgegrenzten und exklusiven Handlungssphären einander unabhängig gegenüberstehen. Die Kompetenzen des Bundes sind enumerativ und eng begrenzt auszulegen, und den Staaten sind, wie das 10. Amendment zeigt, eigenständige und exklusive Rechte zugewiesen, die dem Bund als selbständige Grenzen seiner Kompetenzen entgegenstehen können, an ihnen findet die Suprematie des Bundes ihre Grenze. Art.VI sec.2 und das 10. Amendment der Verfassung werden daher gegeneinander balanciert. Die Streitigkeiten über den Umfang der zugewiesenen Kompetenzen entscheidet der Supreme Court als oberster und unabhängiger Wächter der föderalen Beziehungen zwischen dem Bund und den Einzelstaaten.

Die Doktrin des *dual federalism* hat die konstitutionelle Theorie und Praxis bis zum New Deal der 30er Jahre des 20. Jahrhunderts, wenn auch mit unterschiedlicher Akzentuierung, beherrscht¹¹⁷. Während die erste Hälfte des 19. Jahrhunderts bis zum Bürgerkrieg durch eine starke Dezen-

¹¹⁶ Vgl. den Titel der Monographie von Schmidhauser (Anm.47); vgl. auch E.S. Corwin, *The Twilight of the Supreme Court* (1937), S.12.

¹¹⁷ Vgl. E.S. Corwin, *The Passing of Dual Federalism*, 36 *Virginia Law Review* 1ff. (1950); Ducat/Chase (Anm.111), S.358.

tralisierung unter Betonung der *states rights* gekennzeichnet ist, zeigte sich danach eine verstärkte Zentralisierung, die ihren Grund zum einen in der Nationalisierung der *civil rights* durch die Reconstruction Amendments und zum anderen in der industriellen Entwicklung und der durch sie hervorgerufenen Folgeprobleme hatte, deren Spitze dann im New Deal der 30er Jahre zu sehen ist. Die Entwicklung zeigt zugleich, daß eine stärkere Zentralisierung nicht notwendig unvereinbar mit der Doktrin des *dual federalism* ist, vielmehr zunächst nur eine stärkere Betonung der Bundeskompetenzen darstellen kann, eine Verschiebung der Gewichte¹¹⁸.

IV. Die Nationalisierung durch Bürgerkrieg und industrielle Entwicklung

Die Sklavenfrage¹¹⁹ erwies sich zunehmend als Sprengstoff für die Union. Nicht nur die konstitutionellen Probleme, die sie im Hinblick auf die Freiheits- und Gleichheitsgarantien der Verfassung aufwarf, auch unterschiedliche soziale und ökonomische Bedingungen in den Nord- und Südstaaten verstärkten die zentrifugalen Kräfte. Dies mußte auf beiden Seiten die *states rights*-Vertreter stärken und die Sezession als Option offenhalten. Die Wahl von Lincoln im Jahre 1860 zum Präsidenten trieb diese Positionen zu ihrem konsequenten Ende: Der Sezession als Folge einer als elementar angesehenen Verletzung des Verfassungsvertrages. Das Beharren des Nordens auf der Unteilbarkeit der Union, auf nationaler Suprematie, machte den militärischen Konflikt unausweichlich.

Im Ergebnis hatte der Bürgerkrieg nach dem Sieg der Nordstaaten eine erhebliche Zentralisierung zur Folge. Dies war nicht nur ein Ergebnis der von den Nordstaaten verfolgten konstitutionellen Strategie, sondern auch des Krieges selbst. Hatte die nationale Regierung vor dem Krieg nur wenig institutionelle Strukturen in den Einzelstaaten entwickelt, so brachte der Bürgerkrieg die Notwendigkeit von Koordination und wechselseitiger Unterstützung mit sich, die schon von sich aus auf eine Nationalisierung drängten. Am deutlichsten aber zeigten sich die Zentralisierungseffekte in den sog. Reconstruction Amendments.

¹¹⁸ Vgl. ausführlich Scheiber (Anm.15), S.663, 680, der dies als eine Phase der *transitional centralization* bezeichnet.

¹¹⁹ Vgl. dazu Young (Anm.11), S.644 ff., 647 ff.

1. Die Reconstruction Amendments

Diese Amendments hatten, wie sich in der Folge zeigen sollte, eine entscheidende Veränderung der bundesstaatlichen Struktur zur Folge. Herzstück war insoweit das 14. Amendment¹²⁰, insbesondere mit sec.5, die dem Bund die Befugnis verlieh, die gewährten Rechte auch gegenüber den Einzelstaaten durchzusetzen¹²¹. Besondere Bedeutung kam in diesem Zusammenhang der *privilege and immunities*-Klausel, der *due process*- und *equal protection*-Klausel zu. In ihrer Konsequenz ermöglichten sie der Union ein tiefes Eindringen in den bis dato den Einzelstaaten vorbehaltenen Bereich des Grundrechtsschutzes. Zwar sollte es sich um eine subsidiäre Befugnis der Union handeln, da aber die Klausel auch durch ein Unterlassen der Staaten verletzt werden konnte¹²², eröffnete sec.5 weitgehende Ingerenzrechte des Bundes. Darüber hinaus spricht viel dafür, daß die Schöpfer dieses Amendments dem Bund nicht nur eine an die Staaten gerichtete Gesetzgebungsbefugnis einräumen wollten, sondern auch eine Regelungsbefugnis bei verletzendem Verhalten von Privatpersonen¹²³.

Die ersten Jahre der Rekonstruktionsperiode folgte der Supreme Court einer gemäßigt nationalen Linie in föderalen Fragen. So akzeptierte er in *Texas v. White*¹²⁴ die von Lincoln vertretene verfassungsrechtliche Deutung der Sezession, wonach die Verfassung der Vereinigten Staaten eine unauflösliche Einheit von Staaten geschaffen hatte. Infolge des Verfassungsverstoßes der Sezessionsstaaten sei deren Staatsqualität suspendiert

¹²⁰ Das 14. Amendment wiederholte Teile des Bürgerrechtsgesetzes von 1866; dem Kongreß kam es wesentlich darauf an, durch das Amendment verfassungsrechtliche Zweifel an dem Gesetz zu beseitigen, vgl. ausführlich Kelly/Harbisson/Belz (Anm.58), S.341 ff.; zur Auslegung der Reconstruction Amendments H. Steinberger, Rassendiskriminierung und der Oberste Gerichtshof in den Vereinigten Staaten von Amerika (1969), S.26 ff.

¹²¹ Vgl. Kelly/Harbisson/Belz, *ibid.*, S.335 ff.; Hyman/Wiecek (Anm.99), S.386 ff.

¹²² Steinberger (Anm.120), S.44 ff., 48 ff.

¹²³ Steinberger, *ibid.*, S.48 ff. Neben diesen materiellen Erweiterungen der Bundeskompetenzen aber bestätigen diese Amendments zugleich in einigen Punkten die Doktrin der Nationalists. Eines ihrer Argumente war immer gewesen, daß jedenfalls mit der Annahme der Verfassung durch die Staaten, sich diese ihrer ursprünglich vorhandenen Souveränität begeben hätten und damit das Volk der Vereinigten Staaten als Ganzes zum Souverän geworden sei. Durch die Inkraftsetzung der Amendments gegen den Willen einiger Staaten wird diese Sichtweise im Grunde bestätigt, ausführlich Amar (Anm.33), S.1425, 1455 ff., 1460 ff., 1463 ff.; in der Konsequenz dieser Auffassung liegt denn auch die Anerkennung einer Staatsbürgerschaft der Vereinigten Staaten durch das 14. Amendment, diese ist vorrangig gegenüber der der Einzelstaaten, vgl. dazu Kelly/Harbisson/Belz (Anm.58), S.342.

¹²⁴ 7 Wall. 700 (1869).

worden, und der Bund habe die Kompetenz nach Art.IV sec.4 U.S. Constitution, republikanische Verfassungen in den Staaten durch seine Intervention wiederherzustellen. Auch in den ersten Entscheidungen zu den Bürgerrechtsgesetzen unterstützte der Supreme Court eine weite Auslegung der Bundeskompetenzen.

Je mehr allerdings im politischen Bereich die Auffassung an Boden gewann, daß die Durchsetzung der Bürgerrechte für Schwarze in den Südstaaten die derzeitigen Möglichkeiten des Kongresses und der republikanischen Partei überforderten¹²⁵, desto stärker setzte sich die *states rights*-Position auch in der Rechtsprechung des Supreme Courts durch, zumal auf dem Felde der Bürgerrechte.

2. Die weitere Entwicklung bis zum New Deal

Ungeachtet der durch die Amendierung der Verfassung bewirkten Verschiebungen im bundesstaatlichen Gefüge blieb die Doktrin des *dual federalism* in der Folgezeit bis zum New Deal die vorherrschende konstitutionelle Sichtweise. Grund hierfür war nicht zuletzt die Rechtsprechung des Supreme Courts der Vereinigten Staaten, der alsbald die Garantien der Reconstruction Amendments vor dem Hintergrund dieser konstitutionellen Doktrin auslegte und damit die verfassungsrechtlich intendierte Strukturänderung zunächst weitgehend entschärfte. Das Fortwirken der Doktrin des *dual federalism* zeigte sich auch in anderen Bereichen der Rechtsprechung des Supreme Courts, so vor allem bei der *commerce*-Klausel und der *tax and spending power* des Kongresses.

a) Die Rechtsprechung zu den Reconstruction Amendments¹²⁶

Der *Slaughterhouse*-Fall¹²⁷ war der erste, in dem der Supreme Court die Reconstruction Amendments interpretierte. Er entschied sich für eine enge Interpretation des 13. Amendments¹²⁸. Föderale Probleme aber stellten sich vor allem in der Auslegung des 14. Amendments und zwar bei der sog. *privilege and immunities*-Klausel. Auf der Grundlage einer strikten Trennung von Bundesbürgerschaft und Staatenbürgerschaft sollte das

¹²⁵ Zu den Gründen ausführlich Kelly/Harbisson/Belz (Anm.58), S.356.

¹²⁶ Ausführlich dazu Steinberger (Anm.120), S.53ff.; im folgenden werden nur die föderalen Problemstellungen beleuchtet.

¹²⁷ 16 Wall. 36, 21 L. Ed. 394 (1873); zur Vorgeschichte und diesem Fall ausführlich auch Hyman/Wiecek (Anm.99), S.475 ff.

¹²⁸ Ebenso in den *civil rights* cases, 109 U.S. 3 (1883).

14. Amendment nach Auffassung der Richter den Schutz ausschließlich für Rechte gewähren, die sich aus der Bürgerschaft des Bundes ergaben, nicht aber für die allgemeinen Grundrechte¹²⁹. In der strikten Trennung in voneinander unabhängige Rechtspositionen aufgrund der Bundes- und der Staatenbürgerschaft läßt sich unschwer das Schema der *dual sovereignty* erkennen. Eine andere Konzeption müßte, so Justice Miller für den Supreme Court, die Staaten in dem Bereich des Schutzes der Grundrechte, der traditionellerweise den Staaten vorbehalten sei, unter die Kontrolle des Bundes bringen und zudem den Supreme Court zu einem Zensor der Legislative der Einzelstaaten machen¹³⁰. Hierin lag eine gegenüber *Abelman v. Booth* deutlich veränderte Position, die allerdings zum Schutze der *states rights* auf die Bürgerrechte beschränkt blieb. Mit der *Slaughterhouse*-Entscheidung war daher die *privilege and immunities*-Klausel im wesentlichen um ihre Bedeutung gebracht¹³¹.

Eine enge Interpretation nahm die Rechtsprechung auch bezüglich sec.5 des 14. Amendments vor. Im *Cruikshank*-Fall¹³² führte das Gericht aus, diese Klausel räume dem Bund nur Kompetenzen gegenüber staatlichem Handeln ein, nicht aber gegenüber dem Verhalten Privater¹³³, eine Auffassung, die in den sog. *civil rights cases*¹³⁴ bestätigt wurde. Zur Begründung der Entscheidungen finden sich auch hier deutliche Betonungen der *states rights* und des 10. Amendments. Die verbleibenden Kompetenzen aber wurden in einer Reihe von Fällen bestätigt¹³⁵.

Eine vorsichtige Erweiterung der Bundeskompetenzen fand sich im Bereich der *due process*-Klausel des 14. Amendments¹³⁶. Die Rechtsprechung entwickelte Ansätze der späteren *substantive due process*-Interpretation, die allerdings zunächst auf die ökonomischen Bürgerrechte beschränkt

¹²⁹ Ausführlich zu dieser Entscheidung Steinberger (Anm.120), S.56ff.; Brugger (Anm.18), S.45ff.

¹³⁰ 16 Wall. 36, 78 (1873).

¹³¹ Vgl. auch Brugger (Anm.18), S.47.

¹³² 92 U.S. 552.

¹³³ Die Entscheidung ist insofern unklar, als das Gesetz gleichwohl unter dem Gesichtspunkt der *privilege and immunities*-Klausel aufrechterhalten wurde, vgl. insoweit auch Steinberger (Anm.120), S.74f.

¹³⁴ 109 U.S. 3; vgl. auch *U.S. v. Harris*, 106 U.S. 629; *Virginia v. Rives*, 100 U.S. 313; *Baldwin v. Frank*, 120 U.S. 678; *Hogges v. U.S.*, 203 U.S. 1.

¹³⁵ Vgl. etwa *Strauder v. West Virginia*, 100 U.S. 303 (1879); *Ex parte Virginia*, 100 U.S. 339 (1879).

