

**Sprache und Medialität des Rechts**  
**Language and Media of Law**

---

**Band 6**

# **Föderalismus-Rhetorik- Dekonstruktionen – Rechtsdogmatik als Literaturdogmatik**

**Instrumentalföderalismus in den Vereinigten  
Staaten von Amerika und in der Bundes-  
republik Deutschland als romantisch-lyrische  
Lesekonvention vor Gericht**

**Von  
Rico David Neugärtner**



**Duncker & Humblot · Berlin**

Rico David Neugärtner

Föederalismus-Rhetorik-Dekonstruktionen –  
Rechtsdogmatik als Literaturdogmatik

# Sprache und Medialität des Rechts

## Language and Media of Law

Herausgegeben von

Ralph Christensen und  
Friedemann Vogel

Band 6

# Föderalismus-Rhetorik- Dekonstruktionen – Rechtsdogmatik als Literaturdogmatik

Instrumentalföderalismus in den Vereinigten Staaten  
von Amerika und in der Bundesrepublik Deutschland  
als romantisch-lyrische Lesekonvention vor Gericht

Von

Rico David Neugärtner



Duncker & Humblot · Berlin



Die Veröffentlichung wurde gefördert aus dem Open-Access-Publikationsfonds  
der Humboldt-Universität zu Berlin.



Gedruckt mit finanzieller Unterstützung des Bundesministeriums  
des Innern und für Heimat.

Die Juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin  
hat diese Arbeit im Jahre 2022 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in  
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten  
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Dieses Werk ist lizenziert unter der Open Access-CC BY 4.0-Lizenz  
(s. <http://creativecommons.org/licenses/by/4.0>). Die E-Book-Version ist unter  
<https://doi.org/10.3790/978-3-428-58953-1> abrufbar.



© 2023 Rico David Neugärtner  
Erschienen bei Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
Satz: 3w+p GmbH, Rimpf  
Druck: CPI Books GmbH, Leck  
Printed in Germany

ISSN 2512-9236  
ISBN 978-3-428-18953-3 (Print)  
ISBN 978-3-428-58953-1 (E-Book)  
DOI 10.3790/978-3-428-58953-1

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

„O, mein Gott, warum mache ich denn Gedichte?“

*Heinrich v. Kleist, zitiert nach Max Ring*

„Schatten werfen keine Schatten“

*Tocotronic*



## Vorwort

Diese Arbeit wurde im Sommersemester 2022 von der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin als Dissertation angenommen.<sup>1</sup> Rechtsprechung und Literatur sind auf dem Stand des 1. Januar 2022; Vereinzelt wurde nachgetragen.

Außerordentlichen Dank schulde ich meinem akademischen Lehrer Prof. Dr. Michael Klopfer. Er hat mir gezeigt, dass es sich lohnt, bei juristisch exaktem Arbeiten den Blick offen zu halten für das Ironische, das Absurde, das Schöne und das Verkehrte am Recht in seinen politischen, institutionellen, akademischen und sprachlichen Geflechten. Für die Erstellung des Zweitgutachtens danke ich Prof. Dr. Christoph Möllers sehr; zudem verdankt die vorliegende Untersuchung dem stillen Gespräch mit seiner kryptonormativitätskritischen Dissertation viel Prägendes. Für den Vorsitz bei der Disputation danke ich Prof. Dr. Peter Wisk sehr. Die Danksagung an die Gutachter und die Prüfungskommission ist auszudehnen auf die Institution Humboldt-Universität zu Berlin und die Menschen, die diese mit Leben erfüllen, insbesondere auf meine ehemaligen Kolleginnen und Kollegen in der Forschungsgruppe von Professor Klopfer und auf die Studierenden in den von mir geleiteten Arbeitsgemeinschaften, welche mit mir zusammen über rhetorisch merkwürdige Formeln wie ‚Bundestreue‘ gestolpert sind.

Rechtsvergleichendes und interdisziplinäres Forschen braucht mehr als einen Ort: Das zweite (eigentlich: das erste) Standbein dieser Dissertation ruht in Ithaca, (*upstate*) New York, U.S.A. In „wildromantische[r]“ Landschaft<sup>2</sup> entstand im akademischen Jahr 2015/16 an der Cornell University der erste feste Umriss des Forschungsdesigns dieser Arbeit über ein wirkmächtiges romantisches Lesemuster in Literatur und Recht. Die Förderungen durch das Büro für Internationale Programme der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin und durch den Deutschen Akademischen Austauschdienst haben mir diese reichhaltige Erfahrung ermöglicht, wofür ich nachhaltig dankbar bin. Zu besonders großem Dank bin ich in Cornell vier Personen verpflichtet, deren Lehrveranstaltungen an der *Law School* und am *Department of Literatures in English* mein Projekt prägten und mit denen ich über

---

<sup>1</sup> Unter dem Titel „Instrumentalföderalismus vor Gericht – Ideenpolitik, Dogmatik, Rhetorik. ‚Föderale Treue‘ und ‚föderale Würde‘ als Effekte einer lyrisch-anthropomorphen Lesekonvention in der Föderalismusverfassungsrechtsdogmatik der Vereinigten Staaten von Amerika und der Bundesrepublik Deutschland“.

<sup>2</sup> O. Helmhausen u. a., USA. Nordosten [Baedeker], 9. Aufl., Ostfildern 2020, S. 231: „Am Südzipfel des Cayuga Lake steigert sich die Landschaft zu einer wildromantischen Bergwelt mit Wasserfällen und engen Schluchten“. In einer Voraufgabe (O. Helmhausen u. a., USA. Nordosten [Baedeker], 7. Aufl., Ostfildern 2013, S. 330) hieß es noch absolut: „Am Südzipfel des Cayuga Lake zeigt sich die Landschaft wildromantisch“.

das Vorhaben ins Gespräch kam: mit Prof. Mitchel Lasser, Ph.D., zur Komparatistik, mit Prof. Michael Dorf zu Verfassungsrecht und Föderalismus, mit Prof. Elizabeth Anker, Ph.D., zu ‚*law and literature*‘ und mit Prof. Jonathan D. Culler, D. Phil., zur Lyrik und zur Frage ‚*Where is it more interesting – here or at the law school?*‘.

Für die Aufnahme dieser Arbeit in die Schriftenreihe „Sprache und Medialität des Rechts/Language and Media of Law“ danke ich deren Herausgebern Dr. Dr. Ralph Christensen und Prof. Dr. Friedemann Vogel. Großzügige Unterstützung durch finanzielle Teilförderungen habe ich erhalten aus dem Open-Access-Publikationsfonds der Humboldt-Universität zu Berlin sowie vom Bundesministerium des Innern und für Heimat; auch hierfür danke ich sehr.

Fachliche Gesprächs- und Lesearbeit in unterschiedlichen Phasen leisteten insbesondere Ben Bakalović, Stella Dörenbach, Rita Jordan, Christoph Schmidt, Jan-Louis Wiedmann, noch stärker Max Lenz und – natürlich – am allerstärksten Dr. Karsten Hinrich Asbahr. Für diese Unterstützung bin ich sehr dankbar. Großen Dank für ihren Rückhalt möchte ich schließlich meinen Eltern, meinen Schwestern, meinen Freundinnen und Freunden und – wiederum: natürlich – am allerstärksten Dr. Karsten Hinrich Asbahr aussprechen.

Gewidmet ist das Buch dem dritten Absatz des fünften Artikels des Grundgesetzes und der zweiten Hälfte von Fußnote 288.

Berlin, im Frühsommer 2023

*Rico David Neugärtner*

# Inhaltsübersicht

|                         |    |
|-------------------------|----|
| <b>Einleitung</b> ..... | 47 |
|-------------------------|----|

## *Erster Faden*

|                                                                                                                                   |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <b>Ideenpolitik mit Instrumentalföderalismus</b>                                                                                  | 76  |
| § 1 Ideenpolitische Konstellation: der Typus des ‚freiheitlich-nationalstaatlich-repräsentativ-demokratischen Föderalismus‘ ..... | 77  |
| § 2 Föderalismus und politische Idee des ‚Bundes‘ .....                                                                           | 141 |

## *Zweiter Faden*

|                                                                                                                                  |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <b>Dogmatik des Föderalismusverfassungsrechts ‚vor Gericht‘</b>                                                                  | 236 |
| § 3 Föderalismusverfassungsrecht: Begriff, ‚Theorie‘, Struktur-Wirkungs-Matrix ....                                              | 237 |
| § 4 Strukturelemente I (Überblick): Verbandskompetenzen, Verbandsingerenzen, Verbandsgrundrechtspositionen .....                 | 284 |
| § 5 Strukturelemente II (Vertiefung): Verbandsgrundrechtspositionen als Kompetenz-ausübungsregeln .....                          | 361 |
| § 6 Strukturelemente III (Vertiefung): Verbandsgrundrechtspositionen als Ingerenz-ausübungsregeln .....                          | 466 |
| § 7 Wirkungsdimensionen I: Texte ‚vor Gericht‘ – gerichtlich durchsetzbare Dogmatik                                              | 627 |
| § 8 Wirkungsdimensionen II: Rechtsprechung im Trilog mit nicht-judikativer Praxis und (para-)demokratischer Öffentlichkeit ..... | 693 |

## *Knoten*

|                                                                                                                                                          |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <b>Methodologische Reflexion</b>                                                                                                                         | 773 |
| § 9 Methode(n): vergleichende Verfassungsrechtsdogmatikforschung im Trilog mit politischer Theorie und literaturwissenschaftlicher Rhetoriktheorie ..... | 773 |

*Dritter Faden*

|                                                                                                                                  |      |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------|
| <b>Rhetorik einer ‚lyrisch‘-anthropomorphen Lesekonvention</b>                                                                   | 836  |
| § 10 Rhetorik, Dogmatik, Lesen: Dekonstruktion ideenpolitisch-dogmatischer Anthropomorphismen                                    | 838  |
| § 11 Ironie: ‚dogmatische Stimme‘ unter dem Vorbehalt des Gelesenwerdens im ‚dogmatischen Gespräch‘                              | 943  |
| § 12 Metonymische Versatzstücke in der ‚dogmatischen Welt‘: Föderalismus im Dienst von ‚Staatlichkeit‘, ‚Freiheit‘, ‚Demokratie‘ | 1005 |
| <b>Ergebnisse in 66 Thesen</b>                                                                                                   | 1111 |
| <b>Literaturverzeichnis</b>                                                                                                      | 1148 |
| <b>Personenverzeichnis</b>                                                                                                       | 1221 |
| <b>Sachverzeichnis</b>                                                                                                           | 1226 |

# Inhaltsverzeichnis

|                                                                                                                                            |    |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| <b>Einleitung</b> .....                                                                                                                    | 47 |
| A. Drei Fäden: Ideenpolitik – Dogmatik – Rhetorik .....                                                                                    | 47 |
| I. Ideenpolitik: ‚Föderalismus‘ ist – immer wieder neu – ‚Mittel zum Zweck‘ .....                                                          | 47 |
| 1. Transatlantische Ideenpolitik .....                                                                                                     | 48 |
| 2. Instrumentalföderalismus .....                                                                                                          | 49 |
| II. Dogmatik: (auch) ‚vor Gericht‘ wird ‚Föderalismus‘ instrumentalisiert – in<br>Verbandsgrundrechtspositionen .....                      | 50 |
| 1. Verfassungstextferne Verbandsgrundrechtspositionen .....                                                                                | 52 |
| 2. Instrumentalisierung ‚vor Gericht‘ .....                                                                                                | 56 |
| 3. Dogmatik als (asymmetrisch) pluralistisch-diskursive Textarbeit .....                                                                   | 59 |
| III. Rhetorik: ‚föderale Treue‘ und ‚föderale Würde‘ sind Effekte einer lyrisch-<br>anthropomorphen Lesekonvention .....                   | 61 |
| 1. Wirkmächtige anthropomorph(istisch)e Lesekonventionen – Dekon-<br>struktion von ‚Literaturdogmatik‘ .....                               | 63 |
| 2. Ideenpolitisch geladene Anthropomorphismen .....                                                                                        | 67 |
| B. Ein Knoten: Rhetorik und Dogmatik der Ideenpolitik mit Instrumentalfödera-<br>lismus vor Gericht .....                                  | 69 |
| I. Forschungsgegenstand: dogmatisch-rhetorische ‚Behandlung‘ US-ameri-<br>kanischer <i>states</i> und deutscher Länder ‚vor Gericht‘ ..... | 70 |
| II. Methodik: politik- und literaturwissenschaftlich informierte, komparative<br>Verfassungsrechtsdogmatikforschung .....                  | 72 |

## *Erster Faden*

|                                                                                                                                        |    |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| <b>Ideenpolitik mit Instrumentalföderalismus</b> .....                                                                                 | 76 |
| § 1 Ideenpolitische Konstellation: der Typus des ‚freiheitlich-nationalstaatlich-reprä-<br>sentativ-demokratischen Föderalismus‘ ..... | 77 |
| A. ‚Föderalismus‘, ‚repräsentative Demokratie‘, ‚Nationalstaatlichkeit‘ und ‚Frei-<br>heit‘ .....                                      | 78 |
| I. <i>Verbindung</i> von vier Ideen der politischen Theorie in einem Typus .....                                                       | 78 |
| II. Kontingenz des Typus .....                                                                                                         | 78 |
| III. Drei Attribute für das Nomen ‚Föderalismus‘ – ideenpolitisch strukturierte<br>Grammatik .....                                     | 80 |



|                                                                                                                                                                |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| B. Ideenpolitischer Moment 1787/88: die Debatte zwischen <i>Federalists</i> und <i>Anti-Federalists</i> .....                                                  | 81  |
| I. ‚Die‘ „Erfindung“ des ‚freiheitlich-nationalstaatlich-repräsentativ-demokratischen Föderalismus‘ .....                                                      | 81  |
| II. Entstehungsgeschichtlicher Kontext der <i>Federalist Papers</i> (1787/88) ....                                                                             | 83  |
| III. Zur Verbindung von Föderalismus, repräsentativer Demokratie, Nationalismus und Sicherung individueller Freiheit(en) in den <i>Federalist Papers</i> ..... | 85  |
| 1. Integraler (Wirtschafts-)Nationalismus .....                                                                                                                | 85  |
| 2. (Besitzbürgerliche) Volkssouveränität .....                                                                                                                 | 87  |
| 3. (Elitendemokratische) repräsentative Demokratie .....                                                                                                       | 88  |
| 4. Sicherung (individueller) Freiheit durch republikanisch-föderales Staatsorganisationsrecht .....                                                            | 89  |
| 5. ‚Instrumentalföderalismus‘: Föderalismus als Instrument und Kompromiss .....                                                                                | 93  |
| a) Instrumentell-dienende Funktion des Föderalismus .....                                                                                                      | 93  |
| b) Kompromisscharakter: eine schwebende „Komposition“ .....                                                                                                    | 95  |
| IV. Keine Alternativlosigkeit des Konzepts der <i>Federalist Papers</i> – das Gegenmodell der sog. <i>Anti-Federalists</i> .....                               | 95  |
| 1. ‚Demokratie‘ als inklusivere Breitendemokratie .....                                                                                                        | 96  |
| a) Stärkung direkt-demokratischer Elemente .....                                                                                                               | 96  |
| b) ‚Deskriptive Repräsentation‘ und hohe Mandatsresponsivität .....                                                                                            | 98  |
| 2. ‚Positive‘, gestaltende, schützende (kollektive) ‚Freiheit‘ .....                                                                                           | 100 |
| 3. ‚Föderalismus‘ zur Ermöglichung von Breitendemokratie bei begrenzter Unitarisierung .....                                                                   | 102 |
| 4. Fazit: zwei konkurrierende Modelle freiheitlich-demokratischen Instrumentalföderalismus im nationalen Raum .....                                            | 104 |
| V. Zur Stellung der föderierten Einheiten bei <i>Federalists</i> und <i>Anti-Federalists</i> .....                                                             | 104 |
| 1. <i>Federalists</i> : Eigenständige Einzelstaaten in vertikaler Gewaltenteilung und nationaler repräsentativer Demokratie .....                              | 105 |
| 2. <i>Anti-Federalists</i> : Einzelstaaten zwischen demokratietheoretisch Wünschenswertem und praktisch Notwendigem .....                                      | 106 |
| 3. Einzelstaaten im diskursiven Schnittpunkt der konkurrierenden Entwürfe: Schutzwürdigkeit im Instrumentalföderalismus .....                                  | 107 |
| VI. Charakteristika der <i>Federalist/Anti-Federalist</i> -Debatte .....                                                                                       | 108 |
| 1. Historische Kontextgebundenheit politischer Theorieentwürfe .....                                                                                           | 108 |
| 2. Interdependenz politischer Ideen untereinander .....                                                                                                        | 109 |
| 3. (Unterschiedliche) Konzeptualisierbarkeit politischer Ideen .....                                                                                           | 109 |
| 4. Instrumentalisierbarkeit politischer Ideen .....                                                                                                            | 109 |
| 5. Namens-, Rezeptions-, Begriffs- und Ideenpolitik .....                                                                                                      | 110 |
| a) Permanente Theorie-Praxis-Interventionen .....                                                                                                              | 110 |
| b) ‚Namenspolitik‘ .....                                                                                                                                       | 111 |
| c) ‚Rezeptionspolitik‘ .....                                                                                                                                   | 113 |

|                                                                                                                                            |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| d) Klammer und Movens: Ideenpolitik .....                                                                                                  | 114 |
| C. Ideenpolitik mit dem Instrument ‚Föderalismus‘ nach 1787 .....                                                                          | 114 |
| I. ‚Ideenpolitik‘ und ‚Ideenpolitikforschung‘ .....                                                                                        | 114 |
| 1. ‚Ideenpolitik‘ als Aufgabe der Politikwissenschaft(?) .....                                                                             | 115 |
| a) „Ideenpolitik“ als spezifischer Zugang zur politischen Theorie und<br>Ideengeschichte .....                                             | 115 |
| b) Alternative oder Ergänzung zum „Ideenpolitik“-Ansatz: kontextsen-<br>sible Ansätze in der politischen Theorie und Ideengeschichte ..... | 116 |
| 2. ‚Ideenpolitikforschung‘: ‚Ideenpolitik‘ als Gegenstand der (Politik-)<br>Wissenschaft .....                                             | 118 |
| 3. ‚Ideenpolitik‘ als Gegenstand der vorliegenden Studie .....                                                                             | 120 |
| II. Zur Strahlkraft der <i>Federalist/Anti-Federalist</i> -Debatte in Raum und Zeit .....                                                  | 121 |
| 1. Momente und Orte des Fortwirkens der Debatte im ‚langen 19. Jahr-<br>hundert‘ .....                                                     | 121 |
| a) USA: John C. Calhouns ‚föderalistischer Anti-Föderalismus‘ .....                                                                        | 121 |
| b) Frankreich: komparatistische Ideenpolitik bei Alexis de Tocqueville .....                                                               | 124 |
| c) Deutschland: „Amerika als Argument“ bei Robert (v.) Mohl und<br>Francis Lieber .....                                                    | 127 |
| 2. Auch nach über 200 Jahren: die <i>Federalist/Anti-Federalist</i> -Debatte im<br><i>U.S. Supreme Court</i> .....                         | 131 |
| 3. Charakteristika der ideenpolitischen Rezeption der Debatte .....                                                                        | 134 |
| a) Eine lose ideenpolitische Konstellation in der Zeit .....                                                                               | 134 |
| b) Vager Kristallisationspunkt des Instrumentalföderalismus: Schutz-<br>würdigkeit der förderierten Einheiten .....                        | 134 |
| III. Aggregiertes Material im „Ideenreservoir“: Schutzwürdigkeit der föde-<br>rierten Einheiten im Instrumentalföderalismus .....          | 136 |
| 1. Zwischen Ideenproduktion und Ideenrezeption: „Ideenreservoir“ .....                                                                     | 136 |
| a) ‚Zeitlose‘ „Texte mit hoher Halbwertszeit“ .....                                                                                        | 136 |
| b) Ideenpolitischer Dreischritt aus Ideenproduktion, Ideenreservoir und<br>Ideenrezeption .....                                            | 137 |
| c) Ideenpolitische Dogmatikbildung: Ordnen und Operationalisieren .....                                                                    | 138 |
| 2. Hypothese 1.1 und Ausblick: ideenpolitische Dogmatik zur ‚schutz-<br>würdigen förderierten Einheit‘ .....                               | 140 |
| § 2 Föderalismus und politische Idee des ‚Bundes‘ .....                                                                                    | 141 |
| A. Wissenschaftstheoretische Vorüberlegungen .....                                                                                         | 141 |
| I. Pluralismus der Perspektiven und Zugänge .....                                                                                          | 141 |
| II. Zwischen Normativität und Empirie .....                                                                                                | 143 |
| 1. Föderalismus als normatives Phänomen .....                                                                                              | 143 |
| 2. ‚Verwirklichter‘ Föderalismus als empirisches Phänomen .....                                                                            | 145 |
| 3. Föderalismus als Denkmuster, Modell und Lesekonvention .....                                                                            | 146 |

|                                                                                                              |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| B. Föderalismus – Ordnungsbildung durch Teilen und Aufteilen .....                                           | 147 |
| I. Föderalismus als Prinzip komplexen (Auf-)Teilens .....                                                    | 148 |
| 1. Lexikondefinition: ‚Föderalismus‘ .....                                                                   | 148 |
| 2. Etymologische Notiz: ‚foedus‘ – ‚Bund‘ .....                                                              | 149 |
| 3. Historische Kontexte und Teleologien: Teilungsprozesse und Vereini-<br>gungsprozesse .....                | 150 |
| a) Gegenströme: Teilung und Vereinigung .....                                                                | 150 |
| b) Historische und teleologische Typologien .....                                                            | 150 |
| 4. Grundformel: „ <i>Self-rule plus shared rule</i> “ (Elazar) .....                                         | 152 |
| II. Gegenstand der (Auf-)Teilung: Hoheitsgewalt („ <i>rule</i> “) .....                                      | 153 |
| 1. Abgrenzung vom ‚privaten‘ Bereich .....                                                                   | 154 |
| 2. Hoheitsgewalt als einseitige Rechtserzeugungsmacht .....                                                  | 155 |
| III. Kriterien der (Auf-)Teilung: räumlich-territoriale <i>und</i> ebenenförmige<br>Gliederung .....         | 156 |
| 1. Terminologie: ‚föderierte Einheiten‘ und ‚Bundesebene‘ als ‚föderale<br>Träger‘ .....                     | 156 |
| a) ‚Föderierte Einheiten‘ .....                                                                              | 156 |
| b) ‚Bundesebene‘ .....                                                                                       | 157 |
| c) ‚Föderale Träger‘, ‚föderale Verbände‘ .....                                                              | 158 |
| 2. Zwei räumliche Dimensionen: Nachbarschaft und Ebenenbildung ....                                          | 160 |
| a) Horizontale Dimension: Management benachbarter politischer<br>Räume .....                                 | 160 |
| aa) Komplexität und Zumutungen politischer ‚Räume‘ .....                                                     | 160 |
| bb) Unschärfen des föderalen Territorialbezugs .....                                                         | 162 |
| b) Vertikale Dimension: virtuelle Ebenenstruktur .....                                                       | 164 |
| aa) Verdopplung von Hoheitsgewalt .....                                                                      | 164 |
| bb) Föderalismus ohne Ebenenbildung? .....                                                                   | 164 |
| cc) Problematische Raummetaphorik; Heuristik .....                                                           | 165 |
| dd) Pluralismus von Föderalismen in Mehrebenengebilden? .....                                                | 167 |
| 3. Exkurs: Andere Formen der (Auf-)Teilung von Hoheitsgewalt .....                                           | 170 |
| IV. Muster der (Auf-)Teilung: Trennung oder Verschränkung .....                                              | 170 |
| 1. Trennungsföderalismus: <i>self-rule</i> im Vordergrund .....                                              | 170 |
| 2. Verschränkungsföderalismus: <i>shared rule</i> im Vordergrund .....                                       | 172 |
| C. Modell (Lesekonvention) des ‚Bundes‘ – ‚föderale Treue‘ und ‚föderale Würde‘                              | 173 |
| I. Zum Modell des ‚Bundes‘ .....                                                                             | 174 |
| 1. Carl Schmitts ‚Bundes‘-Definition als repräsentatives Beispiel .....                                      | 174 |
| a) ‚Bund‘ als „dauernde Vereinigung“ durch „frei[e] Vereinbarung“ zur<br>„gemeinsamen Selbsterhaltung“ ..... | 174 |
| b) „Dienende[r]“ Charakter des Bundes; inhärenter ‚Instrumentalföde-<br>ralismus‘ .....                      | 175 |

|                                                                                                              |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| c) Zur Wirkmacht der Definition; repräsentatives Material für Ideen-politikforschung .....                   | 175 |
| d) Keine Alternativlosigkeit: spezifischere Zugänge zum ‚Bund‘ .....                                         | 177 |
| e) Exkurs: anthropomorph(istisch)e und theomorph(istisch)e Konnota-tionen .....                              | 178 |
| 2. Wissen(-schaft-)stheoretische Natur des Modells .....                                                     | 179 |
| a) Beschreibung politik-theoretischer und ideologischer Hintergrund-vorstellungen .....                      | 179 |
| b) ‚Bund‘ in politischem Denken, Geschichte, Verfassungstheorie und Verfassungsrecht .....                   | 179 |
| aa) Keine Beschränkung auf (verfassungstheoretisch) „echte Bünde“ .....                                      | 180 |
| bb) Gefahr des „juristischen Historismus“ .....                                                              | 180 |
| cc) Bund als ‚Lesekonvention‘ .....                                                                          | 182 |
| dd) Gefahren von Modellen und Lesekonventionen .....                                                         | 184 |
| II. ‚Würde‘: qualifizierte Eigenständigkeit föderaler Träger („ <i>self-rule</i> “) ....                     | 185 |
| 1. Stellung der föderierten Einheiten nach dem Modell des Bundes .....                                       | 185 |
| a) Garantie „politische[r] Selbsterhaltung“ .....                                                            | 185 |
| aa) Inhaber und Verpflichtete der Garantie .....                                                             | 185 |
| bb) Gegenstand der Garantie I: vor-gefundene politische Existenz .....                                       | 186 |
| (1) (Fingierter) Historismus im Modell des Bundes .....                                                      | 186 |
| (2) (Fiktiv) vor-gefundene Legitimation, Autonomie, Aufgaben und Funktionen .....                            | 188 |
| (3) Schwacher legitimationstheoretischer und sachlich-inhaltli-cher Selbststand des föderalen Prinzips ..... | 188 |
| cc) Gegenstand der Garantie II: das geschaffene föderale Arrange-ment .....                                  | 190 |
| (1) Status der föderierten Einheiten nach Schluss des Bundes .....                                           | 190 |
| (2) Kompetenzen: (Auf-)Teilung von Aufgaben und Funktionen .....                                             | 191 |
| (3) Ingerenzen: wechselseitige Einflussnahme der föderalen Träger .....                                      | 191 |
| (4) Dynamische Kompetenz- und Ingerenzgarantien .....                                                        | 192 |
| dd) Verhältnis der Garantiegegenstände: vor-gefundenes und arran-giertes ‚Politisches‘ .....                 | 193 |
| (1) Alltäglicher Normalfall und Ausnahmefall .....                                                           | 193 |
| (2) Unscharfe Verklammerung: verbrieftes „Recht auf eigene Politik“ im multiarchischen Bund? .....           | 194 |
| ee) Verfestigungsgrad; Relativierungen der Garantien .....                                                   | 196 |
| b) Föderale Gleichheit ( <i>status aequalis</i> ) .....                                                      | 197 |
| aa) ‚Status‘-Fragen: ‚Würde‘ – ‚Treue‘ – ‚Gleichheit‘ .....                                                  | 197 |
| bb) Formale Gleichheit – Bund als Rechtsgemeinschaft – Materiali-sierungstendenzen .....                     | 198 |
| cc) Stimmengleichheit und Einstimmigkeit .....                                                               | 200 |

|                                                                                                |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| dd) Föderale Ungleichheiten, asymmetrischer Föderalismus                                       | 201 |
| ee) Ausblick: föderale Gleichheit als ‚besonders‘ ‚komplexe Gleichheit‘                        | 202 |
| c) Inhaber der bundesverfassungsgebenden und -ändernden Gewalt                                 | 203 |
| d) Zusammenfassung                                                                             | 204 |
| 2. Exkurs: Stellung der Bundesebene nach dem Modell des Bundes                                 | 205 |
| a) Dauerhaftigkeit                                                                             | 205 |
| b) Institutionelle und legitimationsstrukturelle(?) Verselbstständigung                        | 206 |
| c) <i>Top-down</i> -Ingerenzen                                                                 | 207 |
| d) Wesensähnlichkeit und Spiegelbildlichkeit                                                   | 207 |
| e) Zusammenfassung                                                                             | 209 |
| 3. Kristallisationspunkt: föderale Schutzwürdigkeit (‚föderale Würde‘)                         | 209 |
| a) Arbeitstopos ‚föderale Würde‘                                                               | 209 |
| b) Exemplarische Momente der Ideenpolitik: ‚föderale ‚Würde‘“ in der Verfassungsrechtsdogmatik | 210 |
| aa) USA: „ <i>state dignity</i> “                                                              | 210 |
| bb) Deutschland: funktionales Äquivalent: „Eigenstaatlichkeit“ der Länder                      | 211 |
| c) ‚Föderale Würde‘ zwischen deklaratorischem und konstitutivem Charakter                      | 212 |
| aa) Deklaratorische Dimension: Inbezugnahme einer vor-gefundenen Würdeposition                 | 212 |
| bb) Konstitutive Dimension(en)                                                                 | 213 |
| (1) <i>Fiktion</i> vor-gegebener Würde; „Recht, sich auf Würde berufen zu dürfen“              | 213 |
| (2) Institutionelle „Rollen-Würde“ (föderale Würde i. e. S.)                                   | 216 |
| cc) Fazit: komplexe, mehrdimensionale föderale Würde                                           | 217 |
| III. ‚Treue‘: ‚föderale Treue‘ als Ausdruck der „ <i>shared rule</i> “                         | 218 |
| 1. Im Bund angelegte Rücksichtnahme und Kooperation der föderalen Träger                       | 218 |
| a) Gemeinsame Zweckverfolgung                                                                  | 218 |
| b) Passive Rücksichtnahme und aktive Kooperation                                               | 219 |
| c) Vertragsdenken                                                                              | 219 |
| 2. ‚Föderale „Bundestreue““ als Tautologie und Arbeitstopos                                    | 220 |
| 3. Momente der Ideenpolitik: Verfassungsrechtsdogmatik der „Bundestreue“                       | 221 |
| a) Deutschland: „Bundestreue“ als „dogmatische Erbmasse“ aus dem Kaiserreich                   | 221 |
| aa) Rudolf Smends Konturierung der „Bundestreue“ als Exekutiv-Eliten-Praxis                    | 221 |
| bb) Rudolf Smends Betonung der Besonderheiten des „monarchischen Bundesstaats“                 | 225 |

|                                                                                                                                |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| cc) „Bundestreue“ auch außerhalb des „monarchischen Bundesstaats“ .....                                                        | 225 |
| b) USA: ‚technische‘ Dogmatikkomplexe als Ausdruck ‚föderaler Treue‘ .....                                                     | 226 |
| aa) Fehlen eines prägnant verdichteten dogmatischen Topos .....                                                                | 227 |
| bb) Beispiel 1: anti-protektionistische Rücksichtnahme („ <i>dormant commerce clause</i> “) als Ausdruck föderaler Treue ..... | 228 |
| cc) Beispiel 2: Zusammenwirken im „ <i>cooperative federalism</i> “ als Ausdruck föderaler Treue(?) .....                      | 230 |
| IV. Fazit: ‚föderale Würde‘ und ‚föderale Treue‘ als ideenpolitische Grundtopoi .....                                          | 232 |
| 1. Verhältnis von ‚föderaler Würde‘ und ‚föderaler Treue‘ .....                                                                | 233 |
| 2. Prozedurales und Verweisendes statt Sachlichem und Legitimationstheoretischem .....                                         | 234 |
| 3. Hypothese 1.2: prozedurale Topoi mit Verweisungscharakter .....                                                             | 234 |

### Zweiter Faden

|                                                                                                        |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <b>Dogmatik des Föderalismusverfassungsrechts ‚vor Gericht‘</b> .....                                  | 236 |
| § 3 Föderalismusverfassungsrecht: Begriff, ‚Theorie‘, Struktur-Wirkungs-Matrix .....                   | 237 |
| A. Föderalismus in der US-Verfassung und im Grundgesetz .....                                          | 237 |
| I. Verfassungsrechtliche Grundentscheidungen für den Föderalismus .....                                | 238 |
| 1. Präambel und Struktur der US-Verfassung .....                                                       | 238 |
| 2. „Bundesstaat“ im Grundgesetz (Art. 20 Abs. 1 GG) .....                                              | 240 |
| II. Zur Terminologie: ‚Föderalismusverfassungsrecht‘ .....                                             | 241 |
| 1. Alternative Terminologie: „Mehrebenen-Rechtsordnung“ .....                                          | 241 |
| 2. Abgrenzung: Bewusster Verzicht auf den Begriff „Bundesstaatsrecht“ .....                            | 242 |
| a) Deutschland: „Bundesstaat“ als Rechtsbegriff .....                                                  | 242 |
| b) USA: „ <i>federalism</i> “ .....                                                                    | 243 |
| c) Verfassungsvergleichung: „ <i>comparative federalism</i> “ .....                                    | 244 |
| d) Vorzugswürdigkeit des Begriffs ‚Föderalismusverfassungsrecht‘ .....                                 | 245 |
| 3. Föderalismusverfassungsrecht (i. e. S.) und sonstiges föderalismusrelevantes Verfassungsrecht ..... | 247 |
| B. Föderalismusverfassungsrecht und politische Theorie und Ideengeschichte .....                       | 248 |
| I. Rechts- und „Verfassungsbedürftigkeit“ konkreter föderaler Ordnung .....                            | 248 |
| 1. ‚Rechtsbedürftigkeit‘ konkreter föderaler Ordnung .....                                             | 248 |
| 2. „Verfassungsbedürftigkeit“ konkreter föderaler Ordnung .....                                        | 249 |
| a) „Föderativer Vorbehalt der Verfassung“ .....                                                        | 250 |
| b) ‚Bundesverfassungsbedürftigkeit‘ konkreter föderaler Ordnung .....                                  | 252 |
| c) Spannung zum Modell des Bundes .....                                                                | 253 |

|                                                                                                            |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| II. <i>Zwischenbetrachtung</i> : Föderalismusverfassungsrecht als ‚Kunst‘?                                 | 254 |
| 1. Artefakt; Form(ung)                                                                                     | 255 |
| 2. Unikat; Aura                                                                                            | 257 |
| 3. Kontingenz; Luxus                                                                                       | 259 |
| 4. Erfahrbarkeit; Tempo(-Plu)ralisierung                                                                   | 260 |
| 5. Angebotscharakter (Affordanz); Form/Funktion                                                            | 262 |
| 6. „Kommentarbedürftigkeit“; Dogmatiklastigkeit                                                            | 265 |
| III. Föderalismusverfassungsrecht und Ideenpolitik                                                         | 268 |
| 1. „Schleusung“ politischer Theorie und Ideologie in das Verfassungsrecht                                  | 268 |
| a) Böckenfördes „Schleusung“                                                                               | 269 |
| b) „Schleusung“ aus deskriptiver Sicht                                                                     | 270 |
| c) „Schleusung“ aus normativer Sicht                                                                       | 272 |
| 2. Föderalismusverfassungsrecht als permanent ideenpolitisches Recht                                       | 274 |
| a) Schleusung als Ideenpolitik                                                                             | 274 |
| b) Föderalismusverfassungsrecht als ‚politisches Recht‘                                                    | 276 |
| aa) Ideenpolitik, Machtpolitik, ‚Meta-Politik‘                                                             | 276 |
| bb) Moderierend-prozedural-akzessorisch ‚Politisches‘                                                      | 276 |
| C. Struktur-Wirkungs-Matrix des Föderalismusverfassungsrechts                                              | 279 |
| I. Komplexitätsangemessene Beschreibung durch Bi-Axialität                                                 | 279 |
| II. „ <i>Safeguards of federalism</i> “ (Wechsler) entlang zweier Achsen                                   | 279 |
| III. Struktur-Wirkungs-Matrix: <i>Strukturelemente</i> und <i>Wirkungsdimensionen</i>                      | 281 |
| § 4 Strukturelemente I (Überblick): Verbandskompetenzen, Verbandsingerenzen, Verbandsgrundrechtspositionen | 284 |
| A. Drei föderalismusverfassungsrechtliche Strukturelemente                                                 | 284 |
| I. Verbandskompetenzen                                                                                     | 285 |
| 1. Grunddefinition ‚Verbandskompetenz‘                                                                     | 285 |
| 2. ‚Kompetenz‘ als Begriff der (Verfassungs-)Rechtsdogmatik                                                | 286 |
| 3. Tatbestand und Rechtsfolge von Kompetenznormen                                                          | 288 |
| a) Tatbestand: sachlich-gegenständliche und technisch-instrumentelle Zuordnung hoheitlicher Aufgaben       | 288 |
| b) Rechtsfolge: Einräumung einer Handlungsmöglichkeit unter Vorbehalt                                      | 291 |
| 4. Terminologische Abgrenzungen                                                                            | 291 |
| a) Abgrenzung I: zur Trias ‚Zuständigkeit‘ – ‚Kompetenz‘ – ‚Ingerenz‘                                      | 291 |
| b) Abgrenzung II: zur Trias ‚Aufgabe‘ – ‚Kompetenz‘ – ‚Befugnis‘                                           | 292 |
| II. Verbandsingerenzen                                                                                     | 295 |
| 1. Grunddefinition ‚Verbandsingerenz‘                                                                      | 295 |
| 2. Ingerenzen und Kompetenzen                                                                              | 296 |
| a) Abgrenzung der ‚Ingerenz‘ von ‚Zuständigkeit‘ und ‚Kompetenz‘                                           | 296 |
| b) Ingerenzen im ‚Kompetenzvorfeld‘, im ‚Staatsinneren‘                                                    | 298 |

|                                                                                      |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| c) Faktisch-politische Einbettung und Außenwirkungen von Ingerenzen                  | 299 |
| 3. Vielgestaltigkeit und Systematisierung von Verbandsingerenzen                     | 300 |
| a) Systematisierung I: Einwirkungsingerenzen und Mitwirkungsingerenzen               | 300 |
| b) Systematisierung II: verfassungsstarke und unter-verfassungsrechtliche Ingerenzen | 301 |
| c) Systematisierung III: rechtsförmliche und faktische Ingerenzen                    | 304 |
| 4. Verbandsingerenzen auf einem Spektrum zwischen ‚Alltag‘, ‚Störfall‘ und ‚Krise‘   | 305 |
| a) ‚Alltag-Störfall-Krise‘-Spektrum                                                  | 305 |
| b) Ingerenzen bei ‚Störfällen‘ und in ‚Krisen‘                                       | 305 |
| aa) ‚Existenzkrisen‘: „Not“ als Tatbestandsmerkmal einiger Verbandsingerenzen        | 306 |
| bb) ‚Wertekrisen‘: Homogenitätsgarantien als Triebfedern einiger Verbandsingerenzen  | 306 |
| cc) ‚Nuclear Option‘(?): Bundesverfassungsänderung als Verbandsingerenzkomplex       | 308 |
| c) Ingerenzen des ‚Alltags‘                                                          | 310 |
| III. Verbandsgrundrechtspositionen                                                   | 311 |
| 1. Grunddefinition ‚Verbandsgrundrechtsposition‘                                     | 312 |
| 2. Besondere Abhängigkeit der Verbandsgrundrechtspositionen vom Modell des ‚Bundes‘  | 312 |
| 3. Wirkungsweise: Modifikation von Kompetenzen und Ingerenzen                        | 313 |
| B. Stellung der föderierten Einheiten mit Blick auf die Strukturelemente             | 313 |
| I. Eigene Kompetenzen der föderierten Einheiten                                      | 314 |
| 1. Überblick über die Verfassungstextbefunde                                         | 314 |
| 2. Gesetzgebungskompetenzen                                                          | 315 |
| a) Gemeinsamkeit: Enumerationsprinzip                                                | 315 |
| b) Unterschied: Parallelität v. Alternativität von Gesetzgebungskompetenzen          | 316 |
| aa) Gesetzgebungskompetenzalternativität unter dem Grundgesetz                       | 316 |
| bb) Gesetzgebungskompetenzparallelität unter der US-Verfassung                       | 317 |
| c) Folgefragen: zu Normenkollisionen und Vorrangfragen                               | 318 |
| aa) Zusammenhang von Kompetenzverteilungsschema und Normenkollision                  | 318 |
| bb) Vorrang der „Kollisionsvermeidung“ unter dem Grundgesetz                         | 318 |
| cc) „Kollisionsentscheidung“ unter der US-Verfassung                                 | 320 |
| d) Fazit: Prekäre Stellung der föderierten Einheiten im Legislativföderalismus       | 321 |
| 3. Verwaltungskompetenzen                                                            | 322 |
| a) Im Fokus: Kompetenzen für den Vollzug von Bundesrecht                             | 322 |
| b) Zwei unterschiedliche Modelle: Trennung und Verschränkung                         | 324 |



|                                                                                                       |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| c) Relativierung der Unterschiede in der unterverfassungsrechtlichen Praxis .....                     | 324 |
| aa) Unterverfassungsrechtliche Verschränkung im US-amerikanischen Vollzugsföderalismus .....          | 324 |
| bb) Trennungstendenzen durch erstarkende Bundesverwaltung unter dem Grundgesetz .....                 | 327 |
| d) Folgerung: föderale Machtambivalenz der Verwaltungskompetenzen                                     | 330 |
| aa) Gemenge von Trennungs- und Verschränkungselementen .....                                          | 330 |
| bb) Folgerungen für die Stellung der föderierten Einheiten .....                                      | 330 |
| (1) Starke Bundesverwaltung als Föderalismusgefährdung .....                                          | 331 |
| (2) Unsichere Macht der föderierten Einheiten durch Verwaltungsexpertokratie .....                    | 332 |
| 4. Exkurs: Rechtsprechungskompetenzen .....                                                           | 334 |
| a) Zwei unterschiedliche Modelle: Trennung und Ergänzung .....                                        | 334 |
| b) Hyperkomplexität im Detail .....                                                                   | 335 |
| 5. Fazit .....                                                                                        | 336 |
| II. Eigene <i>bottom-up</i> -Ingerenzen der föderierten Einheiten .....                               | 337 |
| 1. Mitwirkungsingerenzen der föderierten Einheiten .....                                              | 337 |
| a) Föderale Bundesorgane: <i>U.S. Senate</i> und Bundesrat .....                                      | 337 |
| aa) Föderale Bundesorgane als Foren ‚zwischen den Ebenen‘(?) ...                                      | 337 |
| bb) <i>Bottom-up</i> -Mitwirkung ‚über‘ die föderalen Bundesorgane ...                                | 341 |
| b) Weitere For(m)en der Mitwirkung der föderierten Einheiten auf Bundesebene .....                    | 342 |
| 2. Einwirkungsingerenzen der föderierten Einheiten .....                                              | 343 |
| 3. Fazit .....                                                                                        | 344 |
| III. Verbandsgrundrechtspositionen der föderierten Einheiten .....                                    | 345 |
| 1. Stellung der föderierten Einheiten nach dem Modell des Bundes .....                                | 345 |
| 2. Spuren der Verbandsgrundrechtspositionen in den Verfassungstexten                                  | 346 |
| a) Verfestigung der ‚Existenz‘ der föderierten Einheiten .....                                        | 346 |
| b) Verfestigung materieller Positionen der föderierten Einheiten .....                                | 347 |
| aa) Legitimationsstrukturen .....                                                                     | 348 |
| bb) Aufgaben, Funktionen und Kompetenzen .....                                                        | 349 |
| cc) Autonomie im operativen Geschäft .....                                                            | 350 |
| 3. Wirkungsweise der Verbandsgrundrechtspositionen: Modifikation von Kompetenzen und Ingerenzen ..... | 352 |
| a) <i>Status negativus</i> : Kompetenz- und Ingerenzausübungsschranken ...                            | 352 |
| b) <i>Status positivus</i> : Kompetenz- und Ingerenzausübungspflichten ...                            | 353 |
| c) <i>Status activus</i> : Kompetenz- und Ingerenzeffektivierung .....                                | 354 |
| d) <i>Status aequalis</i> : Gleichheitsfragen bei der Ausübung von Kompetenzen und Ingerenzen .....   | 355 |
| aa) Föderale Gleichheit im Modell des Bundes .....                                                    | 356 |

|                                                                                                         |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| bb) Zuschnitt: föderale Gleichheit und Bundeszuständigkeitsausübung .....                               | 356 |
| cc) „Modale Unbestimmtheit“ (auch) von föderaler Gleichheit ....                                        | 358 |
| 4. Rechtsprechungsnahe, ‚Störfall‘-Bezug und ‚Zugespitztheit‘ der Verbandsgrundrechtspositionen .....   | 360 |
| 5. Fazit .....                                                                                          | 361 |
| § 5 Strukturelemente II (Vertiefung): Verbandsgrundrechtspositionen als Kompetenz-ausübungsregeln ..... | 361 |
| A. <i>Status negativus</i> : Bundeskompetenzausübungsschranken .....                                    | 363 |
| I. Sachpolitische Gesetzgebungsreservate der föderierten Einheiten .....                                | 364 |
| 1. „Politische Selbsterhaltung“ durch sachpolitische Gestaltung im Legislativföderalismus .....         | 364 |
| 2. USA: „ <i>historic police powers</i> “ – lokaler Handel, lokale Kriminalität, lokale „Moral“ .....   | 364 |
| a) Obsolete Dogmatik: ausschließliche Gesetzgebungskompetenz der föderierten Einheiten .....            | 364 |
| b) Geltende Dogmatik: föderalismus-verfassungskonforme Auslegung .....                                  | 365 |
| aa) Keine Verdrängung ( <i>preemption</i> ) von Einzelstaatenrecht .....                                | 365 |
| bb) Partielle Nichtanwendbarkeit von Bundesrecht .....                                                  | 366 |
| c) ‚Ungesicherte‘ Dogmatik: Individualgrundrechte als Verbandskompetenzverteilungsschema? .....         | 369 |
| 3. Deutschland: ‚Kulturhoheit‘ und ‚Polizeihohheit‘ der Länder .....                                    | 371 |
| a) ‚Kulturhoheit‘ der Länder? .....                                                                     | 372 |
| b) ‚Polizeihohheit‘ der Länder? .....                                                                   | 376 |
| 4. Fazit und Ausblick: ‚kleine‘ ‚Kulturnationen‘ und ‚kleine‘ ‚Polizeistaaten‘ .....                    | 378 |
| II. Funktionsreservate der föderierten Einheiten, insbesondere legislative ‚Personalhoheit‘ .....       | 380 |
| 1. „Politische Selbsterhaltung“ durch Schutz der legislativen ‚Personalhoheit‘ .....                    | 381 |
| 2. USA: öffentliches (Sonder-)Arbeitsrecht durch die Hintertür .....                                    | 382 |
| a) Obsolete Dogmatik: Kompetenzwidrigkeit übergreifiger Bundesgesetze .....                             | 382 |
| b) Geltende Dogmatik: föderalismus-verfassungskonforme Auslegung .....                                  | 384 |
| 3. Deutschland: Landesbeamtenrecht als Feld föderaler Verfassungspolitik .....                          | 385 |
| a) ‚Personalhoheit‘ der Länder unter bundesverfassungsrechtlichem Vorbehalt .....                       | 385 |
| b) Austarierung von föderalen Positionen im Landesbeamtenrecht durch Verfassungsänderungen .....        | 386 |
| 4. Fazit und Ausblick: umstrittene etatistische Argumentation .....                                     | 387 |

|                                                                                                                                                |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| III. Schutz vor bundesgesetzlicher ‚Haftbarkeit‘ .....                                                                                         | 388 |
| 1. „Politische Selbsterhaltung“ durch Immunität föderierter Einheiten gegenüber Ansprüchen von Individuen, v. a. im ‚Staatshaftungsrecht‘ .... | 388 |
| 2. USA: „ <i>sovereign immunity</i> “ auch bei bundesgesetzlichen Anspruchsgrundlagen .....                                                    | 389 |
| a) ‚ <i>Sovereign immunity</i> ‘ als (teilweise) föderalismusverfassungsrechtliche Frage .....                                                 | 389 |
| b) Leitentscheidungen zum „ <i>immunity federalism</i> “ .....                                                                                 | 391 |
| c) Relativierungen der ‚ <i>sovereign immunity</i> ‘-Dogmatik .....                                                                            | 392 |
| 3. Deutschland: ‚Staatshaftung‘ der Länder als Feld föderaler Verfassungspolitik .....                                                         | 396 |
| a) ‚Staatshaftung‘ der Länder als (sensibler) Normalfall .....                                                                                 | 396 |
| b) ‚Staatshaftungs(-tatbestands-)relevantes Recht‘ des Bundes .....                                                                            | 397 |
| c) Austarierung von föderalen Positionen im ‚Staatshaftungsrecht‘ durch Verfassungsänderungen .....                                            | 398 |
| 4. Fazit und Ausblick: Immunität zwischen „Würde“ und Finanzhoheit                                                                             | 401 |
| IV. Abstimmung von instrumentell definierten Gesetzgebungskompetenzen – „Rechtsregime“-Koordinierung .....                                     | 402 |
| 1. „Politische Selbsterhaltung“ im Spannungsfeld von „Rechtsregimen“ (insbesondere Privatrecht und Steuerrecht) .....                          | 403 |
| 2. USA: Regimekonflikte zwischen dogmatischer Ignoranz und Friktionstoleranz .....                                                             | 406 |
| a) Föderale Konflikte um Abgaben- und Sachgesetzgebung: dogmatisch weitgehend ignoriert .....                                                  | 406 |
| b) Föderale Konflikte um Privatrecht und öffentliches Recht: Friktionstoleranz .....                                                           | 408 |
| 3. Deutschland: Friktionsauflösung oder Kollisionsvermeidung zu Lasten föderaler Gestaltungsvielfalt .....                                     | 409 |
| a) Föderale Konflikte um Abgaben- und Sachgesetzgebung: Friktionsauflösung für rechtsstaatliche Widerspruchsfreiheit .....                     | 409 |
| b) Föderale Konflikte um Privatrecht und öffentliches Recht: Kollisionsvermeidung durch Stärkung des Privatrechtsgesetzgebers .....            | 411 |
| aa) Wohnraummiet(-vertrags-)recht als primär „bürgerliches Recht“                                                                              | 412 |
| bb) Wohnraummiethöhenregulierung durch ‚öffentliches Recht‘(?)                                                                                 | 413 |
| cc) Lösungsmöglichkeiten: Friktionsauflösung (durch Hierarchie oder Rücksichtnahme), Friktionstoleranz oder Kollisionsvermeidung? .....        | 416 |
| 4. Fazit und Ausblick: zwischen Gestaltungsfreiheit und rechtsstaatlicher Widerspruchsfreiheit .....                                           | 418 |
| B. <i>Status positivus</i> : Bundeskompetenzausübungspflichten .....                                                                           | 419 |
| I. „Politische Selbsterhaltung“ föderierter Einheiten bei Untätigkeit der Bundesebene .....                                                    | 419 |

|                                                                                                                                   |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| II. USA: Klagen von „quasi-souveränen“ Einzelstaaten gegen „ <i>federal inaction</i> “ .....                                      | 420 |
| 1. „ <i>Federal inaction</i> “ als potenziell föderaler Konflikt .....                                                            | 420 |
| 2. Fallbeispiele aus der Rechtsprechung .....                                                                                     | 421 |
| a) Klimaschutzrecht: <i>Massachusetts v. Environmental Protection Agency</i> .....                                                | 421 |
| b) Aufenthaltsrecht: <i>Texas v. United States</i> .....                                                                          | 424 |
| III. Deutschland: ‚Staatlichkeit‘ als Anspruchstitel für effektiven Bundeskompetenzgebrauch(?) .....                              | 425 |
| 1. Fehlen von einschlägigem Fallrecht .....                                                                                       | 425 |
| 2. Fallbeispiele aus dem Schrifttum .....                                                                                         | 426 |
| a) Umweltschutz: „Kernkraftwerk und Staatsgrenze“ (Kloepfer/Kohler) .....                                                         | 426 |
| b) Asyl-, Migrations- und Aufenthaltsrecht: „Migrationskrise als föderales Verfassungsproblem“ (Di Fabio) .....                   | 427 |
| IV. Fazit und Ausblick: zwischen ‚Gewaltenteilungsbewältigung‘ und Etatismus .....                                                | 430 |
| C. <i>Status activus</i> : Effektivierung der Kompetenzen der föderierten Einheiten ....                                          | 431 |
| I. „Politische Selbsterhaltung“ durch effektives Gebrauchendürfen der eigenen Kompetenzen .....                                   | 431 |
| II. USA: Kompetenz(-nichtgebrauchs-)kompensation, effektivierende Supplementierung von und Gegenentwürfe zum Bundesrecht(?) ..... | 433 |
| 1. Kompetenz(-nichtgebrauchs-)kompensation: Beispiel Klimaschutzrecht .....                                                       | 433 |
| 2. Effektivierende Supplementierung von Bundesrecht(?): Beispiel Aufenthaltsrecht .....                                           | 435 |
| 3. Gegenentwürfe zum Bundesrecht(?): Beispiel ‚ <i>medical marijuana</i> ‘ ...                                                    | 437 |
| III. Deutschland: Kompetenzeffektivierung zwischen Individualgrundrechtsschutz, Landesverfassungsidentität und Etatismus(?) ..... | 440 |
| 1. Effektiver (Bundes-)Individualgrundrechtsschutz und Kompetenzeffektivierung: Beispiel Hochschulrecht .....                     | 440 |
| 2. Landesverfassungsrecht und Kompetenzeffektivierung(?): Beispiel Wohnungsmietrecht .....                                        | 441 |
| 3. Etatismus und Kompetenzeffektivierung(?): Beispiel Grenzschutz ....                                                            | 442 |
| IV. Fazit und Ausblick: Drang zur Kompetenzparallelität(?) .....                                                                  | 445 |
| D. <i>Status aequalis</i> : Bundeskompetenzausübung und föderale Gleichheit .....                                                 | 447 |
| I. Durchgriff auf – gleiche – Individuen in den föderierten Einheiten .....                                                       | 448 |
| II. Grundtendenz: Egalisierung durch Bundeskompetenzausübung .....                                                                | 448 |
| III. Erscheinungsformen föderaler Disparitäten bei der Bundeskompetenzausübung .....                                              | 449 |
| 1. „ <i>Disparate treatment</i> “ oder „ <i>disparate impact</i> “ .....                                                          | 449 |
| 2. Beispiele .....                                                                                                                | 450 |
| 3. Unterfall allgemeiner Raumbezogenheit von Recht .....                                                                          | 452 |

|                                                                                                                              |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| IV. Zur Rechtfertigung föderaler Disparitäten bei der Ausübung von Bundeskompetenzen .....                                   | 453 |
| 1. Primärer Maßstab: Individualgleichheitsgrundrechte .....                                                                  | 453 |
| 2. Spezifisch föderalismusverfassungsrechtliche Anforderungen? .....                                                         | 455 |
| a) Verfassungstextbefunde: steuerungsschwach bis unergiebig .....                                                            | 455 |
| aa) US-Verfassung: <i>Uniformity Clause</i> und <i>Port Preference Clause</i> (?) .....                                      | 456 |
| bb) Grundgesetz: Art. 72 Abs. 2 GG? .....                                                                                    | 456 |
| b) Ungeschriebene Grenzen wegen Beeinträchtigungen der „politischen Selbsterhaltung“ der föderierten Einheiten? .....        | 458 |
| aa) Regelfall: keine Beeinträchtigung der „politischen Selbsterhaltung“ bei Kompetenzausübungsdisparitäten .....             | 458 |
| bb) Ausnahmen: disparate Kompetenzausübung zugleich als Ingerenzausübung .....                                               | 459 |
| c) Föderale Anreicherung der Individualgleichheitsdogmatik? .....                                                            | 461 |
| V. Weitere Fragen ‚föderaler Gleichheit‘ bei der Ausübung von Bundeskompetenzen ( <i>zwei Exkurse</i> ) .....                | 462 |
| 1. Exkurs I: Pflichten zur föderal disparaten Ausübung von Bundeskompetenzen? .....                                          | 462 |
| 2. Exkurs II: Pflichten zur Beseitigung vorgefundener föderaler Disparitäten durch die Ausübung von Bundeskompetenzen? ..... | 463 |
| VI. Fazit und Ausblick: föderal weitgehend indifferente Maßgeblichkeit der Rechtspositionen von Individuen .....             | 465 |
| § 6 Strukturelemente III (Vertiefung): Verbandsgrundrechtspositionen als Ingerenzausübungsregeln .....                       | 466 |
| A. <i>Status negativus</i> : Bundesingerenzausübungsschranken .....                                                          | 466 |
| I. Grenzen von Einnisierungen in die Legislative .....                                                                       | 467 |
| 1. „Politische Selbsterhaltung“ durch selbstständige Gesetzgebung .....                                                      | 467 |
| 2. USA: <i>anti-commandeering doctrine</i> (I) – Kern des ‚Würde‘-Föderalismus .....                                         | 468 |
| a) Die <i>anti-commandeering doctrine</i> im Legislativbereich .....                                                         | 468 |
| b) <i>Preclearance</i> – Gesetzgebung unter Genehmigungsvorbehalt .....                                                      | 471 |
| 3. Deutschland: Autonomie der Landesgesetzgebung als Refugium im Verschränkungs föderalismus .....                           | 473 |
| a) Frühere Rahmengesetzgebung .....                                                                                          | 474 |
| b) Bundesgesetzliche Pflichten der Landesparlamente zur Gesetzgebung(?) .....                                                | 476 |
| c) Bundesgesetzliche Pflichten der Landesregierungen zum Erlass von Rechtsverordnungen .....                                 | 478 |
| 4. Fazit und Ausblick: legislative ‚Willensfreiheit‘ zwischen Etatismus und Demokratietheorie .....                          | 480 |

|                                                                                                                                   |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| II. Grenzen von Einmischungen in die Exekutive .....                                                                              | 481 |
| 1. „Politische Selbsterhaltung“ durch ‚autonome‘ und verantwortungsklare Verwaltung .....                                         | 481 |
| a) Vorbemerkung und Exkurs: zum <i>status negativus</i> bei ‚Störfällen‘ und in ‚Krisen‘ .....                                    | 482 |
| aa) ‚Notstand‘ (i. w. S.) .....                                                                                                   | 482 |
| bb) ‚Bundeszwang‘ .....                                                                                                           | 488 |
| b) Fokus: Eigenständigkeit der Arbeit der Exekutiven – trotz Verschränkungsstrukturen .....                                       | 489 |
| 2. USA: <i>anti-commandeering doctrine</i> (II) sowie Autonomie im <i>cooperative federalism</i> .....                            | 490 |
| a) Die <i>anti-commandeering doctrine</i> im Exekutivbereich .....                                                                | 490 |
| b) Autonomiepositionen im <i>cooperative federalism</i> .....                                                                     | 493 |
| 3. Deutschland: bundesrechtliche Programmierung der Länderverwaltungen als Regelfall – mit letzten etatistischen(?) Grenzen ..... | 494 |
| a) Exekutive Verschränkungen als Regelfall .....                                                                                  | 495 |
| b) Paradigmatisches Beispiel: Grenzen von Weisungen im Rahmen der Auftragsverwaltung .....                                        | 495 |
| c) Ausnahmekonstellationen: bundesgesetzlich mandatierte Rücksicht auf politische Gestaltung durch die Länder .....               | 498 |
| 4. Fazit und Ausblick: föderale ‚Würde‘ und ‚Treue‘ in Verschränkungsstrukturen .....                                             | 500 |
| III. <i>Exkurs</i> : Grenzen von Einmischungen in die Judikative .....                                                            | 502 |
| IV. Grenzen von Einmischungen im Finanzverfassungsrecht .....                                                                     | 502 |
| 1. „Politische Selbsterhaltung“ durch Finanzverantwortung, insbesondere durch Ausgabenverantwortung .....                         | 503 |
| a) Schnittpunkte von Föderalismusverfassungsrecht und Finanzverfassungsrecht .....                                                | 503 |
| b) <i>Exkurs</i> : Verbandsingerenzgrenzen beim Einnehmen und Verteilen von Finanzmitteln .....                                   | 504 |
| c) <i>Fokus</i> : Verbandsingerenzgrenzen beim Ausgeben von Finanzmitteln .....                                                   | 506 |
| 2. USA: <i>conditional grants</i> als richterrechtlich unscharf verbotenes faktisches „ <i>commandeering</i> “? .....             | 506 |
| a) Unscharfes, instrumentalisierbares Fünf-Elemente-Prüfprogramm .....                                                            | 507 |
| b) Insbesondere: Schutz einzelstaatlicher ‚Willensfreiheit‘ vor faktischem „Zwang“ als ‚Würde‘-Frage(?) .....                     | 510 |
| 3. Deutschland: Bundesfinanzhilfen als ‚goldene Zügel‘ im Verfassungsänderungssog .....                                           | 514 |
| a) Versuch einer verfassungstextlichen Formalisierung der „Fondswirtschaft“ in den 1960er Jahren .....                            | 515 |
| b) Schärfung der Anforderungen durch das Bundesverfassungsgericht in den 1970er Jahren .....                                      | 516 |

|                                                                                                                                                           |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| c) Verfassungsänderungen im neuen Jahrtausend: ‚goldene Zügel‘ und der lockere Zaum der Föderalismusreformen .....                                        | 517 |
| d) Umgehung durch „vertraglich konditionierte, aufschiebend bedingte Umsatzsteuerneuverteilung“? .....                                                    | 519 |
| 4. Fazit und Ausblick: (wiederum) ‚Willensfreiheit‘ zwischen Etatismus und Demokratietheorie; prekärer Status des Arguments .....                         | 522 |
| V. <i>Exkurs</i> : Grenzen von Einmischungen im öffentlichen Dienstrecht .....                                                                            | 524 |
| VI. Grenzen von Einmischungen in die ‚Staats‘-Organisation und -‚Willens‘-Bildung der förderierten Einheiten, einschließlich Wahlrechtsföderalismus ..... | 525 |
| 1. „Politische Selbsterhaltung“ durch ‚staats‘-organisationsbezogene ‚Verfassungsautonomie‘ .....                                                         | 525 |
| a) Zum ‚staats‘-organisationsbezogenen Teil der Verfassungsautonomie .....                                                                                | 525 |
| b) Relativität der ‚staats‘-organisationsbezogenen Verfassungsautonomie .....                                                                             | 528 |
| 2. USA: Einzel-‚Staatlichkeit‘ und Wahlrechtsföderalismus unter Vorbehalt .....                                                                           | 530 |
| a) Einzel-‚Staatlichkeit‘ unter Vorbehalt („ <i>conditions on statehood</i> “) .....                                                                      | 530 |
| b) Tendenzen zum Wahlrechtsunitarismus bei der aktiven Wahlberechtigung .....                                                                             | 533 |
| c) (Selbstgewählt uniformer) Wahlrechtsföderalismus: <i>non-citizen voting</i> .....                                                                      | 536 |
| d) Toleranz gegenüber direkt-demokratischer ‚Staatswillensbildung‘ in den Einzelstaaten .....                                                             | 538 |
| 3. Deutschland: ‚Staat‘ und ‚Volk‘ unter Bundesverfassungsrechtsvorbehalt; Wahlrechtsunitarismus .....                                                    | 540 |
| a) Grundlegung im Südweststaat-Urteil: „Die Länder sind [...] Staaten [unter Vorbehalt]“ .....                                                            | 540 |
| b) Relativierungen der freien ‚Staatswillensbildung‘ der Länder .....                                                                                     | 542 |
| c) Wahlrechtsunitarismus (Wahlrechtsnationalismus): kein Wahlrecht für Ausländerinnen und Ausländer .....                                                 | 545 |
| 4. Fazit und Ausblick: ‚Staats‘-Organisation und autonome Demokratie-<br>verwirklichung unter Vorbehalt .....                                             | 546 |
| VII. Grenzen von Einmischungen durch Bundesverfassungsänderungen als<br>Meta-Ingerenzen .....                                                             | 549 |
| 1. „Politische Selbsterhaltung“ durch Bundesverfassungsänderungsgrenzen .....                                                                             | 550 |
| a) (Unscharfe) Vertragsdenken .....                                                                                                                       | 550 |
| b) Prozedurale und materielle, geschriebene und ungeschriebene Bundesverfassungsänderungsgrenzen .....                                                    | 551 |
| 2. USA: hohe Änderungsfestigkeit der Verfassung und starke Prozeduralisierung .....                                                                       | 553 |
| a) Formelle Verfassungsänderungsgrenzen: Prozeduralisierung von<br>Verbandsgrundrechtspositionen .....                                                    | 553 |

|                                                                                                                                     |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| b) Materielle Verfassungsänderungsgrenzen: (gescheiterte) Argumentation für verfassungsänderungsfeste Verbandsgrundrechtspositionen | 555 |
| c) ( <i>Non-Justiciability</i> ) – (k)eine Frage für die Gerichte(?)                                                                | 559 |
| 3. Deutschland: hohe Änderungsfrequenz, inoperable materielle Grenzen                                                               | 560 |
| a) Formelle Verfassungsänderungsgrenzen: weitgehend unitarisiertes, änderungsaffines Verfahren                                      | 560 |
| b) Materielle Verfassungsänderungsgrenzen: kaum operabler Schutz eines (etatistischen) „Hausguts“ der Länder                        | 561 |
| c) Gerichtliche Durchsetzbarkeit: faktische Non-Justiziabilität?                                                                    | 565 |
| 4. Fazit und Ausblick: unterschiedliche Dichten der Prozeduralisierung und zahnloser Etatismus                                      | 565 |
| B. <i>Status positivus</i> : Bundesingereanzausübungspflichten                                                                      | 567 |
| I. <i>Status positivus</i> in der ‚Vertikalen‘: Ansprüche auf Solidarität der Bundesebene?                                          | 567 |
| 1. „Politische Selbsterhaltung“ durch Solidarität                                                                                   | 567 |
| 2. USA: intensive Eigenverantwortung der Staaten                                                                                    | 569 |
| a) Notstandsverfassung: Solidarität nach präsidentiellem Ermessen                                                                   | 569 |
| b) Finanzverfassung: bundesparlamentarisch gesetzte ‚no bailout‘-Regel                                                              | 571 |
| 3. Deutschland: intensive „Bundessolidarität“                                                                                       | 573 |
| a) Notstandsverfassung: „verfassungsunmittelbare“ Ansprüche auf Unterstützung; Solidarität durch ‚Verantwortungsübernahme‘          | 573 |
| b) Finanzverfassung: finanzielle Unterstützung zwischen Ermessen und „bedingungsloser“ Solidarität                                  | 575 |
| 4. Fazit und Ausblick: föderale Eigenverantwortung versus bündisch-etatistische Solidarität                                         | 578 |
| II. <i>Status positivus</i> in der ‚Diagonalen‘: Ansprüche auf Einschreiten der Bundesebene?                                        | 580 |
| 1. „Politische Selbsterhaltung“ im Bund als Rechtsgemeinschaft                                                                      | 580 |
| 2. USA: Bundesgerichte als Streitschlichter zwischen Einzelstaaten                                                                  | 581 |
| a) Verfassungsunmittelbare Streitigkeiten: das Beispiel der Auslieferung zwischen Einzelstaaten                                     | 581 |
| b) Einfach-rechtliche Streitigkeiten: das Beispiel grenzüberschreitender Umweltverschmutzung zwischen Einzelstaaten                 | 583 |
| 3. Deutschland: „bündische Sorge für das Grundgesetz“ (Kruis) in unitarisierte Arbeitsgemeinschaft                                  | 585 |
| a) Unitarisierung und „bündische Sorge für das Grundgesetz“ (Kruis)                                                                 | 585 |
| b) Abstrakte Normenkontrolle fremden Landesrechts auf ‚Homogenität‘ und zur ‚Gewaltenteilungsbewältigung‘                           | 586 |
| c) Ansprüche auf Einsatz von Aufsichtsmitteln?                                                                                      | 588 |
| d) Ansprüche der Länder auf Moderiertwerden (das Beispiel der COVID-19-Pandemie)?                                                   | 589 |



|                                                                                                                                       |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 4. Fazit und Ausblick: Bund als Rechtsgemeinschaft – zwischen ‚Staaten‘-Gemeinschaft, Arbeitsgemeinschaft und Wertegemeinschaft ..... | 591 |
| C. <i>Status activus</i> : Effektivierung der Ingerenzen der förderierten Einheiten .....                                             | 592 |
| I. „Politische Selbsterhaltung“ durch Kompensation von Kompetenz-, Verlusten‘ im kooperativen Föderalismus .....                      | 593 |
| 1. Kompensation: Ingerenzen statt Kompetenzen? .....                                                                                  | 593 |
| 2. Einfach-rechtliche und verfassungspolitische Gestaltungsperspektive .....                                                          | 594 |
| II. USA: „Macht des Dieners“ (Bulman-Pozen und Gerken) durch informalfaktische Ingerenzen .....                                       | 595 |
| 1. ‚Performance‘ und Verweigerung als Ingerenzen des „Dieners“ .....                                                                  | 595 |
| 2. Fallstudie: <i>CAA-Inspection and Maintenance Programs</i> .....                                                                   | 596 |
| III. Deutschland: verfassungspolitische Kompensationsthesen (Hesse) .....                                                             | 598 |
| 1. Kompensation i.e. S. I: Bundesratsbeteiligung bei der Ausübung neuer Bundeskompetenzen .....                                       | 598 |
| 2. Kompensation i.e. S. II: <i>bottom-up</i> -Ingerenzen bei der Ausübung neuer <i>top-down</i> -Ingerenzen .....                     | 600 |
| 3. Kompensation i. w. S.: Verwaltungsexpertokratie und Parteienbundesstaat statt Legislativvielfalt .....                             | 601 |
| a) Verwaltungsexpertokratie der Länder als Gewaltenteilungsposten ..                                                                  | 601 |
| b) Parteienbundesstaat als Stabilitätsposten .....                                                                                    | 605 |
| IV. Fazit und Ausblick: Relativierung der Verfassungstexte, (In-)Formalität(en), Grenzen der Dogmatik .....                           | 607 |
| D. <i>Status aequalis</i> : gleichheitsbezogene Bundesingerenzausübungsregeln .....                                                   | 608 |
| I. „Politische Selbsterhaltung“ durch prozedurale Gleichheit der förderierten Einheiten .....                                         | 609 |
| II. USA: von „ <i>equal footing</i> “ zu „ <i>equal sovereignty</i> “ – föderale Gleichheit und föderale Würde .....                  | 609 |
| 1. Leitentscheidung: <i>Shelby County v. Holder</i> (2013) .....                                                                      | 609 |
| 2. Verfassungsgeschichte: <i>equal footing doctrine</i> .....                                                                         | 612 |
| 3. Gegenwärtige Dogmatik: Konturen des „ <i>equal sovereignty</i> “-Topos ...                                                         | 613 |
| a) Ziele der Konturierung .....                                                                                                       | 613 |
| b) Drei-Elemente-Test .....                                                                                                           | 614 |
| c) Mögliche Anwendung: <i>equal sovereignty</i> und legislative Selbstbestimmung .....                                                | 616 |
| III. Deutschland: prozedurale und solidarische Gleichheit .....                                                                       | 618 |
| 1. Föderale Gleichheit als Grundsatz mit punktuellen Einschränkungen ..                                                               | 618 |
| 2. Föderal disparate legislative Selbstbestimmung? .....                                                                              | 620 |
| 3. Föderal disparates Finanzverfassungsrecht .....                                                                                    | 622 |
| IV. Fazit und Ausblick: punktuell sanktionierte Gleichheit zwischen Würde und Solidarität .....                                       | 625 |

|                                                                                                                      |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| § 7 Wirkungsdimensionen I: Texte ‚vor Gericht‘ – gerichtlich durchsetzbare Dogmatik                                  | 627 |
| A. Induktiver Ausgangspunkt: ‚Rechtsinhaltsquelltexte‘ als textuelle Träger von<br>Verbandsgrundrechtspositionen     | 628 |
| I. Typologien von Rechtstexten und die Kategorie der ‚Rechtsinhaltsquell-<br>texte‘                                  | 629 |
| 1. Struktur von Gattungsbegriffen                                                                                    | 629 |
| 2. Außer-rechtswissenschaftliche Ansätze                                                                             | 630 |
| 3. Rechtswissenschaftliche Ansätze                                                                                   | 631 |
| a) ‚Rechtssatztexte‘ und ‚Rechtsakttexte‘                                                                            | 631 |
| b) ‚Rechtserzeugungsquelltexte‘, ‚Rechtswertungsquelltexte‘ und<br>‚Rechtserkenntnisquelltexte‘                      | 632 |
| c) Exkurs (und Abgrenzung): ‚Rechtsarbeitstexte‘                                                                     | 634 |
| 4. Abgrenzungsschwierigkeiten: die Grenz-Kategorie der ‚Rechtsinhalts-<br>quelltexte‘                                | 635 |
| a) Dogmatisch arbeitende rechtswissenschaftliche Texte als Rechtsin-<br>haltsquelltexte                              | 635 |
| b) Texte der Rechtsprechung: ‚jedenfalls‘ Rechtsinhaltsquelltexte                                                    | 637 |
| aa) ‚Richterrecht‘ und Rechtsquellenlehre                                                                            | 637 |
| bb) Komparatistischer Hinweis: Rechtsquellen im US-Recht                                                             | 638 |
| cc) Sonderstellung des Verfassungsrechts(?)                                                                          | 639 |
| dd) Fazit: Texte der Rechtsprechung ‚zumindest‘ als Rechtsinhalts-<br>quelltexte                                     | 642 |
| II. Verbandsgrundrechtspositionen – verfassungstextfernes Argumentieren in<br>Rechtsinhaltsquelltexten ‚vor Gericht‘ | 642 |
| 1. Verfassungstextfernes Argumentieren                                                                               | 642 |
| a) ‚Verfassungstextferne‘; ‚Ungeschriebenes‘                                                                         | 642 |
| b) ‚Argumentieren‘                                                                                                   | 643 |
| 2. Rechtsinhaltsquelltexte ‚vor Gericht‘                                                                             | 644 |
| a) (Kon-)textuell-institutionelle Einbettung: ‚vor Gericht‘                                                          | 644 |
| b) ‚Real‘ oder virtuell ‚vor Gericht‘: Rechtsinhaltsquelltexte                                                       | 645 |
| 3. Fazit                                                                                                             | 646 |
| III. Rechtsinhaltsquelltexte der Rechtsprechung: kanonisch, obsolet, apokryph                                        | 646 |
| 1. Kanonische Texte der Rechtsprechung: geltendes ‚Richterrecht‘ (‚good<br>law‘)                                     | 646 |
| 2. Obsolete Texte der Rechtsprechung                                                                                 | 647 |
| a) ‚Obsolet‘                                                                                                         | 647 |
| b) Obsoleszenz aufgrund eines Wandels der Rechtsprechung (‚overrul-<br>ling‘)                                        | 648 |
| c) Obsoleszenz aufgrund förmlicher Verfassungsänderungen                                                             | 648 |
| d) Faktische Wirkmacht trotz ‚richterrechtlicher‘ Obsoleszenz                                                        | 649 |

|                                                                                                                      |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 3. Apokryphe Texte der Rechtsprechung, insbesondere <i>obiter dicta</i> und Sondervoten .....                        | 650 |
| a) ‚Apokryph‘ .....                                                                                                  | 650 |
| b) Sondervoten .....                                                                                                 | 651 |
| c) <i>Obiter dicta</i> und Maßstabssetzung .....                                                                     | 652 |
| d) Faktische Wirkmacht trotz relativer ‚Verborgtheit‘ .....                                                          | 655 |
| IV. Rechtsinhaltsquellenaußerhalb der Rechtsprechung .....                                                           | 656 |
| 1. Rechtsinhaltsquellenaußerhalb der Rechtswissenschaft .....                                                        | 656 |
| a) Gutachten; <i>amicus curiae</i> briefs .....                                                                      | 657 |
| b) ‚Abhandlungen‘ und ‚akademische Reflexion‘ .....                                                                  | 658 |
| 2. <i>Exkurs</i> : geübte Praxis nicht-judikativer Akteure als Rechtsinhaltsquelle?                                  | 662 |
| B. „Gerichtsfähige“ Dogmatik: eine diskursiv gebildete, formalisierte, instrumentalisierbare „Zwischenschicht“ ..... | 663 |
| I. Rechtsdogmatik als „Zwischenschicht“ .....                                                                        | 664 |
| 1. Grunddefinition von ‚Rechtsdogmatik‘ .....                                                                        | 664 |
| 2. „Zwischenschicht“ .....                                                                                           | 665 |
| 3. Akteure der Dogmatikbildung: Praxis und Wissenschaft .....                                                        | 665 |
| II. Konkretisierung: ‚gerichtlich durchsetzbare Dogmatik‘ .....                                                      | 667 |
| 1. Gerichtszentrismus („Gerichtsfähigkeit“) der Rechtsdogmatik .....                                                 | 667 |
| 2. Benennung (und Relativierung) des Gerichtszentrismus .....                                                        | 667 |
| III. Dogmatik und Rechtsinhaltsquellenaußerhalb: Dogmatikbildung als diskursive Text-,Arbeit‘ .....                  | 668 |
| 1. Abgrenzung: unitarisch-statisches ‚Dogmatik‘-Verständnis .....                                                    | 668 |
| 2. Dogmatik(-bildung) als ‚Diskurs‘ – ‚Pluralismus‘ der Dogmatikbildung .....                                        | 669 |
| 3. Dogmatikbildung als kollektive Text-,Arbeit‘ .....                                                                | 670 |
| 4. Hierarchien, Ausschlüsse, Gewichtungen und Wertungen im dogmatischen Diskurs .....                                | 671 |
| IV. Formalisierung und Instrumentalisierung durch Dogmatik .....                                                     | 674 |
| 1. Formalisierungsleistung von Dogmatik .....                                                                        | 675 |
| a) ‚Form‘ und ‚Inhalt‘ als untrennbar verwobene Elemente von Dogmatik .....                                          | 675 |
| b) Formalistische und funktionalistische Formalisierung .....                                                        | 677 |
| 2. Instrumentalleistung(en) der Dogmatik .....                                                                       | 678 |
| a) Dogmatische Dimension von ‚Instrumentalisierung‘ .....                                                            | 679 |
| b) Materiell-inhaltliche (hier: ideenpolitische) Dimension von ‚Instrumentalisierung‘ .....                          | 680 |
| c) Realpolitisch-opportunistische Dimension von ‚Instrumentalisierung‘ .....                                         | 681 |
| 3. Zwischenfazit: Dogmatik als formalisierte Verhandlung verschiedener Dimensionen von Instrumentalisierung .....    | 684 |

|                                                                                                                                          |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| C. Dogmatik und Rhetorik der Verbandsgrundrechtspositionen: Zuspitzungen . . .                                                           | 685 |
| I. Zuspitzung von Gerichtsfähigkeit, Formalisierung und Instrumentalisierung in der Dogmatik der Verbandsgrundrechtspositionen . . . . . | 685 |
| 1. Zugespitzte Gerichtsfähigkeit . . . . .                                                                                               | 686 |
| 2. Zugespitzte Formalisierung . . . . .                                                                                                  | 687 |
| 3. Zugespitzte Instrumentalisierung(en) . . . . .                                                                                        | 689 |
| II. Vorausschau und Hypothese zum Zusammenspiel von Dogmatik und Rhetorik . . . . .                                                      | 691 |
| 1. Induktiver Ausgangspunkt: rhetorische Auffälligkeiten (Zuspitzungen) . . . . .                                                        | 691 |
| 2. Hypothese 2.1: dogmatische Zuspitzung in konventionalisierten Lesefiguren . . . . .                                                   | 692 |
| § 8 Wirkungsdimensionen II: Rechtsprechung im Trilog mit nicht-judikativer Praxis und (para-)demokratischer Öffentlichkeit . . . . .     | 693 |
| A. Vorüberlegung: Verfassung und ‚Wirkung‘ . . . . .                                                                                     | 694 |
| I. ‚Verfassungswirklichkeit‘ . . . . .                                                                                                   | 694 |
| II. Modi der Ver-,Wirklichung‘ von Verfassungsrecht . . . . .                                                                            | 696 |
| 1. Überblick . . . . .                                                                                                                   | 696 |
| 2. (Nicht-)Befolgung, Mobilisierung und Sanktionierung von Verfassungsrecht . . . . .                                                    | 698 |
| 3. Dynamische Setzung von Verfassungsrecht . . . . .                                                                                     | 700 |
| 4. Verfassungs(-rechts-)politik; ‚politische Kultur‘ der Verfassungsinterpretation . . . . .                                             | 701 |
| 5. Zusammenfassung . . . . .                                                                                                             | 702 |
| B. Drei Wirkungsdimensionen: nicht-judikative Praxis, (para-)demokratische Öffentlichkeit, Rechtsprechung . . . . .                      | 703 |
| I. Nicht-judikative Praxis: ‚departmentalist federalism‘ . . . . .                                                                       | 704 |
| 1. <i>Departmentalism</i> . . . . .                                                                                                      | 704 |
| a) ‚Horizontale‘ Gewaltenteilung . . . . .                                                                                               | 704 |
| b) Eigenständige ‚Verfassungstreue‘-Pflichten der nicht-judikativen Praxis . . . . .                                                     | 706 |
| 2. <i>Departmentalist federalism</i> . . . . .                                                                                           | 708 |
| a) Kerngeschäft: Gebrauch von Verbandskompetenzen und Verbandsingerenzen . . . . .                                                       | 709 |
| aa) „Erstinterpret[inn]en“ des Kompetenz- und Ingerenzrechts . . . . .                                                                   | 709 |
| bb) Kompetenz- und Ingerenzgebrauch als Betreiben von ‚Politik‘ . . . . .                                                                | 710 |
| b) Am Rand: Befolgen (und Entwickeln) von Verbandsgrundrechtspositionen . . . . .                                                        | 712 |
| aa) Befolgen verfestigter ‚richterrechtlicher‘ Verbandsgrundrechtspositionen . . . . .                                                   | 712 |
| bb) Berücksichtigung von Verbandsgrundrechtspositionen bei der Ermessensausübung . . . . .                                               | 713 |
| cc) Entwicklung von Verbandsgrundrechtspositionen . . . . .                                                                              | 714 |

|                                                                                                        |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| c) Sanktionierung von Föderalismusverfassungsrechtsverstößen: ( <i>soft nullification</i> ) .....      | 714 |
| aa) „ <i>Intergovernmental retaliation</i> “ .....                                                     | 715 |
| bb) <i>Nullification</i> .....                                                                         | 716 |
| cc) ‚ <i>Soft nullification</i> ‘ – Gegenprogramme zur Bundeslinie .....                               | 717 |
| dd) Ausblick: Interdependenzen mit der Rechtsprechung .....                                            | 718 |
| d) Finanzen und Personal als besondere Wirkfaktoren in der nicht-judikativen Praxis .....              | 719 |
| II. (Para-)demokratische Öffentlichkeit: ‚ <i>popular federalism</i> ‘ .....                           | 721 |
| 1. <i>Popular constitutionalism</i> .....                                                              | 722 |
| a) ‚Öffentlichkeit‘, ‚Volks‘-Bezug, ‚Meinung‘, ‚Kultur‘ als unscharfe Wirkungsfaktoren .....           | 722 |
| b) Zur Differenzierung zwischen ‚demokratisch‘ und ‚para-demokratisch‘ .....                           | 723 |
| c) Erscheinungsformen von <i>popular constitutionalism</i> i. w. S. ....                               | 724 |
| 2. ‚ <i>Popular federalism</i> ‘ .....                                                                 | 725 |
| a) Vorbemerkung I: die empirische Frage nach der Kraft von ‚ <i>popular federalism</i> ‘ .....         | 726 |
| b) Vorbemerkung II: Intermediäre (insbesondere politische Parteien) im Föderalismus .....              | 727 |
| c) Vorbemerkung III: ‚engagierte‘ Individuen ( <i>citoyens</i> ) im Föderalismus .....                 | 729 |
| d) ‚Volks‘-Gesetzgebung als Befolgung (Gebrauch und Behauptung) von Föderalismusverfassungsrecht ..... | 731 |
| e) Dynamisches Setzen von Föderalismusverfassungsrecht .....                                           | 733 |
| f) Mobilisieren von Föderalismusverfassungsrecht .....                                                 | 734 |
| g) Sanktionieren von Föderalismusverfassungsrechtsverstößen: Föderalismus und Wahlverhalten .....      | 735 |
| III. Rechtsprechung: ‚ <i>judicial federalism</i> ‘ .....                                              | 737 |
| 1. <i>Judicial (review) constitutionalism</i> .....                                                    | 737 |
| 2. <i>Judicial (review) federalism</i> .....                                                           | 738 |
| a) Verbandskompetenzen und Verbandsingerezenzen ‚vor Gericht‘ .....                                    | 738 |
| aa) Fokus gerichtlicher Kontrolle: Kompetenz- bzw. Ingerenzauslegung und -qualifikation .....          | 739 |
| bb) Gerichtliche Kontrollfreiheit des Kompetenz- und Ingerenzausübungsermessens .....                  | 742 |
| b) Ein zweiter Schritt: gerichtliche Durchsetzung von Verbandsgrundrechtspositionen .....              | 743 |
| IV. Zwischenfazit: Arbeitsteilung, „Toleranz“ und Zusammenspiel der Wirkungsdimensionen .....          | 744 |

|                                                                                                                                          |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| C. Rechtsprechung zu Verbandsgrundrechtspositionen im Trilog mit nicht-judikativer Praxis und (para-)demokratischer Öffentlichkeit ..... | 747 |
| I. Induktiver Ausgangspunkt: Interrelationen der Wirkungsdimensionen in den Fallgruppen zu den Verbandsgrundrechtspositionen .....       | 747 |
| 1. Mobilisierung von Verbandsgrundrechtspositionen .....                                                                                 | 747 |
| a) Angewiesensein der Rechtsprechung auf ein Befasstwerden von außen .....                                                               | 747 |
| b) Normalfall: Mobilisierung durch föderale Träger ‚selbst‘ .....                                                                        | 748 |
| c) Aber auch: Mobilisierung durch Mitglieder der para-demokratischen Öffentlichkeit .....                                                | 751 |
| d) Fazit: Miteinander und Synergie der Wirkungsdimensionen .....                                                                         | 753 |
| 2. Sanktionierung von Verbandsgrundrechtspositionen .....                                                                                | 754 |
| a) Verbandsgrundrechtspositionen zwischen <i>judicial activism</i> und <i>judicial (self-)restraint</i> .....                            | 754 |
| b) <i>Judicial (self-)restraint</i> gegenüber der nicht-judikativen Praxis ....                                                          | 755 |
| aa) Dosierte gerichtliche Prüfungsdichte und -tiefe; <i>non-justiciability (political question doctrine)</i> .....                       | 755 |
| bb) Schonung durch verfassungskonforme Auslegung und Bestimmtheitsgebote .....                                                           | 758 |
| c) <i>Judicial (self-)restraint</i> gegenüber der (para-)demokratischen Öffentlichkeit .....                                             | 761 |
| aa) Vorüberlegung: <i>counter-majoritarian federalism</i> ? .....                                                                        | 761 |
| bb) Demokratischem Föderalismus Raum geben: Gestaltungsreservate und Kompetenzzeffektivierung .....                                      | 764 |
| d) Fazit: Nebeneinander und Abstimmung der Wirkungsdimensionen .....                                                                     | 767 |
| 3. Dynamische Setzung von Verbandsgrundrechtspositionen ( <i>Exkurs</i> ) ...                                                            | 768 |
| a) Gegenwelten in der nicht-judikativen Verfassungspraxis .....                                                                          | 768 |
| b) Gegenwelten in der Verfassungspolitik, insbesondere durch Verfassungsänderungen .....                                                 | 769 |
| II. Vorausschau und Hypothese 2.2: ‚Wirken‘ als Lesen und Gelesenwerden .....                                                            | 770 |

### Knoten

|                                  |            |
|----------------------------------|------------|
| <b>Methodologische Reflexion</b> | <b>773</b> |
|----------------------------------|------------|

|                                                                                                                                                          |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| § 9 Methode(n): vergleichende Verfassungsrechtsdogmatikforschung im Trilog mit politischer Theorie und literaturwissenschaftlicher Rhetoriktheorie ..... | 773 |
| A. Zur Komponente der Rechtsdogmatikforschung .....                                                                                                      | 774 |
| I. Methodischer Pluralismus der Rechtswissenschaft .....                                                                                                 | 775 |
| II. Rechtsdogmatik und Rechtswissenschaft .....                                                                                                          | 776 |
| 1. Nochmals: der Forschungsgegenstand ‚Dogmatik‘ .....                                                                                                   | 776 |
| 2. Wissenschaftliche Professionalität statt demokratischer Legitimation .....                                                                            | 777 |

|                                                                                                                      |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 3. Teilnehmende Beobachtung und beobachtende Teilnahme .....                                                         | 779 |
| 4. Grade der Distanz zwischen Wissenschaft und Praxis .....                                                          | 780 |
| a) Erforschung der Grundlagen des Rechts .....                                                                       | 781 |
| b) Akademische Jurisprudenz – Wissenschaft mit dogmatischer Stimme .....                                             | 781 |
| c) Rechtsdogmatikforschung .....                                                                                     | 782 |
| d) Wissenschaftsvergleichende Notiz zur US-amerikanischen Rechtswissenschaft .....                                   | 783 |
| III. Methodologische Folgerungen für die vorliegende Studie .....                                                    | 786 |
| 1. Von der Forschungsfrage über die Hypothesen zur Methodik .....                                                    | 786 |
| 2. Methodologische Selbstverortung der Studie in der Rechtsdogmatikforschung .....                                   | 787 |
| a) Keine Jurisprudenz, sondern Rechtsdogmatikforschung .....                                                         | 787 |
| b) Umgang mit dem methodologischen Problem der Praxis-, v. a. Gerichtsnähe .....                                     | 788 |
| aa) Aufmerksamkeit auch für nicht-judikative Rechts-, Wirklichkeit .....                                             | 788 |
| bb) Untersuchung von „Bundesverfassungsgerichtspositivismus“ (Bernhard Schlink) .....                                | 789 |
| c) Impetus der Studie: <i>‘taking form seriously’</i> ( <i>‘form matters’</i> ) .....                                | 792 |
| B. Zur Komponente der doppelten Interdisziplinarität .....                                                           | 794 |
| I. Funktionen der Interdisziplinarität: Steigerung von Distanz, Analysepotential und ‚Vergleichbarkeit‘ .....        | 794 |
| II. Zu den beiden interdisziplinären Importen .....                                                                  | 794 |
| 1. Rhetorikanalyse – <i>‘law and literary criticism’</i> – <i>‘law and the humanities as interart studies’</i> ..... | 794 |
| 2. Ideenpolitikforschung .....                                                                                       | 797 |
| C. Zur Komponente der Rechtsvergleichung .....                                                                       | 798 |
| I. Was vergleichen? Zur Auswahl der zu vergleichenden Verfassungsordnungen .....                                     | 799 |
| 1. Transparenz hinsichtlich komparatistischer Auswahlentscheidungen ..                                               | 799 |
| 2. Pragmatische Einflüsse auf die Auswahlentscheidung .....                                                          | 799 |
| 3. Sachlich-inhaltliche Einflüsse auf die Auswahlentscheidung .....                                                  | 800 |
| a) Kanonisierung des US-amerikanisch-deutschen Föderalismusvergleichs .....                                          | 800 |
| b) Strukturell-typenbasierter, tendenziell äquivalenter Vergleich .....                                              | 801 |
| aa) Typus des freiheitlich-nationalstaatlich-repräsentativ-demokratischen Instrumentalföderalismus .....             | 801 |
| bb) Gemeinsames als Rahmen: Tendenz zum äquivalenten Vergleich .....                                                 | 802 |
| cc) Unterschiede im Detail: Trennung und Verschränkung, Konflikt und Konsens(?) .....                                | 804 |
| c) Verzerrungen und Ausschlüsse .....                                                                                | 805 |
| aa) „Methodologischer Nationalismus“ (Ulrich Beck) als methodologisches Problem .....                                | 805 |

|                                                                                         |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| bb) ‚Westernismus‘ als methodologisches Problem                                         | 806 |
| d) Umgang mit den Verzerrungen und Ausschlüssen                                         | 808 |
| aa) Mittelbarer, anekdotischer Einbezug von ‚externen‘ Wissensbeständen                 | 808 |
| bb) Keine systematische Untersuchung föderal-kolonialer ‚Komplizenschaft‘               | 809 |
| cc) Untersuchung von „methodologischem Nationalismus“, ‚Westernismus‘ und Kanonisierung | 810 |
| II. Wie Vergleichen? Zur Methodik des Vergleichens i. e. S.                             | 811 |
| 1. ‚Formalistisches‘ Vergleichen                                                        | 811 |
| a) Zum <i>tertium comparationis</i>                                                     | 812 |
| b) Kein (vollwertiger) Funktionalismus                                                  | 812 |
| aa) Methodik des (sozialwissenschaftlichen) Funktionalismus                             | 812 |
| bb) Berührungspunkte der Studie mit funktionalistischem Denken                          | 813 |
| c) Dogmatikfokussierter Formalismus                                                     | 815 |
| aa) „Legozentrismus“ als methodologische Schwäche von Dogmatikvergleichung              | 816 |
| bb) ‚Formalistische‘ Untersuchung von „Legozentrismus“                                  | 817 |
| d) Nähere Qualifizierung des gewählten formalistischen Ansatzes                         | 818 |
| aa) ‚Textualismus‘(?); rechtswissenschaftliche Textarbeit; <i>close reading</i>         | 819 |
| bb) <i>Conceptualism</i> ; rechtswissenschaftliche Begriffsarbeit (und ‚Ideenarbeit‘)   | 821 |
| cc) Abgrenzung und Ausblick: <i>expressivism</i>                                        | 824 |
| dd) Ansätze von Wissenschaftsvergleichung                                               | 826 |
| 2. Aufbau: integriertes Vergleichen, insbesondere durch Matrix- und Fallgruppenbildung  | 826 |
| a) Integriertes, verzahntes, explizites, symmetrisches Vergleichen                      | 826 |
| b) Binnengliederung, insbesondere durch Matrix- und Fallgruppenbildung                  | 827 |
| 3. ‚Ahistorisches‘ Vergleichen                                                          | 828 |
| a) Rechtsdogmatikforschung und ‚Rechtsgeschichte‘                                       | 829 |
| aa) Vergangenheitsbezug der Verfassungsrechtsdogmatik                                   | 829 |
| bb) (Allenfalls) Dogmatikgeschichte, nicht Rechtsgeschichte i. e. S.                    | 829 |
| b) Rechtsvergleichung und ‚Rechtsgeschichte‘                                            | 831 |
| aa) Synergieeffekte                                                                     | 831 |
| bb) Typologisch-struktureller, nicht genetischer Vergleich                              | 831 |
| c) Ausblick: vergleichende Rhetorikanalyse und ‚Geschichte‘                             | 833 |
| D. Zusammenfassung, Limitationen und Ausblick                                           | 834 |
| I. Zusammenfassung                                                                      | 834 |
| II. Limitationen                                                                        | 834 |



|                                                                      |     |
|----------------------------------------------------------------------|-----|
| III. Offenlassen, was offen ist (und das Offensein ausstellen) ..... | 835 |
|----------------------------------------------------------------------|-----|

### *Dritter Faden*

|                                                                                                                         |            |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>Rhetorik einer ‚lyrisch‘-anthropomorphen Lesekonvention</b>                                                          | <b>836</b> |
| § 10 Rhetorik, Dogmatik, Lesen: Dekonstruktion ideenpolitisch-dogmatischer Anthropomorphismen .....                     | 838        |
| A. Rhetorische Reichhaltigkeit: ‚föderale Würde‘ und ‚föderale Treue‘ als Anthropomorphismen .....                      | 839        |
| I. „Stellen [...], daß es gleichsam knallt“ .....                                                                       | 839        |
| II. Anthropomorphismus .....                                                                                            | 840        |
| 1. Sprachliche Vermenschlichung .....                                                                                   | 840        |
| 2. Mehr als bloße Rechtspersonlichkeit .....                                                                            | 842        |
| a) Rechts-‚Technik‘: föderale Träger als Rechtspersonen im positiven Recht .....                                        | 842        |
| aa) Verfassungstextbefunde .....                                                                                        | 842        |
| bb) Rechtspersonlichkeit hoheitlicher Träger als Gegenstand von Theoriearbeit .....                                     | 843        |
| b) Rhetorischer Überschuss: föderale Träger als Menschen .....                                                          | 847        |
| aa) Wesentlich Menschliches .....                                                                                       | 847        |
| bb) Personifikation v. Anthropomorphismus .....                                                                         | 847        |
| B. Literaturwissenschaftliche Sensibilisierung: Paul de Mans Dekonstruktion anthropomorpher Lesarten in der Lyrik ..... | 849        |
| I. Vorbemerkung: zur antisemitischen Publikationstätigkeit von Paul de Man (I) .....                                    | 849        |
| II. Paul de Man: „ <i>Anthropomorphism and Trope in the Lyric</i> “ .....                                               | 852        |
| 1. ‚Lyrische‘ und ‚nicht-lyrische‘ Gedichte .....                                                                       | 852        |
| a) Lyrik und Nicht-Lyrik bei Baudelaire .....                                                                           | 853        |
| b) Zum Begriff ‚Lyrik‘ .....                                                                                            | 855        |
| aa) Lyrik i. e. S.: Wirkungskraft des ‚lyrischen Ichs‘ .....                                                            | 856        |
| bb) Vielfältige Vorstellungen von lyrischer Subjektivität .....                                                         | 857        |
| cc) Lyrik i. w. S.: Vielfalt lyrischer Formen .....                                                                     | 860        |
| 2. Abgrenzung von ‚Trope‘ und ‚Anthropomorphismus‘ .....                                                                | 862        |
| a) Nicht-Lyrik: „bloße Tropen“ .....                                                                                    | 863        |
| aa) ‚Tropen‘ .....                                                                                                      | 863        |
| bb) Tropen in „ <i>Correspondances</i> “ .....                                                                          | 864        |
| cc) Rhetorizität aller Sprache (Vico, Nietzsche) .....                                                                  | 865        |
| b) Lyrik: Durchgriff auf die „Substanz“ im Anthropomorphismus ....                                                      | 866        |
| aa) „Naturalisierte“, „verständliche“ Anthropomorphismen in „Obsession“ .....                                           | 867        |

|                                                                                                                  |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| bb) ‚Anthropomorphismus‘ als Durchgriff auf die „Substanz“                                                       | 868 |
| 3. „Lyrisches Lesen“ als literaturdogmatische Konvention und ihre Dekonstruktion                                 | 869 |
| a) ‚Literaturdogmatik‘                                                                                           | 869 |
| b) ‚Romantik‘ und ‚Post-Romantik‘ als literaturdogmatische Kategorien                                            | 871 |
| c) ‚Ästhetik‘ – ‚Rhetorik‘ – ‚Dekonstruktion‘                                                                    | 875 |
| aa) ‚Ästhetik‘ als literaturdogmatische Triebfeder                                                               | 876 |
| bb) ‚Ästhetik‘-, ‚Rhetorik‘-Spannungen                                                                           | 878 |
| cc) ‚Dekonstruktion‘                                                                                             | 879 |
| d) Ein Beispiel: „lyrisches Lesen“ von „Correspondances“ als literaturdogmatische Gewalttat                      | 881 |
| 4. Zusammenführung: ‚Lyrische‘ Anthropomorphismen auf Mikroebene und Makroebene                                  | 885 |
| a) ‚Mikroebene‘ und ‚Makroebene‘                                                                                 | 885 |
| b) Sphärenspringende Interrelationen zwischen ‚Mikroebene‘ und ‚Makroebene‘                                      | 887 |
| c) Literaturdogmatischer Charakter der Anthropomorphisierung                                                     | 887 |
| III. Interdisziplinäre Übertragung I: lyrisches Lesen von Rechtsinhaltsquellen                                   | 888 |
| 1. Interdisziplinäre ‚Dogmatik‘-Forschung                                                                        | 888 |
| 2. Korrespondierende Anthropomorphismen auf zwei textuellen Ebenen                                               | 889 |
| a) Makroebene: ‚dogmatische Stimme‘, insbesondere ‚Stimme der Rechtsprechung‘                                    | 889 |
| b) Mikroebene: ‚dogmatische Welt‘ – ‚Staatenmensch‘ oder ‚Menschenstaat‘?                                        | 890 |
| c) Korrespondenz zwischen den Ebenen                                                                             | 891 |
| 3. Ideologisch-dogmatischer Charakter der Anthropomorphisierung; Lese-Perspektive auf das ‚dogmatische Gespräch‘ | 891 |
| 4. Fazit: dreigliedriges Analyseschema                                                                           | 893 |
| IV. Paul de Man: „ <i>Reading</i> (Proust)“                                                                      | 893 |
| 1. Tropologische Verfeinerung der Analyse auf der Mikroebene                                                     | 894 |
| a) Nachvollzug der textimmanenten Dekonstruktion                                                                 | 894 |
| b) De Man: „ <i>Anthropomorphism is structured like a trope</i> “                                                | 894 |
| 2. Tropologische Terminologie in „ <i>Reading</i> (Proust)“                                                      | 895 |
| a) Dreigliedrige Grundstruktur von Tropen                                                                        | 895 |
| b) Besondere Formen von Tropen: Metapher, Metonymie und Synekdoche                                               | 896 |
| aa) Metapher                                                                                                     | 896 |
| bb) Metonymie                                                                                                    | 897 |
| cc) Synekdoche                                                                                                   | 897 |
| dd) Zusammenfassende Übersicht                                                                                   | 898 |

|                                                                                                           |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 3. Perspektive des Lesens und der Literaturdogmatik: de Man liest Proust                                  | 899 |
| a) Poststrukturalistische Weiterführung strukturalistischer Tropologie                                    | 899 |
| b) Literaturdogmatisches Lesemuster: der „Machtanspruch“ der metaphorischen Lesart                        | 900 |
| c) Ein Beispiel: „Fliegen, die [...] sommerliche Kammermusik auf-<br>führten“                             | 900 |
| d) Eine vierte besondere Trope: (allegorische) Ironie – Figur der „Un-<br>lesbarkeit“                     | 903 |
| aa) Ironie als Gegenpol zur Ideologie des Ästhetischen                                                    | 903 |
| bb) Ironie als „permanente Parekbasis“ (Friedrich Schlegel)                                               | 904 |
| cc) Unkontrollierbarkeit der Ironie                                                                       | 905 |
| dd) Paradoxes sagen, „ohne von Sinnen zu wirken“                                                          | 907 |
| 4. Anwendung: tropische Strukturen von Anthropomorphismen                                                 | 908 |
| a) Dreigliedrige Grundstruktur                                                                            | 908 |
| b) Metaphorische Anthropomorphismen und metonymische Anthro-<br>pormorphismen                             | 909 |
| c) Synekdochische Anthropomorphismen                                                                      | 911 |
| d) Ironischer Anthropomorphismus                                                                          | 913 |
| e) Zusammenfassende Übersicht                                                                             | 916 |
| 5. Vertiefung: vier „Fundamentaltropen“                                                                   | 917 |
| a) Abgrenzung von der ‚stilistischen Tropologie‘                                                          | 917 |
| b) „Fundamentaltropen“ als Muster der Welterschließung                                                    | 918 |
| V. Interdisziplinäre Übertragung II: Analyse der ‚dogmatischen Welt‘ des<br>Föderalismusverfassungsrechts | 921 |
| 1. Tropische Strukturen hinter der Anthropomorphisierung föderaler Trä-<br>ger                            | 922 |
| a) Metaphorisch-anthropomorphistische Lesart                                                              | 922 |
| aa) Prinzip: Wesensähnlichkeit, aber keine Identität mit einem<br>„Menschen“                              | 922 |
| bb) Anwendung: menschenähnliche föderale Träger (ohne ‚echte‘<br>Menschen)                                | 922 |
| cc) Beispiel: BVerfGE 12, 205 – 1. Rundfunkentscheidung                                                   | 923 |
| b) Metonymisch-anthropomorphistische Lesart                                                               | 924 |
| aa) Prinzip: zufälliger Kontakt mit (‚echten‘) Menschen                                                   | 924 |
| bb) Anwendung: ‚echte‘ politisch oder rechtlich relevante Menschen<br>treten hervor                       | 924 |
| cc) Beispiel: <i>Alden v. Maine</i> (1999)                                                                | 925 |
| c) Synekdochisch-anthropomorphistische Lesart                                                             | 928 |
| aa) Prinzip: Illusion der Identität von Nicht-„Mensch“ und „Mensch“                                       | 928 |
| bb) Anwendung: Illusion der Identität von föderalem Träger und<br>„Mensch“                                | 928 |

|                                                                                                                       |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| cc) Beispiel: <i>National Federation of Independent Business v. Sebelius</i> (2012) .....                             | 929 |
| d) Ironisch-anthropomorphistische Lesart .....                                                                        | 930 |
| aa) Prinzip: Umgang mit der Unentscheidbarkeit, was ‚der Mensch‘ ist .....                                            | 930 |
| bb) Anwendung: Unentscheidbarkeit, was ‚der Mensch‘ für den föderalen Träger ist .....                                | 931 |
| cc) Beispiel: abweichendes Sondervotum zu <i>National Federation of Independent Business v. Sebelius</i> (2012) ..... | 931 |
| e) Zwischenfazit .....                                                                                                | 933 |
| 2. Ausblick: Anthropomorpher freiheitlich-nationalstaatlich-repräsentativ-demokratischer Föderalismus .....           | 933 |
| a) Anthropomorphe ‚(National-)Staatlichkeit‘ .....                                                                    | 934 |
| b) Anthropomorphe ‚(repräsentative) Demokratie‘ .....                                                                 | 934 |
| c) Anthropomorphe ‚Freiheit‘ .....                                                                                    | 935 |
| C. Zusammenfassung und Ausblick .....                                                                                 | 935 |
| I. Zusammenfassung .....                                                                                              | 935 |
| 1. Basis: dreigliedriges Analyseschema .....                                                                          | 935 |
| 2. Vertiefung: tropische Strukturen von/in/hinter Leseinstellungen .....                                              | 936 |
| II. Zur antisemitischen Publikationstätigkeit von Paul de Man (II) – „ <i>ethics of reading [and writing]</i> “ ..... | 938 |
| III. Ausblick: Ironie und Metonymie – zwei Tropen der Dekonstruktion .....                                            | 942 |
| § 11 Ironie: ‚dogmatische Stimme‘ unter dem Vorbehalt des Gelesenwerdens im ‚dogmatischen Gespräch‘ .....             | 943 |
| A. Ironie und Kritik .....                                                                                            | 943 |
| B. Ironische Kritik ‚von außen‘ .....                                                                                 | 944 |
| I. USA: ironische Dekonstruktion der dogmatisch-föderalen ‚Würde‘ als „Etikette“ .....                                | 945 |
| 1. „[ <i>S</i> ]ome arbitrary rules of <i>etiquette</i> “ (Adler und Kreimer) .....                                   | 945 |
| a) ‚Würde‘-Föderalismus als „willkürliche Etikette“ .....                                                             | 945 |
| b) Zwei Vorwürfe: Formalismus und Instrumentalisierbarkeit .....                                                      | 947 |
| aa) Formalismus: oberflächliche Substanzlosigkeit .....                                                               | 947 |
| bb) Opportunismus: „realpolitische“ Instrumentalisierbarkeit .....                                                    | 949 |
| 2. Tropologische Rhetorikanalyse: Ironie(n) der ‚Würde‘ .....                                                         | 950 |
| a) „Zufällige Begegnungen“ zwischen ‚Etikette‘ und ‚Föderalismus‘ .....                                               | 950 |
| b) Zwei formalisierte Machttechniken: höfische Etikette (Courtoisie) und Rechtsdogmatik .....                         | 952 |
| aa) Das Sozialphänomen ‚Etikette‘ als Macht- und Herrschaftstechnik .....                                             | 952 |
| bb) Rechtsdogmatik als ‚Etikette‘? .....                                                                              | 954 |
| c) Zwischenfazit: ironischer Effekt durch Sphärensprung der dogmatisch-föderalen ‚Würde‘ .....                        | 955 |

|                                                                                                         |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| II. Deutschland: ironische Dekonstruktion der dogmatisch-föderalen ‚Treue‘ als Selbstunterwerfung ..... | 956 |
| 1. „Banden“ der „Bundesverfassungsgerichtstreue“ (Wittreck) .....                                       | 956 |
| a) ‚Bundestreue‘ als Faktor der horizontalen Gewaltenteilung .....                                      | 956 |
| b) Hauptvorwurf: sach- und realpolitische Instrumentalisierung durch das Gericht .....                  | 957 |
| aa) „Willkür“-Kontrolle(n) auf allen Ebenen – „Willkür“-(Kontroll-) Spirale .....                       | 957 |
| bb) Relativierung und Konturierung des Vorwurfs .....                                                   | 958 |
| cc) Unschärfen: zu Reichweite („Akzessorietät“) und Justiziabilität der ‚Bundestreue‘ .....             | 960 |
| c) ‚Bundestreue‘ als Faktor des Rechtswissenschafts(-selbst-)verständnisses .....                       | 963 |
| 2. Tropologische Rhetorikanalyse: Ironie der ‚Treue‘ .....                                              | 963 |
| a) ‚Verfassungstreue‘ auf allen Ebenen, in allen Dimensionen, in allen Sphären .....                    | 964 |
| b) Zum Potential asymmetrischer (Selbst-)Unterwerfung in ‚Treue‘-Beziehungen .....                      | 966 |
| c) Asymmetrien der ‚Bundestreue‘ und der „Bundesverfassungsgerichtstreue“ .....                         | 968 |
| aa) Asymmetrie der ‚Bundestreue‘ zwischen Bundesebene und föderierten Einheiten .....                   | 968 |
| bb) Asymmetrie der „Bundesverfassungsgerichtstreue“ durch „Gerichtsfähigkeit“ der Dogmatik .....        | 969 |
| cc) Gefälligere Alternativen: ‚Respekt‘, ‚Freundlichkeit‘ und ‚Loyalität‘ .....                         | 971 |
| d) Zwischenfazit: ironischer Effekt durch Sphärensprung der dogmatisch-föderalen ‚Treue‘ .....          | 972 |
| III. Fazit: Ironie(n) anthropomorpher Argumentation I .....                                             | 973 |
| C. Selbstironie der Gerichte .....                                                                      | 974 |
| I. Vorüberlegung: ‚Selbstbewusstsein‘ der Gerichte zwischen Selbstreflexion und Selbstsicherheit .....  | 975 |
| 1. Gerichtliche Selbstreflexion: <i>judicial self-restraint</i> als <i>poetic self-restraint</i> .....  | 975 |
| 2. Zur Abgrenzung: gerichtliche Selbstsicherheit .....                                                  | 976 |
| a) Verfassungstextferner Aktivismus .....                                                               | 976 |
| b) Zwei Beispiele: zwei „Büchsen der Pandora“ .....                                                     | 977 |
| aa) Beispiel 1: ‚selbstbewusste‘ Affirmation von ‚Formalismus‘ und „Etikette“ .....                     | 977 |
| bb) Beispiel 2: der ausschweifende Vorbehalt in Kalkar II und seine Rezeption .....                     | 980 |

|                                                                                                                                        |      |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------|
| II. Vier anekdotische Vignetten der gerichtlichen Selbstironie .....                                                                   | 981  |
| 1. Vignette 1: Ruth Bader Ginsburg und mehrdeutige „Zwänge“ im demokratischen Föderalismus .....                                       | 981  |
| a) „[T]he coercion [...] in fact“ .....                                                                                                | 981  |
| b) Ironie durch offenes Ausstellen anthropomorpher Mehrdeutigkeit .....                                                                | 981  |
| 2. Vignette 2: der Zweite Senat und die Nüchternheit des Kompetenzrechts .....                                                         | 982  |
| a) „In diesem Sinne gelten die Länder als Träger der Kulturhoheit“ ... ..                                                              | 982  |
| b) Ironie durch Ausstellen einer wirkmächtigen Fehllektüre .....                                                                       | 982  |
| 3. Vignette 3: David Souter und die Untrennbarkeit von Dogmatik und Ideenpolitik .....                                                 | 984  |
| a) „[A]s against dictum [...] Madison and Hamilton prevail“ .....                                                                      | 984  |
| b) Ironie durch ‚Spiel‘ mit den Konventionen des dogmatisch-ideenpolitischen Diskurses .....                                           | 986  |
| aa) Rechtserzeugungsquellen-texte statt apokryphe Rechtsinhaltsquellen-texte .....                                                     | 986  |
| bb) Methodologische ‚Reise nach Jerusalem‘(?) .....                                                                                    | 986  |
| cc) Entblößung der Machart des dogmatisch-ideenpolitischen Diskurses .....                                                             | 988  |
| 4. Vignette 4: der Zweite Senat und die Grenzen gerichtlicher Gestaltungsmacht .....                                                   | 989  |
| a) „Hausgut“ [...]. Was immer im einzelnen dazu gehören mag“ .....                                                                     | 989  |
| b) Ironie durch Rückzug auf Unhandhabbares im Bewusstsein der eigenen Grenzen .....                                                    | 991  |
| aa) Umständliche Maßstabsbildung und Entscheidungsaufschub ... ..                                                                      | 991  |
| bb) „Hausgut“ der Länder als ‚Hausgut‘ des Gerichts(?) .....                                                                           | 992  |
| cc) Anthropomorphe Metaphorik des ‚Hausguts‘ .....                                                                                     | 993  |
| dd) (Kein) Sinn für Ironie(?) .....                                                                                                    | 995  |
| III. Fazit: Ironie(n) anthropomorpher Argumentation II .....                                                                           | 997  |
| D. Fazit und Folgerung: Ironie und Verantwortung .....                                                                                 | 998  |
| I. Anthropomorphismen in mehreren Sphären .....                                                                                        | 999  |
| II. Zugespitzte Instrumentalisierbarkeit durch Unbestimmtheit .....                                                                    | 999  |
| III. Verantwortung der Leserinnen und Leser .....                                                                                      | 1000 |
| IV. Leserinnen und Leser zwischen Dogmatik und Kritik, zwischen Treue und Selbstbehauptung .....                                       | 1001 |
| V. Selbstreflexion: Selbstbeschränkung auch der ironischen Kritik .....                                                                | 1004 |
| § 12 Metonymische Versatzstücke in der ‚dogmatischen Welt‘: Föderalismus im Dienst von ‚Staatlichkeit‘, ‚Freiheit‘, ‚Demokratie‘ ..... | 1005 |
| A. Metonymie: Gliederung, Anekdote(n), Analyse(n) .....                                                                                | 1005 |

|                                                                                                                                                         |      |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------|
| B. Metonymische Versatzstücke ideenpolitischer Argumentation mit Anthropomorphismen .....                                                               | 1007 |
| I. Anthropomorpher Föderalismus im Dienst von ‚(National-)Staatlichkeit‘ .....                                                                          | 1007 |
| 1. Zur Terminologie: ‚Etatismus‘, ‚Nationalismus‘ .....                                                                                                 | 1008 |
| 2. Föderalismus im Nationalstaat: gebrochener Unitarismus; „eifersüchtiger“ Etatismus und (Sub-)Nationalismus .....                                     | 1010 |
| 3. Föderaler Etatismus und (Sub-)Nationalismus in Anthropomorphismen ‚vor Gericht‘ .....                                                                | 1012 |
| a) Affinität zu vor-demokratischem Argumentationsmaterial .....                                                                                         | 1013 |
| b) Materialisierungen: Traditionalismus, Holismus, Vitalismus .....                                                                                     | 1015 |
| aa) Naturalisierend-traditionalistisches Bestandsdenken: ‚Polizei-staat‘ und ‚Kulturnation‘ .....                                                       | 1015 |
| bb) Holismus in der Reserve: ‚virtuelle Allzuständigkeit‘ .....                                                                                         | 1016 |
| cc) Vitalismus: kollektives Überleben und ‚Selbst‘-Erhaltung .....                                                                                      | 1018 |
| II. Anthropomorpher Föderalismus im Dienst von ‚Freiheit‘ .....                                                                                         | 1021 |
| 1. Tendenzen von ‚Freiheit‘ – negativ und positiv, individual und kollektiv .....                                                                       | 1021 |
| a) Zwei Zitate: <i>Federalist No. 39</i> und <i>Federalist No. 51</i> .....                                                                             | 1022 |
| b) Negative Freiheit und positive Freiheit, individualistische und kollektive Freiheit .....                                                            | 1023 |
| 2. Föderalismusverfassungsrecht und ‚Freiheit‘ .....                                                                                                    | 1025 |
| a) Herrschaft, Freiheit, Verfassung im Allgemeinen .....                                                                                                | 1025 |
| b) ‚Freiheit‘ durch, in (und trotz) Föderalismusverfassungsrecht .....                                                                                  | 1025 |
| aa) Sicherung negativer Freiheit durch Föderalismusverfassungsrecht (rechtsstaatlicher Föderalismus) .....                                              | 1026 |
| bb) Ermöglichung positiver Freiheit(en) im Föderalismusverfassungsrecht .....                                                                           | 1028 |
| cc) Freiheit trotz Föderalismusverfassungsrecht; ‚Gewaltenteilungsbewältigung‘ .....                                                                    | 1031 |
| 3. Föderale ‚Freiheit‘ in Anthropomorphismen vor Gericht .....                                                                                          | 1032 |
| a) Reflexartiger Durchgriff: Föderalismus-„Prinzipien-Treue“ zu Gunsten von Individuen .....                                                            | 1032 |
| b) „Verantwortung“ für die lokale „Gemeinschaft“ als Kompetenzverteilungsschema – positive kollektive Freiheit als negative individuelle Freiheit ..... | 1033 |
| c) Freiheitssicherung durch Komplexitätsreduzierung; ‚Gewaltenteilungsbewältigung‘ .....                                                                | 1036 |
| d) Föderal vielfältige (Aus-)Gestaltung ‚normgeprägter‘ positiver Freiheit .....                                                                        | 1039 |

|                                                                                                              |      |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------|
| III. Anthropomorpher Föderalismus im Dienst von ‚Demokratie‘ .....                                           | 1041 |
| 1. Dimensionen, Ausprägungen und Zumutungen von ‚Demokratie‘-<br>Ideenpolitik .....                          | 1041 |
| a) Zwei Zitate: Madisons <i>Federalist No. 10</i> und The Federal Farmers<br><i>Letter XVII</i> .....        | 1042 |
| b) Im Zentrum: „eingebettete“ Wahldemokratien mit (Verfassungs-)<br>Gerichtbarkeit .....                     | 1043 |
| c) Zumutung ‚Demokratie‘ .....                                                                               | 1045 |
| aa) Spezifische Zumutungen eingebetteter Demokratien .....                                                   | 1045 |
| bb) Allgemeine Zumutungen von Demokratien .....                                                              | 1047 |
| d) Demokratische Bewältigungsstrategien .....                                                                | 1049 |
| 2. Föderalismusverfassungsrecht und ‚Demo(i)kratie‘ .....                                                    | 1051 |
| a) Zur Vereinbarkeit individualistisch theoretisierter ‚Demo(i)kratie‘<br>mit ‚Föderalismus‘ .....           | 1052 |
| aa) Thesen von der Unvereinbarkeit von ‚Demokratie‘ und ‚Födera-<br>lismus‘ .....                            | 1052 |
| bb) Normativ-expressivistisch-individualistische Demokratietheorie                                           | 1053 |
| cc) Multiarchische ‚Demoikratie‘ durch einen ‚Stiftungspakt‘ von<br>Völkern .....                            | 1056 |
| b) Demo(i)kratischer Föderalismus: gesteigerte Zumutungen und ver-<br>besserte „Demokratiebewältigung“ ..... | 1058 |
| aa) (Noch) mehr Ideenpolitik .....                                                                           | 1058 |
| bb) (Noch) weniger Totalisierung .....                                                                       | 1059 |
| cc) (Noch) mehr „Einbettung“, (noch) mehr institutionelle Kompro-<br>misse .....                             | 1059 |
| dd) (Noch) intensivere Partizipation und demokratische Gestal-<br>tungsmöglichkeiten .....                   | 1060 |
| ee) (Noch) mehr demokratische Verfahren und Produkte .....                                                   | 1061 |
| ff) (Noch) mehr politische Eigenverantwortung; ‚demo(i)kratische<br>Bundestreue‘ .....                       | 1062 |
| c) ‚Demo(i)kratie‘ – Schutzgut und Wirkungsdimension des Föderalis-<br>musverfassungsrechts .....            | 1066 |
| 3. Föderale ‚Demokratie‘ in Anthropomorphismen vor Gericht .....                                             | 1067 |
| a) Fundamente toleranter ‚Demoikratie‘, vor allem Wahlrechtsfödera-<br>lismus .....                          | 1068 |
| aa) Gegenseitiges Anerkennen multipler demokratischer ‚Identitä-<br>ten‘ in der Demoikratie .....            | 1068 |
| bb) USA I: Wahlalter – demoikratischer Schlusspunkt durch Bun-<br>desverfassungsänderung .....               | 1069 |
| cc) USA II: Wahlrechtsdiskriminierung – judikativ induziertes de-<br>moikratisches Gesamtversagen .....      | 1071 |
| dd) Deutschland I: Wahlrecht nur für Deutsche – <i>self-executing</i><br>Wahlrechtsnationalismus .....       | 1074 |



|                                                                                          |      |
|------------------------------------------------------------------------------------------|------|
| ee) Deutschland II: Parité – keine Experimente im Wahlrechtsunitarismus .....            | 1076 |
| b) Wechselseitige föderale Ingerenzen in der Demoikratie .....                           | 1080 |
| aa) Ein Negativbefund: (keine) demoikratische(n) Bundesverfassungsänderungsgrenzen ..... | 1081 |
| bb) Demoikratisches Potenzial von <i>bottom-up</i> -Ingerenzen .....                     | 1084 |
| c) Zumutung demoikratischer Repräsentationspluralismus .....                             | 1089 |
| aa) ‚(Falsches?) Bedürfnis‘ nach Abgrenzung und Klarheit .....                           | 1089 |
| bb) Allgemein-politisches Mandat: zulässige Gegenstände politischer Willensbildung ..... | 1091 |
| cc) Demoikratische ‚Willensfreiheit‘ durch <i>accountability</i> -Klarheit? .....        | 1095 |
| C. Fazit und Ausblick: Freiheit, Demo(i)kratie – Lesen .....                             | 1102 |
| I. Fazit: ideenpolitische „Fülle“ in der anthropomorphen <i>blackbox</i> .....           | 1102 |
| II. Rechtswissenschaftliches Lesen in der föderalen Demoikratie .....                    | 1104 |
| III. Literarische Gegenprobe: Dogmatik-Verlegenheit mit Dickinson und Kleist .....       | 1105 |
| <b>Ergebnisse in 66 Thesen</b> .....                                                     | 1111 |
| <b>Literaturverzeichnis</b> .....                                                        | 1148 |
| <b>Personenverzeichnis</b> .....                                                         | 1221 |
| <b>Sachverzeichnis</b> .....                                                             | 1226 |

## Abbildungsverzeichnis

|                                                                                                                                                                   |      |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------|
| Abbildung 1: Kreis- und Netzmodell für die ideenpolitische Konstellation des ‚freiheitlich-nationalstaatlich-repräsentativ-demokratischen Föderalismus‘ . . . . . | 81   |
| Abbildung 2: Zum Verhältnis ‚föderaler Würde‘ und ‚föderaler Treue‘ . . . . .                                                                                     | 234  |
| Abbildung 3: Föderalismusverfassungsrechtliche Struktur-Wirkungs-Matrix . . . . .                                                                                 | 284  |
| Abbildung 4: ‚Kompetenz‘, ‚Ingerenz‘, ‚Aufgabe‘, ‚Befugnis‘ . . . . .                                                                                             | 294  |
| Abbildung 5: Funktionslogiken instrumenteller Rechtsregime . . . . .                                                                                              | 405  |
| Abbildung 6: Modi und Dimensionen der Ver-‚Wirklichkeit‘ von Verfassungsrecht . . . . .                                                                           | 702  |
| Abbildung 7: Fortschreibung der föderalismusverfassungsrechtlichen Struktur-Wirkungs-Matrix . . . . .                                                             | 746  |
| Abbildung 8: „Lyrisches Lesen“ und interdisziplinäres Analyseschema . . . . .                                                                                     | 893  |
| Abbildung 9: Metapher, Metonymie, Synekdoche . . . . .                                                                                                            | 898  |
| Abbildung 10: De Mans Proust-Lektüre . . . . .                                                                                                                    | 901  |
| Abbildung 11: Metaphorischer, metonymischer, synekdochischer, ironischer Anthropomorphismus . . . . .                                                             | 916  |
| Abbildung 12: Zusammenfassung des rhetorischen Analyseschemas und Ausblick . . . . .                                                                              | 937  |
| Abbildung 13: ‚Demo(i)kratie‘ in der föderalismusverfassungsrechtlichen Struktur-Wirkungs-Matrix . . . . .                                                        | 1067 |



# Einleitung

## A. Drei Fäden: Ideenpolitik – Dogmatik – Rhetorik

„Drei Impulse, die in gleichen Zeitabständen erfolgen, machen den dritten Impuls vorhersehbar.“

Wikipedia<sup>1</sup>

## I. Ideenpolitik: ‚Föderalismus‘ ist – immer wieder neu – ‚Mittel zum Zweck‘

„In the contingency of a practical question of a Government involving the element of Federalism, every light reflected from our Experiment may have a degree of interest.“

James Madison<sup>2</sup>

Im Dezember 1830, wenige Monate nach der Julirevolution, schreibt James Madison dem *Marquis de La Fayette* einen Brief und bewirbt darin das US-amerikanische „Experiment“ als ein (er-)leuchtendes Beispiel für etwaige politisch-institutionelle Reformen im post-revolutionären Frankreich.<sup>3</sup> Während und im Nachgang der Julirevolution hatte La Fayette – obwohl liberal und republikanisch gestimmt<sup>4</sup> – unter anderem als Befehlshaber der Nationalgarde entscheidenden Einfluss auf die (Re-)Etablierung einer konstitutionellen Monarchie in Frankreich.<sup>5</sup> Madison erkennt in seinem Brief ausdrücklich an, dass La Fayette Präferenz für die Einrichtung einer konstitutionellen Monarchie aus stabilitätspolitischen Gründen in

---

<sup>1</sup> Artikel „Drei“, in: Wikipedia – Die freie Enzyklopädie, Bearbeitungsstand: 15. 11. 2021, 17:43 UTC, URL: <https://de.wikipedia.org/w/index.php?title=Drei&oldid=217301896>.