¹³⁶ *Coppage v. Kansas*, 236 U.S. 1 (1915); vgl. aber *Berea v. Kentucky*, 211 U.S. (1908); zur Einbeziehung der Rechte des 1. Amendments vgl. *Patterson v. Colorado*, 205 U.S. 454; *Twining v. New Jersey*, 211 U.S. 78; *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U.S. 510; ausführlich Steinberger (Anm.120), S.60ff.

blieben. Im Ergebnis wurden zwar die auf die staatliche *police power* gestützten Gesetze aufrechterhalten, unter dem Eindruck des ökonomischen *laissez-faire*¹³⁷ ging der Supreme Court allerdings später zunehmend zu einer extensiven Kontrolle der Staatengesetze im Bereich der ökonomischen Bürgerrechte über¹³⁸. Die Entscheidung *Smyth v. Ames*¹³⁹ stellt einen ersten Fall dieser Rechtsprechung dar, in der der Supreme Court detaillierte Kriterien für die Festlegung von Eisenbahntarifen entwickelte. Spätestens aber mit der berühmten Entscheidung *Lochner v. New York*¹⁴⁰ wird die weite substantielle Deutung der *due process*-Klausel des 14. Amendments zur herrschenden Doktrin des Supreme Courts bis zur New Deal-Zeit¹⁴¹. Diese Rechtsprechung folgte deutlich dem Programm des Wirtschaftsliberalismus und nahm eine strenge Kontrolle der wirtschaftsregulierenden Gesetze der Einzelstaaten vor und machte häufig seine eigene Bewertung der sozialen und ökonomischen Entwicklung zum Maßstab der verfassungsgerichtlichen Überprüfung.

Im Ergebnis war die Auslegung der Reconstruction Amendments durch den Supreme Court durch eine kontinuierliche Zurücknahme, jedenfalls aber durch eine erhebliche Zurückhaltung der Nationalisierung des Grundrechtsschutzes im Bereich der Bürgerrechte geprägt, die wesentlich von dem föderalen Verständnis des Gerichts beeinflusst war¹⁴².

b) Die tax and spending power (Art. I sec. 8 U.S.C.)

Ein eindrucksvolles Beispiel für den *dual federalism* ist die Entscheidung *Collector v. Day*¹⁴³, die mit der These von der Unabhängigkeit und Souveränität von Bund und Einzelstaaten die Rechte zwischen Bund und Staaten ausbalancierte¹⁴⁴. In der Entscheidung verneinte das Gericht die Befugnis des Bundes, das Gehalt der Beamten der Einzelstaaten zu besteuern.

¹³⁷ Vgl. dazu Schmidhauser (Anm.47), S.122.

¹³⁸ Vgl. etwa *Santa Clara County v. Southern Pacific Railroad Co.*, 116 U.S. 394 (1886); *Chicago, Milwaukee and St. Paul Ry v. Minnesota*, 134 U.S. 418 (1890); *Allgeyer v. Louisiana*, 165 U.S. 578 (1897).

¹³⁹ 173 U.S. 684 (1889).

¹⁴⁰ 195 U.S. 45 (1905).

¹⁴¹ Vgl. dazu W.B. Lockhart [et al.], *Constitutional Law* (6th ed. 1986), S.394 ff.; H. Ehmeke, *Wirtschaft und Verfassung* (1961), S.270 ff.

¹⁴² Vgl. auch Brugger (Anm.18), S.152, der von einer Behinderung durch eine föderalismusorientierte Rechtsprechung spricht.

¹⁴³ 11 Wall. 113 (1871).

¹⁴⁴ Vgl. auch *Bank of Commerce v. New York*, 2 Black 635, 17 L.Ed. 456; *Lane County v. Oregon*, 7 Wall. 75, 19 L.Ed. 104.

Dies folge aus der Souveränität der Staaten. Zwar sei die Kompetenzausübung des Bundes zur Steuererhebung vorrangig, diese Suprematie bestehe jedoch nur innerhalb der jeweils genau abgegrenzten Sphären, nicht aber in den Bereichen, die exklusive Rechte der Staaten darstellen würden. Bund und Staaten seien insoweit gleichberechtigt. Die Souveränität der Staaten und die hieraus folgenden Rechte begrenzten danach die an sich verfassungsmäßige Ausübung der Kompetenz des Bundes zur Erhebung von Steuern¹⁴⁵. Die Entscheidung bestätigt die vor allem in *Abelman* akzentuierten föderalen Prinzipien und nimmt sie zum Teil wortgleich auf¹⁴⁶.

c) Die *commerce*-Klausel

Eine vorsichtige Tendenz zu einer Nationalisierung zeigte zwar zunächst die Rechtsprechung zur *commerce*-Klausel, die auf die vielfältigen Verflechtungen durch den Eisenbahnbau reagierte¹⁴⁷. Als wichtigste Entscheidung kann insoweit *Wabash v. Illinois*¹⁴⁸ gelten. Auf die seit der *Cooley*-Entscheidung verwendete Unterscheidung von nationalen und lokalen Belangen gestützt, deutete *Wabash* auf eine generelle Exemption der Staaten im Bereich der nationalen Belange des Handels hin und gab den letzten Anstoß zu einer nationalen wirtschaftsregulierenden Gesetzgebung. Der Interstate Commerce Act vom 4. Februar 1887 errichtete die erste *regulatory agency* des Bundes, die Interstate Commerce Commission, deren Ziel es war, vernünftige Tarife durchzusetzen, Kartellabsprachen und Preisdiskriminierungen zu verhindern¹⁴⁹. Gleichwohl zeigte sich in der Folge auch hier eher ein Ausbalancieren der föderalen Kompetenzen. Denn bereits zwei Jahre später, in *Smith v. Alabama*¹⁵⁰, wurde ein Staatsengesetz als Ausübung der einzelstaatlichen *police power* aufrechterhalten, das die Ausbildung und Lizenzierung von Eisenbahningenieuren regelte, die auch im Bereich des zwischenstaatlichen Handels tätig waren, da es nur

¹⁴⁵ Vgl. 11 Wall. 13, 127 (1871).

¹⁴⁶ Vgl. auch Corwin (Anm.104), S.115ff., 144f.

¹⁴⁷ Zur Entwicklung J.E. Novak/P.S. Rotunda/J.N. Young, *Constitutional Law* (1978), S.128, 136ff.

¹⁴⁸ *Wabash, St. Louis and Pacific Railway Company v. Illinois*, 118 U.S. 557 (1886).

¹⁴⁹ Vgl. dazu Kelly/Harbitson/Belz (Anm.58), S.383ff.; J. Wieland, *Die Entwicklung der Wirtschaftsregulierung in den Vereinigten Staaten von Amerika, Die Verwaltung* 1985, S.84 (87ff.); in späteren Entscheidungen hat der Supreme Court allerdings die Befugnis der ICC erheblich eingeschränkt, vgl. *ICC v. Cincinnati*, 167 U.S. 479 (1897); *ICC v. Alabama Midland Railway Co.*, 168 U.S. 144 (1897).

¹⁵⁰ 124 U.S. 465 (1888).

einen geringen Einfluß auf den zwischenstaatlichen Handel habe. Weitere Entscheidungen betonten unter dem Gesichtspunkt des 10. Amendments die Befugnis der Staaten zur Regelung des innerstaatlichen Handels, auch wenn damit Auswirkungen auf den zwischenstaatlichen Handel verbunden waren¹⁵¹. Zwar wurde in der Folgezeit dem Bund die Befugnis zuerkannt, Grundfragen des Arbeitsrechts und der Arbeitsbedingungen im Rahmen der *commerce*-Klausel zu regeln¹⁵². Allerdings galt dies nur für den Bereich der Eisenbahnen, da hier der Zusammenhang zwischen Handel und Arbeitsbedingungen auf der Hand lag¹⁵³.

Das zweite große wirtschaftsregulierende Gesetz, der Sherman Antitrust Act von 1890, lieferte ein weiteres Beispiel für die verfassungsrechtlichen Schwierigkeiten einer nationalen Wirtschaftsregulierung. Das Gesetz ließ offen, ob es auch auf den Bereich der Produktion anwendbar sei. Nach Auffassung des Gerichts in *US v. E.C. Knight Co.*¹⁵⁴ konnte das Gesetz schon aus Kompetenzgründen den Produktionsbereich nicht regeln, da die *commerce*-Klausel nur den Handel, nicht aber die Produktion erfasse, selbst wenn diese einen Einfluß auf den zwischenstaatlichen Handel habe. Unter dem Einfluß des ökonomischen Liberalismus erwies sich der Supreme Court in diesem Bereich als Wächter der ökonomischen Rechte großer Korporationen und verhinderte weitgreifende nationale Regulierungen. Durch diese Begrenzungen der Bundeskompetenz kam es nicht etwa zu einer Stärkung der Staaten, da dies vor allem Fälle betraf, die wirksam von den Einzelstaaten nicht geregelt werden konnten, weil es letztlich um die Regelung von bundesweiten Auswirkungen großer wirtschaftlicher Unternehmen ging. *United States v. Knight* verdeutlichte, daß durch die Rechtsprechung des Supreme Court eine Art Niemandsland entstand: Die Einzelstaaten konnten die Probleme nicht regeln, weil die Auswirkungen weit über ihre Grenzen hinausreichten, der Bund aber hatte im Bereich der *commerce*-Klausel nicht die Kompetenz, weil er andernfalls nach Auffassung des Gerichts in die Staatenrechte eingriff. Diese sog. *twilight zone*¹⁵⁵ wurde später zu einem gewissen Maße durch die Entwicklung

¹⁵¹ Vgl. etwa *Coe v. Errol*, 116 U.S. 517 (1885); *Trade Mark case*, 100 U.S. 434 (1879).

¹⁵² Vgl. *Southern Ry Co. v. U.S.*, 222 U.S. 20 (1911); *Balt. Ohio RR v. Interstate Commerce Commission*, 221 U.S. 612 (1911); *Second Employers Liability case*, 223 U.S. 1 (1912).

¹⁵³ Vgl. Ehmke (Anm.141), S.136ff.

¹⁵⁴ 156 U.S. 1 (1894).

¹⁵⁵ Diese berühmte *twilight zone* läuft parallel mit dem Programm des ökonomischen Liberalismus; vgl. auch Warren (Anm.78), S.739ff.; Schmidhauser (Anm.47), S.128; in *Kansas v. Colorado*, 206 U.S. 46 (1907), führt der Supreme Court dazu aus: "... and it

einer *federal police power* im Rahmen der *commerce*-Klausel geschlossen¹⁵⁶, ohne aber die grundsätzlichen Probleme der Wirtschaftsregulierung damit zu beheben.

Durch diese Rechtsprechung entstand eine unklare Gemengelage von *commerce*-Klausel und *federal police power* im Bereich des *interstate commerce*. Während die Anerkennung der *federal police power* zu einer Erweiterung der Bundeskompetenzen führte¹⁵⁷, beschränkte das Gericht, etwa im Bereich der Arbeitsschutzgesetzgebung, die Kompetenz des Bundes im Rahmen der *commerce*-Klausel. *Hammer v. Dagenhart*¹⁵⁸ steht für die letztere der beiden Entscheidungslinien. Sie zeigte die Grenzen bundesstaatlicher Kompetenzen für den Fall auf, daß das Regelungsobjekt ausschließlich lokaler Natur war und damit außerhalb der Regelungskompetenz des Bundes lag; zugleich bestätigte sie das Fortwirken der Doktrin des *dual federalism*¹⁵⁹.

So zeigte denn die Rechtsprechung des Supreme Courts zur *commerce*-Klausel, bei einer vorsichtigen Berücksichtigung der Implikationen einer sich national organisierenden Ökonomie im Rahmen der *federal police power*, daß die Elemente des *dual federalism* weiterhin die Sichtweise des Supreme Courts in föderalen Fragen bestimmten und weitergreifende nationale Wirtschaftsregulierungen an dem 10. Amendment scheitern konnten.

may well be that no power is adequate for their reclamation other than that of the National Government. But if no such power has been granted, none can be exercised”.

¹⁵⁶ Vgl. *Swift and Company v. United States*, 196 U.S. 375 (1905); *Champion v. Ames*, 188 U.S. 321; dazu ausführlich auch E h m k e (Anm.141), S.127ff.

¹⁵⁷ Vgl. *Swift and Company v. United States*, 196 U.S. 375 (1905); *Champion v. Ames*, 188 U.S. 321; *Shreveport rate*, 234 U.S. 312 (1914); *Hoke v. United States*, 227 U.S. 308 (1913); *Hipolite Egg Co. v. United States*, 220 U.S. 45 (1911).

¹⁵⁸ 247 U.S. 251 (1918).

¹⁵⁹ Ausführlich zu der föderalistischen Sichtweise Corwin (Anm.116), S.26ff. Die abweichende Meinung von Justice Holmes machte deutlich, daß die Regelung innerhalb der *commerce*-Klausel lag, die Mehrheit diese Kompetenz aber mit Blick auf den Staaten vorbehaltenen Rechte, der einzelstaatlichen *police power* zur Regelung lokaler Angelegenheiten, begrenzte. Die Entscheidung *Missouri v. Holland*, 252 U.S. 416 (1920), zeigte dagegen im Bereich der *treaty power* deutliche Züge der *federal supremacy*-Rechtsprechung des Marshall Courts. Justice Day ging soweit, das 10. Amendment um das Wort *expressly* zu ergänzen, obwohl die Entstehungsgeschichte deutlich gezeigt hatte, daß die Federalists gerade diese Fassung des Amendments verhinderten; vgl. dazu oben S.16f.

V. Der Supreme Court und der New Deal:
Zum Niedergang der Konzeption des *dual federalism*

Die Doktrin des *dual federalism* bewahrte also ihre Funktion des balancierenden Ausgleichs von Bundes- und Staatenkompetenzen bis in die 30er Jahre des 20. Jahrhunderts. Die stürmische Entwicklung der Eisenbahnen und die Entwicklung einer nationalen Ökonomie aber machten nationale Regelungen letztlich unausweichlich. Mochte diese Entwicklung auch den Supreme Court zunächst nicht zum Wechsel seines föderalen Verständnisses veranlassen, seine antiregulatorische Einstellung infolge der ökonomischen Grundüberzeugung des *laissez-faire*-Liberalismus mußte in dem Moment zu Problemen führen, wo eine ökonomische Krise nationalen Ausmaßes auch erweiterte nationale Regulierungen erforderlich machte.

Die Balancierung von nationalen und staatlichen Kompetenzen mußte jedenfalls dann auf Schwierigkeiten stoßen, wenn durch eine Regierung der Vereinigten Staaten nicht mehr einzelne Sektoren der wirtschaftlichen und sozialen Entwicklung geregelt werden sollten, um die Rahmenbedingungen und die Funktionsfähigkeit der Selbstregulierung des Marktes zu garantieren, sondern eine umfassende Verantwortung der Bundesregierung für die ökonomische Entwicklung des Landes beansprucht wurde¹⁶⁰. In dieser Situation einer enormen Ausweitung der nationalen Regulierungsanstrengungen mußten erhebliche Spannungen im föderalen Gefüge auftreten, eine Situation, der sich der Supreme Court durch die New Deal-Gesetzgebung der 30er Jahre des 20. Jahrhunderts gegenüber gestellt sah¹⁶¹.