<sup>2</sup> Brief vom 12. Dezember 1830 an den *Marquis de La Fayette*: *J. Madison*, in: *Letters and Other Writings of James Madison*, Bd. IV, Philadelphia, Pa., U.S.A., 1867 [1830], S. 141 (142).

<sup>3</sup> *J. Madison*, in: *Letters and Other Writings of James Madison*, Bd. IV, Philadelphia, Pa., U.S.A., 1867 [1830], S. 141 f.; vgl. zur transatlantischen „Briefpartner[schaft]“ von Madison und La Fayette am Rande *S. S. Krause*, PVS 55 (2014), 94 (96).

<sup>4</sup> Vgl. *J. Osterhammel*, *Die Verwandlung der Welt*, 6. Aufl., München 2020, S. 775 f.; *L. S. Kramer*, *Lafayette in Two Worlds. Public Cultures and Personal Identities in an Age of Revolutions*, Chapel Hill, N.C., U.S.A., S. 115 f.

<sup>5</sup> Vgl. *L. S. Kramer*, *Lafayette in Two Worlds. Public Cultures and Personal Identities in an Age of Revolutions*, Chapel Hill, N.C., U.S.A., S. 235 ff., 241 ff.

der Situation 1830 geboten sei.<sup>6</sup> Er stellt aber auch in den Raum, dass die politisch-institutionelle Ordnung in Frankreich – behutsam – in eine demokratischere Regierungsform „übergehen“ könnte.<sup>7</sup> Und gerade bei diesem Vorgang einer Demokratisierung Frankreichs kommt Madisons Ratschlag ins Spiel, sich an der Verfassungsentwicklung der Vereinigten Staaten von Amerika und an dem dort durchgeführten „Experiment“ zu orientieren: Bei dem von Madison in Bezug genommenen „Experiment“ handelt es sich um das mit der US-Verfassung von 1787/88 geschaffene politisch-institutionelle Arrangement einer föderalen Ordnung im nationalstaatlichen Rahmen in Verbindung mit repräsentativer Demokratie zur Gewährleistung von politischer Freiheit.<sup>8</sup> Madison war als einer der *Founding Fathers* der Vereinigten Staaten von Amerika an der Erarbeitung der US-Verfassung mit ihrer damals innovativen<sup>9</sup> Kombination politischer Ideen maßgeblich beteiligt gewesen; über vierzig Jahre später bewirbt er dieses Arrangement nun in seinem Brief an La Fayette als Vorbild für die weitere Verfassungsentwicklung in Frankreich. Damit schlägt Madison auch für die altweltliche Küste des Atlantiks Föderalismus als Vehikel und als Instrument zur – behutsamen – Demokratisierung und zur Sicherung von Freiheit in Stabilität vor.<sup>10</sup>

## 1. Transatlantische Ideenpolitik

Madisons Briefbotschaft an La Fayette lässt sich – unter Rückgriff auf ein insbesondere von Herfried Münkler geprägtes Theorem – als „Ideenpolitik“<sup>11</sup> begreifen.

<sup>6</sup> Vgl. J. Madison, in: Letters and Other Writings of James Madison, Bd. IV, Philadelphia, Pa., U.S.A., 1867 [1830], S. 141 (141): „*I easily conceive that the Constitutional Monarchy adopted, may be [...] necessary to the actual condition of France, internal & external [...]*“.

<sup>7</sup> Vgl. J. Madison, in: Letters and Other Writings of James Madison, Bd. IV, Philadelphia, Pa., U.S.A., 1867 [1830], S. 141 (141): „*It may also be more easy, if expedient, to descend to a more popular form*“.

<sup>8</sup> Prägnant zu dieser Verbindung von politischen Ideen im Experiment von 1787/88 statt vieler F. Lieber, On Civil Liberty and Self-Government, London, U.K., 1853, S. 215 f.: „*But it is not only republicanism that forms one of the prominent features of American liberty; it is representative republicanism and the principle of confederation or federalism, which must be added, in order to express this principle correctly.*“

<sup>9</sup> Vgl. die Bewertung bei R. (v.) Mohl, Das Bundes-Staatsrecht der Vereinigten Staaten von Nord-Amerika, Stuttgart u. a. 1824, S. VII: „Wunder unserer Zeit“.

<sup>10</sup> Vgl. in diesem Zusammenhang S. S. Krause, PVS 55 (2014), 94 (96), zu Madisons Bewusstsein für „den Beispielcharakter des amerikanischen Demokratiemodells“ für „die Demokratisierung und konstitutionellen Reformen des 19. Jahrhunderts“.

<sup>11</sup> Vgl. nur den Titel einer Festschrift für Münkler: H. Bluhm/K. Fischer/M. Llanque (Hrsg.), Ideenpolitik. Geschichtliche Konstellationen und gegenwärtige Konflikte, Berlin 2011; Formulierung des entsprechenden Forschungsprogramms bei H. Münkler, in: ders. (Hrsg.), Politikwissenschaft. Ein Grundkurs, Reinbek 2003, S. 103 (103 f.) – näher (auch zu Vorläufern) unten in und bei Fn. 312; zur Kritik an dem Ansatz unten in und bei Fn. 322 ff. Der Ansatz „Ideenpolitik“ als forschungsmethodologisches Programm (das Betreiben von Ideenpolitik durch Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler) ist dabei von „Ideenpolitikforschung“

„Ideenpolitik“ ist ein Ansatz in der Politischen Theorie und Ideengeschichte, welcher davon ausgeht, dass die Arbeit mit politischen Ideen durch Theorie-Praxis-Interventionen geprägt ist: Politische Ideen werden demnach in konkreten politisch-historischen Kontexten zu bestimmten praktisch-politischen Zwecken formuliert; die dabei entstehenden politik-theoretischen Entwürfe können aber von ihren Entstehungskontexten abstrahiert und anschließend auf neue – gegenwärtige und künftige – Konfliktsituationen angewendet werden (s. § 1, C. I.).<sup>12</sup> Zu einem solchen Vorgehen rät Madison La Fayette im Dezember 1830: La Fayette solle – ausgehend von der US-amerikanischen Erfahrung mit der Ermöglichung von ‚Demokratie‘ und ‚Freiheit‘ durch ‚Föderalismus‘ von 1787/88 – in Betracht ziehen, diese besondere Konstellation politischer Ideen in re-aktualisierter Form auf das post-julirevolutionäre Frankreich der 1830er Jahre anzuwenden: „*a federal mixture would present itself as worthy of favorable consideration*“.<sup>13</sup>

## 2. Instrumentalföderalismus

Madison präsentiert ‚Föderalismus‘ in seinem Brief als ein fruchtbares und flexibles ideenpolitisches Instrument: Föderalismus könne – auf beiden Seiten des Atlantiks – den Gewährleistungen von ‚Republikanismus‘, ‚Demokratie‘ und ‚Freiheit‘ dienen, ohne dass auf die außenpolitische Stabilität nationalstaatlicher Ordnung verzichtet werden müsste.<sup>14</sup> Im Geist des Ideenpolitik-Ansatzes geht die vorliegende Untersuchung davon aus, dass das von Madison zum Ausdruck gebrachte instrumentell-katalysierend-kompromisshafte Moment modernem verfassungsstaatlichem ‚Föderalismus‘ überhaupt inhärent zu eigen ist: Ohne insoweit konkrete genetische Rezeptionsvorgänge zwischen dem US-amerikanischen und dem deutschen Verfassungsdenken zu unterstellen oder zu untersuchen, geht die Studie davon aus, dass sich unter anderem der Föderalismus der US-Verfassung wie auch der Föderalismus des Grundgesetzes als Ausprägungen des ideenpolitischen Modells eines „Instrumentalföderalismus“ (Michael C. Dorf)<sup>15</sup> verstehen lassen. ‚Föderalismus‘ ist – immer wieder aufs Neue – ein ‚Mittel zum Zweck‘ der Aktualisierung, Konkretisierung und Abstimmung anderer politischer

---

(dem wissenschaftlichen Nachvollzug des Betreibens von ‚Ideenpolitik‘ durch andere) zu unterscheiden – näher unten § 1, C. I.

<sup>12</sup> Vgl. H. Münkler, in: ders. (Hrsg.), Politikwissenschaft. Ein Grundkurs, Reinbek 2003, S. 103 (103 f.); G. Straßenberger/ders., in: H. Buchstein/G. Göhler (Hrsg.), Politische Theorie und Politikwissenschaft, Wiesbaden 2007, S. 45 (45).

<sup>13</sup> J. Madison, in: Letters and Other Writings of James Madison, Bd. IV, Philadelphia, Pa., U.S.A., 1867 [1830], S. 141 (141 f.).

<sup>14</sup> Vgl. J. Madison, in: Letters and Other Writings of James Madison, Bd. IV, Philadelphia, Pa., U.S.A., 1867 [1830], S. 141 (142).

<sup>15</sup> Zu „*instrumental federalism*“ in der US-amerikanischen Verfassungsrechtsdogmatik der 1990er Jahre, ohne expliziten Bezug auf ein übergreifendes ideenpolitisches Modell: M. C. Dorf, Rutgers Law Journal 28 (1997), 825 (829 f.) – Näheres zu Dorfs Ansatz in Fn. 229.

Ideen.<sup>16</sup> Instrumentalföderalismus beflügelt Ideenpolitik rund um die politischen Ideen ‚Demokratie‘, ‚Freiheit‘, ‚Nationalstaatlichkeit‘ (also ‚Nation‘ und ‚Staat [lichkeit]‘) und gegebenenfalls auch ‚schlicht‘ des ‚Politischen‘<sup>17</sup> (s. §§ 1 f.).

Die vorliegende Studie wird ihren Ausgangspunkt bei dieser Hypothese vom inhärent ideenpolitischen Charakter des Instrumentalföderalismus der US-Verfassung und des Grundgesetzes nehmen. Ausgehend davon untersucht sie, durch welche Akteure, in welchen Momenten und mit welchen Mitteln Instrumentalföderalismus wirksam wird. Zu diesen Momenten zählen neben der initialen Verfassungsgebung 1787/88 bzw. 1949 auch – alltäglicher – immer wieder neue Entscheidungen über die ‚richtige‘ Konzeptualisierung des föderalen Prinzips (und der ihm benachbarten politischen Ideen) in der (para-)demokratischen<sup>18</sup> Öffentlichkeit sowie durch Legislativen, Exekutiven und insbesondere durch (Verfassungs-)Gerichte. Innerhalb dieser dynamischen Vielfalt der Ideenpolitik mit Instrumentalföderalismus soll die Untersuchung von Instrumentalföderalismus ‚vor Gericht‘ den Schwerpunkt der Studie bilden:

## II. Dogmatik: (auch) ‚vor Gericht‘ wird ‚Föderalismus‘ instrumentalisiert – in Verbandsgrundrechtspositionen

„Bundestreue oder Bundesverfassungsgerichtstreue?“

Fabian Wittreck<sup>19</sup>

---

<sup>16</sup> Der Bezugspunkt des Instrumentalcharakters des föderalen Prinzips, wie er hier (wie auch bei Dorf – s. Fn. 15) hervorgehoben werden soll, ist also ‚Ideenpolitik‘ – und *nicht* etwa der potenzielle Beitrag einer föderalen Organisationsform zur Effektivierung der Erledigung hoheitlicher Aufgaben (im Sinn von ‚Föderalismus‘ als ‚tool‘ für ‚good governance‘). Im letztgenannten Sinn, um welchen es der vorliegenden Studie *nicht* geht, versteht etwa D. Halberstam, in: K. E. Whittington/R. D. Kelemen/G. A. Caldeira (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Law and Politics*, Oxford, U.K., u. a. 2008, S. 142 (153), das Attribut „*instrumental*“, wenn er den Begriff einer „*instrumental subsidiarity*“ verwendet; bei Halberstam bedeutet das Attribut „instrumentell“ in etwa ‚funktionsadäquat‘ im Sinne der Lehre von der ‚Organadäquanz‘ (dann gewissermaßen als ‚Verbandsadäquanz‘): „*Instrumental subsidiarity seeks to determine which level of governance is best suited to achieve a given goal*“ – darum geht es vorliegend also *nicht*.

<sup>17</sup> Denn, mit Peter Lerche gesprochen, bezweckt das föderale Prinzip insbesondere auch die „Ausgemessenheit“ [von] politische[r] Kraft“, P. Lerche, VVDStRL 21 (1964), 66 (83); vgl. auch A. Benz, *Föderalismus als dynamisches System. Zentralisierung und Dezentralisierung im föderativen Staat*, Opladen 1985, S. 255; G. F. Schuppert, AöR 1995, 32 (79); s. u. § 2, C. II. 1. a) dd) (2) sowie § 3, B. III. 2. b) aa).

<sup>18</sup> Näheres zum Theorem der ‚Para-Demokratie‘ als Zusammenfassung von Foren, Kräften und Potenzen, welche für die Verwirklichung demokratischer Herrschaft notwendig sind, ohne ihrerseits demokratisch legitimiert zu sein (Medien, politische Parteien, gesellschaftliche Verbände, NGOs etc.), unten § 8, B. II. 1. b).

<sup>19</sup> F. Wittreck, in: I. Härtel (Hrsg.), *Handbuch Föderalismus*, Bd. I, Berlin u. a. 2012, § 18, vor Rn. 55.

„Bundestreue oder Bundesverfassungsgerichtstreue?“ – Mit dieser Frage endet ein von Fabian Wittreck verfasster Handbuchbeitrag zur ‚Bundestreue‘.<sup>20</sup> Im Modus ironischer Kritik unterzieht Wittreck die prägnant-prominente<sup>21</sup> Formel aus der Dogmatik des deutschen ‚Bundesstaatsrechts‘ einem Wortspiel<sup>22</sup>.

Wittreck spitzt seine Kritik an der Formel ‚Bundestreue‘ auf zwei Aspekte zu: *Erstens* drohe der Rekurs auf die ‚Bundestreue‘, „die geschriebene Zuständigkeitsverteilung des Grundgesetzes zu untergraben“, und bringe – *zweitens* – „die Verlagerung der Entscheidungskompetenz über Sachfragen auf das Bundesverfassungsgericht“ mit sich.<sup>23</sup> Damit sind zwei Grundcharakteristika der Figur ‚Bundestreue‘ angesprochen: *erstens* ihr verfassungstextlich ‚ungeschriebener‘ (‚verfassungstextferner‘) Charakter<sup>24</sup> als „letztlich metakonstitutionelle[s] Normenmaterial“<sup>25</sup> und – *zweitens* – ihre besondere Nähe zur Rechtsprechung. Wittreck charakterisiert die ‚Bundestreue‘ also als einen Störfaktor in *zwei* Dimensionen: *erstens* als Störfaktor gegenüber dem „geschriebenen“ Föderalismusverfassungsrecht, also als Spannung im Verfassungsrecht der Bund-Länder-Beziehungen, und – *zweitens* – als Störfaktor im Verhältnis des Bundesverfassungsgerichts zu nicht-judikativen Akteuren (Legislativen und Exekutiven von Bund und Ländern), also als Problem der (horizontalen) Gewaltenteilung.

<sup>20</sup> F. Wittreck, in: I. Härtel (Hrsg.), Handbuch Föderalismus, Bd. I, Berlin u. a. 2012, § 18, vor Rn. 55.

<sup>21</sup> Diese Prominenz hat viele Facetten: Der Grundsatz der ‚Bundestreue‘ begleitet – nach seinem Hervortreten in der Verfassungsrechtsdogmatik des deutschen Kaiserreichs von 1871 (hierzu unten § 2, C. III. 3. a)) und seiner Judizialisierung durch den Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich in der Weimarer Republik – nicht nur das grundgesetzliche Verfassungsleben bereits mit dem *ersten* Band der von den Mitgliedern des Bundesverfassungsgerichts herausgegebenen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (in Gestalt seiner inhaltsgleichen Variation, der „Pflicht zu bundesfreundlichem Verhalten“ – BVerfGE 1, 299 [315 f.] – Wohnungsbauförderung – näher unten in Fn. 57 sowie bei § 11, B. II. 1. b) aa). Auch Studierende der Rechtswissenschaft werden nach vielen Studienordnungen in ihrem *ersten* Studienjahr mit der ‚Bundestreue‘ konfrontiert – jedenfalls ist sie regelmäßig in den Fallsammlungen zum Staatsorganisationsrecht vertreten (meist als Nachbildung von BVerfGE 81, 310 [334] – Kalkar II – hierzu unten § 6, A. II. 3.): vgl. nur L. S. Otto, Klausuren aus dem Staatsorganisationsrecht, Berlin u. a. 2012, S. 293 ff.; I. Augsberg/S. Augsberg/T. Schwabenbauer, Klausurtraining Verfassungsrecht, 4. Aufl., Baden-Baden 2021, S. 155 ff.; C. Degenhart, Klausurenkurs im Staatsrecht I, 5. Aufl., Heidelberg 2019, S. 143 ff. (zum rechtsdidaktisch-pädagogischen Aspekt u. a. der ‚Bundestreue‘-Dogmatik unten in und bei Fn. 2711 – in Teil § 7, C. I. 2.).

<sup>22</sup> Die untechnisch-grobe Rede vom ‚Wortspiel‘ ist an dieser Stelle bewusst gewählt; für eine vertiefte tropologisch-rhetorische Analyse der Wendung „Bundesverfassungsgerichtstreue“ als ironische Figur s. u. § 11, B. II.

<sup>23</sup> F. Wittreck, in: I. Härtel (Hrsg.), Handbuch Föderalismus, Bd. I, Berlin u. a. 2012, § 18, Rn. 55.

<sup>24</sup> In Texten der Rechtsprechung und Texten der dogmatisch arbeitenden Rechtswissenschaft ist die Formel freilich sehr wohl ‚geschrieben‘, weshalb vorliegend die Bezeichnung ‚verfassungstextfern‘ bevorzugt wird – ausführlich unten § 7, A. II. 1. a).

<sup>25</sup> F. Wittreck, in: I. Härtel (Hrsg.), Handbuch Föderalismus, Bd. I, Berlin u. a. 2012, § 18, Rn. 21.



Beide von Wittreck problematisierten Aspekte sollen im Folgenden nacheinander knapp skizziert werden, da sie – über die Figur der ‚Bundestreue‘ hinaus – den in der vorliegenden Studie untersuchten Teil der US-amerikanischen und deutschen Föderalismusverfassungsrechtsdogmatik prägen:

## 1. Verfassungstextferne Verbandsgrundrechtspositionen

Die erstgenannte Spannungslage, die Herausforderung der verfassungstextlich ausdrücklich geschriebenen Verbandszuständigkeitsordnung durch die Verfassungstextferne<sup>26</sup> der Formel ‚Bundestreue‘<sup>27</sup>, sticht auch bei anderen markanten Topoi der grundgesetzlichen wie auch der US-amerikanischen Föderalismusverfassungsrechtsdogmatik hervor: Unter der US-Verfassung begegnen<sup>28</sup> beispielsweise:

- (state) „dignity“<sup>29</sup>,
- (state) „sovereignty“ (u. a. in den Spielarten „sovereign immunity“<sup>30</sup>, „equal sovereignty“<sup>31</sup> oder schlicht „[quasi-]sovereignty“<sup>32</sup>),
- (state) „autonomy“<sup>33</sup>,
- „responsibility for the protection of the local moral fabric“<sup>34</sup> und

<sup>26</sup> S. dazu die Anm. oben in Fn. 24 sowie näher unten § 7, A. II. 1. a).

<sup>27</sup> Vgl. zur Verfassungstextferne der ‚Bundestreue‘ in all ihrer Komplexität – freilich nicht unter diesem Schlagwort, aber der Sache nach – etwa auch *M. Jestaedt*, in: J. Isensee/ P. Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. II, 3. Aufl. 2004, § 29, Rn. 73.

<sup>28</sup> Die Formulierung ‚begegnen‘ ist bewusst untechnisch gewählt: Bei den nachfolgenden dogmatischen Topoi handelt es sich nicht (mehr) in jedem Fall um ‚geltendes Recht‘ („good law“), was mit der vorliegend fokussierten Kategorie der ‚Rechtsinhaltsquellen‘ zusammenhängt; hierzu sogleich bei Fn. 78.

<sup>29</sup> *Coyle v. Smith*, 221 U.S. 559 (1911), 567; *Alden v. Maine*, 527 U.S. 706 (1999), 715; *Bond v. United States*, 564 U.S. 211 (2011), 221; *Shelby County v. Holder*, 570 U.S. 529 (2013), 543.

<sup>30</sup> *Seminole Tribe of Fla. v. Florida*, 517 U.S. 44 (1996), 54; *Alden v. Maine*, 527 U.S. 706 (1999), 712 ff.

<sup>31</sup> *Northwest Austin Municipal Utility District No. 1 v. Holder*, 557 U.S. 193 (2009), 203; *Shelby County v. Holder*, 570 U.S. 529 (2013), 540.

<sup>32</sup> Vgl. *Massachusetts v. Environmental Protection Agency*, 549 U.S. 497 (2007), 520: „quasi-sovereign interests“; *Arizona v. United States*, 567 U.S. 387 (2012), 416, 417 (abw. Sondervotum Justice Scalia); *United States v. Windsor*, 570 U.S. 744 (2013), 766, mit einem Zitat aus *Williams v. North Carolina*, 317 U.S. 287 (1942), 298.

<sup>33</sup> *Printz v. United States*, 521 U.S. 898 (1997), 928; *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, 567 U.S. 519 (2012), 579, unter Rückgriff auf *Steward Mach. Co. v. Collector*, 301 U.S. 548 (1937), 586, 590.

<sup>34</sup> *Roth v. United States*, 354 U.S. 476 (1957), 496, 504 (Sondervotum Justice Harlan); ähnlich *United States v. Windsor*, 570 U.S. 744 (2013), 767: „state responsibilities for the definition and regulation of marriage“.

- „*historic police powers*“ (*of the states*)<sup>35</sup>.

Unter dem Grundgesetz begegnen<sup>36</sup> neben der

- „Bundestreue“<sup>37</sup> (oder „Bundesfreundlichkeit“<sup>38</sup>) etwa auch:
- „Bundessolidarität“<sup>39</sup>,
- „bündische Sorge“<sup>40</sup>,
- „Eigenstaatlichkeit“<sup>41</sup>,
- „Entscheidungsfreiheit“<sup>42</sup>,
- „Verfassungsautonomie“<sup>43</sup> und
- „Kulturhoheit“<sup>44</sup> der Länder.

Diese besonderen dogmatischen Formeln lassen sich *nicht* als Verbandszuständigkeitsnormen, also *nicht* als Verbandskompetenzen oder Verbandsingerenzen qualifizieren, sondern kommen zu diesen *hinzu*.<sup>45</sup> Verbandskompetenznormen ordnen den föderalen Trägern Handlungsmöglichkeiten mit Außenwirkung (insbesondere gegenüber Bürgerinnen und Bürgern) zu, während Verbandsingerenznormen

---

<sup>35</sup> *Rice v. Santa Fe Elevator Corp.*, 331 U.S. 218 (1947), 230; *Bond v. United States*, 572 U.S. 844 (2014), 860: „*police power of the States*“.

<sup>36</sup> Beachte die Anm. in Fn. 28.

<sup>37</sup> Nachweise in Fn. 21.

<sup>38</sup> Vgl. statt vieler nur BVerfGE 8, 122 (138) – Volksbefragung Hessen: „Pflicht zu bundesfreundlichem Verhalten“.

<sup>39</sup> *J. Isensee*, in: ders./P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VI, 3. Aufl., Heidelberg 2008, § 126, Rn. 135, 154 ff., in Auseinandersetzung u.a. mit BVerfGE 72, 330 (386) – Finanzausgleich I: „bundesstaatliche[r] Gedank[e] einer Solidargemeinschaft“.

<sup>40</sup> *K. Kruis*, in: FS Lerche, München 1993, S. 475, in Auseinandersetzung u.a. mit BVerfGE 83, 37 (49 f.) – Ausländerwahlrecht I.

<sup>41</sup> BVerfGE 34, 9 (19 f.) – Besoldungsvereinheitlichung; E 81, 310 (334) – Kalkar II; E 87, 181 (196) – 7. Rundfunkentscheidung; vgl. insbesondere auch Gutachtenliteratur wie *U. Di Fabio*, Migrationskrise als föderales Verfassungsproblem, unveröff. Gutachten, 2016, S. 48; ähnlich dann *M. Möstl*, AöR 142 (2017), 175 (183 f., 225 ff.).

<sup>42</sup> BVerfGE 39, 96 (107) – Städtebauförderungsgesetz.

<sup>43</sup> Vgl. BVerfGE 34, 9 (20) – Besoldungsvereinheitlichung: „freie Bestimmung über seine [d.h.: des Landes] Organisation einschließlich der in der Landesverfassung enthaltenen organisatorischen Grundentscheidungen“; vgl. für die Bündelung im Topos „Verfassungsautonomie“ statt vieler nur *M. Kloepper*, Verfassungsrecht, Bd. I, München 2011, § 9, Rn. 81.

<sup>44</sup> BVerfGE 6, 309 – Reichskonkordat; vgl. auch E 12, 205 (229) – 1. Rundfunkentscheidung; zur Kritik und Dekonstruktion der Formel BVerfGE 135, 155 (196) – Filmförderungsabgabe – s. u. § 5, A. I. 3. a).

<sup>45</sup> Vgl. den Ansatz einer (der Sache nach, weniger terminologisch) ähnlichen Differenzierung zwischen „sachgegenständlichen Grenzen“ bestimmter Kompetenztitel einerseits und – dazu hinzutretenden – Regeln der Kompetenzausübung andererseits für das US-amerikanische Föderalismusverfassungsrecht: *M. C. Dorf/T. Morrison*, Constitutional Law, New York, N.Y., U.S.A., 2010, S. 70, 84.

men die Zuordnung von Handlungsmöglichkeiten (Einflussnahmemöglichkeiten) im Verhältnis föderaler Träger untereinander (z. B. durch Weisungen oder Finanzhilfen) betreffen.<sup>46</sup> Bei den eben aufgelisteten Topoi geht es nun *nicht* um eine solche binäre Zuordnungsoperation bestimmter Handlungsmöglichkeiten an föderale Träger; vielmehr weisen diese Topoi den föderalen Trägern bestimmte Positionen der Schutzwürdigkeit zu. Im Verlauf der vorliegenden Studie wird zur Erfassung dieser Formeln die Kategorie ‚Verbandsgrundrechtsposition‘ eingeführt, welche zu den Kategorien ‚Verbandskompetenz‘ und ‚Verbandsingerenz‘ hinzukommt (s. § 4, A.). Ausgehend davon untersuchen die §§ 4 ff., wie Verbandsgrundrechtspositionen wirken. Dabei wird zu zeigen sein, dass Verbandsgrundrechtspositionen Verbandskompetenzen und Verbandsingerenzen *modifizieren* – und zwar potenziell in vierfach verschiedener Art: Verbandsgrundrechtspositionen können – *erstens* – die Ausübung von Kompetenzen und Ingerenzen *begrenzen*, *zweitens* zur Kompetenz- oder Ingerenzausübung *verpflichten*, *drittens* Kompetenzen und Ingerenzen *aktivieren*, *effektivieren*, *erweitern* oder – *viertens* – die Kompetenz- oder Ingerenzausübung an *Gleichheitsforderungen* ausrichten (s. § 4, B. III. 3. sowie ausführlich §§ 5 f.).<sup>47</sup>

Als Beispiel zur Illustrierung der Wirkungsweise von Verbandsgrundrechtspositionen mag man auf die Formel ‚Bundestreue‘ zurückkommen, da diese letztlich alle vier eben unterschiedenen Wirkungsweisen abbilden kann: Die ‚Bundestreue‘ wirkt insbesondere als Zuständigkeitsausübungsgrenze, so beispielsweise als Ingerenzausübungsgrenze, wenn der Erlass von Weisungen des Bundes gegenüber den Ländern im Rahmen der Bundesauftragsverwaltung gemäß Art. 85 Abs. 3 GG, also eine verfassungstextlich ausdrücklich geschriebene Bundesingerenz, ‚ungeschriebenen‘ formellen Schranken (in Gestalt von Anhörungsrechten) unterworfen wird.<sup>48</sup> Daneben ist aber auch vorstellbar, dass sogar einmal *Pflichten* zur Ausübung von Kompetenzen oder Ingerenzen unter Verweis (auch) auf die ‚Bundestreue‘ behauptet werden, was allerdings nicht als dogmatisch gesichert<sup>49</sup> gelten kann: Als Gutachter im Auftrag des Freistaats Bayern beschäftigte sich Udo Di Fabio im Jahr 2016 mit der – an dieser Stelle noch nicht zu beantwortenden<sup>50</sup> – Frage, ob (auch) aus der ‚Bundestreue‘ (neben der ‚Eigenstaatlichkeit‘ der Länder, also einer weiteren verfassungstextfernen Verbandsgrundrechtsposition) ein Anspruch Bayerns gegen den Bund folge, dass der Bund – Zitat – „zur Begrenzung des massenhaften und un-

<sup>46</sup> Vgl. R. Herzog, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. III, 3. Aufl., Heidelberg 2005, § 57, Rn. 9; ausführlich zu den Begriffen ‚Verbandskompetenz‘ und ‚Verbandsingerenz‘ sowie ihrem Oberbegriff ‚Verbandszuständigkeit‘ § 4, A.

<sup>47</sup> Systematisierung der Wirkungsweisen in loser Anlehnung an J. Isensee, in: ders./P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VI, 3. Aufl., Heidelberg 2008, § 126, Rn. 128, 132 ff.; zu Abweichungen zwischen Isensees Ansatz und dem hier gewählten Ansatz unten Fn. 1262.

<sup>48</sup> Vgl. BVerfGE 81, 310 (337 ff.) – Kalkar II; ausführlich § 6, A. II. 3. b).

<sup>49</sup> Dazu, dass vorliegend nicht nur dogmatische Argumentationen analysiert werden, welche als ‚herrschende Meinung‘, als ‚good law‘ gelten können, in und bei Fn. 78 f.

<sup>50</sup> S. in und bei Fn. 1594 (§ 5, B. III. 2. b)) sowie Fn. 3996 (§ 12, B. I. 3. b) cc)).

kontrollierten Zustroms von Flüchtlingen [...], insbesondere im Hinblick auf einen wirksamen Schutz der Grenze“<sup>51</sup> – Zitatende – tätig werden müsse, also seine Bundeskompetenzen entsprechend ausüben müsse.<sup>52</sup> Auch – dogmatisch ebenfalls ungesicherte – Vorschläge für eine Konzipierung der ‚Bundestreue‘ als Postulat der Kompetenzeffektivierung lassen sich in der Dogmatik finden: So hat Peter Lerche in Auseinandersetzung mit einer Entscheidung des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts zum Zusammenwirken von Bund und Ländern im Bereich des individualgrundrechtlich geprägten Hochschulzugangsrechts angedacht, aus der ‚Bundestreue‘ ein Gebot an Bund und Länder abzuleiten, den ihnen „gemeinsam obliegende[n ...] Grundrechtsschutz“ zum Beispiel im Bereich der Forschungsfreiheit gemäß Art. 5 Abs. 3 GG durch „Aktivitäten“ zu bewerkstelligen, „die nicht einmal ins Blickfeld treten wollten, sähe man nur stets sein eigenes abgezirkeltes Kompetenzhäuschen vor sich“<sup>53</sup>. Schließlich wird die ‚Bundestreue‘ in der Rechtsprechung auch als eine Gleichheitsdirektive bei der Zuständigkeitsausübung verstanden: So sah der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts im Jahr 1961 einen Verstoß gegen die ‚Bundestreue‘ darin, dass die Bundesregierung unter Bundeskanzler Konrad Adenauer über die Gründung einer Deutschland-Fernsehen-GmbH vorwiegend mit den damals christdemokratisch geführten, nicht aber auch mit den sozialdemokratisch geführten Landesregierungen verhandelt hatte.<sup>54</sup>

Als Beispiel für die Wirkungsweise einer Verbandsgrundrechtsposition der US-Einzelstaaten kann der Topos ‚state autonomy‘ dienen: Eine Mehrheit im *U.S. Supreme Court* griff diese Formel im Jahr 2012 in der Entscheidung *National Federation of Independent Business v. Sebelius* auf und stützte darauf eine Zuständigkeitsausübungsgrenze (genauer: eine Ingerenzausübungsgrenze) für inhaltlich bedingte Finanzhilfen der US-Bundesebene an die Einzelstaaten (sog. *conditional spending*). Das Gericht entschied, dass es mit der „Autonomie“ der Einzelstaaten unvereinbar sei, wenn die US-Bundesebene den Einzelstaaten inhaltlich bedingte Finanzhilfen zur Finanzierung der Gesundheitsreform ‚Obamacare‘ anbietet, deren Annahme durch die Einzelstaaten für diese zwar rechtlich nicht verpflichtend, aber wegen ihrer enormen Höhe faktisch unverzichtbar ist.<sup>55</sup> Das Gericht begrenzt hier die Verbandsingerenz der Gewährung von Bundesfinanzhilfen an Einzelstaaten, welche eine ausdrückliche verfassungstextliche Grundlage in Art. I, Sect. 8, Cl. 1 USC

<sup>51</sup> *U. Di Fabio*, ZSE 2015, 517.

<sup>52</sup> Vgl. *U. Di Fabio*, Migrationskrise als föderales Verfassungsproblem, unveröff. Gutachten, 2016; ders., ZSE 2015, 517 ff. – näher (auch zur Kritik an der Argumentation des Gutachtens) in und bei Fn. 1594 (§ 5, B. III. 2. b)) sowie Fn. 3996 (§ 12, B. I. 3. b) cc)).

<sup>53</sup> P. Lerche, in: FS Maunz, München 1981, 215 (220), in Auseinandersetzung mit BVerfGE 33, 303 (357) – *numerus clausus*; näher § 5, C. III. 1.

<sup>54</sup> Vgl. BVerfGE 12, 205 (255) – 1. Rundfunkentscheidung; näher § 10, V. 1. a) cc).

<sup>55</sup> *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, 567 U.S. 519 (2012), 579 ff.; ausführlich § 6, A. IV. 2. b).

findet<sup>56</sup>, unter Rückgriff auf eine verfassungstextferne Verbandsgrundrechtsposition der Einzelstaaten.

Diese beiden einblicksartig skizzierten Beispiele für Verbandsgrundrechtspositionen („Bundestreue“ und „*state autonomy*“) werden in den §§ 5 f. um weitere Exemplare aus beiden Föderationen ergänzt; dort erfolgt eine fallgruppenartige Systematisierung und ein Vergleich der Wirkungsweisen von Verbandsgrundrechtspositionen in den USA und in Deutschland.

## 2. Instrumentalisierung „vor Gericht“

Die zweite von Wittreck in seinem Handbuchartikel betonte Spannungslage im Zusammenhang mit der Figur ‚Bundestreue‘ (die Irritierung des Machtgefüges der horizontalen Gewaltengliederung) steht im Zentrum seiner Kritik: Das Gericht schaffe sich mit dem Topos der ‚Bundestreue‘ eigenmächtig einen „Hebel, der [seinen] Entscheidungsspielraum [...] erweitert, indem er [...] ihm den Zugriff auf Sachfragen eröffnet“; so erhalte das Gericht eine Prüfungskompetenz über Fragen der ‚inhaltlichen Richtigkeit‘ von Maßnahmen der föderalen Träger.<sup>57</sup> In ähnlicher Weise haben Matthew D. Adler und Seth F. Kreimer für den US-Föderalismus das Instrumentalisierungspotenzial von unscharfen, verfassungstextfernen Verbandsgrundrechtspositionen<sup>58</sup> beschrieben, wobei sie nicht nur auf Sachpolitik, sondern auch auf institutionelle Macht- und „Realpolitik“ („*judicial realpolitik*“) abstellen: „Undurchsichtige Dogmatik“ („*opaque doctrine*“) könne für die Steigerung des macht- und realpolitischen „Kapitals“ der Gerichte besonders geeignet sein, da sie den Gerichten einerseits erlaube, auf lange Sicht einen großen und im Einzelnen schwer voraussehbaren Reigen von Maßnahmen wegen eines Verstoßes gegen diese Dogmatik zu invalidieren, ohne die Gerichte jedoch andererseits zu binden, dies in jedem potenziell einschlägigen Einzelfall (also beispielsweise bei einer besonders

<sup>56</sup> Art. I, Sect. 8, Cl. 1 USC, die sog. *Spending Clause*, sieht vor: „*The Congress shall have Power [...] to pay the Debts and provide for the common Defence and general Welfare of the United States*“ – hierzu § 6, A. IV. 2.

<sup>57</sup> Vgl. F. Wittreck, in: I. Härtel (Hrsg.), Handbuch Föderalismus, Bd. I, Berlin u. a. 2012, § 18, Rn. 21 f., 55, am Beispiel von BVerfGE 1, 299 (315 ff.) – Wohnungsbauförderung: Der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts vollzog in dieser Entscheidung eine „Willkür“-Kontrolle, ob der Widerspruch des Landes Bayern gegen einen Wohnungsbauförderung-Verteilungsplan des Bundesministers für Wohnungsbau, welcher nach dem einschlägigen Bundesgesetz „im Einvernehmen mit den Ländern“ aufzustellen war, „aus sachfremden Motiven erhobe[n], daher unsachlich [...] und] rechtlich unerheblich“ sei. Der Senat beschränkte sich also immerhin von vorneherein auf eine bloße Evidenz-Prüfung und nahm im Ergebnis auch keine Willkür seitens des Landes Bayern an.

<sup>58</sup> Adler und Kreimer erörtern dies für die verfassungstextferne *anti-commandeering*-Dogmatik (Verbot der zwingenden bundesgesetzlichen Programmierung von Einzelstaaten-gesetzgebung und Einzelstaatenverwaltung), welche vorliegend unter § 6, A. I. 2. a) u. § 6, A. II. 2. a) behandelt wird.

populären Maßnahme) zu tun.<sup>59</sup> Kurz- und weitergefasst: Gerade die Verfassungstextferne und die Unschärfe einer bestimmten dogmatischen Materie steigern deren „realpolitisches“ Instrumentalisierungspotenzial. Wittreck sowie Adler und Kreimer bringen zum Ausdruck, dass föderalismusverfassungsrechtliche Argumentationstopoi wie ‚Bundestreue‘ und ‚state dignity‘ vor Gericht als ein zu macht- und sachpolitischen Zwecken (aus-)nutzbares Instrument in die Hände des Gerichts gelegt werden. Unter Anknüpfung an diese Beobachtungen legt sich die vorliegende Studie die Ahnung zu Grunde, dass die *Möglichkeit* bestehen könnte, dass ein Gericht, welches föderale Streitigkeiten unter Rückgriff auf solche verfassungstextfernen Verbandsgrundrechtspositionen entscheidet, nicht ausschließlich – und ggf. nicht einmal vorrangig – die Konfliktlösung im ‚eigentlich‘ streitgegenständlichen föderalen Verhältnis ‚als solchem‘ verfolgt, sondern vor allem auch seine eigene institutionell-machtpolitische Position im Gefüge der horizontalen Gewaltenteilung sichern oder sachpolitische Präferenzen in Fragen, welche für die demo(i)kratische<sup>60</sup> Föderation von erheblicher Bedeutung sein können, durchsetzen möchte. ‚Vor Gericht‘ könnten zur ohnehin mit dem föderalen Prinzip inhärent verbundenen ideenpolitischen Instrumentalisierung, wie sie in Madisons transatlantischem Brief an La Fayette aus dem Dezember 1830 zum Ausdruck kommt (s. o. A. I.), potenziell also noch weitere Dimensionen von Instrumentalisierung in gesteigerter Form hinzutreten: Ein zur Entscheidung über Fragen von ‚state dignity‘ oder ‚Bundestreue‘ etc. aufgerufenes Gericht hätte ‚Föderalismus‘ dann nicht nur ideenpolitisch in Beziehung zu setzen zu anderen Verfassungsgütern und den dahinter stehenden politischen Ideen wie ‚Demokratie‘, ‚Freiheit‘ oder ‚Staatlichkeit‘ (ideenpolitische Instrumentalisierung); diesem Gericht könnten diese Formeln vielmehr auch zur machtpolitischen Instrumentalisierung im Gefüge der Verfassungsorgane und zur sachpolitischen Instrumentalisierung dienen (s. u. § 7, B. IV. 2.).

Nun ließe sich einwenden, dass es sich bei einer solchen machtpolitischen oder sachpolitischen Instrumentalisierbarkeit von dogmatischen Materien um ein allgemeines Problem handeln, hier also kein spezifisches Problem gerade des Föderalismusverfassungsrechts gegeben sein könnte. Allerdings ist die potenzielle machtpolitische und sachpolitische Instrumentalisierung von ‚Föderalismus‘ vor Gericht unter Berufung auf Formeln wie ‚state dignity‘ oder ‚Bundestreue‘ *besonders* und gerade deshalb nicht unproblematisch: Bedenken bestehen mit Blick auf das allenfalls schwache verfassungstextliche Fundament solcher Topoi; angesichts dieser Verfassungstextferne steht die Entscheidung, ob diese Topoi überhaupt und – falls ja – wie sie zur Streitentscheidung einzusetzen sind, im besonders weiten

---

<sup>59</sup> M. D. Adler/S. F. Kreimer, Supreme Court Review 1998, 71 (137): „[...] as a matter of judicial realpolitik, an opaque doctrine may be superior, for it allows the Court to threaten invalidation of a wide array of legislation, without binding itself to invalidate any particular (and popular) mandate. In this way, the Court puts federalism on the political agenda without depleting its own political capital“ – näher unten in und bei Fn. 3687 (§ 11, B. I. 1.).

<sup>60</sup> Zum Theorem der ‚Demoikratie‘ als komplexe Verschachtelung von Teil-Demokratien innerhalb einer Föderation s. § 12, B. III. 2.

„Ermessen“ des Gerichts.<sup>61</sup> Die Bedenken werden noch gewichtiger, wenn man sich vor Augen führt, dass das föderale Prinzip „zunächst einmal“, also außerhalb von Gerichten, ein *prozedurales* Ordnungsprinzip des (Auf-)Teilens, des „[W]ohlverteil[ens] und Balancier[ens]“ (Peter Badura<sup>62</sup>) von Hoheitsgewalt zwischen föderalen Trägern als politischen Wirkkräften darstellt. Diesen Befund hat Peter Lerche in seinem Staatsrechtslehrerreferat im Jahr 1962 für den grundgesetzlichen Föderalismus herausgearbeitet<sup>63</sup>: „Föderalismus“ zielt im Kern auf die „„Ausgemessenheit“ [von] politische[r] Kraft“<sup>64</sup>; er ist eine politisch-praktische „Formfrage“ ohne (deutlichen, festen, kohärenten) legitimierungstheoretischen Selbststand<sup>65</sup>. Zudem besitzt „Föderalismus“ – anders als etwa das Umweltschutzstaatsziel oder das Sozialstaatsprinzip – keinen inhärenten sachpolitischen Gehalt; aus dem föderalen Prinzip „als solchem“ lassen sich keine sachpolitischen Präferenzen ableiten.<sup>66</sup> Folglich ist „Föderalismus“ als Instrument *vor Gericht* in Gestalt justizabler Verbandsgrundrechtspositionen – aus sach-, real-, macht-, partei- und tagespolitischer Sicht – ein freies Radikal (s. u. § 7, C. I. 3.): Wegen einer angeblichen Verletzung von Verbandsgrundrechtspositionen mag zum Beispiel eine progressive gesundheitspolitische Maßnahme invalidiert werden, aber auch eine marktliberale atompolitische Maßnahme.<sup>67</sup>

<sup>61</sup> Vgl. M. D. Adler/S. F. Kreimer, Supreme Court Review 1998, 71 (137).

<sup>62</sup> P. Badura, in: FS Lerche, München 1993, 369 (372): „wohlverteilte Ordnung und Balancierung der Staatsgewalt“ – im Anschluss an und mit Hinweisen auf P. Lerche, VVDStRL 21 (1964), 66 ff.

<sup>63</sup> Vgl. P. Lerche, VVDStRL 21 (1964), 66 (84 ff.). Im weiteren Zusammenhang damit steht auch Lerches Formel von der föderalen „Homogenität [nur] im Verfahren“, s. P. Lerche, a. a. O. (84 ff.); vgl. auch P. Badura, in: FS Lerche, München 1993, 369 ff.; C. Waldhoff, in: H.-G. Henneke (Hrsg.), Gleichwertige Lebensverhältnisse bei veränderter Statik des Bundesstaates? Stuttgart 2019, S. 11 (13, 28 f.).

<sup>64</sup> P. Lerche, VVDStRL 21 (1964), 66 (83).

<sup>65</sup> Vgl. in diesem Zusammenhang die Beobachtung von C. Möllers, in: A. v. Bogdandy/J. Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge, 2. Aufl., Berlin u. a. 2009, S. 227 (248), zu „Vertrags“- und „(Ver-)Bund“-Modellen: „Legitimationsprobleme lassen sich mit dem Hinweis auf die Vertragsstrukturen kaum thematisieren. [...] Wie die Neuentdeckung des Bundesbegriffs kann die Lehre vom Verwaltungsverbund [sic] schwerlich eine legitimierungstheoretische Perspektive begründen“ – näher unten § 2, C. II. 1. a) bb) (3).

<sup>66</sup> Allenfalls können sich mit „Föderalismus“ Tendenzen von Lokalismus oder Subsidiarität verbinden, welche freilich an sich ihrerseits wiederum sachpolitisch neutral sind und erst durch (durchaus wirkmächtige) traditionalistische Argumentationen – beispielsweise in den Topoi „historic police powers of the States“ oder „Kulturhoheit der Länder“ – sachpolitischen Gehalt gewinnen; näher unten § 5, A. I. Vgl. – konkret für den grundgesetzlichen Föderalismus – die Bemerkung bei C. Möllers, Staat als Argument, 2. Aufl., Tübingen 2011, S. 372, dass dem Grundgesetz keine „materielle Theorie föderaler Aufgabenverteilung“ entnehmbar sei.

<sup>67</sup> Um exemplarisch nur zwei der oben skizzierten Beispiele aufzugreifen: einerseits die Invalidierung des Finanzierungsmechanismus hinter der Gesundheitsreform *Obamacare* (s. o. in und bei Fn. 55) bzw. die – freilich letztlich nicht erfolgte, aber eben potenzielle – Invalidierung einer atomrechtlichen Weisung (s. o. in und bei Fn. 48 sowie sogleich Fn. 68). Auch



Mit alledem soll hier keinesfalls gesagt werden, dass es nicht durchaus geboten sein kann, die Einhaltung der ‚*geschriebenen*‘ Verbandskompetenz- und Verbandsingenzordnung in Konfliktfällen gerichtlich sicherzustellen: Ein Bundesgesetz etwa, für welches keine Bundesgesetzgebungskompetenz besteht, sollte (verfassungs-)gerichtlich für formell verfassungswidrig erklärt werden können. Auch soll die Notwendigkeit der Ergänzung des gerichtlich durchsetzbaren Föderalismusverfassungsrechts um bestimmte, v. a. prozedurale ‚*ungeschriebene*‘ Elemente nicht von vorneherein verneint werden.<sup>68</sup> ‚Vorsicht‘ scheint dagegen – so eine mit Wittreck sowie Adler und Kreimer aufgenommene erste Ahnung – angebracht, wenn Gerichte Streitigkeiten unter Rückgriff auf die unscharf-verfassungstextfernen Formeln der Verbandsgrundrechtspositionen wie ‚*state dignity*‘ oder ‚Bundestreue‘ der Sache nach entscheiden (sollen). Diese ‚Ahnung der gebotenen Vorsicht‘ liegt der vorliegenden Studie subkutan zu Grunde, insbesondere wenn die Argumentation mit gerichtlich durchsetzbaren Verbandsgrundrechtspositionen einer kritischen Rhetorikanalyse unterzogen werden wird (s. §§ 11 u. 12).

### 3. Dogmatik als (asymmetrisch) pluralistisch-diskursive Textarbeit

Wittrecks Frage „Bundestreue oder Bundesverfassungsgerichtstreue?“ verweist nicht nur auf das Problem des unscharf-verfassungstextfernen Charakters solcher Verbandsgrundrechtspositionen und auf die von ihnen ausgehende Irritation im horizontalen Gewaltengliederungsverhältnis, sondern zusätzlich auf eine *dritte*, bislang noch nicht angesprochene Spannungslage; diese besteht auf diskursiver Ebene, im Verhältnis zwischen (Verfassungs-)Rechtsprechung und Rechtswissenschaft: Wittreck warnt vor einer unkritischen „Bundesverfassungsgerichtstreue“ der Rechtswissenschaft.<sup>69</sup> In einer Entscheidung aus dem Jahr 1958 hatte der Zweite

---

die weiteren oben bei Fn. 51 ff. erwähnten Beispiele geben einen Eindruck von der partei-, tages- und sachpolitischen Bandbreite des Einsatzes justiziabler Verbandsgrundrechtspositionen.

<sup>68</sup> Man blicke exemplarisch auf die oben bei Fn. 48 als Beispiel für eine Kompetenzausübungsgrenze genannte Entscheidung BVerfGE 81, 310 – Kalkar II: Die hier vom Zweiten Senat des Bundesverfassungsgerichts entwickelte – verfassungstextlich ‚*ungeschriebene*‘ – formelle Kompetenzausübungsschranke in Gestalt einer Anhörungspflicht vor dem Erlass von Bundesweisungen gemäß Art. 85 Abs. 3 GG steht dem föderalen Prinzip angesichts ihres prozeduralen Charakters durchaus nahe. Zur Wahrheit gehört aber auch dazu, dass der Senat in ebendieser Entscheidung außerdem eine – ebenfalls ‚*ungeschriebene*‘, aber problematischere – *materiell*-rechtliche (Reserve-)Kompetenzausübungsschranke aufruft; dies allerdings nicht unter dem Banner der ‚Bundestreue‘, sondern unter Rückgriff auf eine andere Verbandsgrundrechtsposition (die „Eigenstaatlichkeit“ der Länder): „[D]er Pflicht des Landes zur Befolgung der [vom Bund] erlassenen Weisungen [steht] eine vom Land vermöge seines Rechts auf Eigenstaatlichkeit einforderbare Pflicht des Bundes gegenüber[r], von ihm, dem Land, nicht zu fordern, was schlechthin außerhalb des von einem Staat Verantwortbaren gelegen ist“ (a. a. O. [334]) – näher hierzu § 6, A. II. 3. b).

<sup>69</sup> Vgl. F. Wittreck, in: I. Härtel (Hrsg.), Handbuch Föderalismus, Bd. I, Berlin u. a. 2012, § 18, Rn. 55.



Senat des Bundesverfassungsgerichts festgestellt, die Bundestreue sei vom „Bundesverfassungsgericht in Übereinstimmung mit der Rechtslehre aus dem Wesen des Bundesstaates entwickelt“ worden.<sup>70</sup> Wittreck, ein Vertreter „der Rechtslehre“, kündigt die vom Gericht behauptete „Übereinstimmung“ im Modus der ironischen Kritik einseitig auf. Er macht den Umgang vieler Rechtswissenschaftlerinnen und Rechtswissenschaftler<sup>71</sup> mit der Figur ‚Bundestreue‘ dergestalt zum Paradebeispiel für den von Bernhard Schlink identifizierten (und kritisierten) „Bundesverfassungsgerichtspositivismus der Staatsrechtslehre“<sup>72</sup> und warnt vor einer asymmetrischen Diskursmachtverteilung zwischen dominanter Verfassungsrechtsprechung und ‚gefolgamer‘ Verfassungsrechtswissenschaft.<sup>73</sup>

Das damit in Bezug genommene diskursive Zusammenspiel von (Verfassungs-) Rechtsprechung und Rechtswissenschaft wird vorliegend unter dem Stichwort ‚Dogmatik‘ erfasst: Der Studie liegt ein spezifischer ‚Dogmatik‘-Begriff zu Grunde, welcher zudem durch ein Attribut konkretisiert wird: ‚gerichtlich durchsetzbare Dogmatik‘.<sup>74</sup> Als Ausgangspunkt kann eine von Martin Eifert formulierte Definition dienen, wonach ‚Dogmatik‘ „vor allem eine kohärenzsichernde, operationalisierende Zwischenschicht zwischen den Rechtsnormen und der Rechtsanwendung im Einzelfall“<sup>75</sup> darstellt. Spezifisch ist das vorliegende ‚Dogmatik‘-Verständnis nun aber, insofern es einen dynamisch-prozesshaft-diskursiven Pluralismus der Quellen und Akteure, welche zur Herausbildung dieser „Zwischenschicht“ beitragen, wahrnimmt: ‚Dogmatik‘ wird nicht als statisch-unitäres Produkt, sondern mit Matthias Jestaedt als „gemeinsames Kommunikationsformat von Rechtswissenschaft und Rechtspraxis“<sup>76</sup> begriffen (s. § 7, B.). Ausgerichtet ist gerichtlich durchsetzbare Dogmatik dann freilich auf die Verwertbarkeit von Argumenten und Entscheidungsvorschlägen ‚vor Gericht‘.<sup>77</sup> Für Texte, welche solche gerichtlich verwertbaren

<sup>70</sup> BVerfGE 8, 122 (138) – Volksbefragung Hessen.

<sup>71</sup> Bei Rollen-, Funktions- und Berufsbezeichnungen werden in der vorliegenden Untersuchung in der Regel Femininum und Maskulinum nebeneinander geführt oder substantivierte Partizipien verwendet; bei fachterminologisch verfestigten Begriffen wie ‚Richterrecht‘ werden einfache Anführungszeichen verwendet.

<sup>72</sup> B. Schlink, Der Staat 28 (1989), 161, ausführlich unten § 9, A. III. 2. b) bb).

<sup>73</sup> Vgl. F. Wittreck, in: I. Härtel (Hrsg.), Handbuch Föderalismus, Bd. I, Berlin u. a. 2012, § 18, Rn. 55.

<sup>74</sup> Zur methodologischen Reflexion der Gerichtszentrierung s. u. § 9, A. III. 2. b).

<sup>75</sup> M. Eifert, in: G. Kirchhof/S. Magen/K. Schneider (Hrsg.), Was weiß Dogmatik? Was leistet und wie steuert die Dogmatik des öffentlichen Rechts?, Tübingen 2012, S. 79 (81); vgl. auch P. Sahm, Elemente der Dogmatik, Weilerswist 2019, S. 59 ff., zur „Dogmatik zwischen Einzelfall und System, Theorie und Praxis“.

<sup>76</sup> M. Jestaedt, in: G. Kirchhof/S. Magen/K. Schneider (Hrsg.), Was weiß Dogmatik? Was leistet und wie steuert die Dogmatik des öffentlichen Rechts?, Tübingen 2012, S. 117 ff.; vgl. auch O. Lepsius, in: G. Kirchhof/S. Magen/K. Schneider (Hrsg.), Was weiß Dogmatik? Was leistet und wie steuert die Dogmatik des öffentlichen Rechts?, Tübingen 2012, S. 39 (42); vgl. auch P. Sahm, Elemente der Dogmatik, Weilerswist 2019, S. 117.

<sup>77</sup> Ausgerichtet auf „Gerichtsfähigkeit“ – zu dieser Wendung H. Kantorowicz, Der Begriff des Rechts, Göttingen 1963, S. 89 f.; deutlich zum Zusammenhang von ‚Dogmatik‘ und

Dogmatikangebote enthalten, wird in der vorliegenden Untersuchung in Anlehnung an eine Begriffsbildung von Klaus F. Röhl und Hans Christian Röhl<sup>78</sup> die Kategorie (genauer: die Textsorte) ‚Rechtsinhaltsquelltexte‘ umrissen (s. § 7, A. I. 4.); zu den Rechtsinhaltsquelltexten zählen neben ‚kanonischen‘ Entscheidungen von (Höchst-) Gerichten, welche ‚Fallrecht‘ (‚Richterrecht‘) bilden und somit künftige gerichtliche Entscheidungen anleiten (sollen), unter anderem auch *obiter dicta* und Sondervoten sowie Gutachten (wie das oben erwähnte Gutachten von Di Fabio<sup>79</sup>) und bestimmte Formen von Aufsätzen (wie der oben erwähnte Beitrag von Lerche<sup>80</sup>) – letztlich also alle Texte, welche sich eine ‚dogmatische Stimme‘ anmaßen, dabei aber nicht zwingend ‚dogmatisch gesichert‘ und nicht zwingend Teil der ‚herrschenden Meinung‘ sein müssen (s. § 7, A.).<sup>81</sup> An der in dieser Studie zu untersuchenden Dogmatik der Verbandsgrundrechtspositionen wirken – *auf lange Sicht* – all diese Textsorten mit; sie werden daher grundsätzlich ‚gleichberechtigt‘ in die Dogmatikanalyse einbezogen (s. §§ 5 f.).

### III. Rhetorik: ‚föderale Treue‘ und ‚föderale Würde‘ sind Effekte<sup>82</sup> einer lyrisch-anthropomorphen Lesekonvention

„Literature as well as criticism – the difference between them being delusive – is condemned (or privileged) to be forever the most rigorous and, consequently, the most unreliable language in terms of which man names and transforms himself.“

Paul de Man<sup>83</sup>

Zu den drei in Wittrecks Wortspiel „Bundesverfassungsgerichtstreue“ gebündelten Spannungslagen (unscharfe Verfassungstextferne – irritierte Gewaltenteilung – asymmetrische Dogmatik-Diskursmachtverteilung) kommt etwas *Viertes*, eine Formfrage, hinzu: Dass Wittreck seine Kritik mit Hilfe eines *Wortspiels* artikuliert, hebt die inhärent sprachlich-rhetorische Verfasstheit der drei genannten

---

„Gerichtsfähigkeit“: a.a.O., S. 88; daran anschließend K. F. Röhl/H. C. Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl., München 2008, S. 204 f. – ausführlich unten § 7, B. II. 1.

<sup>78</sup> Vgl. K. F. Röhl/H. C. Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl., München 2008, S. 520.

<sup>79</sup> S. o. in Fn. 52.

<sup>80</sup> S. o. in Fn. 53.

<sup>81</sup> Vgl. für einen ersten Einblick in die Vielfalt von ‚Rechtsinhaltsquelltexten‘ die in Fn. 29 ff. u. 51 ff. zitierten Genres von ‚Rechtstexten‘.

<sup>82</sup> Wenn ‚föderale Treue‘ und ‚föderale Würde‘ hier als rhetorische ‚Effekte‘ qualifiziert werden, so ist zu beachten, dass dies nicht (primär) im Sinn eines punktuellen Einsatzes ‚effekthascherischer‘ Stilmittel der Überredungskunst, sondern im Sinn der Erzeugung von ‚Bildern‘ (‚Topoi‘) im Wege von konventionalisierten Lesepraktiken verstanden wird – hierzu sogleich in und bei Fn. 88 ff.

<sup>83</sup> P. de Man, in: *Allegories of Reading*, New Haven, Conn., U.S.A., u. a. 1979, S. 3 (19).

Spannungslagen und ihrer wechselseitigen Verstrickungen hervor. Verfassungsrechtsprechung, welche sich der Figur ‚Bundestreue‘ bedient, um Verbandsgrundrechtspositionen föderaler Träger sprachlich zu fassen, arbeitet mit einem rhetorisch reichhaltigen Topos. Die rhetorische Reichhaltigkeit des Ausdrucks ‚Bundestreue‘ basiert auf einer Anthropomorphisierung – das heißt: auf dem (sprachlichen) Verfahren der Vermenschlichung von etwas Nicht-Menschlichem<sup>84</sup> (s. § 10): Föderale Träger, also politische Einheiten, können ‚als solche‘ nicht ‚treu‘ sein<sup>85</sup>; vielmehr wird hier mit dem Attribut der ‚Treue‘ eine ‚ureigen‘ mit ‚dem Menschlichen‘ in Verbindung stehende Eigenschaft einer *nicht*-menschlichen Entität zugeschrieben. Die vorliegend angestrenzte Studie basiert auf der Hypothese, dass gerade diese rhetorische Reichhaltigkeit von Formeln wie ‚state dignity‘ oder ‚Bundestreue‘ etc. – abstrakter gefasst: die Rhetorik ‚föderaler Treue‘<sup>86</sup> und ‚föderaler Würde‘<sup>87</sup> – das

<sup>84</sup> Vgl. nur C. Huber, in: Reallexikon der deutschen Literaturwissenschaft, Bd. III, 3. Aufl., Berlin u. a. 2003, S. 53 (53): „Als sprachlich-rhetorisches Verfahren [...] verleiht die Personifikation Unbelebtem (z. B. Naturphänomenen), Abstraktem (Affekten, Tugenden/Lastern), Kollektivem (Volk, Land, Kirche) Leben, Bewu[ss]tsein und menschliche Gestalt (Anthropomorphismus).“ Vorliegend wird der ‚Anthropomorphismus‘ vor allem als ein sprachlich-rhetorisches Phänomen begriffen (s. auch unten § 10, A. II. 1. u. 2. b)), welches freilich gewissermaßen an die ‚Grenzen des Sprachlichen‘ geht – durch eine „Identifikation auf der Ebene der Substanz“, s. P. de Man, in: The Rhetoric of Romanticism, New York, N.Y., U.S.A., 1984, S. 239 (241) – dazu § 10, B. II. 2. b) bb). Umfassender zum ‚Anthropomorphismus‘ (aus Sicht der philosophischen Anthropologie): R. Becker, Der menschliche Standpunkt. Perspektiven und Formationen des Anthropomorphismus, Frankfurt a.M. 2011; vgl. zur Begriffsgeschichte des ‚Anthropomorphismus‘ von der Antike bis in 20. Jahrhundert als Geschichte eines Begriffs an der „Grenze von Transzendentalphilosophie und Anthropologie“ ders., Archiv für Begriffsgeschichte 49 (2007), 60 ff.; u. ders., Archiv für Begriffsgeschichte 50 (2008), 153 ff.

<sup>85</sup> Ein anderes Beispiel: Politische Einheiten ‚als solche‘ können auch nicht etwa ‚fröhlich‘ sein; vgl. dazu die Rede von Angela Merkel anlässlich des Großen Zapfenstreichs am 2. Dezember 2021 in Berlin: „Es ist diese Fröhlichkeit im Herzen, die ich uns allen und *im übertragenden Sinne* unserem Land auch für die Zukunft wünsche“ – Hervorh. R.D.N.

<sup>86</sup> Lose Anhaltspunkte für eine solche Abstraktion (freilich ohne Rhetorik-Reflexion) mag man auch bei P. Egli, Die Bundestreue. Eine rechtsvergleichende Untersuchung, Zürich, Schweiz, 2010, S. 18, erkennen, wonach „[d]ie Bundestreue“ ein Merkmal aller föderalen Ordnungen sei. Hingegen soll es nach H. Bauer, Die Bundestreue, Tübingen 1992, S. 19 f., wegen der Vielgestaltigkeit konkreter föderaler Ordnungen nicht sinnvoll sein, nach der Bundestreue als Bestandteil der „allgemeinen Bundesstaatstheorie“ zu fragen. Bauer denkt hier allerdings sichtlich konkreter (methodisch-disziplinär enger) als seine Rede von der „Bundesstaatstheorie“ zunächst suggeriert; sein Blick ist nicht auf das Modell (die Idee) des ‚Bundes‘ gerichtet, sondern bereits stärker auf die verfassungsrechtsdogmatische Ausgestaltung unter dem Grundgesetz fokussiert. Auch die vorliegende Studie geht *nicht* davon aus, dass *die* ‚Bundestreue‘ in der *konkreten* Prägung durch die Verfassungsrechtsdogmatik unter dem Grundgesetz fester Bestandteil einer allgemeinen Theorie des ‚Bundes‘ sei – wohl aber lässt sich die grundgesetzliche Bundestreue vor der Folie des allgemeineren Modells des ‚Bundes‘ lesen.

<sup>87</sup> Ähnliche Abstraktion von einschlägigen dogmatischen Formeln des US-amerikanischen Föderalismusverfassungsrechts auf den Master-Topos der ‚Würde‘ bei M. C. Dorf/T. Morrison, Constitutional Law, New York, N.Y., U.S.A., 2010, S. 84: „*etiquette restrictions often aim to protect states’ dignitary interests*“.

sprachlich-textuelle Fundament dafür bereitstellt, dass Verbandsgrundrechtspositionen das ‚geschriebene‘ Föderalismusverfassungsrecht wirkkräftig um ein ‚ungeschriebenes‘ (verfassungstextfernes) Element ergänzen können. Um ihre Position im gewaltenteilerischen Machtgefüge gegenüber nicht-judikativen hoheitlichen Akteuren wie auch im dogmatischen Diskurs gegenüber der Rechtswissenschaft zu behaupten, ist die (Verfassungs-)Rechtsprechung in Streitigkeiten rund um Verbandsgrundrechtspositionen – angesichts der schwachen verfassungstextlichen Grundlage – auf die rhetorische Reichhaltigkeit und Wirkkraft der die Verbandsgrundrechtspositionen tragenden Formeln wie ‚*state dignity*‘ oder ‚Bundestreue‘ besonders angewiesen.

### 1. Wirkmächtige anthropomorph(istisch)e Lesekonventionen – Dekonstruktion von ‚Literaturdogmatik‘

‚Rhetorik‘ wird vorliegend also in einem spezifischen Sinn verstanden – im Sinn der literaturwissenschaftlichen Dekonstruktion<sup>88</sup>: ‚Rhetorik‘ betrifft den Zusammenhang zwischen der sprachlichen Verfasstheit von Texten und ihrem Wirken durch ein – von ihnen zwar erlaubtes, gar angereiztes (heraufbeschworenes), aber nicht kontrollierbares – Gelesenwerden in einer bestimmten Weise. In interdisziplinärem Anschluss an den Literaturwissenschaftler Paul de Man<sup>89</sup> (und somit auch an Friedrich Nietzsche<sup>90</sup>) betrachtet die Studie Sprache als durchgängig ‚trop(olog)isch‘ aufgebaut. ‚Tropen‘ (etwa Metaphern, Metonymien und Synekdochen) sind in diesem Verständnis bestimmte Muster, welche das Wechselspiel zwischen der ‚wörtlichen‘ und der ‚übertragenen‘ (‚eigentlichen‘) Bedeutung eines sprachlichen Ausdrucks betreffen (s. § 10, B. II. 2. a)).<sup>91</sup> Für de Man ist dabei sowohl die Entscheidung zwischen wörtlicher und übertragener Lesart wie auch die Bestimmung

<sup>88</sup> Nicht primär als performative „Rhetorik der Persuasion“ (punktuell „effekthascherische Beredsamkeit“), sondern als dekonstruktiv(istisch)e „Rhetorik der Tropen“ (Aufmerksamkeit für den unhintergebar-basal tropologischen Bau menschlicher Sprache); vgl. zu dieser (letztlich aporetischen) Differenzierung *P. de Man*, in: *Allegories of Reading*, New Haven, Conn., U.S.A., u. a. 1979, S. 119 (131), in Auseinandersetzung u. a. mit Friedrich Nietzsches Aufzeichnungen zu einer Vorlesung über die (antike) Rhetorik: *F. Nietzsche*, in: ders., *Werke*. Kritische Gesamtausgabe, hrsg. v. G. Colli/M. Montinari, II. Abt., Bd. 4, Vorlesungsaufzeichnungen (WS 1871/72–WS 1874/75), Berlin 1995, S. 413 ff.

<sup>89</sup> Zur Auseinandersetzung mit de Mans Biographie und insbesondere mit seiner antiseitischen Publikationstätigkeit unten § 10, B. I. u. C. II.

<sup>90</sup> Zu de Mans Nietzsche-Rezeption s. eben in Fn. 88 und näher unten § 10, B. II. 2. a) cc).

<sup>91</sup> Genauer gefasst: de Man unterscheidet zwischen der „wörtlichen Bedeutung“ („*literal meaning*“), der „figuralen Bedeutung“ („*figural meaning*“) und der „eigentlichen Bedeutung“ („*proper meaning*“) eines Ausdrucks; vgl. *P. de Man*, in: *Allegories of Reading*, New Haven, Conn., U.S.A., u. a. 1979, S. 57 (65, dort in Fn. 10); Übersetzung bei *P. de Man*, in: *Allegorien des Lesens*, übersetzt v. P. Krumme, Frankfurt a. M. 1988 [1979], S. 91 (115, dort in Anm. 10) – näher mit einem Beispiel und unter Berücksichtigung anderer Ansätze unten § 10, B. II. 2. a).

der eigentlichen Bedeutung *im Text selbst* nicht gesichert.<sup>92</sup> Aus einem Urteilstext, welcher einem Land ‚Bundestreue‘ zuordnet, als solchem lässt sich beispielsweise nicht mit Sicherheit schließen, ob das Land ‚wirklich‘ ‚treu‘ sein kann – oder ob damit nicht eine übertragene, eigentliche Bedeutung, etwa eine ‚besondere Schutzwürdigkeit‘ des Lands, verbunden sein soll. Allein aus dem Text heraus ist unentscheidbar, ob er im wörtlichen oder in einem übertragenen Sinn zu lesen ist; diese Entscheidung fällt erst *beim Lesen* des Texts. Allerdings wirken beim Lesen von Texten häufig stabilisierende Konventionen („Lesekonventionen“<sup>93</sup>, „Lesefiguren“<sup>94</sup>, Lektüre-, „Protokolle“<sup>95</sup>). Eine ‚Lesefigur‘ ist eine diskursiv verfestigte, kollektiv eingeübte und daher wirkmächtige Konvention des Umgangs mit Texten – m. a. W.: eine dogmatisch-ideologische Lektürehaltung (knapp: ‚Literaturdogmatik‘<sup>96</sup> – s. § 10, B. II. 3.). Lesekonventionen führen die rhetorisch-tropologisch bedingte Unentscheidbarkeit zwischen den konkurrierenden Lesarten eines Texts dogmatisch-„gewalt[sam]“<sup>97</sup> einer Festlegung zu. Als wirkmächtige Lektüreprotokolle hat de Man u. a. die Lesefiguren ‚Lyrik‘<sup>98</sup>, ‚Autobiographie‘<sup>99</sup> und ‚Übersetzung‘<sup>100</sup> untersucht. Hinter diesen Lesekonventionen stehe der tiefe Wunsch, Texte als ‚natürlich‘, lebensnah und verständlich zu erfahren:<sup>101</sup> *„Any text, as text, compels reading as its understanding. [...] The lyric is [...] one name among several to designate the defensive motion of understanding“*<sup>102</sup>.

<sup>92</sup> Vgl. P. de Man, in: *The Rhetoric of Romanticism*, New York, N.Y., U.S.A., 1984, S. 239 (241).

<sup>93</sup> M. Martínez/M. Scheffel, *Einführung in die Erzähltheorie*, 11. Aufl., München 2019, S. 137 f., benutzen den Begriff „Lesekonvention“ zwar – anders als die vorliegende Studie – nicht unter explizitem Bezug auf Paul de Mans tropologisch-dekonstruktivistische Rhetorik, wohl aber tendenziell in gleicher Stoßrichtung, wenn sie für das von ihnen untersuchte Feld der Erzähltheorie unter diesem Schlagwort ausführen: „Um einen narrativen Text zu verstehen, konstruieren wir im Akt der Lektüre die Totalität einer erzählten Welt.“

<sup>94</sup> P. de Man, MLN 94 (1979), S. 919 (921): „*a figure of reading or of understanding*“ (zur Autobiographie als Lesefigur) – näher unten § 10, B. II. 3.

<sup>95</sup> „*[P]rotocols of interpretation*“, so – referierend zu de Mans Ansatz – J. D. Culler, *Theory of the Lyric*, Cambridge, Mass., U.S.A., 2015, S. 78.

<sup>96</sup> Zur ‚Dogmatik‘ im Bereich der Beschäftigung mit (‚schöner‘) ‚Literatur‘ vgl. knapp R. D. Neugärtner, *Rechtswissenschaft* 2017, 461 (469); ferner C. Möllers, *This Century's Review* 3 (2014), 42 (47); näher unten § 10, B. II. 3. a).

<sup>97</sup> P. de Man, in: *The Rhetoric of Romanticism*, New York, N.Y., U.S.A., 1984, S. 239 (262): „*sheer blind violence*“.

<sup>98</sup> Vgl. P. de Man, in: *The Rhetoric of Romanticism*, New York, N.Y., U.S.A., 1984, S. 239 (261): „*The lyric is not a genre, but one name among several to designate the defensive motion of understanding*.“

<sup>99</sup> Vgl. P. de Man, MLN 94 (1979), S. 919 (921): „*Autobiography, then, is not a genre or a mode, but a figure of reading or of understanding that occurs, to some degree, in all texts*.“

<sup>100</sup> Vgl. P. de Man, *Yale French Studies* 97 (2000) [1983], 10 (32 f.).

<sup>101</sup> Vgl. P. de Man, in: *The Rhetoric of Romanticism*, New York, N.Y., U.S.A., 1984, S. 239 (256, 259).

<sup>102</sup> P. de Man, in: *The Rhetoric of Romanticism*, New York, N.Y., U.S.A., 1984, S. 239 (261).

Bei der Lesefigur ‚Lyrik‘ beispielsweise werden Texte so gelesen, *als ob* sie von einer menschlichen lyrischen Stimme, einem menschlichen ‚lyrischen Ich‘ gesprochen würden<sup>103</sup>; in den Text wird eine anthropomorphe<sup>104</sup> Sprecherinnen- oder Sprecher-Instanz hineingelesen.<sup>105</sup> Grundlage für ein solches Er-Lesen einer Stimme ist ein Wechselwirkungsverhältnis zwischen den Gegenständen innerhalb der ‚lyrischen Welt‘<sup>106</sup> (zum Beispiel der häufig in Oden, Hymnen und anderen Gedichtformen ‚besungenen‘ Sonne<sup>107</sup> oder anderen ‚Natur‘-Gegenständen) einerseits und der ‚lyrischen Stimme‘ andererseits. Nicht nur das lyrische Ich, auch die Gegenstände in der lyrischen Welt werden vermenschlicht.<sup>108</sup> Dieses ‚sphärenspringende‘ reziproke Verhältnis zwischen lyrischer Stimme und lyrischer Welt tritt besonders plakativ in Ansprachen (Apostrophen<sup>109</sup>) der lyrischen Stimme an Dinge der lyrischen Welt hervor, zum Beispiel wenn Charles Baudelaires Gedicht *„Obsession“* damit einsetzt, dass „Wälder“ von einem „ich“ adressiert werden: *„Grands bois, vous m’effrayez comme des cathédrales“* (s. § 10, B. II. 1.).

Aufbauend auf de Mans ‚Rhetorik‘- und ‚Lyrik‘-Zugang wird im zehnten Kapitel der Studie ein interdisziplinäres Schema zur rhetorischen Analyse auch von Rechtsinhaltsquellen erarbeitet (s. § 10, B. III.), dessen Grundlinien einleitend

<sup>103</sup> Vgl. P. de Man, in: The Rhetoric of Romanticism, New York, N.Y., U.S.A., 1984, S. 239 (254, 257, 261): *„What we call the lyric, the instance of represented voice [...]“*; letztlich könnten (und würden) „irgendwelche“ Texte als lyrische Texte gelesen werden, vgl. a. a. O. (261) – näher hierzu unten § 10, B. III. 2. a).

<sup>104</sup> Zur Betonung der Funktion des Anthropomorphismus für die Lesefigur ‚Lyrik‘ deutlich P. de Man, in: The Rhetoric of Romanticism, New York, N.Y., U.S.A., 1984, S. 239 (241 f., 256, 261 f.).

<sup>105</sup> Bei den Lesefiguren ‚Autobiographie‘ und ‚Übersetzung‘ entspricht dem ‚lyrischen Subjekt‘ das ‚autobiographische Subjekt‘ bzw. die Figur des ‚Übersetzers‘.

<sup>106</sup> Zum – umstrittenen – Begriff (Theorem) der ‚lyrischen Welt‘ s. u. § 10, B. II. 4. a), insbesondere bei Fn. 3490.

<sup>107</sup> Statt vieler Beispiele sei verwiesen auf (wohl) Friedrich Schillers „An die Sonne“: „Preis dir, die du dorthin heraufstrahlst, Tochter des Himmels! / Preis dem lieblichen Glanz / Deines Lächelns, der alles begrüßet und alles erfreuet! [...]“ (F. Schiller [Autorschaft nicht abschließend geklärt], in: ders. [Hrsg.], Anthologie auf das Jahr 1782, Stuttgart 1782, S. 16 [16]); Heinrich v. Kleists „Hymne an die Sonne“: „[...] Deinen prächtigen Glanz borge der Finsternis, Allerleuchtender Stern! [...]“ (H. v. Kleist, in: Sämtliche Erzählungen, Anekdoten, Gedichte, Schriften, hrsg. v. K. Müller-Salget, Frankfurt a. M. 2005 [1799], S. 402 [402]); und Rainer Maria Rilkes „Neue Sonne“: „Neue Sonne, Gefühl des Ermattens [...] Schatten des frühesten Laubes, das du durchhellst“ (R. M. Rilke, in: Die Gedichte, Frankfurt a. M. u. a. 2006 [1921/1922], S. 662 [670]). S. ‚aber‘ auch einen Text von Emily Dickinson, welcher auf eine Apostrophe verzichtet: *„The pattern of the sun / Can fit but him alone / For sheen must have a Disk / To be a sun –“* (E. Dickinson, Final Harvest. Emily Dickinson’s Poems, New York, N.Y., U.S.A., u. a. 1962 [ca. 1882], S. 297).

<sup>108</sup> Zum Beispiel falls in Schillers „An die Sonne“ (s. soeben in Fn. 107) das „Lächeln“ der Sonne als Ausdruck ‚ureigen‘ menschlicher Mimik verstanden wird.

<sup>109</sup> Zur ‚Apostrophe‘ als einem zentralen Element der ‚Lyrik‘ statt vieler J. D. Culler, Diacritics 7. 4 (1977), 59 ff.; ders., Theory of the Lyric, Cambridge, Mass., 2015, S. 211 ff., 216: *„As a figure endemic to poetry that finds little place in other discourses, apostrophe works as a mark of poetic vocation“*.

zu umreißen sind: In dem zu entwickelnden Analyseschema trägt das rhetorisch-dogmatische Verfahren der Anthropomorphisierung als gemeinsamer Nenner die vorliegend nachverfolgte interdisziplinäre Parallele zwischen Lyrik (genauer: Literaturdogmatik der Lyrik) und Föderalismusverfassungsrechtsdogmatik. Der lyrischen Stimme des lyrischen Ichs in einem Gedicht entspricht im interdisziplinären Modell die ‚dogmatische Stimme‘ der Gerichte – der *Rechtsprechung* im ‚Wortsinn‘ also.<sup>110</sup> In den in der Studie näher untersuchten Texten ermöglichen und provozieren Tropen wie ‚Bundestreue‘ oder ‚*state dignity*‘, dass u. a. legislative und exekutive Kräfte sowie Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler diese Formeln so lesen, dass dem Gericht eine (menschliche) Stimme und mit dieser zugleich die Position zugesprochen wird, auch jenseits verfassungstextlich geschriebener Normen in einem Konflikt zwischen föderalen Trägern intervenieren zu dürfen. Föderalismusverfassungsrechtsdogmatische Topoi wie ‚*state dignity*‘ oder ‚Bundestreue‘ entfalten in Texten als tropische Signale Wirkmacht dadurch, dass sie u. a. von Legislativen und Exekutiven sowie von der Rechtswissenschaft anthropomorphistisch gelesen und mit der dogmatisch-diskursiven Kraft der Vermenschlichung ausgestattet werden; diese diskursive Kraft überträgt sich auf das diese Topoi verwendende Gericht. Entscheidend ist, dass zwischen der von einem tropischen Signal wie ‚*state dignity*‘ (oder ‚Bundestreue‘ etc.) angereizten Vermenschlichung eines föderalen Trägers und dem Er-Lesen einer menschlichen dogmatischen Stimme des Gerichts auch hier – wie im Fall der Lesefigur ‚Lyrik‘ – ein ‚sphärenspringendes‘<sup>111</sup> Reziprozitätsverhältnis besteht: Das Vehikel dieser Reziprozität ist der anthropomorphisierende Charakter, welcher *sowohl* der Zuschreibung von ‚Würde‘ (oder ‚Treue‘) an einen föderalen Träger *als auch* der Zuschreibung einer würdig-autoritativen Stimme an die Institution Gericht innewohnt.

Wittrecks oben referierter Aufruf an die Rechtswissenschaft zum ‚Ungehorsam‘<sup>112</sup> zeigt, dass die angereizte anthropomorphistische Lektürewiese im Fall des Tropus ‚Bundestreue‘ nicht garantiert ist: Statt der totalisierenden Lesart im vom Gericht angeforderten Modus der trans-institutionellen „Übereinstimmung“ zwischen Rechtsprechung und Wissenschaft wählt Wittreck das ironische Wortspiel: „Bundestreue oder Bundesverfassungsgerichtstreue?“. Im Fall der Lyrik(-dogmatik) wie im Fall der Föderalismusverfassungsrechtsdogmatik gilt: Gesichert sind an-

<sup>110</sup> Da die ‚dogmatische Stimme‘ vorliegend als Effekt einer *Lesekonvention* betrachtet wird, widerspricht die Rede von der ‚dogmatischen Stimme‘ auch nicht der Beobachtung von O. Lepsius, in: G. Kirchhof/S. Magen/K. Schneider (Hrsg.), Was weiß Dogmatik? Was leistet und wie steuert die Dogmatik des öffentlichen Rechts?, Tübingen 2012, S. 39 (45): „Wer dogmatisch schreibt, darf den rechtserzeugenden Akteur nicht nennen“. Wer dogmatisch schreibt, *braucht* den rechtserzeugenden Akteur auch gar nicht nennen, da dieser er-lesen wird.

<sup>111</sup> Gemeint ist der Sprung zwischen der Sphäre ‚föderales Verhältnis der föderalen Träger‘ einerseits und der Sphäre ‚Stellung der Rechtsprechung‘ andererseits.

<sup>112</sup> S. o. bei Fn. 69.



thropomorphistische Lektüren nicht. Tropen lassen sich stets auch anders lesen.<sup>113</sup> Sie befinden sich *in*<sup>114</sup> Dekonstruktion. Dies zeigt Wittreck in seinem Wortspiel, mit welchem er die Mechanismen der anthropomorphistischen Reziprozität gerade bloßlegt und auf diese (ironisch-dekonstruktivistische) Weise ihrer Überzeugungskraft beraubt: Wittreck expliziert, dass ein Gericht, welches einem föderalen Träger ‚Würde‘ oder ‚Treue‘ zuschreibt, eigentlich vor allem (auch) für sich selbst diese Positionen der ‚Würde‘ und ‚Treue‘ (im dogmatischen Diskurs) reklamiert (s. § 11, B. II.).

## 2. Ideenpolitisch geladene Anthropomorphismen

Die literaturwissenschaftlich sensibilisierte Aufmerksamkeit für die Spannungen zwischen der unentscheidbaren Rhetorik und der anthropomorphistischen Dogmatik der Verbandsgrundrechtspositionen gibt schließlich den Blick darauf frei, auf welche Art und Weise diese Formeln Ideenpolitik vor Gericht ermöglichen: Die Anthropomorphismen ‚föderale Treue‘ und ‚föderale Würde‘ werden durch – mehr oder weniger versteckte – ideenpolitische Gehalte gespeist (s. v. v.); bei diesen Gehalten handelt es sich um die politischen Ideen, welche durch ideenpolitischen Instrumentalföderalismus zusammengehalten werden: ‚Demokratie‘, ‚Freiheit‘, ‚(National-)Staatlichkeit‘ (s. o. A. I.).

Jede dieser durch Instrumentalföderalismus in Bezug genommenen politischen Ideen hebt ‚echte Menschen‘ in bestimmten politisch-rechtlichen Rollen (und *deren* ‚Treue‘ und ‚Würde‘) hervor: im Fall der ‚Staatlichkeit‘ etwa Beamtinnen und Beamte<sup>115</sup>, ‚Staatsmänner‘<sup>116</sup> oder Staatsangehörige<sup>117</sup>, im Fall der ‚Freiheit‘ Individualgrundrechtsträgerinnen und Individualgrundrechtsträger<sup>118</sup> und im Fall der ‚De-

<sup>113</sup> Dies wird im zehnten Kapitel – auf der Basis von de Mans ‚Rhetorik‘-Ansatz – näher zu begründen sein (s. insbes. unten § 10, B. II. 2.).

<sup>114</sup> Dazu, dass ‚Dekonstruktion‘ nach de Man nicht erst von außen an den Text herangebracht wird, sondern in der tropologischen Verfasstheit des Texts angelegt ist, s. *P. de Man, Diacritics* 3. 3 (1973), 27 (32): „*The deconstruction is not something we have added to the text but it constituted the text in the first place*“ – Näheres unten in und bei Fn. 3461.

<sup>115</sup> Vgl. etwa *National League of Cities v. Usery*, 426 U.S. 833 (1976) – s. u. § 5, A. II. 2. – sowie BVerfGE 4, 115 (136) – Besoldungsgesetz von Nordrhein-Westfalen: „Die Beamtenschaft ist ein bedeutsames Element der eigenstaatlichen Organisation der Länder.“

<sup>116</sup> Vgl. etwa (unausgesprochen) BVerfGE 12, 205 (255) – 1. Rundfunkentscheidung – s. u. § 4, B. III. 3. d) bb).

<sup>117</sup> Oder sonstige im ‚Staatsgebiet‘ Aufenthaltsberechtigte, vgl. etwa *Arizona v. United States*, 567 U.S. 387 (2012), 416, 417 (abw. Sondervotum Justice Scalia): „*the defining characteristic of sovereignty: the power to exclude from the sovereign’s territory people who have no right to be there*“, sowie a. a. O., 418: „*States’ power to exclude those they did not want*“ – s. u. § 5, C. II. 2. – sowie *U. Di Fabio*, Migrationskrise als föderales Verfassungsproblem, unveröff. Gutachten, 2016, S. 48 ff. – s. u. § 5, B. III. 2. b) und § 12, B. I. 3. b) cc).

<sup>118</sup> Vgl. etwa *Bond v. United States*, 564 U.S. 211 (2011), 222 – s. u. § 12, B. II. 3. a) u. b) – sowie BVerfGE 33, 303 (357) – *numerus clausus I* – s. u. § 5, C. III. 1. u. § 12, B. II. 3. c).



mokratie‘ etwa Abstimmende<sup>119</sup>, Abgeordnete, Wählerinnen und Wähler<sup>120</sup>. Beispielsweise sollen es in der oben angesprochenen etatistischen Argumentation Di Fabios für ein Recht der Länder gegen den Bund auf effektiven Grenzschutz Staatsangehörige und die Grenzen, in denen sie organisiert sind, sein, welche von der dort behaupteten Verbandsgrundrechtsposition der Länder abgebildet würden.<sup>121</sup> Lerches Forderung danach, dass föderale Träger bis an die Grenzen ihrer „abgezielte[n] Kompetenzhäuschen“ gehen dürften, um die ihnen gemeinsam zustehende Verantwortung für die Effektivierung von Individualgrundrechtsschutz, etwa der Forschungsfreiheit, wahrnehmen zu können<sup>122</sup>, hingegen speist sich aus einer Symbiose von Verbandsgrundrechtspositionen von föderalen Trägern und Individualgrundrechten von Forscherinnen und Forschern. In der knapp skizzierten *U.S. Supreme Court*-Entscheidung *National Federation of Independent Business v. Sebelius* (2012) zur Verfassungswidrigkeit des Finanzierungsmechanismus hinter der Gesundheitsreform *Obamacare* schließlich erhält die Figur ‚state autonomy‘ insbesondere dadurch argumentative Kraft, dass die Verletzung der ‚Willensfreiheit‘ der mit finanziellen Anreizen unter Druck gesetzten Einzelstaaten von der Gerichtsmehrheit darauf zurückgeführt wird, dass Wählerinnen und Wähler nicht mehr deutlich genug erkennen könnten, wen sie an der Wahlurne für die angereizte Maßnahme verantwortlich halten können.<sup>123</sup>

Solche Relationen zwischen föderalen Trägern und ‚echten Menschen‘ in politischen Rollen speisen die rhetorischen Vermenschlichungen föderaler Träger und verleihen ihnen ‚Würde‘ und ‚Treue‘. Daraus folgt die ‚eigentliche Bedeutung‘ der Tropen ‚föderale Würde‘ und ‚föderale Treue‘: eine *Schutzwürdigkeit* föderaler Träger, welche sich aus deren politisch-rechtlichen Beziehungen zu ‚echten Menschen‘, die aus ‚staats‘-, ‚freiheits‘- oder ‚demokratie‘-theoretischen Gründen ihrerseits schutzwürdig sind, ergibt. Diese Relationen aufzudecken, wird die Aufgabe des letzten Kapitels sein (s. § 12). Die dabei strapazierte Aufmerksamkeit für die rhetorische Verfasstheit und ideenpolitische Einbettung der Topoi ‚föderale Würde‘

<sup>119</sup> Vgl. etwa *Arizona State Legislature v. Arizona Independent Redistricting Commission*, 576 U.S. 787 (2015) – s.u. § 12, B. III. 3. b) bb) – sowie (insoweit als Negativbefunde) BVerfGE 8, 104 – Volksbefragung; E 8, 122 – Volksbefragung Hessen – s.u. § 12, B. III. 3. b) bb).

<sup>120</sup> Vgl. etwa *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, 567 U.S. 519 (2012), 578 ff. – s.u. § 6, A. IV. 2. u. § 12, B. III. 3. c) cc) – sowie (am Rande) BVerfGE 4, 115 (140) – Besoldungsgesetz von Nordrhein-Westfalen – s.u. § 5, A. II. 3.

<sup>121</sup> So ein Strang in Di Fabios gutachterlicher Argumentation, vgl. *U. Di Fabio*, Migrationskrise als föderales Verfassungsproblem, unveröff. Gutachten, 2016, S. 48 ff. – s.u. § 5, B. III. 2. b) u. § 12, B. I. 3. b) cc); dort auch zu weiteren Begründungsansätzen Di Fabios sowie zur Kritik an dieser Argumentation etwa von *J. Bast/C. Möllers*, VerfBlog, 2016/1/16; *W. Ewer/T. Thienel*, NJW 2016, 376.

<sup>122</sup> Vgl. *P. Lerche*, in: FS Maunz, München 1981, 215 (220) – näher § 5, C. III. 1. u. § 12, B. II. 3. c).

<sup>123</sup> Vgl. *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, 567 U.S. 519 (2012), 578 ff. – näher § 6, A. IV. 2. u. § 12, B. III. 3. c) cc); dort auch zur Dekonstruktion dieser Argumentation im abw. Sondervotum von *Justice Ruth Bader Ginsburg*.

und ‚föderale Treue‘ soll dabei helfen, ihrer Krypto-Normativität auf die Spur zu kommen. Die Studie zielt in diesem Sinn auf ‚Ideologie‘-Kritik, verstanden etwa im Anschluss an Christoph Möllers’ Studie „Staat als Argument“<sup>124</sup>, gegenständlich freilich anders ausgerichtet<sup>125</sup>. Mit Peter Lerche gilt es, „[i]deologische Aufladungen [des föderalen Prinzips ... zu] entladen [...], selbst wenn es Funken gibt.“<sup>126</sup>

## B. Ein Knoten: Rhetorik und Dogmatik der Ideenpolitik mit Instrumentalföderalismus vor Gericht

An dieser Stelle wird der Blick darauf frei, wie die drei bislang aufgenommenen „Fäden“<sup>127</sup> – Ideenpolitik, Dogmatik, Rhetorik – ‚vor Gericht‘ zusammenlaufen und sich gewissermaßen in einem Thema *verknöten*: Die gerichtlich durchsetzbare *Dogmatik* der Verbandsgrundrechtspositionen rund um die Topoi ‚föderale Treue‘ und ‚föderale Würde‘ beruht auf einer wirkmächtigen Lesekonvention (dem Anthropomorphisieren) und steht dabei in einem spannungsvollen Wechselspiel zu der *Rhetorik* dieser Topoi als Tropen, die stets unterschiedlich lesbar sind; bei alledem ziehen die Anthropomorphismen ‚föderale Treue‘ und ‚föderale Würde‘ ihre diskursive Kraft aus Bezügen zu Positionen der Schutzwürdigkeit, welche aus politischen Ideen (‚Demokratie‘, ‚Freiheit‘, ‚[National-]Staatlichkeit‘) folgen, die zusammen mit ‚Föderalismus‘ eine Konstellation bilden, innerhalb derer ‚Föderalismus‘ als Instrument immer wieder – auch ‚vor Gericht‘ – *Ideenpolitik* einfordert.

<sup>124</sup> So die Selbsteinordnung („ideologiekritische[r] Gehalt“): C. Möllers, Staat als Argument, 2. Aufl., Tübingen 2011, S. XLIX.

<sup>125</sup> Möllers untersucht Argumentationen mit der Kategorie der ‚Staatlichkeit‘ im Verfassungsrechtsdiskurs in umfassender Weise, also auch außerhalb des Föderalismusverfassungsrechts; die vorliegende Studie interessiert sich ebenfalls für ‚Staat(lich)keit‘ als Argument – allerdings ausschließlich im Bereich des *Föderalismus*verfassungsrechts; zudem untersucht sie neben Argumentationen mit ‚Staatlichkeit‘ auch solche mit ‚Freiheit‘ und ‚Demokratie‘ – und zwar jeweils bezogen auf die ideenpolitische Konstellation rund um Instrumentalföderalismus. Soweit C. Möllers, Staat als Argument, 2. Aufl., Tübingen 2011, S. 350 ff., ‚Staat als Argument‘ im grundgesetzlichen *Föderalismus*verfassungsrecht aufsucht und insbesondere die Formel ‚Eigenstaatlichkeit der Länder‘ dekonstruiert, überschneiden sich die Untersuchungen (s. u. a. § 6, A. VI. 3. u. VII. 3.).

<sup>126</sup> P. Lerche, VVDStRL 21 (1964), 66 (76).

<sup>127</sup> In Anlehnung an die Gliederung in „threads“ bei T. Morton, Dark Ecology. For a Logic of Future Coexistence, New York, N.Y., U.S.A., 2016. Alternativ (und ebenso räumlich-metaphorisch und somit „aberrant“) ließe sich von ‚drei Koordinaten‘, ggf. auch von ‚drei Dimensionen‘ sprechen; Betonung, dass auch wissenschaftliche Sprache metaphorisch (und damit „irrtümlich“, „abweichend“ und unzuverlässig) ist, bei P. de Man, in: The Rhetoric of Romanticism, New York, N.Y., U.S.A., 1984, S. 239 (262): „or whatever aberrant verbal metaphor one wishes to choose“.

## I. Forschungsgegenstand: dogmatisch-rhetorische ‚Behandlung‘ US-amerikanischer *states* und deutscher Länder ‚vor Gericht‘

Um das Thema ‚Rhetorik und Dogmatik der Ideenpolitik mit Instrumentalföderalismus vor Gericht‘ systematisch näher zu untersuchen, *konzentriert* sich die Studie auf einen spezifischer gefassten Forschungsgegenstand: Zunächst findet hierzu ein *Zuschnitt* auf das Föderalismusverfassungsrecht zweier konkreter föderaler Ordnungen, nämlich auf die *USA* und die *Bundesrepublik Deutschland* statt.<sup>128</sup> Ausgehend davon grenzt sich die Studie auf einen bestimmten gegenständlichen ‚Bereich‘ (einen ‚Ausschnitt‘, aber auch ein ‚Kondensat‘<sup>129</sup>) von ‚Instrumentalföderalismus vor Gericht‘ ein: In beiden hier untersuchten Verfassungsordnungen kommt ‚Instrumentalföderalismus vor Gericht‘ in besonders kondensiert-pointierter Form zum Einsatz, wenn es um die verfassungsrechtsdogmatische Stellung von US-amerikanischen *states* und deutschen Ländern im Verhältnis zur jeweiligen Bundesebene geht. *States* und Länder – vorliegend komparatistisch als ‚föderierte Einheiten‘<sup>130</sup> bezeichnet – stehen im föderalen Mehr-Ebenen-System der jeweiligen (nationalen) Bundesebene gegenüber. Diese Betrachtung fokussiert gerichtlich durchsetzbaren Föderalismus also primär als *vertikalen Föderalismus*<sup>131</sup> – und zwar in der Stoßrichtung ‚von unten nach oben‘ (‚*bottom-up*‘), gewissermaßen von seinem ideologischen Kern aus.<sup>132</sup>

<sup>128</sup> Angesichts der Tatsache, dass das politische Ordnungsprinzip ‚Föderalismus‘ verstreut auf alle Kontinente der Erde in zahlreichen weiteren Verfassungsordnungen verwirklicht wird (selbst unter den Staaten, welche Ansprüche auf bestimmte Gebiete des Kontinents Antarktika erheben, sind mit Argentinien und Australien föderal organisierte Staaten vertreten), liegt hierin eine *Auswahl*, ein erster forschungsgegenständlicher *Zuschnitt*; dies gilt erst recht, wenn man sich – etwa mit dem Beispiel der Europäischen Union – vor Augen führt, dass ‚Föderalismus‘ nicht auf die Organisation von Nationalstaaten beschränkt ist. Zur ‚(rechtfertigenden)‘ komparatistischen Reflexion auf diese Auswahl, insbes. unter Berücksichtigung der Probleme des ‚Westernismus‘ und des ‚methodologischen Nationalismus‘: s. u. § 9, C. I.

<sup>129</sup> Im Wortpaar ‚Ausschnitt‘ und ‚Kondensat‘ liegt ein verräterischer Bildbruch (eine Katachrese): Etwas Kondensiertes, also Flüssiges, zuzuschneiden, ist eine Sisyphos-Aufgabe. Dennoch soll dieses katachretische Wortpaar hier verwendet werden, um die Schwierigkeiten und Unreinheiten, welche mit der Reduktion eines Themas auf einen Forschungsgegenstand verbunden sind, offenzulegen.

<sup>130</sup> Föderierte Einheiten stehen der Bundesebene gegenüber; als Oberbegriff für ‚föderierte Einheiten‘ und ‚Bundesebene‘ dient ‚föderaler Träger‘ (auch: ‚Verband‘) – zu diesen Begriffen s. u. § 2, B. III. 1.

<sup>131</sup> Auch dies ist eine forschungsgegenständliche Reduktion, wird doch das Verhältnis der föderierten Einheiten untereinander (horizontaler Föderalismus) an den Rand gedrängt; s. aber die Ausführungen zum horizontalen Verhältnis der föderierten Einheiten untereinander im Zusammenhang mit dem *status aequalis* der Verbandsgrundrechtspositionen unten § 4, B. III. 3. d) sowie die Ausführungen zu etwaigen Ansprüchen einer föderierten Einheit gegen die Bundesebene darauf, dass diese gegen eine andere föderierte Einheit einschreitet, unten § 6, B. II.

<sup>132</sup> Mit *D. J. Elazar*, *American Federalism. A View From the States*, New York, N.Y., U.S.A., 1966, werden vorliegend die US-Einzelstaaten (und analog die deutschen Länder) in den Fokus der Untersuchung der föderalen Ordnung gerückt. Elazar betont in seinem Buch,

Im vertikalen Verhältnis zur Bundesebene werden die förderierten Einheiten häufig als schutzbedürftig (als ‚schwach‘, oder jedenfalls ‚schwächer‘, ‚geschwächt‘, als vulnerabel) und als schutzwürdig ausgestellt: Die Bundesebene kommt in dieser Erzählung, welche hier nicht empirisch zu untersuchen ist, als der politisch wirkmächtigere Akteur daher; die Position der förderierten Einheiten sei demgegenüber „prekär“.<sup>133</sup> Die Konstellation hinter der oben erwähnten *U.S. Supreme Court*-Entscheidung *National Federation of Independent Business v. Sebelius* (2012) vermag es, dieses Narrativ exemplarisch zu veranschaulichen: Die strukturell finanzkräftigere Bundesebene bietet den strukturell finanzschwächeren Einzelstaaten<sup>134</sup> faktisch unverzichtbare Bundesfinanzhilfen, welche an sachlich-inhaltliche Bedingungen geknüpft werden. Das allgemeine Machtasymmetrieproblem zwischen Bundesebene und förderierten Einheiten kommt hier in Gestalt eines Finanzkraftasymmetrieproblems mit Auswirkungen auf die politische Gestaltungsfreiheit daher; für das grundgesetzliche Bund-Länder-Verhältnis werden ähnliche Finanzkraftunterschiede und Abhängigkeiten ausgemacht<sup>135</sup> (sog. ‚goldene Zügel‘<sup>136</sup>).<sup>137</sup>

dass die Einzelstaaten in Darstellungen der föderalen Ordnung der USA häufig nicht ausreichend als eigenständige politische Wirkorte (vgl. dazu vorliegend aber § 2, C. II. 1. a) dd)) und als Akteure des kooperativen Föderalismus (vgl. dazu vorliegend aber § 4, B. I. 3. c) u. d)) gewürdigt würden, vgl. a. a. O., S. V f. Freilich ordnet die vorliegende Studie die förderierten Einheiten (Staaten und Länder) auch in das System des *nationalstaatlichen* Föderalismus ein (s. u. § 12, B. I.), blickt insoweit also von der nationalen Bundesebene *auf* die Staaten und die Länder. Außerdem spielt vorliegend der Blick der Gerichte – und insbesondere der *Bundesgerichte* – *auf* die Staaten und die Länder eine hervorragende (wenn auch nicht ausschließliche) Rolle (s. u. § 8, B. III.).

<sup>133</sup> Vgl. für die USA die These vom „*decline of federalism*“ (insbesondere seit dem *New Deal* und der *Civil Rights*-Bewegung) bei z. B. *J. J. Flynn*, *American Bar Association Journal* 51 (1965), 229; *C. Z. Mooney*, *Publius* 30 (2000), 171; *R. F. Nagel*, *The Implosion of American Federalism*, New York, N.Y., U.S.A., 2001; *ders.*, *Daedalus* 135 (2006), 127; referierend (nicht affirmativ) zum verbreiteten „*centralization claim*“ *J. Bednar*, in: *M. Tushnet/M. A. Graber/S. Levinson* (Hrsg.), *The Oxford Handbook of the U.S. Constitution*, New York, N.Y., U.S.A., 2015, 283 (284): „*American Federalism is inherently centralized, [...] a hollow hope*“ with regard to withstanding the forces of nationalization“; weniger global (zu punktuellen Vulnerabilitäten von Einzelstaaten) *E. Ryan*, *Federalism and the Tug of War Within*, New York, N.Y., U.S.A., 2011, S. 194 f.; vgl. für Deutschland nur die prominente These von der (v. a. legislativkompetenziellen) „Schwächung“ der Länder etwa bei *W. Leisner*, *DÖV* 1968, 389 ff.; *M. Kloepfer*, *ZRP* 1978, 121 (123), mit dem Bild vom „kompetenziellen Aderlaß der Länder“ (insbesondere mit Blick auf verfassungspolitische Vorschläge zur Unitarisierung der Gesetzgebung im Bildungswesen); *H. Eicher*, *Der Machtverlust der Landesparlamente*, Berlin 1988 – diese Befunde weisen häufig einen gewissen Historismus auf („Machttransferthese“); hierzu (kritisch) *W. Reutter*, *Publius* 36 (2006), 277 (277 f.); *W. Reutter*, *ZPol* 20 (2010), 123 (137 ff.); bilanzierend zum „prekäre[n] Status“ der deutschen Länder „als politischer Raum“ *C. Waldhoff*, in: *H. M. Heinig/F. Schorkopf* (Hrsg.), *70 Jahre Grundgesetz. In welcher Verfassung ist die Bundesrepublik?*, Göttingen 2019, S. 229 ff.

<sup>134</sup> Vgl. *J. Bednar*, *The Robust Federation*, Cambridge, Mass., U.S.A., 2009, S. 201.

<sup>135</sup> Vgl. *U. Münch*, *Sozialpolitik und Föderalismus. Zur Dynamik der Aufgabenverteilung im sozialen Bundesstaat*, Opladen 1997, S. 283.

<sup>136</sup> Zu dieser Metapher, die auf Seneca zurückgeht, näher unten § 6, A. IV. 3.

Das Zusprechen von Schutzbedürftigkeit und Schutzwürdigkeit förderierter Einheiten zeigt sich insbesondere in der ‚Behandlung‘, welche die förderierten Einheiten ‚vor Gericht‘ erfahren: Die Rechtsprechung tritt in dieser Lesart (wie erwähnt regelmäßig nicht ganz uneigennützig) an die Seite der förderierten Einheiten und verteidigt Positionen der förderierten Einheiten – und zwar: Positionen ihrer ‚föderalen Würde‘ und ‚föderalen Treue‘ – gegenüber der Bundesebene.<sup>138</sup> Im Beispiel der ‚goldenen Zügel‘ haben dies in der Vergangenheit sowohl der *U.S. Supreme Court* wie auch der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts getan.<sup>139</sup>

## II. Methodik: politik- und literaturwissenschaftlich informierte, komparative Verfassungsrechtsdogmatikforschung

Um das Thema ‚Rhetorik und Dogmatik der Ideenpolitik mit Instrumentalföderalismus vor Gericht‘ (er-)fassen zu können, ist ein Pluralismus der Methoden erforderlich: Das Untersuchungsprogramm ist auf interdisziplinär informierte, komparative Verfassungsrechtsdogmatikforschung gerichtet. Dieses Programm läuft entlang der drei Fäden ‚Dogmatik‘, ‚Ideenpolitik‘ und ‚Rhetorik‘ ab:

<sup>137</sup> Allgemeiner gefasst steht hier die „Anziehungskraft des größten Etats“ (Johannes Popitz) im Raum, vgl. *J. Popitz*, in: W. Gerloff/F. Meisel (Hrsg.), *Handbuch der Finanzwissenschaft*, Bd. 2, Tübingen 1927, S. 338 (348): „Gerade in Deutschland ist diese *Anziehungskraft des größten Etats* besonders deutlich. [...] Zu beachten ist dabei auch, daß neben dem größten Etat auch die *politische Präponderanz* die Aufgaben zum Zentralstaat führ[t]“; vgl. der Sache nach bereits kurz zuvor *ders.*, in: L. Elster/A. Weber/F. Wieser (Hrsg.), *Handwörterbuch der Staatswissenschaften*, 4. Aufl., Bd. 3, Jena 1926, S. 1016 (1022); vgl. auch *S. Koriath*, in: W. Heun/M. Honecker/M. Morlok/J. Wieland (Hrsg.), *Evangelisches Staatslexikon*, Neuauflage, Stuttgart 2006, Sp. 596 ff. (598).

<sup>138</sup> Vgl. für die USA zum Faktor „*vulnerability*“ von Einzelstaaten als Kriterium für die gerichtliche Durchsetzung von Föderalismusverfassungsrecht: *E. Ryan*, *Federalism and the Tug of War Within*, New York, N.Y., U.S.A., 2011, S. 194 f.; beachte freilich andererseits *J. Bednar*, *The Robust Federation*, Cambridge, Mass., U.S.A., 2009, S. 195: „*The judiciary [...] frequently is suspected of being entangled in the interests of the federal government, calling into question its ability to safeguard the union against federal encroachment.*“ Hinzukommt, dass die Frage, ob die Einzelstaaten als judikativ (d. h. nicht nur im politischen Prozess) schutzbedürftig und schutzwürdig zu erachten sind, von Richterinnen und Richtern durchaus (offen) unterschiedlich beurteilt wird, vgl. *M. C. Dorf*, *Rutgers Law Journal* 28 (1997), 825, welcher diesbezüglich unterschiedliche Strömungen innerhalb des *U.S. Supreme Court* der 1990er Jahre ausmacht.

<sup>139</sup> Vgl. *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, 567 U.S. 519 (2012), 588 – s. u. § 6, A. IV. 2. b); zuvor zurückhaltende Prüfung in *South Dakota v. Dole*, 483 U.S. 203 (1987) – s. u. § 6, A. IV. 2. a); BVerfGE 39, 96 (122 ff.) – Städtebauförderungsgesetz – s. u. § 6, A. IV. 3. b); BVerfGE 41, 291 (305 ff.) – Strukturförderung – s. u. § 6, A. IV. 3. b); BVerfGE 127, 165 – Informationsbeschaffung bei Bundesfinanzhilfen. Unter dem Grundgesetz hat wiederholt der verfassungsändernde Gesetzgeber auf die Rechtsprechung reagiert: s. Art. 104b ff. GG – dazu unten § 6, A. IV. 3. c); s. auch § 8, C. I. 3. b).

Den Kern des Methodenmixes stellt Verfassungsrechts*dogmatik*forschung dar (*zweiter Faden*; s. § 3 bis § 8). Konkret geht es um die systematisierende Darstellung der gerichtlich durchsetzbaren Dogmatik zur Stellung der förderierten Einheiten gegenüber der Bundesebene, insbesondere um eine Kartierung der Verbandsgrundrechtspositionen (s.o. A. II.) förderierter Einheiten als Kompetenz- und Ingerenzausübungsregeln. Hierzu wird die Position einer teilnehmend-beobachtenden Instanz eingenommen: Die Studie zielt vorrangig darauf ab, die einschlägige Dogmatik zu analysieren, sie leistet zugleich (nachgeordnet) einen Beitrag zur Dogmatik.<sup>140</sup> Im Vordergrund der Verfassungsrechtsdogmatikforschung steht das Auswerten und Ordnen einschlägiger Rechtsinhaltsquellen der Rechtsprechung, wozu ausdrücklich auch *obiter dicta* und Sondervoten gezählt werden, und der dogmatisch arbeitenden Rechtswissenschaft.

Zwei interdisziplinäre Elemente flankieren diesen Kern und orientieren sich dabei an den Fäden ‚Ideenpolitik‘ und ‚Rhetorik‘: Zum einen ermöglicht der Ansatz ‚Ideenpolitik‘ (s.o. A. I.) den Import von Beschreibungs- und Analysepotential aus der Politischen Theorie und Ideengeschichte: Die Funktionslogik des Instrumentalföderalismus wird in der ideenpolitischen Konstellation des ‚freiheitlich-nationalstaatlich-repräsentativ-demokratischen Föderalismus‘ verortet und das Modell des ‚Bundes‘ als ideenpolitisches Vehikel des Instrumentalföderalismus vorgestellt, aus welchem die wirkmächtigen kryptonormativen Topoi ‚föderale Treue‘ und ‚föderale Würde‘ folgen (*erster Faden*; s. § 1 und § 2).

Als weiteres interdisziplinäres Element – und dessen ‚Verwertung‘ wird die Gesamtuntersuchung enden lassen (*dritter Faden*; s. § 10 bis § 12) – soll der Rückgriff auf Paul de Mans dekonstruktivistisches ‚Rhetorik‘-Verständnis (s.o. A. III.) eine literaturwissenschaftlich informierte Rhetorikanalyse ermöglichen: Es geht um den Nachvollzug des oben skizzierten dogmatisch-diskursiven Wirkens der Topoi ‚föderale Treue‘ und ‚föderale Würde‘ als Effekte einer lyrisch-anthropomorph(istisch)en Lesekonvention. Hier betreibt die Studie durch die Inbezugnahme von de Mans ‚Literatur‘-Verständnis Forschung im Feld ‚*law and literature*‘ in der Spielart ‚*law and literary criticism*‘<sup>141</sup>; es erfolgt eine Analyse von Rechtstexten mit Methoden und in Theoriegebäuden der Literaturwissenschaft.<sup>142</sup> Im

<sup>140</sup> Zur Unhintergebarkeit eigener Dogmatik-Beiträge (schon durch das bloße Thematisieren oder Zitieren vorgefundener Dogmatik-Angebote) s.u. § 9, A. II. 3. u. III. 2.

<sup>141</sup> S. dazu nur A. Glass, Austl. J. L. & Soc’y 7 (1991), 16; I. Augsberg, Die Lesbarkeit des Rechts. Texttheoretische Lektionen für eine postmoderne juristische Methodologie, Weilerswist 2009, S. 13 – nähere Einordnung unten § 9, B. II. 1.

<sup>142</sup> Zugleich soll auch ein Beitrag zu ‚*law and the humanities as interart studies*‘ geleistet werden, indem Rechtsdogmatik und Literaturdogmatik (s.o. Fn. 96) als kollektiv-diskursive Arbeit mit dem ‚Ästhetischen‘ begriffen werden: Literatur und Recht werden als menschliche Kollektiv-Praktiken betrachtet, welche mit der Kraft des ‚Ästhetischen‘ (in wirkkräftigen Lesekonventionen) arbeiten; methodologische Einordnung und Erläuterung unten bei § 9, B. II. 1. – dort auch zum Theorem ‚*interart*‘. Vgl. auch die Ausführungen zur „Kunst der föderalen Form“ (P. Badura, in: FS Lerche, München 1993, 369) unten bei § 3, B. II.

Rahmen von exemplarischen Textanalysen soll (ausgehend von ‚close readings‘<sup>143</sup>) das entlang des zweiten Fadens (‚Dogmatik‘) gewonnene dogmatische Material auf seine rhetorische Verfasstheit hin untersucht und verdeckte ideenpolitische Gehalte hinter den Anthropomorphismen freigelegt werden: Verhandlungen von ‚Nationalstaatlichkeit‘, ‚(repräsentativer) Demokratie‘ und ‚Freiheit‘ werden in anthropomorph artikulierten Verbandsgrundrechtspositionen nachgewiesen.

All dies überwölbt und durchwebt – durchgängig – ein komparatives Element: zugerichtet auf Verfassungsrechtsdogmatikvergleichen. Die Vergleichen der verfassungsrechtsdogmatischen Stellung von US-amerikanischen *states* und deutschen Ländern folgt – bewusst – nicht den Protokollen des komparatistischen Funktionalismus, sondern einem ‚dogmatikfokussierten Formalismus‘ (s. § 9, C. II. 1. c)). Ein interdisziplinär erarbeitetes *tertium comparationis* trägt den formfokussierten Vergleich<sup>144</sup>: Das *tertium* folgt aus dem ideenpolitisch aktivierbaren, kryptonormativen Modell des ‚Bundes‘ und der rhetorischen Struktur der daraus fließenden Argumentationstopoi ‚föderale Treue‘ und ‚föderale Würde‘ (s. § 9, C. II. 1. a)).

Zu den drei Fäden – ‚Ideenpolitik‘, ‚Dogmatik‘, ‚Rhetorik‘ – tritt ein weiterer Teil, welcher ein einziges Kapitel umfasst, hinzu: Dieses Kapitel widmet sich einer methodologischen Reflexion (s. § 9) und ist insoweit als ‚Knoten‘ illustrierbar: Hier wird das Zusammenlaufen der drei Fäden und der sie jeweils tragenden Methodik-Elemente reflektiert. Neben einer Problematisierung des Verhältnisses der Rechtsdogmatikforschung zur Dogmatik und insbesondere zur Rechtsprechung werden die Voraussetzungen und Limitationen des gewählten komparatistischen und interdisziplinären Ansatzes expliziert.

Dass im ‚Faden-Knoten‘-Modell der Methodologie-Teil als Knoten zentriert wird, ist kein Zufall: Die Untersuchung ist letztlich gerade darauf angelegt, die Leistungsfähigkeit interdisziplinärer Forschung zu ‚Rechtsarbeit als Textarbeit‘ exemplarisch an (irgend-)einem Untersuchungsgegenstand zu erproben. Der methodologische Impetus (das Programm, vielleicht auch die Agenda) der Studie lässt sich mit der Formel ‚taking form seriously‘ (oder wortspielerisch: *form matters*‘) fassen.<sup>145</sup> Mit der textuellen, rhetorischen und diskursiven Verfasstheit von ideenpolitisch-dogmatischen Argumentationstopoi werden Formfragen in das Zentrum

<sup>143</sup> Zum Methodikelement ‚close reading‘ näher in und bei Fn. 3210 ff.

<sup>144</sup> Ein ähnliches Vorgehen beschreibt und vollzieht M. Lasser, Harv. L. Rev. 111 (1998), 689 (693 f.); vgl. auch *ders.*, in: P. Legrand/R. Munday (Hrsg.), *Comparative legal studies: traditions and transitions*, Cambridge, U.K., u. a. 2003, S. 197 (206).

<sup>145</sup> Näher dazu § 9, A. III. 2. c). Vgl. die parallele Forderung für den Bereich der Kultur- und Geisteswissenschaften bei C. Levine, *Forms. Whole, Rhythm, Hierarchy, Network*, Princeton, N.J., U.S.A., 2015, S. 9: „formless or antiformal experiences have actually drawn too much attention from literary and cultural critics in the past few decades“.



gestellt.<sup>146</sup> Die besondere Aufmerksamkeit für Formfragen in der Dogmatik soll der von Michael Kloepper vor fünfzig Jahren beobachteten „gefährlichen Unterschätzung des Formalen“ in der Verfassungsrechtswissenschaft<sup>147</sup> entgegentreten. Mit Mitchel Lasser geht die Studie davon aus, dass „gerichtliche Entscheidungen [und andere Rechtsinhaltsquelltexte] mehr machen als einfach nur materielle Rechtsfragen zu lösen“; sie sind auch „Porträts“ ihrer Machart, der Stellung des Gerichts und des Modus gerichtlichen Argumentierens und Entscheidens.<sup>148</sup> Nicht zuletzt sind sie dabei immer auch ein Gegenstück zu den dogmatischen „Rezeptionsnischen“ (Wolfgang Ullrich)<sup>149</sup>, in denen sie diskursiv überleben.

---

<sup>146</sup> An diesen ‚Form‘-Fokus knüpft die Aufmerksamkeit für die Rolle ‚des Ästhetischen‘ bei der Arbeit mit Föderalismusverfassungsrechtsdogmatik an; s. erneut die Anm. und den Verweis in Fn. 142.

<sup>147</sup> M. Kloepper, Grundrechte als Entstehenssicherung und Bestandsschutz, München 1970, S. 26 (zur Rolle von ‚Form‘ und ‚Struktur‘ in der Grundrechtsdogmatik), mit Hinweis auf P. Lerche, DVBl 1961, 690 (699) – beachte jedoch die Anmerkung unten in Fn. 3110.

<sup>148</sup> M. Lasser, Harv. L. Rev. 111 (1998), 689 (691): „[...] Judicial decisions do more than simply resolve substantive legal issues. [...] Judicial decisions, and judicial arguments generally, are therefore texts that offer representations of judicial practice and of the judicial role. These representations may be thought of as portraits: they are images of judging. Insofar as these portraits are produced by judges in judicial texts, they may be termed judicial self-portraits.“

<sup>149</sup> W. Ullrich, in: ders., Tiefer hängen. Über den Umgang mit der Kunst, Berlin 2003, S. 13 (29, 32).



## Ideenpolitik mit Instrumentalföderalismus

„Thus in the beginning all the World was America, and more so than that is now [...]“

John Locke<sup>150</sup>

„Comment un homme qui a vu l'Amérique peut-il croire qu'on puisse transplanter ses lois politiques en Europe [...] ? [...] On ne peut se tromper aussi lourdement.“

Francis Lieber, zitiert nach Alexis de Tocqueville<sup>151</sup>

Die vorliegende Studie fragt nach der Stellung der US-Bundesstaaten und der deutschen Länder in der gerichtlich durchsetzbaren Dogmatik des Föderalismus-verfassungsrechts der Vereinigten Staaten von Amerika bzw. der Bundesrepublik Deutschland. Einzelheiten zum ‚Schutz‘ der US-Bundesstaaten und der deutschen Länder als *föderierte* Einheiten durch gerichtlich durchsetzbare Dogmatik können nur dann in sinnvoller Weise näher untersucht werden, wenn zunächst eine Annäherung an den Begriff ‚Föderalismus‘ erfolgt.

Diese Annäherung wird hier – in einem ersten Schritt – auf der Ebene der politischen Theorie und Ideengeschichte gesucht. Ausgangspunkt ist eine Betrachtung des politik-theoretischen ‚Ideenmaterials‘<sup>152</sup> im Untergrund und im Hintergrund der später – in einem nächsten Schritt – zu untersuchenden verfassungsrechtsdogmatischen Strukturen. Dabei geht es um eine besondere Form von ‚Föderalismus‘, namentlich um den Typus des ‚freiheitlich-nationalstaatlich-repräsentativ-demokrati-

---

<sup>150</sup> J. Locke, *Two Treatises of Government*, hrsg. v. P. Laslett, Cambridge, U.K., 1988 [1689], Book II, § 49.

<sup>151</sup> Eintrag v. 22. September 1831 über ein Gespräch mit Francis Lieber: A. de Tocqueville, in: *Voyages en Sicile et aux États-Unis, Oeuvres Complètes*, Bd. V, hrsg. v. J.-P. Mayer, 4. Aufl., Paris, Frankreich, 1957 [1831], S. 55 (92).

<sup>152</sup> Der Rede vom ‚Ideenmaterial‘ verwandt ist die Formulierung „Ideenreservoir“ in H. Bluhm/K. Fischer/M. Llanque, in: dies. (Hrsg.), *Ideenpolitik. Geschichtliche Konstellationen und gegenwärtige Konflikte*, Berlin 2011, S. IX, mit Verweis auf G. Straßberger/H. Münkler, in: H. Buchstein/G. Göhler (Hrsg.), *Politische Theorie und Politikwissenschaft*, Wiesbaden 2007, S. 45 ff.; näher zur Terminologie ‚Ideenmaterial‘, „Ideenreservoir“ etc. s. u. § 1, C. III.

schen Föderalismus‘ als „Instrumentalföderalismus“ (Michael C. Dorf)<sup>153</sup>. Ausgehend von der historischen Debatte zwischen *Federalists* und *Anti-Federalists* um den Entwurf der US-Verfassung in den Jahren 1787/88 (s. u. § 1, B.) wird der Typus des ‚freiheitlich-nationalstaatlich-repräsentativ-demokratischen Föderalismus‘ im Folgenden konturiert. Dieser Typus wird als eine – innerhalb des modernen ‚westlichen‘ Verfassungsdenkens – überzeitlich und überörtlich wirkmächtige ideenpolitische Konstellation vorgestellt. Dabei skizziert und reflektiert § 1 zugleich das politikwissenschaftliche Konzept der ‚Ideenpolitik‘ (s. u. § 1, C.).

Im Zentrum der ideenpolitischen Konstellation des ‚freiheitlich-nationalstaatlich-repräsentativ-demokratischen Föderalismus‘ steht das Element des ‚Föderalismus‘ als ‚Instrumentalföderalismus‘. Daher wird im zweiten Kapitel ‚Föderalismus‘ als (allgemeine) politische Idee und (allgemeines) politisches Ordnungsprinzip vorgestellt; es geht dort insbesondere um das (krypto-)normative Modell des ‚Bundes‘ als (krypto-)normativen Kern des föderalen Prinzips (s. u. § 2). Diese Untersuchung von Föderalismus soll noch nicht auf den Rahmen des freiheitlich-repräsentativ-demokratischen Nationalstaats beschränkt werden. Es wird vielmehr versucht, die Ideen ‚Föderalismus‘, ‚Volkssouveränität‘, ‚repräsentative Demokratie‘, ‚Nationalstaatlichkeit‘ und ‚Freiheit‘ *zunächst* auseinander zu halten.<sup>154</sup> In einem späteren Teil der Untersuchung werden diese Aspekte gesondert näher untersucht (s. § 12). Der vorliegende erste Teil der Gesamtstudie konzentriert sich demgegenüber auf das föderale Prinzip: Aus dem Modell des ‚Bundes‘ als Kern des föderalen Prinzips werden im zweiten Kapitel die wirkmächtigen Topoi der ‚föderalen Würde‘ und der ‚föderalen Treue‘ hergeleitet. ‚Föderale Würde‘ und ‚föderale Treue‘ werden als ideenpolitische Argumentationstopoi des politischen Föderalismus vorgestellt, welche eine bestimmte (krypto-)normative Stellung föderaler Träger stützen (sollen).

## **§ 1 Ideenpolitische Konstellation: der Typus des ‚freiheitlich-nationalstaatlich-repräsentativ- demokratischen Föderalismus‘**

Die vorliegende Studie geht davon aus, dass die föderalismusverfassungsrechtliche Stellung der US-Bundesstaaten und der deutschen Länder nur zutreffend erfasst

---

<sup>153</sup> Zu „*instrumental federalism*“ in der US-amerikanischen Verfassungsrechtsdogmatik der 1990er Jahre, ohne expliziten Bezug zu einem übergreifenden ideenpolitischen oder komparatistischen Typus des ‚freiheitlich-nationalstaatlich-repräsentativ-demokratischen Föderalismus‘: M. C. Dorf, Rutgers Law Journal 28 (1997), 825 (829 f.) – Näheres zu Dorfs Ansatz sogleich in Fn. 229.

<sup>154</sup> Vgl. zu einer solchen Auftrennung J. E. Fossum/M. Jachtenfuchs, Journal of European Public Policy 24 (2017), S. 467 (477): „*disentangle [...] federalism, nationalism and state sovereignty*“.

werden kann, wenn die einschlägige ideenpolitische Konstellation, der ‚freiheitlich-nationalstaatlich-repräsentativ-demokratische Föderalismus‘ (s. A.), als (krypto-) normativer Rahmen in Rechnung gestellt wird. Ausgehend von der historischen ideenpolitischen Debatte zwischen *Federalists* und *Anti-Federalists* um die Austarierung dieses Rahmens im Entwurf der US-Verfassung in den Jahren 1787/88 und Stationen ihrer Rezeption (s. B.) wird das politikwissenschaftliche Konzept der ‚Ideenpolitik‘ als Hintergrundfolie der Gesamtstudie etabliert (s. C.). Dabei zeigt sich, dass Föderalismus innerhalb der größeren ideenpolitischen Konstellation als ‚Instrumentalföderalismus‘ daherkommt (s. B. III. 5.).

## **A. ‚Föderalismus‘, ‚repräsentative Demokratie‘, ‚Nationalstaatlichkeit‘ und ‚Freiheit‘**

### **I. Verbindung von vier Ideen der politischen Theorie in einem Typus**

Die Vereinigten Staaten von Amerika und die Bundesrepublik Deutschland werden häufig als Nationalstaaten charakterisiert (s.u. § 12, B. I.). In beiden Verfassungsordnungen wird zudem das Prinzip der repräsentativen Demokratie mit dem föderalen Prinzip verbunden (s.u. § 12, B. III.). Beide Verfassungsordnungen sind der Sicherung (individueller) Freiheit, insbesondere durch Rechtsstaatlichkeit und Grundrechtsgewährleistungen verschrieben (s.u. § 12, B. II.). Sowohl in den USA als auch in Deutschland gehen also Föderalismus, repräsentative Demokratie, Nationalstaatlichkeit und Garantien individueller Freiheit(en) eine *Verbindung* ein. Diese Verbindung lässt sich als ideengeschichtlicher und als komparatistischer Typus<sup>155</sup> des ‚freiheitlich-nationalstaatlich-repräsentativ-demokratischen Föderalismus‘ beschreiben.<sup>156</sup>

### **II. Kontingenz des Typus**

Ein solches Zusammenfallen von Föderalismus, repräsentativer Demokratie, Nationalstaatlichkeit und der Sicherung (individueller) Freiheit(en) ist nicht zwingend. Der Typus des ‚freiheitlich-nationalstaatlich-repräsentativ-demokratischen Föderalismus‘ ist keinesfalls die einzige denkbare Form föderaler Ordnung.

---

<sup>155</sup> Mit ‚Typus‘ wird zugleich auch auf das durchgängige komparatistische Element in der Methodik der vorliegenden Studie hingewiesen – zur methodologischen Reflektion des typologischen Vergleichens ausführlich unten § 9, C. I. 3.

<sup>156</sup> Vgl. entfernt auch E. M. Hausteiner, in: dies. (Hrsg.), *Föderalismen. Modelle jenseits des Staates*, Baden-Baden 2016, S. 11 (12), die vom Modell des „demokratisch verfassten Bundesstaat[s]“ spricht.

(Quasi- oder Proto-)Föderalismus<sup>157</sup> als politisches Ordnungsprinzip ist nicht nur älter als der moderne westliche Nationalstaat,<sup>158</sup> sondern hat auch heute noch Anwendungsfälle jenseits des Nationalstaats: Es gab und gibt auch heute andere „Föderalismen“, eben insbesondere „Föderalismen [...] jenseits des [National-]Staates“.<sup>159</sup> Beispielsweise beschreiben einige Kommentatorinnen und Kommentatoren die Europäische Union als föderale Struktur (s. § 2, B. III. 2. b) dd)).<sup>160</sup> Auch ist die Kopplung von Föderalismus und freiheitlich-demokratischer Ordnung in Republiken nicht zwingend<sup>161</sup>, wie beispielsweise ein Blick in die deutsche Verfassungsgeschichte, auf das Deutsche Reich von 1871 als „monarchischer Bundesstaat“<sup>162</sup>, aber auch auf gegenwärtige Kombinationen von Föderalismus und Autokratie (so z.B. tendenziell in der Russischen Föderation – zwischen „defekte[r] föderale[r] Demokratie“ und „autoritäre[m] Bundesstaat“<sup>163</sup>) zeigt. Schließlich ist Föderalismus nicht zwingend an ‚westliche‘ Muster politischer Ordnung geknüpft, wie beispielsweise die Stammeskonföderation der Haudenosaunee (Irokesen) seit dem 16. Jahrhundert zeigt.<sup>164</sup>

<sup>157</sup> Dabei mag es sich teilweise auch um (Quasi-)Föderalismus *avant la lettre* gehandelt haben, d. h. *der Sache nach* lagen föderale Arrangements, etwa in Form antiker Stammes- und Städtebündnisse vor, diese wurden jedoch noch nicht ausdrücklich unter dem Schlagwort ‚Föderalismus‘ reflektiert oder gar theoretisiert, vgl. A. Benz, in: E. M. Hausteiner (Hrsg.), Föderalismen. Modelle jenseits des Staates, Baden-Baden 2016, S. 29 (30).

<sup>158</sup> Vgl. A. Benz, in: E. M. Hausteiner (Hrsg.), Föderalismen. Modelle jenseits des Staates, Baden-Baden 2016, S. 29 (30 ff.), u. a. zu Bündnissen von Stammesgemeinschaften oder Städten in der europäischen Antike und im Mittelalter; auch das Heilige Römische Reich Deutscher Nation lasse sich als Föderation verstehen. Mit Herausbildung des Systems europäischer Territorialstaaten in der Neuzeit war dann im Übrigen nicht nur die teilweise föderale *Binnengliederung* einiger Territorial- und Nationalstaaten verbunden; es kam auch zur Entwicklung *überstaatlicher* (quasi-)föderaler Strukturen, dazu H. Bülck, in: VVDStRL 21 (1964), 1 (3 ff.), der von einer „bündischen Gemeinsamkeit aller Mitglieder unter hegemonialer Führung der Großmächte“ ab dem 18. Jahrhundert spricht. Zur historischen Vorgängigkeit des föderalen Gedankens vor dem Gedanken des Nationalstaats auch J. E. Fossum/M. Jachtenfuchs, Journal of European Public Policy 24 (2017), S. 467 (476).

<sup>159</sup> Vgl. nur den Titel des Sammelbands: E. M. Hausteiner (Hrsg.), Föderalismen. Modelle jenseits des Staates, Baden-Baden 2016; zu „Föderalismus als internationale[m] Ordnungsprinzip“ H. Bülck, VVDStRL 21 (1964), 1 ff.

<sup>160</sup> Vgl. die Nachweise in Fn. 546.

<sup>161</sup> Vgl. S. Huhnholz/E. M. Hausteiner, in: G. Ambrosius/C. Henrich-Franke/C. Neutsch (Hrsg.), Föderalismus in historisch vergleichender Perspektive, Bd. 2, Baden-Baden 2015, S. 279 (282 ff.); A. Benz/S. Kropp, Zeitschrift für Vergleichende Politikwissenschaft 2014, 1 ff.

<sup>162</sup> Zeitgenössische komparatistische Kontrastierung von „republikanische[m] und monarchische[m] Bundesstaat“ bei O. Mayer, AöR 18 (1903), 337 ff.

<sup>163</sup> A. Benz/S. Kropp, Zeitschrift für Vergleichende Politikwissenschaft 2014, 1 (15).

<sup>164</sup> Vgl. D. S. Lutz, Publius 28 (1998), 99 ff.; F. Cheneval, Demokratietheorien zur Einführung, Hamburg 2015, S. 185 ff.; vgl. auch A. Benz, in: E. M. Hausteiner (Hrsg.), Föderalismen. Modelle jenseits des Staates, Baden-Baden 2016, S. 29 (31); T. O. Hueglin, in: E. M. Hausteiner (Hrsg.), Föderalismen. Modelle jenseits des Staates, Baden-Baden 2016, S. 267 (268). Zur Diskussion, wie intensiv der Einfluss des Verfassungsdenkens der Irokesen auf einen Teil der „Gründungsväter“ der USA war: T. Wagner, Irokesen und Demokratie. Ein

### III. Drei Attribute für das Nomen ‚Föderalismus‘ – ideenpolitisch strukturierte Grammatik

In der Formel vom ‚freiheitlich-nationalstaatlich-repräsentativ-demokratischen Föderalismus‘ nimmt ‚Föderalismus‘ die Zentralstellung ein. Er bildet das Nomen, um das herum sich die übrigen drei politischen Ideen (‚Freiheit‘, ‚Nationalstaatlichkeit‘ und ‚repräsentative Demokratie‘) als ‚bloße‘ Attribute<sup>165</sup> gruppieren. Räumlich – statt grammatisch – gesprochen, bilden die vier genannten politischen Ideen in der hier eingenommenen Perspektive kein Quadrat, sondern einen *Kreis* mit dem föderalen Prinzip im Mittelpunkt und den übrigen drei Elementen auf der Kreislinie. Überdies sind die vier genannten politischen Ideen *netzartig* jeweils untereinander verbunden; sie interdependieren jeweils binär untereinander wie auch in der Konstellation im Ganzen (s. Abb. 1):

Dass gerade das Element des ‚Föderalismus‘ vorliegend in den Mittelpunkt gestellt wird, mag überraschen, wird ‚Föderalismus‘ gegenüber den anderen drei Elementen doch regelmäßig als ‚minderwertig‘ begriffen: Föderalismus sei im modernen ‚westlichen‘ Verfassungsdenken nicht alternativlos<sup>166</sup> (dazu § 3, B. II. 3.), habe einen schwachen legitimationstheoretischen Selbststand<sup>167</sup> (dazu § 2, C. II. 1. a) bb)) und sei nicht in gleichem Maße wie die anderen genannten Elemente wesentlich für „die Erkennbarkeit und Verwirklichung eines gesellschaftsimmanenten *ordre naturel*“ (Hermann Heller)<sup>168</sup>. Vorliegend wird das föderale Prinzip

---

Beitrag zur Soziologie interkultureller Kommunikation, Münster 2004, S. 202 ff., m. w. N., mit dem Ergebnis (a. a. O., S. 245 ff.), dass das föderale Denken der Irokesen für viele Kolonistinnen und Kolonisten zum „komparativen Wissenshorizont“ gehörte, allerdings ebenso Beispiele aus der Antike und aus Alteuropa (insbesondere Schweiz und Niederlande). Vgl. außerdem *F. Cheneval*, *Demokratiethorien zur Einführung*, Hamburg 2015, S. 185 ff., m. w. N., insbesondere zur Rezeption bei John Adams, Thomas Jefferson und Benjamin Franklin – also gerade nicht bei den *Federalists* James Madison, Alexander Hamilton und John Jay, deren politischer Entwurf sogleich intensiver diskutiert werden wird (s. u. B. III.). Bemerkenswert ist schließlich, dass sich Befürworter und Gegner des US-Verfassungsentwurfs von 1787 in der konkreten politischen Frage des Umgangs mit der indigenen Bevölkerung weitgehend einig waren (insbesondere in Betreff auf einen ‚Schutz‘ von privatem Landeigentum gegen eine [behauptete] ‚indigene Gefahr‘), *T. Wagner*, a. a. O., S. 233 ff.

<sup>165</sup> Vgl. zum Gestaltungspotential der Grammatik für das begriffliche Material und Instrumentarium von – zumal komparatistischer – Forschung den Aufsatz „*Democracy with Adjectives. Conceptual Innovation in Comparative Research*“ von *D. Collier/S. Levitsky*, *World Politics* 49 (1997), 430 ff.

<sup>166</sup> Vgl. *J. Isensee*, AöR 115 (1990), 248: „Staatsform mit Alternative“; *M. Jestaedt*, in: *J. Isensee/P. Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. II, 3. Aufl. 2004, § 29, Rn. 1.

<sup>167</sup> In diese Richtung *C. Möllers*, in: *A. v. Bogdandy/J. Bast* (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge*, 2. Aufl., Berlin u. a. 2009, S. 227 (248).

<sup>168</sup> Mit der zitierten Wendung bringt *H. Heller*, *Die politischen Ideenkreise der Gegenwart* [1926], in: *Gesammelte Schriften*, hrsg. v. *M. Drath/O. Stammer/G. Niemeyer/F. Borinski*, Bd. I, Leiden, Niederlande, 1971, S. 267 (281), fünf „Ideenkreise“ (den monarchischen, den demokratischen, den liberalen, den nationalen und den sozialistischen Ideenkreis) in Verbin-

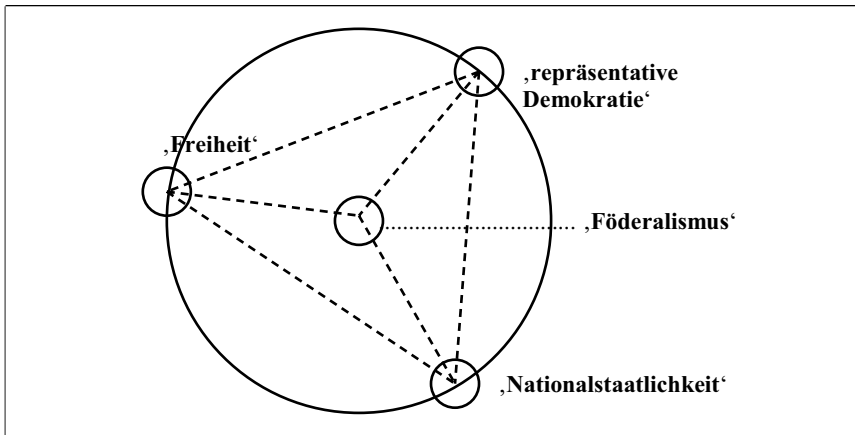


Abbildung 1: Kreis- und Netzmodell für die ideenpolitische Konstellation des ‚freiheitlich-nationalstaatlich-repräsentativ-demokratischen Föderalismus‘

dennoch als Magnet (und zugleich auch als Katalysator) der skizzierten ideengeschichtlichen Konstellation ins Zentrum gerückt, um *eine* Perspektive auf das moderne ‚westliche‘ Verfassungsdenken zu gewinnen. Diese magnetische, katalysierende Wirkung des föderalen Prinzips ist dabei keine Erfindung dieser Studie, sondern etwas, was ideenpolitische Akte (u. a. bei Verfassungsgebung und Verfassungsrechtsanwendung) hervorgebracht haben und weiterhin immer wieder aufs Neue hervorbringen (s. u. C. II.).

## B. Ideenpolitischer Moment 1787/88: die Debatte zwischen *Federalists* und *Anti-Federalists*

### I. ‚Die‘ „Erfindung“<sup>169</sup> des ‚freiheitlich-nationalstaatlich-repräsentativ-demokratischen Föderalismus‘

Obschon die Verbindung von Föderalismus, repräsentativer Demokratie, Nationalstaatlichkeit und Sicherung individueller Freiheit(en) nicht zwingend ist, gibt es

dung. Einen ‚eigenständigen‘ ‚föderalen Ideenkreis‘ konturiert Heller nicht; insbesondere bei der Erörterung des „nationalen Ideenkreises“ beschäftigt sich Heller freilich auch mit föderalem Denken, da seine Ausführungen stark auf die deutsche ‚Nationen‘-Bildung im 19. Jahrhundert bezogen sind, vgl. a. a. O. (350 ff.) – hier sind ‚Nationalismus‘ und (föderaler) ‚Sub-Nationalismus‘ zwei Seiten einer Medaille (vgl. auch unten § 12, B. I.), zumal Heller, a. a. O. (374), schließlich ganz knapp den Blick über den Nationalstaat hinaus auf die Ergänzung durch „ein umfassenderes Substrat *Europa*“, unausgesprochen also auf supra-nationalen Föderalismus richtet.

<sup>169</sup> Vgl. zur Rede von der „Erfindung“ einer politischen Idee etwa den Titel bei *B. Brunhöber*, Die Erfindung „demokratischer Repräsentation“ in den *Federalist Papers*, Tübingen

ein wirkmächtiges historisches Beispiel dafür, wie diese vier Elemente der politischen Theorie *zusammen*-gedacht werden können: Im Kontext der Entstehung der US-Verfassung von 1787/89 wurde in den *Federalist Papers* von 1787/88<sup>170</sup> der Typus des ‚freiheitlich-nationalstaatlich-repräsentativ-demokratischen Föderalismus‘ erstmals<sup>171</sup> umfassend und systematisch theoretisiert.<sup>172</sup> Mit Blick auf diese spezifische Verbindung von Ideen der politischen Theorie lässt sich ein wenig hyperbolisch in den Worten von John Locke – freilich völlig aus ihrem ursprünglichen Kontext gerissen – sagen: „*Thus in the beginning all the World was America, and more so than that is now [...]*“.<sup>173</sup> In dieser spezifischen Konstellation und Perspektive kommt ‚Föderalismus‘ als „Amerikas Geschenk an die Welt“<sup>174</sup> daher.

2010; vgl. auch T. O. Hueglin/A. Fenna, *Comparative Federalism*, 2. Aufl., North York, ON, 2015, S. 74: „*great political invention*“ (zur Erfindung des US-amerikanischen republikanischen Föderalismus). Zur Situation 1787–89, „*one of the great creative periods in the history of political institutions*“: E. S. Corwin, *American Political Science Review* 30 (1936), 1071 (1973). Justice Anthony Kennedy spricht in einem *concurring* Sondervotum zu *U.S. Term Limits, Inc. v. Thornton*, 514 U.S. 779 (1995), 838, von „Föderalismus“ als einer „Entdeckung“: „*Federalism was our Nation’s own discovery*.“ Auch H. Arendt, *On Revolution*, New York, N.Y., U.S.A., 1963, S. 167, spricht von „Entdeckung“, betont aber die Rolle der „Erfahrung“, auf welche dabei aufgebaut wurde. James Madison, der an dieser „Entdeckung“ maßgeblich beteiligt war, beschreibt den Vorgang rückblickend wie folgt: „*It ought to have occurred that the Govt of the U. S. being a novelty & a compound, had no technical terms or phrases appropriate to it, and that old terms were to be used in new senses, explained by the context or by the facts of the case*“, aus einem Brief an den US-amerikanischen Diplomaten Nicholas Philip Trist: J. Madison, in: *The Writings of James Madison*, Bd. IX, hrsg. v. G. Hunt, New York, N.Y., U.S.A., u. a. 1910 [1831], S. 471 (475). Bei alledem ist bemerkenswert, dass in der historischen Situation der Entstehung der US-Verfassung in den 1780er Jahren politische Innovation keinesfalls uneingeschränkt als etwas Erstrebenswertes betrachtet wurde; vielmehr gab es auch starke Kräfte, die auf ein politisches Beharren drängten, vgl. C. D. Bowen, *Miracle At Philadelphia. The Story of the Constitutional Convention*, Boston, Mass., U.S.A., u. a. 1966, S. 12: „*Innovation was a word that had been in bad repute for centuries*.“ Martialischere Metaphorik bei O. Mayer, *AöR* 18 (1903), 337 (338): „an ihrer Spitze schreitet auch die grosse amerikanische Republik mit dem Rechte der bundesstaatlichen Erstgeburt und mit dem Lorbeer des blutigen Rechtsstreites, den sie über das Wesen des Bundesstaates geführt“.

<sup>170</sup> A. Hamilton/J. Madison/J. Jay, *The Federalist*, Cambridge, Mass., U.S.A., u. a. 2009 [1787/1788].

<sup>171</sup> Damit soll nicht ausgesagt werden, dass einzelne Elemente des Typus des ‚freiheitlich-nationalstaatlich-repräsentativ-demokratischen Föderalismus‘ nicht schon früher theoretisiert und praktisch erprobt wurden. Beispielsweise weist A. Riklin, in: H. Bluhm/K. Fischer/M. Llanque (Hrsg.), *Ideenpolitik. Geschichtliche Konstellationen und gegenwärtige Konflikte*, Berlin 2011, S. 353 (357 ff., 360 f.), darauf hin, dass das Theorieelement der „reinen Repräsentation“ nicht – wie oftmals vertreten wird – im Zusammenhang mit der Entstehung der US-Verfassung Ende des 18. Jahrhunderts, sondern schon im 17. Jahrhundert durch den Engländer James Harrington „erfunden“ worden sei.

<sup>172</sup> Vgl. T. O. Hueglin/A. Fenna, *Comparative Federalism*, 2. Aufl., North York, ON, 2015, S. 73.

<sup>173</sup> J. Locke, *Two Treatises of Government*, hrsg. v. P. Laslett, Cambridge, U.K., 1988 [1689], Book II, § 49. Damit hatte Locke 1689 freilich nicht den Typus des freiheitlich-nationalstaatlich-repräsentativ-demokratischen Föderalismus im Blick, der ja eben erst



Die Autoren der *Federalist Papers* konkretisierten die einzelnen Elemente dieses Typus (Föderalismus, Demokratie, Nationalstaatlichkeit, Freiheitssicherung) in einer spezifischen Kombination; zugleich blendeten sie dabei alternative Ausprägungen dieser Elemente aus. Alternative Vorstellungen von ‚Föderalismus‘ wie auch von ‚Demokratie‘ stehen weitestgehend im Schatten der wirkmächtigen Konzeption des freiheitlich-nationalstaatlich-repräsentativ-demokratischen Föderalismus in der Tradition der *Federalist Papers*.

Im Folgenden soll der entstehungsgeschichtliche Kontext der *Federalist Papers* kurz geschildert werden (s.u. II.), um anschließend die darin entwickelte Kombination von Föderalismus, repräsentativer Demokratie, Nationalismus und individueller Freiheitssicherung zu skizzieren (s.u. III.) und auf Gegenentwürfe einzugehen (s.u. IV. bis V.). Schließlich ist auf die ideen- und begriffspolitische Dimension und Wirkungsmacht dieser Konzeption zu blicken (s.u. VI.).

## II. Entstehungsgeschichtlicher Kontext der *Federalist Papers* (1787/88)

Die Publikation der insgesamt 85 Essays, welche als *Federalist Papers* bezeichnet werden, ist eng mit der Ratifikation der US-amerikanischen Verfassung von 1787/89 verbunden. Die Verfassung wurde im Jahr 1787 erarbeitet, zwischen Ende 1787 und Mitte 1788 in elf (von dreizehn)<sup>175</sup> Staaten ratifiziert und trat 1789 in Kraft. Während des – nicht unumstrittenen – Ratifizierungsprozesses in den einzelnen Staaten wurden im Staat New York zwischen Oktober 1787 und August 1788 die *Federalist Papers* unter dem Pseudonym „Publius“ veröffentlicht.<sup>176</sup> Dahinter standen die

100 Jahre später in der US-Verfassung etabliert und in den *Federalist Papers* besprochen wurde. Vielmehr geht es in der zitierten Textstelle um die Beschreibung eines Zustands vor Einführung der Geldwirtschaft. Lockes Satz steht in engem Zusammenhang mit dem Bild von den USA als dem ‚Land ohne Geschichte‘ – zur Wirkmacht dieses „Amerikabilds“ im frühen 19. Jahrhundert v. Depkat, Amerikabilder in politischen Diskursen. Deutsche Zeitschriften von 1789 bis 1830, Stuttgart 1998, S. 319 ff. – dazu am Rande auch in und bei Fn. 379, 892.

<sup>174</sup> M. Dombert, Der Grundrechtsföderalismus der Vereinigten Staaten von Amerika, Baden-Baden 2017, S. 17; ähnlich enthusiastisch F. Lieber, On Civil Liberty and Self-Government, London, U.K., 1853, S. 215 f.: „the chief American contribution to the common treasures of political civilization“; und R. (v.) Mohl, Das Bundes-Staatsrecht der Vereinigten Staaten von Nord-Amerika, Stuttgart u.a. 1824, S. VII: „Wunder unserer Zeit“; zu (v.) Mohls Rezeption der *Federalist Papers* unten C. II. 1. c).

<sup>175</sup> Gemäß Art. VII USC ist die Zustimmung in neun (der damals dreizehn) Staaten erforderlich, damit die US-Verfassung mit Geltung für die ratifizierenden Staaten angenommen wird; als neunter Staat ratifizierte am 21. Juni 1788 New Hampshire, kurz darauf folgten Virginia und New York; North Carolina (21. November 1789) und Rhode Island (29. Mai 1790) ratifizierten erst nach Inkrafttreten der Verfassung; vgl. H. Brogan, The Penguin History of the USA, 2. Aufl., London, U.K., 2001, S. 202.

<sup>176</sup> Zum Pseudonym „Publius“ s.u. in und bei Fn. 304 ff. sowie A. Furtwangler, The Authority of Publius. A Reading of the Federalist Papers, Ithaca, N.Y., U.S.A., 1984, S. 51 (dort auch zu den äußerst positiven Konnotationen, verbunden mit der historischen Figur Publius Valerius, eines Gründers der Römischen Republik, aber auch mit dem Wortstamm des Na-



Autoren Alexander Hamilton, James Madison und (in geringem Umfang) John Jay. In den *Federalist Papers* argumentierten sie für die Annahme des Verfassungsentwurfs, die u. a. im Staat New York besonders umstritten war.<sup>177</sup>

Bis 1789 waren die Staaten der späteren USA durch die Konföderationsartikel (*Articles of Confederation and Perpetual Union*) aus dem Jahr 1777 verbunden. Die Konföderationsartikel sahen lediglich eine kompetenzschwache („staatenbündische“) Bundesebene vor: Insbesondere fehlten auf der Bundesebene die exekutive und judikative Gewalt sowie Kompetenzen in den Bereichen Steuern, Handel und Militär.<sup>178</sup> Gegenüber diesem *status quo* warben die Autoren der *Federalist Papers* für eine Stärkung der Bundesebene durch die neue US-Verfassung von 1787/89.<sup>179</sup> Es ist zu betonen, dass die primäre Stoßrichtung der *Federalists* die Stärkung des Nationalstaats (und gerade nicht eine Stärkung der föderalen Elemente im Sinne der Subsidiarität) war.<sup>180</sup> Die Bundesebene sollte zur Sicherstellung von äußerer<sup>181</sup> und innerer<sup>182</sup> Ordnung und Sicherheit, zur Verhinderung freiheitsgefährdender Spannungs- und Ausnahmezustände mit mehr Kompetenzen ausgestattet werden.<sup>183</sup> Wegen ihres (freilich gemäßigt<sup>184</sup>) zentralistischen Impetus hätten sich die *Federalists* eher als *Unionists*, *Centralists*<sup>185</sup> oder gar als *Nationalists* bezeichnen müssen, was im zeitgenössischen Diskurs jedoch pejorativ besetzt war; entsprechend betrieben sie eine begriffspolitische Umdeutung des Begriffs *federalist*,<sup>186</sup> welche bis heute wirkt<sup>187</sup> (s. unten VI. 5.).

---

mens); und H. Brogan, *The Penguin History of the USA*, 2. Aufl., London, U.K., 2001, S. 201; knapp zum politischen Kontext etwa H. Zinn, *A People's History of the United States*, Neuaufl., New York, N.Y., U.S.A., 2003, S. 96 f.; sowie P. S. Boyer, *American History*, New York, N.Y., U.S.A., 2012, S. 28.

<sup>177</sup> Vgl. P. S. Boyer, *American History*, New York, N.Y., U.S.A., 2012, S. 28.

<sup>178</sup> Vgl. P. S. Boyer, *American History*, New York, N.Y., U.S.A., 2012, S. 26.

<sup>179</sup> Insbesondere in den *Federalists No. 15* bis *No. 20* legen Hamilton und Madison dar, weshalb die Konföderation von 1777 eine zu schwache Bundesebene konstituiert habe; vgl. A. Hamilton/J. Madison/J. Jay, *The Federalist*, Cambridge, Mass., U.S.A., u. a. 2009 [1787/1788], S. 86 ff.

<sup>180</sup> Vgl. D. Jörke, in: E. M. Hausteiner (Hrsg.), *Föderalismen. Modelle jenseits des Staates*, Baden-Baden 2016, S. 81.

<sup>181</sup> Vgl. insbes. *Federalist No. 2* bis *No. 5* (Jay) zur außenpolitischen Konstellation.

<sup>182</sup> Vgl. insbes. *Federalist No. 6* bis *No. 8* (Hamilton) zum Frieden zwischen den einzelnen Staaten, also innerhalb der Union; vgl. insbes. *Federalist No. 9* und *No. 10* zur inneren Ordnung (Sicherung gegen Aufstände).

<sup>183</sup> Vgl. P. King, *Federalism and Federation*, London, U.K., u. a. 1982, S. 24.

<sup>184</sup> Vgl. P. King, *Federalism and Federation*, London, U.K., u. a. 1982, S. 29: verglichen mit Bodin, Hobbes, Grotius, Spinoza und Pufendorf sei der Zentralismus der *Federalists* stärker darum bemüht, auch die Gefahren eines zu starken Zentralismus zu adressieren.

<sup>185</sup> Vgl. P. King, *Federalism and Federation*, London, U.K., u. a. 1982, S. 24: Föderalismus der *Federalists* als „Argument für einen bestimmten Typ der Zentralisierung“, als „centralist federalism“.

<sup>186</sup> Vgl. J. T. Main, *The Anti-Federalists. Critics of the Constitution 1781–1788*, New York, N.Y., U.S.A., 1961, S. VIII f.; D. Jörke, *Kritik demokratischer Praxis. Eine ideenge-*

### III. Zur Verbindung von Föderalismus, repräsentativer Demokratie, Nationalismus und Sicherung individueller Freiheit(en) in den *Federalist Papers*

In den *Federalist Papers* verbindet sich die beschriebene zentralistisch-nationalistische Tendenz (s. u. 1.) mit ganz konkreten Vorstellungen von ‚Republikanismus‘ (i. S. v. Volksherrschaft und ‚repräsentativer Demokratie‘; s. u. 2. u. 3.), einem ‚freiheits‘-schützenden Impetus (s. u. 4.) sowie einem bestimmten Modell von ‚Föderalismus‘ (s. u. 5.).

#### 1. Integraler (Wirtschafts-)Nationalismus

Wenn der Zentralismus der *Federalist Papers* vorliegend als ‚Nationalismus‘ bezeichnet wird,<sup>188</sup> ist damit in erster Linie ein „integraler Nationalismus“ gemeint, „der die in verschiedenen Staaten politisch ‚verstreute‘ Nation zusammenführen will“<sup>189</sup>. Föderalismus und integraler Nationalismus treten hier als Vereinigungsprozess auf (zum Föderalismus als Prinzip der Vereinigung, als ‚coming together‘-Föderalismus, s. u. § 2, B. I. 3. b)). Dieser in den *Federalist Papers* beschriebene

---

schichtliche Studie, Baden-Baden 2011, S. 160f.; *ders.*, in: E. M. Hausteiner (Hrsg.), Föderalismen. Modelle jenseits des Staates, Baden-Baden 2016, S. 81 (82f.).

<sup>187</sup> Vgl. nur die Klassifizierung bei M. C. Dorf, Rutgers Law Journal 28 (1997), 825, welcher „Nationalists“, „Federalists“ sowie „Anti-Federalists“ unterscheidet und diesen Typen jeweils Richterinnen und Richter des U.S. Supreme Court zuordnet: Ruth Bader Ginsburg wird von Dorf als *Nationalist*, Anthony Kennedy als *Federalist* und Antonin Scalia als *Anti-Federalist* geführt, um jeweils ein prominentes Beispiel zu geben. „Nationalist“ (Fokus auf der Bundesebene) und „Anti-Federalist“ (Fokus auf der Ebene der förderierten Einheiten) bilden die Extrempole des Spektrums; „Federalist“ würde dazwischen liegen: *Federalists* würden die förderierten Einheiten als wichtige machterstreuende Faktoren anerkennen, aber nicht in gleichem Maße wie *Anti-Federalists* als schutzwürdige eigenständige politische Einheiten affirmieren.

<sup>188</sup> Eine umfassendere, ‚materiell‘ gehaltvollere (aber auch unschärfere) Charakterisierung des Nationalismus der *Federalist Papers* legt E. Millican, *One United People. The Federalist Papers and the National Idea*, Lexington, Ky., U.S.A., 1990, S. 44f., vor: Das in den *Federalist Papers* entworfenen Staats- und Regierungssystem sei durch „die [sic!] vier Elemente der [sic!] nationalistischen Theorie“ („the [sic!] four elements of the [sic!] nationalist theory“), nämlich „[ethnien-basierte] nationale Differenzierung, Selbstbestimmung [nach außen], Zentralisierung und Volksherrschaft“ („[ethnicity-based] national differentiation, self-determination, centralization, and popular government“) geprägt und daher „nationalistisch“. Von Millicans vier Nationalismus-Elementen werden hier zur Charakterisierung des Entwurfs der *Federalists* zunächst i. W. nur die Elemente der Selbstbestimmung nach außen und der Zentralisierung (im Sinne einer Integration nach innen) unter ‚Nationalismus‘ in Bezug genommen; weitere Bedeutungswelten von ‚Nation‘ und ‚Nationalismus‘ werden im Sonderkapitel zum nationalstaatlichen Föderalismus untersucht (s. u. § 12, B. I.).

<sup>189</sup> Allgemein zum Begriff „integraler Nationalismus“ und der oben zitierten Definition H. Münkler/G. Straßenberger, *Politische Theorie und Ideengeschichte. Eine Einführung*, München 2016, S. 77, welche hierfür allerdings Deutschland und Italien im 19. Jahrhundert als Beispiele nennen.

ationale Vereinigungsprozess ist v.a. auch als Herausbildung und Stabilisierung eines nationalen *Wirtschaftsraums* zu verstehen und gerade auch in den *Federalist Papers* wurde mit ökonomischen Interessen für eine stärkere nationale Bundesebene argumentiert.<sup>190</sup> Diesem Befund entspricht, dass der Integrationsprozess zum Nationalstaat in den USA zunächst im Wesentlichen von besitzbürgerlichen Eliten getragen wurde<sup>191</sup>.

Im Fall der Entstehung der USA liegt eine Besonderheit des nationalen Integrationsprozesses darin, dass die Herausbildung der geistigen und kulturellen Vorstellung einer ‚amerikanischen Nation‘ zeitlich mit ihrer politisch-verfassungsrechtlichen Durchsetzung in der US-Verfassung zusammenfiel oder dieser gar erst nachfolgte – und sicherlich bis heute nicht abgeschlossen ist.<sup>192</sup> Im Gegensatz dazu ist die Nationalstaatsbildung Deutschlands oder Italiens im 19. Jahrhundert eher dadurch geprägt gewesen, dass der politisch-verfassungsrechtliche Prozess der

---

<sup>190</sup> Vgl. insbesondere Hamiltons Ausführungen zum „Vorteil der Union für den Handel“ („*The Value of Union to Commerce [...]*“) im *Federalist No. 11* (A. Hamilton, in: ders./J. Madison/J. Jay, *The Federalist*, Cambridge, Mass., U.S.A., u. a. 2009 [1787], S. 61 ff.), mit dem deutlichen Auftakt: „*The importance of the Union, in a commercial light, is one of those points about which there is least room to entertain a difference of opinion, and which has, in fact, commanded the most general assent of men who have any acquaintance with the subject.*“; im *Federalist No. 23* (A. Hamilton, in: ders./J. Madison/J. Jay, *The Federalist*, Cambridge, Mass., U.S.A., u. a. 2009 [1787], S. 142 [142]), dem Auftakt einer Reihe von Essays, die für eine starke nationale Regierung plädieren, zählt Hamilton „*the regulation of commerce with other nations and between the States*“ (neben innerer und äußerer Sicherheit) als eines von zwei Hauptzielen der Nationalisierung von Hoheitsgewalt auf; vgl. auch Hamiltons Argumentation für starke nationale Steuerkompetenzen aus ökonomischen Gründen im *Federalist No. 35* (A. Hamilton, in: ders./J. Madison/J. Jay, *The Federalist*, Cambridge, Mass., U.S.A., u. a. 2009 [1788], S. 211 ff.); Hamiltons Ausführungen in *Federalist No. 13* unter dem Titel „*Advantage of the Union in Respect to Economy in Government*“ (A. Hamilton, in: ders./J. Madison/J. Jay, *The Federalist*, Cambridge, Mass., U.S.A., u. a. 2009 [1787], S. 76 ff.) betreffen weniger die Privatwirtschaft, sondern gewissermaßen die institutionen-ökonomische Analyse föderaler politischer Ordnung; vgl. zum frühen US-amerikanischen Wirtschaftsnationalismus in und hinter den *Federalist Papers*: C. A. Beard, *An economic interpretation of the Constitution of the United States*, New York, N.Y., U.S.A., u. a. 1913, S. 154; E. Millican, *One United People. The Federalist Papers and the National Idea*, Lexington, Ky., U.S.A., 1990, S. 235: „*Publius* [, i. e., *the Federalist Papers*,] regards the American economy as an ensemble of interests demanding centralized public regulation, and he desires national unity in order to extort economic advantages from other countries“; E. Chemerinsky, *Constitutional Law. Principles and Policies*, 5. Aufl., New York, N.Y., U.S.A., 2015, S. 9 f., 446; vgl. die Betonung der Rolle ökonomischer Freiheit im Zusammenspiel mit Nationalismus und Föderalismus bei D. C. Ehmke, *Institutional Congruence. The Riddle of Leviathan and Hydra*, Baden-Baden 2019, S. 102.

<sup>191</sup> Vgl. H. Zinn, *A People's History of the United States*, Neuaufl., New York, N.Y., U.S.A., 2003, S. 91, zur sozialen Zusammensetzung der *Constitutional Convention*: Ausgeschlossen und auch ihren Interessen nach nicht repräsentiert waren Frauen, Sklaven, ‚Schuldknechte‘ und Männer ohne Eigentum; vgl. auch D. Jörke, *Kritik demokratischer Praxis. Eine ideengeschichtliche Studie*, Baden-Baden 2011, S. 153.

<sup>192</sup> Vgl. den Titel des Buchs von A. Brinkley, *The Unfinished Nation. A Concise History of the American People*, 7. Aufl., New York, N.Y., U.S.A., 2014.

Nationalstaatsbildung der geistig-kulturellen Herausbildung der Vorstellung von einer deutschen bzw. italienischen Nation zeitlich nicht unerheblich nachfolgt.

Inwieweit der Nationalismus der *Federalists* auch als *ethnischer* Nationalismus zu qualifizieren ist, lässt sich schwer beantworten. Tatsächlich gibt es vereinzelte Stellen in den *Federalist Papers*, die ein Verständnis der USA als ‚ethnischer Nation‘ nahelegen: So schreibt Jay in *Federalist No. 2*, das amerikanische Volk zeichne sich durch gemeinsame Vorfahren, Sprache, Religion, Sitten und Gebräuche und die verbindende Erfahrung des Unabhängigkeitskriegs von 1775 bis 1783 aus.<sup>193</sup> Insbesondere die Behauptung der gemeinsamen Vorfahren und Religion ist dabei freilich sehr fragwürdig.

## 2. (Besitzbürgerliche) Volkssouveränität

Im *Federalist No. 39* definiert Madison ‚Republik‘ als Regierungsform, bei der alle hoheitliche Gewalt direkt oder indirekt vom gesamten Volk („*great body of the people*“) hergeleitet wird und von Personen (Repräsentanten) ausgeübt wird, welche ihre Ämter „nach Ermessen für begrenzte Zeit innehaben oder solange sie ihr Amt korrekt ausüben“ („*persons holding their offices during pleasure, for a limited period, or during good behavior*“).<sup>194</sup> Das ‚Republik‘-Verständnis der *Federalists* hat eine große Schnittmenge mit Elementen, die häufig zum demokratischen Prinzip gezählt werden (Volkssouveränität, Herrschaft auf Zeit). Volkssouveränität („*popular government*“, „*popular rule*“)<sup>195</sup> und Selbstregierung werden als Legitimationsbasis hoheitlicher Gewalt gefordert.

Freilich ist die Zugehörigkeit zum herrschaftslegitimierenden ‚Volk‘ bei den *Federalists* tendenziell auf einen „besitzbürgerlichen Kern“ (Horst Dreier)<sup>196</sup> der Bevölkerung ausgerichtet und mit zahlreichen Ausschlüssen verbunden: Dies galt zunächst insbesondere bei der Verfassungsgebung, wie ein Blick auf die soziale Zusammensetzung der *Constitutional Convention* unter Ausschluss von Frauen,

<sup>193</sup> Vgl. J. Jay, in: A. Hamilton/J. Madison/ders., *The Federalist*, Cambridge, Mass., U.S.A., u. a. 2009 [1787], S. 6 (7): „*one connected country to one united people – a people descended from the same ancestors, speaking the same language, professing the same religion, attached to the same principles of government, very similar in their manners and customs, and who, by their joint counsels, arms, and efforts, fighting side by side throughout a long and bloody war, have nobly established general liberty and independence.*“

<sup>194</sup> Vgl. J. Madison, in: A. Hamilton/ders./J. Jay, *The Federalist*, Cambridge, Mass., U.S.A., u. a. 2009 [1788], S. 244 (245); die zitierte Übersetzung entstammt J. Madison, in: A. Hamilton/ders./J. Jay, *Die Federalist Papers*, hrsg. v. B. Zehnppennig, Darmstadt 1993 [1788], S. 244 (244).

<sup>195</sup> Zu den Begriffen D. Jörke, Kritik demokratischer Praxis. Eine ideengeschichtliche Studie, Baden-Baden 2011, S. 153, Fn. 205, mit dem Hinweis auf die erhebliche Ausgestaltung- und Interpretationsbedürftigkeit von ‚Volkssouveränität‘.

<sup>196</sup> H. Dreier, AöR 113 (1988), 450 (461 f., Fn. 35).

Sklaven, ‚Schuld knechten‘ und Männern ohne Eigentum zeigt.<sup>197</sup> Der von den *Federalists* verteidigte Verfassungsentwurf sah dann freilich *nicht* etwa eine *explizite* Beschränkung des Wahlrechts oder des Zugangs zu Mandaten und Ämtern auf Besitzende *als solche* vor.<sup>198</sup> Vom aktiven und passiven Wahlrecht blieben nach Verfassungsgebung aber für viele Jahrzehnte große Teile der Bevölkerung (u. a. Frauen und Sklaven) ausgeschlossen. Und gerade weil das aktive und passive Wahlrecht im Verfassungsentwurf und Plan der *Federalists* nicht direkt von sozio-ökonomischen Kriterien abhängig gemacht wurde, waren aus Sicht der *Federalists* anderweitige Mechanismen erforderlich, um eine „Tyrannei der Leidenschaften“<sup>199</sup> des Volkes auszuschließen.<sup>200</sup>

### 3. (Elitendemokratische) repräsentative Demokratie

Das ‚Republik‘-Verständnis der *Federalists* paart sich mit einem Modell ‚repräsentativer Demokratie‘ – im Gegensatz zu direkter (Versammlungs-)Demokratie.<sup>201</sup> Direkt-demokratische Elemente lehnen die *Federalists* – vor allem mit Hinweisen auf das Negativbeispiel der Demokratie im antiken Athen – ab.<sup>202</sup> In *Federalist No. 63* beschreibt Madison das Erfordernis von Sicherungen gegen die „Tyrannei der Leidenschaften“ des Volkes („*safeguard against the tyranny of the [people’s] passions*“) und betont in diesem Zusammenhang die Bedeutung des Senats als Faktor des Ausgleichs im Institutionengefüge.<sup>203</sup> In *Federalist No. 68* verteidigt Hamilton den

<sup>197</sup> Zur sozialen Zusammensetzung der *Constitutional Convention*: H. Zinn, *A People’s History of the United States*, Neuauf., New York, N.Y., U.S.A., 2003, S. 91, unter Verweis auf C. A. Beard, *An economic interpretation of the Constitution of the United States*, New York, N.Y., U.S.A., u. a. 1913; zu den umfangreichen Ausschlüssen von Personengruppen aus dem Kreis des ‚Volks‘ auch D. Jörke, *Kritik demokratischer Praxis. Eine ideengeschichtliche Studie*, Baden-Baden 2011, S. 153: Minderjährige, Frauen, Sklaven, indigene Bevölkerung, tlw. auch Angehörige bestimmter Religionen.

<sup>198</sup> Vgl. C. A. Beard, *An economic interpretation of the Constitution of the United States*, New York, N.Y., U.S.A., u. a. 1913, S. 152; D. Jörke, *Kritik demokratischer Praxis. Eine ideengeschichtliche Studie*, Baden-Baden 2011, S. 170, 175.

<sup>199</sup> J. Madison, in: A. Hamilton/ders./J. Jay, *The Federalist*, Cambridge, Mass., U.S.A., u. a. 2009 [1788], S. 411 (414).

<sup>200</sup> Vgl. D. Jörke, *Kritik demokratischer Praxis. Eine ideengeschichtliche Studie*, Baden-Baden 2011, S. 175.

<sup>201</sup> Vgl. zum „federalistischen“ Verhältnis der Begriffe ‚republic‘ und ‚democracy‘ nur B. Brunhöber, *Die Erfindung „demokratischer Repräsentation“ in den Federalist Papers*, Tübingen 2010, S. 108, dort insbes. in Fn. 14.

<sup>202</sup> Hierzu kritisch D. Jörke, *Kritik demokratischer Praxis. Eine ideengeschichtliche Studie*, Baden-Baden 2011, S. 157 ff.: die Kritik der *Federalists* an antiken Formen direkter Demokratie sei instrumentalisierend-vorurteilsgeleitet, „wenig originell“, nicht „realitätsadäquat“, übertrieben polemisch und intentional-diskreditierend.

<sup>203</sup> Vgl. J. Madison, in: A. Hamilton/ders./J. Jay, *The Federalist*, Cambridge, Mass., U.S.A., u. a. 2009 [1788], S. 411 (414); hierzu J. T. Roberts, *Athens on Trial. The Antidemocratic Tradition in Western Thought*, Princeton, N.J., U.S.A., 1994, S. 181, welche in diesem Zusammenhang auch auf Hamiltons *Federalist No. 9* hinweist.

Modus der indirekten Wahl des US-Präsidenten über den Wahlmännerratsausschuss (*Electoral College*; vgl. Art. II, Sect. 1, Cl. 2 ff.): Diese Absage des Verfassungsentwurfs an eine direkte Volkswahl des Präsidenten stelle sicher, dass kein ungeeigneter Populist zum Präsidenten gewählt werden könne.<sup>204</sup>

Neben diese Absicherung gegen die „Tyrannei der Leidenschaften“ (der Mehrheit) des Volkes tritt im ‚Repräsentations‘-Modell der *Federalists* ein weiterer, damit teilweise verbundener Aspekt: Insbesondere in *Federalist No. 10* legt Madison dar, wie repräsentative Demokratie auf den – unvermeidbaren – Interessenpluralismus der Individuen und Interessengruppen antworten kann.<sup>205</sup> Die Institutionen der repräsentativen Demokratie werden als Filter-, Verfeinerungs- und Veredelungsfaktoren zur Abschleifung des ‚Rohmaterials‘ der (egoistischen) Einzelwillen der Individuen vorgestellt.<sup>206</sup> Diese Vorstellung der *Federalists* von der Funktionsweise repräsentativer Demokratie wird von Dirk Jörke als repräsentative Demokratie im ‚aristokratisch‘-elitendemokratischen Sinn bezeichnet.<sup>207</sup> Sie stellt eine spezifische Vorstellung von ‚repräsentativer Demokratie‘ dar und ist nicht alternativlos (s. gleich IV.).

#### 4. Sicherung (individueller) Freiheit durch republikanisch-föderales Staatsorganisationsrecht

Die politische Philosophie der *Federalists* ist auch ein Projekt zur Sicherung individueller Freiheit.<sup>208</sup> Dieser Befund mag zunächst überraschen, wenn man sich vor Augen führt, dass der Verfassungsentwurf von 1787, als dessen Befürworter die

---

<sup>204</sup> Vgl. A. Hamilton, in: ders./J. Madison/J. Jay, *The Federalist*, Cambridge, Mass., U.S.A., u. a. 2009 [1788], S. 446 ff. 1788 ging Hamilton freilich noch davon aus, dass die Wahlmänner im *Electoral College* in ihrer Entscheidung frei sein würden und keine Bindung an die sog. ‚tickets‘ sowie keine Parteipolitisierung der Präsidentschaftswahlen bestehen würden; zur Entwicklung des *Electoral College* etwa R. M. Hardaway, *The Electoral College and the Constitution. The Case for Preserving Federalism*, Westport, Conn., U.S.A., u. a., 1994, S. 69 ff.: zum ursprünglichen Design 1787; a. a. O., S. 89 ff.: zum Zwölften Amendment von 1804; und a. a. O., S. 97 ff.: zur Weiterentwicklung des Wahlverfahrens im Unterverfassungsrecht.

<sup>205</sup> Vgl. J. Madison, in: A. Hamilton/ders./J. Jay, *The Federalist*, Cambridge, Mass., U.S.A., u. a. 2009 [1787], S. 52 ff.

<sup>206</sup> So etwa die Lesarten des *Federalist Papers* von H. Dreier, AöR 113 (1988), 450 (461 ff.): „Veredelungsprozess“; D. Jörke, *Kritik demokratischer Praxis. Eine ideengeschichtliche Studie*, Baden-Baden 2011, S. 155: „Verfeinerung“; und S. Schäffer, *Föderalismus und Souveränität im Bundesstaat*, Wiesbaden 2016, S. 116.

<sup>207</sup> Vgl. D. Jörke, *Kritik demokratischer Praxis. Eine ideengeschichtliche Studie*, Baden-Baden 2011, S. 168, 187.

<sup>208</sup> Vgl. nur *Federalist No. 51*: J. Madison, in: A. Hamilton/ders./J. Jay, *The Federalist*, Cambridge, Mass., U.S.A., u. a. 2009 [1788], 339 (342); dazu M. C. Dorf/T. Morrison, *Constitutional Law*, New York, N.Y., U.S.A., 2010, S. 75.



*Federalists* auftraten, keinen ‚echten‘<sup>209</sup> Individualgrundrechtskatalog enthielt. Die *Bill of Rights* mit ihren ausdrücklichen ‚Grundrechts‘-Gewährleistungen, deren ursprünglicher Schutzzweck keinesfalls eindeutig auf Individualrechtsschutz gerichtet ist<sup>210</sup>, wurde erst 1791 im Wege der Verfassungsänderung ergänzt; diese umfassende Verfassungsergänzung war wesentlich auch durch das Verfassungsdenken der *Anti-Federalists*, der diskursiven Konkurrenten der *Federalists* (zu diesen gleich IV.), geprägt.<sup>211</sup> Tatsächlich vertraten die *Federalists* 1787/88 die Auffassung, dass die US-Verfassung keinen ausdrücklichen Grundrechtskatalog benötige, sondern sich die Sicherung (individueller) Freiheit(en) vielmehr aus dem republikanischen Staatsorganisationsrecht selbst ergebe:<sup>212</sup> Die Einrichtung des ‚freiheits-‘orientierten politischen Entscheidungsprozesses im repräsentativ-demokratischen Regierungssystem (s.o. 3.), die (horizontale, funktionale) Gewaltenteilung mit *checks und balances* auf Bundesebene (*three branches of government*) und die (vertikale, föderale) Gewaltenteilung zwischen Bundesebene und Einzelstaaten bewirke eine Sicherung individueller Freiheit(en) auch ohne ausdrücklichen Grundrechtskatalog.<sup>213</sup>

Die Indienstnahme des Föderalismus (als eine Form der Gewaltenteilung) zu Gunsten der Sicherung (individueller) Freiheit – im Gesamtrahmen eines wirkmächtigen politischen Denkens in Gleichgewichten<sup>214</sup> – spricht Madison besonders

<sup>209</sup> Die urspr. US-Verfassung enthielt von vorneherein vereinzelte grundrechtliche oder grundrechtsähnliche (rechtsstaatliche) Garantien, so etwa in Art. I, Sec. 9 USC, dort beispielsweise das Rückwirkungsverbot (Verbot von „*ex post facto Law*“, Art. I, Sec. 9, Cl. 3 USC); hierzu in *Federalist No. 84: A. Hamilton*, in: ders./J. Madison/J. Jay, *The Federalist*, Cambridge, Mass., U.S.A., u. a. 2009, 562 (563 f.); vgl. auch B. Brunhöber, *Die Erfindung „demokratischer Repräsentation“* in den *Federalist Papers*, Tübingen 2010, S. 240 f.

<sup>210</sup> So wird zum Teil hervorgehoben, die *Bill of Rights* sei ursprünglich nicht als Katalog von Individualgrundrechten i. e. S. konzipiert, sondern auf die Sicherung ‚positiver Freiheit‘ in Kollektiven auf lokaler Ebene gerichtet gewesen: T. Kleinlein, *1•CON* 15 (2017), 1157 (1160): „*The paradigm of the Bill of Rights was not individual liberty but popular sovereignty and the protection of local institutions of self-government*“; A. R. Amar, *The Bill of Rights. Creation and Reconstruction*, New Haven, Conn., U.S.A., 1998, S. 7.

<sup>211</sup> Vgl. A. R. Amar, *The Bill of Rights. Creation and Reconstruction*, New Haven, Conn., U.S.A., 1998, S. 79: „*the Bill of Rights grew out of a marriage between Madisonian Federalism and un-Madisonian Anti-Federalism*“.

<sup>212</sup> Vgl. die Ausführungen in *Federalist No. 84*, in denen die republikanische Regierungsform des US-Verfassungsentwurfs von 1787 mit der monarchischen Regierungsform (Englands) kontrastiert wird; anders als in der Monarchie brauche es in der Republik keine „*bill of rights*“ i. e. S., da die republikanische Regierungsform die Rechte der Bürgerinnen und Bürger von vorneherein sichere: A. Hamilton, in: ders./J. Madison/J. Jay, *The Federalist*, Cambridge, Mass., U.S.A., u. a. 2009, 562 (565 f.).

<sup>213</sup> Vgl. die Zusammenfassung bei B. Brunhöber, *Die Erfindung „demokratischer Repräsentation“* in den *Federalist Papers*, Tübingen 2010, S. 241, mit Hinweis insbesondere auf *Federalist No. 84*.

<sup>214</sup> Zur ästhetischen Dimension des politischen Denkens in Gleichgewichten bei den *Federalists* vgl. D. Damler, *Rechtsästhetik. Sinnliche Analogien im juristischen Denken*, Berlin 2016, S. 298 ff. – s. auch § 3, B. II. 1.

deutlich im *Federalist No. 51* an: „[T]he power surrendered by the people is first divided between two distinct governments [(vertikale, föderale Gewaltenteilung)], and then the portion allotted to each subdivided among distinct and separate departments [(horizontale, funktionale Gewaltenteilung)]. Hence a double security arises to the rights of the people [(Freiheitssicherung)].“<sup>215</sup> In *Federalist No. 84* betont Hamilton, dass der Bundesebene in der US-Verfassung ohnehin nur sehr begrenzte Kompetenzen eingeräumt würden, sodass sich ein Grundrechtekatalog (auf Bundesebene) erübrige oder gar zu missverständlichen („gefährlichen“) Umkehr(-fehl-)schlüssen – auf das angebliche Bestehen ungeschriebener Bundeskompetenzen – verleiten könnte.<sup>216</sup>

Im eben zitierten *Federalist No. 51* bezeichnet Madison den Gegenstand, der durch „doppelte“ Gewaltenteilung gesichert werde, als „the rights of the people“<sup>217</sup>, nimmt mit „the people“ also ausdrücklich ein Kollektiv, nicht aber das Individuum als Inhaber der gesicherten Rechts- und Freiheitspositionen in Bezug. Hieran wird deutlich, wie eng in der politischen Philosophie der *Federalists* der Zusammenhang zwischen ‚Freiheit‘ und ‚Selbstregierung‘ in einer ‚Republik‘ ist.<sup>218</sup> Individuelle Freiheit und kollektive Freiheit werden weitgehend *zusammen*-gedacht.<sup>219</sup> Während an manchen Stellen des *Federalists* ein solcher ‚positiver‘, auf Selbstregierung gerichteter Begriff der ‚Freiheit‘ betont wird (insbesondere in *Federalist No. 39*)<sup>220</sup>, geht es an anderen Stellen um den Aspekt ‚negativer‘, von (übergriffiger) hoheitlicher Macht geschützter Freiheit (so insbesondere im eben zitierten *Federalist No. 51*)<sup>221</sup>; s. zum Ganzen – auch zur Fragwürdigkeit der aufgeworfenen binären Dichotomie ‚negative‘/‚positive‘ Freiheit – ausführlich unten § 12, B. II. 1.).

<sup>215</sup> J. Madison, in: A. Hamilton/ders./J. Jay, *The Federalist*, Cambridge, Mass., U.S.A., u. a. 2009 [1788], 339 (342).

<sup>216</sup> Vgl. A. Hamilton, in: ders./J. Madison/J. Jay, *The Federalist*, Cambridge, Mass., U.S.A., u. a. 2009, 562 (566), mit der Kulmination in der Frage: „For why declare that things shall not be done which there is no power to do?“; vgl. auch B. Brunhöber, *Die Erfindung „demokratischer Repräsentation“* in den *Federalist Papers*, Tübingen 2010, S. 239, dort Fn. 6.

<sup>217</sup> J. Madison, in: A. Hamilton/ders./J. Jay, *The Federalist*, Cambridge, Mass., U.S.A., u. a. 2009 [1788], 339 (342).

<sup>218</sup> Vgl. E. Millican, *One United People. The Federalist Papers and the National Idea*, Lexington, Ky., U.S.A., 1990, S. 45, der darin eine Symbiose von nationalistisch-demokratischem und liberalem Denken bei den *Federalists* erblickt: Wirkliche Freiheit könnten US-amerikanische Bürger – dem Denken der *Federalists* in der Lesart Millicans nach – nur in der (nationalen und zentralistisch regierten) Gemeinschaft erlangen.

<sup>219</sup> Vgl. insbesondere den Auftakt von *Federalist No. 39*: J. Madison, in: A. Hamilton/ders./J. Jay, *The Federalist*, Cambridge, Mass., U.S.A., u. a. 2009 [1788], S. 244 (245); hierzu B. Brunhöber, *Die Erfindung „demokratischer Repräsentation“* in den *Federalist Papers*, Tübingen 2010, S. 106 f.

<sup>220</sup> J. Madison, in: A. Hamilton/ders./J. Jay, *The Federalist*, Cambridge, Mass., U.S.A., u. a. 2009 [1788], S. 244 (245); hierzu B. Brunhöber, *Die Erfindung „demokratischer Repräsentation“* in den *Federalist Papers*, Tübingen 2010, S. 106 f.

<sup>221</sup> J. Madison, in: A. Hamilton/ders./J. Jay, *The Federalist*, Cambridge, Mass., U.S.A., u. a. 2009 [1788], 339 (342).



Insbesondere der letztgenannte Aspekt der negativen Freiheit steht in engem Zusammenhang mit dem oben beschriebenen Ziel des integralen Wirtschaftsnationalismus (s. o. 1.) und mit dem ebenfalls bereits erwähnten faktischen Zuschnitt der Volkssouveränität und repräsentativen Demokratie auf Besitzbürger und Eliten (s. o. 2. u. 3.): Wirtschaftsliberalismus und Wirtschaftsnationalismus gehen im Denken der *Federalists* eine Verbindung ein. Wie insbesondere Charles A. Beard hervorgehoben (und wohl überspitzt<sup>222</sup>) hat, habe die ‚Sorge um Fährnis‘ (*personalty*) und Eigentum überhaupt eine Schlüsselrolle in (und hinter) der Argumentation der *Federalists* gespielt: Um Vermögensinteressen des Besitzbürgertums vor Zugriffen gerade der Einzelstaatengesetzgeber zu schützen, sollten – so liest Beard die *Federalists* – einerseits die Kompetenzen der Einzelstaaten durch vertikale Gewaltenteilung im Zaum gehalten werden und andererseits der Bundesebene begrenzte Kompetenzen an die Hand gegeben werden, um gerade auch zu Gunsten des Besitzbürgertums zu regulieren.<sup>223</sup> Andere Kommentatoren haben betont, dass die von den *Federalists* propagierte Verbindung von Wirtschaftsliberalismus und Wirtschaftsnationalismus also durchaus auf ein gewisses Maß an (nationaler) Wirtschaftsregulierung gerichtet gewesen und über ein krudes ‚laissez-faire‘ hinaus gegangen sei.<sup>224</sup> Hervorhebung verdient Beards These, dass negative Freiheitssicherung bei den *Federalists* vor allem auf eine Beschränkung der Einzelstaaten (also nicht primär der Bundesebene) gerichtet gewesen sei.<sup>225</sup> Akhil R. Amar hat die These aufgestellt, dass hierin ein Grundmovens des US-amerikanischen Verfassungsdenkens begründet liege, welches bei den *Federalists* zwar noch primär zu Gunsten des

---

<sup>222</sup> Referierend-einordnend zu Beards Studie A. R. Amar, *The Bill of Rights. Creation and Reconstruction*, New Haven, Conn., U.S.A., 1998, S. 78 f.; B. Quélenec, in: G. Raullet/M. Llanque (Hrsg.), *Geschichte der politischen Ideengeschichte*, Baden-Baden 2018, S. 461 (461 f.); sowie D. Jörke, *Kritik demokratischer Praxis. Eine ideengeschichtliche Studie*, Baden-Baden 2011, S. 154, welche m. w. N. jeweils auch auf die deutliche Kritik an Beards Studie in der US-amerikanischen Ideengeschichtsschreibung aus dem 20. Jahrhundert hinweisen: Beard werde u. a. vorgeworfen, das Locke'sche Grundmovens der *Federalists* nicht angemessen zu würdigen sowie die Motive der im Unabhängigkeitskampf aktiven Revolutionäre und der *Anti-Federalists* (s. u. IV.) als Kontrastfolien zu den *Federalists* zu romantisieren.

<sup>223</sup> C. A. Beard, *An economic interpretation of the Constitution of the United States*, New York, N.Y., U.S.A., u. a. 1913, S. 154: „above all, it is to the owners of *personalty* anxious to find a foil against the attacks of levelling democracy, that the authors of *The Federalist* address their most cogent arguments in favor of ratification“, deshalb hätten die *Federalists* letztlich für folgende Mechanismen gestritten: „A government endowed with certain positive powers, but so constructed as to break the force of majority rule and prevent invasions of the property rights of minorities [and] Restrictions on the state legislatures which had been so vigorous in their attacks on capital“.

<sup>224</sup> Vgl. E. Millican, *One United People. The Federalist Papers and the National Idea*, Lexington, Ky., U.S.A., 1990, S. 235; vgl. dann a. a. O. (243) Millicans ideenpolitische Aktualisierungsoperation (im Jahr 1990): „The *laissez-faire* ideology underlying Reaganomics is also quite contrary to the ideas of national community found in *The Federalist*.“.

<sup>225</sup> Vgl. C. A. Beard, *An economic interpretation of the Constitution of the United States*, New York, N.Y., U.S.A., u. a. 1913, S. 154.

Besitzbürgertums als Minderheit gedacht gewesen sei, später – nach dem *Civil War* und dann insbesondere im 20. Jahrhundert – aber ideenpolitisch<sup>226</sup> für den Schutz anderer Minderheiten vor übergriffigen demokratischen Mehrheitsentscheidungen auf Einzelstaatenebene reaktualisiert worden sei<sup>227</sup> (*counter-majoritarianism*).

## 5. „Instrumentalföderalismus“: Föderalismus als Instrument und Kompromiss

Wie lässt sich nun die Rolle von Föderalismus in dieser von den *Federalists* vorgestellten Konstellation aus integrelem Nationalismus, besitzbürgerlicher Volkssouveränität, elitendemokratischer repräsentativer Demokratie und Freiheits-sicherung qualifizieren?

### a) Instrumentell-dienende Funktion des Föderalismus

Anders als der ‚Name‘ der *Federalists* (näher u. VI. 5.) zunächst verspricht, ist die politische Idee ‚Föderalismus‘ als solche bei ihnen gegenüber Nationalismus, Volkssouveränität, Repräsentation und Freiheit eher nachrangig. Die Rolle des Föderalismus bei den *Federalists* ist zunächst vor allem instrumentell.<sup>228</sup> Föderalismus steht – als „Instrumentalföderalismus“ (Michael C. Dorf)<sup>229</sup> – im *Dienst* anderer politischer Ideen:

<sup>226</sup> Zur ‚Ideenpolitik‘ sogleich C. I.

<sup>227</sup> Vgl. A. R. Amar, *The Bill of Rights. Creation and Reconstruction*, New Haven, Conn., U.S.A., 1998, S. 79 (dort in Anm. „\*“).

<sup>228</sup> Vgl. H. Wechsler, *Colum. L. Rev.* 54 (1954), 543: „*Federalism was the means and price of the formation of the Union*“; explizit zum instrumentellen Föderalismus-Konzept der *Federalists* (insbesondere von James Madison) J. Bednar, *The Robust Federation*, Cambridge, Mass., U.S.A., 2009, S. 5 (dort in Fn. 3). Überhaupt lässt sich die Verfassungsgebung 1787–89 als instrumentalistisch-pragmatisches Unterfangen charakterisieren; deutlich etwa E. S. Corwin, *American Political Science Review* 30 (1936), 1071 (1073): „*That the attitude of the members of the Federal Convention toward their task was predominantly instrumentalist and practical is clear at a glance. They had not gone to Philadelphia merely to ratify the past, [...] but with reform in mind, and specifically the creation of a strong, effective national government.*“

<sup>229</sup> Von „*instrumental federalism*“ ist die Rede bei M. C. Dorf, *Rutgers Law Journal* 28 (1997), 825 (829): Dorf charakterisiert mit dieser Wendung das ‚Föderalismus‘-Verständnis, welches in einer Textstelle aus der *U.S. Supreme Court*-Entscheidung *Gregory v. Ashcroft*, 501 U.S. 452 (1991), 458 ff. – s. u. § 5, A. II. 2. – zum Ausdruck kommt: In dieser Entscheidung führt Justice Sandra Day O’Connor eine Auflistung von „Vorteilen“ des föderalen Prinzips, wie es in der US-Verfassung aktualisiert wird, auf (und untermauert diese sodann durch Hinweise auf die *Federalist Papers*): Bei den von O’Connor in Bezug genommenen „Vorteilen“ handelt es sich u. a. um die Vervielfältigung demokratischer Partizipationsmöglichkeiten und um die Sicherung von ‚Freiheit‘ durch Machtzerstreuung – also um solche Gehalte, welche auch in der vorstehenden Diskussion des Entwurfs der *Federalists* angesprochen worden sind. Dorf setzt sich sodann aber auch mit (angeblichem) „*non-instrumental federalism*“ auseinander und erkennt diesen beispielsweise in Justice Clarence Thomas’ Ar-

Auf die enge konzeptionelle Verknüpfung von (individueller) Freiheitssicherung durch die Effektivierung von Selbstregierung sowie durch föderale Gewaltenteilung wurde eben ausführlich eingegangen (s.o. 4.). Das föderale Prinzip wird zudem eingesetzt, um die repräsentative Demokratie und den (Interessen-)Pluralismus in einem politisch-kulturell heterogenen<sup>230</sup> „Großflächenstaat“ zu ermöglichen und zu stützen.<sup>231</sup> Repräsentative Demokratie und ihre Empfänglichkeit für den Interessenpluralismus werden durch die Dopplung hoheitlicher Ebenen multipliziert: Das föderale Organisationsprinzip ermöglicht eine „Auffächerung“ von Repräsentationsinstanzen.<sup>232</sup> Gewaltenteilung – vertikale wie auch horizontale – führt zu einer „Diversifizierung, Aufspaltung und Pluralisierung der Repräsentation“.<sup>233</sup> Dies

---

gumentation in einem abweichenden Sondervotum zu *U.S. Term Limits, Inc. v. Thornton*, 514 U.S. 779 (1995) – dort behandle Thomas den ‚Föderalismus‘ der US-Verfassung und ‚state sovereignty‘ schlicht als „cold hard facts of life“, *M. C. Dorf*, *Rutgers Law Journal* 28 (1997), 825 (829). Demgegenüber geht die vorliegende Studie davon aus, dass auch in Thomas’ Sondervotum durchaus – bereits durch den Verweis auf ‚sovereignty‘ – eine (verstecktere und ggf. auch anders dimensionierte) Instrumentalfunktion des föderalen Prinzips gegeben ist: Über die Inbezugnahme von „Souveränität“ wird ‚Föderalismus‘ in den Dienst eines etatistisch-(sub-)nationalistischen Argumentationsschemas gestellt. In gewisser Weise mag man in der Wendung ‚Instrumentalföderalismus‘ nach alledem freilich beinahe eine Tautologie erblicken: ‚Föderalismus‘ stellt mangels legitimierungstheoretischen und sachlich-inhaltlichen Selbststands (dazu unten § 2, C. II. 1. a) bb) (3)) immer ‚nur‘ ein ergänzungsbedürftiges instrumentelles Arrangement dar. Der Instrumentalcharakter von Föderalismus wird etwa auch in Carl Schmitts Definition des „Bundes“, also des dem Föderalismus zugrunde liegenden Ordnungsmodells (dazu ausführlich § 2, C. I.), klar benannt: Nach Schmitt „dien[er] der Bund ‚dem gemeinsamen Zweck der politischen Selbsterhaltung aller Bundesmitglieder‘“, *C. Schmitt*, *Verfassungslehre*, München u. a. 1928, S. 366 (s.u. § 2, C. I. 1.).

<sup>230</sup> Vgl. *D. Jörke*, *Kritik demokratischer Praxis. Eine ideengeschichtliche Studie*, Baden-Baden 2011, S. 154, welcher unter den amerikanischen Staaten ein Nord-Süd-Gefälle demokratischer Kultur und Erfahrungen beschreibt.

<sup>231</sup> Zum Versuch der *Federalists* repräsentative Demokratie und Interessenpluralismus in einem „Großflächenstaat“ zu verwirklichen: *H. Dreier*, *AöR* 113 (1988), 450 (458); zur Schwierigkeit der räumlich-territorialen Ausdehnung auch *D. Jörke*, *Kritik demokratischer Praxis. Eine ideengeschichtliche Studie*, Baden-Baden 2011, S. 154; vgl. auch *A. R. Amar*, *The Bill of Rights. Creation and Reconstruction*, New Haven, Conn., U.S.A., 1998, S. 9f.

<sup>232</sup> *S. Schaller*, *Föderalismus und Souveränität im Bundesstaat*, Wiesbaden 2016, S. 116; mit Hinweisen auf *H. Dreier*, *AöR* 113 (1988), 450 (463 f.).

<sup>233</sup> Vgl. *H. Dreier*, *AöR* 113 (1988), 450 (459 f.), mit Verweis auf *B. Haller*, *Repräsentation. Ihr Bedeutungswandel von der hierarchischen Gesellschaft zum demokratischen Verfassungsstaat*, Münster 1987, S. 115: Benedikt Haller bezieht sich a.a.O. auf das Verhältnis zwischen repräsentativer Demokratie und horizontaler Gewaltenteilung und verdeutlicht, dass in Folge des Übergangs von direktdemokratischer Volksherrschaft zu repräsentativer Demokratie „der politische Wille des Volkes“ nicht mehr länger nur im „Repräsentantenhaus und in der Volksversammlung“, den „traditionelle[n] Orte[n] für das ‚Volk‘“, sondern auch in „anderen Organen der Regierung“ „reflektiert wird“ – und dies qualitativ grundsätzlich gleichwertig (gleich „authentisch“).

wiederum kann die oben skizzierte Filter-, Verfeinerungs- und Veredelungsfunktion der Institutionen der repräsentativen Demokratie (s. o. 3.) verstärken.<sup>234</sup>

*b) Kompromisscharakter: eine schwebende „Komposition“*

Neben dieser dienenden Funktion hat der Föderalismus der US-Verfassung (und der *Federalists*) auch einen politisch-praktischen Kompromisscharakter: Er ist Teil eines historisch gewachsenen Kompromisses.<sup>235</sup> Die Etablierung eines nationalen nordamerikanischen Zentralstaats ohne föderale Strukturen wäre 1788 politisch mit sehr großer Wahrscheinlichkeit nicht durchsetzbar gewesen.<sup>236</sup>

Auch deshalb ist Madison in der zweiten Hälfte von *Federalist No. 39* sehr bemüht, darzulegen, dass der Verfassungsentwurf weder eine ‚rein‘ nationale noch eine ‚rein‘ föderale Verfassung, sondern eine „Komposition“ beider Elemente („*neither a national nor a federal Constitution, but a composition of both*“<sup>237</sup>) vorsehe: Während die Modalitäten der Verfassungsgebung (einstimmige Ratifikation in allen Einzelstaaten) und die Art der Kompetenzverteilung (Enumerationsprinzip, Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung) für den föderalen Charakter des Verfassungsentwurfs sprechen würden, sei die Tatsache, dass die Bundesebene unmittelbar auf Individuen durchgreifen könne, ein nationales Element. Einen national-föderal gemischten Charakter würden die Kurationsbestimmungen zu den einzelnen Verfassungsorganen (teils direkte Wahlen, teils föderal gebrochene, indirekte Wahlen) und die Vorgaben für die Verfassungsänderung (vgl. Art. 5 USC: qualifizierte Mehrheitserfordernisse statt Einstimmigkeitsprinzip) aufweisen.<sup>238</sup>

#### **IV. Keine Alternativlosigkeit des Konzepts der *Federalist Papers* – das Gegenmodell der sog. *Anti-Federalists***

Die skizzierte Zusammenführung von integralem (Wirtschafts-)Nationalismus, besitzbürgerlicher Volkssouveränität, elitendemokratischer repräsentativer Demo-

<sup>234</sup> Vgl. H. Dreier, AöR 113 (1988), 450 (459 f., 463 f.); hierzu S. Schäller, Föderalismus und Souveränität im Bundesstaat, Wiesbaden 2016, S. 116.

<sup>235</sup> Vgl. die Metapher des „Preises“ bei H. Wechsler, Colum. L. Rev. 54 (1954), 543: „*Federalism was the [...] price of the formation of the Union*“.

<sup>236</sup> Vgl. H. Wechsler, Colum. L. Rev. 54 (1954), 543; J. Bednar, *The Robust Federation*, Cambridge, Mass., U.S.A., 2009, S. 5 (dort in Fn. 3): „*Madison may have invented modern federalism, but in a very real sense he had no alternative: a unitary government was out of the question [...]*“; ähnlich D. Winthrop, Publius 6 (1976), 93 (93, 98), unter Hinweis auf eine entsprechende Äußerung von Alexis de Tocqueville; vgl. auch A. R. Amar, *The Bill of Rights. Creation and Reconstruction*, New Haven, Conn., U.S.A., 1998, S. 144.

<sup>237</sup> Vgl. J. Madison, in: A. Hamilton/ders./J. Jay, *The Federalist*, Cambridge, Mass., U.S.A., u. a. 2009 [1788], S. 244 (252).

<sup>238</sup> Vgl. J. Madison, in: A. Hamilton/ders./J. Jay, *The Federalist*, Cambridge, Mass., U.S.A., u. a. 2009 [1788], S. 244 (248 ff.).

kratie und (v. a. dienend-kompromisshaftem) Föderalismus im Modell der *Federalist Papers* ist nicht zwingend. Dies war schon 1787/88 offensichtlich, wie die zeitgenössische Debatte zwischen den verfassungsentwurfsbefürwortenden *Federalists* und ihren Gegnern, den verfassungsentwurfsskeptischen (sog.) *Anti-Federalists* zeigt. Die Verfassungsentwurfsskeptiker, welche untereinander plural aufgestellt waren (u. a. als „*elite anti-federalists*“ und „*popular anti-federalists*“) <sup>239</sup>, vertraten andere Vorstellungen von ‚Freiheit‘, ‚Demokratie‘ (sowie ‚Republik‘ und ‚Repräsentation‘) wie auch von ‚Föderalismus‘ als die *Federalists*. Einige Hauptunterschiede sollen im Folgenden knapp <sup>240</sup> skizziert werden, um zu verdeutlichen, dass schon (oder: gerade) 1787/88 keine Alternativlosigkeit des spezifischen politiktheoretischen Modells der *Federalists* gegeben war.

### 1. ‚Demokratie‘ als inklusivere Breitendemokratie

In Abkehr von dem elitendemokratischen Moment im ‚Repräsentations‘-Verständnis der *Federalists* (s. o. III. 3.) vertraten wichtige Vertreter <sup>241</sup> der sog. *Anti-Federalists* ein anderes ‚Demokratie‘-, ‚Republik‘- und ‚Repräsentations‘-Verständnis: <sup>242</sup>

#### a) Stärkung direkt-demokratischer Elemente

Im Unterschied zu den *Federalists* <sup>243</sup> betonten *Anti-Federalists* insbesondere direkt-demokratische Elemente, Praktiken der Selbstregierung vor Ort, also auf lokaler und ggf. auch regionaler Ebene. <sup>244</sup> Solche direkt-demokratischen Praktiken waren in

<sup>239</sup> Zur Unterscheidung zwischen „*elite anti-federalists*“ und „*popular anti-federalists*“ S. Cornell, *The Other Founders. Anti-Federalism and the Dissenting Tradition in America, 1788–1828*, Chapel Hill, N.C., U.S.A., u. a., 1999, S. 51 ff.; die Unterschiede waren freilich vielfältiger als diese binäre Dichotomie, vgl. D. Jörke, *Kritik demokratischer Praxis. Eine ideengeschichtliche Studie*, Baden-Baden 2011, S. 156: „polyphoner Chor der Anti-Federalists“.

<sup>240</sup> Ausführliche Darstellung der begriffspolitischen Debatte bei D. Jörke, *Kritik demokratischer Praxis. Eine ideengeschichtliche Studie*, Baden-Baden 2011, S. 153 ff.

<sup>241</sup> Dazu, dass nicht alle Verfassungsentwurfsskeptiker zugleich „Anhänger der Demokratie“ waren: D. Jörke, *Kritik demokratischer Praxis. Eine ideengeschichtliche Studie*, Baden-Baden 2011, S. 163 (dort Fn. 221).

<sup>242</sup> Dazu ausführlich D. Jörke, *Kritik demokratischer Praxis. Eine ideengeschichtliche Studie*, Baden-Baden 2011, S. 162 ff.

<sup>243</sup> Formen der direkten Demokratie und Selbstregierung auf lokaler Ebene wurden von den *Federalists* im Zuge ihrer Abwertung direkter Demokratie zu Gunsten repräsentativer Demokratie (s. o. III. 3.) zumindest mittelbar diskreditiert.

<sup>244</sup> Deutlich etwa *Essay I* vom 18. Oktober 1787 des *Anti-Federalists*, der unter dem Pseudonym Brutus geschrieben hat: *Brutus [Autorschaft ungeklärt]*, in: H. J. Storing (Hrsg.), *The Complete Anti-Federalist*, Bd. 2, Chicago, Ill., U.S.A., 1981 [1787/88], 358 (369 = Rn. 2.9.13): „*In a pure democracy the people are the sovereign, and their will is declared by themselves; for this purpose they must all come together to deliberate, and decide. This kind of*

den nordamerikanischen Kolonien, beispielsweise in den *township meetings*, bereits eingeübt worden.<sup>245</sup> Insoweit ist ein Blick auf das politische Denken von Thomas Jefferson, welcher zwar nicht zum Kern der *Anti-Federalists*, wohl aber zu den Gegenstimmen zum *Federalist* Hamilton gehörte,<sup>246</sup> aufschlussreich: Hannah Arendt hat in Auseinandersetzung mit den Briefen von Jefferson dessen Vorstellung von „elementaren Republiken“ auf lokaler Ebene („*elementary republics*“, sog. „*wards*“), welche auf einer direkt-demokratischen Tradition und dem Impetus der amerikanischen Revolution aufbauen sollten, beschrieben.<sup>247</sup> Bemerkenswert ist dabei, dass sich Jefferson (wie John Adams und Benjamin Franklin) auch mit dem politischen Denken von Teilen der indigenen Bevölkerung Nordamerikas beschäftigt hat: Die – oben bereits kurz angesprochene – Stammeskonföderation der Haudenosaunee (Irokesen; s. o. A. II.) studierte er auch im Hinblick auf die Verwirklichung von pluraler, territorial gegliederter kollektiver Selbstbestimmung.<sup>248</sup>

Die *Anti-Federalists* benannten zugleich Grenzen der direkten Demokratie<sup>249</sup>: Als passenden ‚Ort‘ der direkten Demokratie sahen sie v. a. die lokale und ggf. regionale Ebene, während auf der Ebene der Einzelstaaten oder gar auf überstaatlicher, nationaler Ebene direkte Demokratie schwer zu verwirklichen sei.<sup>250</sup>

*government [...] must be confined to a single city, or at least limited to such bounds as that the people can conveniently assemble, be able to debate, understand the subject submitted to them, and declare their opinion concerning it“*; hierzu D. Jörke, Kritik demokratischer Praxis. Eine ideengeschichtliche Studie, Baden-Baden 2011, S. 162.

<sup>245</sup> Vgl. D. Jörke, Kritik demokratischer Praxis. Eine ideengeschichtliche Studie, Baden-Baden 2011, S. 162 f.; S. Schäller, Föderalismus und Souveränität im Bundesstaat, Wiesbaden 2016, S. 110 f., 114.

<sup>246</sup> Politisches und politik-theoretisches Wirken und Rezeption von Thomas Jefferson, der von 1801 bis 1809 (der dritte) Präsident der USA war, waren nicht zuletzt auch dadurch geprägt, dass er als großer Antipode zum *Federalist* Alexander Hamilton auftrat und wahrgenommen wurde, vgl. eingehend zum Verhältnis der beiden S. Knott, in: D. Ambrose/R. W. T. Martin (Hrsg.), *The Many Faces of Alexander Hamilton*, New York, N.Y., U.S.A., 2006, S. 25 ff.; zur Sicht Hamiltons auf Jefferson: R. M. S. McDonald, in: D. Ambrose/R. W. T. Martin (Hrsg.), *The Many Faces of Alexander Hamilton*, New York, N.Y., U.S.A., 2006, S. 54 ff., sowie J. H. Read, in: D. Ambrose/R. W. T. Martin (Hrsg.), *The Many Faces of Alexander Hamilton*, New York, N.Y., U.S.A., 2006, S. 77 ff.

<sup>247</sup> Vgl. H. Arendt, *On Revolution*, New York, N.Y., U.S.A., 1963, S. 252 ff., 257 (dort mit wörtlichem Zitat aus einem Brief von Jefferson an John Cartwright v. 5. Juni 1824: „*I hope they will adopt the subdivision of the counties into wards [...] each Ward would thus be a small republic within itself, and every man in the state would thus become an acting member of the common government, transacting in person a great portion of it's rights and duties, subordinate indeed, yet important, and entirely within his competence*“); hierzu auch S. Schäller, Föderalismus und Souveränität im Bundesstaat, Wiesbaden 2016, S. 110.

<sup>248</sup> Vgl. T. Wagner, Irokesen und Demokratie. Ein Beitrag zur Soziologie interkultureller Kommunikation, Münster 2004, S. 222 ff.; F. Cheneval, *Demokratiethorien zur Einführung*, Hamburg 2015, S. 185 ff.

<sup>249</sup> Vgl. B. Manin, *The Principles of Representative Government*, Cambridge, U.K., u. a. 1997, S. 109.

<sup>250</sup> Vgl. *Essay I* vom 18. Oktober 1787 des *Anti-Federalists*, der unter dem Pseudonym Brutus geschrieben hat: *Brutus [Autorschaft ungeklärt]*, in: H. J. Storing (Hrsg.), *The*

*b) ‚Deskriptive Repräsentation‘ und hohe Mandatsresponsivität*

Insbesondere für die einzelstaatliche und die nationale Ebene erkannten wichtige *Anti-Federalists* daher durchaus die Unumgänglichkeit repräsentativer Elemente zur Verwirklichung des demokratischen Prinzips auf größeren Territorien an. Sie fordern allerdings eine andere institutionelle *Ausformung* repräsentativ-demokratischer Strukturen.

Zwei miteinander verbundene Hauptforderungen zur Steigerung der ‚Repräsentativität‘ des Parlaments sind: Zum einen sollten die Wahlkreise möglichst klein geschnitten werden und zum anderen – was damit im Zusammenhang steht – sollte die Zahl der Abgeordneten im Parlament möglichst hoch sein.<sup>251</sup> Hier besteht eine explizite Abweichung der *Anti-Federalists* von der ausdrücklichen Ablehnung einer höheren Zahl von Sitzen im Repräsentantenhaus in *Federalist No. 58* durch Madison.<sup>252</sup> Die höhere Zahl der Repräsentanten soll den *Anti-Federalists* zu Folge eine Elitendemokratie (nach Melancton Smith: „*natural aristocracy*“<sup>253</sup>), in der nur eine kleine Gruppe materiell besser gestellter und im politischen Diskurs fest etablierter Männer im Repräsentantenhaus mitwirkt, verhindern. Das Gegenmodell einiger *Anti-Federalists* setzt auf eine quantitativ und qualitativ breitere Repräsentation,

---

Complete Anti-Federalist, Bd. 2, Chicago, Ill., U.S.A., 1981 [1787/88], 358 (369 = Rn. 2.9.13): „*pure democracy [...] must be confined to a single city, or at least limited to such bounds as that the people conveniently assemble [...]*“; hierzu D. Jörke, Kritik demokratischer Praxis. Eine ideengeschichtliche Studie, Baden-Baden 2011, S. 164 f., 171.

<sup>251</sup> Vgl. *Letter II* vom 9. Oktober 1787 des *Anti-Federalists*, der unter dem Pseudonym The Federal Farmer geschrieben hat: *The Federal Farmer [Autorschaft ungeklärt]*, in: H. J. Storing (Hrsg.), The Complete Anti-Federalist, Bd. 2, Chicago, Ill., U.S.A., 1981 [1787/88], S. 214 (230 = Rn. 2.8.15); sowie ferner *Letter IX* vom 4. Januar 1788: *ders.*, a. a. O., S. 214 (275 f. = Rn. 2.8.113); vgl. auch M. Smith, in: H. J. Storing (Hrsg.), The Complete Anti-Federalist, Bd. 6, Chicago, Ill., U.S.A., 1981 [1788], S. 148 (157 f. = Rn. 6.12.16); hierzu D. Jörke, Kritik demokratischer Praxis. Eine ideengeschichtliche Studie, Baden-Baden 2011, S. 171 f., 175 f.

<sup>252</sup> Vgl. J. Madison, in: A. Hamilton/ders./J. Jay, The Federalist, Cambridge, Mass., U.S.A., u. a. 2009 [1788], S. 381 (385 f.): in größeren Parlamenten würden Leidenschaften über Vernunft gehen und schlecht qualifizierte Abgeordnete („*members of limited information and of weak capacities*“) wahrscheinlicher werden. Im Verfassungsentwurf selbst sind in Art. I, Sect. 2, Cl. 3 USC als initiale Regelung (die unter dem Vorbehalt der baldigen Neufestschreibung nach bestimmten Leitlinien steht) insgesamt 66 Wahlkreise bzw. Sitze im Repräsentantenhaus vorgesehen.

<sup>253</sup> Vgl. M. Smith, in: H. J. Storing (Hrsg.), The Complete Anti-Federalist, Bd. 6, Chicago, Ill., U.S.A., 1981 [1788], 148 (157 f. = Rn. 6.12.16). Melancton Smith betont in dieser Rede aus dem Juni 1788, dass Menschen zwar rechtlich, nicht aber mit Blick auf die Realitäten gleich seien, dass es faktisch in jeder Gesellschaft „natürlich“ Klassen gebe. Menschen, die mit Blick auf Herkunft, Bildung, Talente [sic] und Vermögen bessergestellt seien, würden daher faktisch die „erste Klasse“ bilden. Dieser „ersten Klasse“ fielen in einem Regierungssystem mit geringer Anzahl an Repräsentanten Vorteile bei der Besetzung der Ämter zu – die „natürliche Aristokratie“ komme zur Geltung.



gewissermaßen eine inklusivere Breitendemokratie<sup>254</sup>: Die Gruppe der Repräsentanten soll ihrer sozialen und berufsständischen Zusammensetzung nach ein (approximativ) ‚wirklichkeitsgetreues‘ Abbild der repräsentierten Gruppe sein, basierend auf dem Kriterium ‚sozialer Ähnlichkeit‘: „*representatives [...] should be a true picture of the people*“ (Smith)<sup>255</sup>. Hanna Fenichel Pitkin hat einen solchen Zugang zu ‚Repräsentation‘ später referierend als „*descriptive representation*“ konzeptualisiert und kritisiert.<sup>256</sup> Die Tendenz zur *descriptive representation* wird bei manchen *Anti-Federalists* ergänzt und flankiert durch Forderungen, die Rückbindung (Responsivität) von Repräsentanten an die Wahlbevölkerung durch bestimmte institutionelle Absicherungen – wie die möglichst hoch-frequentielle (häufige) Durchführung von Wahlen sowie die Instruierbarkeit, Abberufbarkeit (*recall*) und Rotation von Abgeordneten – zu verstärken.<sup>257</sup> Hier vermengen sich Elemente der *descriptive re-*

<sup>254</sup> Mit der Rede von der ‚Breitendemokratie‘ wird hier ein Gegenbegriff zur ‚Elitendemokratie‘ gesucht. ‚Breitendemokratie‘ zielt auf den Einbezug jedenfalls der „mittleren Bevölkerungsschichten“; dazu dass Letzteres ein wesentliches Ziel der *Anti-Federalists* war: D. Jörke, in: E. M. Hausteiner (Hrsg.), *Föderalismen. Modelle jenseits des Staates*, Baden-Baden 2016, S. 81 (98). Deutlich zur breitendemokratisch-egalitären Grundtendenz bei den *Anti-Federalists* G. S. Wood, *The Creation of the American Republic. 1776–1787*, Chapel Hill, N.C., U.S.A., 1969, S. 516: „*Whatever else may be said about the Antifederalists, their populism cannot be impugned. They were true champions of the most extreme kind of democratic and egalitarian politics expressed in the Revolutionary era.*“

<sup>255</sup> M. Smith, in: H. J. Storing (Hrsg.), *The Complete Anti-Federalist*, Bd. 6, Chicago, Ill., U.S.A., 1981 [1788], S. 148 (157 = Rn. 6.12.15); deutlich auch Brutus in *Essay III* vom 15. November 1787: Brutus [*Autorschaft ungeklärt*], in: H. J. Storing (Hrsg.), *The Complete Anti-Federalist*, Bd. 2, Chicago, Ill., U.S.A., 1981 [1787/88], S. 358 (380 = Rn. 2.9.42); „*those who are placed instead of the people, should possess their sentiments and feelings, and be governed by their interests, or in other words, should bear the strongest resemblance of those in whose room they are substituted*“; hierzu B. Manin, *The Principles of Representative Government*, Cambridge, U.K., u. a. 1997, S. 109 ff.

<sup>256</sup> Kategorisierend-referierend (nicht affirmierend, aber bündelnd-konzeptualisierend) zur „*descriptive representation*“ H. F. Pitkin, *The Concept of Representation*, Berkeley, Ca., U.S.A., u. a. 1967, S. 60 ff., mit der Kurz-Formel „*reflecting without distortion*“ (unter Auswertung von u. a. de Mirabeau, Bluntschli, Mill); zur Übertragbarkeit dieses Konzepts auf Ansätze bei den *Anti-Federalists* D. Jörke, *Kritik demokratischer Praxis. Eine ideengeschichtliche Studie*, Baden-Baden 2011, S. 175. Pitkin selbst vertrat ein spezifisches Misch-Modell der ‚Repräsentation‘, in welchem Aspekte des Autorisierens, des Darstellens und des „responsiv“-kommunikativen Handelns zusammenlaufen: H. F. Pitkin, a. a. O., S. 209 ff.; vgl. referierend zu diesem Ansatz H. Buchstein, in: S. Kailitz (Hrsg.), *Schlüsselwerke der Politikwissenschaft*, Wiesbaden 2007, S. 356 (358); vgl. auch F. Cheneval, *Demokratietheorien zur Einführung*, Hamburg 2015, S. 153, welcher ebenfalls den Aspekt der Kommunikativität bei Pitkin hervorhebt.

<sup>257</sup> Für jährliche Wahlen etwa J. DeWitt, in: H. J. Storing (Hrsg.), *The Complete Anti-Federalist*, Bd. 4, Chicago, Ill., U.S.A., 1981 [1787], S. 15 (22 = 4.3.9.); für das Rotationsprinzip sowie *recall*-Möglichkeiten etwa Brutus in *Essay XVI* vom 10. April 1788: Brutus [*Autorschaft ungeklärt*], in: H. J. Storing (Hrsg.), *The Complete Anti-Federalist*, Bd. 2, Chicago, Ill., U.S.A., 1981 [1787/88], S. 358 (444 f. = Rn. 2.9.201); vgl. auch *Letter XI* vom 10. Januar 1788 des *Anti-Federalists*, der unter dem Pseudonym The Federal Farmer geschrieben hat: *The Federal Farmer* [*Autorschaft ungeklärt*], in: H. J. Storing (Hrsg.), *The Complete Anti-Federalist*, Bd. 2, Chicago, Ill., U.S.A., 1981 [1787/88], S. 214 (291 f. =



*presentation* mit Elementen einer sog. „Mandatstheorie“ („*mandate theory*“) der Repräsentation.<sup>258</sup>

## 2. ‚Positive‘, gestaltende, schützende (kollektive) ‚Freiheit‘

Charles A. Beard's oben vorgestellte Lesart der *Federalist Papers* sieht – freilich wohl überspitzt<sup>259</sup> – die Sicherung von Vermögensinteressen des Besitzbürgertums gegen ‚demokratische Mehrheiten‘ als maßgebliches Movens der *Federalist Papers* (s. o. III. 4.).<sup>260</sup> Gegen dieses Modell der Sicherung einer ‚negativen‘, wirtschaftsliberalen Freiheit setzten (einige) *Anti-Federalists* andere Leitbilder von ‚Freiheit‘: ‚Freiheit‘ ist bei führenden *Anti-Federalists* zunächst einmal eng verbunden mit dem eben skizzierten *breitendemokratischen* Ansatz; es geht insoweit um die Verwirklichung und Gestaltung von ‚positiver‘ Freiheit möglichst vieler durch demokratische Selbstbestimmung (s. o. I.) – und zwar vor allem auch mit dem Ziel des (gemeinsamen) Sich-Schützens in lokalen oder regionalen Verbänden. (Selbst-)Regierung wird mit Funktionen der politischen Gestaltung und des Schutzes positiv konnotiert; so erklärt der *Anti-Federalist* „An Old Whig“: „*Men when they enter into society, yield up a part of their natural liberty, for the sake of being protected by government*“<sup>261</sup>.

Rn. 2.8.147); nach B. Manin, *The Principles of Representative Government*, Cambridge, U.K., u. a. 1997, S. 109 f., sollen solche „mandatstheoretischen“ Forderungen bei den *Anti-Federalists* (jedenfalls verglichen mit der primären Forderung nach *descriptive representation* und jedenfalls bei der Debatte von 1787/88) *nicht* im Vordergrund gestanden haben; beachte aber D. Jörke, *Kritik demokratischer Praxis. Eine ideengeschichtliche Studie*, Baden-Baden 2011, S. 177 ff., welcher m. w. N. unter Auswertung der genannten Stimmen darlegt, dass sich entsprechende Forderungen bei einigen *Anti-Federalists* finden ließen.

<sup>258</sup> Vgl. D. Jörke, *Kritik demokratischer Praxis. Eine ideengeschichtliche Studie*, Baden-Baden 2011, S. 177 f. Pitkin diskutiert die „*mandate theory*“ als ‚repräsentations‘-theoretischen Gegenpol zur Tendenz der Unabhängigkeit („*independence*“) der repräsentierenden Instanz H. F. Pitkin, *The Concept of Representation*, Berkeley, Ca., U.S.A., u. a. 1967, S. 145 ff.: Während die „*mandate theory*“ den Vollzug des ‚Willens‘ der Repräsentierten im Handeln der repräsentierenden Instanz beschreibt, stelle die „*independence theory*“ auf die Maximierung der „Wohlfahrt“ der Repräsentierten durch ein darauf gerichtetes Handeln der repräsentierenden Instanz ab. Dabei stellt Pitkin sowohl die „*mandate theory*“ wie auch die „*independence theory*“ eher *neben* das Konzept der *descriptive representation*, vgl. H. F. Pitkin, a. a. O., S. 144, 61: Sowohl für die *mandate theory* wie auch für die *independence theory* sei das *Handeln* der repräsentierenden Instanz zentral, während *descriptive representation* zuallererst einmal Fragen des ‚Seins‘ (etwa Zusammensetzung von Gremien) betreffe.

<sup>259</sup> Vgl. hier zu die Anm. in Fn. 222.

<sup>260</sup> C. A. Beard, *An economic interpretation of the Constitution of the United States*, New York, N.Y., U.S.A., u. a. 1913, S. 154.

<sup>261</sup> *An Old Whig [Autorschaft ungeklärt]*, in: H. J. Storing (Hrsg.), *The Complete Anti-Federalist*, Bd. 3, Chicago, Ill., U.S.A., 1981 [1787/88], S. 17 (33 = Rn. 3.3.22); beachte allerdings R. C. Sinopoli, *Publius* 22 (1992), 123 (127 ff.), welcher „liberales“, teilweise vertragstheoretisches Denken in der Tradition von John Locke auch in einigen Texten von *Anti-Federalists* nachweist und die Unterschiede zwischen *Anti-Federalists* und *Federalists* also weniger mit Blick auf die tiefer liegende politische Philosophie der ‚Freiheit‘, sondern in den

Beard wendet dies dann wiederum v. a. in das Ökonomisch-Materialistische: Er fokussiert das Streben einiger *Anti-Federalists* nach den mit demokratischer Selbstbestimmung verbundenen wirtschafts- und sozialpolitischen Gestaltungsmöglichkeiten der (breiten-)demokratischen Mehrheit; in diesem Licht erscheint die *Federalist/Anti-Federalist-Debatte* beinahe als „Klassenkampf“<sup>262</sup>. Die bereits angesprochene (Binnen-)Differenzierung zwischen „*elite anti-federalists*“ und „*popular anti-federalists*“ (s. o. vor IV. 1.)<sup>263</sup> verdeutlicht, dass diese Zuspitzung allenfalls für einen Teil der Akteure zutrifft.