1. Die Verwerfung wichtiger New Deal-Gesetze

Der Supreme Court behielt zunächst gegenüber den New Deal-Gesetzen seine föderale und ökonomische Grundüberzeugung bei und verwarf wichtige Regulierungsgesetze der Roosevelt Administration¹⁶², eine

¹⁶⁰ H. Mewes, Einführung in das politische System der USA (1986), S.65 ff.

¹⁶¹ Zwar hatten auch vorherige Regierungen verstärkt nationale Kompetenzen in Anspruch genommen, Roosevelts Administration aber war die erste, die eine umfassende nationale Verantwortung für die Ökonomie beanspruchte; vgl. dazu die Darstellung bei Kelly/Harbison/Belz (Anm.58), S.515 ff.; Ehmke (Anm.141), S.138 ff.; Wieland (Anm.149), S.84 (90 ff.); J. Heideking, Arbeitsgesetzgebung und Supreme Court während des New Deal, Der Staat 23 (1984), S.86 ff.

¹⁶² *Railroad Retirement Board v. Alton*, 295 U.S. 330 (1913); *Schechter Poultry Co. v. U.S.*, 295 U.S. 495 (1935); *U.S. v. Butler*, 297 U.S. 1 (1936); *Carter Coal Co.*, 298 U.S. 238 (1936).

Situation, die zur *court packing crisis*¹⁶³ des Jahres 1937 führte¹⁶⁴.

In *United States v. Butler*¹⁶⁵, einer Entscheidung zur *spending power*, ging es um die Verfassungsmäßigkeit des Agricultural Adjustment Act von 1933, der es ermöglichte, auf bestimmte Güter eine Steuer zu erheben. Diese sollte verwendet werden, um durch Verträge Farmer zu einer Reduzierung ihrer Überschußproduktion gegen Entschädigung zu bewegen. Für die Mehrheit des Supreme Courts war diese Regelung, bei einer weiten Auslegung der *spending power*, zwar von der Kompetenz des Kongresses umfaßt. Gleichwohl greife, so das Gericht, das Gesetz in einen den Einzelstaaten vorbehaltenen Bereich ein, die Regelung der Produktion. Die Ausgabe der Mittel geschehe daher zu einem verfassungswidrigen Zweck. Im Ergebnis behandelte Justice Roberts damit die Einzelstaaten und den Bund als grundsätzlich gleichrangig. Die Kompetenzen des Bundes seien durch von dem 10. Amendment geschützte Rechte der Einzelstaaten begrenzt¹⁶⁶. Das statische Verständnis der Beziehung von Bund und Einzelstaaten, eine weniger funktional als nach bestimmten Materien abgegrenzte Sphäre von Bund und Gliedstaaten, weist auf die Doktrin des *dual federalism* hin.

Die abweichende Meinung von Justice Stone machte nachdrücklich auf die Unzulänglichkeit dieser Sichtweise aufmerksam: "The power of Congress to spend is inseparable from persuasion to action over which Congress has no legislative control". Ebenso verwies die abweichende Meinung auf die Notwendigkeit der Begrenzung judizieller Macht, deren Aufgabe es nicht sein könne, über die Weisheit der Gesetze des Kongresses zu befinden. Die Interpretation der Verfassung komme nicht nur einer der Gewalt-

¹⁶³ Zu ihrem Hintergrund und zum Scheitern des *court packing plans* Kelly / Harbison / Belz (Anm.58), S.494 ff.

¹⁶⁴ Zur Gesamtproblematik vgl. B. Rauch, *The History of the New Deal* (1963); A. M. Schlesinger, *The Politics of Upheaval* (1960); W. E. Leuchtenberger, *F. D. Roosevelt and the New Deal 1932-1940* (1963). Allerdings lagen den Streitigkeiten über die Verfassungsmäßigkeit der Gesetze Klagen Privater zugrunde, die die Überschreitung nationaler Kompetenzen rügten, nicht Klagen der Staaten, was nach dem amerikanischen Recht auch grundsätzlich nicht möglich ist, vgl. dazu Bothe (Anm.21), S.134 m.w.N. Die Gesetze hatten beide Häuser des Kongresses vielmehr mit großer Mehrheit passiert und wurden von den Staaten überwiegend nicht bekämpft, vgl. J. H. Choper, *The Scope of National Power vis-à-vis the States: The Dispensability of Judicial Review*, 86 *Yale L.J.* 1552, 1578 (1976) m.w.N.

¹⁶⁵ 297 U.S. 1, 56 S. Ct. 312, 80 L. Ed. 477 (1936).

¹⁶⁶ Vgl. auch R. L. Stern, *The Commerce Clause And The National Economy, 1933-1946*, 59 *Harv. L. Rev.* 645, 670f. (1946).

ten zu: "Courts are not the only agency of government, that must be assumed to have the capacity to govern".

In ähnlicher Weise artikuliert der Supreme Court in *Carter v. Carter Coal Co.*¹⁶⁷ Elemente des *dual federalism*. In dieser zur Verfassungsmäßigkeit des Bituminous Coal Act von 1935 ergangenen Entscheidung legte der Supreme Court die *commerce*-Klausel dahin aus, daß sie die Regelung von Mindestlöhnen und maximalen Arbeitsstunden nicht umfassen könne, weil dies eine Regelung der Produktion darstelle, die den Staaten vorbehalten sei. Produktion sei eine lokale Angelegenheit und damit nach der Regel der *Cooley*-Entscheidung außerhalb der Reichweite der Bundeskompetenzen. Zwar sei alles, was in den zwischenstaatlichen Handel gelange, letztlich einmal lokal produziert worden, und damit sei die Produktion auch von Einfluß auf den zwischenstaatlichen Handel, gleichwohl sei dieser Einfluß nur indirekt. Nicht die Größe des Effektes entscheide dabei über direkten oder indirekten Einfluß, sondern die Beziehung zwischen Handlung und Effekt. Sowohl Arbeit wie Lohnzahlungen seien daher ausschließlich lokaler Natur, wie groß auch immer der Einfluß der Produktion auf den Handel sei. Daß die starre Trennung beider Bereiche nach lokalen und nationalen Aspekten den Verflechtungen nicht gerecht wurde, die im Bereich des Handels bestanden, lag auf der Hand und wurde von der abweichenden Auffassung auch dargelegt.

Im Hintergrund dieser Entscheidungen stand das Bestreben, gegenüber der sich ausdehnenden Legislative des Bundes den Schutz der Eigenständigkeit der Länder durch eine substantielle Trennung an sich verbundener Bereiche zu bewirken, damit nicht, wie Chief Justice Hughes in *Schechter v. Poultry*¹⁶⁸ es ausdrückte, die Einzelstaaten über ihre inneren Angelegenheiten nunmehr nur noch mit Duldung des Kongresses befinden konnten.

2. Die Akzeptierung des New Deal durch den Supreme Court

In einer Reihe von Entscheidungen aus dem Jahre 1937 und später hat der Supreme Court nach der *court packing crisis* die Gesetzgebung des New Deal bestätigt¹⁶⁹ und zugleich eine Nationalisierung der föderalen

¹⁶⁷ 298 U.S. 238, 56 S.Ct. 885, 80 L.Ed. 1160 (1936); vgl. zuvor auch *Schechter Poultry Co. v. U.S.*, 295 U.S. 495 (1933).

¹⁶⁸ 295 U.S. 495 (1933).

¹⁶⁹ Vgl. *West Coast Hotel Co. v. Parish*, 300 U.S. 379 (1937); *N.L.R.B. v. Jones & Laughlin Steel Corporation*, 301 U.S. 1 (1937); *N.L.R.B. v. Fainblatt*, 306 U.S. 601 (1939); *United States v. Darby*, 312 U.S. 100 (1941); *Currin v. Wallace*, 306 U.S. 1 (1939); *United States v. Rock Royal Cooperative*, 307 U.S. 533 (1939); *Mulford v. Smith*, 307 U.S. 38

Beziehungen in Anknüpfung an die Entscheidungen des Marshall Courts vorgenommen, in denen sich bereits Ansätze eines neuen föderalen Verständnisses zeigten. Dies war weniger auf den berühmt-berüchtigten *court packing plan* von Roosevelt zurückzuführen, als vielmehr Ausdruck der Tatsache, daß kein Verfassungsgericht auf Dauer an der sozialen und wirtschaftlichen Grundentwicklung eines Landes vorbeijudizieren kann¹⁷⁰.

In *NRLB v. Jones & Laughlin Steel Corporation*¹⁷¹ gab der Supreme Court die gerade zuvor in *Carter* bestätigte Unterscheidung direkter oder indirekter Beeinflussung des zwischenstaatlichen Handels als leitenden Gesichtspunkt der Abgrenzung der Kompetenzen im Rahmen der *commerce*-Klausel auf. Für eine Regelung des zwischenstaatlichen Handels, auch soweit sie auf den innerstaatlichen Bereich zugriff, sollte in der Folgezeit eine enge und substantielle Beziehung zum zwischenstaatlichen Handel ausreichen. Eine Unterscheidung nach dem Regelungsobjekt (Produktion oder Transport etc.) sollte nicht mehr erforderlich sein. Ausdrücklich wurde anerkannt, daß die Verflechtungen der Wirtschaft zu einer nationalen Regelungsbefugnis führen können. Auf die föderale Problematik der Entscheidung ging Chief Justice Hughes nur am Rande ein. Zwar müsse die Interpretation der Bundeskompetenzen mit dem *dual system of government* vereinbar sein und dürfe nicht dazu führen, daß durch die Ausweitung der Bundeskompetenzen in der *commerce*-Klausel die Unterscheidung zwischen dem, was national und was lokal ist, völlig eingeebnet würde. Damit wurden aber ersichtlich nur noch äußerste Grenzen beschrieben, nicht aber eine strenge Trennung von substantiellen Sphären des Bundes und der Staaten vorgenommen. Nicht mehr die Souveränität der Staaten wird als Grenze bundesstaatlicher Kompetenzen beschworen, sondern in deutlicher terminologischer Absetzung von dem *dual system of government* gesprochen, das es zu berücksichtigen gelte¹⁷².

(1939); *Wickard v. Filburn*, 317 U.S. 111 (1942); *Sunshine Anthracite Coal Co. v. Adkins*, 310 U.S. 318 (1940); *F.P.C. v. National Gas Pipeline Co.*, 315 U.S. 575 (1942); *United States v. Appalachian Electric Power Co.*, 311 U.S. 377 (1940); *Electric Bond and Share Co. v. S.E.C.*, 303 U.S. 419 (1938); ausführliche Darstellung der Entwicklung in Stern (Anm.166), S.645, 683.

¹⁷⁰ Ehmke (Anm.141), S.143; zur konstitutionellen Krise und ihren Hintergründen vgl. auch W.P. Adams, in: H.A. Winkler (Hrsg.), *Die große Krise in Amerika* (1973), S.189; Heideking (Anm.161), S.86 (97).

¹⁷¹ 301 U.S. 1, 57 S. Ct. 615, 81 L. Ed. 893 (1937).

¹⁷² Die abweichende Meinung allerdings nimmt Bezug auf das 10. Amendment und verweist darauf, daß es sich hier um eine Abkehr von den soeben erst ergangenen Entscheidungen wie *Schechter* und *Carter* handelt, die den Staaten mit der »direkt« und »indirekt« Unterscheidung bestimmte wohlabgegrenzte Gebiete vorbehielten. Der Blick auf die abwei-

In *Steward Mach. Co. v. Davis*¹⁷³ zum Social Security Act stand die Verfassungsmäßigkeit einer den Arbeitgebern auferlegten Steuer in Frage, die wiederum verrechnet werden konnte mit etwaigen Zahlungen in einen Arbeitslosigkeitsfonds der Einzelstaaten, sofern diese ein nach Auffassung des Bundes zufriedenstellendes Arbeitslosenhilfegesetz hatten und der Verwaltung des Fonds durch den Bund zustimmten. Der Supreme Court konnte keine unzulässige Beschränkung einzelstaatlicher Freiheit unter dem Gesichtspunkt des 10. Amendments oder sonstiger föderaler Restriktionen der Verfassung erkennen, ohne allerdings die mit dieser Konstruktion verbundenen Einwirkungen auf die staatliche Initiative zu leugnen, die für ihn jedoch nicht einen solchen Grad erreichten, daß die Gesetzgebungsfreiheit der Staaten beschränkt würde. Es bleibe vielmehr in der Hand des einzelnen Staates, ob er ein solches Gesetz erlasse, ein vorhandenes wieder aufhebe oder verändere. Die Ausführung eines solchen Gesetzes sei allein Sache des Staates.

Auch eine unzulässige Unterwerfung der Staaten im Hinblick auf essentielle Rechte ihrer Staatlichkeit vermochte der Supreme Court nicht zu erkennen. Schon in der Diktion drückt sich hier eine Distanz zur *dual sovereignty* aus, wenn die Mehrheit nur noch von der quasi-souveränen Existenz der Staaten spricht¹⁷⁴. Die Entscheidung zeigt darüber hinaus ein neues Verständnis der föderalen Beziehungen. Bund und Staaten sind nicht souveräne, einander unabhängig gegenüberstehende Entitäten, sie wirken vielmehr zur Erreichung eines Gemeinwohlzieles zusammen, wobei der Bund einzelnen Staaten Hilfe gegenüber Benachteiligungen im Wettbewerb mit anderen Staaten gewähren kann. Nicht kompetentielle Entgegensetzung, sondern Zusammenarbeit ist der leitende Gesichtspunkt, der in dem Urteil auch explizit seinen Ausdruck findet¹⁷⁵.

chende Meinung verdeutlicht, daß es hier nicht nur um eine Erweiterung der Kompetenzen des Bundes im Bereich der *commerce*-Klausel ging, sondern daß sich hier ein neues föderales Verständnis ankündigte, 301 U.S. 1, 95 ff.