Jedenfalls aber bekommt der Begriff der ‚Freiheit‘ bei einigen *Anti-Federalists* einen beinahe (proto-)kommunitaristischen<sup>264</sup> Zug: Als Orte, Faktoren, aber auch Schutzvorrichtungen der kollektiven (und individuellen) Freiheit treten (lokale) Institutionen (Kirchen, Schulen, Milizen, Gerichte oder *juries*) wie auch Rechtsquellen (lokal geprägtes *common law*) in den Vordergrund.<sup>265</sup> Dieses Denken hatte entscheidenden Einfluss auf die Verabschiedung der Gewährleistungen der *Bill of Rights* 1791.<sup>266</sup>

---

unterschiedlichen Erwartungen hinsichtlich der Leistungsfähigkeit und Missbrauchsanfälligkeit repräsentativer Demokratie in einem größeren Gebiet sieht. Andere Kommentatorinnen und Kommentatoren heben insoweit eine gewisse Diversität *innerhalb* des anti-föderalistischen Denkens hervor: Eine (proto-)kommunitaristische Tendenz sei bei *popular anti-federalists* stärker ausgeprägt als bei *elite anti-federalists*, bei denen vereinzelt auch die Sicherung ‚negativer‘ Freiheit (im Modus Lockes) besonders hervorgehoben werde; vgl. m.w.N. S. Cornell, *The Other Founders. Anti-Federalism and the Dissenting Tradition in America, 1788–1828*, Chapel Hill, N.C., U.S.A., u. a., 1999, S. 54 ff. u. S. 85 ff.

<sup>262</sup> So wird Beards Lesart der Debatte bei B. Quélenec, in: G. Raulet/M. Llanque (Hrsg.), *Geschichte der politischen Ideengeschichte*, Baden-Baden 2018, S. 461 (461), wiedergegeben: „Der Streit zwischen Föderalisten und Anti-Föderalisten entsprach seiner [Beards] Ansicht nach einem Klassenkampf zwischen Arm und Reich.“ Zu Beards Auseinandersetzung mit dem Begriff der ‚Klasse‘ s. C. A. Beard, *An economic interpretation of the Constitution of the United States*, New York, N.Y., U.S.A., u. a. 1913, S. 25 ff.

<sup>263</sup> S. Cornell, *The Other Founders. Anti-Federalism and the Dissenting Tradition in America, 1788–1828*, Chapel Hill, N.C., U.S.A., u. a., 1999, S. 51 ff.

<sup>264</sup> So auch die Charakterisierung des politischen Denkens der (*popular*) *Anti-Federalists*, welche hinter dem Pseudonym „*An Old Whig*“ stehen bei: S. Cornell, *The Other Founders. Anti-Federalism and the Dissenting Tradition in America, 1788–1828*, Chapel Hill, N.C., U.S.A., u. a., 1999, S. 85; beachte aber R. C. Sinopoli, *Publius* 22 (1992), 123 (127 ff.) – zu dessen Auffassung eben in Fn. 261.

<sup>265</sup> Vgl. zur diesbezüglichen ‚freiheits‘-sichernden Rolle der Einzelstaaten-Milizen (*militias*) und *juries* etwa den *Anti-Federalist* Luther Martin: L. Martin, in: H. J. Storing (Hrsg.), *The Complete Anti-Federalist*, Bd. 2, Chicago, Ill., U.S.A., 1981 [1788], 19 (58 f. bzw. 70 f. = Rn. 2.4.62 bzw. 2.4.92 f.); vgl. hierzu S. Cornell, *The Other Founders. Anti-Federalism and the Dissenting Tradition in America, 1788–1828*, Chapel Hill, N.C., U.S.A., u. a., 1999, S. 59 ff.; vgl. ferner (zum Gedanken hinter der *Bill of Rights*, deren Schaffung stark durch anti-föderalistisches Denken geprägt war) T. Kleinlein, *I·CON* 15 (2017), 1157 (1160).

<sup>266</sup> Vgl. hierzu bereits die Nachweise oben in Fn. 210.

### 3. ‚Föderalismus‘ zur Ermöglichung von Breitendemokratie bei begrenzter Unitarisierung

Oben wurde beschrieben, dass das föderale Prinzip im politik-theoretischen Gesamtprojekt der *Federalists* vor allem als Kompromisstufe bei der US-amerikanischen Nationalstaatsbildung sowie als Katalysator für die elitendemokratisch-repräsentative Demokratie diene (s.o. III. 5.). Im Konzept der *Anti-Federalists* spielt das Ordnungsprinzip des Föderalismus eine andere Rolle. Sie waren deutlich zentralisierungsskeptischer und betonten die besondere Schutzwürdigkeit der Souveränität der Einzelstaaten im föderalen Verhältnis zur Bundesebene.<sup>267</sup>

Das Eintreten der *Anti-Federalists* für Subsidiarität und für die Schutzwürdigkeit der Souveränität der Einzelstaaten ist eng mit ihrem breitendemokratischen ‚Demokratie‘-Verständnis (s.o. 1.) und mit ihrem teilweise beinahe (proto-)kommunitaristischen Denken (s.o. 2.) verbunden. Dirk Jörke und Jared Sonnicksen bezeichnen die Verbindung von ‚Demokratie‘ (und ‚Freiheit‘) und ‚Föderalismus‘ bei den *Anti-Federalists* daher als „*popular federalism*“.<sup>268</sup> Wie gezeigt, stellten die *Anti-Federalists* heraus, dass direkt-demokratische Elemente auf lokaler und regionaler Ebene besonders wichtig seien (s.o. 1. a)). Außerdem sprachen sie sich für bestimmte Formen demokratischer Repräsentation aus, die von der repräsentativen Elitendemokratie der *Federalists* abwichen (Elemente von „*descriptive representation*“ und Mandatsrepräsentation; s.o. 1. b)). Sowohl die Betonung der Bedeutung direkt-demokratischer Selbstregierung auf lokaler und regionaler Ebene wie auch die inklusivere Ausgestaltung der repräsentativen Demokratie stellen eine Aufwertung der ‚tieferen‘ politischen Ebenen<sup>269</sup> gegenüber der Ebene der Einzelstaaten und insbesondere gegenüber der Bundesebene dar. Direkte Demokratie, „*descriptive representation*“ und Mandatsrepräsentation seien auf kleineren Territorien besser zu verwirklichen als auf großen Territorien.<sup>270</sup> Insoweit weist die Demokratietheorie der

<sup>267</sup> Vgl. insbesondere *Letter XVII* vom 23. Januar 1788 des *Anti-Federalists*, der unter dem Pseudonym *The Federal Farmer* geschrieben hat: *The Federal Farmer* [Autorschaft ungeklärt], in: H. J. Storing (Hrsg.), *The Complete Anti-Federalist*, Bd. 2, Chicago, Ill., U.S.A., 1981 [1787/88], 214 (330 ff. = Rn. 2.8.204 f.); hierzu D. Jörke, in: E. M. Hausteiner (Hrsg.), *Föderalismen. Modelle jenseits des Staates*, Baden-Baden 2016, S. 81 (87 ff.).

<sup>268</sup> D. Jörke/J. Sonnicksen, in: N. Behnke/J. Broschek/J. Sonnicksen (Hrsg.), *Configurations, Dynamics and Mechanisms of Multilevel Governance*, Cham, Schweiz, 2019, S. 231 ff. Diese Begriffsverwendung von „*popular federalism*“ als spezifische sachgegenständliche (politik- und demokratietheoretische) Konzeption ‚föderaler Demokratie‘ ist zu unterscheiden von ‚*popular federalism*‘ als – verfassungstheoretisch betrachtet – besonderer Wirkungsdimension des Föderalismusverfassungsrechts in der (para-)demokratischen Öffentlichkeit (als Teil oder Anwendung des Theorems ‚*popular constitutionalism*‘), welche neben die Verwirklichung von Föderalismusverfassungsrecht durch Gerichte und nicht-judikative hoheitliche Akteure tritt; s. u. § 8, B. II.

<sup>269</sup> Zum ‚Ebenen‘-Begriff unten § 2, B. III. 2. b).

<sup>270</sup> Zum Element des Territorialen im Modell des ‚Bundes‘ s. § 2, B. III. 2. a). In diesem Zusammenhang weist D. Jörke, in: E. M. Hausteiner (Hrsg.), *Föderalismen. Modelle jenseits*

*Anti-Federalists* einen ‚Subsidiaritätsdrall‘ zu Gunsten der ‚tiefer liegenden‘ politischen Ebenen auf; es lässt sich von einem breitendemokratischen *bottom-up*-Föderalismus<sup>271</sup> sprechen. Der *Anti-Federalist* The Federal Farmer sieht den Zweck des föderalen Prinzips vor allem darin, (direkte und repräsentative) Demokratie mit politischer Koordinierung in einem Großraum zu versöhnen. Hierbei ergebe sich eine klare Arbeitsteilung zwischen den „lokalen“ Ebenen und der Bundesebene<sup>272</sup>: Über lokale Angelegenheiten und ‚Inneres‘ („*internal concerns*“) hätten lokale Versammlungen zu entscheiden, die nah an der Wahlbevölkerung sind. Um darüber hinaus eine übergreifende politische Gemeinschaft („*federal republic*“) bilden zu können, würden die Einzelstaaten unter einem „föderalen Haupt“ vereinigt, welches für übergreifende Fragen („*general purposes*“) zuständig sei. Auf diesen Großraum bezogen sei es jedoch unmöglich, das Volk „substantiell zu versammeln oder zu repräsentieren.“ Daher müsse das „föderale Haupt“ von den Einzelstaaten abhängig bleiben und könne nur begrenzte Kompetenzen erhalten. Zwar erkannten zumindest manche *Anti-Federalists* an, dass eine kompetenzielle Stärkung der US-Bundesebene gegenüber dem *status quo* der *Articles of Confederation* (dazu oben II.) geboten sei. Insgesamt sollte sich die Kompetenzausstattung der US-Bundesebene aber quantitativ in Grenzen halten.<sup>273</sup> Zudem forderte etwa The Federal Farmer, dass es der Bundesebene nicht möglich sein solle, unmittelbar auf die einzelnen Bürger durchzugreifen; dies solle den Gerichten und dem Verwaltungsapparat der Einzelstaaten vorbehalten bleiben.<sup>274</sup>

---

des Staates, Baden-Baden 2016, S. 81 (91), auf einen Streit zwischen *Anti-Federalists* und *Federalists* um die ‚richtige‘ Rezeption Montesquieus hin – hierzu sogleich in und bei Fn. 310.

<sup>271</sup> Zur Typologie ‚*bottom-up federalism*‘ und ‚*top-down federalism*‘ s. § 2, B. I. 3. b).

<sup>272</sup> Letter XVII vom 23. Januar 1788 des *Anti-Federalists*, der unter dem Pseudonym The Federal Farmer geschrieben hat: *The Federal Farmer* [Autorschaft ungeklärt], in: H. J. Storing (Hrsg.), *The Complete Anti-Federalist*, Bd. 2, Chicago, Ill., U.S.A., 1981 [1787/88], 214 (335 f. = Rn. 2.8.208: „[T]he People form [a federal republic], generally, because their territories are too extensive to admit of their assembling in one legislature [...]. They convene in their local assemblies, for local purposes, and for managing their internal concerns, and unite their states under a federal head for general purposes. It is the essential characteristic of a confederated republic, that this head be dependant [sic] on, and kept within limited bounds by, the local governments; and it is because, in these alone, in fact, the people can be substantially assembled or represented.“

<sup>273</sup> Hierzu D. Jörke, in: E. M. Hausteiner (Hrsg.), *Föderalismen. Modelle jenseits des Staates*, Baden-Baden 2016, S. 81 (99).

<sup>274</sup> Vgl. Letter XVII vom 23. Januar 1788 des *Anti-Federalists*, der unter dem Pseudonym The Federal Farmer geschrieben hat: *The Federal Farmer* [Autorschaft ungeklärt], in: H. J. Storing (Hrsg.), *The Complete Anti-Federalist*, Bd. 2, Chicago, Ill., U.S.A., 1981 [1787/88], 214 (330 ff. = Rn. 2.8.204 f.); D. Jörke, in: E. M. Hausteiner (Hrsg.), *Föderalismen. Modelle jenseits des Staates*, Baden-Baden 2016, S. 81 (89).

#### 4. Fazit: zwei konkurrierende Modelle freiheitlich-demokratischen Instrumentalföderalismus im nationalen Raum

Ziel der vorangegangenen Skizze der Grundzüge des demokratisch-freiheitlichen Föderalismus der *Anti-Federalists* ist es keinesfalls, zu behaupten, dieses Modell sei insgesamt demokratie- oder legitimierungstheoretisch überzeugender als der konkurrierende Entwurf der *Federalists*. Tatsächlich wurde das Konzept der *Anti-Federalists* zum Teil intensiver negativer Kritik unterzogen; u. a. wurde es als übermäßig misstrauisch gegenüber der Wahlbevölkerung einer repräsentativen Demokratie – und somit letztlich als antidemokratisch – charakterisiert.<sup>275</sup>

Vorliegend interessiert (lediglich), dass die *Anti-Federalists* das Verhältnis von ‚Föderalismus‘, ‚Demokratie‘, ‚Freiheit‘ und ‚Nationalstaatlichkeit‘ grundlegend anders konzipiert haben als ihre zeitgenössischen diskursiven Gegenspieler, die *Federalists*. Auch bei den *Anti-Federalists* kommt ‚Föderalismus‘ vor allem auch als Instrument zur Institutionalisierung von ‚Demokratie‘ und Sicherung von ‚Freiheit‘ daher. Jeweils handelt es sich also um den Entwurf eines Instrumentalföderalismus<sup>276</sup>-Konzepts. Bei den *Anti-Federalists* geht es allerdings primär um lokale Breitendemokratie und nicht um nationalstaatliche Elitendemokratie wie bei den *Federalists*; es geht den *Anti-Federalists* um die Kombination von Breitendemokratie mit begrenzter nationaler Kooperation der souveränen Einzelstaaten.

#### V. Zur Stellung der föderierten Einheiten bei *Federalists* und *Anti-Federalists*

Die vorliegende Studie widmet sich der Stellung der föderierten Einheiten (näher zum Begriff unten § 2, B. III. 1.) in den föderalismusverfassungsrechtlichen Ordnungen der Vereinigten Staaten von Amerika und der Bundesrepublik Deutschland. Betrachtet wird die spezifische Position der US-amerikanischen (Einzel-)Staaten<sup>277</sup> und der deutschen Länder in ihrem Verhältnis zur jeweiligen (nationalen) Bundesebene. An dieser Stelle der Untersuchung soll kurz beschrieben werden, welche Stellung den föderierten Einheiten in den beiden eben skizzierten konkurrierenden Modellen freiheitlich-nationalstaatlich-demokratischen Föderalismus jeweils zugeschrieben wird. *Federalists* und *Anti-Federalists* sahen in ihrem jeweiligen politik-

<sup>275</sup> Vgl. nur C. M. Kenyon, The William and Mary Quarterly 12 (1955), S. 3 (40f.), mit dem programmatischen Aufsatztitel: „Men of Little Faith“; hierzu D. Jörke, in: E. M. Hau-steiner (Hrsg.), Föderalismen. Modelle jenseits des Staates, Baden-Baden 2016, S. 81 (89).

<sup>276</sup> Zum beinahe tautologischen Charakter des Begriffs ‚Instrumentalföderalismus‘ s. o. Fn. 229 (gegen Ende hin).

<sup>277</sup> Mit D. J. Elazar, American Federalism. A View From the States, New York, N.Y., U.S.A., 1966, werden vorliegend die US-Einzelstaaten (und analog die deutschen Länder) in den Fokus der Untersuchung der föderalen Ordnung gerückt – dazu bereits oben in Fn. 132.

theoretischen Gesamtkonzept (s. o. III. bzw. IV.) für die 1787/88 bestehenden dreizehn (proto-)US-amerikanischen Einzelstaaten unterschiedliche Rollen vor:

### **1. *Federalists*: Eigenständige Einzelstaaten in vertikaler Gewaltenteilung und nationaler repräsentativer Demokratie**

Für die *Federalists* stand die ‚Werbung‘ für den Verfassungsentwurf, der überhaupt erst eine nationale Bundesebene mit nennenswerten hoheitlichen Funktionen und (Innen-)Kompetenzen einführen sollte, im Vordergrund. Ihr Konzept ist durch eine starke Zentralisierungstendenz geprägt (s. o. II, III. 1.). Für das Verhältnis zwischen – vorgefundenen – Einzelstaaten und – im Wesentlichen<sup>278</sup> erst zu schaffender – Bundesebene bedeutet dieses nationale Projekt einen Sog zur höheren Ebene, der Bundesebene. Für die Einzelstaaten sieht dieses Programm – unvermeidlich – den Verlust von kompetenziellen Besitzständen und politischer Bedeutung vor.

Benötigt werden die Einzelstaaten im Konzept der *Federalists* jedoch weiterhin: Der US-amerikanische Nationalstaat der *Federalists* (und des Verfassungsentwurfs) sollte kein unitarischer Zentralstaat ohne föderale Untergliederung sein – und wäre politisch in dieser Extremform auch nicht durchsetzbar gewesen (s. o. III. 5. b)). In *Federalist No. 39* hebt Madison die Einzelstaaten (bzw. deren jeweilige Völker) als Verfassungsgeber hervor<sup>279</sup> und billigt ihnen auch im künftigen operativen ‚Betrieb‘ unter der neuen Verfassung einen wesentlichen Einfluss zu, so etwa mit Blick auf die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Einzelstaaten nach dem (formal staatenfreundlichen) Enumerationsprinzip<sup>280</sup> oder hinsichtlich der partiellen Beteiligung bei Verfassungsänderungen<sup>281</sup>.

Neben dieser grundlegenden verfassungspolitischen Rolle der Einzelstaaten im Kompromiss hin zur Nationalstaatsbildung sollen sie als Akteure der vertikalen Gewaltenteilung und Demokratiepotezierung wirksam werden. Auch auf Staatenebene soll weiterhin repräsentative (Eliten-)Demokratie durch die Wahl von gesetzgebenden Körperschaften und Exekutivspitzen der Einzelstaaten verwirklicht werden. Diese Formen repräsentativer Demokratie auf Staatenebene fügen sich ein in das Gesamtmodell der – oben näher beschriebenen – horizontalen und vertikalen Auffächerung von Repräsentationsinstanzen zur Steigerung der Empfänglichkeit für den Interessenpluralismus (s. o. III. 3.) und zur Einrichtung von *checks and balances*.

---

<sup>278</sup> Zur kompetenzschwachen Bundesebene nach der Vorgängerverfassung, den *Articles of Confederation*, s. o. II.

<sup>279</sup> Vgl. J. Madison, in: A. Hamilton/ders./J. Jay, *The Federalist*, Cambridge, Mass., U.S.A., u. a. 2009 [1788], S. 244 (248 f.).

<sup>280</sup> Vgl. J. Madison, in: A. Hamilton/ders./J. Jay, *The Federalist*, Cambridge, Mass., U.S.A., u. a. 2009 [1788], S. 244 (250 f.).

<sup>281</sup> Vgl. J. Madison, in: A. Hamilton/ders./J. Jay, *The Federalist*, Cambridge, Mass., U.S.A., u. a. 2009 [1788], S. 244 (251).

Insoweit *wirken* die Einzelstaaten am *nationalen* Gesamtprojekt einer aufgefächerten repräsentativen Elitendemokratie *mit*. Dabei geht es auch um negative Freiheitssicherung durch Gewaltenteilung.

Damit die Einzelstaaten diese Funktion im nationalen Gesamtprojekt erfüllen können, wird ihnen politische Eigenständigkeit weiterhin zugeschrieben. In dieser Anerkennung der Einzelstaaten als (weiterhin) eigenständige politische Einheiten ist das *Trennungsmodell* des US-amerikanischen Föderalismus angelegt: Bundesebene und Einzelstaaten arbeiten als jeweils „autonome Regierungssysteme“ – im operativen Geschäft – weitgehend unverbunden nebeneinander<sup>282</sup>; dennoch wirken beide Ebenen – übergreifend betrachtet – im nationalen Gesamtprojekt gewaltenteiliger repräsentativer Elitendemokratie *zusammen*. Es zeigt sich eine spezifische Ausprägung der komplexen Austarierung zwischen den beiden Tendenzen ‚Verbindung‘ und ‚Trennung‘. Diese beiden Tendenzen prägen das föderale Prinzip, zumal in demokratischer Ausgestaltung (dazu unten § 2, B. I. 3. a)).

## 2. *Anti-Federalists*:

### **Einzelstaaten zwischen demokratietheoretisch Wünschenswertem und praktisch Notwendigem**

Aus Sicht der *Anti-Federalists* sind die Einzelstaaten demokratietheoretisch und freiheitstheoretisch sowie demokratiepraktisch und freiheitspraktisch ‚wertiger‘ und funktionskräftiger als die nationale Bundesebene: Aufgrund ihres jeweils deutlich kleineren Territoriums seien sie für die Verwirklichung des demokratischen Prinzips und von positiver Freiheit besser geeignet.<sup>283</sup> Dies gelte sowohl für direkte Demokratie wie auch für repräsentative Demokratie in den Spielformen der ‚*descriptive representation*‘ und ‚Mandatsrepräsentation‘ (s. o. IV. 1. b)).

Denkt man die Logik des *indirekt* proportionalen Zusammenhangs von Territoriumsgröße und Demokratietauglichkeit konsequent zu Ende, so wären die Einzelstaaten im politischen Mehrebenengebilde freilich gegenüber der lokalen und regionalen Ebene (*towns, counties*) demokratietheoretisch weniger ‚wertig‘: Im Lokalen und Regionalen kann direkte Demokratie (oder zumindest stark responsive Repräsentation) schließlich noch besser, nämlich annähernd in ‚Reinform‘ verwirklicht werden. Oben wurde betont, dass die *Anti-Federalists* aber durchaus erkannt hatten, dass politische Organisation realiter nicht ohne repräsentative Elemente auskommen könne (s. o. IV. 1.). Letztlich stehen die Einzelstaaten im Konzept der *Anti-Federalists* also auf der Schwelle zwischen demokratie- und freiheitstheoretisch Wünschenswertem und praktisch Notwendigem. Für das Verhältnis

<sup>282</sup> Vgl. A. Benz, in: E. M. Hausteiner (Hrsg.), *Föderalismen. Modelle jenseits des Staates*, Baden-Baden 2016, S. 29 (37).

<sup>283</sup> Deutlich: *The Federal Farmer [Autorschaft ungeklärt]*, in: H. J. Storing (Hrsg.), *The Complete Anti-Federalist*, Bd. 2, Chicago, Ill., U.S.A., 1981 [1787/88], 214 (335 f. = Rn. 2.8.208) – s. das Zitat oben in Fn. 272.



zwischen Einzelstaaten und Bundesebene ist dabei wichtig, dass die förderierten Einheiten näher am Pol des Wünschenswerten liegen als ihr föderaler Konkurrent, die Bundesebene.

### 3. Einzelstaaten im diskursiven Schnittpunkt der konkurrierenden Entwürfe: Schutzwürdigkeit im Instrumentalföderalismus

Weder im Entwurf der *Federalists* noch im Entwurf der *Anti-Federalists* stehen die Einzelstaaten im Mittelpunkt. Im Zentrum des *jeweiligen* demokratie-, freiheits- und legitimierungstheoretischen Interesses stehen vielmehr die nationale Bundesebene (so bei den *Federalists*) bzw. die lokal-regionalen Einheiten (so bei den *Anti-Federalists*). Immerhin geraten die Einzelstaaten dergestalt aber in den *diskursiven*<sup>284</sup> Schnittpunkt der konkurrierenden Entwürfe. M. a. W.: Ihre Existenz als eigenständige, aber föderal gebundene politische Einheiten ist in gewissem Maße der ‚kleinste(?) gemeinsame Nenner‘ beider Konzepte. Von beiden Seiten her, von den *Federalists* wie von den *Anti-Federalists*, wird den Einzelstaaten eine Position der Schutzwürdigkeit innerhalb des jeweiligen Gesamtentwurfs zugesprochen. Die Einzelstaaten stehen damit also nicht nur mittig zwischen lokaler Ebene und Bundesebene, sondern auch ‚zwischen‘ konkurrierenden Forderungen nach gewissen Verwirklichungen von ‚Freiheit‘, von ‚Demokratie‘, von ‚Nationalstaatlichkeit‘ oder ‚Lokalismus‘.<sup>285</sup> Daniel J. Elazar erfasst diese Stellung der förderierten Einheiten im Raum des Dazwischen in der anthropomorphen Wendung *„men in the middle“*<sup>286</sup>. Dies lässt sich – ebenfalls anthropomorph – weiterdenken: Die Einzelstaaten sind schutzwürdige Diener<sup>287</sup> im Instrumentalföderalismus, romantheoretisch gespro-

<sup>284</sup> Näher zum Begriff des ‚Diskurses‘ unten § 7, B. III. 2.

<sup>285</sup> Hierbei ist zu beachten, dass ‚Föderalismus‘ (im Sinn einer Stärkung der Ebene der förderierten Einheiten) und ‚Lokalismus‘ durchaus auseinanderlaufen können: vgl. für ein jüngeres Beispiel aus den USA P. Gulasekaram/R. Su/R. Cuisson-Villazor, Colum. L. Rev. 119 (2019), 837 ff., zu einzelstaatlichen Maßnahmen in einigen US-Staaten, welche sich gegen Bestrebungen auf lokaler, kommunaler Ebene richten, im Bereich des Umgangs mit Menschen ohne Aufenthaltstiteln die informationelle Kooperation mit Bundesmigrationsbehörden zu verweigern (sog. *sanctuary cities*; s. auch unten in und bei Fn. 1933). Ähnliches lässt sich vereinzelt mit Blick auf Maßnahmen zur Eindämmung der COVID-19-Pandemie beobachten: Hier haben einige Einzelstaaten (etwa) auf lokaler Ebene getroffene Schutzmaßnahmen (wie Pflichten zum Tragen von Schutzmasken) aufgehoben (*preempted*): vgl. m. w. N. D. M. Kohnsky/P. Nolette, Publius 51 (2021), 327 (337).

<sup>286</sup> D. J. Elazar, *American Federalism. A View From the States*, New York, N.Y., U.S.A., 1966, S. v: „[t]he states – traditionally the ‚men in the middle‘“.

<sup>287</sup> Die Metapher von den Einzelstaaten als Dienern wird von J. Bulman-Pozen/H. K. Gerken, Yale L. J. 118 (2009), 1256 (1260 ff.), verwendet, um die prekäre, aber potenziell mächtige Stellung der Einzelstaaten in Arrangements des kooperativen Föderalismus zu beschreiben – ausführlich unten § 6, C. II.



chen: durchaus Helden eines umfassenderen Narrativs – aber gewissermaßen nur in Graustufen und in prekärer Stellung<sup>288, 289</sup>.

## VI. Charakteristika der *Federalist/Anti-Federalist-Debatte*

Die skizzierte Auseinandersetzung zwischen *Federalists* und *Anti-Federalists* wird als „eine[r] der Glanzpunkte der Ideengeschichte“<sup>290</sup> bezeichnet. Sie verdeutlicht einige allgemeine Merkmale politischer Ideen und Theorien, welche für die hier vorgelegte Gesamtanalyse von zentraler Bedeutung sind:

### 1. Historische Kontextgebundenheit politischer Theorieentwürfe

Zunächst zeigt die *Federalist/Anti-Federalist-Debatte*, dass die Ausbildung und Prägung politischer Ideen, Theorieelemente, Prinzipien und Kategorien wie ‚Föderalismus‘, ‚Demokratie‘ oder ‚Nation‘ historisch-politisch kontextgebunden ist<sup>291</sup>: Im konkreten historischen ‚Moment‘<sup>292</sup> der US-amerikanischen verfassungspolitischen Debatte von 1787/88 (s. o. II.) wurden von *Federalists* und *Anti-Federalists* – bei binnenpluralistischen Divergenzen<sup>293</sup> – um die genannten Begriffe herum zwei ‚grobe‘ politische Gesamtkonzepte mit konkurrierenden Grundaussagen entwickelt. Diese konkurrierenden Gesamtkonzepte politischer Ordnung waren konkrete An-

<sup>288</sup> Gewissermaßen formal dekomponiert und personal zerfallen, vgl. zu solchen Tendenzen in der Romantheorie H. Esselborn-Krumbiegel, Der „Held“ im Roman. Formen des deutschen Entwicklungsromans im frühen 20. Jahrhundert, Darmstadt 1983, S. 126 ff., zum „Zerfall des traditionellen Romans“ u. a. bei Hesse, Rilke, Musil. Oder mit dem Drehbuch „Donnie Darko“ postmodern ‚literarisch‘ (filmisch) gefasst: „Gretchen: *Donnie Darko is a cool name. Sounds like a superhero. / Donnie: What makes you think I'm not? / Gretchen smiles*“, s. R. Kelly, in: The Donnie Darko Book, London, U.K., 2003, S. 1 (28).

<sup>289</sup> Vgl. auch die Sicht von R. Smend, in: Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze, 3. Aufl., Berlin 1994 [1928], S. 119 (269), auf den Instrumentalföderalismus der Weimarer Reichsverfassung: „daß dieses staatliche Integrationssystem sich die Einzelstaaten als Gegenstand, aber vor allem auch als Mittel seiner gesamtstaatlichen Integrationsaufgabe einordnet.“

<sup>290</sup> D. Jörke, Kritik demokratischer Praxis. Eine ideengeschichtliche Studie, Baden-Baden 2011, S. 153.

<sup>291</sup> Hierzu allgemein H. Münkler/G. Straßenberger, Politische Theorie und Ideengeschichte. Eine Einführung, München 2016, S. 11 f.; konkret zur Entstehung des US-amerikanischen Föderalismus J. Bednar, in: M. Tushnet/M. A. Graber/S. Levinson (Hrsg.), The Oxford Handbook of the U.S. Constitution, New York, N.Y., U.S.A., 2015, 283: „*The American federal system is an artifact of circumstances at the founding*“.

<sup>292</sup> Beachte, dass ‚Moment‘ in der vorliegenden Studie aber insgesamt eher nüchterner, alltäglicher und kleinteiliger verstanden wird als in Bruce A. Ackermans prominenter Theorie der „*constitutional moments*“ – vgl. die Anm. unten in Fn. 981.

<sup>293</sup> Vgl. etwa zur Differenzierung zwischen *popular anti-federalists* und *elite anti-federalists* oben in Fn. 239.

gebote für Antworten auf die konkrete historisch-politische Herausforderung, vor der die entkolonialisierten Einzelstaaten nach der Unabhängigkeitserklärung standen.

## 2. Interdependenz politischer Ideen untereinander

Die *Federalist/Anti-Federalist*-Debatte zeigt weiterhin, dass das politische Ordnungsprinzip ‚Föderalismus‘, welches im Zentrum der vorliegenden Studie steht, in einem Netz mit anderen politischen Ideen und Theorieelementen situiert ist (s. o. A. III., dort Abb. 1). Insbesondere ist ‚Föderalismus‘ 1787/88 mit bestimmten Vorstellungen von ‚Nationalismus‘ (sowie ‚Zentralisierung‘ und ‚Unitarisierung‘) und ‚Demokratie‘ (sowie ‚Repräsentation‘) auf das Engste verbunden gewesen. So legt Madison – wie oben referiert wurde – beispielsweise ausdrücklich dar, dass der Verfassungsentwurf von 1787 eben weder eine ‚rein‘ nationale (und damit auch keine egalitär-radikaldemokratische) noch eine ‚rein‘ föderale Verfassung, sondern eine „Komposition“ beider Elemente („*neither a national nor a federal Constitution, but a composition of both*“<sup>294</sup>) vorsehe (s. o. III. 5. b)).

## 3. (Unterschiedliche) Konzeptualisierbarkeit politischer Ideen

In solchen historisch-politisch kontextgebetteten Netzen von politischen Ideen und Theorieelementen können die einzelnen theoretischen Bauteile sehr unterschiedlich konzeptualisiert werden. So kann ‚Repräsentation‘ – wie bei den *Federalists* – als Vorgang der Filterung von pluralen Interessen in einer Elitendemokratie (s. o. III. 3.) oder aber – wie bei einigen *Anti-Federalists* – als möglichst ‚wirklichkeitsgetreue‘ Abbildung sozialer Gruppen in einem Gremium konkretisiert werden (s. o. IV. 1. b)).

## 4. Instrumentalisierbarkeit politischer Ideen

Der Blick dafür, dass einzelne politische Ideen in Interdependenz mit anderen politischen Ideen stehen und dabei jeweils unterschiedlich konzeptualisierbar sind, macht ferner die Möglichkeit sichtbar, dass innerhalb eines konkreten politiktheoretischen Entwurfs eine politische Idee letztlich in den Dienst einer anderen gestellt werden kann. Solche Instrumentalisierungen politischer Ideen kann man beispielsweise mit Blick auf die dienende Funktion des ‚Föderalismus‘ zu Gunsten der (Wirtschafts-)Nationalstaatsbildung im Konzept der *Federalists* ausmachen (s. o. III. 1.). Bei den *Federalists* wie auch bei den *Anti-Federalists* sind föderale Strukturen auch Instrumente zur Verwirklichung des jeweiligen ‚Demokratie‘-Modells (s. o. III. 2. u. 3. sowie IV. 1.). Beide Gruppen betonten schließlich die freiheitssichernde Funktion von Föderalismus, setzten dabei aber unterschiedliche

<sup>294</sup> Vgl. J. Madison, in: A. Hamilton/ders./J. Jay, *The Federalist*, Cambridge, Mass., U.S.A., u. a. 2009 [1788], S. 244 (252).

Begriffe von ‚Freiheit‘ an (s. o. III. 4. sowie IV. 2.). Nicht alle Theorieelemente eines politik-theoretischen Entwurfs sind gleichwertige Zielpunkte dieses Entwurfs, sondern ggf. primär nur Mittel zum Zweck der Verwirklichung anderer Prinzipien.

Die hier beschriebene Instrumentalisierung *politischer Ideen* bewegt sich zunächst in der Sphäre der politischen Theorie; sie ist (heuristisch) zu unterscheiden von der Instrumentalisierung *konkreter föderaler* (v. a. *föderalismusverfassungsrechtlicher*) *Institute* für (tages-, sach- und macht-)politische Zwecke in der politischen Praxis (Stichwort: ‚föderaler Opportunismus‘; hierzu § 7, B. IV. 2.).<sup>295</sup> Die Übergänge zwischen diesen Sphären sind allerdings fließend, da – wie das Konzept der ‚Ideenpolitik‘ (dazu sogleich C.) verdeutlicht – die Entwicklung politik-theoretischer Entwürfe stets auch (mehr oder weniger fest) mit (mindestens) einem Bein in der in der politischen Praxis steht:

## 5. Namens-, Rezeptions-, Begriffs- und Ideenpolitik

### a) *Permanente Theorie-Praxis-Interventionen*

Die US-amerikanische verfassungspolitische Debatte von 1787/88 fand auf der Grenzlinie zwischen politischer Theorie und politischer Praxis statt. Hierbei setzten sich die *Federalists* durch; der Verfassungsentwurf wurde schließlich ratifiziert. Die beiden Lager kämpften ‚on the books‘ und ‚in action‘, in der Theorie und in der Praxis, in argumentativen Texten politischer Theorie und in den politischen Prozessen der Verfassungsgebung in den 1780er Jahren für unterschiedliche Ausprägungen von (u. a.) ‚Demokratie‘ und ‚Föderalismus‘. Es fanden permanente *Interventionen* von Theorie in Praxis (und umgekehrt)<sup>296</sup> statt. Diese diskursive Aus-

<sup>295</sup> Zur Unterscheidung von tagespolitischer und ideenpolitischer Wirkmacht der *Federalists*: O. Höffe, *Geschichte des politischen Denkens*, München 2016, S. 290: „Die Bedeutung der Föderalisten liegt also nicht im tagespolitischen Erfolg, der vielmehr ausblieb, sondern in einer vor allem US-internen ideenpolitischen Langzeitwirkung: Im *Federalist* drückt sich das politische Selbstverständnis der USA als konstitutionelle Republik aus.“

<sup>296</sup> Zu politischer Theorie als Intervention: vgl. H. Münkler/G. Straßenberger, *Politische Theorie und Ideengeschichte. Eine Einführung*, München 2016, S. 190, mit Hinweisen auf Hannah Arendt, Bonnie Honig und Chantal Mouffe – zum Entwurf ‚radikaler Demokratie‘ von Letzterer unten in und bei Fn. 4153. Ein weiteres Beispiel für solche Theorie/Praxis-Interventionen, bei welchem zu den Elementen der politischen Theorie und politischen Praxis noch ein umfangreicher geisteswissenschaftlicher (insbesondere literatur- und kulturtheoretischer) Überbau hinzukommt, ist Edward W. Said, dessen primär kulturtheoretische Theorie des „*Orientalism*“ (dazu unten Fn. 3152 ff.) an der Grenze zur politischen Theorie und – durch das politische Wirken Said's etwa mit Blick auf den ‚Nahost-Konflikt‘ – auch an der Grenze zur politischen Praxis steht; vgl. dazu V. B. Leitch/W. E. Cain/L. A. Finke/J. McGowan/T. D. Sharpley-Whiting/J. J. Williams, *The Norton Anthology of Theory and Criticism*, 3. Aufl., New York, N.Y., U.S.A., u. a. 2018, S. 1781, welche Said wegen dieser Grenzüberschreitungen, welche sich gerade auch aus Said's persönlicher Lebensgeschichte speisten, im Anschluss an einen Begriff Gramscis als „*organic intellectual*“ bezeichnen.

einandersetzung hatte markante namens- und rezeptionspolitische Züge und zielte letztlich auf Ideenpolitik:

### b) ‚Namenspolitik‘

Dass die Debatte zwischen *Federalists* und *Anti-Federalists* keine ‚objektive‘, interessenlos geführte wissenschaftliche Debatte in ‚Reinform‘ war, zeigt sich bereits an den Bezeichnungen (Namen) der beiden konkurrierenden Gruppen (oder – noch einen halben Schritt davor – schon daran, dass sich solche Gruppen überhaupt bildeten bzw. von außen ausmachen lassen): Die Kollektivbezeichnungen „*Federalists*“ und „*Anti-Federalists*“ waren Ergebnisse kommunikativer Strategien: Die zentralisierungs- und nationalstaatsfreundlichen *Federalists* (s. o. III. 1.) haben sich das im zeitgenössischen Diskurs positiv konnotierte Adjektiv „*federalist*“ für ihre Selbstbenennung zu eigen gemacht, obwohl die – eher negativ konnotierten – Adjektive „*centralist*“<sup>297</sup>, „*Unionist*“ oder „*nationalist*“ inhaltlich treffender gewesen seien.<sup>298</sup> In Anlehnung an die Termini ‚Begriffspolitik‘ und ‚Ideenpolitik‘ (dazu sogleich) lässt sich dieser politisch-strategische Umgang mit Selbst- und Fremdbezeichnungen als ‚Namenspolitik‘ fassen. Freilich gibt es auch Kommentatorinnen und Kommentatoren, die darauf hinweisen, die Selbstbezeichnung „*Federalists*“ sei inhaltlich passend, wollten Hamilton, Madison und Jay doch die Bundesebene und Bundesgewalt („*the federal authority*“), also den institutionellen Nachfolger des bisherigen *Federal Congress* stärken.<sup>299</sup>

Der namenspolitischen Selbstbezeichnung der „*Federalists*“ korrespondiert die Fremdbezeichnung der zentralisierungsskeptischen Verfassungsentwurfsgegner als „*Anti-Federalists*“ durch die *Federalists*.<sup>300</sup> Diese polemische Fremdbezeichnung sollte das Projekt der Verfassungsentwurfsgegner diskreditieren: Die Benennung spricht den Verfassungsentwurfsgegnern zum einen ab, einen positiven Entwurf zu

<sup>297</sup> Vgl. P. King, *Federalism and Federation*, London, U.K., u. a. 1982, S. 24: Föderalismus der *Federalists* als „Argument für einen bestimmten Typ der Zentralisierung“, als „*centralist federalism*“.

<sup>298</sup> Vgl. D. Jörke, *Kritik demokratischer Praxis. Eine ideengeschichtliche Studie*, Baden-Baden 2011, S. 160 f.; *ders.*, in: E. M. Hausteiner (Hrsg.), *Föderalismen. Modelle jenseits des Staates*, Baden-Baden 2016, S. 81 (82 f.), mit Hinweis auf J. T. Main, *The Anti-Federalists. Critics of the Constitution 1781–1788*, New York, N.Y., U.S.A., 1961, S. VIII f.; vgl. auch J. Auderset, *Transatlantischer Föderalismus. Zur politischen Sprache des Föderalismus im Zeitalter der Revolutionen, 1787–1848*, Berlin u. a. 2016, S. 67.

<sup>299</sup> Vgl. H. J. Storing, *The Complete Anti-Federalist*, Bd. 1, Chicago, Ill., U.S.A., 1981, S. 10, mit der Folgerung: „*there was nothing exceptional or improper in the use of the term ‚federal‘ in this way; the shift in meaning was less an ‚appropriation‘ than a natural extension of the language, which the Federalists fully exploited*“; dazu D. Jörke, *Kritik demokratischer Praxis. Eine ideengeschichtliche Studie*, Baden-Baden 2011, S. 161 (dort Fn. 215).

<sup>300</sup> Vgl. J. T. Main, *The Anti-Federalists. Critics of the Constitution 1781–1788*, New York, N.Y., U.S.A., 1961, S. VIII.

haben, und stellt sie als „bloße Obstruktionisten“ dar.<sup>301</sup> Zum anderen wurde ihnen ein Name aufgezungen, der ihren ‚wirklichen‘ politik-theoretischen Überzeugungen, der Vorzugswürdigkeit eines starken *bottom-up*-Föderalismus (s.o. IV.) entgegensteht.<sup>302</sup>

Der Aspekt der Namenspolitik steht in engem Zusammenhang mit der diskursiv-ideenpolitischen Strategie einer „Personalisierung der Geistesgeschichte“<sup>303</sup>: Ihre zunächst einzeln, obschon seriell erscheinenden Essays *bündeln* Hamilton, Madison und Jay von *vorneherein*<sup>304</sup> durch die Nutzung des gemeinsamen Pseudonyms „Publius“<sup>305</sup> – und mit Hilfe des Mediums Zeitung und der perpetuierenden Kraft der Serialität<sup>306</sup>. Diese diskursive Personalisierungsoperation wird 1788 durch die (Ver-)Sammlung der einzelnen Essays in der zweibändigen Buchfassung des *The Fede-*

<sup>301</sup> J. T. Main, *The Anti-Federalists. Critics of the Constitution 1781–1788*, New York, N.Y., U.S.A., 1961, S. VIII: „*implies that they were mere obstructionists, without any positive plan to offer*“.

<sup>302</sup> Vgl. J. T. Main, *The Anti-Federalists. Critics of the Constitution 1781–1788*, New York, N.Y., U.S.A., 1961, S. VIII.

<sup>303</sup> „Personalisierung der Geistesgeschichte“ als ideenpolitische Strategie, freilich primär aus *rezeptiver* – nicht wie bei den *Federalists* aus auktorialer – Sicht, findet R. Mehring, in: G. Raulet/M. Llanque (Hrsg.), *Geschichte der politischen Ideengeschichte*, Baden-Baden 2018, S. 203 (216), bei Carl Schmitt und bemerkt dazu: „Schmitt personalisierte die Geistesgeschichte aber nicht zuletzt strategisch. Einerseits war er wirklich der Auffassung, dass es starke Autoren der Geistes- und Verfassungsgeschichte gab, die geschichtsmächtige Positionen und Begriffe formulierten; andererseits schätzte er die Personalisierung als ein einfaches rhetorisches Mittel im Kampf. Die personalisierende Zuspitzung ermöglichte ihm freundfeindliche Profilierungen, Demagogie und Propaganda.“ Beachte allerdings die Ausführungen bei M. Llanque, in: W. Reese-Schäfer/S. Salzborn (Hrsg.), „Die Stimme des Intellekts ist leise“. *Klassiker/innen des politischen Denkens abseits des Mainstreams*, Baden-Baden 2015, S. 41 (48 f.), wonach „nicht Autoren, sondern [nur] Texte“ klassisch im Sinn von Ausgangspunkt für Diskurse sein könnten; wenn „Namen von Autoren oft wie Argumente benutzt“ würden, so setze dies stets eine Interpretationsleistung voraus, da letztlich nur bestimmte Textstellen aus dem jeweiligen Gesamtwerk gemeint seien.

<sup>304</sup> Das Projekt war in seiner Serialität von *vorneherein* geplant – dies hebt A. Furtwangler, *The Authority of Publius. A Reading of the Federalist Papers*, Ithaca, N.Y., U.S.A., 1984, S. 52, hervor.

<sup>305</sup> Zur Bündelungsfunktion des Pseudonyms, welches eine „kollaborative Verfeinerung von Argumenten“ („*collaborative refinement of arguments*“) und eine Integration sowie dynamische, wechselseitige Ergänzung des Denkens von mehreren ermöglichte: A. Furtwangler, *The Authority of Publius. A Reading of the Federalist Papers*, Ithaca, N.Y., U.S.A., 1984, S. 60 f., 86, 147, welcher zudem betont, wie bemerkenswert diese geistige Integration angesichts der Verschiedenheit des politischen Denkens und Handelns von Alexander Hamilton und James Madison ist.

<sup>306</sup> Näher zur seriellen Publikation der Aufsätze A. Furtwangler, *The Authority of Publius. A Reading of the Federalist Papers*, Ithaca, N.Y., U.S.A., 1984, S. 51 ff., 82: gestaffelte Veröffentlichung sogar in mehreren New Yorker Zeitungen (aber *jeweils* seriell) sowie anschließend (zeitweilig) auch in Boston, Mass., Philadelphia, Pa., und Richmond, Va. Die Veröffentlichungspraxis wurde von Zeitgenossen durchaus als „*pushy*“ empfunden und deshalb teilweise auch als Übergriff auf die Meinungsvielfalt kritisiert; vgl. a. a. O., S. 82.

*ralist*<sup>307</sup> noch verfestigt. Die vorgetragenen verfassungspolitischen Positionen erhalten dergestalt – trotz ihres Binnenpluralismus – eine feste, im Diskurs klar benennbare (ansprechbare, rezipierbare, zitierbare) ‚Adresse‘. Zugleich bleibt eine gewisse diskursive Unschärfe, da eben nicht eine einzelne historisch-empirische Person als alleinige Autorin oder alleiniger Autor der Essays auftritt (und ‚Verantwortung‘ übernimmt). Hamilton, Madison und Jay bleiben zunächst anonym. Insofern liegt hier teilweise das Phänomen eines „*improper name*“ (Marco Deseriis), also eine diskursive Verschleierungsstrategie<sup>308</sup>, vor.

An der namenspolitischen Komponente der Debatte zwischen *Federalists* und *Anti-Federalists* wird besonders anschaulich, dass die „Personalisierung der Geistesgeschichte“ eine Tendenz zu oder jedenfalls das Potential von „freund-feindliche[n] Profilierungen“<sup>309</sup> aufweist. Der jeweilige Binnenpluralismus sowohl der *Federalists* wie auch der *Anti-Federalists* (s.o. vor IV. 1.) tritt hierdurch in den Hintergrund.

### c) ‚Rezeptionspolitik‘

Die diskursive Auseinandersetzung von *Federalists* und *Anti-Federalists* drehte sich freilich auch um vorgefundene ‚Namen‘ von historischen Autoren der politischen Geschichte und Ideengeschichte: Das gilt zunächst – in eher kruder Weise – für manche in der Debatte verwendete Pseudonyme: Mit Publius nahmen die *Federalists* und (u. a.) mit Cato oder Brutus nahmen einige *Anti-Federalists* historische Figuren des antiken Römischen Republikanismus in Bezug.

Zudem stritten *Federalists* und *Anti-Federalists* über das ‚richtige‘ Verständnis einiger politik-theoretischer Vordenker: Beispielsweise beriefen sich beide Gruppen auf Charles Montesquieus Ausführungen zum Zusammenhang zwischen den Variablen Territoriumsgröße, Staatsform und Föderalismus.<sup>310</sup> Man mag dieses stra-

<sup>307</sup> Verlegt in zwei Bänden bei J. & A. McLean: *The Federalist. A Collection of Essays, Written in Favour of the New Constitution, as Agreed upon by the Federal Convention, September 17, 1787*, New York, N.Y., U.S.A., 1788.

<sup>308</sup> Allgemein dazu M. Deseriis, *Improper names. Collective Pseudonyms from the Ludites to Anonymous*, Minneapolis, Minn., U.S.A., 2015, S. 3: „*I propose to define an improper name as the adoption of the same alias by organized collectives, affinity groups, and individual authors. An improper name is improper [...] because it fails to label and circumscribe a clearly defined domain [...]. Contrary to a proper name, whose chief function is to fix a referent as part of the operation of a system of signs, an improper name is explicitly constructed to obfuscate both the identity and number of its referents.*“ Beachte allerdings die oben in Fn. 299 zitierte Stimme, wonach die Bezeichnung „*Federalists*“ ausdrücklich nicht „*improper*“ sei.

<sup>309</sup> Hierzu kritisch am Beispiel Carl Schmitt: R. Mehring, in: G. Raulet/M. Llanque (Hrsg.), *Geschichte der politischen Ideengeschichte*, Baden-Baden 2018, S. 203 (216).

<sup>310</sup> Vgl. den *Federalist No. 9* von A. Hamilton, in: ders./J. Madison/J. Jay, *The Federalist*, Cambridge, Mass., U.S.A., u. a. 2009 [1787], 46 (49 ff.) einerseits, und *Essay I* v. 18. Oktober 1787 des *Anti-Federalists*, der unter dem Pseudonym Brutus geschrieben hat: *Brutus [Autor-*

tegische Lesen von mit diskursiver Autorität ausgestatteten ‚Klassikern‘ als ‚Rezeptionspolitik‘ betrachten. Hier ist die – nur scheinbar – passive Seite der bereits erwähnten „Personalisierung der Geistesgeschichte“<sup>311</sup> berührt.

#### *d) Klammer und Movens: Ideenpolitik*

Diese namens- und rezeptionspolitischen Dimensionen der Debatte zwischen *Federalists* und *Anti-Federalists* sind freilich kein Selbstzweck: Sie sind unmittelbar mit der tiefer liegenden ideen- und begriffspolitischen Auseinandersetzung zwischen den beiden Gruppen verbunden: Das – in positiver bzw. negativer Stoßrichtung – namensgebende Adjektiv „*federalist*“ (bzw. dessen Substantivierung) verweist direkt auf den ideen- und begriffspolitischen Kampf um die ‚richtige‘ Deutung des Prinzips ‚Föderalismus‘. Wie erwähnt wurden weitere, hiermit ‚vernetzte‘ Ideen und Begriffe diskursiv umkämpft: Insbesondere ‚Republik‘, ‚Demokratie‘, ‚Repräsentation‘ und ‚Freiheit‘ wurden konkurrierend konzeptualisiert und instrumentalisiert (s. o. V.).

### **C. Ideenpolitik mit dem Instrument ‚Föderalismus‘ nach 1787**

Im vorstehenden Abschnitt wurde die *Federalist/Anti-Federalist*-Debatte der 1780er Jahre als ideenpolitische Debatte vorgestellt. Ausgehend von diesem konkreten Beispiel für ideenpolitisches Denken und Handeln soll nun – nachgeschoben – definiert werden, was unter dem politikwissenschaftlichen Ansatz der Untersuchung von ‚Ideenpolitik‘ verstanden wird (s. u. I.). Anschließend wird die Bedeutung dieses Zugangs für die Gesamtuntersuchung als Hypothese (vor-)formuliert (s. u. II. u. insbes. III.).

#### **I. ‚Ideenpolitik‘ und ‚Ideenpolitikforschung‘**

‚Ideenpolitik‘ kann nicht nur – was vorliegend im Vordergrund steht – Untersuchungsgegenstand der Politikwissenschaft sein (s. u. 2.), sondern wird von einigen Vertreterinnen und Vertretern des Fachs ‚sogar‘ explizit als politikwissenschaftliche *Aufgabe* begriffen (s. u. 1.):

*schaft ungeklärt*], in: H. J. Storing (Hrsg.), *The Complete Anti-Federalist*, Bd. 2, Chicago, Ill., U.S.A., 1981 [1787/88], 358 (368 f. = Rn. 2.9.10 ff.), andererseits; referierend zu dieser Auseinandersetzung D. Jörke, in: E. M. Hausteiner (Hrsg.), *Föderalismen. Modelle jenseits des Staates*, Baden-Baden 2016, S. 81 (91); vgl. auch A. R. Amar, *The Bill of Rights. Creation and Reconstruction*, New Haven, Conn., U.S.A., 1998, S. 9; zu Ideenpolitik als Rezeptionspolitik allgemein M. Llanque, in: W. Reese-Schäfer/S. Salzborn (Hrsg.), „Die Stimme des Intellekts ist leise“. *Klassiker/innen des politischen Denkens abseits des Mainstreams*, Baden-Baden 2015, S. 41 (52 ff.).

<sup>311</sup> S. dazu den Hinw. in Fn. 309.



## 1. ‚Ideenpolitik‘ als Aufgabe der Politikwissenschaft(?)

### a) „Ideenpolitik“ als spezifischer Zugang zur politischen Theorie und Ideengeschichte

Innerhalb der Politikwissenschaft lässt sich ein methodologischer Ansatz ausmachen, welcher „Ideenpolitik“ als Aufgabe der Politikwissenschaft begreift.<sup>312</sup> Dieser Ansatz ist im Bereich der politikwissenschaftlichen Subdisziplin politische Theorie und Ideengeschichte zu verorten.<sup>313</sup> Dabei stellt der „Ideenpolitik“-Ansatz einen *spezifischen* Zugang zur politischen Theorie und Ideengeschichte dar; er wurde in (Selbst-)Abgrenzung zu konkurrierenden Zugängen zur politischen Theorie und Ideengeschichte entwickelt – ist also nicht alternativlos: Als ihren Gegenspieler benennen Vertreterinnen und Vertreter dieses Ansatzes ‚den‘ „ideengeschichtlichen Historismus“.<sup>314</sup>

Kern der Auseinandersetzung zwischen dem Ideenpolitik-Ansatz und dem historistischen Ansatz ist die Frage, ob es eine legitime Aufgabe von *Politikwissenschaft* ist, politische Ideen vom politisch-historischen Kontext ihrer ursprünglichen Formulierung zu abstrahieren und anschließend auf neue (gegenwärtige und künftige) Konfliktsituationen anzuwenden. Ist es beispielsweise methodisch zulässig, die politischen Ideen und Deutungsmuster, die 1787 von *Federalists* und *Anti-Federalists* im konkreten historischen Kontext der Verfassungsgebung der USA konzeptualisiert wurden, auf die heutige politische Situation in den USA oder gar in anderen Föderationen wie der Bundesrepublik Deutschland anzuwenden? Der Ideenpolitik-

<sup>312</sup> Der politikwissenschaftliche „Ideenpolitik“-Ansatz ist eng mit dem Wirken von Herfried Münkler verbunden; vgl. nur die gleichnamige Festschrift für Münkler: H. Bluhm/K. Fischer/M. Llanque (Hrsg.), *Ideenpolitik. Geschichtliche Konstellationen und gegenwärtige Konflikte*, Berlin 2011; frühe Formulierung des ideenpolitischen Wissenschaftsprogramms bei H. Münkler, in: ders. (Hrsg.), *Politikwissenschaft. Ein Grundkurs*, Reinbek 2003, S. 103 (103 f.); vgl. insbesondere auch die Arbeiten des Münkler-Schülers Marcus Llanque: M. Llanque, in: H. Bluhm/J. Gebhardt (Hrsg.), *Politische Ideengeschichte im 20. Jahrhundert: Konzepte und Kritik*, Baden-Baden 2006, S. 51. Freilich wurde der Begriff ‚Ideenpolitik‘ schon früher verwendet, so etwa bei H. Lübke, *Säkularisierung. Geschichte eines ideenpolitischen Begriffs*, Freiburg u. a. 1965. Zudem ist ‚Ideenpolitik‘ als Phänomen und Praxis selbstverständlich älter: s. nur die Beispiele unten in Fn. 331 f.; vgl. auch G. Straßenberger/H. Münkler, in: H. Buchstein/G. Göhler (Hrsg.), *Politische Theorie und Politikwissenschaft*, Wiesbaden 2007, S. 45 (49, 51), welche auf die Arbeiten von Leo Strauss, Eric Voegelin, Joachim Ritter und Dolf Sternberger als Beispiele für die Position hinweisen, wonach politischen Ideen überhistorische Geltung zukomme; diese Überzeitlichkeitshypothese ist dem „Ideenpolitik“-Ansatz teilweise (aber nicht zwingend) verwandt.

<sup>313</sup> Vgl. G. Straßenberger/H. Münkler, in: H. Buchstein/G. Göhler (Hrsg.), *Politische Theorie und Politikwissenschaft*, Wiesbaden 2007, S. 45 (47 f.). Die übrigen ‚klassischen‘ Subdisziplinen sind Innenpolitik, Internationale Beziehungen und Vergleichende Politikwissenschaft.

<sup>314</sup> So die abgrenzende Fremdbezeichnung bei H. Bluhm/K. Fischer/M. Llanque, in: dies. (Hrsg.), *Ideenpolitik. Geschichtliche Konstellationen und gegenwärtige Konflikte*, Berlin 2011, S. IX; vgl. auch K. Fischer, in: H. Bluhm/ders./M. Llanque (Hrsg.), *Ideenpolitik. Geschichtliche Konstellationen und gegenwärtige Konflikte*, Berlin 2011, S. 39 (40, 51).



Ansatz bejaht diese Frage dem Grundsatz nach; er geht davon aus, dass „die Theorie der Politik [...] der historischen Vergewisserung [bedürfe], um als Ideenreservoir für zeitgenössische Problemlagen dienen zu können“<sup>315</sup>: „Die Analyse jener Ideenpolitik, die die Klassiker des politischen Denkens betrieben haben, vermag nicht nur Licht auf gegenwärtige politische Ideen zu werfen, sondern auch ihrerseits ideenpolitische Interventionen in Zukunftsfragen zu entfalten.“<sup>316</sup> Grit Straßenberger und Herfried Münkler haben diese politikwissenschaftliche Aufgabe der aktualisierenden Anwendung ideengeschichtlichen Materials auf gegenwärtige und künftige Sachverhalte metaphorisch als Arbeit in einem „Laboratorium“<sup>317</sup> oder „Arsenal“<sup>318</sup> statt in einem „bloßen“, „Archiv“ beschrieben. Letztlich gehe es um einen *forcierten* Praxis- und Gegenwartsbezug ideengeschichtlichen Forschens.<sup>319</sup> Die Erfassung und Ordnung des Ideenmaterials der Vergangenheit werde schon an künftigen Interventionen ausgerichtet.<sup>320</sup> Straßenberger und Münkler sprechen von einer gegenwartsbezogenen „zeitdiagnostischen“ und einer zukunftsbezogenen „prognostische[n] bzw. therapeutische[n]“ Perspektive der politischen Theorie und Ideengeschichte, welche zu ihrer vergangenheitsbezogenen „historisch-analytische[n] Perspektive“ (legitimerweise) hinzutreten würden.<sup>321</sup>

*b) Alternative oder Ergänzung zum „Ideenpolitik“-Ansatz:  
kontextsensible Ansätze in der politischen Theorie und Ideengeschichte*

Der „Ideenpolitik“-Ansatz ist wie erwähnt nicht alternativlos: Andere Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler wollen demgegenüber ausschließlich oder zumindest ganz vorwiegend die strikt vergangenheitsbezogene historisch-analytische

---

<sup>315</sup> H. Bluhm/K. Fischer/M. Llanque, in: dies. (Hrsg.), *Ideenpolitik. Geschichtliche Konstellationen und gegenwärtige Konflikte*, Berlin 2011, S. IX.

<sup>316</sup> H. Bluhm/K. Fischer/M. Llanque, in: dies. (Hrsg.), *Ideenpolitik. Geschichtliche Konstellationen und gegenwärtige Konflikte*, Berlin 2011, S. X.

<sup>317</sup> G. Straßenberger/H. Münkler, in: H. Buchstein/G. Göhler (Hrsg.), *Politische Theorie und Politikwissenschaft*, Wiesbaden 2007, S. 45 (45), mit Hinweis auf H. Münkler, in: ders. (Hrsg.), *Politikwissenschaft. Ein Grundkurs*, Reinbek 2003, S. 103 ff.

<sup>318</sup> G. Straßenberger/H. Münkler, in: H. Buchstein/G. Göhler (Hrsg.), *Politische Theorie und Politikwissenschaft*, Wiesbaden 2007, S. 45 (55): „Arsenal“, „Fundus [...] mit großer ‚Halbwertszeit‘“ statt einer bloßen „Appetizer“ liefernden „Schatzkammer“; zur Unterscheidung von „Archiv“ und „Arsenal“: M. Llanque, in: ders. (Hrsg.), *Souveräne Demokratie und soziale Homogenität. Das politische Denken Hermann Hellers*, Baden-Baden 2010, S. 95 (100 f.; 115).

<sup>319</sup> Dabei wird die „Frage nach dem Verhältnis von politischer Theorie und praktischer Politik“ als Kernfrage der politikwissenschaftlichen Subdisziplin Politische Theorie und Ideengeschichte herausgestellt, G. Straßenberger/H. Münkler, in: H. Buchstein/G. Göhler (Hrsg.), *Politische Theorie und Politikwissenschaft*, Wiesbaden 2007, S. 45 (49).

<sup>320</sup> Vgl. M. Llanque, in: ders. (Hrsg.), *Souveräne Demokratie und soziale Homogenität. Das politische Denken Hermann Hellers*, Baden-Baden 2010, S. 95 (99 f.).

<sup>321</sup> Vgl. G. Straßenberger/H. Münkler, in: H. Buchstein/G. Göhler (Hrsg.), *Politische Theorie und Politikwissenschaft*, Wiesbaden 2007, S. 45 (56 f.).

Arbeit als legitime Aufgabe der politischen Theorie und Ideengeschichte anerkennen. So fordern beispielsweise Vertreterinnen und Vertreter der sog. *Cambridge School* der politischen Ideengeschichte wie Quentin Skinner eine Beschränkung der politischen Ideengeschichte auf die Untersuchung von konkret-individuellen Sprechakten politik-theoretischen Argumentierens im Diskurs der jeweiligen Zeit: Die hinter den Sprechakten stehenden Intentionen, ihr kommunikativ-sprachliches Umfeld und die von ihnen adressierten konkreten Problemlagen seien maßgeblich.<sup>322</sup> Die Suche nach „universellen Wahrheiten“, welche aus klassischen Texten gelernt werden könnten“, sei daher von vorneherein „töricht naiv“.<sup>323</sup> Im deutschen Sprachraum hat u. a. Wolfgang Kersting davor gewarnt, theoretische und methodologische Prämissen, welche an das politische Denken einer bestimmten historischen Phase (etwa ‚der Moderne‘) geknüpft sind, auf andere historische Phasen (etwa ‚die Vormoderne‘) zu übertragen: Beispielsweise sei es unzulässig, Niccolò Machiavelli und seine politische Klugheitslehre aus der von Thomas Hobbes geprägten wissenschaftstheoretisch-methodologischen Perspektive als Staats- und Legitimationstheoretiker zu lesen; „Machiavelli [sei] kein Proto-Hobbes“.<sup>324</sup>

Da ideenpolitisches Arbeiten im Sinn Straßenbergers und Münklers zunächst einmal (selbstverständlich) *auch* eine historisch-analytische Komponente als Basis hat, *kann es insoweit* freilich methodologische Schnittmengen mit den zuletzt referierten kontextsensiblen Ansätzen geben: Schließlich geht es Straßenberger und Münkler darum, die „eigen[e] Problemperzeption in der Rekonstruktion der spezifischen Problembearbeitungskompetenz einer [vorgefundenen] Theorie“ zu schu-

---

<sup>322</sup> Deutlich Q. Skinner, *History and Theory* 8 (1969), 3 (50): „Any statement [...] is inescapably the embodiment of a particular intention, on a particular occasion, addressed to the solution of a particular problem, and thus specific to its situation in a way that it can only be naive to try to transcend. The vital implication here is not merely that the classic texts cannot be concerned with our questions and answers, but only with their own. [...] Moreover,] there simply are no perennial problems in philosophy: there are only individual answers to individual questions“; referierend zu den methodologischen Ansätzen der *Cambridge School*: B. Quèlennec, in: G. Raulet/M. Llanque (Hrsg.), *Geschichte der politischen Ideengeschichte*, Baden-Baden 2018, S. 461 (464, 471 ff.), welcher die methodologischen Positionen der *Cambridge School* unter den Schlagworten Verwissenschaftlichung und Entpolitisierung der politischen Ideengeschichte und mit Blick auf die Unterscheidung von politischer Philosophie und politischer Ideengeschichte diskutiert und mit der (ideenpolitischen) Schule von Leo Strauss kontrastiert; die Auseinandersetzung zwischen *Cambridge School* und *Straussians* schildert letztlich Quèlennec, a. a. O., v. a. auch als ‚methodologiepolitische‘ Debatte.

<sup>323</sup> Q. Skinner, *History and Theory* 8 (1969), 3 (50).

<sup>324</sup> W. Kersting, Niccolò Machiavelli, 3. Aufl., München 2006, S. 10; kritisch dazu K. Fischer, in: H. Bluhm/ders./M. Llanque (Hrsg.), *Ideenpolitik. Geschichtliche Konstellationen und gegenwärtige Konflikte*, Berlin 2011, S. 39 (51) – Fischer verortet (a. a. O. [50 f.]) Machiavelli durchaus auf „lange[n] Linien“, welche von der römischen Antike (Machiavellis Ablehnung von Augustinus’ „proto-rechtsstaatlicher Selbstbeschränkung“) hin zur Übergangsphase zwischen Vormoderne und Moderne (Machiavelli und die „tugendorientiert republikanische Tradition Alteuropas“, welche später in einen Antagonismus mit dem politischen Liberalismus treten wird) reichen.

len<sup>325</sup>. Hierzu sei es nun aber zunächst erforderlich, historische politische Denkerinnen und Denker „nicht als Produzenten fertiger Antworten [...], sondern als die, deren Denken mit der Bestandsaufnahme und Problemanalyse beginnt“<sup>326</sup>, zu begreifen. Insoweit lässt sich durchaus an den von Skinner betonten Aspekt der konkreten sprachlich-kommunikativen Verfasstheit politischer Ideen anknüpfen.<sup>327</sup> Die Besonderheit des „Ideenpolitik“-Ansatzes wird dann aber beim nächsten Arbeitsschritt der „Ideenpolitik“ deutlich, bei welchem – auf die Rekonstruktion des Vorgefundenen aufbauend und von dieser geschult – eigene „Antworten und Lösungsstrategien zu entwerfen“ seien.<sup>328</sup>

## **2. ‚Ideenpolitikforschung‘: ‚Ideenpolitik‘ als Gegenstand der (Politik-)Wissenschaft**

Ideenpolitische Zusammenhänge können auch *Forschungsgegenstand* der politischen Wissenschaft sein; es geht dann *weniger* darum, als Forschende oder Forschender *selbst* ideenpolitisch aktiv zu sein, sondern darum, die vorgefundenen ideenpolitischen Aktivitäten *anderer* wissenschaftlich nachzuvollziehen.<sup>329</sup>

Wird fremde Ideenpolitik zum Forschungsgegenstand, so ist die Forschungsperspektive eine der (teilnehmenden) Beobachtung: Die forschende Instanz beobachtet, in welcher Weise, mit welchen Zielen und mit welchen Effekten ideengeschichtliches Material von Theoretikerinnen und Theoretikern der Politik, aber auch von Praktikerinnen und Praktikern der Politik zurechtgelegt (und dann auf neue Sachverhalte angewendet) wurde und wird. Diese Perspektive soll vorliegend als ‚Ideenpolitikforschung‘ bezeichnet werden.<sup>330</sup> Dem korrespondiert der später zu umreißende Ansatz der ‚Rechtsdogmatikforschung‘ (s. u. § 9, A.).

---

<sup>325</sup> G. Straßenberger/H. Münkler, in: H. Buchstein/G. Göhler (Hrsg.), Politische Theorie und Politikwissenschaft, Wiesbaden 2007, S. 45 (57).

<sup>326</sup> G. Straßenberger/H. Münkler, in: H. Buchstein/G. Göhler (Hrsg.), Politische Theorie und Politikwissenschaft, Wiesbaden 2007, S. 45 (56).

<sup>327</sup> Freilich gibt es auch Ideenpolitikkerinnen und Ideenpolitikker, welche diesen Aspekt nicht ernst nehmen und bereits die Analyse des Vorgefundenen unreflektiert aus der Sicht der Gegenwart oder mit Blick auf die Zukunft verzerren.

<sup>328</sup> G. Straßenberger/H. Münkler, in: H. Buchstein/G. Göhler (Hrsg.), Politische Theorie und Politikwissenschaft, Wiesbaden 2007, S. 45 (56).

<sup>329</sup> Vgl. G. Raulet/M. Llanque, in: ders./ders. (Hrsg.), Geschichte der politischen Ideengeschichte, Baden-Baden 2018, S. 9 (16), welche das mit der Forderung an Politikwissenschaftlerinnen und -wissenschaftler verbinden, „soweit das wiederum möglich ist, selbst nicht Teil der Ideenpolitik [zu] werden“.

<sup>330</sup> Abzugrenzen (freilich nicht hermetisch zu trennen) ist Ideenpolitikforschung von Analyseansätzen, welche nicht primär auf die Analyse des Umgangs mit ideengeschichtlichem Material, sondern auf die Offenlegung der Beweggründe ‚hinter‘ politischer Argumentation zielen: Dies ist etwa der Impetus hinter Charles A. Beards oben mehrfach erwähnter „ökonomischer Analyse“ der *Federalist/Anti-Federalist-Debatte* als ‚Klassenkampf‘: s. o. B. III. 4. u. B. IV. 2.

Als instruktives Beispiel<sup>331</sup> für Ideenpolitikforschung kann die Analyse der Ideenpolitik Hermann Hellers durch Marcus Llanque dienen – Heller ist in dieser Konstellation der theoretisch-praktische Ideenpolitiker, Llanque derjenige, der die Ideenpolitik Hellers nachvollziehend wissenschaftlich untersucht.<sup>332</sup> Llanque verdeutlicht, dass das ideengeschichtliche Arbeiten Hellers (insbesondere in seiner Habilitationsschrift „Die politischen Ideenkreise der Gegenwart“ von 1926<sup>333</sup>) *bereits* darauf ausgerichtet sei, Hellers Analyse der zeitgenössischen politischen Situation der Weimarer Republik gedanklich *vorzubereiten*.<sup>334</sup> Llanque zeigt, dass es Heller dabei darauf ankomme, „Deutungspotentiale“ der ideengeschichtlichen Tradition(en) auszukosten und für seine Gegenwart nutzbar zu machen.<sup>335</sup> Wenn Heller betont, dass „[d]emokratischer, liberaler, nationaler und sozialistischer Ideenkreis, ja sogar aufgeklärter Absolutismus [...] sich gegenseitig bedingende und ineinandergreifende Teilprobleme und Lösungsversuche d[er] Kardinalfrage [... nach dem] gesellschaftsimmanenten *ordre naturel*“ und beispielsweise „Liberalismus und Sozialismus [...] Entwicklungsmomente der Demokratie“ seien<sup>336</sup>,

<sup>331</sup> Weitere instruktive Beispiele für den wissenschaftlichen Nachvollzug fremder ideenpolitischer Argumentation bei R. Mehring, in: G. Raulet/M. Llanque (Hrsg.), *Geschichte der politischen Ideengeschichte*, Baden-Baden 2018, S. 203 (205 bzw. 213), zu unterschiedlichen Phasen der offenen, forcierten Ideenpolitik („agonale Ideengeschichte“ eines „Mineurs“) bei Carl Schmitt (zunächst im „Kampf mit Weimar – Genf – Versailles“, dann „bei der ‚geistigen Eroberung‘ des Vokabulars in nationalsozialistische[r] Offensive“); sowie bei M. Llanque, in: W. Reese-Schäfer/S. Salzborn (Hrsg.), „Die Stimme des Intellekts ist leise“. *Klassiker/innen des politischen Denkens abseits des Mainstreams*, Baden-Baden 2015, S. 41 (52 ff.), zur Ideenpolitik von Michel Foucault („mit Platon“) und zur Ideenpolitik von Leo Strauss („mit Xenophon“) – Llanque fokussiert hier den Zusammenhang von Ideenpolitik und *Rezeptionspolitik* (sowie Kanonbildung; zur Kanonbildung als Teilaspekt der Rechtsdogmatik knapp unter § 7, A. III. 1.).

<sup>332</sup> Vgl. M. Llanque, in: ders. (Hrsg.), *Souveräne Demokratie und soziale Homogenität. Das politische Denken Hermann Hellers*, Baden-Baden 2010, S. 95 (96 ff.; 107 ff.). Ob Llanque in diesem Beitrag wiederum selbst Ideenpolitik betreibt, ist die nächste Frage: Jedenfalls bereitet er auf höherer Abstraktionsebene – wissenschaftspolitisch – das disziplinäre Programm der politikwissenschaftlichen Ideenpolitik in seinem Beitrag mit auf und vor. Ein Analyse-Beispiel, bei welchem nachvollzogene fremde Ideenpolitik und eigene Ideenpolitik deutlicher ineinander übergehen, sind die Ausführungen von G. *Straßenberger/H. Münkler*, in: H. Buchstein/G. Göhler (Hrsg.), *Politische Theorie und Politikwissenschaft*, Wiesbaden 2007, S. 45 (57 ff.), zu Alexis de Tocqueville; weitere Beispiele im Band H. Bluhm/K. Fischer/M. Llanque (Hrsg.), *Ideenpolitik. Geschichtliche Konstellationen und gegenwärtige Konflikte*, Berlin 2011.

<sup>333</sup> H. Heller, *Die politischen Ideenkreise der Gegenwart [1926]*, in: *Gesammelte Schriften*, hrsg. v. M. Drath/O. Stammer/G. Niemeyer/F. Borinski, Bd. I, Leiden, Niederlande, 1971, S. 267 ff.

<sup>334</sup> Vgl. M. Llanque, in: ders. (Hrsg.), *Souveräne Demokratie und soziale Homogenität. Das politische Denken Hermann Hellers*, Baden-Baden 2010, S. 95 (99 f.).

<sup>335</sup> Vgl. M. Llanque, in: ders. (Hrsg.), *Souveräne Demokratie und soziale Homogenität. Das politische Denken Hermann Hellers*, Baden-Baden 2010, S. 95 (100).

<sup>336</sup> H. Heller, *Die politischen Ideenkreise der Gegenwart [1926]*, in: *Gesammelte Schriften*, hrsg. v. M. Drath/O. Stammer/G. Niemeyer/F. Borinski, Bd. I, Leiden, Niederlande, 1971, S. 267 (281).

dann arbeite er – so Llanque – im vielfältigen ideengeschichtlichen Material die Momente der politischen Kooperation und der Integration heraus.<sup>337</sup> Diese Momente lasse Heller dann gegenwarts- und zukunftsgerichtet in die Konturierung von Figuren wie „sozialer Rechtsstaat“ und „demokratische Souveränität“ münden.<sup>338</sup>

Freilich wird Ideenpolitikforschung letztlich nicht betreibbar sein, ohne als forschende Person dabei selbst wiederum in einem Mindestmaß Ideenpolitik zu betreiben<sup>339</sup>: Schon die Auswahl des auszuwertenden Materials perpetuiert bestimmte Denkmuster. In einem Mindestmaß ist Ideenpolitik unhintergebar. Immerhin kann die forschende Instanz hiermit aber bewusst-reflektiert umgehen.

### 3. ‚Ideenpolitik‘ als Gegenstand der vorliegenden Studie

Im obigen Abschnitt zur *Federalist/Anti-Federalist*-Debatte der 1780er Jahre werden die *Federalists* als politische Denker und Akteure begriffen, die in einer historisch-politischen Situation eine „Bestandsaufnahme und Problemanalyse“ betrieben (nämlich insbesondere des Befunds einer zu schwachen Union unter den *Articles of Confederation* von 1777) und „anschließend [...] Antworten und Lösungsstrategien“ entworfen haben (nämlich das Modell des freiheitlich-national-staatlich-repräsentativ-demokratischen Föderalismus der US-Verfassung und der *Federalist Papers*). Damit wird im obigen Abschnitt eine ideenpolitische Konstellation beschrieben – fremde Ideenpolitik wird also als Untersuchungsgegenstand begriffen, Ideenpolitikforschung wird betrieben.

Im weiteren Verlauf der vorliegenden Untersuchung wird es vor allem darum gehen, die – ihrerseits wiederum ideenpolitische – Rezeption der Ideenpolitik der *Federalist/Anti-Federalist*-Debatte zu analysieren. Auch insoweit soll nicht vorrangig Ideenpolitik, sondern Ideenpolitikforschung betrieben werden.

---

<sup>337</sup> Vgl. M. Llanque, in: ders. (Hrsg.), *Souveräne Demokratie und soziale Homogenität. Das politische Denken Hermann Hellers*, Baden-Baden 2010, S. 95 (96 f., 99 f., 109). Die Suche nach der gemeinsamen Wurzel, welche Kooperation und Integration ermögliche, unterscheidet Hellers Ansatz zudem von demjenigen Carl Schmitts, vgl. a. a. O. (109).

<sup>338</sup> Vgl. M. Llanque, in: ders. (Hrsg.), *Souveräne Demokratie und soziale Homogenität. Das politische Denken Hermann Hellers*, Baden-Baden 2010, S. 95 (107 ff.). Ideenpolitisch-integrative Vorbereitung dieser Gedankengebäude bei H. Heller, *Die politischen Ideenkreise der Gegenwart* [1926], in: *Gesammelte Schriften*, hrsg. v. M. Drath/O. Stammer/G. Niemeyer/F. Borinski, Bd. I, Leiden, Niederlande, 1971, S. 267 (375 ff.) – gleichsam als Endpunkt der Habilitation.

<sup>339</sup> Daher fordern G. Raulet/M. Llanque, in: ders./ders. (Hrsg.), *Geschichte der politischen Ideengeschichte*, Baden-Baden 2018, S. 9 (16), auch ‚nur‘, „soweit das wiederum möglich ist, selbst nicht Teil der Ideenpolitik [zu] werden“ (Hervorh. R.D.N.).

## II. Zur Strahlkraft der *Federalist/Anti-Federalist-Debatte* in Raum und Zeit

Was hat nun eine ideenpolitische Debatte aus den Vereinigten Staaten von Amerika der 1780er Jahre mit der heute geltenden gerichtlich durchsetzbaren Dogmatik des Föderalismusverfassungsrechts der USA und der Bundesrepublik Deutschland zu tun? Zur Annäherung an diese Frage sind zunächst einige – bewusst – anekdotische Ausführungen zur ideenpolitischen Rezeption der Debatte zu machen:

### 1. Momente und Orte des Fortwirkens der Debatte im ‚langen 19. Jahrhundert‘

#### a) USA: John C. Calhouns ‚föderalistischer Anti-Föderalismus‘

Auch wenn sich die *Federalists* als Verfassungsentwurfsbefürworter 1788 jedenfalls für einen – freilich ‚entscheidenden‘ – geschichtlichen Moment durchsetzten, blieb die Debatte um die konkurrierenden Konzeptualisierungen von ‚Föderalismus‘ und ‚Demokratie‘ in den USA – in Theorie und Praxis – virulent.<sup>340</sup> Saul Cornell spricht mit Blick auf die Zeit Ende des 18. Jahrhunderts von der Herausbildung einer „loyalen Opposition“ der *Anti-Federalists* und von einem „*dissenting constitutional discourse*“, welcher sich aus der Sphäre der Verfassungsgebung in die Sphäre der Verfassungsinterpretation verlagerte und dort insbesondere für eine restriktive Auslegung von Bundeskompetenzen stritt.<sup>341</sup> Freilich war dabei auch der Modus der förmlichen Verfassungsänderung aktiv, wie die Ergänzung der *Bill of Rights* (1791), u. a. mit dem einzelstaatenschützenden Zehnten Zusatzartikel<sup>342</sup> zu US-Verfassung, zeigt. Auch im Verlauf des 19. Jahrhunderts blieben intensive ideenpolitische Konflikte; diese gipfelten in der militärischen Zuspitzung im

<sup>340</sup> Vgl. S. Cornell, *The Other Founders. Anti-Federalism and the Dissenting Tradition in America, 1788–1828*, Chapel Hill, N.C., U.S.A., u. a., 1999, S. 147 ff.; S. S. Krause, PVS 55 (2014), 94 (95 f.); D. Jörke, in: E. M. Hausteiner (Hrsg.), *Föderalismen. Modelle jenseits des Staates*, Baden-Baden 2016, S. 81 (90): „bereits ab 1800, mit der Wahl von Jefferson, schlug das Pendel wieder in die andere Richtung“ (in Richtung der Beschränkung der Macht der Bundesebene); vgl. P. Watson, *Ideen. Eine Kulturgeschichte von der Entdeckung des Feuers bis zur Moderne*, übersetzt v. Y. Badal, München 2006 [2005], S. 919: „Der wohl brillianteste, aber gewiss auch empfindlichste Aspekt des politisch-rechtlichen Systems in Amerika war der Föderalismus“.

<sup>341</sup> S. Cornell, *The Other Founders. Anti-Federalism and the Dissenting Tradition in America, 1788–1828*, Chapel Hill, N.C., U.S.A., u. a., 1999, S. 160; die Formeln „*loyal opposition*“ und „*dissenting constitutional discourse*“ werden aufgegriffen bei J. Auderset, *Transatlantischer Föderalismus. Zur politischen Sprache des Föderalismus im Zeitalter der Revolutionen, 1787–1848*, Berlin u. a. 2016, S. 68, 171. Zum Umschwenken auf den Modus der Interpretation bemerkt ders., a. a. O., S. 172: „Ironischerweise sollten die ehemaligen *Antifederalists* in den 1790er Jahren zu den strengsten Interpreten jenes Textes werden, den sie in den Ratifikationsdebatten noch abgelehnt hatten.“

<sup>342</sup> Zu diesem auch unten § 4, B. I. 2.

*American Civil War* 1861–65. Das föderalismusverfassungsrechtliche Verhältnis zwischen Einzelstaaten und Bundesebene war aber schon zuvor, in der frühen US-amerikanischen Republik, höchst umstritten:

Greifbar wurde dies u. a. in den *Kentucky and Virginia Resolutions* von 1798/99<sup>343</sup> und in der sog. *nullification crisis* um 1830: Die am wirkmächtigsten von John C. Calhoun vertretene *nullification thesis* ging dahin, den Einzelstaaten das Recht zuzubilligen, Bundesgesetze an der Bundesverfassung zu prüfen und – im Fall eines negativen Ergebnisses dieser Prüfung – für das eigene Territorium außer Geltung zu setzen.<sup>344</sup> Diese departmentalistische Theorie<sup>345</sup> machte South Carolina im Jahr 1832 zur Grundlage, um den Vollzug bestimmter Abgabengesetze der Bundesebene (Handelszölle) in South Carolina zu unterbinden; schließlich wurde die Krise dadurch abgewendet, dass auf Bundesebene neue Abgabengesetze erlassen wurden, welche die Interessen der Südstaaten stärker berücksichtigten.<sup>346</sup> Bemerkenswert ist hierbei, dass Calhoun, welcher während der *nullification crisis* auch Vizepräsident der USA war, sich keinesfalls eindeutig als Anhänger der *Anti-Federalists* charakterisieren lässt.<sup>347</sup> Tatsächlich argumentierte Calhoun in seinen Schriften teilweise –

<sup>343</sup> Diese Resolutionen wurden (verdeckt) verfasst von Thomas Jefferson (*Kentucky Resolution*) und James Madison (*Virginia Resolution*) als Reaktion auf den Erlass der *Alien and Sedition Acts* von 1798, oppositionsfeindlicher Bundesgesetze, welche von vielen Vertretern der südlicheren Einzelstaaten als kompetenzwidrig empfunden wurden, vgl. H. Brogan, *The Penguin History of the USA*, 2. Aufl., London, U.K., 2001, S. 262 f. Laut J. Bednar, *The Robust Federation*, Cambridge, Mass., U.S.A., 2009, S. 203 f., habe Madison (anders als Jefferson und später John C. Calhoun) nicht für *nullification* und nicht für *intergovernmental retaliation* plädiert, sondern ein gemäßigteres Zeichen gegen die als kompetenzwidrig empfundenen Bundesgesetze setzen wollen.

<sup>344</sup> S. hierzu zunächst „*Exposition and Protest*“ (eine Kombination aus einem zunächst anonym veröffentlichten Essay Calhouns und einer Resolution des Parlaments von South Carolina) v. 1828: J. C. Calhoun, in: *Union and Liberty*, hrsg. v. R. M. Lence, Indianapolis, Ind., U.S.A., 1992 [1828], S. 311 ff.; ausdrücklich affirmativ zum Begriff „*nullification*“ führt Calhoun später in der „*Fort Hill Address*“ (1831) aus, s. *ders.*, a. a. O., S. 367 (371): „*in case of a deliberate, palpable, and dangerous exercise of power not delegated, [the several States] have the right, in the last resort, [...] to interpose for arresting the progress of the evil, and for maintaining, within their respective limits, the authorities, rights, and liberties appertaining to them. 'This right of interposition, [...] be it called what it may – State-right, veto, nullification, or by any other name – I conceive to be the fundamental principle of our system'.*“

<sup>345</sup> Zum (föderalismusverfassungsrechtlichen) Departmentalismus unten § 8, B. I.

<sup>346</sup> Vgl. H. Brogan, *The Penguin History of the USA*, 2. Aufl., London, U.K., 2001, S. 295; L. P. Masur, *The Sum of Our Dreams. A Concise History of America*, New York, N.Y., U.S.A., 2020, S. 62 f.; zur *nullification crisis* und der Problematik, dass das föderalismusverfassungsrechtliche Verhältnis in der US-Verfassung (zu weit) offengehalten worden war: S. S. Krause, *PVS* 55 (2014), 94 (96).

<sup>347</sup> Vgl. S. Cornell, *The Other Founders. Anti-Federalism and the Dissenting Tradition in America, 1788–1828*, Chapel Hill, N.C., U.S.A., u. a., 1999, S. 294 ff., m. w. N.; vgl. auch H. L. Cheek, *Calhoun and Popular Rule. The Political Theory of the Disquisition and Dis-course*, Columbia, Mo., U.S.A., 2001, S. 8: „*Although Calhoun did not define himself explicitly as an Antifederalist, he imbibed Antifederalist political theory from his father, Patrick Calhoun.*“



freilich in kritischer und zum Teil eigenwilliger Lesart – mit Gedanken einiger *Federalist Papers* (etwa mit *Federalist No. 10* von Madison), weniger aber mit Konzepten der *Anti-Federalists*.<sup>348</sup> Er versuchte, Madisons Gewaltenteilungstheorie (s. o. B. III. 4.) – ideenpolitisch – in ein Plädoyer für die *nullification thesis* zu überführen.<sup>349</sup> Vor diesem Hintergrund lässt sich Calhouns Ideenpolitik – überspitzt – als ‚föderalistischer Anti-Föderalismus‘ bezeichnen. Später sollte Calhoun seinerseits immer wieder ideenpolitisch rezipiert werden, bei Carl Schmitt etwa als ein Theoretiker „der Verfassungslehre eines Bundes“ (s. u. § 2, C. I. 1. c)).<sup>350</sup>

Grundsätzlich spendeten spätere Generationen von Politik-Theoretikerinnen und Politik-Theoretikern den ‚Gewinnern‘ der historischen Debatte, den *Federalists*, größere Aufmerksamkeit als den *Anti-Federalists*.<sup>351</sup> Zum Teil kommentierten auch Teilnehmer der ursprünglichen Debatte von 1787/88 deren ideenpolitische Rezeption in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts selbst: Vor allem James Madison begleitete die Auseinandersetzungen diskursiv und – als vierter Präsident der USA (1809 bis 1817) – auch ‚praktisch‘-operativ. Im Dezember 1831 blickte Madison angesichts der fortdauernden Unsicherheiten im föderalen System der USA auf seinen ideenpolitischen Beitrag zu den *Federalist Papers* zurück: Er verteidigt sich gegen Kritik, welche seine ideenpolitische Argumentation – seiner Auffassung nach

---

<sup>348</sup> Vgl. etwa die Schrift *A Discourse on the Constitution and Government of the United States: J. C. Calhoun*, in: *Union and Liberty*, hrsg. v. R. M. Lence, Indianapolis, Ind., U.S.A., 1992, S. 79 (108 f., 240 ff.); dazu S. Cornell, *The Other Founders. Anti-Federalism and the Dissenting Tradition in America, 1788–1828*, Chapel Hill, N.C., U.S.A., u. a., 1999, S. 297; vgl. auch die Bemerkung des Herausgebers Lence: *Union and Liberty*, hrsg. v. R. M. Lence, Indianapolis, Ind., U.S.A., 1992, S. 79.

<sup>349</sup> Vgl. S. Cornell, *The Other Founders. Anti-Federalism and the Dissenting Tradition in America, 1788–1828*, Chapel Hill, N.C., U.S.A., u. a., 1999, S. 297.

<sup>350</sup> Schmitt führte in seiner „Verfassungslehre“ im Rahmen der verfassungstheoretischen Skizze seiner ‚Bundes‘-Lehre (dazu unten § 2, C. I. 1.) zur *nullification thesis* und zur Theorie der ‚states rights‘ bei Calhoun aus: C. Schmitt, *Verfassungslehre*, München u. a. 1928, S. 373 ff.: „Es handelt sich bei den Lehren von Calhoun und Seydel um wesentliche Begriffe der Verfassungslehre eines Bundes, mit deren Hilfe bestimmte politische Gebilde in ihrer Eingart erkannt werden sollen“.

<sup>351</sup> Vgl. D. Jörke, *Kritik demokratischer Praxis. Eine ideengeschichtliche Studie*, Baden-Baden 2011, S. 154 f. (dort insbesondere Fn. 208); dazu, dass die Rezeption der *Anti-Federalists* erst ab den 1960er Jahren einen Schub bekommen hat: A. R. Amar, *The Bill of Rights. Creation and Reconstruction*, New Haven, Conn., U.S.A., 1998, S. 302: Katalysatoren der späten Rezeption der *Anti-Federalists* waren insbesondere die Textsammlungen von C. M. Kenyon, *The Antifederalists*, Boston, Mass., U.S.A., 1966, und H. J. Storing, *The Complete Anti-Federalist*, Bd. 1, Chicago, Ill., U.S.A., 1981 (und Folgebände); beachte allerdings andererseits die Beobachtung, dass bestimmte Elemente des politischen Entwurfs auch der *Federalists* erst im 20. Jahrhundert wirkmächtig geworden seien, bei L. D. Kramer, *Harvard Law Review* 112 (1999), 611: Laut Larry D. Kramer habe James Madison im Wesentlichen erst im 20. Jahrhundert eine nennenswerte Rezeption erfahren: „*Madison’s argument, particularly those aspects that are important to theorists today, played essentially no role in shaping the Constitution or its ratification. Madison did not find an audience until well into our own century*“.



fälschlicherweise – als zentralistisch und staatenfeindlich charakterisierte.<sup>352</sup> Andererseits kritisierte Madison aber auch die angesprochene ideenpolitische Inanspruchnahme der *Federalist Papers* durch Calhoun.<sup>353</sup>

*b) Frankreich: komparatistische Ideenpolitik bei Alexis de Tocqueville*

Madison behauptete im Dezember 1830, dass die symbiotische Verbindung von Föderalismus und repräsentativer Demokratie, die er in den *Federalist Papers* entfaltet hatte (s. o. B. III. 3. u. 5.), für die Verfassungsordnungen aller „republikanischer“ Staaten, also potenziell auch für den ‚Alten Kontinent‘ von Bedeutung sein könne.<sup>354</sup> Madison betonte in einem Brief an den französischen *Marquis de La Fayette* die Inspirationskraft des US-amerikanischen ‚Föderalismus‘-„Experiments“: „*In the contingency of a practical question of a Government involving the element of Federalism, every light reflected from our Experiment may have a degree of interest*“<sup>355</sup> (vgl. hierzu bereits die Ausführungen am Beginn dieser Studie in der Einleitung). Außerhalb der USA wurden die Theoriebeiträge der *Federalist/Anti-Federalist*-Debatte zu einem Teil des „Ideenreservoirs“<sup>356</sup> für die Gestaltung von konkreten Verfassungsordnungen und die begleitenden politik-theoretischen Diskussionen.<sup>357</sup> Besonders wichtig für die transatlantische Ausbreitung des politischen Denkens von *Federalists* und *Anti-Federalists* war Alexis de Tocqueville: Nach

<sup>352</sup> Vgl. den Brief an den US-amerikanischen Diplomaten Nicholas Philip Trist: *J. Madison*, in: *The Writings of James Madison*, Bd. IX, hrsg. v. G. Hunt, New York, N.Y., u. a. 1910 [1831], S. 471 (473 ff.); zu diesem Brief auch S. S. Krause, PVS 55 (2014), 94 (96), welche Madisons Ausführungen als Geständnis einer Sprachlosigkeit deutet.

<sup>353</sup> Vgl. S. Cornell, *The Other Founders. Anti-Federalism and the Dissenting Tradition in America, 1788–1828*, Chapel Hill, N.C., U.S.A., u. a., 1999, S. 297 f. (dort in Fn. 48 a. E.). Auch W. K. Bolt, *American Nineteenth Century History* 5/3 (2004), S. 1 (1), bemerkt, dass Madison Calhoun bei dessen ideenpolitischer Inanspruchnahme korrigierte („*Madison corrected Calhoun on the implementation of Madisonian precedents*“) und beschreibt das Verhältnis der beiden als eines von „*Founding Father and Rebellious Son*“; vgl. außerdem J. Bednar, *The Robust Federation*, Cambridge, Mass., U.S.A., 2009, S. 204.

<sup>354</sup> Brief vom 12. Dezember 1830 an den *Marquis de La Fayette*: *J. Madison*, in: *Letters and Other Writings of James Madison*, Bd. IV, Philadelphia, Pa., U.S.A., 1867 [1830], S. 141 (141 f.): „*[...] a federal mixture would present itself as worthy of favorable consideration. I have been confirmed in my original opinion, that it will improve any Republic, and that it is essential to one in a country like France*“; vgl. in diesem Zusammenhang S. S. Krause, PVS 55 (2014), 94 (96), zu Madisons Bewusstsein für „den Beispielcharakter des amerikanischen Demokratiemodells“ für „die Demokratisierung und konstitutionellen Reformen des 19. Jahrhunderts“.

<sup>355</sup> Brief vom 12. Dezember 1830 an den *Marquis de La Fayette*: *J. Madison*, in: *Letters and Other Writings of James Madison*, Bd. IV, Philadelphia, Pa., U.S.A., 1867 [1830], S. 141 (142).

<sup>356</sup> Allgemein zum „Ideenreservoir“ der politischen Ideengeschichte H. Bluhm/K. Fischer/ M. Llanque, in: dies. (Hrsg.), *Ideenpolitik. Geschichtliche Konstellationen und gegenwärtige Konflikte*, Berlin 2011, S. IX f.

<sup>357</sup> Vgl. S. S. Krause, PVS 55 (2014), 94 (96).

seiner Amerika-Reise zu Beginn der 1830er Jahre beschrieb der Franzose in seiner Schrift *„De La Démocratie en Amérique“* (1835) die föderal gegliederte demokratische Ordnung der USA; Grundlage dieser Arbeit war – neben ‚Experteninterviews‘ mit US-amerikanischen Funktionsträgern und Politikern auf der Reise<sup>358</sup> – auch seine Beschäftigung mit der ideenpolitischen Arbeit, die von *Federalists* und *Anti-Federalists* geleistet worden war.<sup>359</sup> Seine Tagebuchaufzeichnungen geben Hinweise, dass sich de Tocqueville mit den *Federalist Papers* stärker auseinandergesetzt hatte, als die Zitate in *„De La Démocratie en Amérique“* nahelegen.<sup>360</sup> Und obwohl er der Auffassung war, dass das US-amerikanische föderale System in den europäischen Nationalstaaten nicht zu verwirklichen sei,<sup>361</sup> hielt er es dennoch für fruchtbar, sich als Europäer mit diesem System (und der korrespondierenden Ideenpolitik) zu befassen.<sup>362</sup> Damit ist de Tocquevilles Schrift *„De La Démocratie en Amérique“* letztlich *ihrerseits* deutlich ideenpolitisch geprägt.<sup>363</sup> Es ging ihm auf höherer Abstraktionsebene – in den Worten von Skadi S. Krause – um den „Zusammenhang von politischen Institutionen und politischer Kultur“ und dabei insbesondere um die Rolle der Kommunen und der Selbstverwaltung in den USA und in Frankreich,<sup>364</sup> damit legte er „eine Erweiterung des Verfassungskommentars der *Federalists*“ vor, schließlich hatten diese – anders als einige *Anti-Federalists* (s. o. B. IV. 1. u. 2.) – die

<sup>358</sup> Vgl. M. G. Schmidt, *Demokratietheorien: Eine Einführung*, 6. Aufl., Wiesbaden 2019, S. 117; S. S. Krause, PVS 55 (2014), 94 (99).

<sup>359</sup> Vgl. J. T. Schleifer, *The Making of Tocqueville's Democracy in America*, 2. Aufl., Indianapolis, Ind., U.S.A., 2000, S. 115 ff., für eine Beschreibung der Umstände, unter denen de Tocqueville im Dezember 1831 mit den *Federalist Papers* in Kontakt kam; vgl. auch S. S. Krause, PVS 55 (2014), 94 (99), die darauf hinweist, dass de Tocqueville v. a. auch die Rolle direkter Demokratie und Selbstverwaltung auf lokaler Ebene betonte (wozu sich die *Federalist Papers* kaum, wohl aber die *Anti-Federalists* verhielten).

<sup>360</sup> Vgl. J. T. Schleifer, *The Making of Tocqueville's Democracy in America*, 2. Aufl., Indianapolis, Ind., U.S.A., 2000, S. 123 ff. Schleifer weist a. a. O. (129) auch darauf hin, dass de Tocqueville Argumente der *Federalists* ideenpolitisch verzerrte (mit Blick auf eine Überschätzung der politischen und verfassungsrechtlichen Stellung der Einzelstaaten).

<sup>361</sup> Vgl. etwa A. de Tocqueville, *Über die Demokratie in Amerika*, hrsg. v. J. P. Mayer, Stuttgart 1985 [1835], S. 77 (Erster Band, Teil I, 5. Kap.): „Die Dezentralisierung [der Verwaltung] ist dort so weit getrieben, wie es keine europäische Nation ohne tiefes Unbehagen ertrüge“, wobei de Tocqueville an dieser Stelle die Verwaltungsdezentralisierung bis hinunter auf die Gemeindeebene betrachtet.

<sup>362</sup> Vgl. D. Winthrop, *Publius* 6 (1976), 93 (97).

<sup>363</sup> Freilich arbeitete de Tocqueville nicht ‚rein‘ ideengeschichtlich, sondern dezidiert interdisziplinär und bewegte sich zwischen Geschichtswissenschaft, Soziologie (*avant la lettre*) und Politikwissenschaft, vgl. G. Straßenberger/H. Münkler, in: H. Buchstein/G. Göhler (Hrsg.), *Politische Theorie und Politikwissenschaft*, Wiesbaden 2007, S. 45 (60); zu de Tocqueville als Ideenpolitiker: *dies.*, a. a. O. (59): „die politische Wissenschaft [sollte bei de Tocqueville] die ihr eigenen Mittel und Methoden nutzen, um das unheilvolle Auseinanderdriften von Politik und Erfahrung zu kompensieren“; dazu, dass es de Tocqueville v. a. um die Beschreibung, Erklärung und Bewertung institutioneller Strukturen Frankreichs vor der Folie der US-amerikanischen Erfahrungen ging: S. S. Krause, PVS 55 (2014), 94 (100, 112, 114).

<sup>364</sup> Vgl. S. S. Krause, PVS 55 (2014), 94 (114).

Rolle der Kommunen selbst nicht explizit hervorgehoben.<sup>365</sup> Dennoch knüpfte de Tocqueville bei alledem an das Denken der *Federalists* an, indem er in ihrem Verfassungskonzept die Pluralisierung der (repräsentativen) Demokratie auf mehreren Ebenen gegenüber dem monistischen Republikanismus der französischen Tradition in Stellung brachte und auf diese Weise die Kommunen als ‚wertige‘ Orte der Demokratie neben der zentralstaatlichen Ebene beschreiben konnte.<sup>366</sup>

De Tocqueville las die *Federalists* als Ideenpolitiker und arbeitete insoweit selbst ideenpolitisch. Ideenpolitik kommt bei ihm als explizit komparatistische Ideenpolitik daher: Er reflektiert die Schwierigkeiten des Transfers politischer Ideen und Entwürfe von einer in eine andere politische Ordnung: „*Comment un homme qui a vu l'Amérique peut-il croire qu'on puisse transplanter ses lois politiques en Europe [...]?* [...] *O)n ne peut se tromper aussi lourdement.*“<sup>367</sup> Später sollte der Ideenpolitiker de Tocqueville seinerseits immer wieder ideenpolitisch gelesen werden.<sup>368</sup> Dabei verkörpert de Tocqueville die große Bedeutung Frankreichs als Umschlagplatz und Knotenpunkt in transatlantischen Kommunikationsnetzen der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts, wie sie von Juri Auderset näher untersucht wurden: „Gelehrten-Intellektuelle“ (Gangolf Hübinger) oder ‚gar‘ „Gelehrtenpolitiker“ (Friedrich Meinecke) arbeiteten auf diesen verknüpften Wegen insbesondere auch den US-amerikanischen Instrumentalföderalismus transnational-komparatistisch-ideenpolitisch auf.<sup>369</sup>

<sup>365</sup> Vgl. S. S. Krause, PVS 55 (2014), 94 (111); Hervorh. R.D.N.

<sup>366</sup> Vgl. A. de Tocqueville, Über die Demokratie in Amerika, hrsg. v. J. P. Mayer, Stuttgart 1985 [1835], S. 66 ff. (Erster Band, Teil I, 5. Kap.), zur Verwirklichung von „Volkssouveränität“ in den US-amerikanischen Gemeinden u. a. a. O., S. 75 ff. zur demokratie-ermöglichenden Rolle der Dezentralisierung der Verwaltung; vgl. zum Ganzen S. S. Krause, PVS 55 (2014), 94 (113).

<sup>367</sup> Eintrag v. 22. September 1831 über ein Gespräch mit Francis Lieber: A. de Tocqueville, in: *Voyages en Sicile et aux États-Unis, Oeuvres Complètes*, Bd. V, hrsg. v. J.-P. Mayer, 4. Aufl., Paris, Frankreich, 1957 [1831], S. 55 (92).

<sup>368</sup> Vgl. etwa D. Winthrop, Publius 6 (1976), 93, welche die Herausbildung des US-amerikanischen „cooperative federalism“ mit de Tocquevilles Zugriff auf die US-Verfassung deutet; vgl. auch die ideenpolitische Lektüre de Tocquevilles bei G. Straßenberger/H. Münkler, in: H. Buchstein/G. Göhler (Hrsg.), *Politische Theorie und Politikwissenschaft*, Wiesbaden 2007, S. 45 (65 ff.), welche seine Aufmerksamkeit für die Ambivalenzen pluralistischer Demokratie zwischen Integration und Desintegration herausarbeiten und auf das 21. Jahrhundert mit seinen spezifischen Fragen der demokratischen „Zivilreligion“ und die schwierige Rolle von Führungseliten anwenden.

<sup>369</sup> Vgl. zur Bedeutung von Paris als ideenpolitischem Umschlagpunkt J. Auderset, *Transatlantischer Föderalismus. Zur politischen Sprache des Föderalismus im Zeitalter der Revolutionen, 1787–1848*, Berlin u. a. 2016, S. 369, an den Beispielen David Bailie Warden und Robert (v.) Mohl. Zur Einordnung als Diskurs von „Gelehrten-Intellektuellen“ ders., a. a. O., S. 364, mit Hinweis auf G. Hübinger, *Gelehrte, Politik und Öffentlichkeit, Eine Intellektuellengeschichte*, Göttingen 2006, S. 12 f.; dort auch zu Meineckes Begriff des „Gelehrtenpolitikers“. Robert v. Mohl berichtet selbst über seine „Bildungsreise“ nach Paris zu Beginn der 1820er Jahre und darüber, dass diese Reise durch einen erheblichen Druck seines Vaters, Veröffentlichungen hervorzubringen, begleitet war: „Ich darf wohl sagen, daß durch

c) *Deutschland: „Amerika als Argument“ bei Robert (v.) Mohl und Francis Lieber*

Am komparatistisch-ideenpolitischen Gelehrten-Projekt der transnationalen Rezeption und Re-Aktualisierung von Instrumentalföderalismus waren auch Deutsche beteiligt. Im deutschen ‚Föderalismus‘-Diskurs der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts, welcher den Beginn der jahrzehntelangen Diskussion über eine ‚Bundesreform‘ des lose konföderierten Deutschen Bundes bildete,<sup>370</sup> lieferte die damals noch recht junge US-amerikanische Föderation politischen Beobachtern, Kommentatoren und Praktikern ideenpolitisches Referenzmaterial.<sup>371</sup> Charlotte A. Lerg spricht von „Amerika als Argument“ in der Verfassungsrechtspolitik im Deutschen Bund, was – ‚naturgemäß‘ – auch *föderalismusverfassungsrechtspolitische* Aspekte betraf.<sup>372</sup> „Amerika als [ideenpolitisches] Argument“ im Diskussionsfeld der deutschen ‚Bundesreform‘ war freilich von recht unterschiedlicher Substantiierung<sup>373</sup> und zudem vielgestaltig. Wie unterschiedlich die Rezeption US-amerikanischer Ideenpolitik rund um Vorstellungen von ‚Instrumentalföderalismus‘

---

das beständige Drängen auf ein Buch [...] mir namentlich der Aufenthalt in Paris verbittert worden ist“; auf „diese Weise“ sei ihm vom Vater u. a. der erste Band über das Bundesstaatsrecht der Vereinigten Staaten von Amerika „herausgepreßt“ worden, s. R. v. Mohl, Lebenserinnerungen von Robert von Mohl. 1799–1875, Bd. I, Stuttgart u. a. 1902, S. 119. Diese Passage stellt v. Mohl vor den Abschnitt (das „Buch“) „Gelehrtenlaufbahn“ (S. 141 ff.).

<sup>370</sup> Zu „Bundesreformideen [bereits] im Vormärz“ J. Müller, Deutscher Bund und deutsche Nation. 1848–1866, Göttingen 2005, S. 33 ff., 37 (die Bundesreformideen des Vormärzes seien ausschließlich aus liberaler Feder gekommen, was ihre Durchsetzbarkeit von vorneherein erheblich schmälerte). Häufig wird die Diskussion um eine „Bundesreform“ freilich primär auf die Phase *während* und *nach* der Revolution von 1848/49 bezogen (vgl. nur D. Willoweit/S. Schlinker, Deutsche Verfassungsgeschichte, 8. Aufl., München 2019, § 32, Rn. 3) und noch nicht auf die einschlägigen (weniger akut-zugespitzten) Diskussionen im Vormärz bezogen.

<sup>371</sup> Zeitgenössische Bewertung dieser Rolle der USA als Ideenpolitik-Fundgrube etwa bei R. (v.) Mohl, Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes, Bd. 7, 1835, 1 (1), welcher „ein ernstes und genaues Studium“ des US-amerikanischen öffentlichen Rechts „Jede[m], welcher über die großen politischen Fragen unserer Zeit ein eigenes Urtheil haben will“, empfiehlt; und zwar – ganz ideenpolitisch – „gleichgültig, ob derselbe die Theorie oder die Ausübung zum Gegenstande seiner Thätigkeit gewählt hat“, a. a. O. (22).

<sup>372</sup> C. A. Lerg, Amerika als Argument. Die deutsche Amerika-Forschung im Vormärz und ihre politische Deutung in der Revolution von 1848/49, Bielefeld 2011, S. 245 ff.; *dies.*, in: S. S. Krause (Hrsg.), Theories of Modern Federalism, Baden-Baden 2019, S. 233 ff.

<sup>373</sup> C. A. Lerg, in: S. S. Krause (Hrsg.), Theories of Modern Federalism, Baden-Baden 2019, S. 233 (234), differenziert zwischen substantiierten und „rhetorisch“-oberflächlichen, häufig exotisierenden Bezugnahmen; zu den substantiierten Bezugnahmen, welche auf einer tieferen Beschäftigung mit den USA basierten, zählt sie u. a. diejenigen von Robert v. Mohl, welche im Folgenden skizziert werden.

ausfallen konnte, mag eine Gegenüberstellung einschlägiger Gedanken beim vor-märzlichen<sup>374</sup> Robert (v.) Mohl und bei Francis Lieber zeigen:

Der junge Mohl betrachtete sich als einen ideenpolitischen Erben des Denkens der *Federalists*<sup>375</sup>, wobei er bestimmte Ausschnitte aus dem Gedankengebäude der *Federalists* besonders affirmierte: Er würdigte insbesondere die Aspekte des Entwurfs, welche oben mit den Schlagworten des integralen (Wirtschafts-)Nationalismus<sup>376</sup> und der freiheitssichernden Gewaltenteilung (u. a. durch föderale Gliederung)<sup>377</sup> umrissen wurden (s. o. B. III. 1. u. 4.). Diese Gehalte kommen für Mohl dann auch unmittelbar als transatlantisches ideenpolitisches Transplantationsmaterial in Betracht: Politische Theoretiker und Praktiker im Deutschen Bund sollten sich die Unzulänglichkeiten und das Scheitern der zu schwach zentralisierten amerikanischen Konföderation von 1777/81 und den Erfolg der Zentralisierung 1787/89 als Lehre vor Augen führen.<sup>378</sup> Im Hinblick auf das oben skizzierte Modell der ‚Elitendemokratie‘ (s. o. B. III. 2.) stellt sich das ideenpolitische Rezeptionspotential aus Sicht Mohls freilich vollkommen anders dar: Zwar erkannte er die von den *Federalists* in die US-Verfassung gesetzte Elitendemokratie für die USA (dieses angeb-

---

<sup>374</sup> Robert v. Mohl blieb freilich auch im Nachmärz – u. a. in seiner Position als badischer Gesandter bei der Bundesversammlung in den 1860er Jahren – ein für die ‚Bundesreform‘ wichtiger Ideenpolitiker; vgl. nur J. Müller, *Deutscher Bund und deutsche Nation*. 1848–1866, Göttingen 2005, S. 375 ff., zu v. Mohl als politischem Praktiker und seiner Kritik an der Handlungsunfähigkeit des Deutschen Bundes in den 1860er Jahren.

<sup>375</sup> So berichtet v. Mohl selbst in R. v. Mohl, *Lebenserinnerungen von Robert von Mohl*. 1799–1875, Bd. I, Stuttgart u. a. 1902, im Abschnitt „Die Bildungsreise“ (S. 119 ff.) über seine politischen Positionen während seiner (und des 19. Jahrhunderts) Zwanziger Jahre: „Mein politisches Bewußtsein war das eines englischen Whigs, eines französischen Mitglieds der linken Mitte, eines amerikanischen Föderalisten“ (a. a. O., S. 139 f.; hierzu auch J. Auderset, *Transatlantischer Föderalismus. Zur politischen Sprache des Föderalismus im Zeitalter der Revolutionen, 1787–1848*, Berlin u. a. 2016, S. 377); Mohl sah *The Federalist* als „ein Meisterstück von Logik, Scharfsinn und männlicher[!] Beredsamkeit“ an, so R. (v.) Mohl, *Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes*, Bd. 7, 1835, 1 (4). Vgl. näher zu Mohls Lob für und Anschluss an die *Federalists*: J. Auderset, *Transatlantischer Föderalismus. Zur politischen Sprache des Föderalismus im Zeitalter der Revolutionen, 1787–1848*, Berlin u. a. 2016, S. 376 ff., welcher Mohls Sichtweise auf die *Federalists* als einen Blick auf „Helden [im] Narrativ über die Entstehung der amerikanischen Bundesverfassung“ beschreibt.

<sup>376</sup> Vgl. R. (v.) Mohl, *Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes*, Bd. 7, 1835, 1 (9 f., auch 15); demgegenüber lehnte Mohl die einzelstaatenfreundlichen Argumente Calhouns (s. o. a) mittelbar ab, wenn er von einem „(wahnsinnigen) Nullificationsversuch“ sprach, a. a. O. (22).

<sup>377</sup> So in mittelbarer Form – über das entsprechende Lob der letztlich verabschiedeten und in Kraft gesetzten US-Verfassung unter diesem Gesichtspunkt – R. (v.) Mohl, *Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes*, Bd. 7, 1835, 1 (2).

<sup>378</sup> Vgl. die – freilich sehr vorsichtig formulierte Anregung – bei R. (v.) Mohl, *Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes*, Bd. 7, 1835, 1 (22 f.), mit der abschließenden Hervorhebung, dass bei „Verbesserungen in den Bundeseinrichtungen“ nicht vergessen werden dürfe, dass „die Staaten des Deutschen Bundes Monarchien sind, und daß Zerstören nicht Verbessern ist“.

liche ‚Land ohne Geschichte‘<sup>379</sup>) als passend und glücklich an; er erteilte einer Übertragung derselben auf *Kontinentaleuropa* allerdings aufgrund der unhintergehbaren „aristokratischen Bildung der Gesellschaft und der Gesinnung“ eine entschiedene Absage.<sup>380</sup> Juri Auderset hat dennoch auch insoweit einen ideenpolitischen Übertragungsvorgang bei Mohl beschrieben: Auf höherer Abstraktionsebene habe Mohl eine Parallele zwischen den USA und Kontinentaleuropa gezogen mit Blick auf – ganz unterschiedlich ausgeprägte – „intermediäre Institutionen“<sup>381</sup>, welche jeweils bürgerliche Freiheiten gegen demokratische Mehrheits Herrschaft sicherten: In den USA seien dies die vertikal-föderal und horizontal-funktional geteilten Gewalten, in Kontinentaleuropa die historisch gewachsene Ständegesellschaft und Aristokratie.<sup>382</sup>

Francis Lieber war wie (v.) Mohl – obschon ‚anders‘ – „Liberaler“<sup>383</sup>; zudem war Lieber (bezogen auf die USA) wie (v.) Mohl (bezogen auf Deutschland) ein Anhänger der Ermöglichung nationaler Zentralisierung durch föderale Gliederung. Lieber betonte in diesem Zusammenhang den gemischten (Schwebe-)Charakter der US-Verfassung zwischen föderalem und nationalem Prinzip und knüpfte insoweit an das Denken Madisons (s. o. B. III. 5.) an<sup>384</sup>. Die Anerkennung des Charakters des US-amerikanischen Föderalismus als eine ‚schwebende Komposition‘ stellt einen wesentlichen Unterschied zu dem von (v.) Mohl obsessiv wiederholten binären Denken in den Kategorien „Staatenbund“ und „Bundesstaat“<sup>385</sup> dar – eine Kontrastierung, welche nicht zuletzt den starken Etatismus in (v.) Mohls Denken aus-

<sup>379</sup> Zu diesem ‚Amerikabild‘ V. Depkat, *Amerikabilder in politischen Diskursen. Deutsche Zeitschriften von 1789 bis 1830*, Stuttgart 1998, S. 319 ff.; vgl. J. Auderset, *Transatlantischer Föderalismus. Zur politischen Sprache des Föderalismus im Zeitalter der Revolutionen, 1787–1848*, Berlin u. a. 2016, S. 373 f.