¹⁷³ 301 U.S. 548 (1937).

¹⁷⁴ *Ibid.*, S.594.

¹⁷⁵ *Ibid.*, S.588, 593; zum *cooperative federalism* dieser Entscheidung auch Corwin (Anm.117), S.1, 19f. Deutlicher noch wird die Abkehr von der Doktrin des *dual federalism* vor dem Hintergrund der abweichenden Meinungen, die noch einmal zentrale Elemente dieser Auffassung ins Feld führen. Ausgehend von der These, daß der Social Security Act letztlich zu einer Aufsicht des Bundes über die Staaten führe, stützt Justice Sutherland sich zur Begründung der Verfassungswidrigkeit auf eine Reihe von Urteilen, die der Tradition des *dual federalism* zuzurechnen sind, vgl. 301 U.S. 548, 614f., 57 S.Ct. 883, 902f. Deutlich ist dies in der Bezugnahme auf den *License-Fall*, 5 How. 504, 588 und den *Tarble-Fall*. Gerade letzterer stellt mit seiner Aufnahme von *Abelman v. Booth* eine wichtige Entschei-

Ein weiteres wichtiges Element des *dual federalism*, die zentrale Rolle der Rechtsprechung als oberster Wächter der föderalen Beziehungen, wurde in *Helvering v. Davis*¹⁷⁶ zurückgenommen. Justice Cardozo führte für den Supreme Court aus, daß die Abgrenzung von allgemeiner und partikularer Wohlfahrtsförderung im Einzelfall sehr unsicher sein könne. Diese Entscheidung zu treffen sei vor allem Aufgabe des Kongresses, nicht aber der Gerichte, solange der Kongreß nicht offensichtlich verfassungswidrig handeln würde¹⁷⁷. Wenn in der *Abelman*-Entscheidung der Supreme Court zum Wächter der föderalen Beziehungen eingesetzt wurde, dann wird hier diese Stellung zurückgenommen und vor allem dem politischen Prozeß die Sicherung der föderalen Beziehungen anvertraut¹⁷⁸.

Zugleich betont der Supreme Court in *Helvering* die *supremacy*-Klausel des Art. VI sec. 2 U.S. Constitution gegenüber dem Vorbringen, dem Staat werde durch das Gesetz eine bestimmte Wohlfahrtsphilosophie aufgezwungen. Wenn sich der Bund im Rahmen der ihm verliehenen Kompetenzen halte, dann forme er das Konzept der Wohlfahrt und nicht die Einzelstaaten. Auch hier eine deutliche Absage an die Vorstellung inhärenter *states rights* als Begrenzung an sich legitimer Ausübung von Kompetenzen des Bundes, wie es etwa für die *Butler*-Entscheidung noch kennzeichnend war¹⁷⁹.

In *United States v. Darby*¹⁸⁰ schließlich befand der Supreme Court einmütig, daß der Kongreß unter der *commerce power* auch Güter vom zwischenstaatlichen Handel ausschließen könne, die unter Verstoß gegen ein Bundesgesetz produziert worden seien. Dies gelte auch für innerstaatliche Produktionen, soweit diese eine enge und substantielle Beziehung zum zwischenstaatlichen Handel aufweisen würden. Für die föderalen Beziehungen wichtiger als diese Bestätigung der bereits in der *NRLB*-Entschei-

dung des *dual federalism* dar. Die Kompetenzen des Bundes und der Staaten sind getrennt und unabhängig und liegen außerhalb der Reichweite der jeweils anderen souveränen Entität. Deshalb darf auch eine Beeinflussung oder Einwirkung auf die dem anderen vorbehaltenen Sphäre nicht erfolgen.

¹⁷⁶ 301 U.S. 619, 57 S.Ct. 904.

¹⁷⁷ Vgl., *ibid.*, S.640.

¹⁷⁸ Deutlicher noch wird in *Wickard v. Filburn*, 317 U.S. 111, 63 S.Ct. 82, 87 L.Ed. 122 (1942) der Schutz der Gliedstaaten vor allem dem politischen Prozeß und nicht dem Supreme Court anvertraut; "... that effective restraints on its exercise must proceed from political rather than from judicial process", *ibid.*, S.120, unter Rückgriff auf *Gibbons v. Ogden*, 9 Wheat. 1, 197.

¹⁷⁹ *Ibid.*, S.645.

¹⁸⁰ 312 U.S. 100, 61 S.Ct. 451, 85 L.Ed. 609 (1941); zur Entscheidung vgl. auch Stern (Anm.166), S.883, 886ff.

derung angewendeten Maßstäbe sind zwei Aussagen zum Verhältnis von Bund und Einzelstaaten. Danach ist die Ausübung von Kompetenzen des Bundes von der Ausübung oder Nichtausübung von Staatenkompetenzen unabhängig. Die Tatsache, daß der betreffende Staat hier durch Nichtregelung zu erkennen gegeben habe, daß er von seiner Regelungskompetenz keinen Gebrauch machen wolle, kann die legitime Ausübung von Kompetenzen des Bundes nicht hindern¹⁸¹. Damit setzt sich der Supreme Court deutlich ab von früheren Entscheidungen, die die *state police power* als implizite Grenze von Bundeskompetenzen angesehen hatten. Zweitens und folgerichtig erklärt der Supreme Court das 10. Amendment in einem berühmten Satz zur Binsenweisheit:

“Our conclusion is unaffected by the Tenth Amendment which states but a truism that all is retained that has not been surrendered. There is nothing in the history of this adoption to suggest that it was more than declaratory of the relationship between the national and the state government ...”.

In dieser Entscheidung liegt nicht weniger als die Zurückweisung eines der zentralen Elemente des *dual federalism* und so ist diese Entscheidung denn auch als seine explizite Überwindung verstanden worden¹⁸².

3. Der *cooperative federalism*¹⁸³ und die weitere Entwicklung

Folge dieser verfassungsrechtlichen Revolution ist zweifellos eine ungeheure Ausweitung der nationalen Kompetenzen gewesen. Die Befugnis zur und die Verantwortung für die Wirtschaftsregulierung ging nahezu vollständig auf den Bund über. Allerdings wäre diese Entwicklung mißverstanden, wollte man annehmen, nur dem Bund seien wirtschaftsregulierende Tätigkeiten möglich gewesen. Vielmehr – und in einigen vorhergehenden Entscheidungen klang dies bereits an¹⁸⁴ – konnten die wirtschaftli-

¹⁸¹ *Ibid.*, S.114.

¹⁸² Vgl. Corwin (Anm.117), S.1, 17; Schmidhauser (Anm.47), S.178.

¹⁸³ Zum *cooperative federalism* vgl. J.P. Clark, *The Rise of a New Federalism*, 13 *Iowa Law Review* 455 (1937/38); Corwin (Anm.117), S.1, 19f.; W. Kewenig, *Kooperativer Föderalismus und bundesstaatliche Ordnung*, AöR 93 (1968), S.433ff.; H. Ehringhaus, *Der kooperative Föderalismus in den Vereinigten Staaten von Amerika* (1972); Bothe (Anm.21), S.278ff.

¹⁸⁴ Vgl. etwa *Hoke v. United States*, 227 U.S. 308, 322: “Our dual form of Government has its perplexities ... but it must be kept in mind that we are one people”; vgl. auch Kelly/Harbisson/Belz (Anm.58), S.515f.; so kann es nicht erstaunen, daß der Beginn des *new federalism* von einigen bereits um die Jahrhundertwende angesetzt wird; vgl. *ibid.*, S.516; C.J. Friedrich, *Origin and Development of the Concept of Federalism in the United States*, JöR 9 (1960), S.29 (36).

chen Probleme vom Bund allein kaum gelöst werden, hierzu bedurfte es gemeinsamer Anstrengungen beider föderaler Ebenen¹⁸⁵. Die Aufgabe der ökonomischen *substantive due process*-Rechtsprechung¹⁸⁶, des *economic due process*, ermöglichte in der Folge vielmehr wichtige einzelstaatliche Regulierungsanstrengungen. Die berühmte *twilight*-Zone der Rechtsprechung des Supreme Courts konnte daher gleichsam von beiden föderalen Ebenen aus geschlossen werden¹⁸⁷.

Diesem Erfordernis des Zusammenwirkens zur Lösung nationaler Probleme entspricht denn auch die neue föderale Sichtweise im Bereich der Wirtschafts- und Sozialpolitik: der *cooperative federalism*.

Die Entscheidungen zum New Deal hatten bereits die neue Konzeption deutlich werden lassen. Kennzeichnend war eine weite Auslegung der Bundeskompetenzen, die durch implizite Rechte der Einzelstaaten nicht begrenzt wurden. Innerhalb des Rahmens der Bundeskompetenzen galt die Suprematie des Bundes uneingeschränkt. Eine Balancierung der Rechte des Bundes und der *states rights* unter dem Schutz des 10. Amendments wurde nicht vorgenommen und dieses folgerichtig zu einer deklaratorischen Bestimmung erklärt. Damit aber verlor das zentrale Element des *dual federalism*, die *dual sovereignty*, ihren verfassungsrechtlichen Halt und wurde zum *dual system of government* zurückgenommen. Zugleich entfiel die Notwendigkeit einer strikten Trennung exklusiver Sphären von Bund und Staaten. Anerkannt wurde nunmehr die Möglichkeit und Notwendigkeit der Zusammenarbeit. Kooperation zur Bewältigung gemeinsamer Aufgaben zum Wohle des ganzen Volkes kennzeichnet mehr als alle anderen Gesichtspunkte die neue föderale Auffassung und ermöglichte damit eine realistischere Sichtweise des ohnehin vorhandenen gegenseitigen Einflusses von Bund und Staaten. Auch das letzte oben genannte Element des *dual federalism*, die Stellung des Supreme Courts als oberster Wächter der föderalen Beziehungen, wird zurückgenommen zugunsten einer Sicherung durch den politischen Prozeß. Betont werden die *political safeguards of federalism*, wie es bald heißen sollte¹⁸⁸.

Das neue Verständnis wurde also entscheidend durch die Anerkennung der Kooperation im Bundesstaat geprägt. Nicht mehr eine betonte Ab-

¹⁸⁵ Dazu Ehmke (Anm.141), S.152ff.

¹⁸⁶ *Nebbia v. New York*, 291 U.S. 502 (1934); *West Coast Hotel v. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937); *U.S. v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938).

¹⁸⁷ Kelly/Harbison/Belz (Anm.58), S.509f.; Ehmke (Anm.141), S.153f.

¹⁸⁸ Vgl. H. Wechsler, *The Political Safeguards of Federalism: The Role of the States in the Composition of the National Government*, 54 Col. L. Rev. 543 (1954).

grenzung festgefügtter unabänderlicher Politikfelder¹⁸⁹, sondern Zusammenarbeit und Ergänzung, verbunden mit gegenseitiger Einflußnahme, werden akzeptiert. Dies wird in einer Reihe von Entscheidungen betont. Als exemplarisch kann hier *Carmichael v. Southern Coal & Coke Co.* gelten:

“The United States and the State of Alabama are not alien governments. They co-exist within the same territory. Unemployment is their common concern. Together the two statutes before us embody a cooperative legislative effort by state and national governments, for carrying out a public purpose common to both, which neither could fully achieve without cooperation of each other. The constitution does not prohibit such a cooperation”¹⁹⁰.

Die New Deal-Rechtsprechung des Supreme Courts führte also im Bereich der Wirtschafts- und Sozialgesetzgebung zu einer umfassenden Bundeskompetenz, so daß – im Grundsatz gilt dies bis heute – der Bund letztlich jeden wirtschaftlich erheblichen Tatbestand regeln kann¹⁹¹, ohne die Einzelstaaten von Regulierungsanstrengungen auszuschließen.

Ebenfalls beginnend in den 30er Jahren hat der Supreme Court auch seine Rechtsprechung zu den Bürgerrechten in erheblicher Weise modifiziert und eine starke Nationalisierung des Grundrechtsschutzes eingeleitet¹⁹², die zu einer erheblichen Verschiebung im föderalen Gefüge führte. Diese Rechtsprechung nahm vor allem eine Erweiterung des 14. Amendments vor. Darüber hinaus gab sie dem Gesetzgeber auch die Befugnis, diskriminierendes Verhalten im Rahmen der *commerce*-Klausel zu unterbinden, wenn dieses Verhalten in irgendeiner Weise mit wirtschaftlich erheblichen Tatbeständen verknüpft war. Letzteres erlaubte dem Bund inso-

¹⁸⁹ Vgl. auch *Reagan/Sanzone* (Anm.17), S.4f. Eröffnet wird mit dieser Abkehr von einem statischen Verständnis strikt getrennter Ebenen zugleich die Möglichkeit einer realistischen Sichtweise des alltäglichen Funktionierens der *intergovernmental relations*, wie es häufig für *cooperative federalism* heißt; vgl. auch *Grodzins* (Anm.19); *D. Elazar, The American Partnership* (1962).

¹⁹⁰ 301 U.S. 459, 526 (1937); vgl. auch *New York v. O'Neill*, 359 U.S. 1, 11: “The manifold arrangements by the Federal and State Governments collaborate and constitute an extensive network of cooperative governmental activities not formulated in the constitution but not offensive to any of its provisions or prohibitions ...”. Demgegenüber heißt es in *Abelman*: “The powers of the general government, and of the state, although both exist and are exercised within the same territorial limits, are yet separate and distinct sovereignties, acting separately and independently of each other, within their respective spheres”.

¹⁹¹ *Choper* (Anm.164), S.1552, 1595; *Bothe* (Anm.18), S.109 (115).

¹⁹² Vgl. *Brown v. Topeka Board of Education*, 347 U.S. 497 (1954); *Green v. New Kent County School Board*, 88 S.Ct. 1689 (1968); *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961); *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966); *Haines v. Washington*, 373 U.S. 503 (1963); *Steinberger* (Anm.120), S.80ff.; *Bothe, ibid.*, S.109 (120ff.).

fern weitergehende Regelungsmöglichkeiten, als er nicht – wie im Bereich des 14. Amendments – auf die Regelung von Staatshandlungen beschränkt blieb, sondern auch diskriminierendes Verhalten Privater regeln konnte¹⁹³.