<sup>380</sup> Vgl. R. (v.) Mohl, *Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes*, Bd. 7, 1835, 1 (16 f.).

<sup>381</sup> Begriff nicht von Mohl, sondern von J. Auderset, *Transatlantischer Föderalismus. Zur politischen Sprache des Föderalismus im Zeitalter der Revolutionen, 1787–1848*, Berlin u. a. 2016, S. 378.

<sup>382</sup> Vgl. J. Auderset, *Transatlantischer Föderalismus. Zur politischen Sprache des Föderalismus im Zeitalter der Revolutionen, 1787–1848*, Berlin u. a. 2016, S. 378 f., unter Hinweis auf R. (v.) Mohl, *Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes*, Bd. 7, 1835, 1 (2) – dort klingt dieser Gedanke freilich allenfalls behutsam an.

<sup>383</sup> Vgl. H. Preuß, *Franz Lieber, ein Bürger zweier Welten*, Berlin 1886, S. 37: „Lieber war, wie in politischer, so auch in wirthschaftlicher Hinsicht waschechter Liberaler, d. h. also Freihändler.“

<sup>384</sup> Vgl. F. Lieber, *What is our Constitution, – League, Pact, or Government?*, New York, N.Y., U.S.A., 1861, S. 33 f., ohne ausdrücklichen Hinweis auf, aber ganz im Sinn vom Madisons Vorstellung der ‚compound republic‘ aus u. a. *Federalist No. 39*.

<sup>385</sup> Vgl. nur R. (v.) Mohl, *Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes*, Bd. 7, 1835, 1 (21 ff.); ders., *Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes*, Bd. 16, 1844, 275 (282) – dort bemerkenswerterweise als Vorwurf in einer Rezension zu de Tocqueville.



weist; (v.) Mohl dachte auch den Föderalismus v. a. vom Verwaltungsstaat her<sup>386</sup>. Lieber kritisierte diesen etatistischen Blick weiter Teile des politischen Denkens in Preußen und im Deutschen Bund.<sup>387</sup> Für ihn standen andere Aspekte des US-amerikanischen Föderalismus im Vordergrund: Er fokussierte – wie der mit ihm befreundete de Tocqueville (s. o. b)) – die potenzielle Verstärkung von ‚Demokratie‘ im Sinn einer institutionellen Ermöglichung von „ziviler Freiheit“ („*civil liberty*“) und „Selbstregierung“ („*self-government*“) durch föderale Gliederung.<sup>388</sup> Anschauung für diese Betrachtungen fand Lieber – wie de Tocqueville und anders als v. Mohl<sup>389</sup> – vor Ort in den USA. Tatsächlich verbrachte der Auswanderer Lieber den größten Teil seines Lebens in den USA<sup>390</sup>; Hugo Preuß bezeichnete ihn als „Bürger zweier Welten“<sup>391</sup>. Publizistisch war Lieber vor 1848 ganz vorrangig in den USA verankert, er nahm nicht unmittelbar an den Diskussionen um eine etwaige Reform des Deutschen Bundes teil, jedoch wurden seine Werke auch im Vormärz in Deutschland gelesen<sup>392</sup> und vereinzelt besprochen und er stand in Briefkommunikation mit

<sup>386</sup> Hierzu J. Auderset, *Transatlantischer Föderalismus. Zur politischen Sprache des Föderalismus im Zeitalter der Revolutionen, 1787–1848*, Berlin u. a. 2016, S. 391.

<sup>387</sup> Hierzu J. Auderset, *Transatlantischer Föderalismus. Zur politischen Sprache des Föderalismus im Zeitalter der Revolutionen, 1787–1848*, Berlin u. a. 2016, S. 395 f., unter Verweis auf einen Brief an den einflussreichen Wissenschaftler und Publizisten Carl Joseph Anton Mittermaier aus dem Jahr 1843.

<sup>388</sup> Lieber basierte seine Überlegungen auf einer – durch organologisches Denken und subsidiaritätsbezogen-lokalistische Forderungen geprägten – Theorie der (multipel verwachsenen) ‚Institution(en)‘, s. F. Lieber, *On Civil Liberty and Self-Government*, London, U.K., 1853, S. 273 ff.: „*Institutional self-government is the political embodiment of self-reliance and mutual acknowledgment of self-rule. [...] all the elementary parts of the government [...] consist in real institutions, with all the attributes that have been ascribed to an institution in the highest sense of the term [...] institutions, again, consist of many minor institutions, as an organism consists of many minor ones*“ (a. a. O., S. 277 f.); knapp zum organologischen Aspekt bei Lieber H. Preuß, *Franz Lieber, ein Bürger zweier Welten*, Berlin 1886, S. 32; vgl. zu Liebers Ansatz auch J. Auderset, *Transatlantischer Föderalismus. Zur politischen Sprache des Föderalismus im Zeitalter der Revolutionen, 1787–1848*, Berlin u. a. 2016, S. 274 ff., 396 f.

<sup>389</sup> Mohl schrieb „Das Bundes-Staatsrecht der Vereinigten Staaten von Amerika“ bemerkenswerterweise in Paris auf „Bildungsreise“, s. R. v. Mohl, *Lebenserinnerungen von Robert von Mohl. 1799–1875*, Bd. I, Stuttgart u. a. 1902, S. 119 – s. auch oben in Fn. 369. Vgl. auch R. (v.) Mohl, *Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes*, Bd. 7, 1835, I (5): Hier erkennt Mohl ausdrücklich an, dass ihm „die lebendige Anschauung der amerikanischen Einrichtungen [...] fehlte“.

<sup>390</sup> Vgl. H. Preuß, *Franz Lieber, ein Bürger zweier Welten*, Berlin 1886, S. 23 ff., zur Auswanderung des gebürtigen Berliners Lieber – über London – in die USA, dort zunächst nach Boston, Mass. Vorausgegangen waren „Leiden und [politische] Verfolgungen“ in Preußen, vgl. a. a. O., S. 18 ff.

<sup>391</sup> H. Preuß, *Franz Lieber, ein Bürger zweier Welten*, Berlin 1886.

<sup>392</sup> Vgl. H. Preuß, *Franz Lieber, ein Bürger zweier Welten*, Berlin 1886, S. 32: „Durch [seine] Schriften und sein ganzes Wirken erwarb Lieber seinem Namen einen guten Klang im Lande, und seiner Person viele bewundernde Freunde in beiden Welten.“

deutschen politischen Akteuren und Kommentatoren<sup>393</sup>. Jedenfalls konturiert Liebers Ansatz die Selektivität, Reduktion und Verzerrung wirkmächtiger<sup>394</sup> transatlantischer ideenpolitischer Zugriffe ‚auf Amerika‘ wie desjenigen von v. Mohl.

## 2. Auch nach über 200 Jahren: die *Federalist/Anti-Federalist-Debatte* im *U.S. Supreme Court*

Ideenpolitik mit der Ideenpolitik der *Federalists* (und der *Anti-Federalists*) fand nicht nur in Gesprächen von „Gelehrten-Intellektuellen“ des 19. Jahrhunderts statt, sondern auch vor Gerichten – und dies bis ‚heute‘: Die *Federalist Papers* gelten als diejenige historische Quelle, die – auch (und gerade) heute noch – vom *U.S. Supreme Court* am häufigsten zitiert wird, um eine bestimmte Auslegungsmöglichkeit der US-Verfassung als dem ursprünglichen Verständnis der Verfassung entsprechend zu behaupten (und zu ‚begründen‘).<sup>395</sup> Und dies, obwohl im Schrifttum vereinzelt behauptet wird, dass einzelne Elemente des politischen Denkens der *Federalists* kaum Einfluss auf die konkrete Ausgestaltung der US-Verfassung gehabt hätten, sondern erst später, im 20. Jahrhundert, wirkmächtig geworden seien.<sup>396</sup> Dennoch werden die *Federalist Papers* immer wieder ausdrücklich als Argumente bei der Verfassungsauslegung herangezogen. Insoweit lässt sich in textwissenschaftlicher Terminologie sogar von „Einfluss“, von einem „direkten genetischen Kontakt“, also einer diskursiven Kausalrelation<sup>397</sup> zwischen den *Federalist Papers* und Entscheidungen des

<sup>393</sup> Insbesondere mit Carl Joseph Anton Mittermaier, vgl. *J. Auderset*, Transatlantischer Föderalismus. Zur politischen Sprache des Föderalismus im Zeitalter der Revolutionen, 1787–1848, Berlin u. a. 2016, S. 248. Mittermaier übersetzte auch Werke von Lieber ins Deutsche.

<sup>394</sup> Wirkmächtig u. a. in ihrem Fokus aus das ‚Bundesstaat‘/‚Staatenbund‘-Schema und den darin liegenden Etatismus, vgl. dazu *J. Auderset*, Transatlantischer Föderalismus. Zur politischen Sprache des Föderalismus im Zeitalter der Revolutionen, 1787–1848, Berlin u. a. 2016, S. 398.

<sup>395</sup> Laut *P. C. Corley/R. M. Howard/D. C. Nixon*, *Political Research Quarterly* 58 (2005), 329 (332), nimmt die Häufigkeit der Zitate seit den 1980er Jahren stark zu; aus der Rechtsprechung des *U.S. Supreme Court* vgl. stellvertretend *Printz v. U.S.*, 521 U.S. 898 (1997), 910 (*Scalia*): „sources we have usually regarded as indicative of the original understanding of the Constitution“; vgl. auch *M. J. Festa*, *Seattle U. L. Rev.* 31 (2007), 75 (77).

<sup>396</sup> Vgl. *L. D. Kramer*, *Harvard Law Review* 112 (1999), 611: James Madison habe im Wesentlichen erst im 20. Jahrhundert eine nennenswerte Rezeption erfahren: „*Madison's argument, particularly those aspects that are important to theorists today, played essentially no role in shaping the Constitution or its ratification. Madison did not find an audience until well into our own century*“.

<sup>397</sup> Vgl. den Artikel „Einflu[ss]“ von *L. Danneberg*, in: *Reallexikon der deutschen Literaturwissenschaft*, Bd. I, 3. Aufl., Berlin u. a. 1997, S. 424; referierend *E. Zemanek*, in: dies./A. Nebrüg (Hrsg.), *Komparatistik*, Berlin 2012, S. 7 (16f.), mit Hinweisen auf Peter V. Zima und Viktor M. Žirmunskij; dies – also das Bestehen eines „direkten genetischen Kontakts“ zwischen Textstellen aus den *Federalist Papers* und Textstellen von Gerichtsentscheidungen – wird an dieser Stelle deshalb so betont, weil beim vorliegend verfolgten Ansatz der Ideenpolitikforschung (s. I. 2.) grundsätzlich nicht nur solche Extremfälle des ausdrücklichen Zitierens betrachtet werden, sondern überhaupt Argumentationen zu einander in – *losere* – Be-



U.S. Supreme Court sprechen. Dabei werden nicht selten bezüglich ein und desselben vom Gericht zu entscheidenden Falls in unterschiedlichen Voten der Richterinnen und Richter (also im Mehrheitsvotum sowie in konkurrierenden oder abweichende Sondervoten) jeweils Stellen der *Federalist Papers* zitiert, divergierend gedeutet und konkurrierend argumentativ verwendet.<sup>398</sup>

Eine solche innergerichtliche Rezeptionsdebatte um die richtige Lesart der *Federalist Papers* und damit verbundene Ideenpolitikdebatte um die richtige Funktion des US-amerikanischen Instrumentalföderalismus liegt der Entscheidung *Printz v. U.S.* aus dem Jahr 1997 zu Grunde; Streitgegenstand war ein waffenkontrollrechtliches Bundesgesetz, welches für bestimmte Vollzugsaufgaben auf den Verwaltungsapparat der lokalen Ebene und damit der Einzelstaaten zugreifen wollte (ausführlich hierzu unten § 6, A. II. 2. a)). Antonin Scalia stellt als Verfasser der Mehrheitsmeinung zu *Printz* einen Ausschnitt der *Federalist/Anti-Federalist*-Debatte unter Verwendung wörtlicher Zitate dar.<sup>399</sup> Er rekurriert auf eine Auseinandersetzung zwischen dem *Anti-Federalist* „Brutus“ und den *Federalists* Hamilton und Madison: Es ging darin um die Frage, ob die Einführung einer Bundeskompetenz für die Steuergesetzgebung in der neuen US-Verfassung (vgl. Art. I, Sect. 8, Cl. 1 USC) eine Verdopplung der Steuerverwaltung (und damit eine Überforderung der Bürgerinnen und Bürger) bewirken würde – so Brutus<sup>400</sup> – oder aber der Bund zur Durchsetzung seiner Steuergesetze auf die Steuerverwaltungsapparate der Staaten zurückgreifen werde – so Hamilton im *Federalist No. 36*<sup>401</sup> und Madison im *Federalist No. 45*<sup>402</sup>. Die Deutung dieser Divergenz zwischen *Federalists* und *Anti-Fed-*

---

ziehung gesetzt werden, welche jeweils einem – gröberen – Argumentationsschema („Instrumentalföderalismus“) unterfallen.

<sup>398</sup> Vgl. beispielsweise neben dem im Folgenden ausführlicher diskutierten Beispiel *Printz v. United States*, 521 U.S. 898 (1997), außerdem die von *M. J. Festa*, Seattle U. L. Rev. 31 (2007), 75 (96, dort in Fn. 117), aufgezählten Fälle – darunter befinden sich einige klassische Entscheidungen zum US-Föderalismus seit den 1990er Jahren: *Gonzales v. Raich*, 545 U.S. 1 (2005); *Alden v. Maine*, 527 U.S. 706 (1999) – s. u. § 5, A. III. 2. b); *Florida Prepaid Post-secondary Educ. Expense Bd. v. Coll. Savs. Bank*, 527 U.S. 627 (1999); *Seminole Tribe v. Florida*, 517 U.S. 44 (1996) – s. u. § 5, A. III. 2. b); *U.S. Term Limits, Inc. v. Thornton*, 514 U.S. 779 (1995) – s. u. Fn. 2069. Vgl. ferner auch *P. C. Corley/R. M. Howard/D. C. Nixon*, Political Research Quarterly 58 (2005), 329.

<sup>399</sup> Vgl. *Printz v. U.S.*, 521 U.S. 898 (1997), 910.

<sup>400</sup> Vgl. *Essay V* vom 13. Dezember 1787 des *Anti-Federalists*, der unter dem Pseudonym Brutus geschrieben hat: *Brutus* [Autorschaft ungeklärt], in: H. J. Storing (Hrsg.), *The Complete Anti-Federalist*, Bd. 2, Chicago, Ill., U.S.A., 1981 [1787/88], 358 (390 = Rn. 2.9.59): „the power to lay and collect [taxes ...] opens a door to the appointment of a swarm of revenue and excise officers to pray [sic] upon the honest and industrious part of the community“; hierzu *Printz v. U.S.*, 521 U.S. 898 (1997), 910.

<sup>401</sup> Vgl. A. Hamilton, in: ders./J. Madison/J. Jay, *The Federalist*, Cambridge, Mass., U.S.A., u. a. 2009 [1788], S. 218 (223): „the probability is that the United States [...] will make use of the State officers and State regulations for collecting the additional imposition“; hierzu *Printz v. U.S.*, 521 U.S. 898 (1997), 910.

<sup>402</sup> Vgl. J. Madison, in: A. Hamilton/ders./J. Jay, *The Federalist*, Cambridge, Mass., U.S.A., u. a. 2009 [1788], 301 (305): „it is probable that [...] the eventual collection, under the

*eralists* – und dabei insbesondere die Position der *Federalists* – ist über 200 Jahre später im Jahre 1997 in der Entscheidung *Printz v. U.S.* zwischen dem Verfasser der Mehrheitsmeinung, Scalia, einerseits und den Verfassern zweier abweichender Sondervoten, John Paul Stevens und David Souter, andererseits umstritten: Stevens und Souter interpretieren die Position der *Federalists* so, dass diese es für verfassungsrechtlich zulässig gehalten hätten, wenn die Bundesebene auch *ohne Zustimmung* der Staaten auf die Verwaltungsapparate (Beamten) der Staaten (u. a. zur Steuerverwaltung) zurückgreift.<sup>403</sup> Scalia widerspricht dieser Lesart und vertritt, dass – damals wie heute – nur eine *freiwillige* Steuerverwaltungskooperation von Bund und Staaten verfassungsrechtlich zulässig (gewesen) sei.<sup>404</sup> Die konkrete, in *Printz* streitentscheidende verfassungsrechtliche Frage (Verfassungsmäßigkeit des Zugriffs der Bundesebene auf die Verwaltungsapparate der Staaten auch ohne deren Zustimmung?) kann an dieser Stelle noch dahinstehen (s. dazu unten § 6, A. II. 2. a)). Hier interessiert zunächst die Tatsache, dass ein Ausschnitt aus der Debatte zwischen *Federalists* und *Anti-Federalists* unter ausdrücklicher Zitierung auch über 200 Jahre später noch als Argumentationsmaterial zur Lösung einer umstrittenen Frage zum Bundesebene-Staaten-Verhältnis verwendet wird. Dabei muss das historische Material zur Begründung gegensätzlicher Positionen erhalten.<sup>405</sup> Scalia nimmt Hamilton und Madison für ein striktes normatives Modell des dezentralistischen Trennungsföderalismus (hierzu § 2, B. IV. 1.) ein; Stevens und Souter interpretieren dieselben Autoren als Pioniere eines normativen Modells des unitaristisch-nationalstaatlichen Verschränkungs-föderalismus (hierzu § 2, B. IV. 2.).

Die Konstellation der widerstreitenden Voten in *Printz* verdeutlicht, dass die höchstgerichtliche Rezeption von politischen Ideen und ideenpolitischen Debatten wiederum eine ideenpolitische Komponente aufweisen kann. Die Ausrichtung von Instrumentalföderalismus auf andere politische Ideen und Tendenzen (etwa: strikte Dezentralisierung einerseits oder Unitarisierung und Nationalstaatlichkeit andererseits) bleibt auch über 200 Jahre nach der ursprünglichen *Federalist/Anti-Federalist*-Debatte umkämpft.

---

*immediate authority of the Union, will generally be made by the officers, and according to the rules, appointed by the several States“; hierzu Printz v. U.S., 521 U.S. 898 (1997), 910.*

<sup>403</sup> Vgl. *Printz v. U.S.*, 521 U.S. 898 (1997), 939 (945 ff.) – Sondervotum Justice Stevens; sowie a. a. O., (974 f.) – Sondervotum Justice Souter.

<sup>404</sup> Vgl. *Printz v. U.S.*, 521 U.S. 898 (1997), 910 ff.

<sup>405</sup> Im Übrigen spricht einiges dafür, dass sich Brutus wohl nicht einmal gegen das *commandeering*-Arrangement als solches gewendet hätte. Ihm ging es primär um die Ablehnung einer Steuergesetzgebungskompetenz der Bundesebene. Wenn aber eine Bundessteuergesetzgebungskompetenz bestehen sollte, läge es aus anti-föderalistischer Sicht eher nahe, zu argumentieren, dass nicht auch noch ein Bundessteuerverwaltungsapparat geschaffen werden sollte, sondern die Einzelstaaten diese Bundessteuergesetze dann immerhin ihrerseits vollziehen sollten.

### 3. Charakteristika der ideenpolitischen Rezeption der Debatte

#### a) Eine lose ideenpolitische Konstellation in der Zeit

Die vorstehenden anekdotisch-exemplarischen Skizzen zur Strahlkraft der *Federalist/Anti-Federalist*-Debatte in Raum und Zeit zeigen, dass die *Federalist Papers* für eine Vielzahl ideenpolitischer Positionen herhalten müssen: Calhoun argumentiert mit Madisons Gewaltenteilung in Richtung *nullification* – und damit gegen den unitaristischen Grundimpetus der *Federalist Papers* (s.o. B. III. 1., C. II. 1. a)). Bei de Tocquevilles Beschreibung des Zusammenspiels von demokratischer Kultur und Institutionen werden die *Federalist Papers* zur Konzeptualisierung einer pluralistischen Demokratie mit einer wichtigen Stellung der kommunalen Selbstverwaltung genutzt – also thematisch und konzeptionell deutlich über ihren Kern hinaus „erweitert“ (s.o. 1. b)). Die Deutschen v. Mohl und Lieber arbeiten jeweils mit den *Federalist Papers* – konturieren jedoch sehr unterschiedliche Facetten (s.o. 1. c)). In Prinz v. U.S. müssen die *Federalist Papers* für konträre normative Modelle des US-amerikanischen Föderalismus – Trennungsföderalismus auf der einen Seite, nationalen Verschränkungs-föderalismus auf der anderen Seite – herhalten (s.o. 2.).

Insoweit zeigen die vorgestellten Beispiele für die Rezeption der *Federalist Papers*, dass es häufig *weniger* darum geht, sich auf ein klar definierbares, abgeschlossenes *Gesamtpaket* politisch-institutionellen Denkens zu berufen. Vielmehr liegt das fortdauernde ideenpolitische Potential der *Federalist Papers* eher darin, dass bei ihnen die politische Idee ‚Föderalismus‘ zusammen mit anderen politischen Theorieelementen wie ‚Nationalstaatlichkeit‘, ‚repräsentative Demokratie‘ und ‚Freiheit‘ in einer spezifischen ideenpolitischen Konstellation als kontingent, instrumentalisiert, funktionalisiert und flexibel vorgeführt wurde. Diese lose, großflächige und flexible ideenpolitische Konstellation lädt immer wieder zu aktualisierenden und erweiternden Instrumentalisierungen der *Federalist Papers* in Theorie und Praxis ein. Dabei finden Vorgänge der Selektion, Verzerrung, Ergänzung, Kombination, Ausblendung, Simplifizierung und Totalisierung statt. Mit diesen verzerrenden Vorgängen der Ideenrezeption geht eine politische Verantwortung einher.<sup>406</sup>

#### b) Vager Kristallisationspunkt des Instrumentalföderalismus: Schutzwürdigkeit der föderierten Einheiten

Innerhalb dieser ideenpolitischen Konstellation des freiheitlich-nationalstaatlich-repräsentativ-demokratischen Föderalismus steht meist nicht die Verwirklichung von ‚Föderalismus‘ als Selbstzweck zur Debatte; vielmehr kommt ‚Föderalismus‘ als

---

<sup>406</sup> Vgl. M. Llanque, in: ders. (Hrsg.), *Souveräne Demokratie und soziale Homogenität. Das politische Denken Hermann Hellers*, Baden-Baden 2010, S. 95 (115), am Beispiel der Ideenpolitik Hermann Hellers und Carl Schmitts.

„Instrumentalföderalismus“<sup>407</sup> immer wieder die Funktion eines Mittels zur Erreichung anderer, primärer Ziele zu: bei Calhoun für radikale vertikale Gewaltenteilung zur Sicherung ‚negativer Freiheit‘ vor Abgabenbelastung, bei de Tocqueville und Lieber für die Potenzierung von ‚Demokratie‘ als Selbst-Regierung ‚von unten‘, bei (v.) Mohl für behutsam-konservative Unitarisierung und Vernationalstaatlichung unter dem Primat des Administrativ-Etatismus. Und selbst in *Printz v. U.S.* stellt ‚Föderalismus‘ nach der Art der *Federalist Papers* im Mehrheitsvotum und in den Sondervoten – bezogen auf ein und dasselbe politische System und sogar auf ein und dieselbe konkrete Streitfrage – Argumentationsmaterial für konträre Folgerungen bereit.

Damit ‚Föderalismus‘ seine instrumentelle Funktion innerhalb der umrissenen ideenpolitischen Konstellation erfüllen kann, ist er – so eine im Folgenden näher zu umreißende These der vorliegenden Studie – auf die *flexible ideenpolitische Auf-ladbarkeit eines Zwischenraums* angewiesen. Diesen Zwischenraum bildet nun aber gerade die Sphäre der förderierten Einheiten, also im Fall der USA die Sphäre der US-amerikanischen Einzelstaaten. Schon bei der *Federalist/Anti-Federalist*-Debatte wurde deutlich, dass die Einzelstaaten für keine der beiden ideenpolitischen ‚Parteien‘ im Primärfokus des Interesses standen, allerdings dann doch als ‚*men in the middle*‘ – gerade durch die ideenpolitische Debatte – in einen ‚diskursiven Schnittpunkt‘ gerieten (s.o. B. V. 3.): Die Sphäre der förderierten Einheiten ist als Zwischensphäre durch eine ideenpolitische Gebrochenheit, Instrumentalisierungs-anfälligkeit, Künstlichkeit und Paradoxie gekennzeichnet. Zugleich wurde gezeigt, dass die unterschiedlich ausgerichteten Politikentwürfe von *Federalists* und *Anti-Federalists* im Zugeständnis einer gewissen Schutzwürdigkeit der förderierten Einheiten übereinkommen (s.o. B. V. 3.). Diese Zuschreibung von Schutzwürdigkeit an die Zwischenebene – und zwar aus divergierenden instrumentellen Gründen – lässt sich dann auch bei Calhoun, de Tocqueville und Lieber beobachten. Und selbst bei v. Mohls oben skizzierten Zugriff auf die *Federalist Papers*, welcher im Vergleich zu den anderen exemplarisch untersuchten Ansätzen am weitesten entfernt ist von der Konkretisierung des instrumentalföderalistischen Projekts der frühen USA, lässt sich diese ideenpolitische Stärkung der Zwischenschicht noch erkennen: In Audersets Lesart von v. Mohls Zugriff ist es eben gerade der Einsatz von „intermediären Institutionen“, der zum Zwecke der Wohltemperierung von Macht transatlantisch ideenpolitisch anschlussfähig sei (s.o. 1. c)).

---

<sup>407</sup> Zum beinahe tautologischen Charakter des Begriffs ‚Instrumentalföderalismus‘ s. o. Fn. 229 (gegen Ende hin).

### III. Aggregiertes Material im „Ideenreservoir“: Schutzwürdigkeit der förderierten Einheiten im Instrumentalföderalismus

Im Folgenden sollen die vorstehenden exemplarisch-anekdotisch-arbiträren Beobachtungen zur Ideenpolitik mit dem ‚Instrumentalföderalismus‘-Entwurf der *Federalist Papers* nun noch auf ihre Relevanz für die Gesamtuntersuchung zu ‚Föderalismus als Instrument und Lesekonvention vor Gericht‘ hin befragt werden. Eine Schlüsselrolle spielt hierbei die Vorstellung des ‚Ideenreservoirs‘, welche im Folgenden vorgestellt wird:

#### 1. Zwischen Ideenproduktion und Ideenrezeption: „Ideenreservoir“

Bislang wurde Ideenpolitik (mit dem Instrument ‚Föderalismus‘) zum einen als Frage der ‚Produktion‘ politischer Ideen und Entwürfe (s. o. B.) und zum anderen als Frage der Rezeption solcher Ideen und Entwürfe (s. o. C. II.) behandelt. Die vorliegende Studie interessiert sich insbesondere auch für den Bereich zwischen Ideenproduktion und Ideenrezeption: das „Ideenreservoir“ (Harald Bluhm/Karsten Fischer/Marcus Llanque)<sup>408</sup>. Im Hintergrund steht die später aufzugreifende Vermutung, dass das Ideenreservoir ein rechtsdogmatisch besonders interessanter ‚Ort‘ sein könnte (s. u. c sowie 2.).

#### a) ‚Zeitlose‘ „Texte mit hoher Halbwertszeit“

Die Art und Weise des (potenziellen) ideenpolitischen Fortwirkens der Debatte von 1787/88 in der späteren politischen Theorie und Ideengeschichte soll mit der Metapher des „Ideenreservoirs“ veranschaulicht werden. Das sprachliche Bild eines „Ideenreservoirs“ (oder eines „Archivs“ der Ideen<sup>409</sup>) deutet zugleich auf eine Transformation hin: War die ursprüngliche Debatte von 1787/88 noch eine konkrete historische Auseinandersetzung in einer ganz bestimmten politischen Situation (s. o. B. II.), so wird das ‚Fortleben‘ der 1787/88 von *Federalists* und *Anti-Federalists* entwickelten Theoriebeiträge in der Folgezeit von dieser konkreten historischen Situation entkoppelt. Die Schriften der *Federalists* und – in geringerem Maße – der *Anti-Federalists* sind politik-theoretische „Texte mit hoher Halbwertszeit“<sup>410</sup>; sie

<sup>408</sup> H. Bluhm/K. Fischer/M. Llanque, in: dies. (Hrsg.), Ideenpolitik. Geschichtliche Konstellationen und gegenwärtige Konflikte, Berlin 2011, S. IX.

<sup>409</sup> Nachweise oben in Fn. 318.

<sup>410</sup> „Texte mit hoher Halbwertszeit“ könnten laut G. Straßenberger/H. Münkler, in: H. Buchstein/G. Göhler (Hrsg.), Politische Theorie und Politikwissenschaft, Wiesbaden 2007, S. 45 (46), das Risiko des wissenschaftlichen Distanzverlusts ausgleichen, was die ideenpolitisch orientierte Politikwissenschaft (s. o. I. 1.) dadurch eingeht, dass sie sich an tagespolitisch relevanten Problemen erprobt.

sind ‚klassisch‘ (jedenfalls) im Sinn von ‚zeitlos‘<sup>411</sup>: Spätere Generationen von politischen Theoretikerinnen und Theoretikern bedienen sich des historischen Ideenmaterials (aus dieser Debatte wie auch aus zahlreichen anderen Quellen), dekontextualisieren und ergänzen es, abstrahieren und wenden es für die Lösung neuer politischer Problemlagen an (hierzu bereits oben I.).

Vorliegend soll keine Aussage darüber getroffen werden, wie groß die jeweiligen Anteile der *Federalists* und der *Anti-Federalists* an der Gesamtmasse der theoretischen Beiträge, die im Ideenreservoir um die Ideen ‚Föderalismus‘, ‚Demokratie‘ und ‚Nationalstaatlichkeit‘ kreisen, ist. Es geht auch nicht um den Nachweis konkreter Rezeptionsvorgänge; d. h., die vorliegende Untersuchung zielt nicht darauf ab, konkrete Beispiele für „direkten genetischen Kontakt“<sup>412</sup> (also unmittelbare Zitate) zwischen den *Federalist Papers* und beispielsweise Entscheidungen des *U.S. Supreme Court* (s. hierzu exemplarisch II. 2.) systematisch zu untersuchen. Auch soll keinesfalls behauptet werden, dass im einschlägigen Ideenreservoir nicht auch andere (frühere und spätere) bedeutsame Quellen eine wichtige Rolle spielen (etwa Texte von Montesquieu<sup>413</sup>, de Tocqueville, vielleicht auch v. Mohl etc.).

Die voranstehende Vorstellung der Diskussion zwischen *Federalists* und der *Anti-Federalists* hatte vielmehr exemplarischen (aber auch paradigmatischen) Charakter für die Produktion von politischen Ideen, die für die vorliegende Untersuchung von Bedeutung sind: Zum einen treffen hier in besonders prägnanter Form jeweils unterschiedliche Vorstellungen gerade von ‚Föderalismus‘, ‚Demokratie‘, ‚Freiheit‘ und ‚Nationalstaatlichkeit‘ als ideenpolitische Konstellation aufeinander, sodass erstmals der Typus des freiheitlich-nationalstaatlich-repräsentativ-demokratischen Föderalismus verhandelt wird. Zum anderen werden in dieser Debatte in besonders anschaulicher Weise die oben bereits näher vorgestellten besonderen Eigenschaften politischer Ideen (Kontextabhängigkeit, unterschiedliche Konzeptualisierbarkeit, Instrumentalisierbarkeit, etc.; s. o. B. VI.) sichtbar.

### *b) Ideenpolitischer Dreischritt aus Ideenproduktion, Ideenreservoir und Ideenrezeption*

Das Schicksal einer politischen Idee (oder einer ganzen ideenpolitischen Konstellation) im zeitlichen Verlauf lässt sich also in einem groben dreigliedrigen Modell

<sup>411</sup> Referierend zum Begriff ‚Klassiker‘ (der politischen Ideengeschichte) – und dabei u. a. zur Bedeutungsvariante „klassisch-zeitlos“, aber auch zu anderen Bedeutungsvarianten (u. a. ‚breit rezipiert‘, ‚vorbildlich, aber zugleich innovativ‘) – m. w. N. M. Llanque, in: W. Reese-Schäfer/S. Salzborn (Hrsg.), „Die Stimme des Intellekts ist leise“. Klassiker/innen des politischen Denkens abseits des Mainstreams, Baden-Baden 2015, S. 41 (41 f.), für welchen sich das Attribut ‚klassisch‘ aus der „diskursiven Position ergibt, [...] Ausgangspunkt von Diskursen [im Plural!] zu sein“ (a. a. O. [42]).

<sup>412</sup> S. die Anm. oben in Fn. 397.

<sup>413</sup> Vgl. insoweit nur die Anm. oben in Fn. 310 zu Ideenpolitik als Rezeptionspolitik um die ‚richtige‘ Montesquieu-Lesart bei *Federalists* und *Anti-Federalists*.

beschreiben: *Erstens* werden in einem *Produktionsstadium* in einer konkreten historischen Situation Theoriebeiträge durch ‚echte‘ historische Verfasserinnen und Verfasser wie Alexander Hamilton oder den Menschen hinter dem Pseudonym ‚Brutus‘ erbracht. Diese Theoriebeiträge fließen – *zweitens* – in ein „Ideenreservoir“ ein: Dort sind die Einzelbeiträge dekontextualisiert und treten in Interdependenz. Schließlich (*drittens*) greifen Theoretikerinnen und Theoretiker sowie politische und judikative Praktikerinnen und Praktiker auf dieses Ideenmaterial zurück, wenn sie (neue) politische Probleme durch Konkretisierung, Fortentwicklung und Anwendung des Ideenmaterials (neuen) Lösungen (etwa in einer gerichtlichen Entscheidung) zuführen möchten.

Denkbar ist, dass ein Akt der Rezeption, z. B. das Urteil eines Gerichts (Schritt 3) zugleich wieder als Produktionsakt einen (neuen) historisch-kontextualisierten ‚Theorie‘-Beitrag hervorbringt (Schritt 1), der in das Ideenreservoir (Schritt 2) eingeht. Dann wird aus dem linearen Modell ein Spiralmodell. Hier zeigt sich die Schwierigkeit, zwischen der Produktion und Rezeption politischer Ideen zu unterscheiden; es handelt sich um eine heuristische Unterscheidung.

### c) Ideenpolitische Dogmatikbildung: Ordnen und Operationalisieren

Innerhalb des Ideenreservoirs sind diskursive Beiträge unterschiedlicher Provenienz und ‚Natur‘ aufzufinden: Neben mehr oder weniger konturenscharfen normativen Entwürfen der politischen Theorie geht es auch um Ideologisches, um Politisch-Programmatisches, um Kryptonormatives, um „alogische Elemente historisch-individueller Art“ – bis hin zu unreflektierten „emotionalen Kräfte[n]“ und „Gefühlswerten“<sup>414</sup>. Insoweit werden im ideenpolitischen Ideenreservoir Dichotomien wie intentional/nicht-intentional, praktisch/theoretisch, deskriptiv/normativ<sup>415</sup>, punktuell/großflächig überschritten.

Das Reservoir an Beiträgen zu möglichen Konzeptualisierungen einer politischen Idee wird nun also regelmäßig ein geradezu „chaotische[s] Durcheinander der entgegengesetztesten Behauptungen, Forderungen, Schlagworte und Aktionen“, „ein verwirrendes Kampfgetöse [...], das [...] den Eindruck völliger Sinnlosigkeit machen muß“ (Heller)<sup>416</sup>, darstellen. Ideengeschichtliches Arbeiten kann dann darauf

<sup>414</sup> Zitierte Wendungen von H. Heller, *Die politischen Ideenkreise der Gegenwart* [1926], in: *Gesammelte Schriften*, hrsg. v. M. Drath/O. Stammer/G. Niemeyer/F. Borinski, Bd. I, Leiden, Niederlande, 1971, S. 267 (271, 272); hierzu auch M. Llanque, in: ders. (Hrsg.), *Souveräne Demokratie und soziale Homogenität. Das politische Denken Hermann Hellers*, Baden-Baden 2010, S. 95 (96).

<sup>415</sup> Dazu später am Beispiel des ‚Phänomens‘ ‚Föderalismus‘ u. § 2, A. II.

<sup>416</sup> Das wörtliche Zitat stammt aus dem ersten Satz von Hermann Hellers Habilitationsschrift: *H. Heller, Die politischen Ideenkreise der Gegenwart* [1926], in: *Gesammelte Schriften*, hrsg. v. M. Drath/O. Stammer/G. Niemeyer/F. Borinski, Bd. I, Leiden, Niederlande, 1971, S. 267 (269).



gerichtet sein, dieses Chaos im Ideenreservoir zu ordnen<sup>417</sup>, das Ideenreservoir zu strukturieren und gewissermaßen zu kartieren. Für diesen Vorgang der diskursiven Ordnungsbildung soll hier der Begriff der ‚Dogmatik(-bildung)‘, genauer der Begriff der ‚ideenpolitischen Dogmatik(-bildung)‘ gesetzt werden. Als Kernelement des hier verwendeten prozesshaften ‚Dogmatik‘-Begriffs wird das Moment des Ordners, Strukturierens und Operationalisierens von diffusum Material begriffen<sup>418</sup> (hierzu ausführlich am Begriff der ‚Rechtsdogmatik‘ später unten § 7, B. I.): So wie Rechtsdogmatik darauf zielt, den Rechtsstoff für die Anwendung im konkreten Fall kohärenzsichernd zu operationalisieren<sup>419</sup> (s. u. § 7, B. I. 2.), strebt ideenpolitische Dogmatik an, die vielfältigen Vorschläge für die Konzeptualisierung bestimmter politischer Ideen im Ideenreservoir zu ordnen und für die ideenpolitische Rezeption zu operationalisieren. Für eine solche ideenpolitische Ordnungsbildung, also Dogmatisierung des ideenpolitischen Ideenreservoirs kann das politische Denken Hermann Hellers, der oben bereits als wissenschaftlicher Ideenpolitiker vorgestellt wurde (s. o. I. 2.), Pate stehen: ‚Politische Ideen‘ sind für Heller „objektiv[e] Bauprinzip[ien] des Staates“, die „erst als logische Synthese von uns vollzogen“ werden.<sup>420</sup> Die Syntheseleistung beim „Vollziehen“ von politischen Ideen steht im Dienst der Ordnungsbildung, Kohärenzsicherung und Operationalisierung von politischem Denken. Hellers Fokussierung auf „Ideenkreise“<sup>421</sup> – im Plural – weist dabei auf einen erhöhten Abstraktionsgrad und auf ein pluralistisches (und doch integratives) Moment<sup>422</sup> in seiner ideenpolitischen Geschichtsschreibung hin. Hellers „Bauprinzip[ien]“ und „Ideenkreise“ sind dogmatische Instrumente in einer Zwischenschicht, eben einem Reservoir.

<sup>417</sup> Vgl. H. Heller, Die politischen Ideenkreise der Gegenwart [1926], in: Gesammelte Schriften, hrsg. v. M. Drath/O. Stammer/G. Niemeyer/F. Borinski, Bd. I, Leiden, Niederlande, 1971, S. 267 (269); dazu analysierend M. Llanque, in: ders. (Hrsg.), Souveräne Demokratie und soziale Homogenität. Das politische Denken Hermann Hellers, Baden-Baden 2010, S. 95 (96).

<sup>418</sup> Etwas engerer (tendenziell pejorativer?) Begriff der dogmatischen Ideenpolitik offenbar bei M. Llanque, in: W. Reese-Schäfer/S. Salzborn (Hrsg.), „Die Stimme des Intellekts ist leise“. Klassiker/innen des politischen Denkens abseits des Mainstreams, Baden-Baden 2015, S. 41 (44 f.), im Zusammenhang mit Kanonisierungsprozessen.

<sup>419</sup> M. Eifert, in: G. Kirchhof/S. Magen/K. Schneider (Hrsg.), Was weiß Dogmatik? Was leistet und wie steuert die Dogmatik des öffentlichen Rechts?, Tübingen 2012, S. 79 (81): Rechtsdogmatik als „vor allem eine kohärenzsichernde, operationalisierende Zwischenschicht zwischen den Rechtsnormen und der Rechtsanwendung im Einzelfall“ – näher unten § 7, B. I. 2.

<sup>420</sup> H. Heller, Die politischen Ideenkreise der Gegenwart [1926], in: Gesammelte Schriften, hrsg. v. M. Drath/O. Stammer/G. Niemeyer/F. Borinski, Bd. I, Leiden, Niederlande, 1971, S. 267 (272).

<sup>421</sup> H. Heller, Die politischen Ideenkreise der Gegenwart [1926], in: Gesammelte Schriften, hrsg. v. M. Drath/O. Stammer/G. Niemeyer/F. Borinski, Bd. I, Leiden, Niederlande, 1971, S. 267 (273).

<sup>422</sup> Dies betont auch M. Llanque, in: ders. (Hrsg.), Souveräne Demokratie und soziale Homogenität. Das politische Denken Hermann Hellers, Baden-Baden 2010, S. 95 (109) – in Kontrastierung zu Schmitt.



Eine ähnliche Funktionsweise bei der Strukturierung und operationalisierenden Zählung des Chaos des Ideenreservoirs weisen die im weiteren Fortgang der vorliegenden Untersuchung aufgerufenen Wissenskategorien des ‚Modells‘ und der ‚Lesefigur‘<sup>423</sup> (Lesekonvention) auf. Dies gilt insbesondere für das im nächsten Kapitel ausführlich vorzustellende Modell des ‚Bundes‘; dieses lässt sich als Kern-Muster föderalen Denkens und als ‚Lesefigur‘ charakterisieren (ausführlich § 2, C. I.). Entlang von Bauprinzipien, Ideenkreisen, Modellen oder Lesefiguren lassen sich thematisch zusammenhängende ‚Theorie‘-Beiträge summieren, aggregieren und clustern sowie auf bestimmte Kernaussagen zuschneiden. Auf diese Weise werden ideenpolitische Leitgedanken im Ideenreservoir für konkrete re-aktualisierende Argumentationen und Kontroversen handhabbar, debattierbar, ggf. auch kompromissfähig, anschlussfähig und somit leistungsstark.

## **2. Hypothese 1.1 und Ausblick: ideenpolitische Dogmatik zur ‚schutzwürdigen föderierten Einheit‘**

Auch das Ideenreservoir zur ideenpolitischen Konstellation des freiheitlich-nationalstaatlich-repräsentativ-demokratischen (Instrumental-)Föderalismus und zur Stellung der föderierten Einheiten innerhalb dieser Konstellation lässt sich nicht als Ganzes erfassen; hierfür sind die damit verbundenen Probleme und die einschlägigen ‚Theorie‘-Beiträge zu vielzählig und diffus. Es lässt sich allerdings anhand von Bauprinzipien, Topoi, Modellen oder Lesefiguren ‚befragen‘, ordnen und erfassen.

Bei der Skizze der *Federalist/Anti-Federalist*-Debatte von 1787/88 und bei den Ausführungen zu einzelnen Stationen ihrer Rezeption wie u.a. durch Calhoun, de Tocqueville, Lieber, v. Mohl und den *U.S. Supreme Court* wurde herausgearbeitet, dass innerhalb des Konzepts des Instrumentalföderalismus föderierte Einheiten (wie die US-Einzelstaaten) eine prekäre Stellung der Schutzbedürftigkeit und Schutzwürdigkeit in einem Raum des ‚Dazwischen‘ einnehmen; sie wurden im diskursiven Schnittpunkt konkurrierender Konzeptualisierungen von ‚Freiheit‘, ‚Nationalstaatlichkeit‘ und ‚Demokratie‘ verortet (s.o. B. V.). Diese komplexen Zuschreibungen von Schutzwürdigkeit an die föderierten Einheiten lassen sich – so die hier aufgestellte Hypothese 1.1<sup>424</sup> – als ein ideenpolitisch-dogmatischer Topos betrachten: Dieser Topos der ‚schutzwürdigen föderierten Einheit‘ ordnet das einschlägige ‚Theorie‘-Material im Ideenreservoir zum Instrumentalföderalismus.

---

<sup>423</sup> Begriff im Anschluss an *P. de Man*, MLN 94 (1979), S. 919 (921) – zum Begriff unten § 2, C. I. 2. b) cc) u. § 10, B. II. 3.

<sup>424</sup> Als ‚Hypothesen‘ werden vorliegend die vier Sätze bezeichnet, welche am Ende von § 1, § 2, § 7 u. § 8 formuliert werden, um die Rhetorikanalyse in den §§ 10 bis 12 zu motivieren und vorzubereiten (dazu zusammenfassend § 9, A. III. 1.). Die Hypothesen 1.1 u. 1.2 betreffen den Faden ‚Ideenpolitik‘ und die Hypothesen 2.1 u. 2.2 den Faden ‚Dogmatik‘. S. zu den anderen drei Hypothesen unten § 2, C. IV. 3. (Hypothese 1.2), § 7, C. II. 2. (Hypothese 2.1) u. § 8, C. II. (Hypothese 2.2).

Im weiteren Verlauf der Gesamtuntersuchung wird das einschlägige Ideenreservoir zur ‚schutzwürdigen föderierten Einheit‘ näher charakterisiert, und zwar zunächst mit Blick auf das Modell des ‚Bundes‘ mit seiner kryptonormativen Wirkung als strukturierende Lesefigur: Hierbei werden die Topoi der ‚föderalen Würde‘ und ‚föderalen Treue‘ als Konkretisierungen des (krypto-)normativen ‚Bundes‘-Denkens identifiziert (s. sogleich § 2, C.). In späteren Kapiteln werden die konkreten *verfassungsrechtsdogmatischen* Implikationen dieser Topoi unter der US-Verfassung und dem Grundgesetz ermittelt; dort werden auch Beispiele für die Ideenrezeption, insbesondere durch Höchstgerichte und das dogmatisch arbeitende Schrifttum, vorgestellt (s. insbes. §§ 5 u. 6). Insoweit wird also angestrebt, die soeben aufgestellte Hypothese 1.1 zunächst zu konkretisieren und dann im Bereich der Verfassungsrechtsdogmatik der US-Verfassung und des Grundgesetzes zu überprüfen.

## § 2 Föderalismus und politische Idee des ‚Bundes‘

Das wichtigste Element im „Ideenreservoir“ (s.o. § 1, C. III.) zum Typus des freiheitlich-nationalstaatlich-repräsentativ-demokratischen Instrumentalföderalismus (s.o. § 1, C. II. 3.) ist die politische Idee des ‚Föderalismus‘. Diese soll im vorliegenden Kapitel auf ihren Kern, die politische Idee des ‚Bundes‘, zurückgeführt werden. Nach einer wissen(-schaft-)stheoretischen Verortung (s.u. A) nähert sich das Kapitel der politischen Idee ‚Föderalismus‘ an: Die Erörterung der wirkmächtigen Formel von Föderalismus als „*self-rule plus shared rule*“ (Daniel J. Elazar; s. u. B. I. 4.) leitet über in eine Beschreibung von Föderalismus als Prinzip der (Auf-)Teilung (s. u. B. II.). Den Aspekten „*self-rule*“ und „*shared rule*“ korrespondieren die Topoi ‚föderale Würde‘ bzw. ‚föderale Treue‘. Der Schwerpunkt des Kapitels widmet sich der Herleitung dieser Topoi aus dem Modell des Bundes (*foedus*; s. u. C). ‚Föderale Würde‘ und ‚föderale Treue‘ stellen Konkretisierungen des im ersten Kapitel identifizierten größeren ideenpolitisch-dogmatischen Topos der ‚schutzwürdigen föderierten Einheit‘ (s. Hypothese 1.1 oben bei § 1, C. III. 2.) dar.

### A. Wissenschaftstheoretische Vorüberlegungen

#### I. Pluralismus der Perspektiven und Zugänge

Fragt man danach, was ‚Föderalismus‘ ist, so ergeben sich verschiedene Zugänge und Bedeutungsebenen, welche nicht immer sauber getrennt werden können<sup>425</sup>. Es

<sup>425</sup> Vgl. M. Dreyer, Föderalismus als ordnungspolitisches und normatives Prinzip, Frankfurt a.M. u. a. 1987, S. 6; zur Schwierigkeit, normative Aspekte von ‚Föderalismus‘ bei deskriptiv-analytischem Vorgehen auszublenden: J. E. Fossum/M. Jachtenfuchs, Journal of European Public Policy 24 (2017), 467 (476).

besteht nicht nur eine Mehrzahl disziplinärer Zugänge (u.a. ideengeschichtlich, institutionell-politikwissenschaftlich, sozialphilosophisch, rechtswissenschaftlich)<sup>426</sup>, sondern auch eine Vielzahl von Modellen und Theorieentwürfe zum Föderalismus, welche nicht überschneidungsfrei zu bestimmtem disziplinären Zugängen zugeordnet werden können: Föderalismus wird u.a. als Handel (Geschäft), als Prozess, als Wettbewerb (bis hin zu einem Kampf) und als Bund (Vertrag) beschrieben.<sup>427</sup> Aus diesem Arsenal von Modellen greift die vorliegende Studie das Modell des Bundes heraus, um den Topos der ‚schutzwürdigen föderierten Einheit‘ (s. o. Hypothese 1.1 – § 1, C. III. 2.) näher zu analysieren (s. u. C.).

<sup>426</sup> Vgl. nur R.-O. Schultze, in: D. Nohlen/ders. (Hrsg.), Lexikon der Politikwissenschaft, Bd. 1, 4. Aufl., München 2010, S. 266 (266 f.), welcher – im Anschluss an eine Bearbeitung des entspr. Eintrags von Bernd Reissert in einer Vorauffl. – vier Zugänge zum Forschungsgegenstand ‚Föderalismus‘ unterscheidet: „verfassungsrechtlich“, „institutionell-funktional“, „soziologisch-behavioristisch“, „sozialphilosophisch“; vgl. auch W. Reichardt, in: D. Nohlen/R.-O. Schultze (Hrsg.), Lexikon der Politik, Bd. I, Politische Theorien, München 1995, S. 102 (104 f.); vgl. H. Kilper/R. Lhotta, Föderalismus in der Bundesrepublik Deutschland, Opladen 1996, S. 23 f.; vgl. K. v. Beyme, Vergleichende Politikwissenschaft, Wiesbaden 2010, S. 206; vgl. zur Vielfalt von Zugängen aus komparatistischer Sicht F. Palermo/K. Kössler, Comparative Federalism. Constitutional Arrangements and Case Law, Portland, Ore., U.S.A., 2017, S. 1, 8, mit Verweis auf W. S. Livingston, Political Science Quarterly 67 (1952), 81.

<sup>427</sup> Vgl. zu einigen dieser Aspekte M. Burgess, In Search of the Federal Spirit. New Theoretical and Empirical Perspectives in Comparative Federalism, Oxford, U.K., 2012, mit Lektüren u.a. zu William H. Riker (Handel, Geschäft), Carl J. Friedrich (Prozess), Daniel J. Elazar (Bund, Vertrag). Diese Modelle sind freilich höchst unbestimmt und sehr unterschiedlich konzeptualisierbar; vgl. nur die unterschiedlichen Konzentualisierungen von Föderalismus als ‚Prozess‘ bei Friedrich (materiell reichhaltiger Rückgriff auf Althusius; dazu referierend M. Burgess, In Search of the Federal Spirit. New Theoretical and Empirical Perspectives in Comparative Federalism, Oxford, U.K., 2012, S. 159 ff.) einerseits und bei Peter Lerche (formaler „Proze[ss]“-Begriff, vgl. P. Lerche, VVDStRL 21 (1964), 66 [84 ff.] – dazu unten C. II. 1. b) bb)) andererseits.

Zum von Burgess nicht fokussierten Begriff des ‚Wettbewerbs‘ im Zusammenhang mit föderalen Ordnungen umfassend S. Korte, Standortfaktor Öffentliches Recht. Integration und Wettbewerb in föderalen Ordnungen am Beispiel der Gesetzgebung, Tübingen 2016, S. 25 ff., m. w. N. – dort insbesondere mit der Unterscheidung zwischen dem „Systemwettbewerb“ im Sinne eines Standortwettbewerbs zwischen föderalen Trägern (a. a. O., S. 26 ff., 441) einerseits und den Erscheinungen eines ‚bloßen‘ „Leistungswettbewerbs“ der föderalen Träger (a. a. O., S. 119 ff., 444) sowie des ‚bloßen‘ „Rechtsexports“ (a. a. O., S. 108 ff., 444) andererseits. Als grundlegende Strukturelemente des Systemwettbewerbs macht Korte aus: *erstens* föderale Träger als Anbieter, die Recht „offerieren“, *zweitens* Nachfrager, welche zum Wechsel des Standorts bereit sind, sowie – *drittens* – eine Rahmenordnung. Für ein Modell („*combative federalism*“), welches ‚Wettbewerb‘ – gar „Kampf“ (*combat*) – nicht horizontal zwischen den föderierten Einheiten, sondern vertikal zwischen Bundesebene und föderierten Einheiten verortet: R. M. Cover, Yale L.J. 92 (1983), 1342 (1343); dagegen S. Rose-Ackerman, Yale L.J. 92 (1983), 1344 ff.

## II. Zwischen Normativität und Empirie

Nach einem fundamentalen – und zum Teil eben unscharfen<sup>428</sup> – Dualismus lässt sich ‚Föderalismus‘ als *normatives* Phänomen (s. u. 1.) und ‚Föderalismus‘ als *empirisches* Phänomen (also als ‚verwirklichter Föderalismus‘ – s. u. 2.) unterscheiden. Innerhalb dieser beiden Grundkategorien können wiederum jeweils verschiedene Aspekte oder Perspektiven fokussiert werden. Das vorliegend zentrierte Modell des ‚Bundes‘ ist zunächst im Bereich der normativen Dimension zu verorten, hat aber auch beschreibend-erklärendes Potential (s. u. 3.).

### 1. Föderalismus als normatives Phänomen

‚Föderalismus‘ als normatives Phänomen zielt darauf, bestimmte Formen und Verfahren des sozialen und insbesondere des politischen Lebens zu legitimieren, vor allem aber anzuleiten, zu strukturieren und zu sanktionieren. Es geht v. a. um Ordnungsfragen, also um Vorgaben für die Formung und Begrenzung von Herrschaft<sup>429</sup>, aber auch – in geringerem Maße – um Legitimationsfragen<sup>430</sup>.

Föderalismus kann insoweit Gegenstand der politischen Theorie und der Sozialphilosophie sein. Er wird dann als normative *politische Idee*<sup>431</sup> oder – gegenständig etwas weiter gefasst – als normative *sozialphilosophische Idee*<sup>432</sup> begriffen.

---

<sup>428</sup> Vgl. J. E. Fossum/M. Jachtenfuchs, *Journal of European Public Policy* 24 (2017), 467 (476); allgemein zu den Schwierigkeiten (und zur fehlenden Erforderlichkeit), im Rahmen von *conceptual thought* das Normative und das Empirische hermetisch zu trennen: C. Möllers/H. Birkenkötter, *I·CON* 12 (2014), 603 (607) – zur Methodologie des *conceptualism* s. u. § 9, C. II. 1. d) bb).

<sup>429</sup> Allgemein (föderalismus-indifferent) zu Herrschaftseinrichtung und Herrschaftsformung als Aufgaben moderner Verfassungen C. Möllers, in: A. v. Bogdandy/J. Bast (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge*, 2. Aufl., Berlin u. a. 2009, S. 227 (229 ff.), wobei Möllers diese als verfassungsgeschichtlich gewonnene „Typen“ und „Traditionen“ beschreibt. In diesem Dualismus ist Föderalismus eher auf der Seite der Herrschaftsformung zu verorten – näher dazu unten bei der Diskussion des freiheitlichen Föderalismus § 12, B. II. 2.

<sup>430</sup> Dazu, dass die föderale Idee *als solche* kaum legitimationstheoretisch fruchtbar ist, vgl. C. Möllers, in: A. v. Bogdandy/J. Bast (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge*, 2. Aufl., Berlin u. a. 2009, S. 227 (248); vgl. exemplarisch auch S. S. Krause, in: E. M. Hausteiner (Hrsg.), *Föderalismen. Modelle jenseits des Staates*, Baden-Baden 2016, S. 103 (104 f.), welche betr. des Zusammenhangs von Föderalismus und Legitimation auf die Demokratietheorie als externen Legitimationssponder verweist; näher dazu unten C. II. 1. a) bb) (3).

<sup>431</sup> Vgl. P. King, *Federalism and Federation*, London, U.K., u. a. 1982, S. 20: „*political philosophy*.“

<sup>432</sup> Früh und wirkmächtig in Johannes Althusius’ „*Politica*“, hierzu T. O. Hueglin/A. Fenna, *Comparative Federalism*, 2. Aufl., North York, ON, Kanada, 2015, S. 77 ff.

Damit verwandt, aber mit Betonung einer interventionistisch-aktivistischeren Stoßrichtung, wird ‚Föderalismus‘ auch als „politisches *Programm*“<sup>433</sup> oder (*gar*) als „*Ideologie*“<sup>434</sup> bezeichnet. Im ersten Fall (‚Programm‘) ist eine besonders intensive Nähe zum oben angesprochenen Phänomen der Ideenpolitik mit ihrer Durchbrechung der Theorie/Praxis-Grenze (s.o. § 1, B. VI. 5. a)) gegeben. Im letzteren Fall (‚Ideologie‘) kommt zum normativ-programmatischen Grundgehalt noch etwas hinzu,<sup>435</sup> wobei nicht immer ganz klar ist, was das ist: der Anspruch einer umfassenden Systematik und Komplexität (Stichwort: ‚Gedankengebäude‘), etwas Totalisierendes, etwas besonders starres Dogmatisches, etwas Kritik-Immunes, etwas Versteckt-Kryptisches oder gar Täuschend-Verschleiernes oder aber der Aspekt der Instrumentalisierung für andere, machbezogene Zwecke.<sup>436</sup> Insoweit kann Föderalismus durchaus verschiedene ideologische Aspekte aufweisen (und soll vorliegend auch gerade mit Blick auf diese untersucht werden): Der Aspekt der Instrumentalisierung ist für die vorliegende Studie, wie bei der Erarbeitung des Begriffs des ‚Instrumentalföderalismus‘ im ersten Kapitel sichtbar wurde (s.o. § 1, B. III. 5.), von besonderem Interesse. Auf den Instrumentalcharakter wird bei der Erörterung des Modells des ‚Bundes‘ zurückzukommen sein (s.u. C, I. 1. b)); außerdem wird bei der Erörterung dieses Modells darauf einzugehen sein, dass dessen

<sup>433</sup> S. S. Krause, in: E. M. Hausteiner (Hrsg.), *Föderalismen. Modelle jenseits des Staates*, Baden-Baden 2016, S. 103 (105), Hervorh. R.D.N.; insoweit bestehen Überschneidungen zu einem weitgefassten Begriff der ‚Ideologie‘, vgl. P. King, *Federalism and Federation*, London, U.K., u. a. 1982, S. 19f.: „a broad and reasonably coherent set of ideas which is invoked with a view to mobilizing and directing political action in order to serve some relatively specific purpose“, unter Verweis auf M. Seliger, *Ideology and Politics*, London, U.K., 1976.

<sup>434</sup> Von Föderalismus als „Ideologie“ (neben seiner primären Bedeutung als „normative politische Theorie“) spricht etwa L. Neidhart, in: A. Benz/G. Lehmbruch (Hrsg.), *Föderalismus. Analysen in entwicklungsgeschichtlicher und vergleichender Perspektive*, Wiesbaden 2002, S. 111 (111), der jedoch nochmal zwischen Föderalismus als „Idee“ und Föderalismus als „Ideologie bzw. als Praxis, in seinem Namen partikuläre Interessen zu legitimieren und durchzusetzen“, unterscheidet; vgl. auch P. King, *Federalism and Federation*, London, U.K., u. a. 1982, S. 20f.; als „ideologiefähig und ideologiegefährdet“ betrachtet die „Bundesstaatlichkeit“ auch A. Hollerbach, in: W. Maihofer (Hrsg.), *Ideologie und Recht*, Frankfurt a.M. 1969, S. 37 (55f.); aus der Weimarer Zeit (affirmativ) zur ideologischen Qualität E. J. Jung, *Föderalismus aus Weltanschauung*, München u. a. 1931; hierzu kontextualisierend P. Heil, *Geschichte im Westen* 1994, 165. Auch R. Ratković, in: E. Benda (Mitverf.), *Probleme des Föderalismus*, Tübingen 1985, S. 17 ff., spricht von „ideologischen Grundlagen des [...] Föderalismus“, meint damit aber vor allem das „Selbstbestimmungsrecht der Nationen“, nicht jedoch Eigenheiten des ‚Bundes‘ selbst. Teilweise wird im Zusammenhang mit Föderalismus von „Ideologie“ gesprochen, dann aber tatsächlich über die Funktionen desselben nachgedacht, so G. Kisker, in: E. Benda (Mitverf.), *Probleme des Föderalismus*, Tübingen 1985, S. 23 ff.

<sup>435</sup> Es sei denn, man verfolgt einen weiten Begriff der ‚Ideologie‘, der jegliches normative Denken und Handeln abdeckt.

<sup>436</sup> Vgl. K.-H. Breier, in: M. Schwarz/ders./P. Nitschke (Hrsg.), *Grundbegriffe der Politik*, 2. Aufl., Baden-Baden 2017, S. 75 (75, 79); ferner A. Hollerbach, in: W. Maihofer (Hrsg.), *Ideologie und Recht*, Frankfurt a.M. 1969, S. 37 ff.; P. King, *Federalism and Federation*, London, U.K., u. a. 1982, S. 20.

Forderungen vor allem auch in verdeckter Form, also *krypto*-normativ, daherkommen (s. u. C. I. 2.).

Föderalismus als normatives Phänomen ist auch Untersuchungsgegenstand der (Verfassungs-)Rechtswissenschaft: Föderalismus wird dann als ein in besonderer Weise qualifiziertes normatives Phänomen, nämlich als verfassungsrechtliches Phänomen untersucht. Es geht dann um Föderalismus als *Verfassungs(-rechts-)prinzip*, beispielsweise bei der Auslegung des grundgesetzlichen Bundesstaatsprinzips des Art. 20 Abs. 1 GG.<sup>437</sup> Die §§ 3 ff. der vorliegenden Untersuchung widmen sich der verfassungsrechtsdogmatischen Perspektive im Detail; in § 9 erfolgt eine methodologische Reflektion dieser Sichtweise.

## 2. ‚Verwirklichter‘ Föderalismus als empirisches Phänomen

‚Verwirklichter‘ Föderalismus als empirisches Phänomen betrifft die faktisch-institutionelle Gestalt föderaler Institutionen und Prozesse in der sozialen und politischen ‚Wirklichkeit‘, ihr tatsächliches ‚Aussehen‘ und ‚Gelebtwerden‘, beobachtbare Vorgänge, Institutionen und Konventionen. So gerät für Teile der (insbesondere auch komparatistischen) föderalismusinteressierten Politikwissenschaft ‚Föderalismus‘ nicht primär als normative politische Idee, sondern als *praktisches institutionelles Arrangement* in das Blickfeld.<sup>438</sup>

Schließlich lässt sich ‚Föderalismus‘ als Struktur der (tatsächlichen) *politischen Kultur* und *Mentalität*, als Frage der „emotionalen Kräfte“ und „Gefühlswert[e]“<sup>439</sup>, des kollektiven politischen Bewusstseins untersuchen.<sup>440</sup> Insoweit ließen sich u. a.

<sup>437</sup> Auch innerhalb der verfassungsrechtlichen Perspektive lassen sich wiederum verschiedene Bedeutungsebenen von ‚Föderalismus‘ unterscheiden, vgl. für den Föderalismus („Bundesstaat“) des Grundgesetzes *M. Jestaedt*, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. II, Heidelberg, 3. Aufl. 2004, § 29, Rn. 15, mit der Unterscheidung von „Bundesstaat“ als „System und Prinzip“, als „Ordnung und Ordnungsprinzip“: „System“ bzw. „Ordnung“ sollen dabei das systematische Gesamtbild der einzelnen föderalismusverfassungsrechtlichen Regelungen des Grundgesetzes bezeichnen; „(Ordnungs-)Prinzip“ sei die „föderative Ordnungsidee“, welche das System „im Innersten zusammenhalt[e]“.

<sup>438</sup> Vgl. *P. King*, *Federalism and Federation*, London, U.K., u. a. 1982, S. 20: „*an institutional matter of fact with no particular concern for either promoting or undermining such a form of unity*“; vgl. auch *T. O. Hueglin/A. Fenna*, *Comparative Federalism*, 2. Aufl., North York, ON, Kanada, 2015, S. 25: „*arrangements in practice*“; vgl. auch *S. S. Krause*, in: E. M. Hausteiner (Hrsg.), *Föderalisten. Modelle jenseits des Staates*, Baden-Baden 2016, S. 103 (104).

<sup>439</sup> Zitierte Wendungen von *H. Heller*, *Die politischen Ideenkreise der Gegenwart* [1926], in: *Gesammelte Schriften*, hrsg. v. M. Drath/O. Stammer/G. Niemeyer/F. Borinski, Bd. I, Leiden, Niederlande, 1971, S. 267 (271). Heller betont die methodologischen Schwierigkeiten, solche Aspekte wissenschaftlich zu erfassen.

<sup>440</sup> Vgl. z. B. die Rede vom „*federal spirit*“ bei *M. Burgess*, *In Search of the Federal Spirit. New Theoretical and Empirical Perspectives in Comparative Federalism*, Oxford, U.K. 2012; vgl. auch *S. S. Krause*, in: E. M. Hausteiner (Hrsg.), *Föderalisten. Modelle jenseits des Staates*, Baden-Baden 2016, S. 103 (104 f.): „Kultur des Miteinanders“. Für eine der seltenen

empirisch-politikwissenschaftliche oder mentalitätsgeschichtliche Untersuchungen anstrengen.<sup>441</sup> Einzelaspekte der politischen Kultur und Identität werden im späteren Verlauf der Untersuchung vereinzelt am Rande aufgegriffen, etwa wenn es um die Frage des (Nicht-)Vorhandenseins ausgeprägter sub-nationaler Identitäten in US-amerikanischen Staaten und deutschen Ländern (s.u. C. II. 3. c) bb) (1)), um die Popularität föderaler Strukturen und die Wirkkraft der (para-)demokratischen Öffentlichkeit zur Sanktionierung etwaiger Föderalismusverfassungsrechtsverstöße (s.u. § 8, B. II. 2. g)) oder um die Voraussetzungen einer etwaigen ‚demo(i)kratischen Bundestreue‘ von Individuen gegenüber föderalen Trägern (s.u. § 12, B. III. 3.) geht.

### 3. Föderalismus als Denkmuster, Modell und Lesekonvention

In der vorliegenden Studie soll beschrieben werden, wie sich die Stellung föderierter Einheiten in der ideenpolitischen Konstellation (s.o. § 1, C. II. 3.) des freiheitlich-nationalstaatlich-repräsentativ-demokratischen Föderalismus darstellt. Im Folgenden geht es dabei um das Kernelement der beschriebenen Konstellation: ‚Föderalismus‘. Insbesondere steht eine Konkretisierung des ideenpolitischen Topos der ‚schutzwürdigen föderierten Einheit‘ (dazu Hypothese 1.1 oben bei § 1, C. III. 2.) bevor. Dazu wird insbesondere eine Analyse der ‚Ideenwelt‘ des ‚Bundes‘ dienen (s.u. C.).

In methodischer Parallele zu Hermann Hellers ideenpolitisch-integrativem Denken in Bezug auf „objektiv[e] Bauprinzip[ien]“, die „erst als logische Synthese von uns vollzogen“<sup>442</sup> werden (s.o. § 1, C. III. 1. c)) soll ein wirkmächtiges Muster des ‚westlichen‘ politischen Denkens beschreibend nachvollzogen werden. Es lässt sich auch von einem Modell oder einer Lesekonvention (Lesefigur) sprechen (näher unten C. I. 2. b) cc) zur Lesefigur ‚Bund‘). Bezogen auf den eben umrissenen Normativität/Empirie-Dualismus liegt das Hauptaugenmerk im Folgenden auf dem Normativen, genauer: auf ‚Föderalismus‘ als *normativer* politischer Idee, aber auch als ‚ideologisches‘ Muster. Dabei soll dieses normative Phänomen vorliegend nicht etwa affirmiert werden; die hier eigenommene Perspektive soll ihrerseits nicht normativen Charakter aufweisen. Im Rahmen der ausführlichen methodologischen

empirischen Studien zur ‚föderalen Kultur‘ s. C. D. Kam/R. A. Mikos, *Journal of Empirical Legal Studies* 4 (2007), 589 – näher unten § 8, B. II. 2. a).

<sup>441</sup> Über Topoi wie ‚Verfassungsidentität‘ oder über die Rede von „moralischen“ Gehalten der föderalen ‚Kultur‘ ließe sich freilich wiederum eine Brücke zur *normativen* Dimension von ‚Föderalismus‘ schlagen, vgl. J. H. H. Weiler, in: K. Nicolaïdis/R. Howse (Hrsg.), *The Federal Vision. Legitimacy and Levels of Governance in the United States and the European Union*, Oxford, U.K., u.a. 2001, S. 54 (62): „we consider the integrity of our national constitutional orders not simply as a matter of legal obedience and political power but of moral commitment and identity.“

<sup>442</sup> H. Heller, *Die politischen Ideenkreise der Gegenwart* [1926], in: *Gesammelte Schriften*, hrsg. v. M. Drath/O. Stammer/G. Niemeyer/F. Borinski, Bd. I, Leiden, Niederlande, 1971, S. 267 (272).



Reflexion der Forschungsmethodologie im neunten Kapitel verortet sich die Studie unter Verweis auf Christoph Möllers und Hannah Birkenkötter unter anderem im Bereich rechtswissenschaftlicher Begriffsarbeit („*conceptualism*“). Dabei teilt die Studie insbesondere auch deren Position, wonach rechtliche und rechtswissenschaftliche Begriffe nicht nur der Rechtfertigung, sondern auch der Erklärung rechtlicher Phänomene dienen können (ausführlich § 9, C. II. 1. d) bb)).<sup>443</sup>

Der Fokus auf das Normative schließt nicht aus, dass – jedenfalls implizit oder heuristisch<sup>444</sup> – auch Rückgriffe auf die Empirie föderaler politischer Institutionen und Prozesse erfolgen, um ‚Föderalismus‘ als Strukturelement im Typus des freiheitlich-nationalstaatlich-repräsentativ-demokratischen Föderalismus konturieren zu können. Eine empirische Betrachtung steht allerdings nicht im Vordergrund. Überhaupt ist es schwierig, zwischen der normativen und der empirischen Dimension von ‚Föderalismus‘ strikt zu trennen. Einerseits erfolgt die – hier nicht primär bezweckte – Beschreibung von föderalen Institutionen und Prozessen, also deskriptiv-analytisches Vorgehen, immer schon vor der gedankenstrukturierenden Folie der normativen politischen Ordnungsidee ‚Föderalismus‘.<sup>445</sup> Umgekehrt – und dies kann vorliegend relevant werden – wird die Konturierung einer normativen politischen Ordnungsidee auch durch die Beschreibung empirischer (historischer) institutioneller Strukturen und durch die Analyse der (Dys-)Funktionalität und Effekte konkreter institutioneller Strukturen informiert.

Die hier angestrebte Konkretisierung des ideenpolitischen Topos der ‚schutzwürdigen föderierten Einheit‘ wird vor allem durch die Arbeit am Begriff (und Modell) ‚Bund‘ geleistet (s. u. C.). Bevor dieser spezifische, ideengeschichtlich informierte Blick auf das föderale Prinzip geworfen werden kann, ist ‚Föderalismus‘ zunächst in grundlegender Weise als Prinzip politischer Ordnungsbildung zu definieren und zu charakterisieren (s. u. B.).

## B. Föderalismus – Ordnungsbildung durch Teilen und Aufteilen

Durch spezifische Vorgaben zum (Auf-)Teilen („Wohlverteilen“) von Hoheitsgewalt (Peter Lerche und Peter Badura)<sup>446</sup> macht das föderale Ordnungsprinzip

<sup>443</sup> Vgl. C. Möllers/H. Birkenkötter, I•CON 12 (2014), 603 (607): „*Legal concepts may serve as a tool not only to justify but also to explain legal phenomena*“; Hervorh. i. Orig.

<sup>444</sup> Heuristisch-modellhaft wichtig wird der Rückgriff auf Empirisches bei der Betrachtung der föderalismusverfassungsrechtlichen Wirkungsdimensionen in § 8.

<sup>445</sup> Vgl. J. E. Fossum/M. Jachtenfuchs, Journal of European Public Policy 24 (2017), 467 (476); ferner T. O. Hueglin/A. Fenna, Comparative Federalism, 2. Aufl., North York, ON, 2015, S. 25, die darauf hinweisen, dass hierdurch ein Abgleich von Sein und Sollen („*critical examination of how well federal practices live up to their principles*“) erschwert werde.

<sup>446</sup> ‚(Auf-)Teilen‘ in einem denkbar komplexen Sinn, nämlich nicht „als bloße Abgrenzung getrennter Hoheitsräume [...], sondern als wohlverteilte Ordnung und Balancierung der



Angebote zur Lösung von politischen Ordnungsfragen. Diese These ist im Folgenden durch Definitions- und Begriffsarbeit zu plausibilisieren (s. u. I.). Anschließend werden auf relativ hoher Abstraktionsebene der Gegenstand des föderalen (Auf-) Teilens (nämlich Hoheitsgewalt – s. u. II.), die spezifischen Kriterien des föderalen (Auf-) Teilens (nämlich Territorialität und Ebenenbildung – s. u. III.) sowie wirkkräftige Muster des föderalen (Auf-) Teilens (nämlich Trennung und Verschränkung – s. u. IV.) vorgestellt.

## I. Föderalismus als Prinzip komplexen (Auf-) Teilens

Um sich dem Begriff ‚Föderalismus‘ als politischem Ordnungsprinzip arbeitshypothetisch zu nähern, bieten sich Einblicke in Lexikondefinitionen (s. u. 1.), in die Etymologie (s. u. 2.) sowie – knapp exkursorisch-rahmend – in historische Kontexte und Teleologien (s. u. 3.) an. Dies mündet in Daniel J. Elazars Kurzformel von Föderalismus als „*self-rule plus shared rule*“ (s. u. 4.).

### 1. Lexikondefinition: ‚Föderalismus‘

Apodiktisch soll hier – auf der Grundlage von repräsentativen Stimmen aus rechtswissenschaftlichen und politik-theoretischen Lexika – eine Arbeitsdefinition von ‚Föderalismus‘ vorangestellt werden: Als politische Ordnungsidee ist Föderalismus die Aufteilung von Hoheitsgewalt einer politischen (Gesamt-)Einheit auf verschiedene Träger durch Ebenenbildung sowie nach räumlich-territorialen Kriterien, wobei diesen Trägern ein gewisses Maß an (verfestigt-garantierter und eigenständig legitimierter) Selbstständigkeit zugeschrieben wird.<sup>447</sup>

Durch das Voranstellen dieser Arbeitsdefinition soll nicht darüber hinweggetäuscht werden, dass es eine Vielzahl von ‚Föderalismus‘-Definitionen gibt, die sich

---

Staatsgewalt“, so P. Badura, in: FS Lерche, München 1993, 369 (372), im Anschluss an und mit Hinweisen auf P. Lерche, VVDStRL 21 (1964), 66 ff.

<sup>447</sup> So im Wesentlichen S. Koriоth, in: W. Heun/M. Honecker/M. Morlok/J. Wieland (Hrsg.), Evangelisches Staatslexikon, Neuausgabe, Stuttgart 2006, Sp. 596 (596), der jedoch in seiner Grunddefinition die (Sekundär-)Merkmale der Ebenengliederung sowie der garantierten und der eigenständig legitimierten Selbstständigkeit der Hoheitsträger nicht ausdrücklich aufführt. Vgl. zum – vorliegend teilweise in die Arbeitsdefinition aufgenommenen – Merkmal der „eigen[en] Rechte, Autonomie und Legitimität“ aller föderaler Einheiten jedoch etwa die Definition von W. Reichardt, in: D. Nohlen/R.-O. Schultze (Hrsg.), Lexikon der Politik, Bd. I, Politische Theorien, München 1995, S. 102 (102). Aus dem US-amerikanischen Diskurs (dort auch mit deutlicher Benennung des Merkmals der Ebenen-Gliederung) A. Follesdal, „Federalism“, The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Summer 2018 Edition), in: E. N. Zalta (Hrsg.), URL = <<https://plato.stanford.edu/archives/sum2018/entries/federalism/>>: „*Federalism is the theory or advocacy of federal principles for dividing powers between member units and common institutions. [... S]overeignty in federal political orders is non-centralized, often constitutionally, between at least two levels so that units at each level have final authority and can be self governing in some issue area.*“

in Details unterscheiden.<sup>448</sup> Auch ist anzuerkennen, dass der Begriff die Tendenz hin zu einer gewissen Konturenlosigkeit aufweist.<sup>449</sup> Gerade Definitionsschwierigkeiten bereiten den Boden für Kontroversen<sup>450</sup> und für Ideenpolitik – dies hat das erste Kapitel anhand der *Federalist/Anti-Federalist*-Debatte exemplarisch nachvollzogen (s.o. § 1, B.). Dennoch bewegt sich die vorgestellte Arbeitsdefinition auf einem so hohen Abstraktionsniveau<sup>451</sup>, dass sich damit jedenfalls – aber nicht nur – die nationalstaatlichen (Instrumental-)Föderalisten der USA und der Bundesrepublik Deutschland erfassen lassen.

## 2. Etymologische Notiz: *foedus* – ‚Bund‘

‚Föderalismus‘ verweist auf das lateinische *foedus*‘ für ‚Bund‘.<sup>452</sup> Die Nähe zum ‚Bundes‘-Gedanken in ‚Föderalismus‘ zeigt sich im heutigen deutschen Sprachgebrauch noch deutlich in der Rede vom ‚Bundes-staat‘ als Anwendung der föderalen Idee auf die Organisation eines (National-)Staats (was freilich bereits eine Verengung des Anwendungsfelds der föderalen Idee darstellt). Die Idee des ‚Föderalismus‘

<sup>448</sup> Vgl. zusammenfassend P. Dann, Parlamente im Exekutivföderalismus, Berlin u.a. 2004, S. 29 (dort in Fn. 18).

<sup>449</sup> Vgl. M. Frenkel, Föderalismus und Bundesstaat, Bd. I, Bern, Schweiz, 1984, S. 76; H. Kilper/R. Lhotta, Föderalismus in der Bundesrepublik Deutschland, Opladen 1996, S. 23: „Was ist Föderalismus? – Eine Frage und tausend Antworten“; N. Dorsen/M. Rosenfeld/A. Sajó/S. Baer/S. Mancini, Comparative Constitutionalism. Cases and Materials, 3. Aufl., St. Paul 2016, S. 427 ff.: „*federalism's various forms*“; K. v. Beyme, Vergleichende Politikwissenschaft, Wiesbaden 2010, S. 206: „keine akzeptierte Theorie des Föderalismus“; zu Ausdehnungen der Idee des Föderalismus über konsolidierte Föderationen aus Bundesebene und selbstständig legitimierten föderierten Einheiten hinaus nach oben (*global governance*) und nach unten (lokale Verwaltungsebenen) auch D. Halberstam, in: M. Rosenfeld/A. Sajó (Hrsg.), The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law, Oxford 2012, S. 577 ff. (604 ff.): „*Federalism All the Way?*“; zur schwierigen Grenzziehung zwischen Föderation und dezentralisiertem Einheitsstaat für das Beispiel Spanien etwa P. Stykow, Vergleich politischer Systeme, Paderborn 2007, S. 221. Überdies wird teilweise auch mit Blick auf gesellschaftliche Großorganisationen wie Gewerkschaften, Arbeitgeberverbände und politische Parteien von föderalen Strukturen gesprochen, vgl. etwa S. Koriath, in: W. Heun/M. Honecker/M. Morlok/J. Wieland (Hrsg.), Evangelisches Staatslexikon, Neuausgabe, Stuttgart 2006, Sp. 596 ff. (599).

<sup>450</sup> Vgl. A. Benz, in: E. M. Hausteiner (Hrsg.), Föderalisten. Modelle jenseits des Staates, Baden-Baden 2016, S. 29 (29): „Der Begriff ‚Föderalismus‘ [...] provoziert auch Kontroversen, weil er nicht eindeutig definiert ist.“

<sup>451</sup> Beispielsweise ist das Definitionselement ‚gewisses Maß an ([...] eigenständig legitimer) Selbstständigkeit‘ für unterschiedliche Verwirklichungsformen von ‚Demokratie‘ und sogar für andere Herrschaftsformen offen.

<sup>452</sup> Vgl. nur S. Schäller, Föderalismus und Souveränität im Bundesstaat, Wiesbaden 2016, S. 23, welcher für das 13. Jahrhundert noch eine Synonymität von *foedus*‘ und ‚Bund‘ ausmacht. ‚*Foedus*‘ und ‚Bund‘, später auch ‚Föderalismus‘ und ‚Bundesstaat‘ hätten sich im weiteren Verlauf der Begriffsgeschichte, v.a. seit der frühen Neuzeit teilweise auseinanderentwickelt: vgl. S. Schäller, a.a.O., S. 23 ff.

basiert auf dem Modell des ‚Bundes‘ (s. u. C.) und ist mit dem Vertragsdenken assoziiert (hierzu später unter C. III. 1. c)).

Einschlägige Übersetzungen von ‚Bund‘ im Zusammenhang mit dem föderalen Prinzip sind insbesondere ‚compact‘<sup>453</sup> und – mit deutlichen biblischen Assoziationen – ‚covenant‘<sup>454</sup>.

### 3. Historische Kontexte und Teleologien: Teilungsprozesse und Vereinigungsprozesse

#### a) Gegenströme: Teilung und Vereinigung

Gleicht man die vorgestellte Arbeitsdefinition von ‚Föderalismus‘ (s. o. 1.) mit der Etymologie ab, so ergibt sich eine gewisse Divergenz: Die vorgestellte Arbeitsdefinition geht von der politischen (*Gesamt*-)Einheit aus, deren ‚Gesamtmasse‘ an Hoheitsgewalt (‚sodann‘) auf verschiedene Träger aufgeteilt wird.<sup>455</sup> Demgegenüber weist der etymologische Befund (‚foedus‘, ‚Bund‘) auf die verschiedenen vorgefundenen einzelnen Träger, die sich (‚zunächst einmal‘) *verbinden* mussten, um so die Gesamteinheit zu bilden. In anderen Worten: die obige Arbeitsdefinition begreift ‚Föderalismus‘ (primär) als *Teilungsprinzip*, während die Etymologie auf ein *Vereinigungsprinzip* hinweist. Diese Gegenläufigkeit von Teilen und Vereinigen prägt das föderale Prinzip (föderales Gegenstromprinzip).

#### b) Historische und teleologische Typologien

Die beiden Prinzipien – Teilung und Vereinigung – lassen sich teilweise auf unterschiedliche historische Kontexte der Begriffsprägung von ‚Föderalismus‘ zurückführen: Arthur Benz zufolge sei die Tendenz der Teilung vor allem im kontinentaleuropäischen Diskurs „im Zeitalter der Formierung von modernen Staaten“ prägend gewesen; demgegenüber sei der frühe US-amerikanische Diskurs Ende des 18. Jahrhunderts von der Tendenz der Vereinigung der 13 früheren Kolonien

<sup>453</sup> Vgl. für die Rede von „compact“ im Zusammenhang mit dem föderalen Prinzip etwa J. A. Gardner, *Interpreting State Constitutions. A Jurisprudence of Function in a Federal System*, Chicago, Ill., U.S.A., 2005, S. 60 (dort in Fn. 17); R. Briffault, *Vand. L. Rev.* 47 (1994), 1303 (1304).

<sup>454</sup> Vgl. für die Rede von „covenant“ im Zusammenhang mit dem föderalen Prinzip etwa D. J. Elazar, *Publius* 10 (1980), 3 ff.; ders., *Exploring Federalism*, Tuscaloosa, Ala., U.S.A., 1987, S. 33; J. Bednar, *The Robust Federation*, Cambridge, Mass., U.S.A., 2009, S. 63 (dort Fn. 1) – vgl. zu den biblisch-theologischen Bezügen die Anm. in Fn. 709.

<sup>455</sup> Kritisch zu diesem weit verbreiteten Blick auf Föderalismus, der eine ursprüngliche Einheit als nunmehr aufgeteilt betrachtet, N. Aroney, *American Journal of Comparative Law* 54 (2006), 277 (280); dazu O. Beaud, in: L. Azoulai (Hrsg.), *The Question of Competence in the European Union*, New York, N.Y., U.S.A., u. a. 2014, S. 19 (33).

(*Thirteen Colonies*) gekennzeichnet gewesen.<sup>456</sup> Bei der Betrachtung der *Federalist/Anti-Federalist*-Debatte von 1787/88 wurde auf diese Zentralisierungstendenz des US-amerikanischen (Instrumental-)Föderalismus entsprechend der wirkmächtigen Konzeption der *Federalists* bereits ausführlich hingewiesen und der Typus des nationalstaatlichen Föderalismus beschrieben (s. o. § 1, B. II. u. III. 1.).

Eine historisch-typologische Differenzierung, die hiermit im Zusammenhang steht, arbeitet mit vertikalen räumlichen Metaphern: So kann zwischen Föderalismus ‚von unten‘ (*bottom-up federalism*) und Föderalismus ‚von oben‘ (*top-down federalism*) unterschieden werden. Kommentatorinnen und Kommentatoren beschreiben die Entstehung des US-amerikanischen Föderalismus im 18. Jahrhundert als ein *bottom-up*-Unternehmen von Kolonialisten, welche von vorneherein an die Dezentralisierung von Herrschaftsgewalt gewöhnt waren (s. auch oben § 1, B. IV. 1.), und kontrastieren es gerade mit alt-europäischen *top-down*-Herrschaftsformen.<sup>457</sup> Demgegenüber wird man beispielsweise den Re-Föderalisierungsschub durch das Grundgesetz von 1949 gegenüber dem unitarischen System des Nationalsozialismus ganz wesentlich *auch* als ein – vor allem auch von außen an das besiegte Deutschland herangetragenes – *top-down*-Unternehmen begreifen müssen<sup>458</sup>, welches sich freilich von vorneherein der Länder als (teilweise ‚artifizielle‘) Geburtshelfer bediente (vgl. Art. 144 Abs. 1 GG; dazu C. II. 3. c) bb) (1)).

Mit den widerstreitenden Tendenzen der Teilung und der Vereinigung ebenfalls verwandt und noch stärker teleologisch-prozesshaft ausgerichtet ist die Typisierung föderaler Ordnungen – nach ihrer Genese und (*Fort*-)Entwicklung – in *coming-together federalism* und *holding-together federalism*: Beim *holding-together*-Föderalismus geht es Sebastian Huhnholz und Eva Marlene Hausteiner zu Folge um „einen Versuch der Stabilisierung eines komplexer werdenden Gebildes“; demgegenüber stelle *coming-together*-Föderalismus den Prozess des ‚erstmaligen‘, ob schon fortdauernden) *Zusammenkommens* von etwas „per se Diverse[m]“ dar.<sup>459</sup> Beim *coming-together*-Föderalismus gibt es Übergänge zum politischen Ordnungsmodell ‚Reich‘ (oder ‚Imperium‘) als Expansions- und Homogenisierungs-

<sup>456</sup> Vgl. A. Benz, in: E. M. Hausteiner (Hrsg.), *Föderalismen. Modelle jenseits des Staates*, Baden-Baden 2016, S. 29 (29).

<sup>457</sup> Deulich G. S. Wood, U. Chi. L. Rev. 78 (2011), 705 (710): „*this early experience with divided authority was far more significant in preparing Americans for federalism than the writings of Grotius or Pufendorf, or even their dealings with the distant multiple layers of empire. In fact, Americans from the outset were conditioned to think of political authority as very different from the top-down hierarchical structures of England and Europe*“.

<sup>458</sup> Vgl. zum – unterschiedlich starken – Drängen der westlichen Besatzungsmächte auf eine Föderalisierung (bei deutlicher nationalstaatlicher Rahmung) nur D. Willoweit/S. Schlinker, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, 8. Aufl., München 2019, § 42 Rn. 1, auch § 41, Rn. 13; vgl. auch H. A. Winkler, *Geschichte des Westens. Vom Kalten Krieg zum Mauerfall*, München 2014, S. 112.

<sup>459</sup> S. Huhnholz/E. M. Hausteiner, in: G. Ambrosius/C. Henrich-Franke/C. Neutsch (Hrsg.), *Föderalismus in historisch vergleichender Perspektive*, Bd. 2, Baden-Baden 2015, S. 279 (288, 294).

bewegung im politischen Großraum<sup>460</sup> (so z. B. die US-amerikanische *Westward expansion* mit nationalistisch-homogenisierender „*Americanization*“ – s. u. § 6, A. VI. 2. a)).

Ähnlich wie die Verfassungstheorie das Wesen der ‚modernen Verfassung‘ zwischen den Tendenzen ‚Herrschaftsbegründung‘ (Politisierung von Rechtserzeugung) einerseits und ‚Herrschaftsformung sowie -begrenzung‘ (Verrechtlichung von Politik) andererseits verortet<sup>461</sup>, ist Föderalismus insgesamt zwischen den Tendenzen Teilung und Vereinigung zu verorten: Föderalismus ist *beides* – Teilung und Vereinigung politischer Kräfte. Teilung und Vereinigung treten als jeweilige Gegenströme in einem mehr oder weniger stabilen *Gleichgewicht* auf.<sup>462</sup> Dabei besteht trotz Teilung ein gewisser Zusammenhalt und trotz Vereinigung eine gewisse Selbstständigkeit der verschiedenen föderalen politischen Machtzentren. In konkreten historischen föderalen Ordnungen können diese Tendenzen zu unterschiedlichen Zeitpunkten unterschiedlich stark ausgeprägt sein.

#### 4. Grundformel: „*Self-rule plus shared rule*“ (Elazar)

Daniel J. Elazar hat die widerstreitenden Tendenzen Teilung und Vereinigung in der knappen Kurzformel<sup>463</sup> von Föderalismus als „*self-rule plus shared rule*“<sup>464</sup>

<sup>460</sup> Bei ‚Imperium‘ und ‚Föderation‘ handelt sich jeweils um Kategorien der politischen Großraumordnung. Der Unterschied wird teilweise daran festgemacht, dass bei der Föderation Machtzerstreung und Pluralisierung, beim Imperium hingegen Machtkonzentration und Uniformisierung vorherrschen würden, vgl. T. O. Hueglin/A. Fenna, *Comparative Federalism*, 2. Aufl., North York, ON, Kanada, 2015, S. 73 f.; vgl. ferner S. Huhnholz/E. M. Hausteiner, in: G. Ambrosius/C. Henrich-Franke/C. Neusch (Hrsg.), *Föderalismus in historisch vergleichender Perspektive*, Baden-Baden 2015, S. 279 (285 f.), zum nicht eindeutigen, wechselhaften Verhältnis zwischen föderalem Prinzip und ‚Reichs‘-Idee.

<sup>461</sup> Vgl. C. Möllers, in: A. v. Bogdandy/J. Bast (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge*, 2. Aufl., Berlin u. a. 2009, S. 227 (229 ff.).

<sup>462</sup> „Gleichgewicht“ durchaus *auch* im Sinne von „*check[s] and balance[s]*“, vgl. O. Beaud, in: L. Azoulai (Hrsg.), *The Question of Competence in the European Union*, New York, N.Y., U.S.A., u. a. 2014, S. 19 (19); grundlegender zum „Gleichgewicht“ im „Bund“ C. Schmitt, *Verfassungslehre*, München u. a. 1928, S. 371; hierzu C. Schönberger, *AöR* 129 (2004), 81 (105) – näher zu Föderalismus als vertikale Gewaltenteilung unten § 12, B. II. 2.

<sup>463</sup> Ähnlich wirkmächtig ist die – inhaltlich ähnliche – Grundformel von K. C. Wheare, *Federal Government*, New York, N.Y., U.S.A., u. a. 1947, S. 5: „*the principle of the general and regional governments being co-ordinate and independent in their respective spheres*“; hierzu etwa S. Choudhry/N. Hume, in: T. Ginsburg/R. Dixon (Hrsg.), *Comparative Constitutional Law*, Cheltenham, U.K., 2011, S. 356 (357): dort auch zu weiteren Grundformeln, etwa in W. Riker, in: F. I. Greenstein/N. W. Polsby (Hrsg.), *Handbook of Political Science. Governmental Institutions and Processes*, Reading, Mass., U.S.A., 1975, S. 93 (101): „*activities of government are divided [...] in such a way that each kind of government has some activities on which it makes final decisions.*“

<sup>464</sup> D. J. Elazar, *Exploring Federalism*, Tuscaloosa, Ala., U.S.A., 1987, S. 12.

gebündelt<sup>465</sup>: „*Self-rule*“ bezeichnet die (begrenzte) Eigenständigkeit der einzelnen Hoheitsträger. „*Shared rule*“ verweist darauf, dass die ‚Gesamtmasse‘ der Hoheitsgewalt (bezogen auf die politische Gesamteinheit) unter verschiedenen Hoheitsträgern aufgeteilt ist (d. h. von ihnen geteilt wird), also nicht in einem einzelnen Hoheitsträger zentralisiert ist.<sup>466</sup> Folge dieses Arrangements ist, dass Föderalismus stets in einem Wechselspiel von Einheit und Differenzierung,<sup>467</sup> von „Koordination und Unabhängigkeit“,<sup>468</sup> von „Integration und Subsidiarität“<sup>469</sup> begriffen ist. Wie die nächsten Abschnitte des Kapitels zeigen sollen, lassen sich diese Begriffspaare um das – rhetorisch geladene – Begriffspaar ‚Treue‘ und ‚Würde‘ ergänzen.

Elazars Kurzformel – „*self-rule plus shared rule*“ – wird im Folgenden näher aufgegliedert: Zunächst ist darzulegen, was unter ‚Hoheitsgewalt‘ („*rule*“) zu verstehen ist, welche im Föderalismus (auf-)geteilt wird (s. u. II.). Anschließend werden die Kriterien der (Auf-)Teilung, nämlich Territorialität und Ebenenbildung, erörtert (s. u. III.): Dies betrifft die Unterscheidung der föderalen Träger und damit letztlich die denklologische Voraussetzung für die Unterscheidung von „*self*“ und „*shared*“. Außerdem sind typische Muster der (Auf-)Teilung (Trennung und Verschränkung) zu betrachten (s. u. IV.).

## II. Gegenstand der (Auf-)Teilung: Hoheitsgewalt („*rule*“)

Indem Elazar Föderalismus als „*self-rule plus shared rule*“ definiert, bezieht er ihn auf eine bestimmte Form von „Herrschaft“ („*rule*“): Föderalismus ist bei ihm die Aufteilung von *Hoheitsgewalt*.<sup>470</sup>

<sup>465</sup> Das bisher zum Begriff des ‚Föderalismus‘ Gesagte lässt sich als ein Chiasmus beschreiben: Die Arbeitsdefinition mit Betonung des Teilungsprinzips (s. o. 1.) und die Etymologie mit Betonung des Verbindungsprinzips (s. o. 2.) treten in eine Überkreuzstellung, deren Schnittpunkt durch Elazars Formel gebildet wird.

<sup>466</sup> Betonung dieses Moments des Teilens („*sharing*“) von Hoheitsgewalt bei O. Beaud, in: L. Azoulai (Hrsg.), *The Question of Competence in the European Union*, New York, N.Y., U.S.A., u. a. 2014, S. 19 (20).

<sup>467</sup> Vgl. D. J. Elazar, *Exploring Federalism*, Tuscaloosa, Ala., U.S.A., 1987, S. 33: „*diffusion*“ und „*concentration*“; L. Neidhart, in: A. Benz/G. Lehmbruch (Hrsg.), *Föderalismus. Analysen in entwicklungsgeschichtlicher und vergleichender Perspektive*, Wiesbaden 2002, S. 111 (111): „Einheit und Vielheit“; S. Koriath, in: W. Heun/M. Honecker/M. Morlok/J. Wieland (Hrsg.), *Evangelisches Staatslexikon*, Neuausgabe, Stuttgart 2006, Sp. 596 (596 f.).

<sup>468</sup> K. C. Wheare, *Federal Government*, New York, N.Y., U.S.A., u. a. 1947, S. 5: „*the principle of the general and regional governments being co-ordinate and independent in their respective spheres*“.

<sup>469</sup> Titelgebend für S. Oeter, *Integration und Subsidiarität im deutschen Bundesstaatsrecht*, Tübingen 1998.

<sup>470</sup> Vgl. S. Koriath, in: W. Heun/M. Honecker/M. Morlok/J. Wieland (Hrsg.), *Evangelisches Staatslexikon*, Neuausgabe, Stuttgart 2006, Sp. 596 (596): „staatlich[e] oder öffentlich[e] Hoheitsgewalt“; beachte dann aber a. a. O., Sp. 599.

## 1. Abgrenzung vom ‚privaten‘ Bereich

In diesem Zusammenhang ist zu bemerken, dass teilweise auch mit Blick auf gesellschaftliche Großorganisationen wie Gewerkschaften, Arbeitgeberverbände und politische Parteien von ‚föderalen Strukturen‘ gesprochen wird.<sup>471</sup> Noch weitergehend ließen sich auch Formen dezentraler Binnenorganisation von ‚rein privaten‘ Akteuren wie Wirtschaftsunternehmen als ‚föderal‘ betrachten (*corporate federalism*) – eine Sichtweise, welche vor allem Charles Handy unter Verweis darauf vorgeschlagen hat, dass auch im Management von Unternehmen der Sache nach „Vielfalt und geteilte Ziele“, „Individualität und Partnerschaft“, „Lokales und Globales“, „der Nationalstaat und der regionale Block“ ins Gleichgewicht zu bringen seien.<sup>472</sup> Noch einmal anders gelagert und großflächiger angelegt sind die von Ines Härtel beschriebenen „nichthoheitlichen Föderalstrukturen“: Damit nimmt Härtel die raumbezogene Kooperation über nationale, subnationale (also u. a. ‚hoheitlich-föderale‘) und ggf. auch über kommunale Grenzen hinaus (*region building*) in Bezug; dieses *region building* habe das Ziel der „ökonomische[n] Selbstbehauptung im Standortwettbewerb unter den Bedingungen von Wissensgesellschaft und Globalisierung“.<sup>473</sup> Man könnte diesbezüglich auch von einem ‚informalen Para-Föderalismus‘ sprechen.

Ohne hier die Frage nach der trennscharfen Unterscheidbarkeit der öffentlichen und der privaten Sphäre (*public/private divide*)<sup>474</sup> zu vertiefen, lässt sich festhalten,

<sup>471</sup> Vgl. etwa M. Frenkel, *Föderalismus und Bundesstaat*, Bd. I, Bern, Schweiz, 1984, S. 82; S. Koriath, in: W. Heun/M. Honecker/M. Morlok/J. Wieland (Hrsg.), *Evangelisches Staatslexikon*, Neuausgabe, Stuttgart 2006, Sp. 596 (599); vgl. auch M. Kloepper, *DÖV* 2004, 566 (568), welcher betont, dass föderale Strukturen im hoheitlichen Bereich die Föderalisierung gesellschaftlicher Strukturen herbeiführen.

<sup>472</sup> C. Handy, *Harv. Bus. Rev.* 70, 6 (Nov.-Dez. 1992), 59 ff.: „*The prospect of applying political principles to management issues makes a great deal of sense, [...]. But the concept of federalism is particularly appropriate since it offers a well-recognized way to deal with paradoxes of power and control: the need to make things big by keeping them small; to encourage autonomy but within bounds; to combine variety and shared purpose, individuality and partnership, local and global, tribal region and nation state, or nation state and regional bloc.*“

<sup>473</sup> I. Härtel, *Jahrbuch des Föderalismus* 2011, 96 (109).

<sup>474</sup> Zu Bedenken an der trennscharfen Unterscheidung von ‚öffentlich‘ und ‚privat‘ etwa N. Bernard, *Multilevel governance in the European Union*, Den Haag, Niederlande, u. a. 2002, S. 9 ff., welcher diese Beobachtung mit Ausführungen zum „heterarchischen“ Modell des Netzes verbindet. In fundamentaler Form wird die *public/private divide* durch Vertreterinnen und Vertreter der *critical legal studies*, beispielsweise durch feministische Rechtsforschende in Frage gestellt; zur Hinterfragung mit Blick auf ‚Infrastrukturen‘ (welche durch ihren Raum-ggf. auch einen Föderalismusbezug haben) K. Easterling, *Extrastatecraft. The Power of Infrastructure Space*, London, U.K., u. a. 2014 (insbesondere zu Freihandelszonen, globalen Breitbandnetzen sowie internationalen Normungs- und Standardisierungsorganisationen); vgl. die (interdisziplinär-)rechtswissenschaftliche Rezeption der Studie bei E. S. Anker, in: dies./B. Meyler (Hrsg.), *New Directions in Law and Literature*, New York, N.Y., U.S.A., 2017, S. 210 (219 f.); hierzu R. D. Neugärtner, *Rechtswissenschaft* 2017, 461 (471 f.).



dass jedenfalls der hier interessierende Untersuchungsgegenstand, die verfassungsrechtliche Stellung der US-amerikanischen Staaten und der deutschen Länder, unter einen engen, hoheitsbezogenen Begriff des Föderalismus fällt. Zugleich unterstreicht der teilweise offenbar vorhandene Bedarf an ergänzenden informellen Föderal-Formen (etwa in Gestalt des von Härtel beschriebenen *region buildings*) jedoch die formale Künstlichkeit (näher unten C. II. 3. c) bb) (1)) und die ‚realweltlichen‘ Leistungsgrenzen des hoheitlichen Föderalismus i.e.S. Da sich die vorliegende Studie für *Formalstrukturen* und dogmatischen *Formen* (hoheitlicher) föderaler Ordnung, nicht aber für soziologischen Funktionalismus interessiert, ist dieser Zuschnitt auf hoheitlichen Föderalismus gerechtfertigt (nähere Ausführungen zum methodologischen Aspekt unten § 9, C. II. 1. b)).

## 2. Hoheitsgewalt als einseitige Rechtserzeugungsmacht

Unter Hoheitsgewalt soll mit Christoph Möllers (und Michel Troper) die „einseitige Erzeugung von Recht“ durch Parlamente, Regierungen, Verwaltungen und Gerichte verstanden werden.<sup>475</sup> Damit umfasst Hoheitsgewalt alle drei(einhalb) ‚staatlichen‘ Gewalten, die sich im Rechtsstaat jeweils als Akteure der Erzeugung einer spezifischen Form von Recht (insbesondere Parlamentsgesetze, Regierungsakte, Verwaltungsentscheidungen, gerichtliche Entscheidungen) begreifen lassen.

„[E]inseitige Erzeugung von Recht“ ist in *demokratischen* Föderationen wie den USA und der Bundesrepublik Deutschland trotz der *top-down*-Einseitigkeit der Wirkungsweise der erzeugten Rechtsakte freilich demokratisch gerahmt. Offensichtlich ist dies für die legislative Rechtserzeugung (insbesondere in Form formeller Gesetze) in Parlamenten, welche in den USA und in Deutschland unmittelbar demokratisch legitimiert sind. Demokratische Rahmung besteht aber auch – ggf. in vermittelter Form – für die Rechtserzeugung durch die anderen Gewalten. Vor dem Hintergrund dieser demokratischen Rahmung von Hoheitsgewalt wird in demokratischen Föderationen auch Föderalismus zur nicht-‚staatlichen‘ Sphäre hin, in die Sphäre der (para-)demokratischen Öffentlichkeit hinein, geöffnet. Als Vermittler zwischen ‚staatlichem‘ Bereich und (para-)demokratischer Öffentlichkeit (Wahlbevölkerung) treten Intermediäre wie politische Parteien oder Verbände (s. u. § 8, B. II. 2. b)); diese sind zum Teil ihrerseits wiederum föderal (binnen-)strukturiert. Die Verwirklichung des föderalen Prinzips in demokratischen Föderationen ist nur unter Berücksichtigung der Wirkungsdimension ‚(para-)demokratische Öffentlichkeit‘ zu verstehen, welche in Wechselwirkung mit den hoheitlichen Wirkungsdimensionen (legislative und exekutive Praxis sowie Rechtsprechung) tritt (ausführlich unten § 8, B. II.).

<sup>475</sup> Vgl. C. Möllers, *Gewaltengliederung*, Tübingen 2005, S. 83 f., im Anschluss an M. Troper, in: FS Winkler, Wien, Österreich, u. a. 1997, S. 1195 ff.



### III. Kriterien der (Auf-)Teilung: räumlich-territoriale und ebenenförmige Gliederung

Prägendes Element des Begriffs ‚Föderalismus‘ ist – neben der Grundstruktur „*self-rule plus shared rule*“ – das Prinzip *räumlich-territorialer* Gliederung von Hoheitsgewalt<sup>476</sup> in Kombination mit dem Prinzip der *Ebenenbildung*: Einerseits wird ein Teil der föderalen Hoheitsträger (nämlich die ‚föderierten Einheiten‘, also z. B. die US-Einzelstaaten und die deutschen Länder) anhand der territorial-räumlichen Grenzen ihrer Hoheitsbereiche voneinander unterschieden. Andererseits kommt es zur Bildung von mehreren (jedenfalls zwei) Ebenen, auf denen Hoheitsgewalt angesiedelt wird.

#### 1. Terminologie: ‚föderierte Einheiten‘ und ‚Bundesebene‘ als ‚föderale Träger‘

##### *a) ‚Föderierte Einheiten‘*

Die räumlich-territorial abgegrenzten Einheiten einer föderalen Ordnung – wie beispielsweise US-amerikanische Staaten und deutsche Länder – sollen hier als ‚föderierte Einheiten‘ bezeichnet werden. Damit wird eine Bezeichnung aus der vergleichenden Verfassungsrechtswissenschaft gewählt („*federated entities*“<sup>477</sup>). Diese ist keineswegs alternativlos; anderenorts wird außerdem von „subnationale[n] Glieder[n]“<sup>478</sup>, von „territoriale[n] Subeinheiten mit Staatseigenschaft“<sup>479</sup>, von „*component jurisdictions*“<sup>480</sup> (in etwa: ‚Teil-Zuständigkeitsträgern‘), von „*compo-*

<sup>476</sup> Besondere Betonung bei *M. Frenkel*, Föderalismus und Bundesstaat, Bd. I, Bern, Schweiz, 1984, S. 80 f., welcher hierin das Unterscheidungsmerkmal zum ‚bloßen‘ „Pluralismus“ sieht; deutlich zur territorialen Dimension des Föderalismus etwa auch *S. Huhnholz/E. M. Hausteiner*, in: G. Ambrosius/C. Henrich-Franke/C. Neusch (Hrsg.), Föderalismus in historisch vergleichender Perspektive, Bd. 2, Baden-Baden 2015, S. 279 (296): „Föderalismus integriert die Pluralität einer großräumpolitischen Gemeinschaft“; vgl. zu ‚Föderalismus‘ als einer Frage des ‚politischen Raummanagements‘ auch *M. Kloepfer/R. D. Neugärtner*, in: W. Kahl/M.-P. Weller (Hrsg.), *Climate Change Litigation. Liability and Damages from a Comparative Perspective*, München u. a. 2021, S. 21 (41 f.).

<sup>477</sup> *N. Dorsen/M. Rosenfeld/A. Sajó/S. Baer/S. Mancini*, *Comparative Constitutionalism. Cases and Materials*, 3. Aufl., St. Paul, Minn., U.S.A., 2016, S. 427.

<sup>478</sup> *P. Stykow*, *Vergleich politischer Systeme*, Paderborn 2007, S. 212: „subnationale Glieder“, womit die Autorin allerdings auch die Organe der Verwaltungsorganisation von Zentralstaaten meint.

<sup>479</sup> *R. Lhotta*, in: W. Heun/M. Honecker/M. Morlok/J. Wieland (Hrsg.), *Evangelisches Staatslexikon*, Neuausgabe, Stuttgart 2006, Sp. 264 (264), zu den Untergliederungen eines „Bundesstaats“.

<sup>480</sup> *D. Halberstam/R. M. Hills*, *The Annals of the American Academy of Political and Social Science* 574 (2001), S. 173 ff. (173).

*nent governments*“<sup>481</sup> (in etwa: ‚Teil-Regierungen‘ [in einem weiten, auch Legislative und Judikative umfassenden Sinn]) oder von „*constituent units*“<sup>482</sup> (‚Teil-/Gliedereinheiten‘) gesprochen.

Die Rede von ‚föderierten Einheiten‘ ist einerseits gegenüber den Rechtsbegriffen der US-amerikanischen und der deutschen Verfassungsordnung („*states*“ bzw. „Länder“) neutral und verzichtet zudem auf das Attribut der ‚Staatlichkeit‘, welches insbesondere in der – hier nicht verwendeten – Rede von „Gliederstaaten“ aktiv ist.<sup>483</sup> Die ihrerseits stark theorie- und ideologieabhängige Kategorie des ‚Staates‘<sup>484</sup> soll vorliegend aus der (Grund-)Definition von ‚Föderalismus‘ herausgehalten werden. Auch auf den – ebenfalls ideologiebeladenen – Begriff der ‚Nation‘ (vgl. z.B. „subnationale[s] Glie[d]“<sup>485</sup>) wird in der (Grund-)Definition verzichtet.

### b) ‚Bundesebene‘

Föderalismus ist jedoch mehr als die räumlich-territoriale Gliederung in föderierte Einheiten. Die föderierten Einheiten (jeweils mit „*self-rule*“) sind außerdem in besonderer Weise dauerhaft *verbunden*: Gemeinsam bilden sie eine Föderation, einen Bund („*shared rule*“). Es gibt daher etwas, was über die bloße Summe der föderierten Einheiten hinausgeht. Dieses Gemeinsame ist dauerhaft verfestigt und institutionalisiert – es soll vorliegend als ‚Bundesebene‘ bezeichnet werden. So spricht man in den USA von „*federal government*“<sup>486</sup> oder seltener von „*Government*

<sup>481</sup> D. Halberstam/R. M. Hills, The Annals of the American Academy of Political and Social Science 574 (2001), S. 173 ff. (174); vgl. auch D. J. Elazar, Exploring Federalism, Tuscaloosa, Ala., U.S.A., 1987, S. 34: „*constituent governments*“.

<sup>482</sup> D. Halberstam, in: K. E. Whittington/R. D. Kelemen/G. A. Caldeira (Hrsg.), The Oxford Handbook of Law and Politics, Oxford, U.K., u. a. 2008, S. 142 (152).

<sup>483</sup> Vgl. für eine solche Begriffsverwendung mit Bezug auf das deutsche Verfassungsrecht etwa M. Klopfer, Verfassungsrecht, Bd. I, München 2011, § 9, Rn. 1, 6; mit Bezug auf das US-amerikanische Verfassungsrecht aus der Perspektive der Auslandsrechtsforschung: J. Annenheim, Die Gliederstaaten im amerikanischen Bundesstaat. Institutionen und Prozesse gliedstaatlicher Interessenwahrung in den Vereinigten Staaten von Amerika, Berlin 1992; aus rechtsvergleichender Perspektive: D. Halberstam/R. M. Hills, The Annals of the American Academy of Political and Social Science 574 (2001), S. 173 ff. (174): „*component states*“, welche jedoch auch die Begriffe „*component jurisdictions*“ und „*component governments*“ verwenden (a. a. O., S. 173 f.); aus US-amerikanischer Perspektive mit rechtsvergleichendem Blick auf die Schweiz, Deutschland und die Europäische Union: Printz v. U.S., 521 U.S. 898 (1997), 976 (Sondervotum Breyer): „*constituent states*“.

<sup>484</sup> Vgl. C. Möllers, Staat als Argument, 2. Aufl., Tübingen 2011.

<sup>485</sup> P. Styckow, Vergleich politischer Systeme, Paderborn 2007, S. 212.

<sup>486</sup> Etwa M. C. Dorf/T. Morrison, Constitutional Law, New York, N.Y., U.S.A., 2010, S. 85, welche freilich teilweise auch von „*national government*“ oder schlicht unmittelbar vom jeweils zuständigen Bundesorgan, häufig „*Congress*“ sprechen, vgl. a. a. O., S. 69 ff.

of the Union“<sup>487</sup> und in der Bundesrepublik Deutschland vom „Bund“.<sup>488</sup> Auch der Bundesebene wird im Föderalismus Hoheitsgewalt zugeordnet.

Keiner Vertiefung bedarf die in der Frühphase der Geltung des Grundgesetzes intensiv geführte Debatte darüber, ob dem Grundgesetz ein dreigliedriger<sup>489</sup> oder ein zweigliedriger<sup>490</sup> Begriff des ‚Bundesstaats‘ zu Grunde zu legen ist (und ob diese Modelle analog für die US-Verfassung Erklärungswert besitzen): ach dem herrschenden zweigliedrigen (oder siebzehngliedrigen) ‚Bundesstaats‘-Begriff des Grundgesetzes wird (neben den 16 Ländern) nicht etwa ‚der Bundesebene‘ selbst, sondern der Bundesrepublik Deutschland als Gesamtstaat ‚Staatlichkeit‘ zugeschrieben.<sup>491</sup> Dies ändert nichts daran, dass das Grundgesetz die Bundesebene („den Bund“) als handlungsfähige Ebene und Trägerin hoheitlicher Gewalt ausstattet (vgl. nur Art. 32, 70 GG etc.); auf die (Nicht-)Ausstattung der Bundesebene mit ‚Staatlichkeit‘ kommt es insoweit nicht an.

### c) ‚Föderale Träger‘, ‚föderale Verbände‘

Als Oberbegriff für Bundesebene und föderierte Einheiten wird vorliegend der Begriff ‚föderaler Hoheitsträger‘ oder kurz ‚föderaler Träger‘ verwendet.

Vor allem im Bereich der verfassungsrechtsdogmatischen Analyse (§§ 3 ff.) wird – mittelbar-implizit – auch die Rede vom ‚(föderalen) Verband‘ aufgegriffen. Dabei geht die vorliegende Studie von einer Synonymie von ‚föderaler Verband‘ und ‚föderaler Träger‘ aus: Wenn später ‚Verbandskompetenzen‘, ‚Verbandsingerenzen‘ und ‚Verbandsgrundrechtspositionen‘ als Strukturelemente des Föderalismusverfassungsrechts der US-Verfassung und des Grundgesetzes beschrieben werden, so wird mit dem Wortbestandteil ‚Verband-‘ ein technischer Begriff des ‚föderalen Verbands‘ zu Grunde gelegt. ‚Verband‘ soll vorliegend vor allem als pragmatischer Komplementärbegriff zum ‚Organ‘ begriffen werden; dies betrifft die technische<sup>492</sup> Diffe-

<sup>487</sup> R. Schütze, From Dual to Cooperative Federalism. The Changing Structure of European Law, New York, N.Y., U.S.A., 2009, S. 78.

<sup>488</sup> Vgl. etwa die Überschrift des zweiten Abschnitts des Grundgesetzes: „Der Bund und die Länder.“

<sup>489</sup> Oder genauer wohl *achtzehngliedrig*: 16 Länder, ‚der Bund‘ sowie der ‚Gesamtstaat‘ Bundesrepublik Deutschland.

<sup>490</sup> Oder genauer wohl *siebzehngliedrig*: 16 Länder sowie der ‚Gesamtstaat‘ Bundesrepublik Deutschland.

<sup>491</sup> Vgl. BVerfGE 36, 342 (360 f.) – Niedersächsisches Landesbesoldungsgesetz: „Das Eigentümliche des Bundesstaates ist, daß der Gesamtstaat Staatsqualität und daß die Gliedstaaten Staatsqualität besitzen“; vgl. auch M. Kloepfer, Verfassungsrecht, Bd. I, München 2011, § 9, Rn. 1.

<sup>492</sup> Freilich wird auch die an sich technische Kategorie ‚Verbandskompetenz‘ immer wieder mit materiellen Gehalten aufgeladen: Demnach sei ein Verbandskompetenzverstoß (anders als ein bloßer Organkompetenzverstoß) ein Eingriff in eine „unantastbar[e] und impermeab[le]“ „Verbandspersönlichkeit“ und eine Verletzung einer „echte[n] Lebenseinheit[t]“, E. R. Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. II, 2. Aufl., Tübingen 1954, S. 717; zu Hubers Ansatz re-

renzierung zwischen ‚Verbandskompetenzen‘ und (verbandsinternen) ‚Organkompetenzen‘<sup>493</sup>: ‚Verband‘ ist hier zunächst also lediglich eine zusammenfassende Erfassung von Menschen über bestimmte Kriterien (etwa – so im Fall föderaler Verbände – über räumliche Kriterien), um der so zusammengefassten Entität sodann u. a. Zuständigkeiten zuordnen zu können.