Diese Entwicklung zu einer nationalen Suprematie blieb allerdings nicht unangefochten. Verstärkt findet sich seit den 60er Jahren in der politischen und rechtlichen Debatte ein Unbehagen an der starken Nationalisierung von Politik und Recht. Neben denjenigen, die hinter der Sorge um das föderale Prinzip letztlich den Wunsch nach einer Zurückdrängung der Bürgerrechte und sozialer Verantwortung des Bundes verbargen¹⁹⁴, ist die Diskussion häufig von der Frage nach den Funktionen von Einzelstaaten in einer hochdifferenzierten, von vielfältigen internationalen Einflüssen abhängigen Industriegesellschaft begleitet. Hatte die New Deal-Rechtsprechung das Föderalismusverständnis insofern auf die Höhe der Zeit gebracht, als es die schematische Trennung von Politikfeldern aus föderalen Gründen aufgab und damit den realen Politikverflechtungen Raum ließ, die Frage nach dem Umfang der Selbständigkeit der Staaten blieb zunächst unbeantwortet. Die excedierende Praxis der *grants in aid*, die Abhängigkeit der Einzelstaaten von den finanziellen Gewährleistungen¹⁹⁵, die umfassende nationale Beeinflussung nahezu aller Politikfelder mußte, zumal in der amerikanischen Tradition der Betonung lokaler Einheiten als Garanten der Freiheit, Kritik herausfordern. Uniformität an sich konnte kein Wert sein und es stellte sich daher die Frage, ob nicht eine Reihe von Aufgaben ebenfalls von den Einzelstaaten wahrgenommen werden konnten, ob nicht eine stärkere Selbständigkeit der Staaten zu größerer Innovation und Anregung des gesamten politischen Systems führen könnte¹⁹⁶. Seit den 70er Jahren finden sich daher in den Programmen verschiedener Präsidenten neue Anstrengungen zu einer Verlagerung von Aufgaben auf die Staaten. Nixons *new federalism* sollte durch Ausdifferenzierung der Förderpraxis den Einfluß des Bundes vermindern und so die Handlungsfreiheit der

¹⁹³ Steinberger, *ibid.*, S.125ff.

¹⁹⁴ Vgl. dazu W.J. Brennan, *State Constitutions And The Protection Of Individual Rights*, 90 Harv.L.Rev.189, 502ff. (1977); Amar (Anm.33), S.1425ff.; Heideking (Anm.23), S.11.

¹⁹⁵ Vgl. dazu K.W. Dam, *The American Fiscal Constitution*, in: W.A.Kewenig (Hrsg.), *Deutsch-Amerikanisches Verfassungssymposium 1976* (1978), S.141 (160ff.); Ehringhaus (Anm.183), S.114ff.; Bothe (Anm.18), S.122ff. m.w.N.; Mewes (Anm.160), S.244ff.

¹⁹⁶ Vgl. etwa A.R. Grant, *The American Political Process* (1986), S.247ff.; R.M. Cover/T.A. Aleinikoff, *Dialectical Federalism: Habeas Corpus and the Court*, 86 Yale L.J. 1035, 1052ff., 1064ff. (1977); A. Althouse, *How To Build A Separate Sphere: Federal Courts And State Power*, 100 Harv.L.Rev.1484, 1504ff. (1987).

Staaten vergrößern¹⁹⁷. Unter Präsident Reagan, einem starken Befürworter der *states rights*, kam es zu einer Rückverlagerung von Sozialhilfeprogrammen auf die Staaten und zu einer Umorientierung der Förderpraxis¹⁹⁸.

Nicht nur die Politik, sondern auch die Rechtsprechung des Supreme Courts hat auf einigen Feldern eine andere Akzentuierung des föderalen Grundverständnisses vorgenommen, ohne daß ein neues föderales Dogma erkennbar wäre. Im folgenden soll diese Wiederbelebung der föderalen Fragestellung innerhalb der Rechtsprechung exemplarisch auf zwei Feldern verfolgt werden, dem Verhältnis von einzelstaatlicher und Bundesgerichtsbarkeit und den neuerlichen Auseinandersetzungen um die Reichweite der *commerce*-Klausel.

VI. Die Wiederbelebung der *states rights*-Debatte

1. *Our Federalism*: Föderale Probleme der Gerichtsbarkeit

Die Gerichtsbarkeit der USA ist, anders als die der Bundesrepublik, dual ausgerichtet¹⁹⁹. Neben dem eigenständigen System der Bundesgerichtsbarkeit gibt es in den Einzelstaaten ein institutionell hiervon unabhängiges, im einzelnen sehr heterogenes System von Gerichten. Dieser institutionellen Unabhängigkeit entspricht allerdings keine strikte Trennung des anzuwendenden Rechts. Im amerikanischen föderalen System interpretieren Staatengerichte das Recht des Bundes, ebenso wie Bundesgerichte das Recht der Gliedstaaten anwenden müssen. Zwischen beiden Gerichtsbarkeiten gibt es daher vielfältige Überschneidungen, beide sind letztlich einer Kontrolle durch den Supreme Court zugänglich. Die Interaktion zwischen beiden Ebenen ist daher schon in der Struktur des Gerichtssystems angelegt²⁰⁰. Soweit etwa die Einzelstaaten Verfassungsrecht des Bundes anwenden, unterliegen sie auch der Kontrolle durch den Supreme Court. Die Inkorporation der Bill of Rights in das 14. Amendment hat in weitem Umfang die Bundesverfassung zum Maßstab des Rechtes der Einzelstaaten werden lassen. Insbesondere zum einzelstaatlichen Strafpro-

¹⁹⁷ Vgl. dazu Reagan/Sanzone (Anm.17), S.54ff.; Grant, *ibid.*, S.247ff.; Überblick auch bei Bothe (Anm.18), S.122ff.

¹⁹⁸ Dazu Goode (Anm.17), S.131ff.; Grant (Anm.196), S.250ff.; Bothe, *ibid.*, S.109 (126f.) m.w.N.

¹⁹⁹ Vgl. dazu den Überblick bei Kommers (Anm.65), S.461ff.; Brugger (Anm.18), S.9ff.; Quint (Anm.6), S.619 (622f.).

²⁰⁰ Vgl. dazu Althouse (Anm.196), S.1485ff.

zeß gibt es eine ausgedehnte Rechtsprechung des Supreme Court, die seit den Zeiten des Warren Courts einen erheblichen Beitrag zum Abbau von Ungleichheiten und Unterprivilegierungen in diesem Bereich leistete²⁰¹.

Diese Rechtsprechung führte zunächst zu einer Adaptierung des einzelstaatlichen Rechts an die bundesverfassungsrechtlichen Standards. Zunehmend aber entwickelten die Staatengerichte aus den im letzten Jahrzehnt häufig reformierten Staatenverfassungen eigene Standards, die zum Teil über die der Bundesverfassung hinausgehen²⁰². Da der Supreme Court aber nur über bundesrechtliche Fragen entscheiden kann, sieht er sich daher häufig vor das Problem gestellt, zu entscheiden, ob eine Frage auf der Grundlage der Bundesverfassung oder der Staatenrechte entschieden worden ist. Soweit nicht klar ist, ob eine gliedstaatliche Entscheidung auf *independent and adequate state ground* beruht, verwendet er seit *Michigan v. Long*²⁰³ eine Vermutung für seine Überprüfungscompetenz; eine, jedenfalls auf den ersten Blick²⁰⁴, wenig staatenfreundliche Lösung. Erstaunlich daran ist, daß diese Entscheidung von denjenigen Richtern getragen wird, die ansonsten eher den States Rightists zuzurechnen sind. Dies möchte ein Anzeichen dafür sein, daß hinter dieser Entscheidung nicht nur föderale Fragen stehen, sondern daß es wesentlich auch um den Umfang der Bürgerrechte geht, die so der Interpretation des Supreme Courts offenstehen.

Deutlicher als in diesem Bereich ist die Wirksamkeit bestimmter föderaler Grundannahmen aber in den sog. *abstention*-Fällen. Vor allem in Strafverfahren müssen nachgeordnete Bundesgerichte häufig solche gliedstaatlichen Verfahren überprüfen, in denen möglicherweise Verfassungsgarantien der Bundesverfassung verletzt sind. Der Supreme Court hatte in der Warren Ära die Befugnisse zur Durchsetzung der Bundesverfassungsgarantien weit ausgedehnt²⁰⁵, eine Rechtsprechung, die auf heftige Kritik der Einzelstaaten stieß. In *Younger v. Harris* und den Nachfolgefällen hat der Su-

²⁰¹ Vgl. dazu auch Bothe (Anm.18), S.109 (120ff.).

²⁰² Dazu Brennan (Anm.194), S.495ff.; S. Mosk, *The Emerging Agenda in State Constitutional Rights Law*, AAAPSS 496, 54ff.; P.J. Galie, *State Courts and Economic Rights*, AAAPSS 496, 76 ff.

²⁰³ 463 U.S. 1032 (1983).

²⁰⁴ Auf den zweiten Blick könnte hierin immerhin auch ein Zwang für die Staatengerichte liegen, zur Vermeidung der gerichtlichen Kontrolle durch den Supreme Court eigene Standards zu entwickeln und so zur gliedstaatlichen Selbständigkeit beizutragen, in diesem Sinne prononciert Althouse (Anm.196), S.1484ff., 1494 ff. (1987).

²⁰⁵ *Faie v. Noia*, 372 U.S. 391 (1963); *Henry v. Mississippi*, 379 U.S. 443; *Dombrowski v. Pfister*, 380 U.S. 479 (1965); ausführlich dazu J. Gibbons, *Our Federalism*, 12 Suffolk University Law Review 1087 (1978).

preme Court unter der Flagge von *our federalism* hier eine Korrektur vorgenommen.

2. *Younger v. Harris* und die Folgeentscheidungen

Harris war vor einem Staatengericht angeklagt, gegen den California Syndicalism Act verstoßen zu haben. Während dieses schwebenden Verfahrens beantragte er vor dem Federal District Court, dem District Attorney von Los Angeles die weitere Strafverfolgung zu untersagen, weil das Gesetz gegen das 1. Amendment der Bundesverfassung verstoße. Das Bundesgericht untersagte die weitere Strafverfolgung. Der Supreme Court aber hob die Entscheidung auf, weil sie gegen föderale Grundprinzipien verstoßen würde, die den Bundesgerichten untersagen würden, in einzelstaatliche Verfahren einzugreifen, sofern dies nicht zum Schutz wichtiger Rechte unausweichlich sei. Dies verbiete vor allem der Grundsatz der Rücksichtnahme (*comity*). Dieser reflektiere die Tatsache, daß die Union aus separaten Einzelstaaten bestehe und der Bund dann am besten fahre, wenn er es den Staaten überlasse, wie sie ihre Aufgaben erfüllen. Dies sei es letztlich gewesen, was die Framers mit *our federalism* gemeint hätten. Darin liege weder eine blinde Achtung der *states rights* noch eine Zentralisierung der Kontrolle in allen wichtigen Fragen, sondern die Anerkennung eines Systems, das sensibel sei für die legitimen Interessen beider Seiten. Legitime Aktivitäten der Staaten dürften daher nicht unzumutbar beeinträchtigt werden.

In der weiteren Entwicklung hat die Mehrheit des Supreme Courts die Entscheidungsregel von *Younger* in erheblicher Weise erweitert²⁰⁶. Zum einen wurde sie von dem ursprünglichen Feld der *equity jurisprudence* in Strafsachen auf quasi-Strafsachen²⁰⁷ und später auch auf Zivilklagen ausgeweitet²⁰⁸. In *Vail* führte der Supreme Court aus, daß die *Younger*-Regel auch auf weniger mit Staateninteressen verbundene Felder anzuwenden sei. Das hier in Frage stehende Zwangsvollstreckungsrecht der Staaten liege im Zentrum des einzelstaatlichen Justizsystems. Daher müßten die *abstention*-Regeln auch hier gelten. Gleiches habe in den Fällen zu gelten, in

²⁰⁶ Ausführlich und kritisch zu dieser Entwicklung O. M. Fiss, Dombrowski, 86 Yale L.J. 1103 (1976); Gibbons (Anm.205), S.1105ff.; J. T. Reed, Federal Courts-Abstention and the Expansion of the Federalism Concept, Memphis State University Law Review 853, 862ff. (1977/78); D. P. Kommers/K. F. Ripple/J. A. Scanlan, American Constitutional Law 1976–1981, JöR 30 (1981), S.457 (519f.).

²⁰⁷ *Huffmann v. Pursue Ltd.*, 420 U.S. 592 (1975).

²⁰⁸ *Judice v. Vail*, 430 U.S. 327 (1977) und *Trainor v. Hernandez*, 431 U.S. 434 (1977).

denen der Staat Partei in einem Rechtsstreit mit seinen Bürgern sei. Die Entscheidung *Rizzo v. Goode* zeigte dann an, daß die *Younger*-Regel nicht nur im Verhältnis der Gerichtsbarkeiten zueinander, sondern auch im Verhältnis von Bundesgerichten zu anderen einzelstaatlichen Institutionen Anwendung finden sollte, sofern diese Staatenrecht ausführten²⁰⁹. Auch in zeitlicher Hinsicht wurde der Grundsatz der Rücksichtnahme ausgedehnt. Nicht nur der Eingriff in schwebende Verfahren sollte vermieden werden, auch müßten die Bundesgerichte in den Fällen zurücktreten, in denen ein gliedstaatliches Verfahren nach Verfahrensbeginn bei den Bundesgerichten eröffnet würde²¹⁰. Im Ergebnis läuft dies auf einen einseitigen Funktionsvorbehalt für die gliedstaatlichen Institutionen hinaus und überdehnt damit die *Younger*-Regel in Richtung auf eine *states rights*-Position, die Rücksichtnahme gegenüber den einzelstaatlichen Institutionen nur um dieser selbst willen verlangt²¹¹.

3. *State Sovereignty: National League of Cities v. Usery* und die Folgeentscheidungen

Deutlicher noch wird die Wiederbelebung der *state sovereignty* als Begrenzung nationaler Kompetenzen in verschiedenen Entscheidungen zur *commerce*-Klausel²¹².