Damit soll nicht verkannt werden, dass die Rede vom ‚Verband‘ durchaus unscharf-kryptonormative materielle (u. a. etatistische oder vitalistische) Gehalte implizieren kann<sup>494</sup>: So hat Georg Jellinek eine „mit ursprünglicher Herrschermacht ausgerüstete *Verbandseinheit* seßhafter Menschen“ als „Staat“ definiert.<sup>495</sup> Otto v. Gierke spricht menschlichen Verbänden – vitalistisch-anthropomorphistisch – eine „real[e] leiblich-geistig[e] Einheit“<sup>496</sup> zu; sie seien „Lebenseinheiten“<sup>497</sup> mit organischem Charakter und (insoweit) „willens- und handlungsfähig“<sup>498</sup>. Wenn der Begriff ‚Verband‘ vorliegend verwendet wird, sollen solche Gehalte nicht affirmiert werden; vielmehr steht hier – nüchtern-pragmatisch – die wirkmächtige kompetenzrechtliche Unterscheidung zwischen ‚Verbandskompetenzen‘ und ‚Organkompetenzen‘ im Vordergrund und wird insoweit mitvollzogen. Ideologische Aufladungen etatistischer oder anderer Art sollen im Rahmen der späteren Rhetorikanalyse in Rechnung gestellt werden (s. § 12).

---

ferierend auch *J. Isensee*, in: ders./P. Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. VI, 3. Aufl., Heidelberg 2008, § 133, Rn. 22 (dort in Fn. 35).

<sup>493</sup> Zur Gebräuchlichkeit der Differenzierung zwischen ‚Verbandskompetenzen‘ und ‚Organkompetenzen‘ im grundgesetzlichen Föderalismusverfassungsrecht nur *M. Kloepper*, *Handbuch der Verfassungsorgane im Grundgesetz*, Berlin 2022, § 1, Rn. 1; *J. Isensee*, in: ders./P. Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. VI, 3. Aufl., Heidelberg 2008, § 133, Rn. 23, m. w. N., welcher darauf hinweist, dass „das Schema des Verbandes“ nicht „ohne [W]eiteres“ auf Bund und Länder passe, da es sich bei ihnen um „komplexe Gebilde“ handle, welchen im jeweiligen „Binnengefüge“ auch „Verwaltungsstrabanten mit und ohne Selbstverwaltungsbefugnisse“ (also z. T. andere ‚Verbände‘) zugeordnet seien; vgl. ferner *M. Oldiges*, DÖV 1989, 873 (875).

<sup>494</sup> Andererseits wird der Begriff des ‚Verbands‘ teilweise – gerade im ‚technischen‘ Kontext des Kompetenzrechts – auch auf juristische Personen des öffentlichen Rechts ohne ‚Staats‘-Charakter wie Anstalten angewendet; vgl. *M. Oldiges*, DÖV 1989, 873 (874).

<sup>495</sup> *G. Jellinek*, *Allgemeine Staatslehre*, 2. Aufl., Berlin 1905, S. 173; Hervorh. R.D.N. – zur Rolle der Sesshaftigkeit („sedentärer Bias“) in dieser Konzeption *D. Thym*, VVDStRL 76 (2017), 169 (169 ff.) – s. sogleich 2. a) aa).

<sup>496</sup> *O. v. Gierke*, *Das Wesen der menschlichen Verbände*, Leipzig 1902, S. 24.

<sup>497</sup> *O. v. Gierke*, *Das Wesen der menschlichen Verbände*, Leipzig 1902, S. 12.

<sup>498</sup> *O. v. Gierke*, *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, Berlin 1887, S. 603.

## 2. Zwei räumliche Dimensionen: Nachbarschaft und Ebenenbildung

Föderalismus ist stets<sup>499</sup> die Kombination aus horizontaler<sup>500</sup> und vertikaler Gliederung – aus horizontaler Nachbarschaft (s.u. a)) und vertikaler Ebenenbildung<sup>501</sup> (s.u. b)) – dies macht die mehrdimensionale Komplexität des föderalen Ordnungsprinzips und der darin verhandelten verschiedenartigen Konflikte<sup>502</sup> aus.

### a) Horizontale Dimension: Management benachbarter politischer Räume

Die Definition und Unterscheidung der föderierten Einheiten anhand von territorialen Grenzen<sup>503</sup> und Nähebeziehungen führt erstens zum Vorhandensein ‚real-‘ weltlich benachbarter Hoheitsträger.<sup>504</sup>

#### aa) Komplexität und Zumutungen politischer ‚Räume‘

‚Nachbarschaft‘ ist nicht nur zwischen Individuen, sondern auch zwischen Kollektiven potenziell konfliktgeladen – Raum-Management ist Konflikt-Management<sup>505</sup>: Wenn ‚Raum‘ und ‚Politik‘ zusammengedacht werden, so kann ‚Raum‘ sehr

<sup>499</sup> Beachte jedoch A. Benz, in: E. M. Hausteiner (Hrsg.), *Föderalismen. Modelle jenseits des Staates*, Baden-Baden 2016, S. 29 (30 ff.), welcher auch ‚rein‘ horizontale Gliederungen und Kooperationen als Föderalismen thematisiert; s. dazu unten b) bb).

<sup>500</sup> Die horizontale, territorial-nachbarschaftliche Gliederung darf dabei nicht mit der funktionalen Gliederung nach ‚Gewalten‘ bzw. Funktionen des ‚Staats‘ verwechselt werden (dazu unten III. 3.), welche zum Teil auch als ‚horizontale Gliederung‘ bezeichnet wird.

<sup>501</sup> W. Reichardt, in: D. Nohlen/R.-O. Schultze (Hrsg.), *Lexikon der Politik*, Bd. I, Politische Theorien, München 1995, S. 102 (102): „vertikal und horizontal [...] gegliederte Struktur.“

<sup>502</sup> Für H. K. Gerken/A. Holtzblatt, *Mich. L. Rev.* 113 (2014), 57 (66), ist die Unterscheidung von „horizontal federalism“ und „vertical federalism“ mit der Differenz zwischen den dramatischen Gattungen ‚Tragödie‘ und ‚Komödie‘ vergleichbar: Beim horizontalen Föderalismus seien Konflikte, welche aus externen Effekten (*spillovers*) entstehen könnten, potenzielle Tragödien („*the story of conflict is a tragedy in waiting – a cautionary tale about norms upended and the looming threat of instability*“); beim vertikalen Föderalismus seien Konflikte zu einem gewissen Grad erwünscht und würde ständig neu verhandelt – insgesamt mit einem grundsätzlich ‚glücklichen Ende‘ für alle („*conflict performs the same role it plays in a Shakespearean comedy. It can be the source of chaos and consternation, but it ultimately gets worked out in the end, leaving us all the better for it.*“).

<sup>503</sup> Vgl. nur P. Lerche, *VVDStRL* 21 (1964), 66 (73 f.).

<sup>504</sup> So sind beispielsweise die Staaten der USA bzw. die deutschen Länder jeweils unter sich benachbarte Hoheitsträger: New York grenzt *tatsächlich* an New Jersey; Berlin *tatsächlich* an Brandenburg. Freilich sind in föderalen Arrangements hier nicht nur unmittelbar benachbarte Territorien zusammengeschlossen: Auch New York und Kalifornien sowie Bayern und Schleswig-Holstein sind jeweils Glieder einer Föderation. Es geht auch nicht um eine ‚lückenlose‘ territoriale Geschlossenheit der Föderation (s. nur die Lage von Alaska).

<sup>505</sup> ‚Nachbarschaft‘ ist sozial-anthropologisch reichhaltig konnotiert und konfliktgeladen; sie wird sozial- und kulturwissenschaftlich intensiv diskutiert; vgl. nur die Beiträge in: S. Evans/S. Schahadat (Hrsg.), *Nachbarschaft, Räume, Emotionen. Interdisziplinäre Beiträge*

unterschiedlichen ‚Wirklichkeiten‘<sup>506</sup> angehören: Es kann um einen physischen, ‚real‘ vermessbaren Raum, um einen sozialen Raum oder um einen symbolisch-narrativen<sup>507</sup> Raum gehen.<sup>508</sup> Menschliches Denken versucht regelmäßig, die soziale, ökonomische, politische und ‚kulturelle‘ (Freiheits-)Entfaltung von Menschen ebenso wie ihre ökologischen Lebensbedingungen in räumlichen Logiken und Kategorien zu erfassen (zu perspektivieren, zu skalieren) und entsprechend auch mit Blick auf räumliche Kategorien und Merkmale normativ zu adressieren.<sup>509</sup> Besonders gut greifbar wird dies in bestimmten Konzeptionen des Staatsangehörigkeitsrechts (etwa im *ius soli*) und des Migrations- und Aufenthaltsrechts mit einem – jedenfalls in Kontinentaleuropa – starkem „Leitbild der Sesshaftigkeit“ (mit „sedentärem Bias“)<sup>510</sup>. Noch basaler ist die Verbindung von ‚Raum‘ und ‚Person(en)‘ im juristischen Konstrukt der ‚Gebietskörperschaft‘: ‚Gebietskörperschaft‘ unterfällt dem auch vorliegend in Bezug genommenen Oberbegriff ‚Verband‘ als zusammenfassende Erfassung von Menschen über bestimmte (eben z.B. räumliche) Kriterien (s. eben 1. c)).

Darin liegt häufig eine Vereinfachung – mit Vorteilen (Handhabbarkeit) und Nachteilen (Grobheit und Ungenauigkeit von Zuordnungen). In den Geisteswissenschaften sind Stimmen zu vernehmen, die eine Dekonstruktion der Kategorie ‚Raum‘ (‚space‘) und stattdessen stärkere Aufmerksamkeit für die Kategorie ‚place‘, also für konkrete ‚real‘-weltliche Orte, an denen ‚tatsächlich‘ etwas passiert, fordern.<sup>511</sup> Die Sozial-, Macht- und Kulturtechniken ‚Politik‘ und ‚Recht‘ werden nun

---

zu einer sozialen Lebensform, Bielefeld 2011. Hier ließe sich etwa anknüpfen an die Studie von S. Evans, a. a. O., S. 205 ff., zu *gated communities* und „Nachbarschaft [...] im Bild der Angst“: Bei ‚*gated communities*‘ handelt es sich um umzäunte, bewachte und hochgerüstete Wohnkomplexe mit wenig ‚Gemeinschaft‘ im Innern, welche vor allem der Absonderung nach außen dienen – ein Modell für die ‚wirklichkeits‘-nahe Beschreibung von Föderalismus im globalen Kontext? Stellt genossenschaftliche Großsiedlung nach den Vorstellungen von Bruno Taut ein denkbare Alternativ-Modell dar? Für H. K. Gerken/A. Holtzblatt, Mich. L. Rev. 113 (2014), 57 (66), besteht in der horizontalen Beziehung der Nachbarschaft jedenfalls auch im föderalen Kontext das Potential einer „Tragödie“ (s. die Anm. eben in Fn. 502).

<sup>506</sup> B. Korf/C. Schetter, Peripherie 32 (2012), 147 (148), sprechen von „Raumontologien“.

<sup>507</sup> Mit Goethe und Schiller sollte man immer auch (ironisch) fragen „Deutschland? aber wo liegt es [‚wirklich‘]?“ Die Antwort wird keine Landkarte sein.

<sup>508</sup> Vgl. B. Korf/C. Schetter, Peripherie 32 (2012), 147 (147).

<sup>509</sup> Vgl. S. Müller-Mall, Legal Spaces. Towards a Topological Thinking of Law, Berlin u. a. 2013, unter Hervorh. der besonderen Bedeutung von Perspektivierung und Skalierung für die Erfassung rechtlicher Räume, vgl. a. a. O., S. 49 ff., 109 ff.; vgl. auch die Beiträge in: I. Braverman/N. Blomle/D. Delaney/A. Kedar (Hrsg.), The Expanding Spaces of Law. A Timely Legal Geography, Stanford, Ca., U.S.A., 2014; exemplarisch zur Rolle des ‚Raums‘ im Bereich der Klimagerechtigkeit M. Kloepfer/R. D. Neugärtner, in: W. Kahl/M.-P. Weller (Hrsg.), Climate Change Litigation. Liability and Damages from a Comparative Perspective, München u. a. 2021, S. 21 (28 ff.).

<sup>510</sup> D. Thym, VVDStRL 76 (2017), 169 (170); grundlegend zum „sedentary bias“ O. Bakewell, Third World Quarterly 29 (2008), 1341 ff.

<sup>511</sup> T. Morton, Dark Ecology. For a Logic of Future Coexistence, New York, N.Y., U.S.A., 2016, S. 10 ff.: Für Morton stellt das anthropomorphe Konzept ‚Raum‘ den Versuch dar, dem

freilich *nicht* auf räumliche Kategorien zur Adressierung sozialer Phänomene verzichten können; es ist aber angezeigt, Zumutungen, Verzerrungen, Ungenauigkeiten und Ausschlüsse, welche bei Zuordnungen von Menschen zu Räumen auftreten können, zu benennen. Hier zeigt sich das größere, fundamentalere Problem, dass jede Institutionalisierung eine Zumutung darstellt (näher unten § 12, B. III. 1. c) bb)).

Auch die ‚Räume‘, auf welche im Föderalismus Bezug genommen wird, sind niemals (nur) rein physische Räume. Stets haben sie jedenfalls auch an einer politisch-sozialen und einer symbolischen<sup>512</sup> ‚Wirklichkeit‘ Teil. Der Territorialbezug des föderalen Ordnungsprinzips birgt dabei die Gefahr, unter dem Anschein eines strengen ‚Realwelt‘-Bezugs zu verdecken, dass föderale Arrangements dennoch stets mit (artifizialen) *normativen* Entscheidungen, Zuordnungen und Ausschlüssen verbunden bleiben: Als beispielhafte Veranschaulichung dieser Wertungsabhängigkeit territorialer Bezüge im Verfassungsrecht kann eine Gegenüberstellung zweier grundgesetzlicher Normen dienen, die auf unterschiedliche Weise territorialbezogene Zuweisungen vornehmen: Während Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG auf das „Volk“, also – nach herrschender Lesart<sup>513</sup> – auf Staatsangehörige, als Wahlberechtigte in den Ländern abstellt, verweist Art. 51 Abs. 2 GG auf „Einwohner“, also nicht nur Staatsangehörige<sup>514</sup>, als Bemessungsgrundlage für die Stimmverteilung im Bundesrat. Ähnliches lässt sich ganz allgemein im öffentlichen Finanzrecht beobachten: In praktisch allen modernen Steuersystemen wird unterdessen an Ansässigkeit (und nicht etwa an Staatsangehörigkeit) angeknüpft.<sup>515</sup>

#### bb) Unschärfen des föderalen Territorialbezugs

Je nachdem, worin die Rechtfertigung oder der erhoffte Nutzen der Einrichtung einer föderalen Ordnung gesehen wird (*values of federalism*‘), kann sich der Territorialbezug u. U. als wenig treffsicher erweisen:

Insbesondere, wenn man Föderalismus primär als Instrument zur Abbildung von besonderen Gruppen- oder Kollektivinteressen begreift, ist die territoriale Gliederung ggf. nur ein unscharfer Anknüpfungspunkt: Gruppen- und Kollektiv-,Identität

(menschlichen) ‚Selbst‘ in einer scheinbar greifbaren, scheinbar präsenten Umwelt ein ‚Zuhause‘ und Geborgenheit zu geben; vgl. hierzu auch *M. Kloepfer/R. D. Neugärtner*, in: W. Kahl/M.-P. Weller (Hrsg.), *Climate Change Litigation. Liability and Damages from a Comparative Perspective*, München u. a. 2021, S. 21 (38).

<sup>512</sup> Vgl. zur narrativen Komponente politischer Raumbildung (mit Bezug auf die US-amerikanischen Einzelstaaten) *J. A. Gardner*, *Interpreting State Constitutions. A Jurisprudence of Function in a Federal System*, Chicago, Ill., U.S.A., 2005, S. 76 f.

<sup>513</sup> Ausführlich unten § 6, VI. 3. c).

<sup>514</sup> Vgl. *C. Deecke*, *Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Stimmenverteilung im Bundesrat*, Berlin 1998, S. 84 f.

<sup>515</sup> Vgl. *C. Waldhoff*, *VVDStRL 66* (2007), 216 (241): „die aus der organischen Staatslehre stammenden Opfertheorien bezogen sich auf das rechtliche Band der Staatsangehörigkeit als Legitimationsgrund und haben insofern angesichts der Anknüpfung an die Ansässigkeit durch praktisch alle modernen Steuersysteme keinen Erklärungswert mehr“.



täten‘ können auf Faktoren wie Religion, Ethnie, Sprache, politische Geschichte, wirtschaftliche ‚Gemeinschaftsprojekte‘ (etwa in ‚Kohle-Revieren‘) oder Lebensstil basieren – Aspekte, die nur mittelbar und nur mit ‚Verlusten‘ in Territorien übersetzbar sind, zumal unter den Bedingungen einer zunehmend mobilen und teilweise globalisierten Gesellschaft.<sup>516</sup> Hierzu mag das Anknüpfen an kleinere Einheiten wie Gemeinden, Landschaften oder Regionen sinnvoller sein.<sup>517</sup> Es gibt eben ‚realweltliche‘ Gründe dafür, dass – wie von Ines Härtel beschrieben – auch informale Föderal-Strukturen des *region buildings* entstehen (s. o. II. 1.).

Freilich geht der erhoffte Nutzen von Föderalismus regelmäßig über diesen Aspekt der Abbildung besonderer vorgefundener Gruppeninteressen hinaus. Zum Teil werden föderale Grenzen zu Integrationszwecken sogar bewusst quer zu überkommenen sozio-politisch-kulturellen Konfliktlinien gelegt, anstatt diese nachzuvollziehen und zu verfestigen.<sup>518</sup> Hinsichtlich anderer *values of federalism* wie föderale Demokratiepoteenzierung (s. u. § 12, B. III.) oder föderal-gewaltenteilerische Beschränkung hoheitlicher Gewalt (s. u. § 12, B. II.) ist grundsätzlich auch eine ‚technische‘ territoriale Gliederung geeignet. Wie Russell Kirk herausgestellt hat, können die Praxis territorialer Demokratie, die soziale Realität von geübter Selbstregierung und die Etablierung einer funktionierenden öffentlichen Verwaltung über den Verlauf von Zeit hinweg dazu führen, dass sich auch innerhalb der ursprünglich einmal arbiträr gezogenen Grenzen von föderierten Einheiten („*mere parallelograms of prairie and desert and forest*“) doch noch politisch lebendige und „spürbare“ Einheiten entwickeln.<sup>519</sup> In diesem Fahrwasser mag man die ‚artifizielle‘ Neu-Einrichtung demokratisch regierter Territorien dann sogar als einen besonders geeigneten Beitrag zur Ermöglichung politischer Egalität (und Anonymität) von Individuen durch politisches (Groß-)Raum-Management unter Abkehr von überkommener ständemäßiger Gewichtung im Politischen begreifen.<sup>520</sup>

<sup>516</sup> Vgl. T. O. Hueglin/A. Fenna, *Comparative Federalism*, 2. Aufl., North York, ON, Kanada, 2015, S. 26 f.; vgl. auch J. A. Gardner, *Interpreting State Constitutions. A Jurisprudence of Function in a Federal System*, Chicago, Ill., U.S.A., 2005, S. 69 f., zur „Porosität“ der Grenzen zwischen den US-amerikanischen Einzelstaaten.

<sup>517</sup> Vgl. M. Klopfer, DÖV 2004, 566 (567).

<sup>518</sup> Vgl. zum Föderalismus in Malaysia: W. Case, in: B. He/B. Galligan/T. Inoguchi (Hrsg.), *Federalism in Asia*, Cheltenham, U.K., 2007, S. 124 ff.; dazu T. O. Hueglin/A. Fenna, *Comparative Federalism*, 2. Aufl., North York, ON, Kanada, 2015, S. 26. S. i. Ü. auch die Ausführungen zum ‚Schrägstrich‘-Bundesland Nordrhein-Westfalen unten C. II. 3. c) bb) (1).

<sup>519</sup> Vgl. den Aufsatz „*The Prospects for Territorial Democracy in America*“, R. Kirk, in: R. Goldwin (Hrsg.), *A Nation of States*, 2. Aufl., Chicago, Ill., U.S.A., 1974 [1963], S. 42 (43); dazu J. A. Gardner, *Interpreting State Constitutions. A Jurisprudence of Function in a Federal System*, Chicago, Ill., U.S.A., 2005, S. 75.

<sup>520</sup> Zu diesem demokratisch-egalitären Aspekt der föderal gegliederten politischen Großraumbildung bei den *Federalists* (freilich zu den frühen USA, welche ja gerade noch auf die mehr oder weniger historisch gewachsenen Grenzen zwischen den *Thirteen Colonies* zurückgriffen) S. Schaller, *Föderalismus und Souveränität im Bundesstaat*, Wiesbaden 2016, S. 114.



*b) Vertikale Dimension: virtuelle<sup>521</sup> Ebenenstruktur*

Zweitens hat die Gliederung im Föderalismus Ebenenbildung zur Folge: Während sich die föderierten Einheiten als benachbarte Hoheitsträger jeweils gewissermaßen auf einer ‚Ebene‘ befinden, wölbt sich eine zweite Ebene (die ‚Bundesebene‘), ‚darüber‘; es ließe sich freilich auch formulieren: „... liegt eine zweite Ebene (die ‚Bundesebene‘) als Fundament ‚darunter‘“<sup>522</sup>.

*aa) Verdopplung von Hoheitsgewalt*

Die föderale Ebenenbildung führt dazu, dass mehrere Hoheitsträger, die gewissermaßen verschiedenen ‚Dimensionen‘ angehören, hinsichtlich ein und demselben ‚real‘-weltlichen Territorium hoheitlich tätig werden: Auf dem Territorium des Landes Berlin wirken beispielsweise die hoheitlichen Gewalten Berlins und der Bundesrepublik Deutschland. Diese (mindestens) Dualität von Hoheitsgewalten auf ein und demselben Territorium ist das Kernproblem föderaler Ordnungen.<sup>523</sup> Es stellt eine Irritation des wirkmächtig von Georg Jellinek geprägten Denkens des Territorialstaats dar, wonach Staatlichkeit durch das Zusammenfallen von Staatsgebiet, Staatsvolk sowie (einer) Staatsgewalt gekennzeichnet sei.<sup>524</sup>

*bb) Föderalismus ohne Ebenenbildung?*

Erst durch das Hinzutreten der vertikalen Dimension der Ebenenbildung zur horizontalen Dimension der territorialen Nachbarschaft liegt ‚Föderalismus‘ im engeren Sinne vor. Erst wenn die föderierten Einheiten gemeinsame Institutionen ausbilden und diese sich auf einer zweiten Ebene verselbstständigen lassen, kommt es zu den komplexen Spannungslagen eines (mindestens) *duplex regimen*.

Arthur Benz bezeichnet dies als „vertikalen Föderalismus“, welcher freilich auch eine grundlegende horizontale Dimension habe.<sup>525</sup> Außerdem gebe es „[(nur-)]horizontalen Föderalismus“, bei dem die föderierten Einheiten Kooperationsstrukturen aufbauen, jedoch keine verselbstständigten gemeinsamen Institutionen auf einer

<sup>521</sup> ‚Virtuell‘ im Gegensatz zu ‚real‘-weltlich – oder mit *H. K. Gerken/A. Holtzblatt*, Mich. L. Rev. 113 (2014), 57 (66): ‚komödienhaft‘ (im Gegensatz zu ‚tragödienhaft‘) – dazu oben in Fn. 505.

<sup>522</sup> Zu den Schwierigkeiten der räumlichen Metaphorik sogleich cc).

<sup>523</sup> Vgl. *O. Beaud*, in: L. Azoulay (Hrsg.), *The Question of Competence in the European Union*, New York, N.Y., U.S.A., u. a. 2014, S. 19: „*How to conceive of a duality of powers [...] on a single territory [...]*.“

<sup>524</sup> Vgl. *G. Jellinek*, *Allgemeine Staatslehre*, 2. Aufl., Berlin 1905, S. 173; dort findet sich die zusammenfassende Formel: „Der Staat ist die mit ursprünglicher Herrschermacht ausgerüstete Verbandseinheit seßhafter Menschen.“ Zu den einzelnen Elementen zusammenfassend etwa *M. Klopfer*, *Verfassungsrecht*, Bd. I, München 2011, § 1, Rn. 9 ff.

<sup>525</sup> *A. Benz*, in: E. M. Hausteiner (Hrsg.), *Föderalismen. Modelle jenseits des Staates*, Baden-Baden 2016, S. 29 (32).

weiteren Ebene aufbauten. Als Beispiele nennt Benz u. a. Bündnisse von Stammesgemeinschaften oder Städten in der europäischen Antike und im Mittelalter (z. B. die Hanse).<sup>526</sup> Einen solchen nur-horizontalen Föderalismus mag man zwar als „rudimentäre Form einer föderalen politischen Ordnung gelten“ lassen.<sup>527</sup> Vorliegend wird allerdings ein engerer Begriff von ‚Föderalismus‘ zu Grunde gelegt, der ein gewisses Maß an Ebenenbildung und Vertikalisierung voraussetzt.

### cc) Problematische Raummetaphorik; Heuristik

Die Rede von einer vertikalen Ebenenbildung in föderalen Ordnungen ist in ihrer Raummetaphorik nicht unproblematisch<sup>528</sup>: Da Ebenen regelmäßig *über-* bzw. *untereinander* angeordnet sind, werden hieraus oftmals Hierarchisierungen abgeleitet; oder umgekehrt: Das Ebenen-Modell kann sogar bewusst eingesetzt werden, gerade um Hierarchien unter den Ebenen zu behaupten.<sup>529</sup> Die Anschauung von ‚höher gelegenen‘ und ‚tiefer gelegenen‘ Ebenen wird mit einem (normativen) Rangverhältnis verbunden. In ([schau-]bildlichen wie sprachlichen) Darstellungen des Föderalismus wird die Bundesebene in aller Regel der Ebene der förderierten Einheiten *übergeordnet*. Solche Hierarchisierungen können freilich irreführend sein und sind jedenfalls nicht in Absolutheit gerechtfertigt.<sup>530</sup> Im Einzelnen ist die Rangfrage

<sup>526</sup> Vgl. A. Benz, in: E. M. Hausteiner (Hrsg.), *Föderalismen. Modelle jenseits des Staates*, Baden-Baden 2016, S. 29 (30 ff.). Auch manche Theoretisierungen der föderalen Demokratie in der Europäischen Union betonen die Dimension des Horizontalen: so insbesondere der von K. Nicolaidis, *Critical Review of International Social and Political Philosophy* 7 (2004), 76 (83, 85 ff.), vorgetragene ‚Demoikratie‘-Ansatz (dazu unten § 12, B. III. 2. a) cc)).

<sup>527</sup> So A. Benz, in: E. M. Hausteiner (Hrsg.), *Föderalismen. Modelle jenseits des Staates*, Baden-Baden 2016, S. 29 (30).

<sup>528</sup> Deutlich R. Smend, in: ders., *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, 3. Aufl., Berlin 1994 [1928], S. 119 (223): „Das Problem der Zusammenordnung von Bundesstaat und Einzelstaaten wird häufig aufgelöst in die Alternative der Nebenordnung beider Teile einer- oder ihrer Über- und Unterordnung andererseits. Derartige verräumlichende und mechanisierende Gedankenbilder sind aber zur Erfassung geistiger Wirklichkeit ungeeignet“.

<sup>529</sup> Dabei ist freilich zu beachten, dass die Mehrzahl der Anhänger des ‚Ebenen‘-Begriffs gerade von Hierarchisierung absehen möchte; exemplarisch: C. Möllers, *Gewaltengliederung*, Tübingen 2005, S. 228: „Vorrang ohne Hierarchie“.

<sup>530</sup> Vgl. die Warnung von C. Möllers, *Steps to a Tripartite Theory of Multi-level-Government*, Jean Monnet Working Paper 5/03, Teil 3.1.2, abrufbar unter: <http://www.jeanmonnetprogram.org/archive/papers/03/030501.html>; letzter Abruf: 01.12.2021: „*The metaphor of levels provokes the image of a hierarchy between them. There seems to be an ‚above‘ and a ‚below‘. But this idea is as wrong as it is when applied to governmental functions*“; vgl. auch O. Beaud, in: L. Azoulai (Hrsg.), *The Question of Competence in the European Union*, New York, N.Y., U.S.A., u. a. 2014, S. 19 (24 f.); vgl. auch H. M. Heinig, *Öffentlich-rechtliche Religionsgesellschaften*, Berlin 2003, S. 406, welcher der Hierarchisierungstendenz des Ebenenbilds mit der Ergänzung des Attributs „dynamisch“ (in „dynamisches Mehrebenensystem“) begegnet; nach F. C. Mayer, in: A. v. Bogdandy/J. Bast (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2. Aufl., Berlin u. a. 2009, S. 559 (596), soll „das Bild von unterschiedlichen Ebenen nicht zwingend mit der Vorstellung von Über-/Unterordnung verbunden“ sein, da Ebenen als „Plattformen“ ihrer Höhe nach zueinander als veränderlich vorstellbar seien. D. J. Elazar,

freilich anhand des konkreten (föderalismusverfassungs-)rechtlichen Arrangements zu beurteilen.

Es fehlt denn auch nicht an Vorschlägen für alternative räumliche Modelle zur Erfassung (auch) von föderal gegliederten Ordnungen: So werden vor allem die Metaphern „Netz“<sup>531</sup> und „Feld“<sup>532</sup>, aber auch „Marmorkuchen“<sup>533</sup> und „Flickenteppich“<sup>534</sup> verwendet. Die Modelle des ‚Netzes‘ und des ‚Feldes‘ haben eine Nähe zum – im späteren Verlauf der Studie näher untersuchten – Modell des ‚Bundes‘: Entgegen der tendenziell (oder zumindest potenziell) *hierarchisierenden* Vorstellung von einem ‚Mehrebenengebilde‘ hat die Vorstellung vom ‚Bund‘ ganz deutlich eine *multiarchisierende* Tendenz (s. sogleich C. II. 1. a) dd) (2)). Doch auch das Modell des ‚Bundes‘ kann (und will) der *Differenzierung* zwischen den föderierten Einheiten (als Vertragspartnerinnen) einerseits und der Bundesebene (als Vertragsinhalt und -effekt) andererseits nicht entkommen (s. sogleich C. II. 1. a) aa)). Zur Erfassung dieser Differenz behält der ‚Ebenen‘-Begriff eine wichtige heuristische Funktion. Da die Stellung der föderierten Einheiten gerade gegenüber der Bundesebene in der

---

Exploring Federalism, Tuscaloosa, Ala., U.S.A., 1987, S. 34 ff., stellt dem hierarchisierenden Pyramidenmodell mit mehreren Ebenen ein komplexes Matrixmodell föderaler Kompetenz- und Machtverteilung gegenüber; vgl. auch N. Bernard, *Multilevel governance in the European Union*, Den Haag, Niederlande, u.a. 2002, S. 9, welcher dem hierarchischen Modell des Mehrebenengebildes das „heterarchische“ Modell des Netzes gegenüberstellt, dies v.a. aber auch mit Blick auf die schwer durchhaltbare Trennung von ‚öffentlich‘ und ‚privat‘. Zur Unterstellung pauschaler Hierarchien in Föderationen durch die Begriffe ‚Bundesstaat‘ und ‚Staatenbund‘ als einem „strukturelle[n] Grundproblem“ C. Schönberger, AöR 129 (2004), 81 (97 f.); vgl. auch K. Nicolaidis, *Critical Review of International Social and Political Philosophy* 7 (2004), 76 (85): „*multi-centered not only multi-level governance*“ (mit Blick auf die „Demoikratie“ der Europäischen Union – hierzu unten § 12, B. III. 2. a) cc)).

<sup>531</sup> Vgl. N. Bernard, *Multilevel governance in the European Union*, Den Haag, Niederlande, u. a. 2002, S. 9.

<sup>532</sup> Dazu G. Abels, in: C. Franzius/F. C. Mayer/J. Neyer (Hrsg.), *Modelle des Parlamentarismus im 21. Jahrhundert*, Baden-Baden 2015, S. 161 (166): „Dieses Feld sei zwar nicht frei von Macht, aber nicht notwendigerweise als hierarchische Struktur organisiert; vielmehr würde es von multiplen Formen der Vernetzung dominiert. Mit der Entstehung eines Feldes wird auf die Notwendigkeit reagiert, demokratische Repräsentation als Ergebnis eines Zusammenspiels einer Vielzahl von Prozessen zu verstehen“, unter Verweis auf B. Crum/J. E. Fossum, *European Political Science Review* 1 (2009), 249 (267), dort zu einem „*multi-level parliamentary field*“ und a. a. O. (260) mit Hinweisen auf Pierre Bourdieus Theorie vom ‚sozialen Feld‘; Crum und Fossum verbinden ihre ‚Feld‘-Metapher a. a. O. (267) mit dem Theorem ‚Demoikratie‘ – zu diesem unten § 12, B. III. 2. a) cc).

<sup>533</sup> M. Grodzins, *The American System. A New View of Government in the United States*, Chicago, Ill., U.S.A., 1966, S. 8: das föderale System der USA entspreche eher einem „Marmorkuchen“ („*marble cake*“ oder britisch „*rainbow cake*“) als einer „Stufentorte“ („*layer cake*“); hierzu referierend M. Frenkel, *Föderalismus und Bundesstaat*, Bd. I, Bern, Schweiz, 1984, S. 90.

<sup>534</sup> Kritisch zur regelmäßig pejorativen Verwendungsweise von ‚Flickenteppich‘ für föderale Erscheinungsformen, M. Kloepper, *VerwArch* 112 (2021), 169 (199): „Föderalismus bedeutet grundsätzlich einen Auftrag zur Ermöglichung von Ungleichheit und ist nicht als Arbeitsanleitung für die Anfertigung unifarbener Teppichböden misszuverstehen.“

vorliegenden Studie untersucht wird, ist der Rückgriff auf die Ebenen-Metaphorik vorliegend unverzichtbar, um dieses konkrete föderale Konfliktverhältnis, welches eben nur einen Ausschnitt aus den vielfältigen föderalen Beziehungen bildet, überhaupt benennen und adressieren zu können.<sup>535</sup>

#### dd) Pluralismus von Föderalisten in Mehrebenengebilden?

Über das Merkmal der ‚Ebenen‘-Struktur föderaler Ordnung gelangt man zur Frage, wie sich Föderalismus in den größeren Gesamtzusammenhang räumlich gegliederter politischer Ordnungsmodelle einordnen lässt: Die vertikale Ebenenstruktur politischer Ordnung wird im politik- und verfassungsrechtswissenschaftlichen Schrifttum mit den Begriffen „Mehrebenensystem“<sup>536</sup>, „*multi-level governance*“<sup>537</sup> oder auch – dann mit ausdrücklichem Bezug auf das Recht – „Mehrebenen-Rechtsordnung“<sup>538</sup> erfasst.

Ein politisch-rechtliches ‚Mehrebenengebilde‘ lässt sich als ein aus mindestens zwei – in aller Regel aber mehr – Ebenen zusammengesetztes institutionell-organisationelles Konglomerat definieren, wobei eine ‚Ebene‘ nach Christoph Möllers ein solcher Träger der einseitigen (legislativen, exekutiven, gubernativen oder judikativen) Rechtserzeugung (dazu oben B. II. 2.) ist, welcher „damit beginnt, eigene verfestigte Legitimationsmechanismen zu entwickeln, also seine eigene Rechtserzeugung an die rechtswirksame Anerkennung von individuellen oder demokratischen Akten der Selbstbestimmung zu [k]nüpfen.“<sup>539</sup> Das Idealbild eines Mehrebenengebildes hat folgende Gestalt: *Unterhalb* der nationalen Ebene (z.B. Bundesebene der USA bzw. der Bundesrepublik Deutschland) gibt es eine subnationale Ebene (z.B. US-amerikanische Staaten bzw. deutsche Länder), eine regionale Ebene (z.B. US-amerikanische *counties*<sup>540</sup> bzw. deutsche Gemeindeverbände) sowie eine lokale Ebene (z.B. US-amerikanische *municipalities* wie *cities* oder *towns* bzw.

<sup>535</sup> Und so begegnen im weiteren Verlauf immer wieder räumlich strukturierte Begrifflichkeiten wie *top-down*-Ingerenzen‘ (der Bundesebene gegenüber den föderierten Einheiten) oder *bottom-up*-Ingerenzen‘ (der föderierten Einheiten gegenüber Bundesebene – s. § 4, B. II.). Grundsätzlich steht in der Untersuchung die vertikale Beziehung im Vordergrund, aber vereinzelt werden auch diagonale Föderalbeziehungen untersucht (s. etwa unten § 6, B. II.).

<sup>536</sup> I. Pernice, VVDStRL 60 (2001), 148 (173); kritisch zum Begriffsbestandteil „System“ im rechtswissenschaftlichen Verwendungszusammenhang C. Möllers, Gewaltengliederung, Tübingen 2005, S. 210.

<sup>537</sup> Vgl. etwa N. Bernard, Multilevel governance in the European Union, Den Haag, Niederlande, u. a. 2002.

<sup>538</sup> C. Möllers, Gewaltengliederung, Tübingen 2005, S. 210 f., m. w. N.; vgl. auch H. M. Heinig, Öffentlich-rechtliche Religionsgesellschaften, Berlin 2003, S. 405: „Mehrebenenrecht“; vgl. auch F. C. Mayer, in: A. v. Bogdandy/J. Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl., Berlin u. a. 2009, S. 559 (593): „Mehrebenenverfassung.“

<sup>539</sup> C. Möllers, Gewaltengliederung, Tübingen 2005, S. 213.

<sup>540</sup> Besondere Beziehungen tragen die regionalen Einheiten in Alaska („*borough*“) und in Louisiana („*parish*“).

deutsche Gemeinden). *Oberhalb* der nationalen Ebene gibt es eine (rudimentäre) internationale Ebene (internationale Organisationen).<sup>541</sup> Gegebenenfalls, so beispielsweise im Falle Deutschlands, kommt – gewissermaßen ‚zwischen‘ nationaler und internationaler Ebene die Mitwirkung auf einer supranationalen Ebene (Europäische Union) hinzu. Nicht jede politische Ordnung stellt ein derart ausdifferenziertes Mehrebenengebilde dar.

Föderalismus kann auf verschiedenen Ebenen des skizzierten Mehrebenengebildes gefunden werden: Zuvörderst lässt sich das Ordnungsprinzip Föderalismus zwischen der nationalen und der subnationalen Ebene verorten.<sup>542</sup> Dies entspricht dem vorliegend zu konturierenden Typus des freiheitlich-nationalstaatlich-demokratischen Föderalismus, wie er in den USA und in Deutschland, aber beispielsweise auch in Australien, Indien oder der Schweiz ausgeprägt ist. Föderalismus kommt dann als „nationales Ordnungsprinzip“<sup>543</sup> daher. Subnationale Einheiten wie die US-Bundesstaaten oder die deutschen Länder stehen in einem föderalen Verhältnis zur nationalen Bundesebene. Föderalismus ist aber auch als „internationales Ordnungsprinzip“<sup>544</sup> denkbar, stellt auch eine „internationale politische Theorie“<sup>545</sup> dar. Insbesondere supranationale Organisationen wie die Europäische Union lassen sich als Verwirklichung des föderalen Prinzips lesen.<sup>546</sup> Die EU-Mitgliedstaaten als nationalstaatliche Akteure bilden einen supranationalen Bund.<sup>547</sup> Die Betrachtung der EU als Föderation ist freilich nicht unumstritten<sup>548</sup> (und wird vor allem von solchen

---

<sup>541</sup> Freilich ist die ‚Ebenen‘-Eigenschaft im internationalen Bereich weniger deutlich ausgeprägt, aber wohl bei gewisser Verselbstständigung der Rechtserzeugung durch internationale Organisationen i. E. zu bejahen: vgl. C. Möllers, *Gewaltengliederung*, Tübingen 2005, S. 217 f.

<sup>542</sup> C. Möllers, *Gewaltengliederung*, Tübingen 2005, S. 216: „Für nationale Föderalordnungen ist die Ebeneneigenschaft unbestritten.“

<sup>543</sup> S. den Titel eines der Referate zur Staatsrechtslehrertagung 1962 („Föderalismus als nationales Ordnungsprinzip“): P. Lerche, *VVDStRL* 21 (1964), 66 ff.

<sup>544</sup> S. den Titel eines der Referate zur Staatsrechtslehrertagung 1962 („Föderalismus als internationales Ordnungsprinzip“): H. Bülck, in: *VVDStRL* 21 (1964), 1 ff.

<sup>545</sup> E. M. Hausteiner, in: dies. (Hrsg.), *Föderalismen. Modelle jenseits des Staates*, Baden-Baden 2016, 11 ff.

<sup>546</sup> Vgl. H. Bülck, in: *VVDStRL* 21 (1964), 1 ff., der von „funktional-föderativen Sekundärsystemen über den Staaten“ spricht; vgl. die Beiträge im Sammelband zum Vergleich der USA und der EU als föderale Organisationen von K. Nicolaïdis/R. Howse (Hrsg.), *The Federal Vision. Legitimacy and Levels of Governance in the United States and the European Union*, Oxford, U.K., u. a. 2001; C. Schönberger, *AöR* 129 (2004), 81; R. D. Kelemen/K. Nicolaïdis, in: K. E. Jørgensen/M. A. Pollack/B. Rosamond (Hrsg.), *Handbook of European Union Politics*, London, U.K., 2007, S. 301 ff.; R. D. Kelemen, in: S. Meunier/K. R. McNamara (Hrsg.), *Making History: European Integration and Institutional Change at Fifty*, Oxford, U.K., 2007, S. 51 (52), m. w. N.; A. v. Bogdandy, in: I. Härtel (Hrsg.), *Handbuch Föderalismus*, 2012, § 81; Überblick über die Diskussion bei J. E. Fossum/M. Jachtenfuchs, *Journal of European Public Policy* 24 (2017), S. 467 ff.

<sup>547</sup> C. Schönberger, *AöR* 129 (2004), 81.

<sup>548</sup> F. Niess, *Blätter für deutsche und internationale Politik* 45 (2000), S. 1105 ff.

Kommentatorinnen und Kommentatoren abgelehnt, die – fälschlicherweise – Föderalismus auf Bundesstaatlichkeit, also auf das Modell des freiheitlich-nationalstaatlich-demokratischen Föderalismus, reduzieren<sup>549</sup>). Ob auch *unterhalb* nationalstaatlicher Ordnung Föderalismus sinnvoll beschrieben werden kann, mag man zwar andedenken<sup>550</sup>; kommunalen oder lokalen Einheiten wird aber regelmäßig kein hinreichendes Maß an garantierter Selbstständigkeit (hierzu ausführlich C. II.) zukommen, um sie sinnvoll als föderierte Einheiten zu betrachten.<sup>551</sup>

Jedenfalls stellen nicht alle Ebenen eines Mehrebenengebildes zwangsläufig auch föderale Träger dar.<sup>552</sup> Föderale Träger, also föderierte Einheiten oder Bundesebenen, sind *besondere* Ebenen. Um föderale Träger, insbesondere föderierte Einheiten, von nicht-föderalen politischen Ebenen zu unterscheiden, wird das von Daniel Elazar als „*self-rule*“ verschlagwortete Merkmal (s. o. B. I. 4.) benötigt. „*Self-rule*“ bedeutet eine besonders qualifizierte Eigenständigkeit der einzelnen föderalen Hoheitsträger. Diese besonders qualifizierte Eigenständigkeit wird in einigen Theorieentwürfen und Definitionsversuchen zum ‚Föderalismus‘ näher qualifiziert, so auch in der oben vorgeschlagenen Arbeitsdefinition mit der Wendung „gewisses Maß an (verfestigt-garantierter und eigenständig legitimer) Selbstständigkeit“ (s. o. B. I. 1.). Eine solche Qualifizierung ermöglicht die Abgrenzung föderaler Ebenen von nicht-föderalen Ebenen. Außerdem wird auf diese Weise die Abgrenzung des Ordnungsprinzips ‚Föderalismus‘ von Strukturen einer ‚bloßen‘ (Verwaltungs-)Dezentralisierung oder Devolution in unitarischen Staaten wie z. B. Frankreich bzw. dem Vereinigten Königreich von Großbritannien und Nordirland möglich. Beispielsweise lässt sich fragen: Inwieweit unterscheidet sich die Stellung US-amerikanischer Staaten und deutscher Länder von der Stellung französischer *départements* oder der Stellung von Schottland, Wales und Nordirland gegenüber den jeweiligen nationalstaatlichen Ebenen?<sup>553</sup> Eine Antwort auf diese Frage soll – aus der Logik des Modells des ‚Bundes‘ heraus – im weiteren Verlauf dieses Kapitels gegeben werden (s. insbes. C. II.).

<sup>549</sup> Zu dieser Erklärung für die nicht unwesentlich verbreitete Ablehnung, die EU als föderale Organisation zu begreifen, (kritisch) E. M. Hausteiner, in: dies. (Hrsg.), Föderalismen. Modelle jenseits des Staates, Baden-Baden 2016, 11 (13).

<sup>550</sup> Vgl. zur „Rolle kommunaler Selbstverwaltung im Föderalismusdiskurs des 19. Jahrhunderts“ S. S. Krause, in: E. M. Hausteiner (Hrsg.), Föderalismen. Modelle jenseits des Staates, Baden-Baden 2016, S. 103 ff.: Krause sieht in der föderalen Demokratietheorie von Alexis de Tocqueville eine Basis für die Übertragung föderalen Denkens ausgehend vom US-amerikanischen Föderalismus hin zu einem „demokratisch legitimierten administrativen Föderalismus“, welcher auch Relevanz für (Reformen der) Kommunalverwaltung (auch in Kontinentaleuropa) haben könne, vgl. a. a. O. (127).

<sup>551</sup> Auch das ‚Europa der Regionen‘ lässt sich kaum als föderales Konzept lesen. Beachte freilich die Anm. zum informalen *region building* oben II. 1.

<sup>552</sup> Vgl. auch C. Möllers, Gewaltengliederung, Tübingen 2005, S. 211: „Der Ebenenbegriff ersetzt überlieferte föderale Kategorien nicht, sondern ergänzt sie und löst sie von Nebenbedeutungen, die auf bestimmte nationale Rechtstraditionen bezogen bleiben, ab.“

<sup>553</sup> Vgl. zu diesen Abgrenzungsfragen auch T. O. Hueglin/A. Fenna, Comparative Federalism, 2. Aufl., North York, ON, Kanada, 2015, S. 16 f.

### 3. Exkurs: Andere Formen der (Auf-)Teilung von Hoheitsgewalt

Das Merkmal der territorial-ebenenförmigen Gliederung dient zugleich der Abgrenzung des föderalen Prinzips von anderen Formen der (Auf-)Teilung von Hoheitsgewalt. Insbesondere kann Föderalismus auf diese Weise von der funktionalen Gewaltenteilung (in Legislative, Exekutive [sowie Gubernative] und Judikative) unterschieden werden. Freilich bedingen sich föderale und funktionale Gliederung von Hoheitsgewalt in komplexer Weise; dies gilt v. a., aber keinesfalls ausschließlich für das föderale ‚Verschränkungsmodell‘ (s. sogleich IV. 2.). Föderalismus kann – reduktiv – sogar *als* besondere Form von Gewaltenteilung (sog. vertikale Gewaltenteilung) betrachtet werden. Hierauf ist im Abschnitt über den freiheitlichen Föderalismus einzugehen (s. u. § 12, B. II. 2.).

## IV. Muster der (Auf-)Teilung: Trennung oder Verschränkung

Damit stehen der Gegenstand (Hoheitsgewalt; dazu oben II.) und die Zuordnungs- ‚Subjekte‘ (föderale Träger; dazu oben III. 1.) föderaler (Auf-)Teilung fest. *Wie* nun Hoheitsgewalt auf föderale Träger aufgeteilt wird, ist eine Frage des konkreten Föderalismusverfassungsrechts (dazu unten § 4). Die föderalismusverfassungsrechtliche Ausgestaltung kann in sehr unterschiedlichen Formen erfolgen. ‚Klassisch‘ ist die komparatistisch informierte – freilich krude<sup>554</sup> – Unterscheidung zweier Grundmuster der (Auf-)Teilung von Hoheitsgewalt auf föderale Träger: das Muster der Trennung und das Muster der Verschränkung der jeweiligen Wirkungssphären der föderalen Ebenen.<sup>555</sup> Die beiden Muster sind im Folgenden auf Implikationen hinsichtlich der Formel „*self rule and shared rule*“ zu befragen:

### 1. Trennungsföderalismus: *self-rule* im Vordergrund

Beim Trennungsföderalismus („*dual federalism*“<sup>556</sup>) stehen die einzelnen föderalen Träger – in ihren Aufgaben und Wirkungsräumen grundsätzlich voneinander

---

<sup>554</sup> Vgl. R. Smend, in: ders., Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze, 3. Aufl., Berlin 1994 [1928], S. 119 (223): „Das Problem der Zusammenordnung von Bundesstaat und Einzelstaaten wird häufig aufgelöst in die Alternative der Nebenordnung beider Teile einer- oder ihrer Über- und Unterordnung andererseits. Derartige verräumlichende und mechanisierende Gedankenbilder sind aber zur Erfassung geistiger Wirklichkeit ungeeignet“.

<sup>555</sup> Statt vieler H. Kilper/R. Lhotta, Föderalismus in der Bundesrepublik Deutschland, Opladen 1996, S. 62, die zusätzlich auch von „interstaatlichem Föderalismus“ (Modell ‚Trennung‘) und „intrastaatlichem Föderalismus“ (Modell ‚Verschränkung‘) sprechen; vgl. ferner C. Möllers, Die drei Gewalten. Legitimation der Gewaltengliederung in Verfassungsstaat, Europäischer Integration und Internationalisierung, Weilerswist 2008, S. 41 f.

<sup>556</sup> Vgl. zum *dual federalism* des US-Verfassungsrechts des 19. Jahrhunderts: R. Schütze, From Dual to Cooperative Federalism. The Changing Structure of European Law, New York, N.Y., U.S.A., 2009, S. 77 ff., m. w. N., dort auch zum Kompromisscharakter der Theorie des



getrennt – *nebeneinander*. Dies gilt insbesondere auch für das vertikale Verhältnis zwischen der Ebene der föderierten Einheiten und der Bundesebene: Die Sphäre der föderierten Einheiten ist grundsätzlich getrennt und unabhängig von der Bundesebenen-sphäre. Auch hieran zeigt sich in spezifischer Form für den Sonderfall des Trennungsföderalismus die Unzulänglichkeit der ‚Ebenen‘-Metaphorik, welche tendenziell eine Hierarchie suggeriert (s.o. III. 2. b) cc)): Die strikt nebeneinander gelagerten Sphären stehen im Idealfall eben gerade nicht in einem Rangverhältnis.

Das Trennungsmodell wird beispielsweise dem Ausgangspunkt nach (dem Verfassungstext nach) in den USA verwirklicht, wobei diese Zuschreibung angesichts zahlreicher Abweichungen und Relativierungen in der Verfassungspraxis – seit dem ersten Drittel des 20. Jahrhunderts – tendenziell als ungenaues, totalisierendes Zerrbild oder Cliché daherkommt<sup>557</sup>.

Im Trennungsföderalismus üben grundsätzlich alle föderierten Träger selbstständig die Funktionen der Gesetzgebung, der Verwaltung und der Rechtsprechung aus. So gibt es beispielsweise in den USA nicht nur jeweils eigenständige Legislativen und Exekutiven der föderalen Träger, sondern auch einen eigenständigen Instanzenzug der jeweiligen Einzelstaatengerichte *neben* dem Instanzenzug der Bundesgerichte. Eine Ausführung der Bundesgesetze durch die Einzelstaaten kommt – so die später näher zu betrachtende *anti-commandeering doctrine* (s.u. § 6, A. I. 2. a)) – grundsätzlich nur bei Freiwilligkeit der Übernahme solcher Verwaltungsaufgaben durch die Staaten in Betracht.<sup>558</sup> Eine solche ‚freiwillige‘<sup>559</sup> (d.h. bundesverfassungsrechtlich nicht geforderte, aber einfach-bundesgesetzlich *ermöglichte*) Übernahme ist allerdings nicht unüblich, erfolgt beispielsweise an zentralen Stellen im Sozialrecht und im Immissionsschutzrecht, also in ‚klassischen‘ Feldern des modernen Sozial- und Umweltstaats (ausführlich unten § 4, B. I. 3. c) aa)). Hinzukommt, dass Bundesbehörden in weiten Teilen faktisch nicht ausreichend ausgestattet sind, um Bundesgesetze umfassend selbst zu vollziehen; sie sind dann aus praktischen Ressourcengründen auf die Zusammenarbeit mit Behör-

---

*dual federalism* und dazu, dass einzelne *Federalists* dieses Modell gerade nicht vor Augen gehabt hätten.

<sup>557</sup> Vgl. referierend nur *J. Bednar*, in: M. Tushnet/M. A. Graber/S. Levinson (Hrsg.), *The Oxford Handbook of the U.S. Constitution*, New York, N.Y., U.S.A., 2015, 283 (285), die darauf hinweist, dass das Trennungsmodell („*dual federalism*“) einem ungenügend aussagekräftigen „*legal formalism*“ entspringe. Bednar stellt dem das von *M. Grodzins*, *The American System. A New View of Government in the United States*, Chicago, Ill., U.S.A., 1966, S. 8, verwendete Bild eines „Marmorkuchens“ entgegen. Nach *R. Schütze*, *From Dual to Cooperative Federalism. The Changing Structure of European Law*, New York, N.Y., U.S.A., 2009, S. 79, ist *dual federalism* in den USA seit dem Beginn des 20. Jahrhunderts allmählich überholt worden und seit 1950 „tot“.

<sup>558</sup> *Printz v. United States*, 521 U.S. 898 (1997) – ausführliche Besprechung unten § 6, A. II. 2. a).

<sup>559</sup> Es handelt sich um eine höchst komplexe ‚Freiwilligkeit‘ mit Abhängigkeiten auf beiden Ebenen; hierzu unter Rückgriff auf das Bild des ‚Diener‘ *J. Bulman-Pozen/H. K. Gerken*, *Yale L. J.* 118 (2009), 1256 ff.



den der Einzelstaaten angewiesen, so beispielsweise im Bereich des Betäubungsmittelstrafrechts und -polizeirechts (s. u. § 5, C. II. 3.).<sup>560</sup> Es gibt in Föderationen wie den USA, welche ursprünglich nach dem Trennungsmodell konzipiert wurden, also durchaus Raum für Strukturen „kooperativen Föderalismus“.

In dieser Kurzcharakteristik der typischen Arbeitsteilung im Trennungsmodell zeigt sich, dass das föderale Element der „*self-rule*“ der föderalen Träger im Trennungsmodell besonders betont wird. Im Trennungsmodell werden angesichts der jeweils selbstständigen politischen Gestaltungskraft der föderalen Träger ‚echte politische Konflikte‘ für wahrscheinlich gehalten.<sup>561</sup> Es besteht eine Nähe zum Wettbewerbsföderalismus. Daher stellt sich die Frage, inwieweit im Trennungsmodell überhaupt „*shared rule*“ verwirklicht wird: „*Shared*“ bezieht sich im Trennungsmodell im Grundsatz weniger auf das Verhältnis zwischen den föderalen Trägern (Kooperation), sondern eher darauf, dass für bestimmte Aufgaben *überhaupt* eine Bundesebene geschaffen und institutionalisiert wurde. Die „*shared rule*“ ist also zunächst nur *in* der Bundesebene selbst verortet. Daneben können sich allerdings auch in Föderationen nach dem Trennungsmodell die einfach-rechtlichen Verschränkungen des ‚freiwilligen‘ „kooperativen Föderalismus“ *zwischen* den föderalen Ebenen entwickeln; diese gehen im Fall der USA am Verfassungstext im Wesentlichen vorbei und sind insoweit ‚informaler‘ Natur (näher unten § 4, B. I. 3. c) aa)).

## 2. Verschränkungs föderalismus: *shared rule* im Vordergrund

Im Verschränkungsmodell, für welches der Föderalismus der Bundesrepublik Deutschland ein Beispiel darstellt, ist räumlich-metaphorisch gesprochen das Verhältnis zwischen föderierten Einheiten und Bundesebene durch ein *Ineinander* geprägt. Wiederum zeigt sich, dass sich Föderalismus nicht als schlichte Hierarchiebeziehung begreifen lässt (s. o. III. 2. b) cc)). Das Verschränkungsmodell wird – mit abweichenden Konnotationen und teilweise anderem Schwerpunkt – auch als „Mitwirkungsföderalismus“<sup>562</sup>, „Exekutivföderalismus“<sup>563</sup>, „Beteiligung[s]“-Föderalismus<sup>564</sup>, „intrastaatlicher Föderalismus“<sup>565</sup> oder „Verbundföderalismus“<sup>566</sup> be-

<sup>560</sup> Vgl. J. H. Adler, Case W. Res. L. Rev. 65 (2015), 505 (506 f.), m. w. N.

<sup>561</sup> Vgl. H. Kilper/R. Lhotta, Föderalismus in der Bundesrepublik Deutschland, Opladen 1996, S. 62.

<sup>562</sup> D. Fechtner, Die deutschen Länder in der Europäischen Union. Perspektiven im transatlantischen Vergleich, Frankfurt a.M. 1996, S. 160 ff.

<sup>563</sup> P. Dann, Parlamente im Exekutivföderalismus, Berlin u. a. 2004; für Dann steht freilich die Spannung zwischen Föderalismus und parlamentarischem Regierungssystem im Vordergrund des Interesses.

<sup>564</sup> R. Smend, in: ders., Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze, 3. Aufl., Berlin 1994 [1928], S. 119 (230, 270).

<sup>565</sup> H. Kilper/R. Lhotta, Föderalismus in der Bundesrepublik Deutschland, Opladen 1996, S. 62.

zeichnet. Wesensmerkmal von Verschränkungs föderalismus ist die funktionale Verschränkung zwischen den föderalen Trägern: Die föderierten Einheiten sind in die Arbeitsweise der Bundesebene intensiv eingebunden.

Bezogen auf die Föderation als Ganze gibt es im Verschränkungsmodell daher weniger kompetenzielle (und ggf. auch institutionelle) Dopplungen: Gesetzgebungskompetenzen sind beispielsweise im deutschen Föderalismus nach dem Prinzip der Alternativität aufgeteilt:<sup>567</sup> Entweder ist der Bund oder es sind die Länder gesetzgebungskompetent.<sup>568</sup> Föderalismus nach dem Grundgesetz ist außerdem dadurch gekennzeichnet, dass die Länder grundsätzlich die Gesetze des Bundes ausführen (Art. 83 ff. GG; s. u. § 4, B. I. 3.). Hieraus folgen Bezeichnungen wie ‚Exekutiv föderalismus‘ und ‚Verwaltungs föderalismus‘. Im Bereich der Judikative ist ein ebenenübergreifender (d. h. kein gedoppelter) Instanzenzug typisch.

Verschränkungs föderalismus betont das föderale Element der „*shared rule*“; die gemeinsame Erfüllung hoheitlicher Aufgaben ist durch das institutionelle Aufeinanderangewiesensein beispielsweise von Bundeslegislative und Länderexekutive in Deutschland systemprägend. Insoweit ist „*shared rule*“ auch im Verschränkungs föderalismus v. a. in der Bundesebene verankert; vom Trennungsmodell unterscheidet sich diese Verankerung allerdings dadurch, dass die föderierten Einheiten zum Zwecke der „*shared rule*“ intensiv in die Bundesebene hineinwirken. Für das Verschränkungsmodell stellt sich daher die Frage, was hier eigentlich für die „*self-rule*“ der föderalen Einheiten verbleibt – insbesondere im Bereich der Gesetzgebung. Die Eigenständigkeit der föderalen Einheiten ist hier systembedingt besonders prekär. Denkbar erscheint immerhin die ‚Kompensation‘ schwacher legislativer durch administrative Gestaltungsmöglichkeiten (‚Verwaltungsexpertokratie‘ – näher § 6, C. III. 3.).

### C. Modell (Lesekonvention) des ‚Bundes‘ – ‚föderale Treue‘ und ‚föderale Würde‘

Oben wurde – unter Hinweis auf die Etymologie von ‚Föderalismus‘ – kurz auf den Gedanken des ‚Bundes‘ (‚*foedus*‘) verwiesen (s. o. B. I. 2.). Nun ist dieser Gedanke aufzugreifen und zu untersuchen, wie sich mit der Idee des Bundes erklären lässt, weshalb im Föderalismus – *erstens* – die Eigenständigkeit der föderalen Träger (*self-rule*) in bestimmter Art und Weise qualifiziert sein muss (s. u. II.) und – *zweitens* – föderale Träger in spezifischer Weise zusammenwirken oder zusam-

<sup>566</sup> Vgl. K. Nicolauß, Der Weg zum Grundgesetz. Demokratiegründung in Westdeutschland 1945–1949, Paderborn u. a. 1998, S. 303 ff.

<sup>567</sup> Hierzu M. Heintzen, Die Kategorie der Kompetenz im Bundesstaatsrecht, Typoskript (Habilitationsschrift, Universität Bonn) 1993, S. 316 ff.

<sup>568</sup> Relativiert bzw. aufgeweicht durch die Abweichungsgesetzgebungskompetenz des Art. 72 Abs. 3 GG.

menwirken sollen (*shared rule* – s. u. III.). Dabei werden die Topoi der ‚föderalen Würde‘ bzw. der ‚föderalen Treue‘ aus dem Modell (der Lesekonvention) des Bundes hergeleitet.

## I. Zum Modell des ‚Bundes‘

Ausgehend von einer repräsentativen Grunddefinition für das Modell des ‚Bundes‘ (s. u. 1.) ist dessen wissen(-schaft-)stheoretische Natur (s. u. 2.) zu reflektieren.

### 1. Carl Schmitts ‚Bundes‘-Definition als repräsentatives Beispiel

a) ‚Bund‘ als „dauernde Vereinigung“ durch „frei[e] Vereinbarung“  
zur „gemeinsamen Selbsterhaltung“

Carl Schmitt hat den ‚Bund‘ definiert als „eine auf freier Vereinbarung beruhende, dem gemeinsamen Zweck der politischen Selbsterhaltung aller Bundesmitglieder dienende, dauernde Vereinigung, durch welche der politische Gesamtstatus jedes einzelnen Bundesmitgliedes im Hinblick auf den gemeinsamen Zweck verändert wird.“<sup>569</sup> Nach dem Modell des ‚Bundes‘ treffen Bundesmitglieder eine „Vereinbarung“<sup>570</sup> zur Gründung einer „dauernde[n] Vereinigung“. Sie schließen einen *Vertrag*; das ‚Bundes‘-Modell ist im Kern ein ‚Vertrags‘-Modell. Bundesmitglieder (Vertragspartnerinnen) sind – in der oben eingeführten Terminologie (s. o. B. III. 1.) – die föderierten Einheiten (z. B. die US-Bundesstaaten bzw. die deutschen Länder), nicht aber die Bundesebene. Die Bundesebene selbst ist nicht Bundesmitglied.<sup>571</sup> Die Schaffung der Bundesebene als „dauernde Vereinigung“ ist vielmehr Inhalt und Effekt der „freien Vereinbarung“ der föderierten Einheiten.<sup>572</sup>

<sup>569</sup> C. Schmitt, *Verfassungslehre*, München u. a. 1928, S. 366; hierzu C. Schönberger, AöR 129 (2004), 81 (100); Hervorh. R.D.N.; ähnlich K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20. Aufl., Heidelberg 1995, Rn. 219, in einer Grunddefinition von ‚Föderalismus‘ als „freie Einigung von differenzierten, grundsätzlich gleichberechtigten, in der Regel regionalen politischen Gesamtheiten, die auf diese Weise zu gemeinschaftlichem Zusammenwirken verbunden werden sollen.“

<sup>570</sup> Zum Element des Vertragsschlusses im Modell des ‚Bundes‘: C. Montesquieu, *Vom Geist der Gesetze*, Bd. I, Altenburg 1782 [1748], S. 214 (= Buch IX, 1. Kap.); hierzu S. Schäffer, *Föderalismus und Souveränität im Bundesstaat*, Wiesbaden 2016, S. 104; vgl. auch K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20. Aufl., Heidelberg 1995, Rn. 219: „freie Einigung“.

<sup>571</sup> Dies hat Implikationen für die Art der Herleitung von Pflichten der Bundesebene gegenüber den föderierten Einheiten aus dem Bundesschluss (s. u. II. 1. a) aa)) und für die Charakterisierung der ‚Natur‘ der Bundesebene (s. u. II. 2.).

<sup>572</sup> Wörtliche Zitate aus C. Schmitt, *Verfassungslehre*, München u. a. 1928, S. 366; vgl. zur Sache auch C. Schönberger, AöR 129 (2004), 81 (111): „Aus dieser dauerhaften institutionellen Verknüpfung der Mitgliedstaaten erwächst die Rechtsordnung des Bundes“ mit einem hohen „Grad an institutioneller Verknüpfung und Verdichtung“.

b) „Dienende[r]“ Charakter des Bundes;  
inhärenter, Instrumentalföderalismus‘

Bemerkenswert an Schmitts Definition ist zuallererst die klare Benennung des *instrumentellen* Charakters des Bundes: Der Bund „dien[t]“ der gemeinsamen „politischen Selbsterhaltung aller Bundesmitglieder“. Er ist „zweck“-gerichtet, wobei der „Zweck“ durch die – vielfältig *instrumentalisierbare* – Leerformel von der „politischen Selbsterhaltung“ höchst unscharf bleibt. Hier zeigt sich der schwache legitimierungstheoretische und sachlich-inhaltliche Selbststand des Bundes-Denkens (ausführlich sogleich II. 1. a) bb) (3)). Zugleich wird deutlich, weshalb die Rede vom ‚Instrumentalföderalismus‘, welche bereits zur Kennzeichnung der ‚Föderalismus‘-Entwürfe von *Federalists* und *Anti-Federalists* verwendet wurde, beinahe tautologisch ist (dazu bereits oben § 1, B. III. 5.).

c) Zur Wirkmacht der Definition; repräsentatives Material  
für Ideenpolitikforschung

Mit Schmitts – wirkmächtigen<sup>573</sup> – Grunddefinition des ‚Bundes‘ soll im Folgenden gearbeitet werden. Das bedeutet aber *nicht* etwa, dass das in der Definition zum Ausdruck Gebrachte (oder gar das mit ihr im weiter gefassten publizistischen Ko[n]text bei Schmitt Stehende) vorliegend affirmiert würde, sondern dass die Definition gerade angesichts ihrer Wirkmächtigkeit und ideenpolitischen Anschlussfähigkeit als exemplarischer (repräsentativer) Ausdruck für das hier zu beschreibende Modell des ‚Bundes‘ verstanden wird. Schmitt selbst hat bei seinen Ausführungen zu einer „Verfassungslehre des Bundes“<sup>574</sup> ideengeschichtlich-ideenpolitisch gearbeitet und unter anderem die Arbeiten von Calhoun zur *nullification* (dazu oben § 1, C. II. 1. a)) als Ausdruck des ‚Bundes‘-Gedankens betrachtet.<sup>575</sup> Besonders bricht der ideenpolitische Impetus von Schmitts ‚Bundes‘-Be-

<sup>573</sup> Zur Wirkmächtigkeit der Ausführungen von C. Schmitt, Verfassungslehre, München u. a. 1928, S. 363 ff., vgl. nur die intensive Rezeption bei C. Schönberger, AöR 129 (2004), 81 (99 ff.); vgl. a. a. O. (99, dort in Fn. 62 ff.) zu zahlreichen Drittfundstellen der – oftmals freilich nur beiläufigen – Schmitt-Rezeption; vgl. auch S. Huhnholz/E. M. Hausteiner, in: G. Ambrosius/C. Henrich-Franke/C. Neutsch (Hrsg.), Föderalismus in historisch vergleichender Perspektive, Bd. 2, Baden-Baden 2015, S. 279, Fn. 1. Christoph Möllers plädiert anlässlich einer Auseinandersetzung mit dem Modell des ‚Bundes‘ zwar für Hugo Preuß als alternativen Theorie-Spender‘ („Gewährsmann“) anstelle von Carl Schmitt, legt a. a. O. jedoch keine nähere Auseinandersetzung mit Preuß vor: C. Möllers, Staat als Argument, 2. Aufl., Tübingen 2011, S. XXXIV (dort in Fn. 140) – vgl. zu Preuß‘ Zugang zu ‚Föderalismus‘ sogleich in und bei Fn. 580 ff.

<sup>574</sup> C. Schmitt, Verfassungslehre, München u. a. 1928, S. 361 ff.

<sup>575</sup> Vgl. C. Schmitt, Verfassungslehre, München u. a. 1928, S. 373 ff.: „Es handelt sich bei den Lehren von Calhoun und Seydel um wesentliche Begriffe der Verfassungslehre eines Bundes, mit deren Hilfe bestimmte politische Gebilde in ihrer Eigenart erkannt werden sollen“. Zu Schmitt als Ideenpolitiker (auch außerhalb des ‚Föderalismus‘-Kontexts) R. Mehring, in: G. Raulet/M. Llanque (Hrsg.), Geschichte der politischen Ideengeschichte, Baden-Baden 2018, S. 203 ff. (vgl. zu diesem Beitrag bereits oben in und bei Fn. 331); ders., Carl

schäftigung in seiner Auseinandersetzung mit dem Völkerbund hervor: Hier führt er – unverhohlen – den ideenpolitischen „Kampf mit [...] Genf“<sup>576</sup>, indem er den Völkerbund als ein angebliches Missbrauchsinstrument des (,Versailler‘) „Westens“ charakterisiert, da bei der Konzeption des Völkerbunds die Frage, ob er „echter Bund“ („mit allen dazugehörigen Ansprüchen auf Garantie und Gleichartigkeit und mit allen Interventionsmöglichkeiten“) oder bloßes „Büro“ für „Konferenz- und Vermittlungsgelegenheit[en]“ sein solle, offengelassen worden sei, gerade um den Siegermächten des „Westens“ zu erlauben, opportunistisch die eine oder andere „Natur“ zur Geltung zu bringen.<sup>577</sup>

Es findet vorliegend ausdrücklich *kein* affirmativer Anschluss an Schmitts politiktheoretisches oder rechtswissenschaftliches Denken statt<sup>578</sup> – wie auch das Modell des Bundes überhaupt vorliegend nicht affirmiert, sondern – im Sinn der oben skizzierten Ideenpolitikforschung – ‚lediglich‘ nachvollziehend beschrieben wird (s. o. § 1, C. I. 2.).

Als Ausgangspunkt und repräsentatives Material für Ideenpolitikforschung zum (krypto-)normativen Denken nach dem politiktheoretischen Modell des ‚Bundes‘ ist Schmitts Definition auch deshalb besonders gut geeignet, weil sie sich auf einem mittleren Abstraktionsniveau bewegt. Dies ist für den vorliegenden Kontext – Föderalismus als (Auf-)Teilung politischer Herrschaft (s. o. B. I.) und als ergänzungsbedürftiges ideenpolitisches Instrument (s. o. § 1, B. III. 5.) – passend: Die Definition ist einerseits *nicht* an hinzutretende Legitimationsmuster (etwa das demokratische oder monarchische Prinzip), an konkrete institutionelle Arrangements oder an einen nationalstaatlichen Rahmen gebunden, andererseits aber – anders etwa als theologische Modelle (hierzu exkursorisch gleich e)) – auf das spezifische Problem der föderalen Gliederung moderner politischer Herrschaft<sup>579</sup> bezogen.

---

Schmitt zur Einführung, 5. Aufl., Hamburg 2017, S. 7 f., 41: „Schmitt betrachtete seine Theorie stets als Mittel im ‚Kampf‘; er schnitt sie auf praktische Wirkungen zu.“

<sup>576</sup> Aus dem Titel der Aufsatzsammlung C. Schmitt, Positionen und Begriffe. im Kampf mit Weimar – Genf – Versailles. 1923–1939, 4. Aufl., Berlin 2014.

<sup>577</sup> So Schmitts Vorwürfe im Aufsatz „Das Doppelgesicht des Genfer Völkerbundes“, C. Schmitt, Positionen und Begriffe. im Kampf mit Weimar – Genf – Versailles. 1923–1939, 4. Aufl., Berlin 2014 [1926], S. 48 (49).

<sup>578</sup> Insoweit muss vorliegend keine nähere Auseinandersetzung mit der – überzeugenden, freilich primär in einem anderen (rechtstheoretisch-methodologischen) Kontext – von Ino Augsberg getroffenen Charakterisierung von Schmitt als „negative[m] Bezugspunkt“ für rechtswissenschaftliches Arbeiten erfolgen, s. I. Augsberg, Die Lesbarkeit des Rechts. Texttheoretische Lektionen für eine postmoderne juristische Methodologie, Weilerswist 2009, S. 21 (dort in Fn. 48), u. a. mit der Begründung, dass Schmitts Werk „keinen klaren Bruch mit den früheren antisemitischen Ausfällen erkennen“ lässt.

<sup>579</sup> Damit transportiert die Definition freilich den Ballast der Theorie des ‚Politischen‘ – dazu auch unten II. 1. a) dd) sowie später § 3, B. III. 2. b) (zu Föderalismusverfassungsrecht als ‚politischem Recht‘).

d) *Keine Alternativlosigkeit: spezifischere Zugänge zum ‚Bund‘*

Demgegenüber ist beispielsweise das ‚Föderalismus‘-Konzept von Hugo Preuß von vornherein komplexer angelegt, indem es bereits demokratisch-rechtsstaatlich ‚zugerichtet‘ ist<sup>580</sup>: Preuß betrachtet Bundesebene (Reich), föderierte Einheiten (Staaten oder Länder), aber auch Kommunen als untereinander wesensgleiche Gebietskörperschaften in einem Mehr-Ebenen-System, wobei das rechtsstaatliche Kompetenzrecht die Beziehungen zwischen diesen organisch ineinander verschachtelten „Gesamtpersonen“ dirigiert.<sup>581</sup> Das Modell des ‚Bundes‘ wird bei Preuß also als ein juristisches Normengefüge ‚verrechtsstaatlicht‘, dabei freilich überwölbt durch ein Modell von „Organismen und Glieder[n]“<sup>582</sup>, aus welchem Preuß auch gewisse materiale Postulate wie eine (begrenzte) Subsidiarität zieht<sup>583</sup>. Man mag hier Parallelen zu dem im ersten Kapitel knapp berührten Denken von (Alexis de) Tocqueville und insbesondere von) Francis Lieber (mit seiner Theorie der Selbstregierung in multiplen „realen Institutionen“<sup>584</sup> – s.o. § 1, C. II. 1. c)) ziehen<sup>585</sup>.

<sup>580</sup> Vgl. die Charakterisierung von Preuß’ ‚Föderalismus‘- bzw. „Bundesstaats“-Begriff durch A. Neumann, *Preußen zwischen Hegemonie und „Preußenschlag“*. Hugo Preuß in der staatsrechtlichen Föderalismusdebatte, Tübingen 2019, S. 42 ff., als demokratisch und rechtsstaatlich: Die genossenschaftlich-föderale Ordnung sei bei Preuß auf den „politische[n] Inhalt“ der „Selbstverwaltung“ [i. w. S.], die er auf allen Ebenen des Staatsaufbaus verwirklicht sehen wollte“, ausgerichtet; „[m]it diesem Postulat wendete Preuß die genossenschaftliche Staatstheorie ins Demokratische“ (a. a. O., S. 43), wobei das „wichtigste Merkmal der föderal-rechtsstaatlichen Ordnung [...] darin [bestehe], dass ‚die Kompetenz jeder einzelnen öffentlich-rechtlichen Person‘ geregelt sei“ (a. a. O., S. 46 – unter Hinweis auf H. Preuß, AöR 23 [1908], 307 [314]).

<sup>581</sup> Vgl. H. Preuß, *Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften. Versuch einer deutschen Staatskonstruktion auf Grundlage der Genossenschaftstheorie*, Berlin 1889, S. 385: „Verständniß der stufenweisen Eingliederung der Gebietskörperschaften in einander“, beruhend auf einer „genossenschaftlichen Personentheorie“, nach welcher „Gesamtpersonen [...] zugleich eigene Organismen und Glieder höherer Organismen sein [...] können“.

<sup>582</sup> H. Preuß, *Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften. Versuch einer deutschen Staatskonstruktion auf Grundlage der Genossenschaftstheorie*, Berlin 1889, S. 385.

<sup>583</sup> „Wie alle organische Entwicklung Differenzierung und Integrierung zugleich ist, so ist auch die natürliche Entwicklung der Verwaltungsorganisation zugleich Dezentralisation im Möglichen und Zentralisation im Notwendigen“, H. Preuß, in: *Gesammelte Schriften*, hrsg. v. D. Lehnert/C. Müller, Bd. 5, Tübingen 2012 [1918], S. 658 (662); vgl. dazu A. Neumann, *Preußen zwischen Hegemonie und „Preußenschlag“*. Hugo Preuß in der staatsrechtlichen Föderalismusdebatte, Tübingen 2019, S. 51.

<sup>584</sup> F. Lieber, *On Civil Liberty and Self-Government*, London, U.K., 1853, S. 277 f.

<sup>585</sup> Preuß hatte sich früh mit Lieber auseinandergesetzt: vgl. nur H. Preuß, *Franz Lieber, ein Bürger zweier Welten*, Berlin 1886 – dazu oben § 1, C. II. 1. c). Allerdings betont D. Schefold, in: Hugo Preuß, *Gesammelte Schriften*, hrsg. v. D. Lehnert/C. Müller, Bd. 2, Tübingen 2009, S. 1 (6 f.), dass der junge Preuß wohl insbesondere von der Biographie und vom ‚Freiheits‘-Ideal von Francis Lieber fasziniert gewesen sei.

Insoweit wird das Denken in den Kategorien des ‚Bundes‘ bei Preuß also stark verschüttet<sup>586</sup>; es ließe sich aber an eine Re-Modellierung des allgemeinen ‚Bundes‘-Modells als spezifischeres Modell eines ‚Genossenschaftsvertrags‘, einer ‚Genossenschaft von Genossenschaften‘ denken. Ein solches Modell eines (multiplen, verschachtelten) föderalen ‚Genossenschaftsvertrags‘ mag sich für die Analyse demo(i)kratischer Mehr-Ebenen-Systeme eignen (s. dazu unten § 12, B. III.), ist für die vorliegende grundlegende Annäherung an ‚Föderalismus‘ aber zu spezifisch und daher weniger passend als Schmitts Definition, welche die Natur der „Vereinbarung“ (des ‚Vertrags‘) eben noch weitgehend offenlässt.

*e) Exkurs: anthropomorph(istisch)e und theomorph(istisch)e Konnotationen*

Gegenständlich ausgreifendere Definitionen des ‚Bundes‘ könnten auch Bünde zwischen Individuen (etwa die Institute der Ehe oder des Verlöbnisses)<sup>587</sup> oder religiös-theologische Vorstellungen<sup>588</sup> des ‚Bundes‘ miteinbeziehen. Ersteres (der Einbezug von Bünden zwischen Individuen) würde die anthropomorph(istisch)en Implikationen<sup>589</sup> des ‚Bundes‘-Denkens unterstreichen; Zweiteres (der Einbezug des

<sup>586</sup> Mit W. Hallstein, Der unvollendete Bundesstaat, Düsseldorf u. a. 1969, S. 33, lässt sich hier auch die Unterscheidung zwischen dem Grundmodell des „völkerrechtlichen ‚Schuldrecht[s]‘“ und demjenigen des „öffentlich-rechtliche[n] Verbandsrechts“ aufmachen: Schmitts Definition des ‚Bundes‘ stammt aus der erstgenannten Vorstellungswelt, Preuß’ Ansatz aus der zweitgenannten – beide verbindet auf höherer Abstraktionsebene das Denken in ‚vertraglichen‘ Strukturen in einem weiten Sinn.

<sup>587</sup> Vgl. zum ‚Bundes‘-Gedanken im Kontext des Verlöbnisses: F. O. Dammer, Verlöbnis als Einrichtungsgarantie, Berlin 2018, S. 41 ff., 51. Die parallel-komparative Betrachtung von Ehe und politischer föderaler Ordnung mit Blick auf ein allgemeines Modell ‚Bund‘ könnte für beide Phänomene ein ähnliches Wechselspiel aus Nähe und Distanz, aus Integration und Subsidiarität (s. o. B. I. 3.) offenbaren: vgl. für eine Reflexion über die Ehe, bei welcher der Aspekt der benachbarten Einsamkeit der Ehepartner fokussiert wird, den Brief von Rainer Maria Rilke an Emanuel v. Bodman v. 17. August 1901: „Ein *Miteinander* zweier Menschen ist eine Unmöglichkeit und, wo es doch vorhanden scheint, eine Beschränkung, eine gegenseitige Übereinkunft, welchen einen Teil oder beide Teile ihrer vollsten Freiheit und Entwicklung beraubt. Aber, das Bewußtsein vorausgesetzt, daß auch zwischen den nächsten Menschen unendliche Fernen bestehen bleiben, kann ihnen ein wundervolles Nebeneinanderwohnen erwachsen, wenn es ihnen gelingt, die Weite zwischen sich zu lieben“, vgl. R. M. Rilke, Briefe, Bd. 1, hrsg. v. K. Altheim, Wiesbaden 1950, S. 22 f.; hierzu E. F. Emens, in: E. S. Anker/B. Meyler (Hrsg.), *New Directions in Law and Literature*, New York, N.Y., U.S.A., 2017, S. 294 (304); vgl. zu diesem Gedanken als Beispiel für ‚law and literature‘ als potenzielles rechtspolitisches Reservoir R. D. Neugärtner, *Rechtswissenschaft* 2017, 461 (471). Die vergleichende Parallelisierung von Ehe und politischen Bünden unter einem abstrakten Modell des ‚Bundes‘ würde freilich ein besonders intensives anthropomorph(istisch)es Gepräge (hierzu unten § 10, A.) aufweisen.

<sup>588</sup> Die Übergänge von religiös-theologischen Vorstellungen des ‚Bundes‘ zu politischen Theorien des ‚Bundes‘ sind freilich fließend, vgl. die Nachw. in Fn. 591.

<sup>589</sup> Die anthropomorph(istisch)en Implikationen des in der Gesamtstudie untersuchten ideenpolitisch-dogmatischen Argumentationsmusters werden bei der Rhetorik-Analyse besonders gewürdigt (s. u. §§ 10 ff.).



religiös-theologischen Diskurses) würde ergänzend die theomorph(istisch)e Dimension im Anthropomorphismus betonen.<sup>590</sup> Letztlich bedeutet die vorliegende Verwendung der von Schmitt konturierten Definition des ‚Bundes‘ somit bereits einen verengenden – aber pragmatischen – Zugriff auf die reichhaltige Gedankenwelt des ‚Bundes‘, welche vor allem auch weitergehende Elemente einer u. a. biblisch genährten Mythologie des ‚Bundes‘ (*covenant*)<sup>591</sup> enthält.

## 2. Wissen(-schaft-)stheoretische Natur des Modells

### *a) Beschreibung politik-theoretischer und ideologischer Hintergrundvorstellungen*

Wenn im Folgenden das Modell des Bundes auf daraus ableitbare Aussagen zur Stellung föderaler Träger hin untersucht wird, so verbleibt die Untersuchung in der oben vorgestellten Perspektive des Nachvollzugs des einschlägigen ideenpolitischen Ideenreservoirs zum Topos der ‚schutzwürdigen föderierten Einheit‘ – s. Hypothese 1.1 oben bei § 1, C. III. 2.). Die Darstellung dieser politik-theoretisch-ideologischen Hintergrundvorstellungen bleibt also zunächst in der disziplinären Dimension der *politischen* Theorie. Die konkrete föderalismusverfassungsrechtliche Umsetzung wird für die Beispiele USA und Deutschland später erörtert (s. §§ 4 ff.). Aber auch die Anreicherung des Modells des Bundes mit nationalistischen, etatistischen, verfassungs- und demokratietheoretischen Gehalten wird erst später näher betrachtet (s. § 12). Bei alledem verstehen sich die folgenden Ausführungen nicht affirmativ, sondern dienen dazu, wirkmächtige theoretische und ideologische Hintergrundvorstellungen *beschreibend* zu erfassen.

### *b) ‚Bund‘ in politischem Denken, Geschichte, Verfassungstheorie und Verfassungsrecht*

Komplikationen und Missverständnisse können sich daraus ergeben, dass die Vorstellung von einem Bund föderierter Einheiten nicht nur als allgemeines Modell des politischen Denkens daherkommt, sondern teilweise auf bestimmte verfassungstheoretische Konstellationen beschränkt wird (s. u. aa)) und durch konkrete historische politische Gebilde geprägt ist (s. u. bb)). Vorliegend wird demgegenüber (zunächst) von einem weiten Anwendungsfeld für den ‚Bund‘ als Modell ausgegangen (s. u. cc)).

<sup>590</sup> Näher zum Anthropomorphismus als hervorstechendem rhetorischem Modus des Föderalismusdiskurses unten § 10, A.

<sup>591</sup> Für die Untersuchung des religiös geprägten, aber politisch wirkmächtigen *covenant*-Gedankens vgl. insbesondere die Arbeiten von Daniel J. Elazar und Michael Walzer: *D. J. Elazar*, *Publius 10* (1980), 3 ff.; *M. Walzer*, *Exodus and Revolution*, New York, N.Y., U.S.A., 1985; hierzu referierend *S. Huhnholz/E. M. Hausteiner*, in: G. Ambrosius/C. Henrich-Franke/C. Neutsch (Hrsg.), *Föderalismus in historisch vergleichender Perspektive*, Bd. 2, Baden-Baden 2015, S. 279 (288 ff.).



## aa) Keine Beschränkung auf (verfassungstheoretisch) „echte Bünde“

Schmitt, dessen Definition des Bundes oben zitiert wurde (s.o. 1.), unterscheidet in seiner „Verfassungslehre“ von 1928 solche Ordnungen, in denen ein „wirklicher“, ein „echter“ Bund (noch) vorliegt, von solchen föderalen Ordnungen, in denen Bundeselemente lediglich als „organisatorische Hilfselemente“ einer (zentral-) staatlichen Konstruktion dienen („Bundesstaat ohne bündische Grundlage“).<sup>592</sup> Sowohl die USA wie auch das Deutsche Reich der Weimarer Verfassung von 1919 seien ausdrücklich „kein Bund mehr“.<sup>593</sup> „Echte Bünde“ waren laut Schmitt etwa der Deutsche Bund von 1815, der Norddeutsche Bund von 1866/67 und (auch noch) das Deutsche Reich der Reichsverfassung von 1871.<sup>594</sup> Als Differenzierungsmerkmal dafür, ob ein ‚echter‘ Bund vorliegt oder nicht, dient Schmitt letztlich der Träger der verfassungsgebenden Gewalt: Die USA und das Deutsche Reich der Weimarer Verfassung von 1919 sind für ihn kein „echter Bund“, da sie auf der „verfassungsgebenden Gewalt des g a n z e n Volkes“ – und nicht auf der verfassung(s)gebenden Gewalt der Bundesmitglieder (dazu gleich II. 1. c)) – beruhen würden.<sup>595</sup>

Vorliegend wird davon ausgegangen, dass das politik-theoretische und ideologische Modell des Bundes nicht nur in solchen (empirisch-historischen) Föderationen normative Wirkungen entfaltet, in denen in Schmitts Worten ein „wirklicher“, ein „echter“ Bund vorliegt. Das Modell des Bundes ist vielmehr auch dort (krypto-) normativ wirksam, wo ein ‚bloßer‘ „Bundesstaat ohne bündische Grundlage“ vorliegt. Freilich sind die (krypto-)normativen Forderungen des Modells des Bundes dort regelmäßig schwächer und verdeckter; zudem kommt es zu Verzerrungen durch konkurrierende politische Ideen (wie insbesondere durch das demokratische Prinzip). Diese Komplikationen sollen allerdings erst später in Rechnung gestellt werden (s. insbes. § 12, B.). Es wird also davon ausgegangen, dass die (krypto-)normativen Wirkungen des politik-theoretischen und ideologischen Modells des Bundes auch in den Verfassungsordnungen der USA und des Grundgesetzes in bestimmtem (relativiertem und verzerrtem) Maße wirksam sind.

## bb) Gefahr des „juristischen Historismus“

Zu Beginn des 20. Jahrhunderts haben u. a. Heinrich Triepel und Rudolf Smend für das Beispiel der Reichsverfassung von 1871 gezeigt, dass das Denken in den Kategorien des Bundes in einer Gemengelage aus historischen, politischen und juristischen Aspekten verfangen ist: So hat Heinrich Triepel herausgearbeitet, dass die „geschichtliche Tatsache“, dass die Reichsgründung 1870/71 auch durch ‚echte‘

<sup>592</sup> C. Schmitt, *Verfassungslehre*, München u. a. 1928, S. 374, 389.

<sup>593</sup> C. Schmitt, *Verfassungslehre*, München u. a. 1928, S. 389.

<sup>594</sup> Vgl. C. Schmitt, *Verfassungslehre*, München u. a. 1928, S. 367, 377.

<sup>595</sup> C. Schmitt, *Verfassungslehre*, München u. a. 1928, S. 389; Hervorh. im Orig.

(*historisch-empirische*) Verträge vor-bereitet wurde,<sup>596</sup> im Verfassungsleben *politisch* fortwirkt,<sup>597</sup> ohne dass die Reichsverfassung selbst in *juristisch* haltbarer Weise als Vertrag qualifiziert werden könne.<sup>598</sup> Auch Smend unterscheidet im Anschluss an Triepel zwischen einer „juristische[n] Lehre“ und einer „politische[n] Betrachtung.“<sup>599</sup>

Das Modell und Narrativ des ‚Bunds‘ speist sich eben vor allem auch aus der Geschichte konkreter historischer Staatenverbindungen (etwa aus dem 19. Jahrhundert wie dem Deutschen Bund, aber auch aus früheren Beispielen).<sup>600</sup> Im politischen und ideologischen Denken wird das Meta-Narrativ<sup>601</sup> des ‚Bunds‘ allerdings von solchen konkreten historischen Staatenverbindungen auf ‚tatsächlicher‘ Vertragsgrundlage abstrahiert. Nach dieser Abstrahierungsoperation ist es dann auch in politischen Ordnungen (krypto-)normativ wirksam, in denen es an einer ‚tatsächlichen‘ Vertragsgrundlage fehlt – also beispielsweise in den USA und der Bundesrepublik Deutschland. Diese gedanklichen Prozesse der Abstrahierung und Übertragung auf neue politisch-historische sowie rechtliche Kontexte müssen reflektiert werden. Anderenfalls droht man, unbewusst „einem juristischen Historismus zu verfallen, der [...] den Staatenbund des 19. Jahrhunderts zur Norm erhebt“ (Christoph Möllers).<sup>602</sup> Die historischen Ursprünge des Begriffsmaterials, welches um ‚Bund‘ und ‚Bündnis‘ herum geprägt wurde, sind zu reflektieren; mit Peter Lerche ist

<sup>596</sup> Weiter zurückreichend etwa bereits durch die (noch kündbaren, befristeten) Zollvereinsverträge (vgl. zu diesen und zu ihrer Bedeutung für den integralen Wirtschaftsnationalismus Deutschlands auf dem „Weg zur Reichsgründung“ *T. Nipperdey*, *Deutsche Geschichte*, 1866–1918, Bd. II, München 1992, S. 30, 55), konkreter dann insbesondere durch die von den Staaten des Norddeutschen Bundes mit süddeutschen Staaten geschlossenen Verträge im Herbst 1870 (vgl. a. a. O., S. 77 f.; vgl. auch *H. Nawiasky*, *Der Bundesstaat als Rechtsbegriff*, Tübingen 1920, S. 139 f.).

<sup>597</sup> Triepel hat hieraus die Figur der „Bundestreue“ der Einzelstaaten gegenüber dem Reich abgeleitet, vgl. *H. Triepel*, *Unitarismus und Föderalismus im Deutschen Reiche. Eine staatsrechtliche und politische Studie*, Tübingen 1907, S. 29 f.; s. hierzu III. 3. a).

<sup>598</sup> Vgl. *H. Triepel*, *Unitarismus und Föderalismus im Deutschen Reiche. Eine staatsrechtliche und politische Studie*, Tübingen 1907, S. 29; vgl. auch *H. Nawiasky*, *Der Bundesstaat als Rechtsbegriff*, Tübingen 1920, S. 44, 140.

<sup>599</sup> Zum Auseinanderfallen von juristischer und politischer Lesart mit Blick auf die Reichsverfassung von 1871: *R. Smend*, *Festgabe für Otto Mayer*, Tübingen 1916, S. 247 (259), mit Hinweis auf *H. Triepel*, *Unitarismus und Föderalismus im Deutschen Reiche. Eine staatsrechtliche und politische Studie*, Tübingen 1907, S. 29.

<sup>600</sup> Vgl. *C. Möllers*, in: A. v. Bogdandy/J. Bast (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge*, 2. Aufl., Berlin u. a. 2009, S. 227 (248), welcher die Gefahr eines „juristischen Historismus“ erkennt, sollte man die Natur und Grenzen des Modells des ‚Bundes‘ nicht richtig einschätzen.

<sup>601</sup> Näheres zum Narrativen in Modellen in der politischen Theorie sogleich in Fn. 613.

<sup>602</sup> *C. Möllers*, in: A. v. Bogdandy/J. Bast (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge*, 2. Aufl., Berlin u. a. 2009, S. 227 (248): Möllers warnt davor, die Grenzen der Leistungsfähigkeit des Modells des ‚Bundes‘ im Rahmen der Verfassungstheorie zu überschätzen; insbesondere sei das Modell legitimierungstheoretisch wenig ergiebig (hierzu II. 1. a) bb) (3)).

„Distanz zu entstehungsgeschichtlichen Hypothesen“<sup>603</sup> föderalismusverfassungsrechtlicher Formeln zu wahren. Nur dann kann das (krypto-)normative Fortleben des damit verbundenen Denkens in neuen politischen und rechtlichen Kontexten als ein solches benannt und kritisch eingeschätzt werden.

#### cc) Bund als ‚Lesekonvention‘

Vorliegend wird davon ausgegangen, dass Praktikerinnen und Praktiker, Theoretikerinnen und Theoretiker, Kommentatorinnen und Kommentatoren verschiedenster föderaler Ordnungen das Modell des Bundes auf das Beziehungsgeflecht zwischen den jeweiligen föderalen Trägern dieser Ordnungen anwenden. Dabei kommt das Modell des Bundes häufig nicht als historisch oder verfassungstheoretisch abgesichertes und reflektiertes Theoriegebäude daher. Vielmehr wird es – bewusst oder unbewusst – auch auf föderale Ordnungen angewendet, welche sich angesichts ihrer nationalen demokratischen Verfasstheit *gegen* die verfassungstheoretische Lehre von der verfassungsgebenden Gewalt der föderierten Einheiten (dazu unten II. 1. c)) sperren und welche (anders als etwa der Deutsche Bund von 1815<sup>604</sup> oder die Europäische Union<sup>605</sup>) – historisch-empirisch – *nicht* auf ‚echten‘ rechtsförmlichen Verträgen basieren. Bewusst oder unbewusst wird beispielsweise auch die föderale Ordnung der USA<sup>606</sup> oder der Bundesrepublik Deutschland<sup>607</sup> so behandelt, *als ob* ihnen ein Bund (Vertrag) der jeweiligen föderierten

<sup>603</sup> P. Lerche, VVDStRL 21 (1964), 66 (88), am Beispiel der ‚Bundestreue‘, deren „entstehungsgeschichtlich[e] Hypoth[ek]“ die „Bundesvertragstreue“ sei.

<sup>604</sup> Vgl. die deutschen Bundesacte vom 8. Juni 1815 und die Schlußakte der Wiener Ministerkonferenzen vom 15. Mai 1820.

<sup>605</sup> Vgl. den Vertrag über die Europäische Union und den Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union.

<sup>606</sup> Vgl. für die Anwendung der Lesefigur auf die Verfassung der USA: prominent John C. Calhoun in der *Fort Hill Address*: J. C. Calhoun, in: Union and Liberty, hrsg. v. R. M. Lence, Indianapolis, Ind., U.S.A., 1992 [1828], S. 367 (370 f.): „*The great and leading principle is [...] that the Constitution of the United States is, in fact, a compact, to which each State is a party*“; überzeitlich-transatlantisch D. C. Ehmke, Institutional Congruence. The Riddle of Leviathan and Hydra, Baden-Baden 2019, S. 102: „*Unity was achieved by contract*.“ Referierend deutet M. C. Dorf, Rutgers Law Journal 28 (1997), 825 (829, 830 f.), eine Äußerung im abweichenden Sondervotum von Justice Clarence Thomas in *U.S. Term Limits, Inc. v. Thornton*, 514 U.S. 779 (1995), 846, als Ausdruck der „*historical compact*“-Lesefigur. Vgl. auch (referierend) J. A. Gardner, Interpreting State Constitutions. A Jurisprudence of Function in a Federal System, Chicago, Ill., U.S.A., 2005, S. 60 (dort in Fn. 17): „*long-rejected, compact theory of the American union*“; vgl. auch (ebenfalls referierend) R. Briffault, Vand. L. Rev. 47 (1994), 1303 (1304): „*the belief that the United States was founded by a compact of the states*“.

<sup>607</sup> Vgl. für die Anwendung der Lesefigur auf das Grundgesetz den Hinweis von K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., Heidelberg 1995, Rn. 218, auf BVerfGE 1, 299 (315); 13, 54 (78): „[Das Bundesverfassungsgericht] hat [...] Gesichtspunkte herangezogen, die sich nicht aus der Verfassung ergeben, so etwa, wenn auf traditionelle Gehalte Bezug genommen wird, deren Realität heute fragwürdig geworden

Einheiten zu Grunde liege. Aus dieser Vorstellung werden dann – bewusst oder unbewusst – bestimmte (krypto-)normative Schlüsse gezogen. Zu diesen (krypto-) normativen Schlüssen zählen insbesondere auch bestimmte Annahmen über die Stellung und Schutzwürdigkeit der föderierten Einheiten untereinander sowie v. a. gegenüber der Bundesebene; diese werden im weiteren Verlauf des vorliegenden Kapitels detailliert vorgestellt werden.

Die *Möglichkeit*, letztlich alle föderalen Ordnungen so zu betrachten (oder: zu ‚lesen‘), *als ob* das Beziehungsgeflecht zwischen den jeweiligen föderalen Trägern durch einen Bundesschluss (Vertragsschluss) begründet wurde, soll mit der Bezeichnung ‚Lesekonvention‘ (auch: ‚Lesefigur‘<sup>608</sup>) erfasst werden. Der Begriff „Lesefigur“ stammt aus der Literaturwissenschaft und wird dort von Vertreterinnen und Vertretern eines dekonstruktivistischen Literaturverständnisses (ausführlich unten § 10, B. II. 3.) genutzt, um das Phänomen zu erklären, dass es bestimmte wirkmächtige Konventionen des Lesens von Texten (wie das autobiographische oder lyrische Lesen) gibt, welche schablonenartig auf (literarische) Texte gelegt werden und deren Vieldeutigkeit zu Gunsten der Betonung klarer Gattungsmerkmale ein-ebnen (ausführlich unten § 10, B. II. 3.).<sup>609</sup> Wird das Beziehungsgeflecht zwischen föderalen Trägern vor der Schablonen ‚Bund‘ als ein bündisches (vertragliches) Verhältnis interpretiert (oder eben ‚gelesen‘), so liegt darin wie erwähnt häufig keine historisch und/oder verfassungstheoretisch abgesicherte Konzeption.<sup>610</sup> Solche historischen oder verfassungstheoretischen Details werden durch die wirkmächtige Konvention ausgeblendet. Oft handelt es sich beim Rückgriff auf die Lesefigur ‚Bund‘ um eine – bewusst oder unbewusst verwendete – Heuristik<sup>611</sup>, um eine Fiktion (ein „als ob“<sup>612</sup>), um eine Erzählung (ein Narrativ, eine Narration, eine historistische Figur)<sup>613</sup>, um ein rhetorisches „Bild“<sup>614</sup>, um eine Sehgewohnheit, um ein Interpretationsmuster<sup>615</sup> – eben um ein ‚bloßes Modell‘.

ist; dies gilt namentlich für den Gedanken des ‚Bündnisses‘, der für die föderative Ordnung der Reichsverfassung von 1871 tragend war, vom Gericht aber nicht einmal als historischer Ursprung, sondern als ‚begriffliche‘ Voraussetzung des Bundesstaates verstanden worden ist“.

<sup>608</sup> P. de Man, MLN 94 (1979), 919 (921): „*Autobiography, then, is not a genre or a mode, but a figure of reading or of understanding that occurs, to some degree, in all texts.*“ Zu de Mans Übertragung dieses Ansatzes auf die Genres ‚Übersetzung‘ und ‚Lyrik‘ siehe unten § 10, B. II. 3.

<sup>609</sup> Vgl. P. de Man, MLN 94 (1979), 919 (921).

<sup>610</sup> Es sei denn, es geht ‚tatsächlich‘ um einen „echten Bund“ wie den Deutschen Bund von 1815; vgl. Fn. 605.

<sup>611</sup> Carl Schmitt betrachtet das Modell des Bundes in demokratischen Föderationen sogar als *vom Verfassungsgeber selbst* eingesetzte Heuristik: vgl. C. Schmitt, Verfassungslehre, München u. a. 1928, S. 374, zu Bundeselementen als bloßen „organisatorischen *Hilfselemente[n]*“ (Hervorh. R.D.N.) in solchen föderalen Ordnungen, in denen die verfassungsgebende Gewalt beim (nationalen) (Gesamt-)Volk liegt.

<sup>612</sup> R. Smend, Festgabe für Otto Mayer, Tübingen 1916, S. 247 (260), zur „als ob“-Betrachtung der Reichsverfassung von 1871 als Bund (Vertrag).

<sup>613</sup> Hier – an der Betrachtung von Modellen der politischen Theorie als Erzählungen – wird der oben angesprochene Aspekt der Zeitlichkeit und des Historismus besonders deutlich; vgl.

## dd) Gefahren von Modellen und Lesekonventionen

Die Anwendung der Lesefigur ‚Bund‘ auf föderale Ordnungen birgt Risiken: Aus bildwissenschaftlicher Perspektive hat Horst Bredekamp Modelle als eine „großartig[e] Mischung aus Abstraktion und Anschaulichkeit“ beschrieben, welche zwar Klarheit ermöglichten, aber auch die Gefahren der Verführung und Fetischisierung eines Bilds bergen würden.<sup>616</sup> Modelle decken sich nie vollständig mit dem Sachverhalt, auf welchen sie angewendet werden. Modelle können unkontrollierbare Konnotationen und Bedeutungsüberschüsse transportieren; Modelle können widerstrebende Aspekte der ‚Realität‘ verdecken; Modelle können ein Eigenleben entwickeln. Die Risiken der Verwendung von Modellen sind daher zu reflektieren<sup>617</sup>; dieser Reflexion soll im späteren Verlauf der vorliegenden Studie die interdisziplinär

---

S. Huhnholz/E. M. Hausteiner, in: G. Ambrosius/C. Henrich-Franke/C. Neusch (Hrsg.), *Föderalismus in historisch vergleichender Perspektive*, Bd. 2, Baden-Baden 2015, S. 279 (292): „eine Erzählung also, die das kollektiv Vorfindliche entweder inspirieren oder durch Traditionsoverweis legitimieren, identitären Sinn stiften und dadurch politische Veränderungen lenkend limitieren soll“, unter Verweis auf M. Walzer, *Exodus and Revolution*, New York, N.Y., U.S.A., 1985. Der Bund ist auch über den föderalen Kontext hinaus ein Modell politischer Erzählung(en): Hier bietet sich eine Parallele zum – inhaltlich freilich anders aufgestellten – politiktheoretischen Modell des Gesellschaftsvertrags in der Tradition von Thomas Hobbes, John Locke, Jean-Jacques Rousseau an; vgl. für eine Interpretation des Gesellschaftsvertrags (genauer: des Autorisierungsvertrags) bei Hobbes als Erzählung E. Odzuck, in: W. Hofmann/J. Renner/K. Teich (Hrsg.), *Narrative Formen der Politik*, Wiesbaden 2014, S. 105 ff., welche a. a. O. (119 f.) betont, dass in der Fiktionalität der Erzählung neben Stabilisierendem auch Herrschaftskritisches liegt – sofern man die Grenzen ‚erzählter‘ fiktiver Entitäten, etwa von Hobbes’ Souverän, reflektiert; referierend zu solchen Ansätzen der politikwissenschaftlichen Narratologie H. Münkler/G. Straßenberger, *Politische Theorie und Ideengeschichte. Eine Einführung*, München 2016, S. 188 ff., u. a. mit Hinweisen auf Vorarbeiten kommunitaristischer Autoren wie Alasdair MacIntyre, Charles Taylor und – auch hier – Michael Walzer. Zum Naturzustand bei Rousseau als Fiktion und Erzählung vgl. bereits P. de Man, in: *Allegories of Reading*, New Haven, Conn., U.S.A., u. a. 1979, S. 246 (248, Fn. 4).

<sup>614</sup> Zur Verwendung von „Bild“ im Sinne einer rhetorischen Operation (Trope) in einem ähnlichen Zusammenhang vgl. A. v. Bogdandy, *Der Staat* 40 (2001), 1 (12): Bemerkenswerterweise geht es a. a. O. allerdings um ‚Verfassung‘ als „Bild“ für ‚Vertrag‘ (Verträge der EU) – also um die Umkehrung der Konstellation ‚Vertrag‘ als „Bild“ für eine ‚Verfassung‘.

<sup>615</sup> Vgl. O. Beaud, in: L. Azouli (Hrsg.), *The Question of Competence in the European Union*, New York, N.Y., U.S.A., u. a. 2014, S. 19 (33 f.): „*interpreting the constitution that created a federation as being in fact a federal compact*“, mit Verweis auf N. Aroney, *American Journal of Comparative Law* 54 (2006), 277 (295), welcher beschreibt, dass der *High Court of Australia* die australische Verfassung bis 1920 „als eine Art föderalen Vertrag verstanden“ habe („*understood the Constitution essentially as a kind of federal compact*“).

<sup>616</sup> H. Bredekamp, *Der Bildakt*, Neufassung, Berlin 2015, S. 283 ff.

<sup>617</sup> Vgl. H. Bredekamp, *Der Bildakt*, Neufassung, Berlin 2015, S. 283 ff.: Der bildaktive Eigenanteil von Modellen müsse reflektiert werden; vgl. auch – disziplinär völlig anders – die Forderung danach, die Grenzen von narrativen Modellen der politischen Theorie wie desjenigen des Gesellschaftsvertragsschlusses hervorzuheben: E. Odzuck, in: W. Hofmann/J. Renner/K. Teich (Hrsg.), *Narrative Formen der Politik*, Wiesbaden 2014, S. 105 (119 f.): Fiktionalität ist als Element der Narrativität in Rechnung zu stellen – ausgehend davon werden die Grenzen fiktiver politischer Einheiten sichtbar (kritisierbar).

informierte Rhetorikanalyse rund um die Figur des Anthropomorphismus, welche das Modell des Bundes prägt, dienen (s. u. § 10).

## II. ‚Würde‘: qualifizierte Eigenständigkeit föderaler Träger („self-rule“)

Föderale Träger, also föderierte Einheiten wie US-Bundesstaaten und deutsche Länder sowie die jeweiligen Bundesebenen, stellen Ebenen eines Mehrebenengebildes dar (s. o. B. III. 2. b)). Föderale Träger sind jedoch *besondere* Ebenen: Nach dem politischen Ordnungsprinzip des Föderalismus – also letztlich nach dem Modell des Bundes – haben föderale Träger eine *besonders* qualifizierte Eigenständigkeit, die sie von anderen Ebenen in politischen Mehrebenengebilden unterscheidet und welche sich rhetorisch um den Topos der ‚föderalen Würde‘ gruppiert (s. u. 3.).

### 1. Stellung der föderierten Einheiten nach dem Modell des Bundes

(Krypto-)normative Gehalte der Idee des Bundes prägen die Stellung der föderierten Einheiten: Ihnen wird „politisch[e] Selbsterhaltung“ garantiert (s. u. a)), sie sind untereinander formal gleichberechtigt (s. u. b)) und – dem Ideal des Bundes nach – Trägerinnen der bundesverfassungsgebenden Gewalt (s. u. c)).

#### a) Garantie „politische[r] Selbsterhaltung“

Schmitts oben eingeführter Definition zu Folge ist der Bund auf den „gemeinsamen Zweck der politischen Selbsterhaltung aller Bundesmitglieder“ gerichtet, wobei „der politische Gesamtstatus jedes einzelnen Bundesmitgliedes im Hinblick auf den gemeinsamen Zweck verändert wird“<sup>618</sup> (s. o. I. 1.). Aus diesem Zweck ergibt sich eine im Folgenden näher zu bestimmende ‚Existenz‘-Garantie zu Gunsten der Bundesmitglieder (föderierten Einheiten).<sup>619</sup>

#### aa) Inhaber und Verpflichtete der Garantie

Im (ggf. fingierten) Vereinbarungscharakter und im Ziel der „Selbsterhaltung aller Bundesmitglieder“<sup>620</sup> zeigt sich, dass – dem Ideal des Bundes nach – der Fortbestand *jeder* einzelnen föderierten Einheit garantiert ist.<sup>621</sup>

<sup>618</sup> C. Schmitt, Verfassungslehre, München u. a. 1928, S. 366.

<sup>619</sup> Vgl. C. Schmitt, Verfassungslehre, München u. a. 1928, S. 368.

<sup>620</sup> C. Schmitt, Verfassungslehre, München u. a. 1928, S. 366; Hervorh. R.D.N.

<sup>621</sup> So ausdrücklich und emphatisch C. Schmitt, Verfassungslehre, München u. a. 1928, S. 368.

Umgekehrt wird auch *jedes* Bundesmitglied durch die Garantie verpflichtet. Der Zweck des Bundes kann allerdings nur erreicht werden, wenn die Garantie zudem auch die durch den Bund geschaffene Bundesebene verpflichtet, auch wenn diese selbst nicht am Bundesschluss beteiligt war, sondern durch diesen überhaupt erst eingerichtet wurde.<sup>622</sup>

#### bb) Gegenstand der Garantie I: vor-gefundene politische Existenz

Gegenstand der föderalen Garantie ist die „politische Selbsterhaltung“ der Bundesmitglieder.

#### (1) (Fingierter) Historismus im Modell des Bundes

Hierbei legt der Wortbestandteil „-erhaltung“ eine ‚historistische‘ Lesart nahe: Die Bundesmitglieder müssen eine eigenständige politische Existenz überhaupt *erst einmal* aufgewiesen haben, *bevor* sie den föderalen Bund schließen konnten.<sup>623</sup> Insoweit wohnt der Idee des Bundes ein gewisser Historismus im Sinne einer idealisierten Chronologie inne.

Diese Chronologie kann auch fingiert sein; die föderierten Einheiten müssen nicht ‚tatsächlich‘ früher als die Bundesebene als politische Einheiten konstituiert worden sein. Vielmehr können die Konstituierung von Bundesebene und föderierten Einheiten auch (annähernd) zusammenfallen, wie etwa das Beispiel des Landes Nordrhein-Westfalen zeigt, dessen Landesverfassung erst im Jahr 1950 verabschiedet wurde, also im Folgejahr der Verabschiedung des Grundgesetzes (dazu sogleich 3. c) bb) (1)). In den USA gibt es bekanntlich eine Vielzahl von Staaten von Vermont (1791)<sup>624</sup> und Kentucky (1792) über Florida (1845) bis Hawai‘i (1959),

---

<sup>622</sup> Man mag hier eine Parallele zu Thomas Hobbes' Modell des Gesellschaftsvertrags (genauer: Autorisierungsvertrags) ziehen: So wie bei Hobbes der Souverän nicht selbst Vertragspartner, sondern seine Einsetzung und Autorisierung Effekt des Vertrags ist (*T. Hobbes, Leviathan*, hrsg. v. J. C. A. Gaskin, Oxford, U.K., u.a., 1996, S. 116 [*Chapter 18*]), ist auch die Bundesebene nicht Partner des Bundes(-vertrags), sondern ihre Einrichtung ist Effekt dieses Bundes(-vertrags) der föderierten Einheiten. Und dennoch: Bei Hobbes ist der Souverän zwar nicht unmittelbar durch den Autorisierungsvertrag verpflichtet, aber es ergibt sich unter Umständen doch ein Widerstandsrecht aus dem Autorisierungsgedanken und eine gewisse Bindung des Souveräns an den Zweck der kollektiven Selbsterhaltung; die Gehorsamspflicht der Untertanen ist letztlich an ihren Schutz durch den Souverän gekoppelt, so deutlich *T. Hobbes, Leviathan*, hrsg. v. J. C. A. Gaskin, Oxford, U.K., u.a., 1996, S. 147 (*Chapter 21*): „*The obligation of subjects to the sovereign, is understood to last as long, and no longer, than the power lasteth, by which he is able to protect them.*“

<sup>623</sup> Vgl. neben C. Schmitt, *Verfassungslehre*, München u.a. 1928, S. 366, etwa auch K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20. Aufl., Heidelberg 1995, Rn. 219, der davon ausgeht, dass die föderierten Einheiten als bereits bestehende „politische Gesamtheiten“ zu etwas Größerem „verbunden werden sollen“.

<sup>624</sup> Vermont wurde 1791 als vierzehnter Staat in die Union aufgenommen und damit als erster Staat, welcher nicht am Ratifikationsprozess der US-Verfassung beteiligt war. Zum



welche erst *nachträglich*, also nach dem ‚Bundesschluss‘ der *Thirteen Colonies* (1787 bis 1788 bzw. 1790) und damit nach der Schaffung der US-Bundesverfassung, Teil des Bundes wurden. Zum Zeitpunkt ihrer Aufnahme in die Union waren diese neuen Bundesstaaten teilweise bereits als politische Einheiten konstituiert (so zum Beispiel die Vermont Republic<sup>625</sup> oder das Königreich Hawai‘i bzw. dessen Nachfolgeordnungen<sup>626</sup>), teilweise jedoch noch nicht (so zum Beispiel Kentucky<sup>627</sup> oder Florida<sup>628</sup>). Indem Einzelstaaten wie Florida (oder auch Hawai‘i<sup>629</sup>) dennoch als ‚Bundes‘-Mitglieder betrachtet werden, überdeckt das Modell des ‚Bundes‘ teilweise Aspekte des Modells ‚Reich‘ (‚Imperium‘) – schließlich war der Prozess der territorialen Expansion der USA v.a. auch eine (partiell militärisch erzwungene) nationale Homogenisierungsbewegung („*Americanization*“<sup>630</sup> – s. u. § 6, A. VI. 2. a) zu einigen dogmatischen Implikationen).<sup>631</sup>

---

Zeitpunkt der Aufnahme war Vermont allerdings – anders als die dreizehn Gründungsstaaten – bereits ein souveräner Staat, die Vermont Republic.

<sup>625</sup> S. die Anm. in Fn. 624.

<sup>626</sup> Das Königreich Hawai‘i wurde Ende des 19. Jahrhunderts vorübergehend zur Republic of Hawai‘i und dann ein sog. *organized incorporated territory* der USA, bevor es 1959 Bundesstaat der USA wurde; vgl. auch die Anm. in Fn. 629.

<sup>627</sup> Kentucky entstand durch ‚Abspaltung‘ von Virginia; vgl. zur Besiedlung des Gebiets des späteren Kentuckys und dessen geographischer Abgeschiedenheit vom Rest Virginias die Schilderung in ‚romantischer‘ Tönung bei *H. Brogan*, *The Penguin History of the USA*, 2. Aufl., London, U.K., 2001, S. 223 ff. Dort auch zum charakteristischen *Kentucky Bluegrass* (Gattung Rispengräser [*Poa*], aus der Ordnung der Süßgrasartigen), welches nicht mit dem Blauaugengras (Gattung *Sisyrinchium* aus der Familie der Schwertliliengewächse aus der Ordnung der Spargelartigen) – dazu unten § 10, B. IV. 4. b) – zu verwechseln ist.