²⁰⁹ *Rizzo v. Goode*, 423 U.S. 362, 380: "We think these principles likewise have applicability where injunctive relief is sought, not against the judicial branch of the state government, but against those in charge of an executive branch of an agency of state or local governments". Daß diese Rechtsprechung am Ende zu einer erheblichen Restriktion der sec.1983 des *federal judiciary act* führt, liegt auf der Hand; kritisch Fiss (Anm.206), S.1103.

²¹⁰ *Hicks v. Miranda*, 422 U.S. 332 (1975); *Doran v. Salem*, 422 U.S. 922 (1975).

²¹¹ Vgl. auf der Grundlage einer funktionellen Interpretation auch die Kritik bei Alt-house (Anm.196), S.1532ff.

²¹² Die Wiederbelebung der *state sovereignty* als Begrenzung der Rechte des Bundes beginnt nicht in scharfem Bruch mit der bisherigen Rechtsprechung. In abweichenden Voten kündigte sich zumindest die Möglichkeit bereits an, vgl. *Maryland v. Wirtz*, 392 U.S. 183, 197 (1968): "what is done here is ... such a serious invasion of state sovereignty protected by the Tenth Amendment that it is in my view not consistent with our constitutional federalism" (Justice Stewart, diss.). In *Fry v. United States*, 421 U.S. 542, 547 n.7 (1975) führte der Supreme Court in einer Fußnote aus: "While the Tenth Amendment has been characterized as a 'truism', ... it is not without significance. The Amendment expressly declares the constitutional policy that Congress may not exercise power in a fashion that impairs the States' integrity or their ability to function effectively in a federal system". In der gleichen Entscheidung insistiert Justice Rehnquist in einem abweichenden Votum auf der *state sovereignty*: "If all this can be done, then the National Government could devour the essentials of state sovereignty, though that sovereignty is attested by the Tenth Amendment".

In *National League of Cities v. Usery*²¹³ ging es um die Verfassungsmäßigkeit einer Erweiterung des Fair Labor Standards Act von 1974 auf die Einzelstaaten. Justice Rehnquist führte für die Mehrheit von fünf Richtern, unter Bezugnahme auf eine Fußnote in der Entscheidung *Fry v. United States*, aus, der Supreme Court habe immer konstitutionelle Grenzen einer an sich verfassungsmäßigen Ausübung der *commerce power* durch den Bund anerkannt, um die Zerstörung der Staaten als souveräne Entitäten zu verhindern. Im Rahmen der *commerce*-Klausel sei zu unterscheiden zwischen Bundesregelungen, die sich direkt an die Bürger richteten und solchen, die die Staaten als Staaten zu einem bestimmten Verhalten verpflichten würden²¹⁴. Durch letztere könnten wichtige und unaufgebbare Attribute einzelstaatlicher Souveränität betroffen werden. Zwar könne auch in diesem Bereich dem Bund nicht jede Regelungskompetenz bestritten werden. Eine Abgrenzung müsse danach erfolgen, ob durch die Regelung essentielle Elemente einer unabhängigen Existenz der Staaten betroffen würden, die traditionell zu Aspekten einzelstaatlicher Souveränität gehören würden.

Die föderale Sichtweise dieser Entscheidung enthält sowohl in der Sache wie auch in der Diktion Anklänge an die Doktrin des *dual federalism*²¹⁵, auch wenn sie insgesamt die engere Problematik gesetzlicher Regelungen trifft, die sich direkt an die Staaten als Staaten richten²¹⁶. Gleichwohl ist nicht zu übersehen, daß damit das 10. Amendment zumindestens als Aus-

²¹³ 426 U.S. 833 (1976). Zu einer Analyse dieser Entscheidung etwa R.S. Myers, *The Burger Court and the Commerce Clause: The Evaluation of the Role of State Sovereignty*, 60 *Notre Dame Law Review* 1056, 1059ff. (1985) m.w.N.; Choper (Anm.164), S.1552; L.H. Tribe, *Unraveling National League of Cities: The New Federalism and Affirmative Rights to Executive Government Services*, 90 *Harv.L.Rev.*1065 (1977); F.S. Michelman, *States' Rights and States' Role: Permutation of "Sovereignty" in National League of Cities v. Usery*, 86 *Yale L.J.*1165 (1977). Die letzteren beiden Autoren lesen die Entscheidung dahin, die *state sovereignty* sei abgeleitet aus individuellen Rechten auf Minimalbedingungen menschlicher Existenz gegenüber den Staaten; vgl. dazu kritisch B. La Pierre, 60 *The Political Safeguards of Federalism*, *Washington University Law Quarterly* 779, 961 ff. (1982).

²¹⁴ Zu dieser Unterscheidung ausführlich La Pierre, *ibid.*, S.779, 995ff. mit einer Analyse des Einflusses des jeweiligen Regelungstyps auf die Einzelstaaten.

²¹⁵ Rehnquist spricht sowohl von der *dual sovereignty* wie von *state sovereignty*; vgl. auch die Bezugnahme auf die Entscheidung *Lane County v. Oregon*, 74 U.S. (7 Wall.), 71 (1868), die deutlich der Tradition des *dual federalism* zuzurechnen ist.

²¹⁶ Ausdrücklich bestätigt *National League* die weite nationale Kompetenz unter der *commerce*-Klausel, das Verhalten Privater zu regeln, ebenfalls wird eine weite Auslegung der *spending power* und § 5 des 14. Amendments bestätigt, 426 U.S. 840, 852 (1976); dazu auch Choper (Anm.164), S.1552, 1596ff.

druck einer von den Gründern der Verfassung vorgeblich beabsichtigten Beschränkung der Kompetenzen des Bundes wieder eingesetzt wird²¹⁷. Auch die Abgrenzung der Kompetenzen von Bund und Einzelstaaten nach dem Kriterium der essentiellen Funktion einzelstaatlicher Souveränität, die ihnen traditionell zugerechnet würden, deutet auf eine eher statische, unhistorische Abgrenzung nach bestimmten politischen Feldern hin²¹⁸.

In *Trimble v. Gordon* enthält das abweichende Votum von Rehnquist Verdeutlichungen seiner föderalen Sichtweise. Den Gründern der Verfassung habe ein System vorgeschwebt, wonach nur ein Teil der Gewalt, die zunächst originär bei dem Volk der Einzelstaaten gelegen habe, von diesem durch die Verfassung zum Teil auf den Bund übertragen worden sei. Die übrige Gewalt, verbunden mit Souveränität, sei bei den Einzelstaaten und dem Volk der Einzelstaaten verblieben²¹⁹. Damit aber wird explizit die Lesart der States Rightists zu Beginn des 19. Jahrhunderts wieder aufgenommen²²⁰. Entsprechend wird denn auch *people* im 10. Amendment als Volk der Einzelstaaten verstanden²²¹.

In der Folgezeit hat der Supreme Court allerdings alle auf *National League* gestützten Versuche, Gesetze im Rahmen der *commerce*-Klausel zu Fall zu bringen, zurückgewiesen und die Entscheidungsregel von *National League* letztlich aufgegeben.

Die Entscheidung *Hodel v. Virginia Surface Mining & Recl. Ass'N*²²² erwies sich insofern als unproblematisch, als die in Frage stehende Regelung ausschließlich auf den privaten Sektor bezogen war, und daher auch nach der Entscheidungsregel von *National League* keine Begrenzung der

²¹⁷ Zur Frage, ob Rehnquist die Grenzen der Regelungskompetenz des Bundes aus dem Text des 10. Amendments oder aber aus einer strukturalen und historischen Analyse gewinnt, vgl. La Pierre (Anm.213), S.779, 806; J. Powell, *The Compleat Jeffersonian: Justice Rehnquist and Federalism*, 91 Yale L.J.1317, 1322ff. (1982); Brennan hat in seinem abweichenden Votum auf die unklare konstitutionelle Grundlage hingewiesen: "... my Brethren thus have today manufactured an abstraction without substance, founded neither on the words of the Constitution nor on precedent" (*ibid.*, S.860).

²¹⁸ In *United Transportation Union v. Long Island Railroad Co.*, 455 U.S. 678 (1982), hat Chief Justice Burger versucht, dies näher zu präzisieren. Damit sei keine statische, historisierende Abgrenzung gemeint, vielmehr solle eine Untersuchung fortgeführt werden, ob die unabhängige Existenz der Staaten wirklich beeinträchtigt werde.

²¹⁹ Vgl. 430 U.S. 762, 777f. (Rehnquist, diss.).

²²⁰ Vgl. dazu oben S.13f., 18f.

²²¹ Zur Kritik dieser Denkfigur Amar (Anm.33), S.1425, 1448ff.; Powell (Anm.217), S.1317, 1367.

²²² 452 U.S. 264 (1981).

Rechte des Kongresses durch die Rechte der Staaten anzunehmen war²²³.

Die in *FERC v. Mississippi*²²⁴ zu beurteilende Regelung fiel in vollem Umfang unter die *commerce*-Klausel und richtete sich zugleich an die Staaten, indem sie vorsah, daß diese bestimmte von der *FERC* festgesetzte Standards durchzusetzen hatten, daß kleinere Kraftwerke durch die *FERC* von staatlichen Anforderungen befreit werden konnten, und daß die Staaten bei ihren Regelungen Bundesstandards zu berücksichtigen und das Verfahren vor ihren Kommissionen in bestimmter Weise auszugestalten hätten. Justice Blackmun ging für die knappe Mehrheit von fünf Richtern davon aus, daß die Befreiung von bestimmten Anforderungen der Staatsengesetze nichts anderes als die Ausübung der *commerce power* sei, die konfliktierende Staatenregelungen aufgrund der Suprematie des Bundes verdränge. Die Inanspruchnahme der staatlichen Institutionen gehe nicht über das hinaus, was ohnehin deren Aufgabe sei. Er gesteht zwar zu, daß das Recht der Staaten, fundamentale Entscheidungen zu treffen, elementarer Bestandteil ihrer Souveränität sei, gleichwohl sei diese durch die Vorgabe bestimmter Standards nicht verletzt. Unter Zurückweisung der Auffassung, Bund und Einzelstaaten seien gleichberechtigte souveräne Einheiten, verweist er darauf, daß die Staaten die Standards nur berücksichtigen müßten, wenn sie eine Regelung trafen, es verbleibe ihnen daher die Freiheit der Entscheidung, da sie von einer Regelung auch ganz Abstand nehmen könnten. Diese Art der Regelungstechnik sei ein Minus gegenüber der Möglichkeit des Bundes, den gesamten Bereich selber zu regeln und stelle daher im Grunde ein Programm des *cooperative federalism* dar²²⁵.

Ebenfalls mit der knappen Mehrheit von fünf Richtern verwarf der Supreme Court in *EEOC v. Wyoming*²²⁶ die auf *National League* gestützten

²²³ Die Entscheidung reformulierte die Kriterien von *National League* in einem 4-stufigen Prüfungsschema, *ibid.*, S.287–288. Danach kommt eine Begrenzung der Rechte des Bundes nur in Betracht, wenn die Regelung sich an die Staaten als Staaten richtet, sie Angelegenheiten betrifft, die unzweifelhaft zur Souveränität der Einzelstaaten gehören, die Anwendung der Regelung die Staaten in wichtigen Feldern, die traditionellerweise zu ihren Regierungsfunktionen gehören, beeinträchtigt und das Interesse des Bundes das der Einzelstaaten nicht überwiegt.

²²⁴ 456 U.S. 742, 102 S.Ct.2126, 72 L.Ed.532 (1982).

²²⁵ In dieser Entscheidung wird eine Betonung der Suprematie des Bundes im Bereich der *commerce*-Klausel deutlich, die bereits eine Distanzierung von *National League* andeutet. Das scharfe abweichende Votum von Justice O'Connor verweist denn auch auf die Entscheidungsregel von *National League* und betont, daß durch die Regelung elementare Funktionen einzelstaatlicher Souveränität betroffen werden.

²²⁶ 460 U.S. 226 (1983).

Angriffe gegen das zur Entscheidung stehende Gesetz, obwohl der Regelungsgegenstand sich nicht wesentlich von dieser unterschied. Justice Brennan schwächte die Entscheidungsregel aus *National League* dahingehend ab, daß es nicht um die Erhaltung bestimmter heiliger Provinzen staatlicher Autonomie gehe, sondern um eine eher funktionale Sicherung bestimmter Kernelemente der Staatlichkeit zur Erhaltung des Föderalismus²²⁷.

4. Die Auseinandersetzung in *Garcia v. San Antonio*²²⁸ um das föderale Verständnis

Diese Entscheidung entfaltet noch einmal in grundsätzlicher Weise die Föderalismuskonzeption des Supreme Courts und der Minderheit der dissentierenden Richter und wirft damit ein Licht auf die unterschiedlichen Auffassungen in der gegenwärtigen Debatte und ihre Gründe. Gegenstand der Entscheidung ist die Applikation des Fair Labor Standards Act auf die städtische *San Antonio Metropolitan Transit Authority*. Obwohl es sich um eine lokale Gesellschaft handelte, bestand Einigkeit darüber, daß sich die Regelung innerhalb der *commerce power* des Bundes hielt, da die Aktivitäten der Gesellschaft Einfluß auf den zwischenstaatlichen Handel hatten. Die Verfassungswidrigkeit konnte daher nur aufgrund des Status der *Authority* als unterstaatliche Einheit in Betracht kommen.

Justice Blackmun entwickelte die Kritik und Aufgabe der *National League*-Entscheidungsregel in zwei großen Argumentationslinien.

Die erste Linie zielte darauf ab, die Entscheidungsregel, wonach die Beeinträchtigung der traditionellen Regierungsfunktionen der Einzelstaaten vermieden werden muß, sowohl vom Prinzip her als unzutreffend, wie von der Praxis her als nicht handhabbar aufzuweisen²²⁹.

²²⁷ Justice Stevens forderte in seinem Votum, gestützt auf die Suprematie des Bundes und unter Hinweis auf Entscheidungen wie *Knight* und *Darby*, die Aufgabe der *National League*-Entscheidungsregel, *ibid.*, S.265f. In seinem abweichenden Votum artikuliert Justice Powell ein klassisches Element des *dual federalism*, wenn er ausführt, von der Verfassung, wie auch den Gründern, würden die den Staaten vorbehaltenen Rechte als Grenze der dem Bund eingeräumten Kompetenzen, auch im Bereich der *commerce power*, verstanden. Diese Auffassung habe der Supreme Court im übrigen seit zweihundert Jahren akzeptiert, *ibid.*, S.273 ff.; eine zumindest zweifelhafte Zusammenfassung der konstitutionellen Entwicklung.