<sup>628</sup> Vgl. zur Vorgeschichte des Bundesstaats Florida *H. Zinn*, *A People’s History of the United States*, Neuaufl., New York, N.Y., U.S.A., 2003, S. 129: Florida war bis 1819 eine spanische Kolonie, welche allerdings vor allem auch von indigener Bevölkerung (insbesondere den Seminolen) bewohnt wurde; die USA führten einen Krieg gegen die Seminolen (*Seminole War of 1818*) und erwarben das Territorium Floridas von Spanien (*Florida Purchase of 1819; Adams-Onís Treaty*); so entstand ein *organized incorporated territory*, welches 1845 als Bundesstaat in die USA aufgenommen wurde.

<sup>629</sup> Selbst wenn Hawai‘i schon vor 1959 als faktische politische Einheit funktionierte, heißt dies noch nicht, dass die Aufnahme Hawai‘is in die USA auf einem *freiwilligen* politischen Entschluss dieser Einheit beruht hätte; zum Kontext der Bindung Hawai‘is an die USA im Lauf des 20. Jahrhunderts vor dem Hintergrund des Modells ‚Imperium‘ nur *H. Zinn*, *A People’s History of the United States*, Neuaufl., New York, N.Y., U.S.A., 2003, S. 298 ff.

<sup>630</sup> *E. Biber*, *The American Journal of Legal History* 46 (2004), 119 (120 – zum Stichwort „*Americanization*“, 132).

<sup>631</sup> Der Unterschied zwischen ‚Bund‘ und ‚Imperium‘ wird teilweise daran festgemacht, dass bei der Föderation Machtzerstreuung und Pluralisierung, beim Imperium hingegen Machtkonzentration und Uniformisierung vorherrschen würden; vgl. *T. O. Hueglin/A. Fenna*, *Comparative Federalism*, 2. Aufl., North York, ON, Kanada, 2015, S. 73 f. Zum Vorgang der ‚*Americanization*‘ und zur Diskussion um ‚*conditions on statehood*‘ als Friktion des Topos der ‚Verfassungsautonomie‘ der Einzelstaaten unten § 6, A. VI. 2.



### (2) (Fiktiv) vor-gefundene *Legitimation, Autonomie, Aufgaben und Funktionen*

In der ‚Logik‘ des Bundes liegt es, dass die – ‚tatsächlich‘ oder fingiert – *ursprünglich vor-gefundene* und nun im Bund zu erhaltende politische Existenz der föderierten Einheiten leicht mit bestimmten materiellen Positionen in Verbindung gebracht wird, welche die föderierten Einheiten – tatsächlich oder fingiert – *bereits vor* Gründung des Bundes innehatten:

Solche materiellen Positionen sind beispielsweise eine bestimmte Form der Legitimation der Hoheitsgewalt in der föderierten Einheit (z. B. demokratische oder monarchische Legitimation), bestimmte hoheitliche Funktionen (z. B. eigenständige formelle Gesetzgebung<sup>632</sup> oder Rechtsprechung), bestimmte hoheitliche Aufgaben (z. B. Polizeiwesen und Kulturpolitik<sup>633</sup>) und bestimmte Autonomieforderungen (Verfassungsautonomie, Bestimmung der Art des Regierungssystems oder des Regierungssitzes<sup>634</sup>) der einzelnen föderierten Einheiten (s. u. § 4, A. III., B. III.). Letztlich geht es hier in den Worten Elazars um den materiellen Kern der Selbstregierung („*self-rule*“) der föderierten Einheiten (s. o. B. I. 4.). Der föderale Bund erkennt diesen Kern der Selbstregierung grundsätzlich an und garantiert ihn.

### (3) *Schwacher legitimationstheoretischer und sachlich-inhaltlicher Selbststand des föderalen Prinzips*

In dem eben beschriebenen, dem Modell des Bundes inhärenten – ‚tatsächlichen‘ oder fingierten – Historismus zeigt sich, dass die Idee des Bundes *als solche* kaum eigenständig legitimationstheoretisch fruchtbar ist. So schreibt Christoph Möllers, dass sich „Legitimationsprobleme [...] mit dem Hinweis auf [...] Vertragsstrukturen kaum thematisieren [ließen ... und] die Neuentdeckung des Bundesbegriffs [...] schwerlich eine legitimationstheoretische Perspektive begründen“ könne.<sup>635</sup> Statt eigene legitimationstheoretische oder überhaupt sachlich-inhaltliche Gehalte zu liefern, verweist das föderale Prinzip auf (ggf. nur fingiert) vor-gefundene legitimationstheoretische oder sachlich-inhaltliche Gehalte. Um im Modell ‚Vertrag‘ zu

<sup>632</sup> Die Frage, ob in den USA und in Deutschland die Bundesebene den föderierten Einheiten Pflichten zur Gesetzgebung auferlegen darf, wird unten § 6, A. I. erörtert.

<sup>633</sup> Die Frage, ob in den USA und in Deutschland den föderierten Einheiten in diesen Bereichen verfassungsstarke ‚Gesetzgebungsreservate‘ zugeschrieben sind, wird unten bei § 5, A. I. erörtert.

<sup>634</sup> Die Frage, ob in den USA und in Deutschland den föderierten Einheiten bundesrechtlich Vorgaben im Bereich ihres Staatsorganisationsrechts und Wahlrechts gemacht werden dürfen, wird unten bei § 6, A. VI. erörtert.

<sup>635</sup> C. Möllers, in: A. v. Bogdandy/J. Bast (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge*, 2. Aufl., Berlin u. a. 2009, S. 227 (248); vgl. etwa auch E. v. Hippel, *Allgemeine Staatslehre*, 2. Aufl. Berlin u. a. 1967, S. 252, welcher in den Gehalten des föderalen Prinzips nur „rational[e] Schablonen als logische Leerformen noch [ohne] rechtliche Bedeutung“ sieht – v. Hippel wendet sich freilich nicht der Tatsache zu, dass über diese „Schablonen“ und „Leerformeln“ als schwach determinierte *Einfallstore* anderweitige ideenpolitische Gehalte in Bezug genommen werden.

bleiben: Vertragsstrukturen setzen einen Vertragsschluss voraus, ein Vertragsschluss setzt Rechts- und Geschäftsfähigkeit voraus; *hier* – bei der Bestimmung der Voraussetzungen der Rechts- und Geschäftsfähigkeit – stellen sich die ‚entscheidenden‘ materiellen Fragen.

Die Idee des Bundes baut mangels legitimationstheoretischen Selbststands auf weiteren, legitimationstheoretisch teilweise fruchtbareren Ideen (‚Staatlichkeit‘, ‚demokratische Selbstbestimmung‘, Garantie von ‚Freiheit‘) auf. Das föderale Prinzip selbst ist demgegenüber primär ein *prozedurales* Ordnungsprinzip; dies wurde für seine Umsetzung unter dem Grundgesetz etwa von Peter Lerche (‚Homogenität [nur] im Verfahren“ und Handeln nach „Bundessinn“)<sup>636</sup> und – daran anschließend – von Peter Badura<sup>637</sup> und Christian Waldhoff<sup>638</sup> hervorgehoben. Nichtsdestotrotz wird das föderale Prinzip immer wieder so konzeptualisiert, dass es auf verschiedenste materielle Gehalte außerhalb seines Ideen-(Kern-)Gehalts *verweist*: Neben den bereits genannten Ideen ‚Demokratie‘, ‚Freiheit‘, ‚Staatlichkeit‘ kommen hier auch ‚Subsidiarität‘ und ‚Lokalismus‘ in Betracht<sup>639</sup>. Zudem gibt es immer wieder Versuche, das föderale Prinzip *als solches* – ggf. unter der Hand – zu materialisieren und dergestalt gegenüber den genannten anderen politischen Ideen zu verselbstständigen (s. sogleich dd) (2) zur Schmitt’schen [letztlich wohl Leer-] Formel „Recht auf eigene Politik“). In den Worten Lerches gilt hier: „Ideologische Aufladungen dieser Art müssen denn wieder entladen werden, selbst wenn es Funken gibt.“<sup>640</sup>

Solche dekonstruierenden „Entladungen“ legen offen, dass im Zusammenspiel mit der Idee ‚Föderalismus‘ stets auch andere politische Ideen wirksam sind. Sie entlarven Föderalismus als ‚Instrumentalföderalismus‘ (s. o. § 1, B. III. 5. u. § 2, C. I. 1. b)). Die „Entladungen“ ermöglichen eine Abschtichung und Identifizierung der verschiedenen durch das föderale Modell in Bezug genommenen Ideen-Gehalte. Auf diese Weise machen sie den Blick auf die *Vor-Frage* frei, was eine politische Existenz, was „*self-rule*“ ausmacht, welche im föderalen Denken in Bezug genommen wird. Erst nach Beantwortung dieser Vor-Frage kann der Aspekt der Erhaltung dieser politischen Existenz im Bund verstanden werden. Antworten auf die

<sup>636</sup> P. Lerche, VVDStRL 21 (1964), 66 (84 ff.) – zu den Implikationen dieser Formeln für den föderalen Gleichheitssatz s. u. b). Lerche wendet sich a. a. O. (74 ff.) gegen „Auffüllungen dieses Gedankens aus dem gesellschaftsorganischen Ideengut, etwa in Gestalt des Subsidiaritätsprinzips, oder aus sonstigen Vorstellungen des Primats der kleineren Einheit“.

<sup>637</sup> Vgl. P. Badura, in: FS Lerche, München 1993, 369 ff.

<sup>638</sup> Vgl. C. Waldhoff, in: H.-G. Henneke (Hrsg.), Gleichwertige Lebensverhältnisse bei veränderter Statik des Bundesstaates? Stuttgart 2019, S. 11 (13, 28 f.), welcher mit Hinweisen auf P. Lerche, VVDStRL 21 (1964), 66 (85 ff.), eine „Entmaterialisierung der Bundesstaatlichkeit und ihr[e] Rückführung auf Kompetenz- und Verfahrensregime“ sowie „Homogenität im Verfahren als Mittel der Autonomiesicherung im Mehrebenensystem“ beschreibt.

<sup>639</sup> Zu den letztgenannten „Aufladungen“ referierend (und kritisch) P. Lerche, VVDStRL 21 (1964), 66 (74 ff.).

<sup>640</sup> P. Lerche, VVDStRL 21 (1964), 66 (76) – dort *nicht* unmittelbar zu Schmitt.

Vor-Frage nach der politischen Existenz lassen sich nun aber nicht dem föderalen Prinzip als solchem, sondern der ‚Staats‘- und der ‚Demokratie‘-Theorie sowie – gerade bei Schmitt – zunächst einmal und noch grundsätzlicher einer ‚Theorie des Politischen‘ (dazu sogleich dd) (2)) entnehmen.<sup>641</sup> Dies wird insbesondere im Zusammenhang mit der Erörterung des Zusammenwirkens von föderalem Prinzip und demokratischem Prinzip (s.u. § 12, B. III.) sowie von Föderalismus und ‚Staatlichkeit‘ (s.u. § 12, B. I.) näher zu untersuchen sein. Wie auch immer man – unter Rückgriff auf andere politische Ideen – eine politische Existenz verstehen mag, die der „Selbsterhaltung“<sup>642</sup> fähig ist: Jedenfalls garantiert das föderale Prinzip den Fortbestand einer solchen eigenständigen politischen Existenz mit – anhand anderer Ideen näher zu qualifizierenden – Legitimationsstrukturen, Aufgaben, Funktionen und Autonomiepositionen.

## cc) Gegenstand der Garantie II: das geschaffene föderale Arrangement

### (1) Status der föderierten Einheiten nach Schluss des Bundes

Mit dem Zweck der „Selbsterhaltung“ ist die Schutzperspektive also teilweise auf eine (‚tatsächliche‘ oder fingierte) Vergangenheit (oder jedenfalls auf den *status quo* in der juristischen Sekunde des Bundesschlusses) gerichtet. Die Forderungen des ‚Bundes‘-Modells gehen aber über diesen retrospektiven Aspekt hinaus: Der Bund wirkt dauerhaft<sup>642</sup> und damit in die Zukunft hinein, gewissermaßen also als dynamisches Dauerschuldverhältnis zwischen den Bundesmitgliedern (ggf. auch näher konkretisierbar etwa als eine Genossenschaft oder eine Stiftung mit Stiftermehrheit, was aber eben bereits eine Verengung bedeutet – s.u. § 12, B. III. 2. a) cc)).

Dabei ist zu berücksichtigen, dass mit dem Bundesschluss „der politische Gesamtstatus jedes einzelnen Bundesmitgliedes im Hinblick auf den gemeinsamen Zweck verändert wird.“<sup>643</sup> Das Vor-Gefundene (also die zur Selbsterhaltung fähige politische ‚Existenz‘) wird durch den Bundesschluss entsprechend der im Bundesvertrag vereinbarten Arrangements verändert. Durch den Bundesschluss tritt zur Selbstregierung der föderierten Einheiten („*self-rule*“) eben eine Domäne der „*shared rule*“ (Elazar) hinzu; zugleich wird die vor-gefundene „*self-rule*“ dadurch im Bundesschluss verändert.

Die föderierten Einheiten verständigen sich auf eine bestimmte Arbeitsteilung (s.u. (2)) und auf gegenseitige Einflussnahmemöglichkeiten (s.u. (3)), welche in unterschiedlichen Föderationen sehr unterschiedliche Formen annehmen können:

<sup>641</sup> Vgl. auch K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., Heidelberg 1995, Rn. 217 (dort in Fn. 1 a.E.), Rn. 219, der die Grunddefinition von ‚Föderalismus‘ vom Begriff des ‚Staates‘ freihält und stattdessen von den föderierten Einheiten als „politischen Gesamtheiten“ spricht.

<sup>642</sup> Vgl. C. Schmitt, Verfassungslehre, München u. a. 1928, S. 366: „dauernde Vereinigung.“

<sup>643</sup> C. Schmitt, Verfassungslehre, München u. a. 1928, S. 366.

### (2) Kompetenzen: (Auf-)Teilung von Aufgaben und Funktionen

Durch den Bundesschluss kommt es zu einer (Auf-)Teilung von Aufgaben und Funktionen unter den föderalen Trägern (*shared rule*). Die Zuteilung von Aufgaben und Funktionen an föderale Träger erfolgt in Kompetenzen.<sup>644</sup>

Je nach konkretem föderalen Arrangement kann diese Aufteilung (Auf-)Teilung dazu führen, dass die föderierten Einheiten bestimmte hoheitliche Aufgaben oder Funktionen gar nicht mehr ausüben dürfen – so beispielsweise im deutschen föderalen Verschränkungsmodell mit Alternativität von Gesetzgebungskompetenzen (s. o. B. IV. 2.): Die Länder dürfen im Bereich der ausschließlichen Gesetzgebung des Bundes, beispielsweise im Waffen- und Sprengstoffrecht, nur noch tätig werden, wenn der Bund sie gesetzlich dazu ermächtigt (Art. 71, Art. 73 Abs. 1 Nr. 12 GG). Im US-amerikanischen föderalen Trennungsmodell mit partiell parallelen Gesetzgebungskompetenzen von Bund und Einzelstaaten nehmen die Einzelstaaten mit dem Bundesschluss in Kauf, dass die von ihnen erlassenen Gesetze wegen der bundesverfassungsrechtlichen Vorrangregel (*Supremacy Clause*, Art. VI, Sect. 2 USC<sup>645</sup>) und der – im Einzelnen höchst komplexen – Dogmatik der *preemption* gebrochen werden können.<sup>646</sup>

### (3) Ingerenzen: wechselseitige Einflussnahme der föderalen Träger

Das Funktionieren der föderalen Arbeitsteilung als *shared rule* setzt überdies ein ‚Teilen‘ im gemeinschaftsstiftend-integrierenden Sinn voraus. Dafür ist erforderlich, dass das – kompetenzmäßig (auf-)geteilte – Arbeiten der einzelnen föderalen Träger nicht völlig unverbunden nebeneinandergestellt wird, sondern durch ein gewisses Maß an gegenseitigen Einflussnahmemöglichkeiten in Beziehung gesetzt werden können. Diese Einflussnahmemöglichkeiten (gegenseitige „Einmischungen“<sup>647</sup>) der föderalen Träger sollen vorliegend als ‚Ingerenzen‘ bezeichnet werden.<sup>648</sup> Konkrete Ingerenzrechte sind im Einzelnen freilich nur nach Maßgabe der positiven föderalismusverfassungsrechtlichen Ausgestaltung in der betreffenden föderalen Ordnung gegeben; aus dem allgemeinen Modell des ‚Bundes‘ lassen sich hingegen keine konkreten, in jedem ‚Bund‘ zwingend verfügbare, überpositive Ingerenzrechte (auch nicht etwa ‚die Bundesexekution‘ der Bundesebene gegenüber einer föderierten

<sup>644</sup> Zum Begriff der ‚Kompetenz‘ und v. a. ‚Verbandskompetenz‘ ausführlich unten § 4, A. I.

<sup>645</sup> Art. VI, Sect. 2 USC: „*This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof [...] shall be the supreme Law of the Land [...].*“

<sup>646</sup> Zur Rechtsprechung des *U.S. Supreme Court* zur *preemption*-Frage: C. H. Schroeder, in: W. W. Buzbee (Hrsg.), *Preemption Choice. The Theory, Law, and Reality of Federalism's Core Question*, Cambridge, Mass., U.S.A., 2009, S. 119 ff.

<sup>647</sup> C. Schmitt, *Verfassungslehre*, München u. a. 1928, S. 371, zum Beispiel „Bundesexekution“.

<sup>648</sup> Ausführlich zu ‚Ingerenz‘ (auch zur Etymologie) und v. a. ‚Verbandsingerenz‘ als rechtsdogmatischem Begriff unten § 4, A. II.

Einheit) ableiten<sup>649</sup>. Ingerenzen nach Maßgabe des jeweiligen positiven Verfassungsrechts betreffen häufig Verfahrensfragen (Antrags-, Beteiligungs-, Anhörungsrechte<sup>650</sup>, Begründungspflichten) – sie spiegeln insoweit in besonderer Weise den schon erwähnten prozeduralen Grundtenor des föderalen Prinzips (s.o. 1. a) bb) (3)) wider. Ingerenzen können sich aber durchaus auch auf Entscheidungsinhalte beziehen (in formalisierter Weise z.B. in Gestalt von Weisungen<sup>651</sup>, Mitbestimmungs- und Vetorechten<sup>652</sup> oder auch in indirekter Weise durch das Setzen von Anreizen<sup>653</sup>).

Ingerenzen bestehen insbesondere im vertikalen Verhältnis zwischen den föderierten Einheiten und der Bundesebene (als *bottom-up*- oder *top-down*-Ingerenzen), ggf. aber auch im horizontalen Verhältnis der föderierten Einheiten untereinander, beispielsweise in Gestalt von gegenseitiger Amtshilfe oder Pflichten zur Auslieferung von Strafverfolgten<sup>654</sup>). Die Position der föderierten Einheiten innerhalb der Föderation wird v. a. durch ihre Möglichkeiten der politischen Einflussnahme auf die Willensbildung der Bundesebene bestimmt (*bottom-up*-Mitwirkungsingerenzen). Insbesondere im Verschränkungs föderalismus mit Exekutivratsmodell (Bundesratsmodell) tritt dies hervor (s. nur Art. 50 GG für den grundgesetzlichen Bundesrat – ausführlich unten § 4, B. II. 1.).

#### (4) Dynamische Kompetenz- und Ingerenzgarantien

Die im Bundesvertrag vereinbarte Kompetenz- und Ingerenzordnung wird im Bund garantiert. Die konkrete föderale Kompetenz- und Ingerenzordnung ist gewissermaßen Vertragsinhalt des Bundesvertrags und bindet insoweit die Bundesmitglieder. Die föderierten Einheiten haben einen Anspruch darauf, dass sie die Positionen, welche ihnen nach der vereinbarten Kompetenz- und Ingerenzordnung zustehen, nutzen können.

<sup>649</sup> Vgl. nur H. Nawiasky, Der Bundesstaat als Rechtsbegriff, Tübingen 1920, S. 90, 98: weder ‚die Bundesexekution‘ noch Rechte der föderierten Einheiten zur ‚nullification‘ (hierzu oben bei § 1, C. II. 1. a)) folgten zwingend aus dem allgemeinen Modell des ‚Bundes‘ – erforderlich sei „eine positivrechtliche Grundlage“.

<sup>650</sup> Ein Beispiel für ein formalisiertes Antragsrecht liefert Art. IV, Sec. 4 USC a.E.: „*The United States shall [...] protect each of them [i. e., the states] against Invasion; and on Application of the Legislature, or of the Executive (when the Legislature cannot be convened) against domestic Violence*“ – dazu unten § 4, B. III. 2. b) cc).

<sup>651</sup> So unter dem Grundgesetz etwa bei der Vollziehung von Bundesgesetzen durch die Länder im Auftrag des Bundes, vgl. Art. 85 Abs. 3 S. 1 GG.

<sup>652</sup> Insbesondere über die Organzuständigkeiten von ‚föderalen Bundesorganen‘ wie den US-amerikanischen Senat oder den grundgesetzlichen Bundesrat, vor allem, aber nicht nur bei der formellen Gesetzgebung auf Bundesebene – näher unten § 4, B. II. 1. a).

<sup>653</sup> Beispielsweise in Gestalt von inhaltlich bedingten Finanzhilfen der Bundesebene an die föderierten Einheiten (*conditional grants*), vgl. für das Grundgesetz Art. 104b ff. GG – näher unten § 6, A. IV.

<sup>654</sup> Vgl. die *Extradition Clause* der US-Verfassung (Art. IV, Sec. 2, Cl. 2 USC) – näher dazu unten § 6, B. II. 2. a).

Freilich kann – wegen der Dauerhaftigkeit des Bundes – der Schutz dieses föderalen Arrangements sinnvollerweise kein starrer, sondern nur ein dynamischer Schutz sein (s. u. ee)). Änderungen oder Anpassungen des Bundesvertrags (Verfassungsänderungen) müssen möglich sein, um auf veränderte tatsächliche Umstände zu reagieren. Anderenfalls wäre die im Bundesschluss gebildete Vereinigung unter Umständen gerade nicht dauerhaft selbsterhaltungsfähig und würde den Vertragszweck verfehlen.

dd) Verhältnis der Garantiegegenstände: vor-gefundenes  
und arrangiertes ‚Politisches‘

Im Bund wird also einerseits etwas Vor-Gefundenes (die jeweils eigenständige *politische* ‚Existenz‘ der förderierten Einheiten) und andererseits etwas durch den Bundesschluss Geschaffenes (die Stellung der förderierten Einheiten als *politische* Wirkungsfaktoren im konkreten föderalen Arrangement) garantiert.

(1) *Alltäglicher Normalfall und Ausnahmefall*

Für den operativen, alltäglichen Betrieb der Föderation (also v. a. für das hoheitliche Tätigwerden) tritt die zweitgenannte Garantie in den Vordergrund: Für das Gesetzgeben, Regieren, Verwalten, Rechtsprechen in der Föderation ist zunächst die konkrete Zuständigkeitsordnung (also Zuteilung von Kompetenzen und Ingerenzen) maßgeblich – sie entscheidet darüber, welcher föderale Träger welche Aufgaben und Funktionen erfüllen darf.

Demgegenüber tritt die Garantie der vor-gefundenen politischen Existenz der förderierten Einheiten in den Hintergrund. Das bedeutet allerdings nicht, dass nicht auch diese Garantie eine eigenständige (Auffang-)Funktion behalten würde: Sie wird gewissermaßen zu einer ‚letzten‘ Schutzposition der förderierten Einheiten für Ausnahmefälle. Diese Schutzpositionen, für die unten die Bezeichnung ‚Verbandsgrundrechtspositionen‘ eingeführt wird (ausführlich § 4, A. III. 1.), kann die Kompetenz- und Ingerenzrechtslage in Ausnahmefällen modifizieren, u. a. in Gestalt von Kompetenz- oder Ingerenzausübungsgrenzen (ausführlich § 4, A. III. 3.).

Den förderierten Einheiten bleibt der Kern politischer Selbstständigkeit garantiert; es geht um das ‚Ob‘ (irgend-)einer politischen Existenz: Auch nach dem Bundesschluss, auch bei der operativen Arbeit der föderalen Träger und auch bei etwaigen Anpassungen und Änderungen des föderalen Arrangements muss jede förderierte Einheit als selbstständige politische Größe „erhalten“ bleiben.

(2) *Unschärfe Verklammerung: verbrieftes „Recht auf eigene Politik“ im multiarchischen Bund?*

Der föderale Bund ist demnach insgesamt dauerhaft auf die Garantie des Bestands einer *Mehrheit* von politischen Machtzentren angelegt.<sup>655</sup> Er garantiert eine „Multiarchie“<sup>656</sup> mit einem „Schwebezustand“ der ‚Souveränität‘<sup>657</sup>. Der föderale Bund ließe sich – im Reich der räumlichen Metaphern – dann weniger mit Bildern der Hierarchie (z.B. Stufenleiter oder Pyramide), sondern als Netz der verschiedenen föderalen Träger beschreiben.<sup>658</sup> Die idealtypische Multiarchie des Bundes kann in der konkreten politischen Entwicklung föderaler Ordnungen zu einer hierarchischen Ordnung werden. Insbesondere – und zwar vor allem beim nationalstaatlichen Föderalismus, wie er in den USA und in Deutschland vorliegt – kann die Bundesebene eine hervorragend-bestimmende politische Position bekommen. Solche Tendenzen zur Hierarchie müssen sich dann allerdings an der (krypto-)normativen Forderung nach Multiarchie messen lassen.

Bezogen auf das föderale *Gesamtgefüge* bedeutet föderale Multiarchie zum einen Freiheitssicherung durch (vertikale) Gewaltenteilung (s. auch § 12, B. II. 2. b) aa)<sup>659</sup>; föderale Multiarchie bildet ein ebenenübergreifendes „Netz“ von Ge-

<sup>655</sup> Vgl. nur *K. Hesse*, AöR 98 (1973), 1 (14): zum grundgesetzlichen Föderalismus mit einer „Mehrzahl von Zentren demokratisch-legitimer Entscheidung“; ähnlich zuvor *W. Hempel*, Der demokratische Bundesstaat, Berlin 1969, S. 181, zu „Verfassungsrechtskreise[n] des Bundes und der einzelnen Länder“, denen jeweils Teile der „politischen Leitungsgewalt“ zugeteilt sind; zum multiarchischen Charakter des Vertragsföderalismus der Europäischen Union *T. O. Hueglin*, in: E. M. Hausteiner (Hrsg.), Föderalismen. Modelle jenseits des Staates, Baden-Baden 2016, S. 267 (276); vgl. auch *C. Schmitt*, Verfassungslehre, München u. a. 1928, S. 371: keine Subordination, sondern Gleichgewicht („Schwebezustand“) von föderierten Einheiten und Bundesebene.

<sup>656</sup> Denkbar wäre auch die Bezeichnung ‚Polyarchie‘, welche aber durch das (v.a. demokratietheoretische) Denken von Robert Alan Dahl bereits in spezifischer Weise besetzt ist; ähnlich auch *J. Bednar*, in: M. Tushnet/M. A. Graber/S. Levinson (Hrsg.), The Oxford Handbook of the U.S. Constitution, New York, N.Y., U.S.A., 2015, 283 (285): „polycentric government“, mit Hinweis auf *V. P. Ostrom*, The Political Theory of a Compound Republic. Designing the American Experiment, 3. Aufl., Lanham, Md., U.S.A., 2008. Vereinzelt ist auch die Rede von ‚Heterarchie‘ in Mehrebenensystemen, was aber angesichts der Tatsache, dass dies auch Herrschaft von ‚außen‘ bedeuten könnte, eher missverständlich ist; zum Begriff der ‚Heterarchie‘ im Zusammenhang mit dem Modell des Netzes *N. Bernard*, Multilevel governance in the European Union, Den Haag, Niederlande, u. a. 2002, S. 9; vgl. ferner *T. O. Hueglin*, in: E. M. Hausteiner (Hrsg.), Föderalismen. Modelle jenseits des Staates, Baden-Baden 2016, S. 267 (276).

<sup>657</sup> *C. Schmitt*, Verfassungslehre, München u. a. 1928, S. 371.

<sup>658</sup> Die Netz-Metapher trägt dem Umstand besonders Rechnung, dass es in föderalen Ordnungen eine Mehrzahl – regelmäßig eine Vielzahl – benachbarter föderierter Einheiten gibt, die (sowohl jeweils einzeln als auch oftmals gebündelt) der Bundesebene gegenüberstehen (vertikale Dimension), aber eben auch untereinander in Interaktion treten (horizontale Dimension).

<sup>659</sup> Zu einer solchen (reduktiven) Sicht auf Föderalismus als Gewaltenteilungsarrangement aus den USA etwa *J. A. Gardner*, Interpreting State Constitutions. A Jurisprudence of Func-



waltenteilung.<sup>660</sup> Peter Lerche hat für den grundgesetzlichen Föderalismus hervorgehoben, dass sich der Effekt der föderalen Multiarchie für das politische Gesamtsystem aber nicht auf eine solche negativ-gewaltenteilerische Wirkung beschränke: Es gehe eher (auch) um die Potenzierung politischer Gestaltungskraft, um „gewollt[e] Erprobungsweite [und] Experiment“<sup>661</sup> – und dann noch deutlicher: „primär nicht [um] ‚Mäßigung‘, nicht [um] Machtentschärfung, sondern [um] ‚Ausgemessenheit‘, politische Kraft.“<sup>662</sup>

Für die *einzelne* föderierte Einheit folgt aus der Ausrichtung des Bunds auf eine Mehrheit von Machtzentren, dass grundsätzlich – dem Ideal des Bundes nach – jedes Bundesmitglied, also jede einzelne föderierte Einheit als politischer Wirkungsfaktor fortdauernd – und zwar im Untergründig-Grundsätzlichen wie im Oberflächlich-Alltäglichen – garantiert ist. Von diesem Befund aus gelangt man dann schnell zu Formulierungen wie dem von Carl Schmitt aus dem „Begriff des [echten] Bundes“ herausgelesenen „Recht auf eigene Politik“, welches jedem Bundesmitglied zustehe.<sup>663</sup> „[G]eltend gemacht“ werde das föderale „Recht auf eigene Politik“ v. a. durch „eigene Regierungen und eigene Parlamente“<sup>664</sup> der föderierten Einheiten, letztlich also auf der Grundlage eigenständiger Legitimationsstrukturen in den föderierten Einheiten. Schmitts Formel nimmt hier ideengeschichtliche Gehalte des ‚Politi-

---

tion in a Federal System, Chicago, Ill., U.S.A., 2005, S. 18 f.; vgl. zur Gewaltenteilungsperspektive auf den grundgesetzlichen Föderalismus kritisch-referierend *P. Lerche*, VVDStRL 21 (1964), 66 (80), in Auseinandersetzung mit Entwürfen von Konrad Hesse, Ulrich Scheuner und Helmut Ridder.

<sup>660</sup> Vgl. *J. A. Gardner*, *Interpreting State Constitutions. A Jurisprudence of Function in a Federal System*, Chicago, Ill., U.S.A., 2005, S. 122.

<sup>661</sup> *P. Lerche*, VVDStRL 21 (1964), 66 (80).

<sup>662</sup> *P. Lerche*, VVDStRL 21 (1964), 66 (83).

<sup>663</sup> Vgl. den Wortbeitrag *C. Schmitt*, in: A. Brecht (Hrsg.), *Preussen contra Reich vor dem Staatsgerichtshof. Stenogramm der Verhandlungen vor dem Staatsgerichtshof in Leipzig vom 10. bis 14. und vom 17. Oktober 1932*, Berlin 1933, S. 40 f. (hier plädiert Schmitt freilich gerade dafür, Preußen ein solches Recht *nicht* zuzugestehen – dies angesichts der „Bürgerkriegslage“ und angesichts der Besonderheiten der Reichsverfassung und der Stellung Preußens im Reich; anderenfalls würde man „dem Deutschen Reich gleich das Grabgeläute ansagen“); vgl. auch *ders.*, „Deutsches Recht“ 4 (1934), 27 (29), rückblickend (im Aufsatz „Ein Jahr nationalsozialistischer Verfassungsstaat“) zur Verwirklichung des Modells des Bundes mit „Recht auf eigene Politik“ der Bundesmitglieder im Deutschen Bund und im „Bismarckschen Bundesstaat“ (und auch „noch“ unter der Weimarer Reichsverfassung, „sogar noch im kritischen Augenblick des Jahres 1932“). A. a. O. deutet Schmitt das Modell des Bundes als „Hindernis der deutschen Einigung“. Das Schlagwort „Recht auf eigene Politik“ (der deutschen Länder) wird auch aufgegriffen von *M. Klopfer*, *Handbuch der Verfassungsorgane im Grundgesetz*, Berlin 2022, § 3, Rn. 68, und dort im Hinblick auf den institutionellen Kontext des ‚Parteienbundesstaats‘ und dessen Wirkungsweise im grundgesetzlichen Verfassungsorgan Bundesrat – also in der Sphäre des Alltäglichen des grundgesetzlichen Exekutivverschränkungs föderalismus – betrachtet.

<sup>664</sup> Vgl. *C. Schmitt*, „Deutsches Recht“ 4 (1934), 27 (29).



schen‘ in Bezug; diese stehen bei Schmitt in einem wechselhaften, nicht immer klaren Verhältnis zu dessen etatistischen Positionen<sup>665</sup>.

Insgesamt mag man das „Recht auf eigene Politik“ als – freilich kaum fassbare – schlagwortartige Klammer begreifen, welche die beiden beschriebenen föderalen Garantiegehalte (Vor-Gefundenes und Arrangiertes) zusammenhält. Dieses – unscharfe und steuerungsschwache – „Recht auf eigene Politik“ steht allerdings unter dem Vorbehalt der näheren föderalismusverfassungsrechtlichen Ausgestaltung und Relativierung, insbesondere durch die föderale Zuständigkeitsordnung.<sup>666</sup>

### ee) Verfestigungsgrad; Relativierungen der Garantien

Ist somit der Gegenstand der föderalen Garantie in seiner schwierigen Greifbarkeit charakterisiert, so bleibt die Frage nach der Verfestigung der Garantie: Dabei ist nach den eben vorgestellten *Teil*gegenständen der Garantie zu differenzieren:

Der ‚letzte Kern‘, die Existenz als eigenständige politische Größe (s. o. dd) (2)), darf – dem Ideal des Bundes nach – keinem Bundesmitglied gegen dessen Willen entzogen werden. Allerdings zeigt das Beispiel des Grundgesetzes, dass bei der konkreten föderalismusverfassungsrechtlichen Umsetzung solche ‚letzte‘ Bestandsgarantien aus dem Ideal des Bundes nicht in jedem Fall in das geltende Verfassungsrecht übernommen werden: Art. 79 Abs. 3 GG schützt nur die generelle „Gliederung des Bundes in [irgendwelche] Länder“, nicht aber den Bestand der konkreten vor-gefundenen Länder absolut.

Hinsichtlich der Stellung der föderierten Einheiten in der konkreten Kompetenz- und Ingerenzordnung sind Veränderungen und Anpassungen nicht von vornherein ausgeschlossen; sie können vielmehr mit Blick auf den Vertragszweck, die politische Selbsterhaltung, sogar erforderlich werden. Wer in welchem Verfahren über solche

<sup>665</sup> Zum Prekären in Schmitts eigentlich „staatszentrierte[n] ‚Etatismus‘“: R. Mehring, Carl Schmitt zur Einführung, 5. Aufl., Hamburg 2017, S. 24 f.; das „staatlich[e] ‚Politikmonopol[us]‘“ sei von Schmitt in der Weimarer Zeit als gefährdet und ineffektiv beobachtet worden. C. Schönberger, in: R. Mehring (Hrsg.), Carl Schmitt. Der Begriff des Politischen. Ein kooperativer Kommentar, Berlin 2003, S. 21 (23), hat ein „eigenartige[s] Zugleich von Abschied vom Staat und Erneuerung des Staats“ bei Schmitt beschrieben, welches letztlich offenbleibe. Vgl. dann auch Schmitts (affirmativen) Blick auf die (eben immer noch nicht gänzlich abgeschlossene) Abspaltung ‚des Politischen‘ vom ‚Staat‘ nach 1933: C. Schmitt, „Deutsches Recht“ 4 (1934), 27 (30): „das ganze Risiko und die ganze Gefahr des Politischen“ werde von „der Partei“ als „Bewegung“ getragen und nicht vom ‚Staat‘, mit welchem die Partei zwar „in eins verbunden, aber nicht [...] verschmolzen“ sei.

<sup>666</sup> Die Verwirklichungsmöglichkeiten hängen stark vom konkreten föderalen Arrangement ab: Im grundgesetzlichen Exekutivverschränkungs föderalismus mit seinem institutionellen Schnittpunkt im föderalen Bundesorgan Bundesrat (s. u. § 4, B. II. 1. a)) ist dieses ‚Recht (der Länder) auf eigene Politik‘ eher verschüttet und gebunden: Sein Fokus liegt bei den Regierungen (nicht bei den Parlamenten) der deutschen Länder – welche sich zudem gegenseitig durch ihre jeweiligen parteipolitischen Verbindungen beeinflussen, dazu M. Kloepper, Handbuch der Verfassungsorgane im Grundgesetz, Berlin 2022, § 3, Rn. 68 f.

Veränderungen und Anpassungen des föderalen Arrangements entscheiden darf, ist eine Frage der Ausgestaltung durch das jeweilige Föderalismusverfassungsrecht. Regelmäßig wird eine förmliche Verfassungsänderung erforderlich sein (zu deren Modalitäten gleich c)). Dies schließt Anpassungen durch stillen Verfassungswandel und die veränderte Auslegung von Kompetenznormen freilich nicht aus.

### b) *Föderale Gleichheit* (status aequalis)

Die Idee des Bundes impliziert die formale Statusgleichheit der Bundesmitglieder, also der föderierten Einheiten untereinander (föderale Gleichheit i. e. S.).

#### aa) ‚Status‘-Fragen: ‚Würde‘ – ‚Treue‘ – ‚Gleichheit‘

Die föderale Gleichheit stellt einen fundamentalen Status<sup>667</sup> der föderierten Einheiten (*status aequalis*) dar, welcher sich unmittelbar aus der ‚Logik‘ des Bundes als Vertrag ergibt: Die föderierten Einheiten begeben sich als Bundesmitglieder und Vertragspartnerinnen auf *eine* Ebene: Im (fingierten) Moment des Vertragsschlusses sind sie als Vertragsschließende formal gleich<sup>668</sup> (gewissermaßen rechts- und geschäftsfähig). Mit Blick auf die Entstehung einiger Föderationen im Modus des *coming-together*-Föderalismus (s.o. B. I. 3.) lässt sich die Vorstellung bilden, die völkerrechtliche Staatengleichheit der vormals eigenständigen föderierten Einheiten wirke nach Bundesvertragsschluss im Bundesstaat fort.<sup>669</sup>

Die Vorstellung von föderierten Einheiten als untereinander gleiche Bundesvertragspartnerinnen legt zudem eine Nähe von föderaler Gleichheit und ‚föderaler Treue‘ (ausführlich unten III.) nahe: Die als Vertragspartnerinnen formal gleichen föderierten Einheiten versprechen sich Treuepflichten. Außerdem zeigt sich die inhärente Nähe föderaler Gleichheit zur Vorstellung der ‚föderalen Würde‘: So wie ‚Würde‘ und ‚Gleichheit‘ im Allgemeinen (mit Blick auf einzelne Menschen in sozialen Gefügen mit anderen Menschen) letztlich nur im Zusammenhang gedacht werden können<sup>670</sup>, so sind auch föderale Würde und föderale Gleichheit untereinander verbunden.<sup>671</sup>

<sup>667</sup> Betonung des „Status“-Charakters von Postulaten föderaler Gleichheit (und darauf aufbauender oder abgeleiteter Rechtspositionen) bei T. Zick, Wm. & Mary L. Rev. 46 (2004), 213 (264 f.); vgl. auch A. B. Molitor, U. Chi. L. Rev. 81 (2014), 1839 (1873 f.).

<sup>668</sup> Vgl. R. Smend, in: Festgabe für Otto Mayer, Tübingen 1916, S. 247 (262): „Gleichordnung aller Einzelstaaten“.

<sup>669</sup> Vgl. J. Isensee, in: ders./P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VI, 3. Aufl., Heidelberg 2008, § 126, Rn. 138 f. „Gliederstaaten, die ihre völkerrechtliche Unabhängigkeit in die staatsrechtlichen Subordinations- und Mitgliedschaftsbeziehungen eingebracht haben, wahren jedenfalls Elemente ihrer ursprünglichen Rechtsgleichheit“, m. w. N. und unter Hinweisen auf die Entstehung der US-amerikanischen und der schweizerischen Föderation sowie des Norddeutschen Bundes bzw. des Deutschen Reichs von 1871.

<sup>670</sup> Freilich wird das Verhältnis von ‚Würde‘ und ‚Gleichheit‘ im Bereich der Individualgrundrechte unterschiedlich konzeptualisiert (zwischen den Polen Individual- und Kollektiv-

### bb) Formale Gleichheit – Bund als Rechtsgemeinschaft – Materialisierungstendenzen

Formale Gleichheit der förderierten Einheiten hat nichts mit einer Schmittianischen „substanziellen Gleichartigkeit“ der förderierten Einheiten nationaler, religiöser, „zivilisatorischer“, sozialer oder klassenmäßiger Art<sup>672</sup> zu tun. Mit Lerche genügt vielmehr föderale „Homogenität im Verfahren“<sup>673</sup>. Eine solche formale Gleichheit gebietet das föderale Prinzip dann aber auch (Schmitt hingegen hat der förderierten Einheit Preußen im Jahr 1932 die formale föderale Gleichheit ausdrücklich aberkannt – gerade wegen dessen Größe und ‚substanzieller‘ Bedeutung für das Reich<sup>674</sup>). Das im Modell des Bundes in Bezug genommenen ‚Vertragsverhältnis‘ der förderierten Einheiten untereinander ist rechtsförmig formalisiert – auf sachliche Gehalte kommt es insoweit nicht an. Man mag von einer föderalen ‚Herrschaft des (Vertrags-)Rechts‘ sprechen.

---

bezug), insbesondere gibt es insoweit auch Unterschiede zwischen verschiedenen Verfassungsordnungen: Letzteres wurde komparatistisch (USA/Deutschland) von *S. Baer*, *Würde oder Gleichheit? Zur angemessenen grundrechtlichen Konzeption von Recht gegen Diskriminierung am Beispiel sexueller Belästigung am Arbeitsplatz in der Bundesrepublik Deutschland und den USA, Baden-Baden 1995*, insbes. S. 191 f., 220 f., 244, 316 ff., 329, herausgearbeitet. Während die grundgesetzliche Dogmatik tendenzielle auf eine individualisierende (aber doch ‚verobjektivierte‘) Betrachtung von ‚Würde‘ abzielt (und auch Forderungen von ‚Gleichheit‘ punktuell, individualisiert betrachtet werden), ist die einschlägige US-amerikanische Dogmatik von vorneherein stärker komparativ und kollektiv ausgerichtet (und betrachtet dann auch ‚Würde‘ stärker in ihrer kollektiven Bezogenheit auf andere). Zum letztgenannten komparativ-reziproken Moment von ‚equal dignity‘-Forderungen im US-amerikanischen Recht: *T. Zick*, *Wm. & Mary L. Rev.* 46 (2004), 213 (265, dort in Fn. 269), mit Hinweisen u. a. auf *J.E.B. v. Alabama ex rel. T.B.*, 511 U.S. 127 (1994), 142; *City of Richmond v. J.A. Croson Co.*, 488 U.S. 469 (1989), 493.

<sup>671</sup> Vgl. *T. Zick*, *Wm. & Mary L. Rev.* 46 (2004), 213 (264 f.); *A. B. Molitor*, *U. Chi. L. Rev.* 81 (2014), 1839 (1873 f.). Plakatativ deutlich wird dies in der Formel „*union of States, equal in power, dignity and authority*“, wie sie in *Coyle v. Smith*, 221 U.S. 559 (1911), 567, verwendet und u. a. in *Shelby County v. Holder*, 570 U.S. 529 (2013), 543, aufgegriffen wurde (näher unten § 6, D. II.).

<sup>672</sup> Schmitt führt aus, dass ein (‚echter‘) Bund eine solche „substanzielle Gleichartigkeit“ der förderierten Einheiten voraussetze: *C. Schmitt*, *Verfassungslehre*, München u. a. 1928, S. 376. Letztlich geht es Schmitt hier um einen Freund-Feind-Gegensatz, vgl. *ders.*, a. a. O., S. 377. Für eine ausführliche Generalabrechnung mit verfassungsrechtsdogmatischen ‚Homogenitäts‘-Forderungen s. *F. Hanschmann*, *Der Begriff der Homogenität in der Verfassungslehre und Europarechtswissenschaft. Zur These von der Notwendigkeit homogener Kollektive unter besonderer Berücksichtigung der Homogenitätskriterien „Geschichte“ und „Sprache“*, Berlin u. a. 2008, S. 297 ff.: „Abschied vom Begriff der Homogenität“.

<sup>673</sup> *P. Lerche*, *VVDStRL* 21 (1964), 66 (84 ff.).

<sup>674</sup> Wortbeitrag *C. Schmitt*, in: *A. Brecht* (Hrsg.), *Preussen contra Reich vor dem Staatsgerichtshof. Stenogramm der Verhandlungen vor dem Staatsgerichtshof in Leipzig vom 10. bis 14. und vom 17. Oktober 1932*, Berlin 1933, S. 40: „Und endlich, die Hauptquelle aller Irrtümer und Fehler ist die gleiche Behandlung, die Gleichsetzung der Länder, die Gleichstellung Preußens in einer [Bürgerkriegslage] mit irgendeinem anderen, kleinen Lande.“

Die Betonung des formalen Aspekts der föderalen Gleichheit steht in enger Beziehung zur Vorstellung eines föderalen Bundes als einer ‚bloßen‘ ‚Rechtsgemeinschaft‘ und insoweit – durchaus affirmativ-positiv verstanden – „unvollständigen Gemeinschaft“ (Walter Hallstein)<sup>675</sup>. Sie begegnet in organologisch-genossenschaftstheoretischer Fassung auch bei Hugo Preuß<sup>676</sup>. Eine solche föderale Rechtsgemeinschaft oder „Gemeinschaft im Lichte rechtsstaatlicher Postulate“ (Armin v. Bogdandy)<sup>677</sup> muss keine substantiell ‚sozial‘ etc. homogene Gemeinschaft sein. Vielmehr kann nach dieser Perspektive allein ‚schon‘ Rechtsstaatlichkeit Einheit stiften.<sup>678</sup> Wie v. Bogdandy unter Hinweis auf Alexis de Tocqueville hervorhebt, zeige sich dieses Potenzial gerade in „kontinentalen“, den Nationalstaat übersteigenden Föderal-Ordnungen wie den USA oder der Europäischen Union.<sup>679</sup> Freilich geht es dann nicht nur um das formale, statusbasierte ‚Vertragsverhältnis‘ der föderierten Einheiten als Wirkeinheiten und ihre Beziehungen zur Bundesebene (also nicht nur um Zuständigkeitsfragen, d.h. Kompetenzen und Ingerenzen), sondern gerade auch um die Rechtsstellung der rechtsunterworfenen und dabei rechtsgleichen<sup>680</sup> Individuen (Menschen) in der Föderation (also u.a. um Individualgrundrechte und rechtsstaatliche Garantien). Das Konzept der föderalen Rechtsgemeinschaft als föderale Rechtsstaatsgemeinschaft folgt der Idee des freiheitlichen Föderalismus (s.u. § 12, B. II.) und ist insoweit schon eine Anreicherung des Grundmodells des Bundes und geht über dessen Kern-Gehalt hinaus. Freilich liegt es aber durchaus nahe, die föderale ‚Herrschaft des (Vertrags-)Rechts‘ zwischen den Bundesmitgliedern auch nach ‚unten‘, gegenüber den Rechtsunterworfenen – in modifizierter Form – durchschlagen zu lassen.

<sup>675</sup> Zur ‚Rechtsgemeinschaft‘ im Zusammenhang mit der europäischen Integration: W. Hallstein, Der unvollendete Bundesstaat, Düsseldorf u. a. 1969, S. 33: Europäische Wirtschaftsgemeinschaft als „Schöpfung des Rechts, [...] Rechtsquelle und [...] Rechtsordnung“. A. a. O., S. 42 f., besetzt Hallstein das Attribut „unvollständig“ in „unvollständige Gemeinschaft“ im Sinn einer funktionalen Pragmatik affirmativ positiv. Diese Rechtsgemeinschaft sei weder Föderation noch Kon-Föderation, weder Staat noch bloße internationale Organisation, sie sei aber ein föderaler, „bundesstaatähnlich[er]“ „Verein“ und „Verband“, vgl. a. a. O., S. 40 ff.

<sup>676</sup> S. o. in und bei Fn. 580 ff.

<sup>677</sup> A. v. Bogdandy, in: I. Härtel (Hrsg.), Handbuch Föderalismus, Bd. IV, Heidelberg u. a. 2012, § 81, Rn. 5.

<sup>678</sup> Vgl. A. v. Bogdandy, in: I. Härtel (Hrsg.), Handbuch Föderalismus, Bd. IV, Heidelberg u. a. 2012, § 81, Rn. 3, 8, 12, dort mit Hinweis auf F. Hansmann, Der Begriff der Homogenität in der Verfassungslehre und Europarechtswissenschaft. Zur These von der Notwendigkeit homogener Kollektive unter besonderer Berücksichtigung der Homogenitätskriterien „Geschichte“ und „Sprache“, Berlin u. a. 2008, S. 149 ff.

<sup>679</sup> Vgl. A. v. Bogdandy, in: I. Härtel (Hrsg.), Handbuch Föderalismus, Bd. IV, Heidelberg u. a. 2012, § 81, Rn. 12, mit Hinweis auf A. de Tocqueville, Über die Demokratie in Amerika, hrsg. v. J. P. Mayer, Stuttgart 1985 [1835], S. 78 ff., S. 99 f.

<sup>680</sup> Vgl. A. v. Bogdandy, in: I. Härtel (Hrsg.), Handbuch Föderalismus, Bd. IV, Heidelberg u. a. 2012, § 81, Rn. 8.

Das Konzept der föderalen Rechtsgemeinschaft als Rechtsstaatsgemeinschaft ist also bereits eine spezifische materiale Anreicherung des föderalen Denkens. In konkreten verfassungsrechtlichen Umsetzungen des föderalen Prinzips kommen diese und verwandte materiale Anreicherungen vor; häufig sind insbesondere auch Vorgaben zur „Gleichartigkeit des politischen Prinzips“<sup>681</sup>, wie sie in Art. IV, Sec. 4 USC („*republican government*“) und in Art. 28 Abs. 1 GG („republikanisch, demokratisch“) ausgesprochen werden (näher unten § 4, A. II. 4. b) bb)). Zum unbedingten Kerngehalt des Föderalismus zählen solche weitergehenden Homogenitätsvorstellungen allerdings nicht. Dies wird illustriert durch das Funktionieren der supranationalen Föderation Europäische Union: V. Bogdandy hat mit Blick auf die staatsorganisationsrechtliche und legitimationsstrukturelle Vielfalt innerhalb der EU vorgeschlagen, statt von „(bundesstaatliche[r]) Homogenität“ von einem (bloßen) föderalen „Prinzip der strukturellen Kompatibilität“ zu sprechen.<sup>682</sup> Für diese strukturelle Kompatibilität im Bund wird sicherlich ein gewisses „Mindestgleichsein des politischen Habitus“ (Lerche) erforderlich sein; hierin wird man mit Lerche aber „nichts besonders Bündisches“, sondern vielmehr eine „Vorbedingung jeder stabilen Ordnung“ begreifen müssen.<sup>683</sup> Das „besonders Bündische“ tritt erst auf diesem Fundament auf den Plan, nämlich über die ‚Vereinbarung‘ der Bundesmitglieder, Konflikte als formal untereinander gleiche Peers im Sinn einer „Gleichgestimmtheit“ (Lerche) auszutragen.<sup>684</sup> Schmitts materiales ‚Homogenitäts‘-Bild ist im föderalen Denken also nicht zwingend, wohl aber diskursiv wirksam.

### cc) Stimmgleichheit und Einstimmigkeit

Mit der formalen föderalen Gleichheit stehen – dem Ideal nach – die Grundsätze der Stimmgleichheit und der Einstimmigkeit der föderierten Einheiten<sup>685</sup> im Zusammenhang.

<sup>681</sup> C. Schmitt, Verfassungslehre, München u. a. 1928, S. 376, sieht in der „Gleichartigkeit des politischen Prinzips“ eine Voraussetzung für das Funktionieren von Föderationen.

<sup>682</sup> A. v. Bogdandy, in: I. Härtel (Hrsg.), Handbuch Föderalismus, Bd. IV, Heidelberg u. a. 2012, § 81, Rn. 41.

<sup>683</sup> P. Lerche, VVDStRL 21 (1964), 66 (86), in kritischer Auseinandersetzung mit C. Schmitt, Verfassungslehre, München u. a. 1928, S. 376.

<sup>684</sup> P. Lerche, VVDStRL 21 (1964), 66 (87); ähnlich T. O. Hueglin, in: E. M. Hausteiner (Hrsg.), Föderalismen. Modelle jenseits des Staates, Baden-Baden 2016, S. 267 (273): Kernmerkmal des Vertragsföderalismus (der etwa in der EU stark ausgeprägt sei), sei eine „fortlaufend prozedurale Einigungserneuerung [...], welche [...] grundsätzlicher Einvernehmlichkeit [bedarf]“; Hueglin konzipiert hier ein prozedurales Verständnis des föderalen Vertragsgedankens (als „konföderal erweiterte föderale Begrifflichkeit“), vgl. a. a. O., S. 275: „[Der Vertragsföderalismus] entzieht sich wohl überhaupt einer endgültigen Definition, weil er eben nicht in einer Verfassung verankert ist, aufgrund derer die bundesstaatlichen Akteure dann wenigstens dem Prinzip nach in bestimmter Weise handeln können und müssen, sondern sich die vertragsföderale Eigenart aus der Verfahrensweise selbst ergibt.“

<sup>685</sup> H. Triepel, Unitarismus und Föderalismus im Deutschen Reiche. Eine staatsrechtliche und politische Studie, Tübingen 1907, S. 29: „Willen aller Einzelstaaten“; C. Schmitt, Ver-

Beide föderalen Ideale werden in konkreten föderalismusverfassungsrechtlichen Umsetzungen – zum Teil deutlich – modifiziert; die (krypto-)normative föderale Forderung nach strikter Egalität der föderierten Einheiten kann in konkreten staatsorganisationsrechtlichen Arrangements durch demokratische Prinzipien oder sachbezogene Kriterien relativiert werden. Als Beispiel sei die Staffelung des Stimmgewichts der deutschen Länder im Bundesorgan Bundesrat nach Bevölkerungsstärke (Art. 51 Abs. 2 GG) und dessen Abstimmungsmodus nach dem Mehrheitsprinzip (Art. 52 Abs. 3 S. 1 GG) genannt. In den USA bleibt im Senat ‚immerhin‘ das Prinzip der Stimmgleichheit der Einzelstaaten (Art. I, Sec. 3, Am. XVII USC) – nicht aber das Prinzip der Einstimmigkeit<sup>686</sup> – erhalten (zu Bundesrat und US-Senat auch unten § 4, B. II. 1. a)).

#### dd) Föderale Ungleichheiten, asymmetrischer Föderalismus

Trotz formaler Statusgleichheit gibt es häufig auch unter bündisch zusammengeschlossenen Einheiten *faktisch* hegemoniale Verhältnisse,<sup>687</sup> man denke nur an die wirtschaftliche, militärische, politische (aber auch verfassungsrechtliche) hervorragende Stellung Preußens im Deutschen Reich von 1871, welche in abgeschwächter Form auch nach 1919 fortwirkte<sup>688</sup>. Partiiell mag man Ähnliches in den USA mit Blick auf den Staat Kalifornien beobachten.<sup>689</sup>

Faktische Asymmetrien können – das ist dann aber eben eine Abweichung vom formell egalitären *Ideal* des Bundes – auch (verfassungs-)rechtlich abgebildet

---

fassungslehre, München u.a. 1928, S. 385; vgl. K. Hesse, AöR 98 (1973), 1 (25): „das Erfordernis der Einstimmigkeit [...], das dem föderalistischen Prinzip entspricht“, mit Hinweis auf BVerfGE 1, 299 (315) – Wohnungsbauförderung; vgl. auch T. O. Hueglin, in: E. M. Hausteiner (Hrsg.), Föderalismen. Modelle jenseits des Staates, Baden-Baden 2016, S. 267 (273): „fortlaufend prozedurale Einigungserneuerung [...], welche [...] grundsätzlicher Einvernehmlichkeit [bedarf], es kann also anders als bei bundesstaatlichen Verfassungsänderungen kein Mitglied überstimmt werden“.

<sup>686</sup> Nach einer im Einzelnen umstr. Auffassung folgt das Mehrheitsprinzip in beiden Kammern des *Congress* aus Art. I, Sec. 7 USC (Vorgaben zum formellen Gesetzgebungsverfahren); umstr. ist insbesondere die Frage, ob der Senat (oder das Repräsentantenhaus) sich selbst qualifizierte Mehrheitserfordernisse oder gar Einstimmigkeitserfordernisse auferlegen dürfte(n); Überblick m. w. N. bei J. Rubenfeld, Duke L. J. 46 (1996), 73 ff.

<sup>687</sup> Hierzu am Beispiel der Stellung der Bundesrepublik Deutschlands in der Europäischen Union C. Schönberger, Merkur 752 (Januar 2012), S. 1 (2), mit Verweis auf H. Triepel, Die Hegemonie. Ein Buch von führenden Staaten, Stuttgart 1938.

<sup>688</sup> Zur hegemonialen Stellung Preußens auch nach 1919 C. Bilfinger, VVDStRL 1 (1925), 35 (38) – zu Bilfingers Vergangenheit während des Nationalsozialismus s. den Nachweis unten in Fn. 1058.

<sup>689</sup> Mit Blick auf die überdurchschnittliche Bevölkerungsstärke, Wirtschaftskraft, aber auch partiell sachpolitische Vorreiterrolle: s. u. § 6, D. II. 3. c) zum asymmetrischen Umweltföderalismus der USA mit Kalifornien als ‚super-regulator‘.

werden („asymmetrischer“ Föderalismus<sup>690</sup>). So sah die Reichsverfassung von 1871 in ihrem Art. 8 Abs. 3 vor, dass dem Ausschuss des Bundesrats für Auswärtige Angelegenheiten nur bestimmte Einzelstaaten (die Königreiche Bayern, Sachsen und Württemberg als ständige Mitglieder und zwei „vom Bundesrathe alljährlich zu wählende andere Bundesstaaten“ als nicht-ständige Mitglieder) angehören (s. auch unten III. 3. a) aa)).

#### ee) Ausblick: föderale Gleichheit als ‚besonders‘ „komplexe Gleichheit“

Die formale föderale Gleichheit der föderierten Einheiten stellt freilich von vornherein nur einen Ausschnitt aus dem insgesamt vielschichtigeren Komplex ‚Gleichheitsfragen in Föderationen‘ dar: Diese besondere Komplexität erwächst daraus, dass föderierte Einheiten als politische und soziale Einheiten letztlich unterschiedlich große Gruppen von Menschen (Individuen) abbilden; damit erlangt föderale Gleichheit (i. w. S.) auch einen Individualbezug. Eine strenge, formale föderale Gleichheit i. e. S. – bezogen auf die föderierten Einheiten als Wirkungseinheiten – bedeutet dabei Ungleichheit hinsichtlich der über die föderierten Einheiten in Bezug genommenen Individuen (föderale Gleichheit i. w. S.). M. a. W.: Solange nicht alle föderierten Einheiten exakt gleich groß (i. S. v. bevölkerungsstark) sind, lassen sich die formale Statusgleichheit der föderierten Einheiten und die individualbezogene Gleichheit nicht in Einklang bringen. Föderale Gleichheit i. w. S. ist insoweit – in Anlehnung an Michael Walzer – eine ‚besonders‘ „komplexe Gleichheit“<sup>691</sup>.

<sup>690</sup> A. Benz, in: E. M. Hausteiner (Hrsg.), *Föderalismen. Modelle jenseits des Staates*, Baden-Baden 2016, S. 29 (43), am Beispiel Kanada/Quebec.

<sup>691</sup> Walzer hat – freilich ohne Bezug zum föderalen Prinzip – eine Konzeption von ‚Gleichheit‘ als „komplexe Gleichheit“ („*complex equality*“) entwickelt: M. Walzer, *Spheres of Justice. A Defense of Pluralism and Equality*, New York, N.Y., U.S.A., 1983, S. 3 ff. Demnach sei „Gleichheit“ unter den Bedingungen einer pluralistischen Gesellschaft möglich, wenn innerhalb einzelner „Sphären der Gerechtigkeit“ („*spheres of justice*“) – etwa in den Sphären soziale Sicherheit, Bildung, „harte Arbeit“, Freizeit, Liebe, Religion, gesellschaftliche Anerkennung, öffentliche Ämter und Funktionen, politische Teilhabe und Macht – jeweils autonome Verteilungsgerechtigkeiten herrschten (vgl. a. a. O., S. 63). Dabei komme der Sphäre der politischen Macht insoweit eine herausgehobene Rolle zu, als dass hier die Grenzen und Autonomien der übrigen Sphären verhandelt und garantiert würden oder eben – in der Tyrannei – auch nicht (vgl. a. a. O., S. 281 f.). Das – von Walzer nicht unmittelbar behandelte – föderale Prinzip als *politisches* Ordnungsprinzip ist nun in erster Linie auf die Sphäre der politischen Macht (und auch auf die Sphäre der öffentlichen Ämter) bezogen; Föderalismus-(verfassungsrecht) leistet hier einen Beitrag dafür, dass die vielen „Sphären der Gerechtigkeit“ in ihren Autonomien garantiert werden können, da es die Sphären des hoheitlichen Funktionierens und der politischen Macht selbst beschränkt und pluralisiert. Für Walzer ist politische Macht selbst ein zu ‚verteilendes‘ soziales Gut und die dabei ‚herrschende‘ Verteilungsgerechtigkeit ihrerseits wiederum eine „komplexe Gleichheit“ (vgl. a. a. O., S. 305 ff.). Strukturen demokratischer Repräsentation sowie insbesondere Parteipolitik würden politischen Einfluss bündeln, gewichten und intensivieren (vgl. a. a. O., S. 306 ff.). Ein Teil dieser repräsentativ-demokratisch induzierten Komplexität politischer „Gleichheit“ kann durch föderale Strukturen befördert werden (s. auch § 12, B. III. 2. b)).



Die komplexe föderale Gleichheit wirkt – als *status aequalis* der föderierten Einheiten – in der föderalismusverfassungsrechtlichen Dogmatik der USA und Deutschlands als Zuständigkeitsausübungsregel (ausführliche komparative Analyse unten § 5, D. u. § 6, D.).

### c) Inhaber der bundesverfassungsgebenden und -ändernden Gewalt

Die Narration vom Schluss eines föderalen Bundes durch die (‘tatsächlich‘ oder fingiert) vor-gefundenen föderierten Einheiten (s.o. a) bb) (1)) bedeutet im Verhältnis zwischen föderierten Einheiten und Bundesebene einen denklolgischen Primat der föderierten Einheiten. Im verfassungstheoretischen Zusammenhang bedeutet das, dass die verfassungsgebende Gewalt auf Bundesebene bei den föderierten Einheiten liegt.<sup>692</sup> Dem föderalen Ideal nach müssten die föderierten Einheiten im Modus der Einstimmigkeit und Egalität über die Vorgänge der Verfassungsgebung und Verfassungsänderung auf Bundesebene herrschen. In *demokratischen* Föderationen wie den USA und der Bundesrepublik Deutschland ist dieses Ideal mit einem anderen Ideal, demjenigen der Lehre von der verfassungsmäßigen Gewalt des (‘nationalen‘ Bundes-)Volks, in Ausgleich zu bringen.<sup>693</sup> Schmitt spricht insoweit vom „Bundesstaat ohne bündische Grundlage“, welcher eben „kein Bund mehr“ sei, aber sich teilweise noch hilfswise der Organisationsformen des Bundes bediene.<sup>694</sup> Die mit dem Zusammentreffen von föderalem und demokratischem Prinzip verbundenen Friktionen lassen sich aber auch weniger einseitig darstellen und mit Christoph Möllers im Modell eines ‚Stiftungsvertrags‘ illustrieren: Der föderale Bund ist dann ein „Pakt zwischen den Völkern der Gliedstaaten [...], eine neue gemeinsame politische Ebene aufzubauen und ein gemeinsames demokratisches Subjekt zu stiften“<sup>695</sup> (ausführlich zu diesem Modell unten § 12, B. III. 2. a) cc)). In

<sup>692</sup> Vgl. C. Schmitt, Verfassungslehre, München u. a. 1928, S. 379.

<sup>693</sup> Möchte man die Details dieser Ausgleichsoperation näher untersuchen, so bietet es sich an, mit Nicholas Aroney den Gesamtakt der Bundesverfassungsgebung als mehrstufig-komplexes Geschehen in verschiedene Stufen aufzugliedern, vgl. N. Aroney, American Journal of Comparative Law 54 (2006), 277 (320 ff.), welcher seine komparatistische Analyse auf die praktische Ausgestaltung der Verfassungsgebung in den Vereinigten Staaten von Amerika, in der Schweiz, in Kanada und in Australien speist. Aroney spaltet den Prozess der „Formation“ einer föderalen Verfassung in die Unterschritte „structuring, drafting, ratification and enactment of the federal arrangement“ auf; vgl. ferner in Ansätzen bereits die Differenzierungen im *Federalist No. 39*: vgl. J. Madison, in: A. Hamilton/ders./J. Jay, The Federalist, Cambridge, Mass., U.S.A., u. a. 2009 [1788], S. 244 ff. Zu berücksichtigen ist ferner, dass sich die Verfassungsgebung als Legitimationsprozess nicht auf die initiale Verfassungsetzung beschränkt, sondern sich auch auf deren – legitimationstheoretisch wichtiges – Fortwirken in der Verfassungsoperation erstreckt, vgl. C. Möllers, in: A. v. Bogdandy/J. Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge, 2. Aufl., Berlin u. a. 2009, S. 227 (252).

<sup>694</sup> C. Schmitt, Verfassungslehre, München u. a. 1928, S. 389.

<sup>695</sup> C. Möllers, Die drei Gewalten. Legitimation der Gewaltengliederung in Verfassungsstaat, Europäischer Integration und Internationalisierung, Weilerswist 2008, S. 140 f., mit



ähnlicher analytischer Richtung ließe sich der ‚Bund‘ auch nach dem Modell eines – ja ebenfalls ‚in der Zeit‘ stehenden, dynamischen<sup>696</sup> – ‚Genossenschaftsvertrags‘ der föderierten Einheiten (und/oder der Bürgerinnen und Bürger) lesen.<sup>697</sup>

Hinsichtlich der förmlichen Verfassungsänderungen gilt: Dem Ideal nach beinhaltet das föderale Prinzip wie erwähnt den Grundsatz einstimmiger Beschlussfassung der föderierten Einheiten (s.o. b cc)); dies müsste dann (erst recht) für Änderungen des Bundesvertrags gelten. In konkreten föderalismusverfassungsrechtlichen Ausgestaltungen kann das Einstimmigkeitsprinzip allerdings zum Teil sehr stark relativiert werden. Im nationalstaatlichen Föderalismus wird diese Relativierung regelmäßig deutlicher ausfallen als im supranationalen Föderalismus wie z.B. in der Europäischen Union. Das zeigt sich an der Einführung besonderer Verfahren für die Änderung nationaler Bundesverfassungen, welche Verfassungsänderungen schon bei (qualifizierter) Mehrheit der föderierten Einheiten zulassen (vgl. Art. V USC; hierzu unten § 6, A. VII. 2. a)) oder diese Entscheidung gar vollständig auf die Bundesebene verlagern, ohne die föderierten Einheiten direkt (sondern nur mittelbar über ein föderales Bundesorgan) zu beteiligen (vgl. Art. 79 GG; hierzu unten § 6, A. VII. 3. a)).

#### d) Zusammenfassung

Das Modell des Bundes impliziert eine dauerhafte Garantie, welche sich die föderierten Einheiten gegenseitig zusprechen und an die auch die von ihnen geschaffene Bundesebene gebunden ist. Der Gegenstand dieser Garantie ist zweifacher Gestalt: Einerseits umfasst die Garantie eine *vor-gefundene eigenständige politische Existenz* überhaupt, was auf (irgendwelche) vor-gefundenen eigenständigen Legitimationsstrukturen, Aufgaben, Funktionen und Autonomiepositionen hinweist (s.o. a) bb)). Andererseits wird die *Stellung* der föderierten Einheiten im vereinbarten föderalen Arrangement, also insbesondere *in der konkreten Kompetenz- und Ingerenzordnung*, garantiert (s.o. a) cc)). Weiterhin lässt sich dem Modell des Bundes eine Tendenz zur *Stimmengleichheit* und *Einstimmigkeit* unter den *formal*

---

Hinweis auf A. R. Greber, Die vorpositiven Grundlagen des Bundesstaates, Basel u. a. 2000, und C. Schönberger, AöR 129 (2004), 81; vgl. auch F. Cheneval, Demokratietheorien zur Einführung, Hamburg 2015, S. 135 f., zu „Demoikratie“ mit einer „Vielheit von Völkern als Stifter der Staatsgewalt“ und Muster für „Demokratie im Föderalismus“.

<sup>696</sup> Zur Abänderbarkeit des Genossenschaftsvertrags (Satzung) durch die Generalversammlung nach deutschem Recht vgl. § 16 GenG – mit dem Erfordernis einer Dreiviertelmehrheit für bestimmte Satzungsänderungen in § 16 Abs. 2 GenG.

<sup>697</sup> Man mag dies in Anlehnung an Hugo Preuß' genossenschaftstheoretische Vorstellung von Mehr-Ebenen-Demokratie machen; damit gerät dann das Individuum (und nicht [nur] die föderierte Einheit) in den Vordergrund der Betrachtung; vgl. H. Preuß, Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften. Versuch einer deutschen Staatskonstruktion auf Grundlage der Genossenschaftstheorie, Berlin 1889, S. 385 f.: „schliesslich bei dem einzelnen Bürger seine Eigenschaften als Gemeinde-, Kreis-, Provinzial-, Staats- und Reichs-Angehöriger ein organisches Ganze[s] bilden“ – hierzu näher unten § 12, B. III. 2. b) ff)).

gleichen föderierten Einheiten entnehmen (s.o. b)). Schließlich kommt den föderierten Einheiten der Logik des Bundes zu Folge ein *Primat gegenüber der Bundesebene* zu; sie haben – dem Ideal nach – die *verfassungsgebende Gewalt auf Bundesebene* inne (s.o. c)).

Die Verwirklichung aller genannten Elemente ist von der konkreten föderalismusverfassungsrechtlichen Umsetzung abhängig und wird zum Teil sehr stark relativiert, insbesondere zu Gunsten der Verwirklichung des demokratischen Prinzips.

## 2. Exkurs: Stellung der Bundesebene nach dem Modell des Bundes

Gegenstand und Effekt des Bundes der föderierten Einheiten ist die Errichtung der Bundesebene. Auch für die (krypto-)normative Position der Bundesebene innerhalb der föderalen Ordnung lassen sich aus dem Bundesmodell bestimmte Schlüsse ziehen:

### a) Dauerhaftigkeit

Die Idee des Bundes impliziert nicht nur eine Bestandsgarantie für die Selbstständigkeit der föderierten Einheiten (s.o. 1. a)), sondern auch eine Garantie der Dauerhaftigkeit der Existenz der Bundesebene.<sup>698</sup> Der föderale Bund und damit auch die Existenz der eingerichteten Bundesebene sind regelmäßig auf unbestimmte Zeit angelegt.

Mit der Dauerhaftigkeit des Bundes ist die Frage nach der Möglichkeit der föderierten Einheiten, aus dem Bund austreten zu dürfen, verbunden. Grundsätzlich widerstrebt die Dauerhaftigkeit des Bundes einem Sezessionsrecht der föderierten Einheiten; andererseits ist die Möglichkeit einer ‚Kündigung‘ durchaus im allgemeinen Vertragsdenken verankert.<sup>699</sup> Zum Teil sehen konkrete föderalismusverfassungsrechtliche Arrangements besondere Verfahren<sup>700</sup> zur Regelung des Austritts

<sup>698</sup> Vgl. C. Schmitt, Verfassungslehre, München u.a. 1928, S. 368 f.; zur Dauerhaftigkeit von Bundesarrangements auch C. Montesquieu, Vom Geist der Gesetze, Bd. I, Altenburg 1782 [1748], S. 214 (= Buch IX, 1. Kap.); hierzu S. Schüller, Föderalismus und Souveränität im Bundesstaat, Wiesbaden 2016, S. 104 f.

<sup>699</sup> C. Schmitt, Verfassungslehre, München u.a. 1928, S. 375, erkennt darin „etwas im höchsten Grade Widerspruchsvolles“; vgl. zur Spannungslage auch O. Beaud, in: L. Azoulai (Hrsg.), The Question of Competence in the European Union, New York, N.Y., U.S.A., u.a. 2014, S. 19 (34), welcher die besondere Natur des föderalen Vertrags („*federal compact*“) als „*institutional compact*“ und „*mixed compact*“ betont, der anders als privatrechtliche Verträge stärkeren Verfestigungen und Bindungen unterliegt.

<sup>700</sup> Solche besonderen Verfahren zur Sezession föderierter Einheiten erinnern an die Bindungen, denen Mephisto im „Faust“ unterliegt: vgl. J. W. Goethe, Faust. Eine Tragödie, hrsg. v. A. Schöne, Frankfurt a. M. 2005, S. 67 (V. 1410 bis 1412): „’s ist ein Gesetz der Teufel und Gespenster: / Wo sie hereingeschlüpft, da müssen sie hinaus. / Das erste steht uns frei, beim zweiten sind wir Knechte.“

föderierter Einheiten aus dem Bund vor (vgl. z. B. Art. 50 EU-Vertrag); zahlreiche andere föderale Verfassungsordnungen lassen die Frage dagegen offen.

### *b) Institutionelle und legitimationsstrukturelle(?) Verselbstständigung*

Die Bundesebene ist als eigenständige politische Kraft verselbstständigt.<sup>701</sup>

Dabei impliziert die ‚Logik‘ des Bundes als Vertrag, dass die Bundesebene überhaupt erst durch den Bundesschluss – gewissermaßen aus dem Nichts – als formale Institution installiert wurde. Freilich sind manche (u. a. biblisch inspirierte) Konzeptualisierungen des Modells des Bundes durchaus komplexer und gehen davon aus, dass die Verselbstständigung der Bundesebene schon *vor* Bundesschluss präfiguriert sein kann.<sup>702</sup> Für den US-amerikanischen Föderalismus hat Mark Tushnet die These aufgestellt, dass schon vor Entstehen der Bundesverfassung von 1787–89 „das Volk der Vereinigten Staaten [von Amerika] durch [die] Verpflichtung auf die universalistischen Grundsätze der *Declaration [of Independence]*“ (von 1776) präfiguriert gewesen sei.<sup>703</sup> Zum Kern des ‚Bundes‘-Gedankens gehören solche Präfigurations-Gedanken nicht, man gelangt auf diesem Weg ‚unter der Hand‘ vielmehr wiederum zu materialen Homogenitätsforderungen – diese sind im föderalen Denken zwar wirksam, aber nicht zwingend (dazu oben 1. b) bb)). Sie speisen sich eben aus zusätzlichen, außer-föderalen Quellen, im Beispiel des Ansatzes von Tushnet letztlich aus der demokratischen Lehre von der verfassungsgebenden Gewalt des ‚Volks‘ und den in der *Declaration of Independence* niedergelegten Grundsätzen individueller und kollektiver ‚Freiheit‘.

Jedenfalls wird man von politischer Eigenständigkeit der Bundesebene als Institution nach dem Bundesschluss nur sprechen können, wenn (neben den föderierten Einheiten) auch der Bundesebene Aufgaben und Funktionen (Zuständigkeiten) zur selbstständigen Wahrnehmung durch dafür installierte Organe<sup>704</sup> garantiert sind.

<sup>701</sup> Vgl. C. Schmitt, Verfassungslehre, München u. a. 1928, S. 370 f.: Bund als „politische[s] Gesamtsystem“, als „politisch existierende Verbindung“ (a. a. O., 367), auch der Bund habe eine „politische Existenz“ (a. a. O., S. 370, 371) und einen Gesamtwillen (a. a. O., S. 371).

<sup>702</sup> In diese Richtung unter Hinweis auf D. J. Elazar, Publius 10 (4), 1980, S. 3 (10), S. Huhnholz/E. M. Hausteiner, in: G. Ambrosius/C. Henrich-Franke/C. Neusch (Hrsg.), Föderalismus in historisch vergleichender Perspektive, Bd. 2, Baden-Baden 2015, S. 279 (288): „Obgleich es durchaus um das Zusammenkommen distinkter Entitäten geht, ruht der politische Bund als *covenant* auf einer bereits bestehenden einenden Identität – in Elazars Worten auf ‚consent and kinship‘. Im Falle des israelitischen Bundes verdankt dieser seine Existenz und seinen Fortbestand dem Umstand einer im Sinai-Bund präformierten Identität.“

<sup>703</sup> S. den Aufsatz „What Then Is the American?“, M. Tushnet, Ariz. L. Rev. 38 (1996), 873 (881): „The descriptive claim is that the people of the United States are constituted by our commitment to the Declaration’s universalist principles.“

<sup>704</sup> Vgl. C. Schmitt, Verfassungslehre, München u. a. 1928, S. 384 f., welcher insoweit von „Bundesrepräsentation“ und „Bundeseinrichtungen“ spricht. Für Schmitt ist der Bund zudem offenbar ‚zweigliedrig‘ zu begreifen: Er sieht keine eigenständige Bedeutung einer ‚Bundes-

Man mag dann wiederum ein ‚Recht auf eigene Politik‘ (s. o. 1. a) dd) (2)) auch der Bundesebene behaupten. Zudem wird es als Wesensmerkmal eines Bundes betrachtet, dass die Bundesebene „unmittelbare Befehlsgewalt“ gegenüber den „Staatsunterworfenen der Mitgliedsstaaten“ hat.<sup>705</sup>

Ob weitergehend aus dem Modell des Bundes *als solchem* auch abgeleitet werden kann, dass der Bundesebene eigenständige Legitimationsstrukturen (etwa demokratische Wahlen von Bundesorganen) und Autonomiepositionen zustehen müssen, ist hingegen nicht eindeutig.<sup>706</sup> Schließlich sind nach dem ‚Bundes‘-Ideal die föderierten Einheiten ‚Herren des Bundes‘ (s. o. 1. c)). Es handelt sich also eher um Besonderheiten von demokratischen Föderationen, in welchen das föderale Prinzip ‚demokratie‘-theoretisch angereichert und modifiziert wird (etwa im Sinn des bereits erwähnten föderal-demokratischen Stiftungs- oder Genossenschaftsmodells – s. u. § 12, B. III. 2. a) cc)).

### c) Top-down-Ingerenzen

Durch ihre politische Selbstständigkeit wird auch die Bundesebene zu einem politischen Akteur und Machtfaktor im oben beschriebenen multiarchischen föderalen Machtsystem (s. o. 1. a) dd) (2)). Es ist gerade der Zweck des Bundesschlusses der föderierten Einheiten und der Errichtung der Bundesebene, ein multiarchisches Macht-‚Netz‘ zu etablieren.

Innerhalb dieses Netzes bestehen wie erwähnt Möglichkeiten der wechselseitigen Einflussnahme (Ingerenzen) zwischen den föderierten Einheiten und der Bundesebene (s. o. 1. a) cc) (3)).<sup>707</sup> Eine typische *top-down*-Ingerenz in Föderationen ist die Bundesexekution oder Bundesintervention gegenüber föderierten Einheiten<sup>708</sup>. Die Voraussetzungen und vor allem die Grenzen dieser und anderer *top-down*-Ingerenzen werden für das US-amerikanische und deutsche Verfassungsrecht unten näher untersucht (ausführlich unten § 6).

### d) Wesensähnlichkeit und Spiegelbildlichkeit

Während das Modell des Bundes für die föderierten Einheiten als gleichberechtigte Bündnispartnerinnen von vorneherein Statusgleichheit impliziert

---

ebene‘ neben dem Bund als Akteur, welcher freilich „repräsentiert werden“ müsse, vgl. a. a. O., S. 384.

<sup>705</sup> C. Schmitt, Verfassungslehre, München u. a. 1928, S. 385.

<sup>706</sup> Vgl. C. Schmitt, Verfassungslehre, München u. a. 1928, S. 388 f., für welchen in diesem Fall gerade „kein Bund mehr“ vorliegen würde.

<sup>707</sup> C. Schmitt, Positionen und Begriffe. im Kampf mit Weimar – Genf – Versailles. 1923–1939, 4. Aufl., Berlin 2014 [1926], S. 48 (49), zählt „Interventionsmöglichkeiten“ zum Kern des „echten Bundes“ (und ‚befürchtet‘, dass diese beim Völkerbund gegeben sein könnten).

<sup>708</sup> Vgl. C. Schmitt, Verfassungslehre, München u. a. 1928, S. 378.

(s. o. 1. b)), ist das Verhältnis zwischen den förderierten Einheiten und der Bundesebene komplizierter. Wichtig ist hierbei, dass die Bundesebene nicht Vertragspartner, sondern Effekt des Bundes ist (s. o. 1. a aa)). Insoweit besteht – anders als im Verhältnis der förderierten Einheiten untereinander – keine strenge formale Gleichartigkeit von förderierten Einheiten und Bundesebene.

Dennoch deutet das Modell des ‚Bundes‘ auf die Aspekte der Wesensähnlichkeit und der Spiegelbildlichkeit von förderierten Einheiten und Bundesebene hin. Dies mag auch biblisch-theologische<sup>709</sup> oder allgemein-,vertragstheoretische<sup>710</sup> Gründe haben. Im Bundesvertrag wird die Bundesebene wie erwähnt als eigenständige politische Kraft etabliert (s. o. b)). Sowohl die Bundesebene wie auch die einzelnen förderierten Einheiten sollen jeweils dauerhaft politische Eigenständigkeit genießen. Entsprechend der oben vorgestellten Kurzformel „*self-rule plus shared rule*“ (s. u. B. I. 4.) werden in föderalen Ordnungen hoheitliche Aufgaben, Zuständigkeiten und Befugnisse auf die förderierten Einheiten und die Bundesebene als verschiedene politische Machtzentren aufgeteilt. Hierin zeigt sich die Wesensähnlichkeit von förderierten Einheiten und Bundesebene: Auf beiden Ebenen werden hoheitliche Aufgaben erfüllt und Hoheitsgewalt ausgeübt. Im alternativen ‚Föderalismus‘-Modell von Hugo Preuß (s. oben I. 1. d)) stellt sich diese Frage von vorneherein anders: Hier wird man von der Binartität (Bundesebene/förderierte Einheiten) weggeführt und kommt auf der organologisch-genossenschaftlichen Grundlage gar zur Wesensgleichheit von Reich, Staaten – und auch Kommunen.<sup>711</sup>

Im besonderen föderalen Typus des nationalen Bundesstaats, auf welchen die vorliegende Betrachtung die politische Idee des Föderalismus allerdings zunächst

<sup>709</sup> In der christlichen Theologie kann der Gedanke des ‚Bundes‘ Gottes mit den Menschen auch als eine Verhandlung über eine etwaige Ebenbildlichkeit Gottes und des Menschen gelesen werden, vgl. etwa den Zweiten Brief des Paulus an die Korinther: „Wir alle aber schauen mit aufgedecktem Angesicht die Herrlichkeit des Herrn an [o. spiegeln ... wider] und werden so verwandelt in dasselbe Bild von Herrlichkeit zu Herrlichkeit, wie es vom Herrn, dem Geist, geschieht.“ (2. Korinther 3,18; zit. nach Revidierte Elberfelder Bibel [Rev. 26], Witten 2008); hierzu W. Klaiber, Der zweite Korintherbrief, Neukirchen-Vluyn 2012, S. 78 f.: „In der Begegnung mit Christus als dem Ebenbild Gottes begegnen Menschen Gott und werden selbst zum Ebenbild Gottes.“

<sup>710</sup> Man mag hier wiederum eine Parallele zu Hobbes' Modell des Gesellschaftsvertrags (Autorisierungsvertrags) ziehen (s. bereits oben 1. a aa)): So wie bei Hobbes der eingesetzte Souverän als Einzelner (oder als Gruppe von Einzelnen) der gleichen Gattung (Mensch) angehört wie die vertragsschließenden Individuen, so gehört die im Bund installierte Bundesebene zur gleichen Gattung wie die förderierten Einheiten (politisch handlungsfähige, mit Hoheitsgewalt ausgestattete Entität); vgl. T. Hobbes, Leviathan, hrsg. v. J. C. A. Gaskin, Oxford, U.K., u. a., 1996, S. 115 (Chapter 18): „*a multitude of men do agree, and covenant, every one, with every one, that to whatsoever man, or assembly of men, shall be given the major part, the right to present the person of them all [...]*.“

<sup>711</sup> Preuß folgert dies aus den Oberbegriffen der „Gebietskörperschaft“ und der „Gesamtperson“, welche allesamt „Evolutionen der gleichen Idee“ („Genossenschafts“-Idee) seien: H. Preuß, Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften. Versuch einer deutschen Staatskonstruktion auf Grundlage der Genossenschaftstheorie, Berlin 1889, S. 223.

nicht beschränken möchte, zeigt sich die Wesensähnlichkeit von föderierten Einheiten und Bundesebene in der Formel vom Bundesstaat als ‚Staat aus Staaten‘.<sup>712</sup> Auch die Vorstellung des „romantischen Subnationalismus“ (James A. Gardner; s. u. § 12, B. I. 2.) ist teilweise auf den Spiegelbildgedanken zwischen Bundesebene und föderierten Einheiten zurückzuführen.<sup>713</sup>

#### e) Zusammenfassung

Aus dem Modell des Bundes ergibt sich, dass die Bundesebene *auf Dauer* eingerichtet wird und als selbstständiger politischer Machtfaktor – wie die föderierten Einheiten – *eigenständige Aufgaben und Funktionen (Zuständigkeiten)* innehat. Insoweit ist die Bundesebene den föderierten Einheiten *wesensähnlich*. Zudem wirken die föderierten Einheiten und die Bundesebene im multiarchischen Gefüge wechselseitig durch *Ingerenzen* aufeinander ein.

### 3. Kristallisationspunkt: föderale Schutzwürdigkeit (‚föderale Würde‘)

#### a) Arbeitstopos ‚föderale Würde‘

Die Selbstständigkeit von föderierten Einheiten und Bundesebene als jeweils eigenständige politische Wirkzentren wird im Bundesvertrag dauerhaft garantiert (s. o. 1. a) u. 2. a)). Die föderierten Einheiten sichern sich und der Bundesebene jeweils eine solche Selbstständigkeit und damit eine besondere Schutzwürdigkeit zu. Den föderierten Einheiten und der Bundesebene wird im Bundesvertrag jeweils zugesprochen, des besonderen Schutzes des Bundesvertrags *würdig* zu sein.

Dem Untersuchungsgegenstand der vorliegenden Studie entsprechend, soll im weiteren Verlauf eine Konzentration auf die Besonderheiten der Schutzwürdigkeit *der föderierten Einheiten*, nicht der Bundesebene, erfolgen. Da die föderierten Einheiten und die Bundesebene in einem multiarchischen Netz verfangen sind (s. o. 1. a) dd) (2)), verfassungstheoretisch verbunden sind (s. 1. c)) und durch eine gewisse Wesensähnlichkeit (Spiegelbildlichkeit) gekennzeichnet sind (s. 2. d)), er-

<sup>712</sup> Vgl. H. Nawiasky, Der Bundesstaat als Rechtsbegriff, Tübingen 1920, S. 21 ff. Wobei nach dem herrschenden zweigliedrigen Bundesstaatsbegriff des Grundgesetzes (s. o. B. III. 1. b)) nicht etwa der Bundesebene selbst, sondern der Bundesrepublik Deutschland als Gesamtstaat Staatlichkeit zugeschrieben wird; vgl. BVerfGE 36, 342 (360 f.) – Niedersächsisches Landesbesoldungsgesetz: „Das Eigentümliche des Bundesstaates ist, daß der Gesamtstaat Staatsqualität und daß die Gliedstaaten Staatsqualität besitzen“; vgl. auch M. Kloepfer, Verfassungsrecht, Bd. I, München 2011, § 9, Rn. 1.

<sup>713</sup> Kritisch zum „*Romantic subnationalism*“ mit der Vorstellung von Einzelstaaten als „*miniature nations*“ nach dem Vorbild des Nationalstaats: J. A. Gardner, Interpreting State Constitutions. A Jurisprudence of Function in a Federal System, Chicago, Ill., U.S.A., 2005, S. 57, 61 ff.

fordern Ausführungen zur Schutzwürdigkeit der förderierten Einheiten dennoch vereinzelt Rückgriffe auf die Position der Bundesebene.

Die Position der bundesvertraglich garantierten Schutzwürdigkeit förderierter Einheiten soll hier – rhetorisch bewusst überspitzt, aber weiterhin ideologiebeschreibend, nicht ideologie-affirmierend (s.o. A. II. 3.) – als ‚föderale Würde‘ bezeichnet werden. In dieser Wendung wird einer der beiden Kerngehalte des politischen Föderalismus, nämlich der Gehalt „self-rule“ (s.o. B. I. 4.), pointiert – wenngleich (wiederum bewusst) unscharf-„amorph“<sup>714</sup> – in Bezug genommen. ‚Föderale Würde‘ dient vorliegend als *Arbeitstopos*, der im späteren Verlauf der Untersuchung qualifiziert (und kritisiert<sup>715</sup>) werden soll.

*b) Exemplarische Momente der Ideenpolitik:  
„föderale ‚Würde‘“ in der Verfassungsrechtsdogmatik*

Die Rede von der „föderalen ‚Würde‘“ ist keine schöpferisch-innovative Setzung der vorliegenden Untersuchung. Vielmehr handelt es sich um einen Topos, der Gegenstand und Vehikel von realen Prozessen der Ideenrezeption (dazu § 1, C. III. 1. b)) im Bereich der Verfassungsrechtsdogmatik<sup>716</sup> war und ist:

aa) USA: „state dignity“

Dies lässt sich insbesondere anhand der Rechtsprechung des *U.S. Supreme Court* nachvollziehen: Der *U.S. Supreme Court* hat sich der Wendung von der „Würde“ föderaler Träger (genauer: der US-amerikanischen Einzelstaaten) mehrfach in ausdrücklicher Form bedient: Beispielsweise führte *Justice Anthony Kennedy* für die Mehrheit des Gerichts im Jahr 1999 in der Entscheidung *Alden v. Maine*<sup>717</sup> aus: „*The States [...] are not relegated to the role of mere provinces or political corporations, but retain the dignity, though not the full authority, of sovereignty.*“<sup>718</sup> In der Zusammenfassung der Entscheidung, die keinen offiziellen Teil der Entscheidung darstellt, heißt es: „*Federalism requires that [the U.S.] Congress accord States the respect and dignity due them as residuary sovereigns and joint participants in the*

<sup>714</sup> Vgl. zum „amorphen“ Charakter des Konzepts ‚Würde‘: *M. O. Chibundu*, Md. L. Rev. 75 (2015), 194 (195), m. w. N.; vgl. auch Ruth Bader Ginsburgs Sondervotum zu *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, 567 U.S. 519 (2012), 644: „*too amorphous to be judicially administrable*“ (zur Vorstellung einer – mit ‚Würde‘ in Beziehung stehenden – ‚Willensfreiheit‘ von Einzelstaaten; s. u. § 6, A. IV. 2. b) u. § 12, B. III. 3. c) cc)).

<sup>715</sup> S. dazu die Anm. sogleich in Fn. 724.

<sup>716</sup> Näher zum Begriff der ‚Verfassungsrechtsdogmatik‘ unten § 7, B.

<sup>717</sup> *Alden v. Maine*, 527 U.S. 706 (1999); näher zu dieser Entscheidung unten § 5, A. III. 2. b).

<sup>718</sup> *Alden v. Maine*, 527 U.S. 706 (1999), 715.



*Nation's governance.*<sup>719</sup> Dabei gehört zur Wahrheit auch dazu, dass Kennedys Verwendung des Topos der „Würde“ der Einzelstaaten durch *Justice* David Souter in einem Sondervotum zu *Alden v. Maine* ausdrücklich als vordemokratisch kritisiert und abgelehnt wird<sup>720</sup>, worauf später näher einzugehen ist (s. u. § 10, V. 1. b) cc)). Als weiteres Beispiel kann die Entscheidung *Bond v. United States* aus dem Jahr 2011 dienen; *Justice* Kennedy schreibt darin für das Gericht: „*Th[e] allocation of powers in our federal system preserves the [...] dignity [...] of the States.*“<sup>721</sup>

Das US-amerikanische verfassungsrechtsdogmatische Schrifttum hat solche Wendungen aufgenommen und gebündelt und spricht beispielsweise von „*dignitary interests*“ (Michael C. Dorf und Trevor Morrison) der Einzelstaaten, welche durch den *U.S. Supreme Court* geschützt wurden.<sup>722</sup> Hier zeigt sich die rhetorische Wirkmacht der Wendung von der ‚föderalen Würde‘, handelt es sich bei den zitierten Autoren doch – der verfassungsjuristischen *Sache nach* – tendenziell um Kritiker der einschlägigen gerichtlichen Entscheidungen<sup>723</sup>, die dennoch auf das *rhetorische* Material des Gerichts zurückgreifen.<sup>724</sup>

#### bb) Deutschland: funktionales Äquivalent: „Eigenstaatlichkeit“ der Länder

Bei einem vergleichenden Blick auf die höchstrichterliche Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts fällt als (annähernd) funktional äquivalenter Topos zur US-amerikanischen „*state dignity*“ v. a. die Wendung „Eigenstaatlichkeit“<sup>725</sup> der

<sup>719</sup> *Alden v. Maine*, 527 U.S. 706 (1999), 709; damit nimmt die Zusammenfassung folgende Stelle aus Kennedys Votum auf: „*[O]ur federalism requires that [the U.S.] Congress treat the States in a manner consistent with their status as residuary sovereigns and joint participants in the governance of the Nation*“ (*Alden v. Maine*, 527 U.S. 706 (1999), 748); zwar spricht Kennedy nicht an dieser Stelle, aber an zahlreichen anderen Textstellen ausdrücklich von „*dignity*“.

<sup>720</sup> Vgl. *Alden v. Maine*, 527 U.S. 706 (1999), 802 (Sondervotum Souter).

<sup>721</sup> *Bond v. United States*, 564 U.S. 211 (2011), 221 – s. u. § 12, B. II. 3. a); aufgegriffen (wörtlich zitiert) von Chief Justice John Roberts in *Shelby County v. Holder*, 570 U.S. 529 (2013), 543 – s. u. § 6, D. II. 1.

<sup>722</sup> *M. C. Dorf/T. Morrison*, Constitutional Law, New York, N.Y., U.S.A., 2010, S. 84; vgl. aber auch schon zuvor: *M. C. Dorf/C. F. Sabel*, Columbia Law Review 98 (1998), 267 (427).

<sup>723</sup> Vgl. *M. C. Dorf/T. Morrison*, Constitutional Law, New York, N.Y., U.S.A., 2010, S. 84 ff.: Die Kritik bei Dorf und Morrison fällt freilich nicht so deutlich aus, wie bei einigen Kommentatorinnen und Kommentatoren, welche sie zitieren.

<sup>724</sup> An diesen Gedanken muss sich zwangsläufig noch ein Gedanke der Selbstreflexion anschließen: Auch in der vorliegenden Untersuchung wird auf das rhetorische Material der Gerichte bewusst zurückgegriffen; die vorliegende Untersuchung versteht sich aber gerade als Untersuchung (auch) der rhetorischen Dimension gerichtlich durchsetzbarer Dogmatik; daher muss das verwendete rhetorische Material zunächst einmal benannt und dann in einem nächsten Schritt analysiert werden – dazu insbesondere §§ 11 f.

<sup>725</sup> BVerfGE 34, 9 (19 f.) – Besoldungsvereinheitlichung; E 81, 310 (334) – Kalkar II; E 87, 181 (196) – 7. Rundfunkentscheidung.



Länder ins Auge. Auch dieser Topos dient dazu, die besondere *Schutzwürdigkeit* der förderierten Einheiten (der deutschen Länder) innerhalb des föderalen Gesamtgefüges begrifflich zu verschlagworten. Beispielhaft soll aus den Gründen eines Beschlusses des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 1992 (7. Rundfunkentscheidung) zitiert werden: „Mit dem bundesstaatlichen Prinzip [...] läßt sich [...] eine Preisgabe der Eigenstaatlichkeit der Länder nicht vereinbaren. Ihnen muß vielmehr ein Kern eigener Aufgaben als ‚Hausgut‘ unentziehbar verbleiben [...]. Diese Garantie richtet sich in erster Linie gegen den Bund [...]“. <sup>726</sup>

Verglichen mit dem Topos „*state dignity*“ ist die Rede von der „Eigenstaatlichkeit“ der Länder nüchterner, technischer, ‚prosaischer‘. Blickt man allerdings auf den Fortgang des Zitats aus der 7. Rundfunkentscheidung, so zeigt sich in der Verwendung der Metapher „Hausgut“, dass der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts doch nicht völlig auf bildliche Sprache verzichten möchte (zur Rhetorik des Bilds vom „Hausgut“ unten § 11, C. II. 4.). Im Übrigen ist exkursorisch zu bemerken, dass die Rede von institutioneller „Würde“ an anderer, hier sachlich nicht einschlägiger Stelle unterdessen sogar Einzug in das geschriebene deutsche Staatsorganisationsrecht gefunden hat („Würde des Bundestages“). <sup>727</sup> Aber zur Wahrheit gehört umgekehrt außerdem dazu, dass die oben zitierten Entscheidungen des *U.S. Supreme Court* den Topos „*dignity*“ vor allem als Attribut von ‚Souveränität‘ behandeln <sup>728</sup> und somit ebenfalls auf eine – verglichen mit ‚Würde‘ – (anscheinend) ‚nüchternere‘ <sup>729</sup> Kategorie verweisen.

*c) ‚Föderale Würde‘ zwischen deklaratorischem  
und konstitutivem Charakter*

aa) Deklaratorische Dimension:  
Inbezugnahme einer vor-gefundenen Würdeposition

Die soeben zitierten Beispiele aus der Rechtsprechung des *U.S. Supreme Court* und des Bundesverfassungsgerichts zeigen, dass ‚föderale Würde‘ grundsätzlich nicht für sich allein steht. Vielmehr setzt sie auf etwas (ggf. auch nur fingiert)

<sup>726</sup> BVerfGE 87, 181 (1996) – 7. Rundfunkentscheidung.

<sup>727</sup> Das Geschäftsordnungsgesetz des Deutschen Bundestags kennt seit 2011 die „Würde des Bundestages“ als Schutzgut, dessen „Verletzung“ (sic!) u. a. einen Ordnungsruf des Bundestagspräsidenten rechtfertigen kann; s. § 36 Abs. 1 S. 2 GOBT, neu gef. m. W. v. 8. 12. 2011 durch Bek. v. 24. 11. 2011 (BGBl. I S. 2454).

<sup>728</sup> Vgl. *Alden v. Maine*, 527 U.S. 706 (1999), 715: „*the dignity, though not the full authority, of sovereignty*.“

<sup>729</sup> Dass hier der Kategorie ‚Souveränität‘ „Nüchternheit“ zugeschrieben wird, soll nicht verkennen, wie reich das theoretische Innenleben und der ideengeschichtliche (ideenpolitische) Ballast dieses Konzepts ist. Im vorliegenden Kontext wird die Rede von der ‚Souveränität‘ gegenüber der Rede von der ‚Würde‘ aber deshalb als prosaischer eingeordnet, weil ‚Würde‘ einen intensiveren anthropomorphen Gehalt aufweist (näher zum Anthropomorphismus unten § 10, A.).

Vorgefundenem auf. In den zitierten Entscheidungen des *U.S. Supreme Court* wird das daran deutlich, dass Würde als Attribut von Souveränität (und nicht etwa primär als Attribut der Mitgliedschaft im Bund) begriffen wird: „*the dignity, though not the full authority, of sovereignty*.“<sup>730</sup> Justice Kennedy spricht zudem davon, dass die Einzelstaaten diese Würdeposition „behalten“ („*retain*“<sup>731</sup>) würden. M. a. W.: Die Würdeposition („Würde der Souveränität“) der föderierten Einheiten speist sich nicht (primär) aus dem föderalen Prinzip, sondern wird als dem Bundesschluss *vor*-gelagert ausgewiesen. Durch den Schluss des Bundes, also durch das föderale Prinzip, wird die *vor*-gefundene Würdeposition dann nur dauerhaft garantiert.

In der zitierten 7. Rundfunkentscheidung des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts wird der Verweis auf eine (ggf. nur fingierte) *vor*-föderale Position noch deutlicher: Hier stellt der Senat unmittelbar auf die Kategorie der „[S]taatlichkeit“ der föderierten Einheiten ab – immerhin durch die Vorsilbe „Eigen-“ an den besonderen föderalen Kontext angepasst.

Insoweit im Zusammenhang mit der Schutzwürdigkeit föderaler Träger eine *vor*-föderale Würdeposition in Bezug genommen wird, scheint föderale Würde also rein deklaratorischer Natur zu sein. Diese zu den zitierten Textstellen aus gerichtlichen Entscheidungen gemachte Beobachtung deckt sich mit dem bereits bei der Darstellung des Modells des Bundes beschriebenen Befund eines (weitgehenden) Mangels der föderalen Idee an legitimierungstheoretischem Selbststand (s. o. 1. a) bb) (3)).

#### bb) Konstitutive Dimension(en)

Dieser Befund einer (nur) deklaratorischen Natur föderaler Würde bedarf allerdings einer zweifachen Einschränkung bzw. Ergänzung oder Qualifizierung; unter zwei Gesichtspunkten erlangt föderale Würde doch *konstitutiven* Charakter:

##### (1) Fiktion *vor*-gegebener Würde; „*Recht, sich auf Würde berufen zu dürfen*“

Zum einen wurde bei der Explikation des Modells des Bundes darauf hingewiesen, dass der dem Modell inhärente Historismus, wonach die föderierten Einheiten vor Bundesschluss bereits als selbstständige politische Einheiten bestehen würden, auch nur fingiert sein kann (s. o. 1. a) bb) (1)).

Zwar gibt es durchaus Beispiele dafür, dass sich eine föderale Ordnung aus etablierten eigenständigen politischen Einheiten bildet: Die Entstehung der USA aus den *Thirteen Colonies* in den Jahren 1787/88 ist ein Beispiel für einen solchen organisch von unten nach oben gewachsenen *bottom-up*-Föderalismus (s. be-

<sup>730</sup> *Alden v. Maine*, 527 U.S. 706 (1999), 715.

<sup>731</sup> *Alden v. Maine*, 527 U.S. 706 (1999), 715.

reits B. I. 3. b)).<sup>732</sup> Betrachtet man demgegenüber die Entstehung der Bundesrepublik Deutschland, so erscheint die ‚real‘-weltliche Unterfütterung des Primats der föderierten Einheiten jedenfalls partiell deutlich fragwürdiger: Zwar wurde der Parlamentarische Rat durch von den Landesparlamenten gewählte Vertreterinnen und Vertreter besetzt und das Grundgesetz letztlich gem. Art. 144 Abs. 1 GG durch eine qualifizierte Mehrheit der Landesparlamente ratifiziert. Jedoch ist sehr zweifelhaft, ob man alle deutschen Länder 1948/49 bereits als etablierte politische Einheiten betrachten konnte. Für einige Länder, etwa Bayern, trifft das zu. Für andere Länder, insbesondere für Länder in der damaligen britischen Besatzungszone, ist die Zuschreibung einer etablierten politischen Eigenständigkeit demgegenüber fragwürdig. Als – freilich außergewöhnliches – Beispiel<sup>733</sup> kann Nordrhein-Westfalen dienen:<sup>734</sup> Dieses ‚Bindestrich‘-Bundesland (ursprünglich gar: ‚Schrägstrich‘<sup>735</sup>-Bundesland; vgl. o. B. III. 2. a) bb)) wurde im August 1946 durch eine Verordnung der britischen Besatzungsmacht<sup>736</sup> aus der ehemaligen preußischen Provinz Westfalen und dem Nordteil der Rheinprovinz (Regierungsbezirke Aachen, Düsseldorf und Köln) als Land „Nordrhein/Westfalen“ geschaffen. Schon deshalb blickt Nordrhein-Westfalen auf keine (gemeinsame) Tradition als politisches Wirkungszentrum zurück. Zunächst gab es einen „Ernannten Landtag“, der nicht aus demokratischen Wahlen hervorging, sondern von der britischen Militärregierung eingesetzt worden war. Schließlich fanden noch vor dem Beginn der Arbeiten am Grundgesetz die ersten Landtagswahlen am 20. April 1947 statt. Die Landesverfassung wurde allerdings erst *nach* dem Grundgesetz im Sommer 1950 geschaffen.<sup>737</sup> Im Verhältnis zwischen der föderierten Einheit Nordrhein-Westfalen und der Bundesebene lässt sich nach alledem kaum von einem Primat des Landes als *materieller*

<sup>732</sup> Vgl. S. Schaller, *Föderalismus und Souveränität im Bundesstaat*, Wiesbaden 2016, S. 110.

<sup>733</sup> Die (Vor-)Geschichte eines weiteren ‚Bindestrich-Lands‘, Baden-Württemberg, wird eindrücklich in BVerfGE 1, 14 (21) – Südweststaat, geschildert: „Auf Grund einer Vereinbarung zwischen der amerikanischen und der französischen Besatzungsmacht wurde das Gebiet der zu Beginn des 19. Jahrhunderts entstandenen Länder Baden und Württemberg Anfang Juli 1945 *entlang der Autobahn Karlsruhe-Stuttgart-Ulm geteilt*. Der nördliche Teil wurde der amerikanischen, der südliche einschließlich des preußischen Regierungsbezirks Sigmaringen der französischen Besatzungszone zugeschlagen. Durch die Proklamation Nr. 2 der amerikanischen Militärregierung vom 19. September 1945 wurde der nördliche Teil der beiden Länder zum Land Württemberg-Baden vereinigt. Im Süden wurden zwei Länder, Baden und Württemberg-Hohenzollern, gebildet“ (Hervorh. R.D.N.).

<sup>734</sup> Zur Entstehung Nordrhein-Westfalens J. Ipsen, *Der Staat der Mitte. Verfassungsgeschichte der Bundesrepublik Deutschland*, München 2009, S. 106 f.

<sup>735</sup> Vgl. Anhang II Nr. 3 der Verordnung Nr. 46 zur „Auflösung der Provinzen des ehemaligen Landes Preußen in der Britischen Besatzungszone und ihre Neubildung als selbständige Länder“ v. 23.08.1946: „Nordrhein/Westfalen“.

<sup>736</sup> Vgl. Verordnung Nr. 46 zur „Auflösung der Provinzen des ehemaligen Landes Preußen in der Britischen Besatzungszone und ihre Neubildung als selbständige Länder“ v. 23.08.1946.

<sup>737</sup> Verf. v. 28.06.1950, GV. NW. S. 127.

politischer Einheit sprechen. Eher etablierten sich das Land Nordrhein-Westfalen und die Bundesebene zeitlich weitgehend parallel als politische Wirkräume. Damit soll nicht in Abrede gestellt werden, dass das Land Nordrhein-Westfalen *formell* an der Verfassungsgebung auf Bundesebene beteiligt war. Außerdem ist in diesem Zusammenhang an die von Russell Kirk beschriebene Möglichkeit der Herausbildung *nachträglicher* – eben gerade nicht vorgefundener – territorial-demokratischer ‚Dignität‘ und ‚Fühlbarkeit‘<sup>738</sup> durch langjährige demokratische Übung zu erinnern (s. o. B. III. 2. a) bb)).<sup>739</sup>

Das (Extrem-)Beispiel Nordrhein-Westfalens zeigt, dass sich die Zuschreibung einer angeblich vor-gefundenen ‚Eigenstaatlichkeit der Länder‘ jedenfalls teilweise als Fiktion (oder zumindest als kaum von der politischen Realität gedeckter ‚Formalismus‘) erweisen kann. Insoweit wirkt der Bundesschluss dann doch in gewisser Weise konstitutiv für die Würdeposition der föderierten Einheit. Und auch im Fall von bereits vor 1945 als eigenständige politische Wirkungsräume etablierten Ländern (etwa Bayern) wirkt die bloße Anerkennung des Landes als eigenständige politische Existenz durch die Bundesverfassung katalysierend auf die Würdeposition des Landes ein. Die vor-gefundene Würdeposition wird durch die Inbezugnahme und Anerkennung im Bundesschluss in gewisser Weise verstärkt.

Das föderale Prinzip gibt den am Bundesschluss beteiligten föderierten Einheiten im föderalen Verhältnis, insbesondere zur Bundesebene, jedenfalls ein „Recht, auf ‚Würde‘ verweisen zu dürfen“ (Maxwell O. Chibundu),<sup>740</sup> und leistet dergestalt durchaus einen konstitutiven Beitrag zur besonderen Schutzwürdigkeitsposition der föderierten Einheiten. Insoweit weist föderale Würde eine dreigliedrige Struktur auf, wie sie von Chibundu in der Wendung von einem „Recht, auf ‚Würde‘ verweisen zu dürfen, um damit [konkretere] Rechtspositionen zu untermauern“<sup>741</sup>, allgemein (ohne Bezug zum Föderalismus) beschrieben wird. Die drei Glieder einer Würdeposition (bzw. ihres argumentativen Gebrauchs) sind demnach: *erstens* die Würdeposition als solche (vorliegend: die vor-gefundene Würdeposition der föderierten Einheiten vor Bundesschluss, die in ihrer vor-gefundenen politischen Existenz liegt), *zweitens* ein Recht, sich hierauf berufen zu dürfen (dieses Recht wird vorliegend durch das föderale Prinzip eingeräumt), und – *drittens* – bestimmte mit dieser Po-

<sup>738</sup> R. Kirk, in: R. Goldwin (Hrsg.), *A Nation of States*, 2. Aufl., Chicago, Ill., U.S.A., 1974 [1963], S. 42 (43).

<sup>739</sup> Vgl. insoweit den bezeichnenden Titel des Aufsatzes von G. Hitze, „Es ist furchtbar, aber es geht!“ – Das Bindestrich-Land Nordrhein-Westfalen: Bemerkungen zu Geschichte, politischer Kultur und Identität, in: Bayerische Landeszentrale für politische Bildungsarbeit (Hrsg.): *Einsichten und Perspektiven. Bayerische Zeitschrift für Politik und Geschichte*, Bd. 2011, Nr. 4, S. 260 ff.

<sup>740</sup> So ohne direkten Bezug zum föderalen Prinzip, sondern allgemein im Zusammenhang mit der Frage, ob ‚Staaten‘ Würde zukomme: M. O. Chibundu, *Md. L. Rev.* 75 (2015), 194: „*right to rely on claims of, dignity.*“

<sup>741</sup> M. O. Chibundu, *Md. L. Rev.* 75 (2015), 194: „*right to rely on claims of ‚dignity‘ to underpin whatever assertions of rights they may make.*“

sition untermauerte konkretere Rechtspositionen (beispielsweise Zuständigkeits-ausübungsregeln zum Schutz föderierten Einheiten; s. dazu unten §§ 5 f.).

(2) *Institutionelle „Rollen-Würde“ (föderale Würde i. e. S.)*

Der obige Befund, wonach föderale Würde primär deklaratorischer Natur sei (s. o. aa)), bedarf einer weiteren Ergänzung: Oben wurde aus der Logik des Bundes abgeleitet, dass nicht nur der Fortbestand der vor-gefundenen politischen Existenz der föderierten Einheiten im Bund garantiert werde, sondern auch die Stellung der föderierten Einheiten im durch den Bund geschaffenen föderalen Arrangement, in der Kompetenz- und Ingerenzordnung (s. o. 1. a) cc)). Dieser Aspekt wird in der oben zitierten Textstelle aus der Zusammenfassung der Entscheidung *Alden v. Maine* deutlich angesprochen: „*Federalism requires that [the U.S.] Congress accord States the respect and dignity due them as residuary sovereigns and joint participants in the Nation's governance.*“<sup>742</sup> Während sich die erste Begründung für die Würdeposition der Einzelstaaten („*due them as residuary sovereigns*“) auf den bereits behandelten Aspekt der föderalen Würde (Anerkennung von vor-gefundener Würde aus Souveränität) bezieht, geht es in der zweiten Begründung („*due them as [...] joint participants in the Nation's governance*“) um die Stellung der föderierten Einheiten im durch den Bund geschaffenen föderalen Arrangement.

Auch aus der Einbindung der föderierten Einheiten im durch den Bund geschaffenen föderalen Arrangement, aus ihrer Mitwirkung bei der „Regierung der Nation“ (als „*joint participants in the Nation's governance*“) kommt den föderierten Einheiten eine (weitere) Würdeposition zu. Dieser Aspekt kann auch als ‚föderale Würde i. e. S.‘ gelten, wird insoweit doch die Stellung der föderierten Einheiten gerade als föderierte Einheiten in Bezug genommen. Es geht nicht mehr um einen vor-gefundenen Status, sondern um den neuen „politische[n] Gesamtstatus [...] der föderierten Einheiten, der] im Hinblick auf den gemeinsamen Zweck [gerade durch den Bundesschluss] verändert [wurde und weiterhin verändert] wird“<sup>743</sup> (s. o. 1. a) cc) (1)).

In dieser ‚föderalen Würde i. e. S.‘ spiegelt sich eine Beobachtung, die im allgemeinen Diskurs darüber, ob Kollektiven ‚Würde‘ zukommen kann, gemacht wird: So haben Judith Resnik und Julie Chi-hye Suk – (auch) unter Auswertung der richterlichen Argumentation in Entscheidungen wie *Alden v. Maine* (s. o. b) aa)) – das Konzept einer „*role-dignity*“ konturiert.<sup>744</sup> Es handele sich hierbei um „institu-

<sup>742</sup> *Alden v. Maine*, 527 U.S. 706 (1999), 709; damit nimmt die Zusammenfassung folgende Stelle aus Kennedys Votum auf: „[O]ur federalism requires that [the U.S.] Congress treat the States in a manner consistent with their status as residuary sovereigns and joint participants in the governance of the Nation“ (*Alden v. Maine*, 527 U.S. 706 (1999), 748); zwar spricht Kennedy nicht an dieser Stelle, aber an zahlreichen anderen Textstellen ausdrücklich von „*dignity*“.

<sup>743</sup> C. Schmitt, Verfassungslehre, München u. a. 1928, S. 366; hierzu C. Schönberger, AöR 129 (2004), 81 (100).