²²⁸ 105 S. Ct. 1005.

²²⁹ Zur Stützung der ersten Argumentationslinie verweist Justice Blackmun vor allem auf die außerordentlich unterschiedliche Entscheidungspraxis der Gerichte zur Frage der traditionellen Regierungsfunktionen, die ein einheitliches Prinzip nicht erkennen ließen, eine Abgrenzung, die auch im Bereich der *spending power* nicht zum Erfolg geführt habe. Eine

Die zweite Linie ist darauf ausgerichtet, nachzuweisen, daß die von der Verfassung vorausgesetzte Stellung der Staaten als unabhängige Entscheidungseinheiten nicht durch judiziell formulierte Abgrenzungen, sondern vor allem durch den politischen Prozeß geschützt werden könne²³⁰.

National League habe die zentrale Stellung der Staaten im System der Verfassung reflektiert, die vom Kongreß bei seinen Entscheidungen im Rahmen der *commerce power* respektiert werden müsse. Die Problematik liege allerdings nicht in der Annahme, daß es verfassungsrechtliche Grenzen der Kompetenzausübung gebe, sondern in der Bestimmung der Natur und des Inhalts dieser Grenzen. Eine Bestimmung dieser Grenzen als eine vorgegebene Definition essentieller Bestandteile der staatlichen Souveränität sei nicht möglich. Die Souveränität der Staaten sei vielmehr von der Verfassung selber limitiert, wie sich in Art.I § 8 sec.10 in Verbindung mit der *supremacy*-Klausel der Art.VI, in Art.III und im 14.Amendment zeige. Die Souveränität der Staaten reiche also regelmäßig nur so weit, wie der Kongreß nicht legitimerweise von seinen Kompetenzen Gebrauch mache.

Die Grenzen lägen daher nicht in bestimmten vorgegebenen »heiligen Provinzen staatlicher Autonomie«, sondern in den von der Verfassung gegebenen Strukturen des föderalen Systems selber. Die Geschichte der Verfassungsgebung zeige, daß auch die Gründer die Mittel zum Schutz der Verfassung in der Struktur des Bundes selber sahen, und zwar in der Rolle der Staaten bei der Wahl von Legislative und Exekutive mit einem indirekten Einfluß über das Repräsentantenhaus und einem eher direkten Einfluß über den Senat und in ihrer Stellung bei etwaigen Verfassungsänderungen²³¹.

Die Interessen der souveränen Einzelstaaten würden daher besser durch die prozeduralen Sicherungen des politischen Prozesses des föderalen Systems als durch judizielle Schaffung materieller Grenzen gesichert, ein Ergebnis, das durch die gegenwärtige Stellung der Staaten im Gesetzgebungs-

Unterscheidung sei auch nicht nach dem traditionellen Erscheinungsbild möglich, weil Entwicklungen damit nicht hinreichend berücksichtigt werden könnten. Die Schwierigkeit, ein akzeptables Abgrenzungskriterium zu finden, reflektiere vielmehr ein tieferliegendes Problem. Was wichtige Entscheidungsfelder einzelstaatlicher Tätigkeit seien, würde im demokratischen Prozeß des Einzelstaates entschieden und richte sich nach den dort vorhandenen Vorstellungen. Daher könne auch kein einheitliches Kriterium von den Gerichten formuliert werden, ohne mit den Verfassungsgrundsätzen der Selbstregierung in Konflikt zu geraten, *ibid.*, S.1011 ff.

²³⁰ 105 S.Ct. 1016 ff.

²³¹ *Ibid.*, S.1018, bestätigt in *South Carolina v. Baker*, 108 S.Ct.1355, 1360; vgl. auch Choper (Anm.164), S.1552, 1588 ff.; kritisch D. Merrit, *The Guarantee Clause and State Autonomy: Federalism for a Third Century*, Col. Law Rev.1, 15 ff. (1988).

prozeß bestätigt werde. Jede substantielle Begrenzung der Ausübung der *commerce power* müsse daher ihre Rechtfertigung in der prozeduralen Struktur des Schutzes der einzelstaatlichen Interessen finden und darauf zugeschnitten sein, ein mögliches Versagen zu kompensieren²³².

Im Grundsatz unterscheidet sich dieses Verständnis nicht von dem, das die Nach-New Deal-Rechtsprechung des Supreme Courts kennzeichnete, die auf Suprematie des Bundes, auf das Fehlen vorgegebener genau abgrenzbarer Räume von Bund und Staaten und auf eine Zurücknahme der Stellung der Rechtsprechung gerichtet war. Moderater ist sie im Hinblick auf die Rolle der Staaten insofern, als sie deren wichtige Stellung im Verfassungsgefüge betont, sie andererseits aber auch dem Schutz des politischen Prozesses überantwortet und damit Ansätze der Literatur zur Betonung der *political safeguards of federalism*²³³ betont. Auf diesen politischen Prozeß hin werden denn auch die Entscheidungskriterien des Gerichts orientiert, als Kompensation eines möglichen Versagens. Ein vollständiger Rückzug ist damit nach hier vertretener Lesart nicht beabsichtigt, sondern eher eine Umstrukturierung der Prüfkriterien²³⁴. Diese Lesart wird durch *South Carolina v. Baker* bestätigt, in der die Prüfkriterien ausdrücklich an dem politischen Prozeß orientiert werden²³⁵.

Die abweichende Meinung von Justice Powell²³⁶ bezweifelt vor allem die Prämissen der Mehrheit. Sie beantworte vor allem nicht die Frage, wie durch den politischen Prozeß die Rechte der Staaten wirklich geschützt werden sollten. Die auf Wechsler zurückgehende These ignoriere völlig die veränderte Situation durch die Annahme des 17. Amendments²³⁷. Zugleich wird, durchaus in der Tradition des *dual federalism*, das 10. Amend-

²³² 105 S.Ct.1019f. Diese Auffassung weist in methodischer Hinsicht deutliche Parallelen zu einem prozeduralen Verständnis der Verfassung auf, wie es vor allem in der Rechtsprechung zu den Grundrechten zu finden ist, vgl. dazu ausführlich Brugger (Anm.18), S.367ff. m.w.N.; kritisch Merrit (Anm.231), S.1, 15ff.

²³³ Wechsler (Anm.188), S.543; Choper (Anm.164), S.1552.

²³⁴ Ähnlich auch A. Rapaczynski, *From Sovereignty to Process: The Jurisprudence of Federalism after Garcia*, *The Supreme Court Review* 341, 364f. (1985); Althouse (Anm.196), S.1485, 1488; Myers (Anm.213), S.1056, 1068; obwohl die Konzeption deutlich an dem Ansatz von Choper orientiert ist, liegt hierin keine vollständige Übernahme dieser Position, da Choper föderale Fragen für vollständig injustitiabel hält.

²³⁵ 108 S.Ct.1355, 1361 (1988).

²³⁶ *Ibid.*, S.1023ff.

²³⁷ Vgl. dazu kritisch K. Holewinski, *Garcia: The Preservation Of Federalism Values is Best Left To The Political Process Than To The Courts*, 15 *Capital University Law Review* 515, 540ff. (1986). Das 17. Amendment hatte eine Änderung des Wahlmodus der Senatoren zum Inhalt. Diese wurden nicht mehr von der Staatenlegislative, sondern direkt vom Volk gewählt.

ment als Gegengewicht gegen die von vielen Staaten befürchtete Übermacht des Bundes erneut betont. Die Stellung des 10. Amendments müsse daher zur Sicherung des föderalen Systems auch von den Gerichten durchgesetzt werden.

Die Aufteilung der Gewalten zwischen dem Bund und den Staaten müsse berücksichtigen, daß die Gründer der Verfassung die Staaten für wichtiger als die nationale Regierung hielten und ihnen die Rolle eines effektiven Gegengewichts gegen eine etwaige Übermacht des Bundes zudachten, eine Rolle, die durch eine extensive Auslegung der *commerce*-Klausel unterminiert werde²³⁸. Dem entgegenzuwirken sei Aufgabe von *National League* gewesen. In Powells Verständnis kann die Rolle der Staaten nur durch eine Auslegung gesichert werden, die ihnen Räume einer unabhängigen Existenz sichert, eine Aufgabe, die das 10. Amendment erfüllt²³⁹. Konsequenz dieser Auffassung sei, daß die Suprematie des Bundes im Rahmen der *commerce*-Klausel und souveräne Rechte der Staaten gegeneinander balanciert werden müßten²⁴⁰, ein Ansatz, der auch *National League* zugrunde gelegen habe.

Kerngedanke der abweichenden Auffassung von Justice O'Connor, der auf der Grundlage der tatsächlichen Veränderungen im föderalen Gefüge entwickelt wird, ist eine Interpretation der *commerce*-Klausel, die berücksichtigt, daß die Staaten als Staaten legitime Interessen haben, die auch dort Berücksichtigung finden müssen, wo der Bund vorrangig im Sinne der *supremacy*-Klausel handelt²⁴¹. In Übereinstimmung mit den Auffassungen der Gründer habe der Supreme Court den wachsenden Verflechtungen einer integrierten nationalen Ökonomie Rechnung getragen und die Kompetenzen des Kongresses zur Regelung nationaler Probleme in »atemberaubender« Weise ausgedehnt. Daneben aber gelte es ebenfalls zu berücksichtigen, daß es den Gründern auch um die Trennung und Hemmung der Gewalten durch die Trennung von Bund und Staaten ging. Zwar sei dies

²³⁸ *Ibid.*, S.1028; ausführlich zur Rolle der Staaten aus der Sicht der Gründer La Pierre (Anm.213), S.779, 789ff., der darauf hinweist, daß die Framers zwar die Staaten als integralen Teil des föderalen Systems ansahen, nicht aber den Umfang der Rechte und ihren Schutz festgelegt haben, vgl. *ibid.*, S.795 und oben S.13f., 18f.

²³⁹ Zum Beleg bezieht er sich auf die Entscheidung *Lane County v. Oregon* von 1868, die deutlich dem *dual federalism* zuzurechnen ist und auf materiell abgrenzbare Sphären souveräner Entitäten, die sich spannungsvoll gegenüberstehen, gegründet ist. Dazu gehört auch die Ergänzung des Verfassungstextes des 10. Amendments um das Wort *expressly*; vgl. dazu oben S.16f.

²⁴⁰ Kritisch zur Abwägung La Pierre (Anm.213), der auf das Fehlen jeglicher überprüfbarer Kriterien hinweist; vgl. auch Holewinski (Anm.237), S.515, 538f.

²⁴¹ 105 S.Ct. 1005, 1034.

für das 18. Jahrhundert unproblematisch gewesen, weil die reale Trennung von lokalen und nationalen Belangen noch möglich gewesen sei²⁴², Industrialisierung, Entwicklung des Transportwesens und neue Kommunikationstechniken hätten aber eine nationale Ökonomie hervorgebracht, in der beinahe jede Aktivität mit nationalen Belangen verflochten sei, eine Entwicklung, die sich in der Rechtsprechung zur *commerce*-Klausel spiegele. Im Zusammenhang mit dieser Entwicklung sei auch die Veränderung der Arbeitsweise des Kongresses zu sehen, die in der Annahme des 17. Amendments und den hierdurch hervorgerufenen Folgen und der Tätigkeit der nationalen Interessengruppen, deren Gegenstand nicht einzelstaatliche Belange, sondern partielle nationale Probleme seien, zum Ausdruck komme.

Hieraus ergibt sich für O'Connor das Risiko, daß die föderale Balance durch den Kongreß verschoben wird. Unter Rückgriff auf Marshalls berühmte Passage in *McCulloch*²⁴³ schlägt O'Connor dann eine Lesart vor, die die Mittel des Kongresses im Bereich der *commerce*-Klausel begrenzen möchte, um die Staaten als unabhängige Existenzen im Verfassungsgefüge zu erhalten. Die Autonomie der Staaten wird damit zu einem Kriterium der Beurteilung der Mittel, die der Kongreß ergreifen kann. Insofern sei die Regelung der Staaten als Staaten anders zu beurteilen als die Regulierung des individuellen Verhaltens. Dies erfordere aber eine Entwicklung von bestimmten positiven Grenzen durch den Supreme Court, der sich daher nicht, wie die Mehrheit es möchte, aus diesem Regelungsfeld zurückziehen könne. Die Entwicklung der letzten zwei Jahrzehnte habe vielmehr gezeigt, daß der politische Prozeß die enorme Ausdehnung der Macht des Bundes nicht habe verhindern können²⁴⁴.

Aus historischer Perspektive betrachtet ist unschwer in dieser Entscheidung die Anknüpfung an die beiden großen Linien der föderalen Diskussion zu erkennen. Orientiert sich die Mehrheit stärker an den Vorstellungen der Federalists von einer starken nationalen Regierung, nimmt insbesondere das abweichende Votum von Powell die Elemente der *states rights*-Position wieder auf. Die hierin liegende Wiederbelebung des Spannungsverhältnisses beider Traditionslinien und die Heftigkeit der Auseinandersetzung zwischen den Verfassungsrichtern zeigt an, daß das föderale Verständnis wieder in Bewegung geraten ist, ohne daß allerdings ein neues föderales Dogma erkennbar geworden wäre.

²⁴² Vgl. *ibid.*, S.1034f.

²⁴³ Vgl. *McCulloch v. Maryland*, 4 Wheat. 316, 421.

²⁴⁴ 105 S. Ct. 1070.

Die derzeitige Minderheit der Richter des Supreme Courts macht zwar deutliche Anleihen beim *dual federalism* der Vor-New Deal-Zeit. Die Nationalisierung der Politik mit ihrer Durchdringung und Beeinflussung auch ursprünglich lokaler Angelegenheiten dürfte aber, wie auch das Votum von O'Connor deutlich macht, im Prinzip unumkehrbar sein. Damit wird aber das entscheidende Element des *dual federalism* hinfällig. Eine klare Abgrenzung exklusiver Handlungsfelder von Bund und Einzelstaaten ist nicht mehr möglich. Gleichwohl verbleibt damit das föderale Problem, die Einzelstaaten in ihrer Existenz als eigenständige Entscheidungseinheiten des föderalen Systems gegenüber der Übermacht des Bundes zu erhalten. Das Anliegen der derzeitigen Minderheit scheint denn auch begrenzter zu sein. Der Rekurs auf die Elemente des *dual federalism* ist gegenständlich begrenzt auf Regelungen, die die Staaten als Staaten betreffen. Dies läuft eher auf eine funktionale Interpretation²⁴⁵ der *states rights* zu, wie es von den Richtern auch artikuliert wird, auf eine Anerkennung von Organisations- und Entscheidungsvorbehalten in eigenen Angelegenheiten. Dies allerdings setzt die Entwicklung von hinreichend praktikablen Kriterien, und damit im Grunde eine Funktionsbestimmung der Staaten im föderalen System voraus. Daß diese Kriterien derzeit fehlen und nur schwer zu gewinnen sein werden, wird auch von der Minderheit der Richter zugestanden²⁴⁶. Abwägung allein kann daher keine Lösung des Problems sein, solange die Kriterien der Abwägung fehlen²⁴⁷. Sie hat nur den Effekt, die notwendige Berücksichtigung der Rechte der Staaten, die auch von der Mehrheit der Richter, wenn auch mit anderer Betonung, anerkannt werden, auf das Gericht zu verlagern.

So unübersehbar daher die Anleihen bei der Doktrin des *dual federalism* auch sein mögen, eine Wiederbelebung als vorherrschende Sichtweise der Bund-Staaten Beziehungen steht auch in der gegenwärtigen Debatte nicht zu erwarten. Dies dürfte schon mit der dargestellten Verflechtung von Bund und Einzelstaaten nicht zu vereinbaren sein. Eher wird man eine verstärkte Betonung der *states rights* innerhalb eines kooperativen Föderalismus erwarten können, für die der *dual federalism* die verfassungsrechtlichen Argumente und Präzedenzen zur Verfügung gestellt hat.

²⁴⁵ Ansätze zu einer funktionalen Interpretation bei Althouse (Anm.196); Merrit (Anm.231).

²⁴⁶ 105 S.Ct.1038 (O'Connor).

²⁴⁷ Zur Kritik vgl. La Pierre (Anm.213), S.779, 937, der die abwägenden Ansätze in der Literatur denn auch als moderne Formen des *dual federalism* ansieht.

5. Zusammenfassung und Ausblick

Bereits die Auseinandersetzungen um die Verfassung von 1787 hatten zwei historisch wirkungsmächtige Modelle der föderalen Struktur hervorgebracht, denen letztlich ganz unterschiedliche politische Theorien zugrundelagen. Erst die Verfassungspraxis der folgenden Jahrzehnte konnte erweisen, ob die Verfassung auch genügende Tragfähigkeit besitzen würde, um die Austragung der Konflikte um das angemessene föderale Verständnis, letztlich um die angemessene Konzeption von Freiheit, auf ihrem Boden zu ermöglichen.

Die Zeit des *national constitutionalism* ist aus historischer Perspektive betrachtet weniger die einer Ausweitung der Bundeskompetenzen zu Lasten der Gliedstaaten, als der Versuch, das Modell des Bundesstaates, wie er den Federalists vorschwebte, gegenüber den Gliedstaaten auch durchzusetzen. Dem entspricht die reale Machtverteilung im Bundesstaat. Eine im wesentlichen dezentralisierte Wirtschaft und Administration beließ den Gliedstaaten die wesentlichen Entscheidungsfunktionen. Die Gesetzgebung dieser Zeit war vor allem Gliedstaatengesetzgebung und die auftauchenden Verfassungskonflikte hatten ihren Grund vor allem in der Weigerung einzelner Staaten, die Bundesgewalt anzuerkennen. Auf diesem Hintergrund dürfte die Rechtsprechung des Supreme Courts zu verstehen sein, der dem Bund die von der Verfassung vorgesehenen Kompetenzen offenhielt, ohne daß diese vom Bundesgesetzgeber ausgeschöpft werden konnten. Auf diese Weise mußte der Supreme Court in eine zentrale Stellung unter den Bundesgewalten einrücken und wurde folgerichtig zu einem Hauptobjekt der einzelstaatlichen Attacken.

Der *dual federalism* akzentuierte die andere Traditionslinie des Föderalismus und politische Theorie, die stärker auf die Antifederalists und States Rightists zurückging. Die stärkere Betonung der Kompetenzen der Gliedstaaten, ohne die grundsätzliche Suprematie des Bundes anzutasten, stellte zunächst den Versuch dar, die zunehmenden zentrifugalen Kräfte innerhalb der Union auszubalancieren. Trotz des Kompromißcharakters dieser Doktrin konnten aber auf Dauer gesehen diese Kräfte, bedingt durch ganz unterschiedliche ökonomische, soziale und kulturelle Strukturen der Gliedstaaten und nicht zuletzt durch die ungelöste Sklavenfrage, nicht in der Union austariert werden. In den extremen Formen begünstigte die *states rights*-Position vielmehr die Sezessionsbestrebungen der Südstaaten.

Einschneidende Änderungen zu Lasten der Gliedstaaten bewirkte zunächst der Bürgerkrieg und nachfolgend die Industrialisierung. Hatten in der Folge des Bürgerkrieges die Reconstruction Amendments die zunächst

nicht ausgenutzten rechtlichen Grundlagen für eine weitgehende Nationalisierung des Grundrechtsschutzes geschaffen, ließ die zunehmende Industrialisierung die Unterscheidung von nationalen, staatlichen und lokalen Belangen entfallen mit der Folge, daß eine entscheidende Voraussetzung des *dual federalism* faktisch nicht mehr gegeben war: Substantiell abgrenzbare Politikfelder, die auf die Ebenen des föderalen Systems bezogen werden konnten.

Der *cooperative federalism* nimmt die aus der rasanten Industrialisierung folgende Verflechtung der Politikfelder im Bundesstaat auf und ermöglichte eine weitgehende Nationalisierung wichtiger Bereiche und brachte damit das konstitutionelle Verständnis des Föderalismus auf die Höhe der Zeit. Auf lange Sicht mußte die starke Zentralisierung allerdings die Frage aufwerfen, worin denn die Funktion der Einzelstaaten in einem hochindustrialisierten und national wie international verflochtenen Bundesstaat liegen kann, wo letztlich die Grenze der Nationalisierung im Bundesstaat liegen muß. Wenn der Föderalismus mehr sein soll als eine juristische Fiktion, dann müssen den Einzelstaaten essentielle Entscheidungsmöglichkeiten erhalten bleiben. Nur können diese, und das hat die Debatte um die Wiederbelebung der *states rights* deutlich gemacht, nicht mehr über einzelne Regelungsmaterien, über substantiell abgrenzbare Politikfelder bestimmt werden. Gerade diese Debatte zeigt, daß es vor allem staatliche Funktionen, nicht aber Politikfelder sind, um deren Schutz gestritten wird. Die Regelung staatlicher Strafverfahren, die Ausübung gliedstaatlicher Exekutivfunktionen, die Inanspruchnahme der Staatenlegislative für Bundesaufgaben, werfen die Frage nach einem Funktionsvorbehalt für die Gliedstaaten auf, der den unterschiedlichen Legitimationszügen und Verantwortlichkeiten im Bundesstaat Rechnung trägt.

Das Schwanken der Rechtsprechung des Supreme Courts nicht nur im Ergebnis, sondern auch in dessen verfassungsrechtlicher Begründung zeigt an, daß eine befriedigende Antwort derzeit noch nicht gefunden ist. Will sich das Gericht nicht vollständig aus der Kontrolle in diesem Bereich zurückziehen, wofür immerhin die starke Prozeduralisierung der föderalen Fragestellung spricht, dann ist eine Funktionsbestimmung der Gliedstaaten im Bundesstaat unerlässlich, aus der sich bestimmte und verfassungsgerichtlich überprüfbare Kriterien für Entscheidungsvorbehalte gewinnen lassen. Neuere Ansätze argumentieren denn auch weniger prozedural als funktionsbezogen und machen etwa die *guarantee*-Klausel der Verfassung (Art. IV sec. 4 U.S. Constitution) für diese Aufgabe fruchtbar, die den Bund verpflichtet, jedem Staat eine republikanische Form der Regierung zu garantieren. Hieraus werden dann einzelne Funktionsvorbehalte der Staa-

ten abgeleitet²⁴⁸. Im Ergebnis dürften damit weitgehend die Entscheidungen der jetzigen Mehrheit des Supreme Courts gestützt werden, ohne daß allein dem politischen Prozeß die Sicherung des Föderalismus anvertraut wird. Inwieweit das Gericht allerdings hierauf eingehen wird, läßt sich angesichts der knappen Mehrheiten kaum prognostizieren.

In der historischen Perspektive zeigt das amerikanische föderale System, trotz aller Wandlungen und Krisen, eine erhebliche Stabilität und gleichzeitig eine erstaunliche Flexibilität. Gerade die Spannung zwischen den schon in der Gründung der Vereinigten Staaten angelegten Strömungen von Zentralisierung und Regionalismus mag für die Vitalität des föderalen Systems von großer Bedeutung gewesen sein. In dieser Perspektive erweist sich die Wiederbelebung der *states rights*-Debatte weniger als ein grundlegender Wandel denn als Gewichtsverlagerung. Sie gibt der Suche nach den verbleibenden Möglichkeiten dezentraler Entscheidungseinheiten Raum. Neue Problemstellungen, wie etwa der Umweltschutz²⁴⁹, können daher innerhalb der beiden Traditionslinien verarbeitet werden und zu beiden Seiten hin zu einer Neugewichtung führen. Die Flexibilität und Offenheit der föderalen Diskussion, das spannungsreiche Verhältnis von starker Nationalisierung und *dual sovereignty*, letztlich der unklare Ort der Souveränität selbst, mögen daher – auch nach über 200 Jahren – nicht die schlechteste konstitutionelle Lösung sein, um künftigen föderalen Fragestellungen eine angemessene Antwort geben zu können.

Summary*

The Development of Federalism in the USA

Federalism is one of the most powerful constitutional first principles invented by the framers of the American Constitution in 1787. The discussion about federalism reflects the development of the USA from the founding decade to the present, the change from an agrarian to a highly industrialized society of the present.

The discussion among legal scholars and political theorists of the founding period formed two major traditions, which influenced the interpretation of feder-

²⁴⁸ Vgl. dazu vor allem Althouse (Anm.196); Merrit (Anm.231).

²⁴⁹ Dazu der Überblick bei Bothe (Anm.18), S.109 (129ff.); Mewes (Anm.160), S.153ff.

* Summary by the Author.

alism over two hundred years: the more nationalistic position of the Federalists and the state oriented conception of the Antifederalists and later States Rightists. It was the intention of the Federalists to guarantee freedom not by republican virtues alone, but within a political system, where ambitions were institutionally balanced and controlled. Ambitions must be made to counteract ambitions, as J. Madison quoted Montesquieu. Dividing powers horizontally was their first constitutional consequence. The most intricate problem, however, was the allocation of powers between central and local authorities: the problem of federalism. This problem brought to the surface the different ideas about freedom, sovereignty and vertical allocation of power between the Federalists and Antifederalists. The Federalists thought the Articles of Confederation to be too federal and wanted a strong national check to counter the centrifugal tendencies of each state. On the other hand, and on this point they agreed with the Antifederalists, the imperial model of the British Empire had proved unacceptable, because it was too central. It "melted down" the independent states to one "common mass". They wanted a third model, "neither a national nor a federal Constitution, but a composition of both", to quote Madison again. The Antifederalists, however, were convinced that freedom was possible only within small political units; they wanted only a weak national government and insisted on the sovereignty of the states. From their point of view the new constitution marked no sharp break with the Articles of Confederation. It was only a compact between thirteen sovereign states and, in accordance with the traditional rule that treaties should be interpreted narrowly, the national powers had to be constructed strictly.

With the ratification of the Constitution in 1787 the debate between the Federalists and Antifederalists did not end; the bank crisis and Alien and Sedition Acts of 1798 showed the continuing differences. Especially the U.S. Supreme Court was heavily attacked because of its more nationalistic view of federalism. But the national constitutionalism, commonly associated with Marshall as Chief Justice of the United States Supreme Court, did not, from a legalistic point of view, really expand the national powers. It was more the attempt to realize the Federalists' idea of the constitution. The diffusion of real power verified this view. The decentralized mercantilistic economy of the time left most governmental functions to local units.

The dual federalism of the *antebellum* period emphasized the other line of tradition of federalism and political theory more common to the Antifederalists and States Rightists. This doctrine stressed the power of the states, without questioning the national supremacy in general. In a historical perspective this doctrine tried to mediate between the more nationalistic view of the Federalists and the radical States Rightists, e.g. Spencer Roane. But at least it did not succeed in mediating the centrifugal tendencies. The different economic, social and cultural structures of the states and the unsolved slavery question could not be balanced

within the union. Maybe in its extreme versions the states' rights position encouraged the secession of the south.

Civil War and the beginning of industrialization effected incisive changes in the federal concept and the diffusion of real power. The Reconstruction Amendment made a strong nationalization of the civil rights possible, while the increasing industrialization in the long run levelled the difference between national and local interests. So one of the most important suppositions of the dual federalism vanished: substantial distinct spheres of politics in a federal system. The New Deal Crisis reflected this problem from a legalistic point of view and lead to the "switch" and "constitutional revolution", connected with the strong nationalisation of nearly every agenda, without any real constitutional restriction set into effect by the U.S. Supreme Court. The doctrine of the cooperative federalism reflected this new situation.

The strong centralization of real power without any constitutional restriction left the question of the function of states in a highly centralized society unanswered, and thus it is not suprising that echoes of dual federalism are heard again in the discussion of legal scholars and the decisions of the Supreme Court. "New Federalism" and "Our Federalism" and others posed the question: Does federalism exist and does it matter? A serious answer to this question seems to be impossible without a precise analysis of the functions of the states in a irrevocably centralized society.