<sup>744</sup> Vgl. J. Resnik/J. C. Suk, Stanford L. Rev. 55 (2003), 1921 (1927, 1941 ff.).

tionelle Würde, die es einer [...] Organisation [...] erlaub[e], zu funktionieren.“<sup>745</sup> Der Institution werde „Respekt entgegengebracht, um sie in die Lage zu versetzen, etwas von Wert für Individuen oder Gruppen hervorzubringen.“<sup>746</sup> Bemerkenswert an dieser Konzeption ist, dass die Zuschreibung von Würde oder Respekt als Voraussetzung dafür (und nicht etwa als Folge davon) betrachtet wird, dass die Institution ihre „Rolle“ spielen kann. Gemeint ist also nicht etwa nur der oben unter Rückgriff auf Russell Kirk erwähnte Zusammenhang, wonach demokratisch-territoriale Praxis im Verlauf der Zeit zum Aufbau von ‚Dignität‘ führen könne (s. o. B. III. 2. a)), sondern – umgekehrt – um eine Position der ‚Dignität‘ als Voraussetzung für das Funktionieren als Demokratie. Im Kontext des Föderalismus bedeutet das: Die effektive Einbindung der einzelnen föderierten Einheit in das föderale Arrangement, ihr Funktionieren im föderalen Geflecht der Kompetenz(-auf-)teilung und funktionalen Arbeitsteilung mit den anderen föderalen Trägern setzt die Anerkennung föderaler Würde i. e. S. voraus. Durch die Wahrnehmung hoheitlicher Funktionen innerhalb des multiarchischen föderalen Arrangements wirkt jeder einzelne föderale Träger bei der Schaffung von „Werten für Individuen oder Gruppen“ mit.<sup>747</sup> Auch diese föderale Würde i. e. S. kommt föderalen Trägern sowohl im Verschränkungs föderalismus (s. o. B. IV. 2.) wie auch im Trennungsföderalismus (s. o. B. IV. 1.) zu, wobei sie im Verschränkungs föderalismus besonders bedeutsam ist, da die föderalen Träger hier in besonderem Maße zur Verwirklichung der „shared rule“ zusammenwirken, also gerade als föderal gebundene und weniger als unabhängige politische Akteure agieren.<sup>748</sup>

#### cc) Fazit: komplexe, mehrdimensionale föderale Würde

Die Analyse der Urteilszitate und die angestellten Folgerungen aus dem Modell des Bundes haben ergeben, dass föderale Würde verschiedene Dimensionen aufweist: Neben einer konstitutiven föderalen Würde i. e. S., die sich als institutionelle

<sup>745</sup> J. Resnik/J. C. Suk, Stanford L. Rev. 55 (2003), 1921 (1927): „institutional dignity, enabling a fledgling organization – be it a court or a nation – to function.“

<sup>746</sup> J. Resnik/J. C. Suk, Stanford L. Rev. 55 (2003), 1921 (1927): „respect is accorded to an entity in order to enable that entity to produce something of value to persons or groups.“ Zum ‚Respekt‘ gegenüber Institutionen, insbesondere denjenigen des demokratischen Rechtsstaats: M. Kloepfer, VerwArch 110 (2019), S. 419 (426).

<sup>747</sup> Man mag bei solchen Beiträgen zurückgehen bis zur Bundesverfassungsgebung – und sich z. B. eine besondere ‚Mitwirkungswürde‘ des Landes Bayern durch die wichtige Rolle (freilich nicht nur) dieses Landes bei den Vorgängen der Schaffung der Bundesverfassung (Stichwort: ‚Herrenchiemsee‘) vor Augen führen.

<sup>748</sup> Vgl. R. Smend, in: Festgabe für Otto Mayer, Tübingen 1916, S. 247 (269), der für den (monarchischen) Verschränkungs föderalismus des Deutschen Reichs seit 1871 die „Gewähr für eine angemessene Einwirkung der Einzelstaaten auf das Reich“ als wesentlich herausstellt. Demgegenüber sei für den (republikanischen) Trennungsföderalismus wesentlich, dass „Schranke[n] gegen übermäßige Einwirkung[en] des republikanischen Gesamtstaats auf die Einzelstaaten“ bestünden, was stärker auf den vorliegend als vor-gefundene Würdeposition konzipierten Status (s. o. II. 3. c) aa)) verweist.

„*role-dignity*“ (Resnik/Suk) auf das Funktionieren der föderierten Einheit im föderalen Arrangement bezieht (s.o. bb) (2)), gibt es weitere Gehalte der föderalen Würde (i.w.S.), welche primär deklaratorisch auf etwas dem Bundesschluss Vor-Gefundenes verweisen, dabei aber durch Anerkennung, Verstärkung (und ggf. gar Fiktion) dennoch auch konstitutiv wirken. Hinsichtlich der letztgenannten Dimension lässt sich von einem im Bund eingeräumten föderalen „Recht, sich auf Würde berufen zu dürfen“ (Chibundu), sprechen (s.o. bb) (1)).

### III. ‚Treue‘: ‚föderale Treue‘ als Ausdruck der „*shared rule*“

Die voranstehenden Ausführungen zur föderalen Würde der einzelnen föderierten Einheiten haben sich primär auf das Element der „*self-rule*“ bezogen. Die föderale Würde i.e.S. („*role-dignity*“ der föderierten Einheiten hinsichtlich ihres Funktionierens im föderalen Arrangement – s.o. II. 3. c) bb) (2)) betrifft freilich auch Aspekte der „*shared rule*“. Noch stärker auf das Element der „*shared rule*“ ist jedoch ein Zusammenhang bezogen, der sich weniger auf den Status der einzelnen föderalen Träger als vielmehr von vorneherein auf ihr Verhältnis zueinander bezieht.

#### 1. Im Bund angelegte Rücksichtnahme und Kooperation der föderalen Träger

##### a) Gemeinsame Zweckverfolgung

Der Aspekt der „*shared rule*“ findet in Carl Schmitts ‚Bundes‘-Definition (s.o. I. 1.) v.a. Niederschlag in der Rede vom „gemeinsamen Zweck“, zu welchem die Bundesmitglieder den Bund schließen. Die gemeinsame Zweckverfolgung erfordert das kooperative Zusammenwirken der föderierten Einheiten und der von ihnen begründeten Bundesebene.<sup>749</sup> Innerhalb der durch den Bundesschluss geschaffenen arbeitsteiligen Zuständigkeitsordnung haben die einzelnen föderalen Träger zwar jeweils eigene Aufgaben, Funktionen, Kompetenzen und Ingerenzen, müssen jedoch bei deren Wahrnehmung auch den Fortbestand der politischen Gesamtordnung im Blick haben. Dieses Zusammenwirken der föderalen Träger wird auch als „föderale Praxis“ (Jenna Bednar)<sup>750</sup>, „föderative[r] Stil“ (Rudolf Smend)<sup>751</sup> oder „Gleichgestimmtheit“ (Peter Lerche)<sup>752</sup> bezeichnet. Es gilt in einem Mindest-

<sup>749</sup> Kooperation also nicht etwa nur zwischen den föderierten Einheiten und auch nicht nur zwischen den föderalen Ebenen, sondern im föderalen Netz – mit Sphärensprung.

<sup>750</sup> J. Bednar, *The Robust Federation*, Cambridge, Mass., U.S.A., 2009, S. 63, dort Fn. 1: „*federal practice*,‘ which [...] seems to mean a cooperation between governments that comes from the respect for the terms of the federal constitution, treating it like it is a covenant.“

<sup>751</sup> R. Smend, in: Festgabe für Otto Mayer, Tübingen 1916, S. 247 (259).

<sup>752</sup> P. Lerche, VVDStRL 21 (1964), 66 (87).



maß für *alle*<sup>753</sup> Verwirklichungen des ‚Bundes‘-Gedankens, also sowohl für Trennungsmodelle<sup>754</sup> (s. o. B. IV. 1.) wie auch – regelmäßig wohl in stärkerer Form – für Verschränkungsmodelle (s. o. B. IV. 2.) föderaler Aufgaben- und Kompetenzverteilung.

### b) Passive Rücksichtnahme und aktive Kooperation

Die Tendenz des Zusammenwirkens der Bundesmitglieder, der „föderative Stil“ impliziert die gegenseitige Rücksichtnahme und Kooperation der föderalen Träger bei der Ausübung ihrer jeweiligen Kompetenzen im föderalen Arrangement. Inwieweit über eine – passive – Rücksichtnahme (etwa auf sachlich benachbarte Kompetenzen der anderen föderalen Träger)<sup>755</sup> hinaus auch Pflichten zum – aktiven – Kooperieren bestehen, ist eine Frage der konkreten föderalismusverfassungsrechtlichen Ausgestaltung. Dabei ist im Verschränkungs föderalismus eine größere Bedeutung des aktiven Kooperierens von vorneherein angelegt.<sup>756</sup> Jedenfalls hat jeder föderale Träger die im Bundesvertrag vorausgesetzte und garantierte Eigenständigkeit und Schutzwürdigkeit der anderen föderalen Träger zu respektieren; insoweit sind föderale Würde und föderale Rücksichtnahme im Modell des ‚Bundes‘ nur zusammen denkbar (s. auch unten IV. 1.).

### c) Vertragsdenken

Das Zusammenwirken der föderalen Träger durch Rücksichtnahme und Kooperation steht in engem Zusammenhang mit dem Vertragsdenken, das dem Modell des ‚Bundes‘ innewohnt: In Carl Schmitts ‚Bundes‘-Definition (s. o. I. 1.) gibt es hierfür v. a. drei Anhaltspunkte: Der Bund beruhe – *erstens* – auf „freier Vereinbarung“, diene – *zweitens* – einem „gemeinsamen Zweck“ und stelle – *drittens* – eine „Vereinigung“ dar.<sup>757</sup> Das allgemeine Vertragsdenken kennt auch vertragliche Rücksichtnahmepflichten: Verträgen (und anderen Schuldverhältnissen) sind neben

<sup>753</sup> S. zur Frage, ob „die Bundestreue“ ein Merkmal aller föderalen Ordnungen sei, bereits oben in Fn. 86.

<sup>754</sup> Auch in den USA, in denen das Trennungsmodell weitgehend verwirklicht wird (s. o. B. IV. 1.), gibt es „*union-preserving aspects of federalism*“, vgl. *L. Tribe*, *American Constitutional Law*, Bd. 1, 3. Aufl., New York, N.Y., U.S.A., 2000, S. 1021 ff. (hierzu sogleich 3. b)).

<sup>755</sup> Zum Abstandnehmen von Übergriffen auf andere föderale Träger als Grundmotiv im („republikanischen“) Trennungsföderalismus vgl. *R. Smend*, in: Festgabe für Otto Mayer, Tübingen 1916, S. 247 (269). Dieses Motiv herrscht freilich auch im Verschränkungs föderalismus.

<sup>756</sup> Vgl. die komparatistische Gegenüberstellung von Trennungsföderalismus im „republikanischen Bundesstaat“ und Verschränkungs föderalismus im „monarchischen Bundesstaat“ bei *R. Smend*, in: Festgabe für Otto Mayer, Tübingen 1916, S. 247 (269), der die Kooperation im monarchischen Verschränkungs föderalismus als „Einwirkung“ bezeichnet.

<sup>757</sup> *C. Schmitt*, *Verfassungslehre*, München u. a. 1928, S. 366.



Leistungspflichten auch (Neben-)Pflichten „zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils“ zu entnehmen, wie beispielsweise § 241 Abs. 2 BGB für das deutsche Bürgerliche Recht positiviert. Die eben beschriebenen Pflichten zur Rücksichtnahme und Kooperation föderaler Träger lassen sich als vertragliche Nebenpflichten des Bundesvertrags modellieren. Allgemeiner lässt sich auf den Gedanken der Vertragstreue und den allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben, der u. a.<sup>758</sup> im Vertragsrecht Anwendung findet, rekurren.

Der Hinweis auf das Vertragsdenken offenbart zugleich eine gewisse modelllogische Schwierigkeit: Die föderalen Rücksichtnahmepflichten gelten zwischen *allen* föderalen Trägern, also auch zwischen den föderierten Einheiten und der *Bundesebene*, obwohl die Bundesebene nicht Vertragspartnerin des föderalen Vertrags ist (dazu oben II. 1. a) aa)). Jedoch wurde die Bundesebene durch die föderierten Einheiten zum Zweck der gemeinsamen politischen (Selbst-)Erhaltung geschaffen (s. o. I. 1.) und ist insoweit ebenfalls auf föderale Rücksichtnahme verpflichtet. Außerdem überbrücken die Gedanken der Spiegelbildlichkeit und der Wesensähnlichkeit von föderierten Einheiten und Bundesebene (s. o. II. 2. d)) die beschriebene modelllogische Schwierigkeit.<sup>759</sup>

## 2. ‚Föderale ‚Bundestreue‘‘ als Tautologie und Arbeitstopos

Die im Bund angelegte Rücksichtnahme und Kooperation der föderalen Träger soll hier – wiederum (wie schon bei der Rede von der ‚föderalen Würde‘ – s. o. II. 3.) bewusst rhetorisch überspitzt – als ‚föderale Bundestreue‘ bezeichnet werden. In der Rede von der ‚föderalen Treue‘ wird auch das eben beschriebene Vertragsdenken (s. o. I. c)) aufgegriffen (föderale Treue als Vertragstreue).<sup>760</sup>

Die Formulierung ‚föderale Bundestreue‘ ist zudem bewusst tautologisch gewählt: Das Merkmal des Bundes findet sich einerseits im Attribut „föderal“, andererseits im Wortbestandteil „Bundes-“ wieder. Diese Dopplung erklärt sich mit Blick auf den weiteren Fortgang der vorliegenden Studie: Nach der Betrachtung des föderalen Prinzips *als solchem* werden im weiteren Verlauf u. a. die Sondertypen des *nationalstaatlichen*, des *demo(i)kratischen* und des *freiheitlichen* Föderalismus

<sup>758</sup> Der Grundsatz von Treu und Glauben gilt – etwa im deutschen Bürgerlichen Recht – auch für gesetzliche, also nicht-vertragliche Schuldverhältnisse, vgl. § 242 BGB.

<sup>759</sup> Weiterhin ließe ggf. sich durch einen Rückgriff auf besondere Vertragstypen wie den Versicherungs-, Gesellschafts-, Genossenschafts- oder Stiftungsvertrag ‚Modellmaterial‘ gewinnen, welches der beschriebenen modelllogischen Schwierigkeit Rechnung trägt: Zum Stiftungsvertragsmodell oben bei Fn. 695; zum Genossenschaftsvertragsmodell (Preuß) oben bei Fn. 580 ff.; zum Versicherungsvertragsmodell etwa *M. Weber*, in: *Zur Politik im Weltkrieg. Schriften und Reden 1914–1918*, hrsg. v. W. J. Mommsen/G. Hübinger, Tübingen 1984 [1918], S. 421 (567): das Reich als „Versicherungsanstalt“ für die Stellung der Einzelstaaten – dazu auch bei Fn. 777.

<sup>760</sup> Vgl. *O. Mayer*, AöR 18 (1903), 337 (370); *R. Smend*, in: *Festgabe für Otto Mayer*, Tübingen 1916, S. 247 (259, 261).

untersucht. Hierbei wird auch die Figur der ‚Bundestreue‘ entsprechenden Qualifikationen (Dekonstruktionen) als *demo(i)kratische* bzw. *individualisierte* Bundestreue zugeführt (s. u. § 12, B. II. 3. c) bzw. III. 2. b) ff)).

### 3. Momente der Ideenpolitik: Verfassungsrechtsdogmatik der „Bundestreue“

Auch der Topos der „Bundestreue“ ist – und zwar noch weniger als die Rede von der ‚föderalen Würde‘ (s. o. II. 3. b)) – keine begriffliche Innovation der vorliegenden Studie. Er greift – insbesondere in Deutschland – auf eine reiche Geschichte der Ideenpolitik (s. o. § 1, C. I.), auch in der Verfassungsrechtsdogmatik, zurück.

#### a) Deutschland: „Bundestreue“ als „dogmatische Erbmasse“<sup>761</sup> aus dem Kaiserreich

##### aa) Rudolf Smends Konturierung der „Bundestreue“ als Exekutiv-Eliten-Praxis

Als verfassungsrechtsdogmatische Figur wurde die ‚Bundestreue‘ im Jahr 1916, in der Endphase des Deutschen Kaiserreichs, durch Rudolf Smend in einem Festschriftenbeitrag für Otto Mayer erstmals näher vorgestellt. Freilich war der Topos schon zuvor angesprochen worden – sowohl in der politischen Praxis als auch im rechtswissenschaftlichen Schrifttum: In der Praxis wirkte allen voran – der sich selbst (auch insoweit) als „ehrlicher Makler“ begreifende<sup>762</sup> – Otto v. Bismarck prägend; er nutzte den Topos „Bundestreue“ in Reden, zum Teil bereits vor 1871.<sup>763</sup> Somit wurde die „Bundestreue“ durch *den* paradigmatischen Vertreter der Exekutiv-

<sup>761</sup> A. Blankenagel, Tradition und Verfassung, Baden-Baden 1987, S. 72 ff.

<sup>762</sup> Die prägende Kraft Bismarcks für die Bundestreue scheint – bewusst oder unbewusst – stilistisch bis in die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts vorgedrungen zu sein: In BVerfGE 72, 330 (396) – Finanzausgleich I – heißt es: Der Bund dürfe sich als „ehrlicher Makler“ betätigen – dabei handelt es sich um eine überlieferte Selbstbeschreibung Bismarcks im Umfeld des Berliner Kongresses von 1878 (dazu, dass das Gericht hier „den Bund“ – und letztlich doch sich selbst(!) – als funktionales Äquivalent Bismarcks betrachtet, unter dem Gesichtspunkt der ‚Ironie‘: unten § 11, B. I. 2. a)). Für Max Weber war Bismarck aber nicht nur Makler zwischen den Einzelstaaten, sondern vor allem ihr (jedenfalls „schein“-barer) „Schutzherr“ (gegenüber anderen politischen Kräften), vgl. M. Weber, in: Zur Politik im Weltkrieg. Schriften und Reden 1914–1918, hrsg. v. W. J. Mommsen/G. Hübinger, Tübingen 1984 [1918], S. 421 (567).

<sup>763</sup> Vgl. O. Mayer, AöR 18 (1903), 337 (370), welcher auf zwei Reden Bismarcks (Reichstagsrede am 11. März 1867 – Norddeutscher Bund – und Ansprache an den Bundesrat am 1. April 1885) hinweist; zu Bismarcks Bedeutung für die Bundestreue auch R. Smend, in: Festgabe für Otto Mayer, Tübingen 1916, S. 247 (259 f.): Bismarck habe sich als „Beamter der sämtlichen deutschen Einzelstaaten“ betrachtet und entsprechend ‚Treue‘ gegenüber den Einzelstaaten empfunden; vgl. ferner H. Bauer, Die Bundestreue, Tübingen 1992, S. 40 ff.

Eliten in der ersten Phase des Deutschen Reichs von 1871 prominent.<sup>764</sup> Auch im Schrifttum reicht die Erwähnung der Figur in die Zeit vor 1871 zurück,<sup>765</sup> wurde im Kaiserreich jedoch häufiger. Unter anderem arbeitete auch der in Smends Festschrift-Beitrag „gefeierte“<sup>766</sup> Otto Mayer selbst in einem Aufsatz aus dem Jahr 1903 mit der „Bundestreue“ und bezeichnete sie als „oberstes Lebensprinzip“ des „monarchischen Bundesstaats“.<sup>767</sup> Auch Heinrich Triepel beschrieb eine Treue der Gliedstaaten „gegen das Reich“ aufgrund des politischen Fortwirkens der „geschichtliche[n] Tatsache, daß die Verfassung mit dem Willen aller Einzelstaaten ins Leben gerufen worden ist“.<sup>768</sup>

Smend lieferte in seinem Beitrag „Ungeschriebenes Verfassungsrecht im monarchischen Bundesstaat“ allerdings erstmals eine deutlich – wie schon der Titel ankündigt: auch verfassungstheoretisch – fundiertere Analyse der Figur ‚Bundestreue‘.<sup>769</sup> Er stellt für die Bundestreue das Zusammenspiel von geschriebenem und ungeschriebenem Verfassungsrecht,<sup>770</sup> das Gemenge von positivierten und ideologischen Gehalten<sup>771</sup> und das Verhältnis von Theorie und Praxis<sup>772</sup> heraus. Smend stellt die Bundestreue als den prägenden Gehalt einer volks- und parlamentsfernen *Exekutiv*-Eliten-Praxis und -Ideologie<sup>773</sup> vor: Es sei insbesondere die politische

---

<sup>764</sup> Es ist kein Zufall, dass ein Akteur der Exekutive und Gubernative prägend für den Begriff wurde: Schon im Reich von 1871 herrschte das Modell des Verschränkungs- und Exekutivföderalismus – das korrespondiert mit einer Exekutivlastigkeit der „Bundestreue“. Es waren eben die Exekutiven (Gubernativen) von Reich und Bundesstaaten „Bundestreue“-affin (Bundestreue als Exekutiv-Eliten-Praxis und -Ideologie), vgl. auch R. Smend, in: Festgabe für Otto Mayer, Tübingen 1916, S. 247 (262 ff.).

<sup>765</sup> Vgl. die Nennung von Vordenkern bei W. Geiger, in: A. Süsterhenn (Hrsg.), *Föderalistische Ordnung*, Koblenz 1961, S. 113 (113); H. Bauer, *Die Bundestreue*, Tübingen 1992, S. 31; Görres, vom Stein und Hegel (sowie später) Frantz und (v.) Seydel.

<sup>766</sup> Zum Genre der ‚Festschrift‘ als Ort für Ideenpolitik auch unten § 7, A. IV. 1. b).

<sup>767</sup> O. Mayer, AöR 18 (1903), 337 (370).

<sup>768</sup> H. Triepel, *Unitarismus und Föderalismus im Deutschen Reiche. Eine staatsrechtliche und politische Studie*, Tübingen 1907, S. 29.

<sup>769</sup> Zur hervorstechenden Bedeutung Smends statt vieler A. Blankenagel, *Tradition und Verfassung*, Baden-Baden 1987, S. 76 (dort in Fn. 146): „Vater der Bundestreue“; sowie W. Geiger, in: A. Süsterhenn (Hrsg.), *Föderalistische Ordnung*, Koblenz 1961, S. 113 (113), welcher auch Vordenker nennt (s. Fn. 765); H. Bauer, *Die Bundestreue*, Tübingen 1992, S. 38.

<sup>770</sup> Vgl. R. Smend, in: Festgabe für Otto Mayer, Tübingen 1916, S. 247 (248): „Verfassungsrecht, das entweder gar nicht oder in eigentümlich mißverständlicher Form geschrieben ist“; vgl. auch a. a. O., S. 263: „Unzulänglichkeiten unserer Verfassungsurkunde“.

<sup>771</sup> Smend spricht nicht ausdrücklich von „Ideologie“, verwendet aber zum Teil Formulierungen, die der Sache nach auf ideologische Gehalte hinweisen: vgl. R. Smend, in: Festgabe für Otto Mayer, Tübingen 1916, S. 247 (263 ff.): „die ganze Welt der ‚Bündnisverträge‘“ (263), „stillschweigende Voraussetzung“ (264), „Geist der Bündniserfüllung“ (266); vgl. auch die Ausführungen zur Bundestreue als „als ob“-Fiktion (260).

<sup>772</sup> Vgl. R. Smend, in: Festgabe für Otto Mayer, Tübingen 1916, S. 247 (261 f., 264).

<sup>773</sup> Vgl. R. Smend, in: Festgabe für Otto Mayer, Tübingen 1916, S. 247 (263): „Reichsregierung und Reichsparlament sprechen auch deshalb eine so verschiedene Sprache in Reichsverfassungsfragen, weil für die Regierung zum Text der Verfassung noch die ganze

Praxis der *Exekutiven* (oder Gubernativen) der Einzelstaaten und des Reichs, in welcher sich die Vorstellung (die Fiktion<sup>774</sup>) einer gegenseitig geschuldeten Vertragstreue mit gegenseitigen Rücksichtnahmepflichten niederschläge. Im Reichstag und im Volk sei diese Ideologie dagegen nicht wirkmächtig.<sup>775</sup> Die Bundestreue ist für Smend die Verpflichtung der Exekutiven, bei der Erfüllung verfassungsrechtlicher Pflichten und der Wahrnehmung verfassungsrechtlicher Rechte auf die anderen förderierten Einheiten Rücksicht zu nehmen, als wären sie gleichgeordnete Vertragspartnerinnen („bundesfreundliche ‚Vertragstreue‘“).<sup>776</sup> Die ‚Bundestreue‘ kommt insoweit als ‚Rollen spiel‘ daher, was Überschneidungen zum oben skizzierten Konzept der „Rollen-Würde“ (Resnik/Suk) von Institutionen offenbart. Max Weber charakterisierte dieses exekutiv-eliten-ideologische Arrangement später als „eine dynastisch-bureaukratische Pfründenversicherung“, „eine Versicherungsanstalt für die eigene Stellung“ der „Höfe sowohl wie für die einzelstaatlichen Bureaukratien“.<sup>777</sup> Exkursorisch ist darauf hinzuweisen, dass hier eine gewisse Kontinuität oder doch zumindest (Wahl-)Verwandtschaft mit der im ersten Kapitel beschriebenen wichtigen Rolle von „Gelehrten-Intellektuellen“ (Hübinger) und „Gelehrtenpolitikern“ (Meineke) für die Ideenpolitik des Instrumentalföderalismus im frühen 19. Jahrhundert (s. o. § 1, C. II. 1. b) u. c)) hin zu den ideenpolitisch aktiven Exekutiv-Eliten des Kaiserreichs gegeben sein könnte.

Solche exekutiv-eliten-ideologisch und vertraglich geprägten Muster der integrierenden Kooperation haben in der Geschichte des ‚westlichen‘ politischen Denkens Tradition; so ist die Politik im antiken Römischen Reich vor dieser Folie lesbar: Aus ideenpolitikwissenschaftlicher Sicht haben Herfried Münkler und Grit Straßenberger einen privilegien- und tugendbasierten ‚Freiheits‘-Begriff im antiken Rom beschrieben, welcher darauf basiere, dass sich (zunächst) die (aristokratischen) politischen Eliten für die öffentliche Sache in die Pflicht nahmen, was dann auf Plebejer und schließlich – gewissermaßen in einem Sphärensprung von ‚innen‘ nach

---

Welt der ‚Bündnisverträge‘ hinzutritt“. Die Exekutiv-*Eliten*-Ideologie des ‚Bundes‘ ist gewissermaßen eine Ideologie ‚ohne Volk‘, vgl. a. a. O. (265); überhaupt sei die Reichsverfassung von 1871 durch einen diplomatischen, nicht-volksnahen, prosaischen Stil geprägt, vgl. a. a. O. (247 f.). Die späteren Entwicklungen des Föderalismusverfassungsrechts unter dem Grundgesetz mag man dann so lesen, dass aus der Exekutiv-Eliten-Ideologie des ‚Bundes‘ – durch eine Effektuierung der Rolle der Gerichte (*judicial safeguards*) – (auch) eine *Judikativ-Eliten*-Ideologie werden sollte (vgl. u. § 11, B. II.), und diese ggf. sogar ‚demokratisierbar‘ ist (s. u. § 12, B. III. 2. b) ff)). Der Gedanke der Exekutiv-Eliten-Ideologie hat auch Relevanz für das unten intensiv diskutierte Theorem des *departmentalist federalism* (s. u. § 8, B. I.).

<sup>774</sup> Vgl. R. Smend, in: Festgabe für Otto Mayer, Tübingen 1916, S. 247 (260): „als ob“.

<sup>775</sup> Vgl. R. Smend, in: Festgabe für Otto Mayer, Tübingen 1916, S. 247 (262, 265).

<sup>776</sup> Vgl. R. Smend, in: Festgabe für Otto Mayer, Tübingen 1916, S. 247 (261 f.).

<sup>777</sup> So in der ‚Streitschrift‘ „Parlament und Regierung im neugeordneten Deutschland. Zur politischen Kritik des Beamtentums und Parteiwesens“ von 1918: M. Weber, in: Zur Politik im Weltkrieg. Schriften und Reden 1914–1918, hrsg. v. W. J. Mommsen/G. Hübinger, Tübingen 1984 [1918], S. 421 (567); dazu auch T. Kleinlein, I•CON 15 (2017), 1157 (1161).

„außen“ – auf die Eliten der italischen *Verbündeten* Roms ausgedehnt worden sei.<sup>778</sup> Diese Parallele aus der politischen Ideengeschichte verdeutlicht zugleich das Transponier- und Expansionspotential des ‚Bundestreue‘-Gedankens, welches unten mit Blick auf demokratie- und freiheitstheoretische Erwägungen aufzugreifen ist (Individualisierung oder Demo(i)kratisierung der Bundestreue – s.u. § 12, B. II. 3. c) bzw. III. 2. b) ff)).

Smend veranschaulicht seinen Befund an einigen Beispielen, u. a. anhand einer Schilderung eines Treffens der Exekutivspitzen von Reich und Einzelstaaten: Im März 1913 – also zu der Zeit, als Rainer Maria Rilke einen Schnupfen hatte und Ernst Jünger von Afrika träumte<sup>779</sup> – lud Reichskanzler Otto v. Bismarck die zuständigen Minister *aller* Einzelstaaten des Deutschen Reichs „nach Berlin [...] zur Rücksprache über Heeres- und Deckungsvorlage und im Zusammenhang damit über die auswärtige Lage.“<sup>780</sup> Dieses Treffen war aus der Sicht des Verfassungstexts *informaler* Natur, da es gerade nicht in dem – sachlich zuständigen – ausdrücklich von der Verfassung vorgesehenen Ausschuss des Bundesrats für Auswärtige Angelegenheiten (s. schon oben II. 1. b) dd)) stattfand. Diesem Ausschuss gehörten gem. Art. 8 Abs. 3 der Reichsverfassung von 1871<sup>781</sup> wie erwähnt nur bestimmte Einzelstaaten (die Königreiche Bayern, Sachsen und Württemberg als ständige Mitglieder und zwei „vom Bundesrathe alljährlich zu wählende andere Bundesstaaten“ als nicht-ständige Mitglieder) an. Smend argumentiert nun, dass der ungeschriebene Grundsatz der Bundestreue geradezu verlangt habe, dass nicht nur die fünf Mitglieder dieses Ausschusses, sondern *alle* Einzelstaaten von der Reichsleitung über die Außen- und Militärpolitik informiert würden.<sup>782</sup> Die von der Reichsleitung gewählte informale Lösung, eine Umgehung des verfassungsurkundlich vorgesehenen Ausschusses für Auswärtiges, habe nicht Art. 8 Abs. 3 RV 1871 verletzt, sondern entspreche dem (ungeschriebenen „oder in eigentümlich mißverständlicher Form geschrieben[en]“<sup>783</sup>) Verfassungsrecht der Bundestreue.

<sup>778</sup> Vgl. H. Münkler/G. Straßenberger, Politische Theorie und Ideengeschichte. Eine Einführung, München 2016, S. 236.

<sup>779</sup> Dazu F. Illies, 1913. Der Sommer eines Jahrhunderts, Frankfurt a. M. 2012, S. 85, 100. Außerdem: Im März 1913 erschien im *Le Figaro* ein (weiterer) Auszug aus Marcel Prousts „*Du côté de chez Swann*“ – zu diesem Text unten § 10, B. IV. 2. u. 3. Kurz darauf, im April 1913, wurde der XVII. Zusatzartikel Bestandteil der US-Verfassung; seitdem werden die US-Senatoren direkt (durch die Wahlbevölkerung und nicht mehr durch die Einzelstaatenparlamente) gewählt – dazu unten § 4, B. II. 1. a) aa).

<sup>780</sup> R. Smend, in: Festgabe für Otto Mayer, Tübingen 1916, S. 247 (250).

<sup>781</sup> Art. 8 Abs. 3 RV 1871: „Außerdem wird im Bundesrathe aus den Bevollmächtigten der Königreiche Bayern, Sachsen und Württemberg und zwei, vom Bundesrathe alljährlich zu wählenden Bevollmächtigten anderer Bundesstaaten ein Ausschuß für die auswärtigen Angelegenheiten gebildet, in welchem Bayern den Vorsitz führt.“

<sup>782</sup> Vgl. R. Smend, in: Festgabe für Otto Mayer, Tübingen 1916, S. 247 (250).

<sup>783</sup> R. Smend, in: Festgabe für Otto Mayer, Tübingen 1916, S. 247 (248).

bb) Rudolf Smends Betonung der Besonderheiten  
des „monarchischen Bundesstaats“

Smend rahmt seine Untersuchung – wie auch Otto Mayer seinen Beitrag von 1903<sup>784</sup> – komparatistisch-kontrastiv: Er grenzt den „monarchischen Bundesstaat“ des Deutschen Kaiserreichs von den „republikanischen Bundesstaaten“ Schweiz und USA ab.<sup>785</sup> (Das wird ihn später freilich nicht davon abhalten, die Figur der ‚Bundestreue‘ auf den republikanischen Bundesstaat der Weimarer Republik anzuwenden.<sup>786</sup>) Im Jahr 1916 brachte Smend die eben beschriebene Exekutiv-Eliten-Ideologie von ‚Bund‘ und ‚Bundestreue‘ allerdings noch in „eng[en]“ Zusammenhang „mit dem innersten Wesen des monarchischen Bundesstaats“<sup>787</sup>: Der monarchische Bundesstaat basiere auf „bundesstaatlicher Höflichkeit“, während der republikanische Bundesstaat „freier“ darin sei, den föderierten Einheiten verfassungsrechtliche Vorgaben (z. B. staatsorganisationsrechtliche Homogenitätsvorgaben) zu machen.<sup>788</sup> Zudem basiere der monarchische Bundesstaat auf dem – von Smend so nicht bezeichneten – Verschränkungsmodell, der republikanische Bundesstaat hingegen auf dem Trennungsmodell, weshalb es bei ersterem – im Sinne der Bundestreue – um die Effektivierung von Mitwirkungsrechten der föderierten Einheiten, bei zweiterem um Abwehrrechte der föderierten Einheiten gehe.<sup>789</sup>

cc) „Bundestreue“ auch außerhalb des „monarchischen Bundesstaats“

Diese Herausbildung ‚der Bundestreue‘ im Kontext des monarchischen Bundesstaats hinderte das Bundesverfassungsgericht nicht daran, eine daran angelehnte verfassungsrechtsdogmatische Figur für das demokratische Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland zu rezipieren; beispielsweise schreibt der Zweite Senat

<sup>784</sup> O. Mayer, AöR 18 (1903), 337.

<sup>785</sup> Vgl. R. Smend, in: Festgabe für Otto Mayer, Tübingen 1916, S. 247 (247 f., 266 ff.).

<sup>786</sup> Vgl. R. Smend, in: ders., Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze, 3. Aufl., Berlin 1994 [1928], S. 119 (239), zum „höhere[n], das Verhältnis von Reich und Ländern beherrschende[n] Gesetz der Bundesfreundlichkeit“; deutlich zur Übertragung dann auch a. a. O. (269 ff.). Auch unter der Weimarer Reichsverfassung sei die ‚Bundestreue‘ ein Ausdruck und ein Vehikel des staatlichen „Integrations“-Prozesses; freilich bringt Smend aber auch zum Ausdruck, dass mit Blick auf das Ganze der Beitrag der föderalen Integration im Kaiserreich ein größerer war als in der Republik: vgl. a. a. O. (203) zum Gedanken einer gewissen funktionalen Äquivalenz zwischen dem „Grundsatz bundesfreundlicher Verständigung und seiner Handhabung durch die Bundesratsdiplomatie“ im Kaiserreich einerseits und dem Parlamentarismus der Weimarer Republik andererseits (unter dem *tertium comparationis* der „elastischen letztinstanzlichen Ausgleichsmöglichkeiten“ einer „letzte[n] Integrationsinstanz“ – also Bundesrat bzw. Reichstag).

<sup>787</sup> R. Smend, in: Festgabe für Otto Mayer, Tübingen 1916, S. 247 (248).

<sup>788</sup> Vgl. R. Smend, in: Festgabe für Otto Mayer, Tübingen 1916, S. 247 (266).

<sup>789</sup> Vgl. R. Smend, in: Festgabe für Otto Mayer, Tübingen 1916, S. 247 (268 f.) – richtigerweise herrschen in beiden Modellen beide Tendenzen – *status negativus* und *status activus* – dazu näher unten § 4, B. III. 3.

in der 1. Rundfunkentscheidung von 1961: „Im deutschen Bundesstaat wird das gesamte verfassungsrechtliche Verhältnis zwischen dem Gesamtstaat und seinen Gliedern sowie das verfassungsrechtliche Verhältnis zwischen den Gliedern durch den ungeschriebenen Verfassungsgrundsatz von der wechselseitigen Pflicht des Bundes und der Länder zu bundesfreundlichem Verhalten beherrscht (vgl. Smend, *Ungeschriebenes Verfassungsrecht im monarchischen Bundesstaat*, Festgabe für Otto Mayer, 1916, S. 247 ff.).“<sup>790</sup> Der ausdrückliche Verweis des Senats auf Smends Aufsatz von 1916 stützt Wilhelm Hennis’ These von „Rudolf Smend als Hausgott“ des Bundesverfassungsgerichts<sup>791</sup>, jedenfalls für das Föderalismusverfassungsrecht<sup>792</sup>.

Das Bundesverfassungsgericht geht – wie zuvor etwa auch Smend in seiner Schrift „*Verfassung und Verfassungsrecht*“ von 1928<sup>793</sup> – erkennbar davon aus, dass der Grundgedanke der ‚Bundestreue‘ nicht auf den monarchischen Bundesstaat beschränkt sei (im zitierten Urteil formuliert es die ‚Bundestreue‘ als „wechselseitig[e] Pflicht des Bundes und der Länder zu bundesfreundlichem Verhalten“<sup>794</sup>). Hier zeigt sich die Wirkmacht des *allgemeinen* Modells des ‚Bundes‘ und einer hieraus abgeleiteten gegenseitigen Treuepflicht, die zu Rücksichtnahme und Kooperation, zur gemeinsamen Verwirklichung der „*shared rule*“ des Föderalismus verpflichtet. Diese Wirkmacht geht über spezifische historische Föderal-Arrangements und über Bindungen an bestimmte Staats- und Regierungsformen hinaus.

#### b) USA: ‚technische‘ Dogmatikkomplexe als Ausdruck ‚föderaler Treue‘

Der Grundgedanke einer ‚föderalen Bundestreue‘, wonach alle föderalen Träger bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben und Kompetenzen in bestimmtem Maße zur gegenseitigen passiven Rücksichtnahme und u. U. auch zur aktiven Kooperation

<sup>790</sup> BVerfGE 12, 205 (254) – 1. Rundfunkentscheidung.

<sup>791</sup> W. Hennis, JZ 1999, 485 (486); Hennis benennt der Vollständigkeit (*closure*) halber auch Smends eigenen „Hausgott“: den „alten Goethe“ mit „Voltaire[sche] Geist“. Hennis erklärt diese Zuschreibung mit Smends Hinwendung zum ‚Öffentlichen‘ und zu einem „politischen Betrieb“, der zur „lebendigen Teilhabe“ einlade – all dies würde man eben auch beim „alten Goethe“ und seiner „Heimatstadt“ Frankfurt am Main finden, vgl. W. Hennis, JZ 1999, 485 (495); vgl. für eine eindrückliche Schilderung der Erfahrungen von ‚Öffentlichkeit‘ im und um *Goethes* Geburtshaus am Hirschgraben (also auch schon beim ‚ganz jungen‘ *Goethe*) als „Urszene“: R. Safranski, *Goethe. Kunstwerk des Lebens*, München 2013, S. 30 ff. So kommt der *genius loci* der ‚Bundesrepublik‘ also auch noch zu seinem Recht (kurz: das Bundesverfassungsgericht tritt ganz mittelbar als Städtisches Kunstinstitut auf); zudem ist eine gewisse (zufällige) Nähe zur oben beschriebenen ‚Eliten-Ideologie‘ hinter der ‚Bundestreue‘ unverkennbar.

<sup>792</sup> Vgl. auch W. Hennis, JZ 1999, 485 (493), zur „Langzeitwirkung“ des Aufsatzes zum „bundesfreundlichen Verhalten“ in der Festgabe für Mayer „bis in unsere Tage“. Hennis begrenzt den „Hausgut“-Befund freilich nicht darauf.

<sup>793</sup> Vgl. R. Smend, in: ders., *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, 3. Aufl., Berlin 1994 [1928], S. 119 (239, 269 ff., 203).

<sup>794</sup> BVerfGE 12, 205 (254) – 1. Rundfunkentscheidung.



verpflichtet sind, lässt sich auch in der Verfassungsrechtsdogmatik der USA auf-finden,<sup>795</sup> obschon hier eine starke Tendenz zum Trennungsföderalismus vorherrscht (s. o. B. IV. 1.).

#### aa) Fehlen eines prägnant verdichteten dogmatischen Topos

Bei einem vergleichenden Blick auf die Rechtsprechung und das flankierende verfassungsrechtswissenschaftliche Schrifttum in den USA lassen sich allerdings keine ähnlich eingängig-pointierten Figuren wie die deutschen Topoi „Bundestreue“ oder „bundesfreundliches Verhalten“, die der schlagwortartigen Kommunikation und (krypto-)normativen Unterfütterung von föderalen Rücksichtnahme- und Kooperationspflichten dienen, ausmachen.<sup>796</sup>

Im US-amerikanischen Verfassungsrecht äußern sich föderale Rücksichtnahme- und Kooperationspflichten allerdings in einigen ‚technischen‘ Dogmatikkomplexen, die zwar nicht ausdrücklich – sehr wohl aber der Sache nach – auf den Zentralgedanken einer ‚föderalen Treue‘ mit den Komponenten ‚Rücksichtnahme‘ und ‚Kooperation‘ hin ausgerichtet sind. Nüchtern und wenig pointiert fasst Laurence H. Tribe einen Teil der einschlägigen Dogmatik mit der Wendung „*union-preserving aspects of federalism*“<sup>797</sup> zusammen; hierzu zählt er die anti-protektionistische *dormant commerce clause*-Dogmatik (hierzu sogleich bb)), föderale Anti-Diskriminierungsgebote (*privileges and immunities of state citizenship*) und die Normkollisionsdogmatik zum Vorrang des Bundesrechts (*preemption* – hierzu später § 4, B. I. 2. c) cc))<sup>798</sup>. Mark Tushnet und Vicky C. Jackson haben in komparatistischen Aufsätzen ausdrücklich (obschon ‚lose‘) angedacht, einige dieser (sowie andere) Dogmatikkomplexe tatsächlich unter dem deutschen Begriff „Bundestreue“ zu diskutieren; sie verwenden neben dem deutschsprachigen Original „Bundestreue“ die Übersetzungen „*federal comity*“ und „*federal loyalty*“ (und sogar „*federal faith*“).<sup>799</sup> Etabliert sind diese Wendungen im US-amerikanischen Diskurs freilich

<sup>795</sup> So auch P. Egli, Die Bundestreue. Eine rechtsvergleichende Untersuchung, Zürich, Schweiz, 2010, S. 338 ff.; vgl. auch M. Tushnet, Ariz. L. Rev. 38 (1996), 873 (879 ff.); V. C. Jackson, Duke L. J. 51 (2001), 223 (284 ff.) – zu Tushnet und Jackson sogleich bei und in Fn. 799.

<sup>796</sup> Ebenso P. Egli, Die Bundestreue. Eine rechtsvergleichende Untersuchung, Zürich, Schweiz, 2010, S. 338, m. w. N.: „aus den einzelnen [...] Ausprägungen in der Rechtspraxis kein allgemeiner Grundsatz der Bundestreue entwickelt“; Egli selbst nutzt „Bundestreue“ freilich als *tertium comparationis* ihrer komparatistischen Untersuchung.

<sup>797</sup> L. Tribe, American Constitutional Law, Bd. 1, 3. Aufl., New York, N.Y., U.S.A., 2000, S. 1021.

<sup>798</sup> L. Tribe, American Constitutional Law, Bd. 1, 3. Aufl., New York, N.Y., U.S.A., 2000, S. 1021 ff.

<sup>799</sup> M. Tushnet, Ariz. L. Rev. 38 (1996), 873 (879 ff.); V. C. Jackson, Duke L. J. 51 (2001), 223 (283 ff.). Es kommen bei Tushnet und Jackson aber allen voran auch solche dogmatischen Strukturen zu Sprache, die dem ‚Schutz‘ der föderierten Einheiten vor *top-down*-‚Übergriffen‘ durch die Bundesebene dienen. Dies sind nun aber gerade solche föderalismusverfassungs-



allesamt *nicht*; es bleibt vielmehr bei meist prosaischen Bezeichnungen für die einzelnen Dogmatikkomplexe.

Zur Veranschaulichung sollen hier knapp und ohne Anspruch auf Vollständigkeit zwei Dogmatikkomplexe vorgestellt werden, welche Berührungspunkte zu einem weiten Verständnis von ‚föderaler Treue‘ aufweisen (also als Fragen ‚föderaler Treue‘ lesbar sind):

#### bb) Beispiel 1:

anti-protektionistische Rücksichtnahme (*dormant commerce clause*)  
als Ausdruck föderaler Treue

Als Ausdruck des Gedankens der föderalen Rücksichtnahme lässt sich die sog. ‚*dormant commerce clause*‘-Dogmatik lesen.<sup>800</sup> Dabei handelt es sich um eine – im Schrifttum umstrittene<sup>801</sup> – richterrechtlich ohne ausdrückliche verfassungstextliche Grundlage<sup>802</sup> entwickelte Kompetenzausübungsschranke, die es den US-Einzelstaaten verbietet, durch protektionistische Staatengesetze Wirtschaftsteilnehmerinnen und -teilnehmer aus anderen Einzelstaaten zu diskriminieren oder den zwischenstaatlichen Handel in den USA anderweitig übermäßig zu belasten (*„place an*

---

rechtlichen Aspekte, welche eher unter den Topos der ‚föderalen Würde‘ fallen (s.o. II.). Tushnet zu Folge seien kaum – umgekehrt ausgerichtete – einzelstaatenverpflichtende ‚*bundesfreundliche*‘ *bottom-up*-Ausprägungen (zugunsten der Bundesebene) im US-amerikanischen Recht identifizierbar. Vgl. für eine umfassende Beschreibung der horizontalen und wechselseitig (also nicht einseitig) vertikalen Spannungslagen in (allen) Föderationen: J. Bednar, *The Robust Federation*, Cambridge, Mass., U.S.A., 2009, S. 68 (freilich ohne Rückgriff auf die ‚Bundestreue‘), die drei Spannungslagen sind: (1) horizontales *„burden-shifting“* (zwischen den föderierten Einheiten), (2) *top-down*-vertikales *„encroachment“* (der Bundesebene gegenüber den föderierten Einheiten) und (3) *bottom-up*-vertikales *„shirking“* (der föderierten Einheiten gegenüber der Bundesebene); bezogen auf dieses Modell vermisst Tushnet im US-amerikanischen Recht also vor allem Aspekte des (*anti*-), *„shirking“*; zu diesen drei Dimensionen – zudem ausdrücklich mit Blick auf die deutsche Bundestreue – auch V. C. Jackson, *Duke L. J.* 51 (2001), 223 (284). Bemerkenswert ist, dass Jackson und Tushnet jeweils das prozedurale Grundmoment des „Bundestreue“-Gedankens besonders würdigen, vgl. M. Tushnet, *Ariz. L. Rev.* 38 (1996), 873 (879 f.); vgl. V. C. Jackson, *Duke L. J.* 51 (2001), 223 (285 f.).

<sup>800</sup> Vgl. M. Tushnet, *Ariz. L. Rev.* 38 (1996), 873 (880): *„As among the states, dormant Commerce Clause doctrine certainly resonates with the idea of Bundestreue“*; vgl. auch V. C. Jackson, *Duke L. J.* 51 (2001), 223 (285); ausführliche Betrachtung der *dormant commerce clause*-Dogmatik als „Bundestreue“-Frage bei P. Egli, *Die Bundestreue. Eine rechtsvergleichende Untersuchung*, Zürich, Schweiz, 2010, S. 354 ff.

<sup>801</sup> Vgl. etwa die Kritik bei J. N. Eule, *Yale L.J.* 91 (1982), 425 ff.: die Dogmatik sei im 20. Jahrhundert nicht mehr zeitgemäß; der Bundesgesetzgeber, nicht der *U.S. Supreme Court*, sei besser in der Lage, einzelstaatlichen Protektionismus zu bekämpfen.

<sup>802</sup> Art. I, Sec. 8, Cl. 3 USC, die *Commerce Clause*, dient als loser textlicher Ankerpunkt der ‚*dormant commerce clause*‘-Dogmatik, gibt deren Inhalt aber nicht her, handelt es sich doch um eine Bundesgesetzgebungskompetenznorm; vgl. M. C. Dorf/T. Morrison, *Constitutional Law*, New York, N.Y., U.S.A., 2010, S. 92: *„awkward textual inference.“*

*undue burden*“).<sup>803</sup> Es handelt sich um eine einzelstaatenverpflichtende Anti-Protektionismus-Regel zum Wohle des ‚Wirtschaftsnationalismus‘ in den USA.<sup>804</sup>

Die *„dormant commerce clause“*-Dogmatik wird in der US-amerikanischen Rechtsprechung und im Schrifttum nicht ausdrücklich aus dem Modell des ‚Bundes‘ mit vertraglichen Treuepflichten der föderalen Träger abgeleitet.<sup>805</sup> Allerdings kann man die *„dormant commerce clause“*-Dogmatik durchaus als Ausdruck föderalen Vertragszweckdenkens verstehen: ‚Vertragszweck‘ des US-amerikanischen Föderalismus war nämlich insbesondere die Effektivierung des nationalen, staatenübergreifenden Wirtschaftsraums (dazu bereits § 1, B. II., III. 1.). Unter den Konföderationsartikeln (*Articles of Confederation and Perpetual Union*) aus dem Jahr 1777 war die Bundesebene kompetenziell zu schwach, um die nationale wirtschaftliche Integration zu leisten (s. o. § 1, B. II.).<sup>806</sup> Daher wurde v. a. zum Zweck der nationalen wirtschaftlichen Integration durch die US-Verfassung von 1787 eine kompetenziell stärkere Bundesebene geschaffen. Denkt man den US-amerikanischen Föderalismus nach dem bündischen Vertragsmodell, so gewinnt das, was Carl Schmitt allgemein als „gemeinsamen Zweck der politischen Selbsterhaltung aller Bundesmitglieder“<sup>807</sup> bezeichnet hat (s. o. I. 1.), für den US-amerikanischen Föderalismus eine konkretere Gestalt als Zweck der Selbsterhaltung durch gemeinsames, die Sphären der Einzelstaaten übergreifendes Wirtschaften. Diesbezüglich bestehen die bündischen Treuepflichten der Einzelstaaten; daher haben sie es – dem *„general*

<sup>803</sup> Die konkrete Gestalt der *„dormant commerce clause“*-Dogmatik hat sich im zeitlichen Verlauf wiederholt verändert; außerdem weist die Dogmatik unterschiedliche Teilgehalte auf (striktes Verbot von offenen Diskriminierungen, Abwägungstest bei sonstigen Belastungen), deren Verhältnis nicht ganz eindeutig ist; vgl. für frühe Entscheidungen etwa *Cooley v. Bd. of Wardens*, 53 U.S. (12 How.) 299 (1851); *Reading Railroad v. Pennsylvania*, 82 U.S. (15 Wall.) 232 (1873); vgl. für den *„undue burden“*-Test beispielsweise *Pike v. Bruce Church, Inc.*, 397 U.S. 137 (1970); Überblick über die Entwicklung der Rechtsprechung bei *E. Chemerinsky*, *Constitutional Law. Principles and Policies*, 5. Aufl., New York, N.Y., U.S.A., 2015, S. 448 ff.

<sup>804</sup> Vgl. *H. P. Hood & Sons, Inc. v. DuMond*, 336 U.S. 525 (1949), 539; hierzu *E. Chemerinsky*, *Constitutional Law. Principles and Policies*, 5. Aufl., New York, N.Y., U.S.A., 2015, S. 446.

<sup>805</sup> Vgl. beispielsweise die Zusammenstellung der Rechtfertigungen (*„justifications“*) der Dogmatik bei *E. Chemerinsky*, *Constitutional Law. Principles and Policies*, 5. Aufl., New York, N.Y., U.S.A., 2015, S. 446 f.: historisch, wirtschaftlich und demokratietheoretisch. Ausführungen zum allgemeinen Modell des Bundes fehlen, sind der Sache nach aber in den anderen Ansätzen teilweise enthalten.

<sup>806</sup> Vgl. *P. S. Boyer*, *American History*, New York, N.Y., U.S.A., 2012, S. 26; *E. Chemerinsky*, *Constitutional Law. Principles and Policies*, 5. Aufl., New York, N.Y., U.S.A., 2015, S. 446; insbesondere in den *Federalists No. 15* bis *No. 20* legen Hamilton und Madison dar, weshalb die Konföderation von 1777 eine zu schwache Bundesebene konstituiert habe; vgl. *A. Hamilton/J. Madison/J. Jay*, *The Federalist*, Cambridge, Mass., U.S.A., u. a. 2009 [1787/1788], S. 86 ff.

<sup>807</sup> *C. Schmitt*, *Verfassungslehre*, München u. a. 1928, S. 366.

*spirit of American federalism*<sup>808</sup> entsprechend – zu unterlassen, den zwischenstaatlichen Handel aus protektionistischen Gründen zu belasten. Insgesamt lässt sich im politischen Handeln der Exekutiven und Legislativen der US-Einzelstaaten auch tatsächlich eine diesbezügliche „gemeinsame Verpflichtung auf die Prinzipien der Union“, also des ‚Bundes‘ erkennen.<sup>809</sup> Mark Tushnet hat allerdings hervorgehoben, dass die ‚dormant commerce clause‘-Dogmatik eher eine *horizontal*-föderale Beziehung beschreibt, also ganz primär gegenseitige ‚Treue‘-Pflichten der Einzelstaaten *untereinander* und nicht vertikal ausgerichtete ‚Treue‘-Pflichten der Einzelstaaten gegenüber der *Bundesebene* betreffe.<sup>810</sup>

cc) Beispiel 2: Zusammenwirken im ‚*cooperative federalism*‘  
als Ausdruck föderaler Treue(?)

Ein – sehr unscharfer und bislang kaum beschriebener – Dogmatikkomplex, der sich deutlicher als ein Ausdruck *vertikaler* ‚föderaler Treue‘ lesen lässt, betrifft gerichtlich durchsetzbare Pflichten der föderalen Träger, in Arrangements des ‚kooperativen Föderalismus‘ zusammenzuwirken. Dass es in den USA mit weitgehender Orientierung am föderalen Trennungsmodell (s.o. B. IV. 1.) überhaupt Strukturen des ‚kooperativen Föderalismus‘, also des ebenenübergreifenden Zusammenwirkens föderaler Träger bei der Bewältigung bestimmter hoheitlicher Aufgaben, gibt, mag zunächst systemwidrig erscheinen, ist aber im Lauf des 20. Jahrhunderts im Zusammenhang mit der Intensivierung hoheitlicher Aufgaben (insbesondere im Umweltschutz<sup>811</sup> und im Sozialwesen<sup>812</sup>) Realität geworden.<sup>813</sup>

<sup>808</sup> M. C. Dorf/T. Morrison, Constitutional Law, New York 2010, S. 92: die anti-protektionistische ‚dormant commerce clause‘-Dogmatik sei „true to the general spirit of American federalism.“

<sup>809</sup> So unter Hinweis darauf, dass die Einzelstaaten protektionistische Subventionierungs-‚Schlachten‘, die nicht von der ‚dormant commerce clause‘-Dogmatik erfasst werden, dennoch (freiwillig) unterlassen: M. C. Dorf/T. Morrison, Constitutional Law, New York, N.Y., U.S.A., 2010, S. 93: „a shared commitment to the principles of Union contained in the Constitution.“

<sup>810</sup> Vgl. M. Tushnet, Ariz. L. Rev. 38 (1996), 873 (880): „As among the states, dormant Commerce Clause doctrine certainly resonates with the idea of Bundestreue.“ In der dreifachen Spannungslagen-Typologie von Bednar (s.o. in Fn. 799) geht es primär um Grenzen für horizontales *burden-shifting*, nicht so sehr um Grenzen für vertikales *shirking*.

<sup>811</sup> So sieht beispielsweise das bundesgesetzliche Immissionsschutzgesetz *Clean Air Act* Strukturen des kooperativen Föderalismus vor, vgl. etwa 42 U.S.C. § 7407(a): Danach liegt es primär in der Verantwortung der Staaten, Implementierungspläne (*state implementation plans*, *SIPs*) zur Sicherstellung der nationalen Immissionsschutzstandards zu erlassen; subsidiär übernimmt der Bund diese Aufgabe (*federal implementation plan*, *FIP*, 42 U.S.C. § 7407(c)). Insoweit beruht die Teilnahme der Staaten im Programm des *Clean Air Acts* – formell – auf ‚Freiwilligkeit‘, da sie nicht selbst aktiv werden *müssen* (dann aber einen FIP für ihr Gebiet in Kauf nehmen müssen).

<sup>812</sup> Ein frühes Beispiel für ein bundesgesetzlich errichtetes ‚*cooperative federalism*‘-Arrangement ist das „*Aid to Families With Dependent Children Program*“ (AFDC), welches durch das Bundesgesetz *Social Security Act of 1935* geschaffen wurde. Nach 42 U.S.C. § 602

Solche Arrangements ergeben sich aus einfach-gesetzlichen bundesrechtlichen Ermächtigungen<sup>814</sup> und gehen gewissermaßen am Bild der US-Verfassung vom ‚Föderalismus‘ vorbei. Sie werden allerdings nicht als föderalismusverfassungswidrig betrachtet, soweit sich die Einzelstaaten ‚freiwillig‘ daran beteiligen dürfen und nicht zwingend zur Kooperation verpflichtet („*commandeering*“) werden.<sup>815</sup> Auf das Trennungsmodell der US-Verfassung setzt gewissermaßen für bestimmte Sachbereiche ein *einfach*-rechtliches Verschränkungsmodell auf.

Lassen sich die Staaten auf die Teilnahme in einem bundesrechtlich geschaffenen Programm des kooperativen Föderalismus ‚freiwillig‘ ein, so unterwerfen sie sich doch gerichtlich durchsetzbaren Rechtspflichten. Innerhalb des einfach-gesetzlichen Gefüges ergibt sich dann eine Spannungslage zwischen Umsetzungsspielräumen der Staaten in der konkreten Ausgestaltung des Programms einerseits und der Pflicht, grundsätzliche Leitlinien des Bundes umzusetzen, andererseits.<sup>816</sup> Beispielsweise hat der U.S. Supreme Court entschieden, dass ein Staat, der am sozialrechtlichen *Aid to Families With Dependent Children Program* (AFDC) teilnimmt, zwar Umsetzungsspielräume etwa hinsichtlich der Höhe von Bedürftigkeitsschwellen und Regelsätzen hat, aber hinsichtlich der Frage, unter welchen Voraussetzungen Kindern in Familien, die nicht dem klassischen Familienideal entsprechen, Leistungen verweigert werden dürfen, an enge bundesrechtliche Vorgaben gebunden ist.<sup>817</sup> Die Einhaltung dieser Vorgaben hat das Gericht dann auch durchgesetzt und es dem Staat Alabama untersagt, Kindern, die in einem Haushalt mit einem „Ersatzvater“ („*surrogate father*“) leben, Leistungen nur aus diesem Grund zu verweigern.<sup>818</sup>

In Programmen des kooperativen Föderalismus werden föderale Kooperationspflichten einfach-gesetzlich begründet. Das Verhältnis zwischen den föderalen Trägern wird insoweit als ein Verhältnis von „Freunden“ oder „Verbündeten“

---

haben Staaten, welche Bundesmittel für das Programm erhalten wollen, einen Implementierungsplan vorzulegen, der detaillierten bundesgesetzlichen Vorgaben genügen muss.

<sup>813</sup> Vgl. nur R. M. Hills, Michigan L. Rev. 96 (1998), 813 (815), m. w. N.

<sup>814</sup> S. etwa die in Fn. 811 f. genannten bundesgesetzlichen Normen.

<sup>815</sup> Ausführliche Diskussion der *anti-commandeering*-Dogmatik unten § 6, A. I. 2. u. II. 2.; beachte zudem das in Fn. 1155 angesprochene Problem eines möglichen Verstoßes gegen den Grundsatz der horizontalen Gewaltenteilung auf Bundesebene wegen Beeinträchtigung von Aufsichtsrechten des Präsidenten.

<sup>816</sup> Vgl. für das Beispiel des „*Aid to Families With Dependent Children Program*“: *King v. Smith*, 392 U.S. 309 (1968), 318, 320: „*no question that States have considerable latitude in [administering a cooperative federalism program]“*, but may not „*plainly conflict with federal law and policy*“.

<sup>817</sup> Vgl. *King v. Smith*, 392 U.S. 309 (1968), 318, 320.

<sup>818</sup> Vgl. *King v. Smith*, 392 U.S. 309 (1968), 333: Die entsprechende Umsetzungsregelung Alabamas sei daher ungültig und der Staat Alabama habe durch die Leistungsverweigerung seine von der Bundesebene auferlegte Pflicht verletzt („*Alabama has breached its federally imposed obligation*“).

(„*allies*“) <sup>819</sup> beschrieben. Hier schlägt teilweise durchaus das bündische Vertragsdenken rhetorisch durch – freilich nicht auf verfassungsrechtlicher, aber auf einfach-gesetzlicher Ebene. <sup>820</sup> Das Vertragsdenken wird dabei vereinzelt in Richtung eines ökonomischen Vertragsmodells getrieben: Kooperativer Föderalismus beruhe auf freiwilligen Vereinbarungen zwischen den föderalen Trägern, in welchen die Bundesebene Dienste der Einzelstaaten (politisch) „kauft“ oder „kaufen“ sollte. <sup>821</sup> Andere Kommentatorinnen bezeichnen die Staaten als – durchaus mächtige(!) <sup>822</sup> – „Diener“ („*servants*“) der Bundesebene. <sup>823</sup> Auch diese Zuschreibung impliziert gegenseitige Treue- und Fürsorgepflichten der föderalen Träger.

#### IV. Fazit: ‚föderale Würde‘ und ‚föderale Treue‘ als ideenpolitische Grundtopoi

Die vorstehenden Ausführungen haben mit der ‚föderalen Würde‘ (s.o. II.) und der ‚föderalen Treue‘ (s.o. III.) zwei Grundtopoi aus dem allgemeinen Modell des Bundes hergeleitet und exemplarisch illustriert, wie diese Topoi in den USA und in Deutschland in der jeweiligen Verfassungsrechtsdogmatik ideenpolitisch rezipiert werden.

<sup>819</sup> „[S]tates should serve as friends / allies to the federal government“; so (referierend, nicht affirmativ) J. Bulman-Pozen/H. K. Gerken, Yale L. J. 118 (2009), 1256 (1264, dort Fn. 18), mit Hinweis u. a. auf R. M. Hills, Michigan L. Rev. 96 (1998), 813.

<sup>820</sup> Vgl. die Forderung von J. Galbraith, Harvard L. Rev. 130 (2017), 2131 (2151), bei der Betrachtung föderaler Arbeitsteilung neben dem Verfassungsrecht auch Völkerrecht, Verwaltungsrecht und das Recht der Staaten zu berücksichtigen. Galbraith diskutiert in ihrem Aufsatz Verschränkungs-föderalismus mit Relevanz für das auswärtige Handeln.

<sup>821</sup> R. M. Hills, Michigan Law Review 96 (1998), 813 (817). Hills spricht aus der Perspektive einer ökonomisch informierten Analyse („*public choice theory*“), die nach der Basis für effizienten kooperativen Föderalismus fragt; vgl. R. M. Hills, Michigan Law Review 96 (1998), 813 (816): „*applying the tools of basic transaction-costs economics to modern intergovernmental relations*“; für eine verfassungsrechtsdogmatische Verankerung des Ansatzes dann a. a. O., S. 938 ff. (analoge Anwendung von Individualgrundrechten auf die Staaten!). Insoweit stellt Hills keinen Bezug zur föderalen Vertragstheorie (zum Modell des ‚Bundes‘ als solchem) her, sondern betreibt eine eher (krude) Analogisierung der föderalen Träger mit ‚dem ökonomischen Menschen‘.

<sup>822</sup> Die Einzelstaaten sind durch ihre vielgestaltige Einbindung in bundesgesetzliche Programme faktisch gewissermaßen unverzichtbare Akteure der Verwirklichung moderner Verwaltungsaufgaben und können innerhalb der Strukturen des kooperativen Föderalismus ‚internen‘ Widerstand gegen die Bundesebene leisten, vgl. J. Bulman-Pozen/H. K. Gerken, Yale L. J. 118 (2009), 1256 (1260 ff.), die das mit der „Macht des Dieners“ („*power of the servant*“) umschreiben – ausführlich unten § 6, C. II.

<sup>823</sup> Vgl. J. Bulman-Pozen/H. K. Gerken, Yale L. J. 118 (2009), 1256.

### 1. Verhältnis von ‚föderaler Würde‘ und ‚föderaler Treue‘

Dabei hat sich gezeigt, dass die ausdrückliche Rede von der „Würde“ föderierter Einheiten in den USA durchaus geläufig ist („*dignity*“), in Deutschland dagegen in funktionalen Äquivalenten wie der „Eigenstaatlichkeit der Länder“ Niederschlag findet (s. o. II. 3. b) bb)). Umgekehrt ist in Deutschland die ausdrückliche Verwendung des Topos „Treue“ verbreitet, während dieser Grundgedanke ‚föderaler Treue‘ in den USA in ‚technisch-prosaischen‘ Dogmatikkomplexen wie der ‚*dormant commerce clause*‘-Dogmatik – ohne rhetorische Pointierung – umgesetzt wird (s. o. III. 3. b)). Es ergibt sich ein komparatistischer „Würde“-„Treue“-Chiasmus.

Bei alledem dürfen ‚föderale Treue‘ und ‚föderale Würde‘ *nicht* als trennscharf unterscheidbare Topoi missverstanden werden. Sie haben vielmehr einen Überschneidungsbereich und sind der Idee nach untrennbar, wenn man sie – wie oben geschehen – aus dem Modell des ‚Bundes‘ (und dem Vertragsdenken) als gemeinsamer Quelle und Gedankenwelt herleitet (s. o. I.). ‚Föderale Treue‘ und ‚föderale Würde‘ betonen allerdings jeweils unterschiedliche Akzente des Modells des ‚Bundes‘ in besonderer Weise: ‚Föderale Würde‘ hebt den Aspekt der „*self-rule*“, ‚föderalen Treue‘ denjenigen der „*shared rule*“ heraus (s. u. Abb. 2).

Die Ausführungen zur ‚föderalen Würde‘ (i. w. S.) haben dabei gezeigt, dass ‚föderale Würde‘ i. e. S. (als „*role-dignity*“ – Resnik/Suk), den Status der föderalen Träger *gerade als föderale Träger*, welche im föderalen Arrangement ‚wertvolle‘ Aufgaben wahrnehmen, betrifft (s. o. II. 3. c) bb) (2)). Diese Rolle können föderale Träger aber nur unter gegenseitiger Rücksichtnahme und u. U. Kooperation wahrnehmen, sodass man von fließenden Übergängen und Interdependenzen zwischen ‚föderaler Würde‘ i. e. S. (also der föderalen Rollen-Würde) und ‚föderaler Treue‘ ausgehen muss (s. u. Abb. 2). Weiterhin ist die Rücksichtnahmekomponente der ‚föderalen Treue‘ (auch) auf die wechselseitige Anerkennung der *vor*-gefundenen ‚Würde‘-Position der föderierten Einheiten ausgerichtet. Die Bundesmitglieder garantieren sich gegenseitig, dass sie sich – über ihr Zusammenwirken als rollenwürdige föderale Träger hinaus – auch als jeweils eigenständige politische und rechtsstaatliche Wirkorte respektieren. Sie gestehen sich wechselseitig das „Recht“ zu, „auf ‚Würde‘ verweisen zu dürfen, um damit [konkretere] Rechtspositionen zu untermauern“ (Chibundu – s. o. II. 3. c) bb) (1)). Insbesondere der letztgenannte Aspekt wird in den Sonderfällen des etatistischen, demo(i)kratischen und des freiheitlichen Föderalismus in jeweils spezifischer Weise qualifiziert (hierzu später § 12, B.).

| föderale Würde (i. w. S.)                                                                           |                                                                            | föderale Treue           |               |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------|--------------------------|---------------|
| vor-gefundene Würdeposition<br>„Recht, auf ‚Würde‘ verweisen zu dürfen“<br>(s.o. II. 3. c) bb) (1)) | föderale Würde<br>(i. e. S.)<br>„role-dignity“<br>(s.o. II. 3. c) bb) (2)) | (passive) Rücksichtnahme |               |
|                                                                                                     |                                                                            | (aktive) Kooperation     |               |
| „self-rule“                                                                                         |                                                                            | &                        | „shared rule“ |

Abbildung 2: Zum Verhältnis ‚föderaler Würde‘ und ‚föderaler Treue‘

2. Prozedurales und Verweisendes statt Sachlichem und Legitimationstheoretischem

Gemeinsam ist den verschiedenen Ausprägungen von ‚föderaler Würde‘ und ‚föderaler Treue‘ zudem die prozedurale Grundanlage: Diese wurde u. a. im Anschluss an Lerches Formel von der föderalen „Homogenität im Verfahren“ hervorgehoben (s. o. II. 1. b) bb)). So beziehen sich die von Resnik und Suk skizzierte „Rollen-Würde“ sowie föderale Rücksichtnahme- und Kooperationspflichten auf die Position der föderalen Träger in einer Kompetenz- und Ingerenzordnung (s. o. II. 1. a) cc)).

Das von Chibundu beschriebene „Recht, auf ‚Würde‘ verweisen zu dürfen, um damit [konkretere] Rechtspositionen zu untermauern“ (s. o. II. 3. c) bb) (1)) ist im Sinn des skizzierten geringen sachlichen und legitimationstheoretischen Selbststandes des föderalen Prinzips zu verstehen: Es verweist auf ‚Vor-Gefundenes‘ (s. o. II. 1. a) bb) (3)). Auch eine etwaige Prä-Figuration des ‚Bundes‘ bedarf *außer*-föderaler Quellen, etwa aus der Lehre von der verfassungsgebenden Gewalt des Volks oder der *Declaration of Independence* (s. o. II. 2. b)).

3. Hypothese 1.2: prozedurale Topoi mit Verweisungscharakter

In qualifizierender Fortschreibung von Hypothese 1.1 (s. o. § 1, C. III. 2.) ist nach alledem Hypothese 1.2<sup>824</sup> wie folgt zu fassen: Der ideenpolitisch-dogmatische Topos der ‚schutzwürdigen föderierten Einheit‘ (s. Hypothese 1.1) lässt sich näher qualifizieren durch das politik-theoretische Modell (oder: die Lesekonvention) ‚Bund‘ und die daraus ableitbaren Topoi ‚föderale Würde‘ und ‚föderale Treue‘; das Modell des ‚Bundes‘ sowie ‚föderale Würde‘ und ‚föderale Treue‘ verweisen – angesichts

<sup>824</sup> Als ‚Hypothesen‘ werden vorliegend die vier Sätze bezeichnet, welche am Ende von § 1, § 2, § 7 u. § 8 formuliert werden, um die Rhetorikanalyse in den §§ 10 bis 12 zu motivieren und vorzubereiten (dazu zusammenfassend § 9, A. III. 1.). Die Hypothesen 1.1 u. 1.2 betreffen den Faden ‚Ideenpolitik‘ und die Hypothesen 2.1 u. 2.2 den Faden ‚Dogmatik‘. S. zu den anderen drei Hypothesen oben § 1, C. III. 2. (Hypothese 1.1) sowie unten § 7, C. II. 2. (Hypothese 2.1) u. § 8, C. II. (Hypothese 2.2).

ihrer prozeduralen Grundprägung sowie ihres geringen sachlichen und legitimierungstheoretischen Selbststands – häufig auf zusätzliches außer-föderales Ideenmaterial (‚Nationalstaatlichkeit‘, ‚Freiheit‘ und ‚Demokratie‘).



## Dogmatik des Föderalismusverfassungsrechts ,vor Gericht‘

„Are views about federalism views about the law?“

Michael C. Dorf<sup>825</sup>

Nachdem der erste Teil der Gesamtstudie aus der Sicht der politischen Theorie und Ideengeschichte gearbeitet hat (s.o. § 1 f.), soll im nachfolgenden zweiten Teil eine verfassungsrechtswissenschaftliche Perspektive i.e.S. eingenommen werden. Eben wurden die Topoi ‚föderale Würde‘ und ‚föderale Treue‘ aus dem allgemeinen Modell des ‚Bundes‘ hergeleitet und als ideenpolitische Schaltstellen des Instrumentalföderalismus charakterisiert (s.o. § 2, C. II. u. III.). Zur Illustration dienten bereits einschlägige Judikate des *U.S. Supreme Court* und des Bundesverfassungsgerichts sowie Äußerungen aus dem verfassungsrechtswissenschaftlichen Schrifttum (insbesondere von Rudolf Smend), welche diese Topoi ideenpolitisch rezipieren und aktualisieren (s.o. § 2, C. II. 3. b) u. III. 3.). Damit wurde die Grenze zwischen den Sphären der politischen Theorie und Ideengeschichte einerseits und der Verfassungsrechtsdogmatik andererseits bereits partiell überschritten. Diese Grenzüberschreitung liegt im Wesen des hier nachvollzogenen Konzepts der Ideenpolitik mit seiner engen Verknüpfung von Theorie und Praxis, von Ideenproduktion und Ideenrezeption (ausführlich oben § 1, C.) begründet.

Im nachfolgenden zweiten Teil der Gesamtuntersuchung (§§ 3 bis 8) soll nun die Sphäre der Verfassungsrechtsdogmatik fokussiert werden: Insbesondere wird die Rolle der – bisher nur punktuell angesprochenen – (höchstgerichtlichen) Rechtsprechung und des dogmatisch arbeitenden verfassungsrechtswissenschaftlichen Schrifttums für die Ausgestaltung und Durchsetzung des föderalen Prinzips in den USA und in Deutschland systematisch betrachtet werden.

Bevor auf die spezifische Rolle von Rechtsprechung und verfassungsrechtswissenschaftlichem Schrifttum eingegangen werden kann, sind zunächst die terminologischen und verfassungstheoretischen Grundlagen des Föderalismusverfassungsrechts der US-Verfassung und des Grundgesetzes zu umreißen (s.u. § 3, A. u. B.). Erst im nächsten Schritt geht es – ausgehend von einer Struktur-Wirkungs-Matrix des Föderalismusverfassungsrechts aus Strukturelementen und Wirkungsdimensionen

---

<sup>825</sup> M. C. Dorf, St. John's J. Leg. Comment. 21 (2007), 497 (504).

(s. u. § 3, C.) – um die föderalismusverfassungsrechtlichen Strukturelemente (Verbandskompetenzen, Verbandsingerenzen und Verbandsgrundrechtspositionen; s. u. § 4). Für die vorliegend unternommene Untersuchung insgesamt sind hierbei die Verbandsgrundrechtspositionen der föderierten Einheiten besonders relevant, weil hier ‚föderale Würde‘ und ‚föderale Treue‘ dogmatisch umgesetzt werden. § 5 u. § 6 stellen daher einen detaillierten integriert-fallgruppenartigen Vergleich der Dogmatik der Verbandsgrundrechtspositionen unter der US-Verfassung und dem Grundgesetz dar.

Ausgehend von dieser fallgruppenartigen Ordnung des einschlägigen Fallmaterials zu den Verbandsgrundrechtspositionen der föderierten Einheiten werden anschließend die föderalismusverfassungsrechtlichen Wirkungsdimensionen (der zweite Aspekt der Struktur-Wirkungs-Matrix aus § 3, C.) einer Reflexion unterzogen (s. u. §§ 7 u. 8): Dabei wird ein Instrumentenmix der Durchsetzungsmodalitäten des Föderalismusverfassungsrechts vorgestellt; Rechtsprechung und Dogmatik sind nur ein Teil dieses Mixes. Das Instrument der gerichtlich durchsetzbaren Dogmatik (§ 7, B.) wird also als *ein* Wirkungsmechanismus des Föderalismusverfassungsrechts neben *anderen* (Handeln von Exekutiven und Legislativen, Parteipolitik, öffentliche Meinung, [para-]demokratische Willensbildung) vorgestellt (§ 8).

### **§ 3 Föderalismusverfassungsrecht: Begriff, ‚Theorie‘, Struktur-Wirkungs-Matrix**

Das vorliegende Kapitel bildet den verfassungsrechtswissenschaftlichen Ankerpunkt der Gesamtstudie und untersucht hierzu das Scharnier zwischen ‚Politik‘ und ‚Recht‘: Es soll der Rahmen skizziert werden, innerhalb dessen sich die rhetorisch bemerkenswerte Ideenpolitik rund um das *politische* Modell des Bundes (s. o. § 2, C.) in verfassungsrechtlichen Strukturen wiederfindet. Nach Ausführungen zum Begriff des ‚Föderalismusverfassungsrechts‘ und zum Verhältnis von Ideenpolitik und Verfassungsrecht (s. u. A. u. B.), wird eine bi-axiale Struktur-Wirkungs-Matrix des Föderalismusverfassungsrechts skizziert (s. u. C.): Darin treffen drei föderalismusverfassungsrechtliche Strukturelemente (Verbandskompetenzen, Verbandsingerenzen und Verbandsgrundrechtspositionen) auf drei föderalismusverfassungsrechtliche Wirkungsdimensionen (nicht-judikative Praxis, [para-]demokratische Öffentlichkeit und Rechtsprechung).

#### **A. Föderalismus in der US-Verfassung und im Grundgesetz**

Das oben umrissene politische Prinzip des Föderalismus (s. o. § 2) wird in den Vereinigten Staaten von Amerika und der Bundesrepublik Deutschland jeweils in spezifischer Form durch Normen der US-Verfassung bzw. des Grundgesetzes ver-

fassungsrechtlich aktualisiert (positiviert; s.u. I.). Diese verfassungsrechtlichen Normen werden in der vorliegenden Studie als ‚Föderalismusverfassungsrecht‘ bezeichnet (s.u. II.). Das Föderalismusverfassungsrecht (i.e.S.) steht in enger Beziehung zu einigen anderen Bereichen des Verfassungsrechts (Föderalismusverfassungsrecht i.w.S.; s.u. II. 3.).

## I. Verfassungsrechtliche Grundentscheidungen für den Föderalismus

Ausgangspunkt der vergleichenden Analyse des Föderalismusverfassungsrechts in den USA und Deutschland ist der Befund, dass sich den Texten der beiden Bundesverfassungen, also sowohl der US-Verfassung wie auch des deutschen Grundgesetzes, jeweils die (ideenpolitisch-gestalterische) Grundentscheidung<sup>826</sup> für eine föderale Ordnung entnehmen lässt.

### 1. Präambel und Struktur der US-Verfassung

Im Fall der US-Verfassung *kann* bereits die Präambel als Grundentscheidung zur Verwirklichung des föderalen Prinzips gelesen werden: „*We the People of the United States, in Order to form a more perfect Union [...] do ordain and establish this Constitution for the United States of America.*“ Die Präambel sieht die Einrichtung „einer vollkommeneren Union“ („*a more perfect Union*“) vor. Diese – anscheinend unmögliche – Steigerungsform erklärt sich aus historischen Gründen: Es geht insbesondere um eine Negativabgrenzung zu den – als unvollkommen empfundenen – *Articles of Confederation and Perpetual Union* von 1777/81 (s. hierzu oben § 1, B. II.). Es stellt sich die Frage, *wessen* „Union“ in der Formel „*a more perfect Union*“ ausgesprochen wird: Die Wendung „*United States*“ wie auch der angesprochenen historische Abgrenzungsversuch gegenüber 1777/81 deuten klar in Richtung der Interpretation des Worts „*Union*“ als Vereinigung der Einzelstaaten im Sinne des Modells eines Bundes von föderierten Einheiten.<sup>827</sup> Allerdings benennt die Präambel zugleich „das Volk“ im (Kollektiv-)Singular („*We the People*“) als Subjekt der

<sup>826</sup> Im Begriff der ‚(Grund-)Entscheidung‘ wird implizit ein Anthropomorphismus (eine sprachlich-rhetorische Vermenschlichung von nicht-menschlichen Entitäten) transportiert: Es stellt sich unausgesprochen die Frage, *wer* Subjekt der Entscheidung für das föderale Prinzip ist; hier knüpfen die Theorien zum Subjekt der verfassungsgebenden Gewalt (s.u. § 12, B. III. 2. a)) an; auch zeigen sich hier die unten näher zu beschreibenden Aspekte des ‚Design‘-Charakters (s.u. B. II.) und der ideenpolitischen Prägung (s.u. B. III.) des Föderalismusverfassungsrechts, welche jeweils durch die Vorstellungen von ‚Entscheidung‘ und Intentionalität begleitet werden.

<sup>827</sup> Vgl. etwa Justice Clarence Thomas: „*The ultimate source of the Constitution’s authority is the consent of the people of each individual State, not the consent of the undifferentiated people of the Nation as a whole*“, s. das abw. Sondervotum zu *U.S. Term Limits, Inc. v. Thornton*, 514 U.S. 779 (1995), 846 – zu dieser Entscheidung am Rande unten Fn. 2069; vgl. auch W. Brugger, in: AöR 126 (2001), 337 (341).

verfassungsgebenden Gewalt. Unter „Union“ ließe sich daher – gewissermaßen im Sinne eines Gesellschaftsvertragmodells – *auch* die Vereinigung *der Individuen*, die zusammen nationenweit „das Volk“ im Singular bilden, verstehen. Es ist bemerkenswert, in welcher Unverfrorenheit die US-Verfassung schon in ihrem ersten Satz die Unentscheidbarkeit von Sprache (s. u. § 10, B. II. 2. u. 3.) aufführt – und die implizierten ideenpolitischen<sup>828</sup> und verfassungstheoretischen<sup>829</sup> Spannungslagen offenlässt. Die Lesart von „Union“ im Sinne des Modells des (föderalen) Bundes ist demnach zwar nicht zwingend, jedenfalls aber *möglich*; sie entspricht zudem dem allgemeinen Sprachgefühl und wird verschiedentlich im weiteren Text der US-Verfassung gestützt, so etwa wenn in Art. IV, Sec. 3, Cl. 1 USC die Rede davon ist, unter welchen Voraussetzungen neue *Staaten* in „diese Union“ aufgenommen werden können.<sup>830</sup>

Im auf die Präambel folgenden ‚operativen‘ Text der US-Verfassung fehlt zwar eine Norm, in welcher die Verwirklichung des föderalen Prinzips explizit und bündelnd – äquivalent zu Art. 20 Abs. 1 GG (s. u. 2.) – festgeschrieben wird. Jedoch lassen sich an verschiedenen Stellen des Verfassungstexts Implikationen des föderalen Ordnungsprinzips ausmachen: So enthalten die Regelungen zur Wahl der Bundeslegislative (*Congress of the United States*) sowie der Spitze der Bundesexekutive (*President of the United States of America*) Bestimmungen zur Mitwirkung der Staaten bei der Ausgestaltung des jeweiligen Wahlverfahrens (vgl. Art. I, Sec. 2–4 bzw. Art. II, Sec. 1 USC). In Art. IV USC werden verschiedene Einzelaspekte des Staat-Staaten- sowie Bund-Staaten-Verhältnisses geregelt, etwa die „Garantie“ einer „republikanischen“ Regierungsform in den einzelnen Staaten durch den Bund (*Guarantee Clause*, Art. IV, Sec. 4 USC – ein materielles Verfassungshomogenitätsgebot, dessen Auslegung im Einzelnen höchst umstritten ist – dazu am Rande bei § 4, A. II. 4. b) bb) sowie § 6, A. II. 1. a) aa)). Auch Art. I, Sec. 10 USC (Gesetzgebungsverbote für die Staaten), Art. V USC (Mitwirkung der Staaten bei Änderungen der Bundesverfassung), Art. VI, Cl. 2 USC (Verhältnis von Bundes- und Staatenrecht; *Supremacy Clause*), Art. VII USC (Ratifikation der Verfassung durch die Staaten) und der Zehnte Zusatzartikel (Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung) weisen föderalismusverfassungsrechtliche Gehalte auf. Ausgehend von diesem Normenbefund lässt sich festhalten, dass sich (neben der – insoweit unterschiedlich lesbaren – Präambel) jedenfalls der ‚Struktur‘ der US-Verfassung in einer Zusammenschau verschiedener Normen die Grundentscheidung zur Verwirklichung

<sup>828</sup> Gemeint ist die Konkurrenz von ‚Föderalismus‘, ‚Demokratie‘ (auf verschiedenen Ebenen) und ‚Nationalstaatlichkeit‘.

<sup>829</sup> Gemeint ist die Konkurrenz von verfassungsgebender Gewalt des Bundesvolks und verfassungsgebender Gewalt der föderierten Einheiten – dazu oben § 2, C. II. 1. c) und unten § 12, B. III. 2. a).

<sup>830</sup> Art. IV, Sec. 3, Cl. 1: „*New states may be admitted by the Congress into this union [...]*“.

des föderalen Ordnungsprinzips in den USA letztlich deutlich entnehmen lässt<sup>831</sup> (was freilich – soweit ersichtlich – auch von niemandem bestritten wird).

## 2. „Bundesstaat“ im Grundgesetz (Art. 20 Abs. 1 GG)

Das Grundgesetz spricht die verfassungsrechtliche Grundentscheidung zur Verwirklichung des föderalen Ordnungsprinzips für die Bundesrepublik Deutschland in Art. 20 Abs. 1 GG dagegen ausdrücklich in prägnanter Art und Weise aus: „Die Bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Bundesstaat.“ Im rechtswissenschaftlichen Schrifttum wird der Inhalt dieser Norm u. a. als „fundamentale[s] Organisationsprinzip“<sup>832</sup>, als „Verfassungsprinzip“ in Form eines „Ordnungsprinzip[s]“<sup>833</sup>, als „Strukturprinzip“<sup>834</sup> oder als „Staatsstrukturnorm“<sup>835</sup>, also als verfassungsrechtliche Grundentscheidung über eine bestimmte „Staatsform“ und als „Leitlinie für die Organisation und das Handeln des Staates“<sup>836</sup>, qualifiziert. Damit macht Art. 20 Abs. 1 GG das föderale Prinzip – neben dem demokratischen und dem sozialstaatlichen (sowie dem rechtsstaatlichen und republikanischen) Prinzip – zur Leitlinie der Verfassungsordnung der Bundesrepublik Deutschland; Organisation und Handeln der Hoheitsträger der Bundesrepublik Deutschland sind (auch) nach Maßgabe des föderalen Prinzips auszurichten.

Angesichts dieser ausdrücklichen Benennung des „Bundesstaat[s]“ als Organisationselement der grundgesetzlichen Ordnung an zentraler Stelle der Bundesverfassung bedarf es für den ‚Nachweis‘ der verfassungsrechtlichen Grundentscheidung des Grundgesetzes zur Verwirklichung des föderalen Ordnungsprinzips keiner Exegese der Präambel des Grundgesetzes<sup>837</sup> und keiner Normgesamtschau der zahlreichen Einzelbestimmungen zur Regelung von Details der föderalen Ord-

<sup>831</sup> Vgl. W. Brugger, in: AöR 126 (2001), 337 (352): Föderalismus als eine der „Säulen“ der US-Verfassung.

<sup>832</sup> S. Huster/J. Rux, in: V. Epping/C. Hillgruber (Hrsg.), BeckOK Grundgesetz, 48. Ed., München 2021, Art. 20 GG, vor Rn. 1.

<sup>833</sup> M. Jestaedt, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. II, 3. Aufl. 2004, § 29, Rn. 15 (Unterscheidung von „Bundesstaat“ als „System und Prinzip“, als „Ordnung und Ordnungsprinzip“). Vgl. ders., a. a. O., Rn. 47, dann zur eigenständigen Normqualität des in Art. 20 Abs. 1 GG festgeschriebenen „Verfassungsprinzip[s]“ „Bundesstaat.“

<sup>834</sup> K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 2. Aufl., München 1984, S. 551.

<sup>835</sup> H. H. Klein, DVBl 1991, 729 (733).

<sup>836</sup> Vgl. M. Klopfer, Verfassungsrecht, Bd. I, München 2011, § 6, Rn. 1, 3.

<sup>837</sup> Bemerkenswert mit Blick auf das föderale Prinzip ist in der Präambel des Grundgesetzes die Formulierung „[d]ie Deutschen in den Ländern“, welche nationalstaatliches Denken und föderales Prinzip zusammenführt.

nung,<sup>838</sup> wie sie oben für die US-Verfassung skizziert wurden – freilich würden solche Inaugenscheinnahmen den getroffenen Befund noch bekräftigen.

## II. Zur Terminologie: ‚Föderalismusverfassungsrecht‘

Die Gesamtheit der verfassungsrechtlichen Normen, die das politische Ordnungsprinzip Föderalismus für eine konkrete Verfassungsordnung festschreiben, soll hier als ‚Föderalismusverfassungsrecht‘ bezeichnet werden.

Diese Wortneuschöpfung ermöglicht in ihrer Abstraktheit einen terminologisch weitgehend unvoreingenommenen Verfassungsvergleich zwischen den USA und der Bundesrepublik Deutschland in komparatistischer Neutralität, da es sich um keinen Rechtsbegriff des US-amerikanischen oder deutschen Rechts handelt.

### 1. Alternative Terminologie: ‚Mehrebenen-Rechtsordnung‘

Eine alternative Begriffsbildung zur Beschreibung von rechtlich verfassten föderalen Arrangements ist „Mehrebenen-Rechtsordnung“<sup>839</sup> (s. o. § 2, B. III. 2. b)). Wie ‚Föderalismusverfassungsrecht‘ ist auch dieser Begriff komparatistisch neutral: Als ‚nationalstaatlich‘ ‚unbelastete[r]‘ Begriff kann ‚Ebene‘ gerade auch Zwecken der Rechtsvergleichung, insbesondere dem Vergleich von föderal organisierten Nationalstaaten mit *überstaatlichen* Gebilden wie der Europäischen Union dienen.<sup>840</sup> Der Begriff „Mehrebenen-Rechtsordnung“ ermöglicht einen solchen den ‚Nationalstaat‘ überschreitenden Vergleich und lenkt auf diese Weise die Aufmerksamkeit auf die (vermeintlichen) „Besonderheiten der staatlichen Ebene.“<sup>841</sup>

Die vorliegende Studie untersucht nun aber die Verwirklichung des föderalen Prinzips in den USA und in Deutschland, verzichtet also auf den Einbezug supranationaler Organisationen in den Untersuchungsgegenstand (dazu näher § 9; C. I. 3. c) aa)). Der Untersuchungsgegenstand wird bewusst auf den ‚nationalstaatlichen‘ Föderalismus der USA und Deutschlands, also jeweils auf einen bloßen

---

<sup>838</sup> Angesichts der sehr ausführlichen föderalismusverfassungsrechtlichen Detailregelungen des Grundgesetzes stellt sich die Frage nach dem eigenständigen Regelungsgehalt der „Bundesstaat“-Klausel in Art. 20 Abs. 1 GG, vgl. zu diesem Problemfeld zusammenfassend *M. Jestaedt*, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. II, 3. Aufl. 2004, § 29, Rn. 38 ff., m. w. N., welcher dann a. a. O., Rn. 73, bemerkenswerter Weise zu dem Ergebnis kommt, dass der „wohl einzig[e] selbständig[e], d.h. andernorts nicht bereits in gleicher Weise verbürgt[e] Gewährleistungsinhalt des Verfassungsprinzips Bundesstaat“ die ‚Bundestreue‘ sei, obschon diese „sich nicht unmittelbar auf die ‚Begriffsbestimmung‘ [des ‚Bundesstaats‘] zurückführen“ lasse.

<sup>839</sup> Zum Begriff „Mehrebenen-Rechtsordnung“ und verwandten Begriffen *C. Möllers*, *Gewaltengliederung*, Tübingen 2005, S. 210, m. w. N.

<sup>840</sup> Vgl. *C. Möllers*, *Gewaltengliederung*, Tübingen 2005, S. 211 f.

<sup>841</sup> *C. Möllers*, *Gewaltengliederung*, Tübingen 2005, S. 211.

Ausschnitt der größeren Mehrebenen-Rechtsordnungen beschränkt (s.o. § 2, B. III. 2. b)). Im Zentrum steht die Rechtsstellung (sub-nationaler) föderierter Einheiten gegenüber der jeweiligen (nationalen) Bundesebene. Dieser Zuschnitt des Untersuchungsgegenstands spiegelt sich in der Verwendung von ‚Föderalismusverfassungsrecht‘ (statt „Mehrebenen-Rechtsordnung“) als Zentralbegriff der Untersuchung. Zudem bildet das Modell des Bundes (*foedus*; s.o. § 2, C.) den Ausgangspunkt des hier unterbreiteten Verfassungsvergleichs, was sich im Begriff ‚Föderalismusverfassungsrecht‘ besser zum Ausdruck bringt.

## 2. Abgrenzung: Bewusster Verzicht auf den Begriff „Bundesstaatsrecht“

### a) Deutschland: „Bundesstaat“ als Rechtsbegriff

Anders als die hier vorgeschlagene rechtswissenschaftliche Begriffs(-neu-)bildung ‚Föderalismusverfassungsrecht‘ ist das Wort „Bundesstaat“ ein Rechtsbegriff des Grundgesetzes<sup>842</sup>, der – wie bereits erwähnt wurde – ausdrücklich in Art. 20 Abs. 1 GG verwendet wird: „Die Bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Bundesstaat.“ Demgegenüber ist die Wortfamilie des ‚Föderalismus‘ im Text des Grundgesetzes nur in Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG vertreten – und damit gerade nicht im Bereich des vorliegend interessierenden nationalstaatszentrierten Bund-Länder-Verhältnisses, sondern in einer Vorschrift zur europäischen Integration.

„Bundesstaat“ und „Bundesstaatsrecht“ sind im deutschsprachigen Verfassungsrechtsdiskurs zudem prägende rechtswissenschaftliche Begriffe.<sup>843</sup> Sie sind im

<sup>842</sup> Für eine – vorliegend *nicht* gemeinte – *grundsätzliche* (allgemeine rechts- und staats- theoretische), nicht an konkrete föderale Ordnungen und ihre positiven Verfassungen gebundene Betrachtung eines *jeden* „Bundesstaats als Rechtsbegriff“ s. H. Nawiasky, *Der Bundesstaat als Rechtsbegriff*, Tübingen 1920, S. 21 ff., welcher a. a. O., S. 17, zunächst von einem (anthropomorphen) Rechtsbegriff des ‚Staates‘ ausgehen möchte („Staat ist das Rechtssubjekt, dessen Wille in einer bestimmten Rechtsordnung erscheint“) und diesen dann fortentwickelt für den Bundesstaat als „ein[en] aus Staaten irgendwie zusammengesetzte[n] Staat“ (einen „Staatenstaat“); der ‚Bundesstaat‘ ist für Nawiasky dann „das Subjekt eines Willens, der in dem gemeinsamen Ausschnitt einer durch diesen Ausschnitt verbundenen Mehrheit von Rechtsordnungen erscheint, oder der Träger einer rechtlichen Herrschaft, die den gemeinsamen Ausschnitt mehrerer durch diesen verbundener rechtlicher Herrschaften bildet“.

<sup>843</sup> Vgl. statt vieler weiterer (auch älterer) Stimmen im Schrifttum nur K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20. Aufl., Heidelberg 1995, Rn. 216 ff.; S. Oeter, *Integration und Subsidiarität im deutschen Bundesstaatsrecht*, Tübingen 1998; E. Šarčević, *Das Bundesstaatsprinzip*, Tübingen 2000; M. Jestaedt, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. II, 3. Aufl. 2004, § 29; M. Kloepper, *Verfassungsrecht*, Bd. I, München 2011, § 9, Rn. 1 ff.; W. Heun, *Die Verfassungsordnung der Bundesrepublik Deutschland*, Tübingen 2012, S. 59. Auch C. Möllers, *Staat als Argument*, 2. Aufl., Tübingen 2011, S. XXXIV, spricht in seiner ideologie- und dogmatikkritischen Schrift von „Bundesstaatlichkeit“ als ein Beispiel für die „Themen, in denen der Staatsbegriff als juristisches Argument Verwendung findet“ (S. XIX) – freilich stellt Christoph Möllers auch die Tendenzen in der Verfassungsrechtswissenschaft vor, welche Föderalismus gerade



rechtswissenschaftlichen Schrifttum insbesondere auch geläufiger als die (eben vorverfassungsrechtliche) Kategorie ‚Föderalismus‘.<sup>844</sup>

*b) USA: „federalism“*

Zum Teil wird im Begriff ‚Bundesstaat‘ – auch unabhängig von einer ausdrücklichen Verwendung im Verfassungstext wie in Art. 20 Abs. 1 GG – ein (allgemeiner) „Rechtsbegriff“ und „Gegenstand des allgemeinen Staatsrechts“ (föderal organisierter Staaten) erblickt.<sup>845</sup> Ob es sinnvoll ist, die Kategorie ‚Bundesstaat‘ als Rechtsbegriff einer *jeden* föderalen Ordnung von Hoheitsgewalt zu betrachten, ist jedoch äußerst fragwürdig.<sup>846</sup> Und selbst für föderale Ordnungen, in welchen das föderale Prinzip wie in den USA und Deutschland auf den Rahmen der Nationalstaatlichkeit (näher unten § 12, B. I.) trifft, ist dies nicht unbedingt geläufig. Im Text der US-Verfassung kommt eine äquivalente Wendung zu ‚Bundesstaat‘ jedenfalls nicht vor. Allenfalls ließe sich an das Wort „*union*“ oder eben die Wendung „*United States*“, welche an prominenter Stelle im ersten Satz der Präambel der US-Verfassung verwendet werden, denken; hier fehlt es jedoch an einer Explizierung des

---

ohne Staatlichkeit denken wollen (a. a. O., S. XXXIV f.; vgl. auch C. Möllers, Der vermisste Leviathan, Staatstheorie in der Bundesrepublik, Frankfurt a. M. 2008, S. 117). Selbst A. Hanebeck, Der demokratische Bundesstaat des Grundgesetzes, Berlin 2004, welcher das Bundesländer-Verhältnis unter dem Grundgesetz ohne die Kategorie der Staatlichkeit konzipiert (S. 282), führt den „Bundesstaat“ im Titel seiner Abhandlung.

<sup>844</sup> Der Abgrenzung der Begriffe ‚Bundesstaat‘ und ‚Föderalismus‘ widmet sich in ausführlicher Form E. Šarčević, Das Bundesstaatsprinzip, Tübingen 2000, S. 6 ff., mit dem Ergebnis, dass für eine „staatsrechtliche“ Betrachtung – im Unterschied zu einer „rechts- oder staatsphilosophischen“ Betrachtung – ‚Bundesstaat‘ und ‚Föderalismus‘ als Synonyme verwendet werden könnten. Zur weitgehend synonymen Verwendung in Deutschland auch R. Lhotta, in: W. Heun/M. Honecker/M. Morlok/J. Wieland (Hrsg.), Evangelisches Staatslexikon, Neuausgabe, Stuttgart 2006, Sp. 264 ff. (264), wobei „Föderalismus“ jedoch das „übergeordnete Prinzip“ sei. Vgl. auch S. Koriath, in: W. Heun/M. Honecker/M. Morlok/J. Wieland (Hrsg.), Evangelisches Staatslexikon, Neuausgabe, Stuttgart 2006, Sp. 596 ff. (597): Bundesstaat als „wichtigster Anwendungsfall“ des Föderalismus.

<sup>845</sup> Vgl. etwa den Ansatz von H. Nawiasky, Der Bundesstaat als Rechtsbegriff, Tübingen 1920, S. 21 ff. (dazu eben in Fn. 842). Vgl. auch M. Frenkel, Föderalismus und Bundesstaat, Bd. I, Bern, Schweiz, 1984, S. 92 f.: „Der Bundesstaat ist ein Rechtsbegriff“ und als solcher sowohl „Gegenstand des allgemeinen Staatsrechts bzw. der Staatstheorie“ als auch Gegenstand des Verfassungsrechts der spezifischen verfassungsrechtlichen Ordnung eines konkreten Bundesstaats. Demgegenüber ist es für E. v. Hippel, Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl. Berlin u. a. 1967, S. 252 f., *nicht* sinnvoll, nach ‚dem Bundesstaat‘ als einer „Rechtsfigur der Allgemeinen Staatslehre“ zu fragen, da man sich auf diese Weise von der Wirklichkeit entferne und man „zuletzt in bloßen Abstraktionen“ ende. Darauf ist zu antworten, dass solche „bloßen Abstraktionen“ (etwa ‚föderale Würde‘ und ‚föderale Treue‘) nun aber eben wirkräftige kryptonormativ-ideenpolitische Vehikel darstellen, welche auch in konkreten föderalen Ordnungen in Bezug genommen („eingeschleust“) werden und dynamisch ideenpolitisch reaktualisiert werden (dazu unten B. III.).

<sup>846</sup> Auch M. Frenkel, Föderalismus und Bundesstaat, Bd. I, Bern, Schweiz, 1984, S. 92 f., bezieht diese Betrachtung ausdrücklich nur auf „Föderalismus im staatlichen Bereich“.



Elements der ‚Staatlichkeit‘ hinsichtlich der Bundesebene, wie sie im ‚Bundesstaat‘ ja gerade hervorgehoben wird.

Auch in der US-amerikanischen Rechtsprechung und Verfassungsrechtswissenschaft ist eine Begriffsbildung in Äquivalenz zum deutschsprachigen ‚Bundesstaat‘ nicht auszumachen. Hier ist es vielmehr üblich, mit Blick auf die verfassungsrechtlichen Normen zum Verhältnis von Bundesebene und Staaten schlicht von „*federalism*“ oder von „*constitutional federalism*“ zu sprechen, wobei regelmäßig implizit vorausgesetzt wird, dass dem Kontext entnehmbar ist, dass es um die *rechtliche* Perspektive auf „(constitutional) *federalism*“ geht.<sup>847</sup> Der Terminus ‚Bundesstaat‘ bzw. eine äquivalente Übersetzung ist in den USA also weder ein Rechtsbegriff noch ein geläufiger rechtswissenschaftlicher Begriff.

### c) Verfassungsvergleichung: „comparative federalism“

Gleiches gilt für die Verfassungsvergleichung: ‚Bundesstaat‘ (oder *federal state*‘, so eine denkbare, wenn auch ungelenke Übersetzung des Wortes) ist auch keine geläufige Kategorie der internationalen *vergleichenden* Verfassungsrechtswissenschaft. Zwar verwenden (v. a. ältere) *deutschsprachige* rechtsvergleichende Arbeiten „Bundesstaat“ als komparatistische Kategorie.<sup>848</sup> Insgesamt ist jedoch die Rede vom „*comparative federalism*“ herrschend – und dies keinesfalls nur in der vergleichenden Politikwissenschaft, sondern auch im vergleichenden Verfassungsrecht.<sup>849</sup>

<sup>847</sup> Vgl. exemplarisch *M. C. Dorf/T. Morrison*, Constitutional Law, New York, N.Y., U.S.A., 2010, S. 69 ff.; ähnlich *E. Chemerinsky*, Constitutional Law. Principles and Policies, 5. Aufl., New York, N.Y., U.S.A., 2015, S. 326 ff.: „*federalism as a limit on Congressional Authority*“. Zur Kontextabhängigkeit der Rede von ‚*federalism*‘ auch *J. Annaheim*, Die Gliedstaaten im amerikanischen Bundesstaat. Institutionen und Prozesse gliedstaatlicher Interessenwahrung in den Vereinigten Staaten von Amerika, Berlin 1992, S. 58.

<sup>848</sup> Etwa *M. Bothe*, Die Kompetenzstruktur des modernen Bundesstaates in rechtsvergleichender Sicht, Berlin u. a. 1977; aus dem Bereich der Auslandsrechtskunde *J. Annaheim*, Die Gliedstaaten im amerikanischen Bundesstaat. Institutionen und Prozesse gliedstaatlicher Interessenwahrung in den Vereinigten Staaten von Amerika, Berlin 1992; für eine alternative deutschsprachige komparatistische Terminologie vgl. jedoch etwa *P. Dann*, Parlamente im Exekutivföderalismus, Berlin u. a. 2004, S. 29: „föderale Ordnung“; *P. Egli*, Die Bundestreue. Eine rechtsvergleichende Untersuchung, Zürich, Schweiz, 2010, S. 550 ff.: „föderalistische Rechtsordnungen“ als Oberbegriff für die Bundesrepublik Deutschland, die Schweiz und die USA – freilich überträgt Egli jedoch die kontinentaleuropäisch geprägte Begrifflichkeit „Bundestreue“ auf das Verfassungsrecht der USA (zu den hiermit verbundenen Problemen s. u. § 9, C. II. 1. c) aa)).

<sup>849</sup> S. nur *F. Palermo/K. Kössler*, Comparative Federalism. Constitutional Arrangements and Case Law, Portland, Ore., U.S.A., 2017; *T. O. Hueglin/A. Fenna*, Comparative Federalism, 2. Aufl., North York, ON, Kanada, 2015; s. auch den politikwissenschaftlichen sowie verfassungsrechtsvergleichenden Beitrag von *D. Halberstam*, in: K. E. Whittington/ R. D. Kelemen/G. A. Caldeira (Hrsg.), The Oxford Handbook of Law and Politics, Oxford, U.K., u. a. 2008, S. 142 ff.

d) *Vorzugswürdigkeit des Begriffs ‚Föderalismusverfassungsrecht‘*

Die folgende Darstellung strebt durchaus eine Orientierung am geltenden Recht der föderalen Ordnung in den USA und Deutschland an (zum Dogmatik- und Rechtspraxisbezug der Studie unten § 9, A. III. 2. b)). Für eine am Normtext orientierte Verfassungsrechtswissenschaft läge es nahe, die Betrachtung des deutschen Föderalsystems unter dem Begriff ‚Bundesstaat‘ zu führen, da das Grundgesetz selbst die Bundesrepublik Deutschland in Art. 20 Abs. 1 GG wie erwähnt als „Bundesstaat“ bezeichnet und auch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts den Begriff aufgreift.

Dass für die vorliegende rechtsvergleichende Untersuchung dennoch darauf verzichtet wird, den Begriff ‚Bundesstaat‘ in den Mittelpunkt zu stellen, liegt an vier Gründen: *Erstens* spricht die gebotene komparatistische Neutralität gegen die Verwendung des Begriffs ‚Bundesstaat‘. Eine – keinesfalls auf Vertreter der ‚kritischen‘ Rechtsvergleichung beschränkte – methodologische Grundempfehlung der Rechtsvergleichung ist es, die (begrifflichen) Vorverständnisse des Rechtssystems, in welchem man primär ausgebildet wurde, zu vermeiden (näher unten § 9, C. I.).<sup>850</sup> Die Rede vom ‚Bundesstaat‘ ist nun aber sehr eng an den deutschen Verfassungsrechtsdiskurs gebunden.

Ein *zweiter* Grund, welcher gegen die Zentrierung des Begriffs ‚Bundesstaat‘ in der vorliegenden Arbeit streitet, ist die Tatsache, dass der Wortbestandteil ‚-staat‘ in ‚Bundesstaat‘ mit der ‚Staatlichkeit‘ eine Kategorie in Anspruch nimmt, welche im Laufe der Untersuchung zu problematisieren sein wird (s. § 12, B. I.). Zur politischen Idee (und ggf. Ideologie) des ‚Föderalismus‘ (des ‚Bundes‘; s.o. § 2, C.) tritt im Bundesstaatsdiskurs die Idee (und ggf. Ideologie) des ‚Staates‘ noch hinzu.<sup>851</sup> Dies wird im Folgenden näher zu untersuchen sein. In kritischer Distanz soll dann aber darauf verzichtet werden, das Attribut der ‚Staatlichkeit‘ bereits in die zentrale und übergreifend verwendete Terminologie der Studie zu übernehmen.<sup>852</sup> Föderalismus

<sup>850</sup> Vgl. K. Zweigert/H. Kötz, *Introduction to Comparative Law*, 3. Aufl., Oxford 1998, S. 35: „the comparatist must eradicate the preconceptions of his native legal system“; vgl. auch P. Dann, *Parlamente im Exekutivföderalismus*, Berlin u. a. 2004, S. 24, welcher für seine komparatistische Studie das Gebot benennt, „möglichst neutral, d.h. in einer allgemeinen, nicht auf ein spezifisches föderales System gerichteten Terminologie“ zu arbeiten und beispielsweise den Begriff „Zentralebene“ statt „Bund“ zu verwenden (diesem konkreten Hinweis wird vorliegend freilich nicht gefolgt). Noch weitergehend sind Forderungen zur Vermeidung von Denken in den Bahnen des ‚methodologischen Nationalismus‘ überhaupt (vgl. die Arbeiten von Ulrich Beck) – hierzu unten § 9, C. I. 3. c) aa).

<sup>851</sup> Freilich ist auch die Idee des Föderalismus von vorneherein teilweise (jedenfalls bestimmten Theorieentwürfen zu Folge) mit Aspekten der ‚Staatlichkeit‘ befasst (s. § 12, B. I. 2.). Im Begriff ‚Bundesstaat‘ tritt dies allerdings deutlicher zu Tage.

<sup>852</sup> Vergleichbare Gedanken zur Vermeidung des Wortbestands ‚-staat‘ mag man in der Debatte um die Verwendung der Begrifflichkeit ‚Religionsverfassungsrecht‘ an Stelle von ‚Staatskirchenrecht‘ (Einblicke in die Debatte etwa bei H. M. Heinig, in: ders./C. Walter [Hrsg.], *Staatskirchenrecht oder Religionsverfassungsrecht? Ein begriffspolitischer Grundsatzstreit*, Tübingen 2007, S. 357 ff.), aufsuchen, wobei dort viel stärker als vorliegend indi-

im Allgemeinen und etatistische Verengungen des Föderalismus sollen zwar jeweils untersucht, dabei aber auseinander gehalten werden.

*Drittens* – was mit der eben beschriebenen Abwendung von etatistischen Verengungen im Zusammenhang steht – unterstreicht der Begriffsbestandteil ‚Verfassung‘<sup>853</sup> in ‚Föderalismusverfassungsrecht‘ die Hinwendung zur (demokratischen) Verfassungstheorie<sup>854</sup>. Bei der Betrachtung des Sondertypus des demo(i)kratischen Föderalismus (s.u. § 12, B. III.) soll verdeutlicht werden, dass die verfassungstheoretische ‚Lehre von der verfassungsgebenden Gewalt des Volkes‘ – in demo(i)kratie-theoretisch modifizierter Form – fruchtbringend auf die föderalen Verfassungsordnungen der USA und Deutschlands angewendet werden kann (s.u. § 12, B. III. 2. a)).

Ein *vierter* Grund für die Rede von ‚Föderalismusverfassungsrecht‘ ist, dass mit dem Wortbestandteil ‚-verfassungsrecht‘ der Blick über das ‚Bundesstaatsrecht‘ hinaus auf andere Bereiche des Verfassungsrechts gelenkt wird, welche für die Stellung von Bundesebene und föderierten Einheiten von Bedeutung sein können (Föderalismusverfassungsrecht i. w. S.; s. sogleich 3.). Im Sinne von Konrad Hesses

---

vidualgrundrechtstheoretische und -praktische Probleme sowie Fragen des Verhältnisses von ‚Staat‘ und ‚Gesellschaft‘ (sowie ‚Kultur‘) im Vordergrund stehen – die Lage also durchaus komplexer ist (beachte allerdings die Betrachtungen zum freiheitlichen und zum demoikratischen Föderalismusverfassungsrecht unten in § 12, B. II. u. III.). Allgemeiner ist die Konkurrenz ‚Verfassungsrecht‘ versus ‚Staatsrecht‘ (hierzu knapp *M. Kloepper*, Verfassungsrecht, Bd. I, München 2011, S. V: „Dabei ist die Verfassung nicht mehr allein auf den Staat bezogen, sondern auf das Gemeinwesen und seine Rechtsordnung insgesamt. Daraus folgt, dass das Verfassungsrecht sich heute über die gesamte Rechtsordnung legt und diese ‚konstitutionalisiert‘. Sie gerät zu einem überdachenden Metarecht – weit über den ursprünglichen Bereich des Staatsrechts hinaus.“). Ausführlich zur Unterscheidung von ‚Verfassungsrecht‘ und ‚Staatsrecht‘ *C. Möllers*, Staat als Argument, 2. Aufl., Tübingen 2011, S. 171 ff., mit dem Fazit, es gebe „keine rechtsdogmatisch umsetzbare Differenz in der Sache“ (a. a. O., S. 190), insbesondere lasse sich auch der Aspekt der „Politikbezogenheit“ sowohl am Begriff des ‚Staats‘ wie auch der ‚Verfassung‘ festmachen (a. a. O., S. 191).

<sup>853</sup> Daraus folgt dann die Obliegenheit, auch zu benennen, worin die Besonderheiten eines verfassungszentrierten Ansatzes bestehen; siehe hierzu insbesondere die Darstellungen zum „föderativen Vorbehalt der Verfassung“ (s. u. B. I. 2. a)) und zur verfassungsgebenden Gewalt in Föderationen (s. u. § 12, B. III. 2. a) cc)). Dazu, dass die Kategorie der ‚Verfassung‘ häufig verwendet werde, ohne dass ihr Eigenwert und ihre Bedeutung für das erörterte konkrete Problem in Rechnung gestellt würden: *C. Möllers*, in: A. v. Bogdandy/J. Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge, 2. Aufl., Berlin u. a. 2009, S. 227 (256). Der Eigenwert könne letztlich v. a. in Fragestellungen aus der materiellen Verfassung (verfassungsgebende Gewalt des Volkes; Legitimationsfragen i. e. S.), aus der formellen Verfassung (Vorrangfragen etc.) und dem Aspekt der Konstitutionalisierung (Systematisierung, Prinzipienbildung, etc.), folgen, vgl. a. a. O. (271 f.).

<sup>854</sup> Vgl. in diesem Zusammenhang die Ausführungen unten § 12, C. II. zu der Reflexion ‚staats‘-, ‚verfassungs‘- und ‚demokratie‘-fokussierter Verfassungsrechtswissenschaft bei *O. Lepsius*, Der Staat 52 (2013), 157 ff.

Gedanken der „Einheit der Verfassung“<sup>855</sup> (s. auch unten B. II. 2.) geraten beispielsweise Aspekte des Grundrechtsföderalismus in den Blick.

### 3. Föderalismusverfassungsrecht (i. e. S.) und sonstiges föderalismusrelevantes Verfassungsrecht

Das Stichwort der „Einheit der Verfassung“ provoziert die Frage, ob und wie ‚Föderalismusverfassungsrecht‘ von anderen Teilen des Verfassungsrechts unterschieden werden kann: Bei der Charakterisierung der ideenpolitischen Konstellation des freiheitlich-nationalstaatlich-repräsentativ-demokratischen Föderalismus im ersten Kapitel wurden die Interdependenzen der einzelnen Elemente dieser Konstellation politischer Ideen hervorgehoben. Das Element des ‚Föderalismus‘ wurde als instrumentelles Bindemittel und Kreismittelpunkt innerhalb dieser Konstellation herausgestellt (s. o. § 1, A.). Nicht zuletzt aufgrund seines geringen legitimations-theoretischen Selbststands ist das föderale Prinzip auf das Zusammenwirken mit anderen politischen Ideen und Legitimationsmustern hin ausgerichtet (s. o. § 2, C. II. 1. a) bb) (3)). Diese Interdependenzen der einschlägigen politischen Ideen legen nahe, dass auch bei der Betrachtung des Föderalismusverfassungsrechts bestimmte Bereiche der Verfassungsordnung einzubeziehen sind, welche klassischerweise primär anderen Bereichen des politischen und juristischen Denkens zugeordnet und daher vom föderalismusverfassungsrechtlichen Diskurs eher abgeschnitten werden. Das gilt insbesondere für die verfassungsrechtliche Umsetzung von ‚Demo(i)kratie‘, ‚Rechtsstaatlichkeit‘ (v. a. Gewaltenteilung) und Individualgrundrechtsschutz in Föderationen.

In föderalen Ordnungen stehen diese ‚außer-föderalen‘ Bestandteile des Verfassungsrechts teilweise in engem Zusammenhang mit dem föderalen Verhältnis zwischen Bundesebene und föderierten Einheiten; dies soll an dieser Stelle nur knapp exemplarisch-verweisend angesprochen sein: Beispielsweise hat die föderale Kompetenzordnung (auch) eine *rechtsstaatliche*, ‚freiheits‘-sichernde Begrenzungs- und Schutzfunktion<sup>856</sup> zu Gunsten von Individuen (s. u. § 12, B. II. 2. b) aa)). Auch potenziert die föderale Gliederung einer Verfassungsordnung die Möglichkeiten, die Verfahren und die Produkte für *demo(i)kratische* Betätigung in der Föderation (s. u. § 12, B. III. 2.).<sup>857</sup> Des Weiteren können *Individualgrundrechte* nicht nur in Gestalt als Eingriffsabwehrrechte im Modus ‚außer‘-föderaler Kompetenzausübungsgrenzen – also gewissermaßen zusätzlich zum föderalen Kompetenzrecht – wirken, sondern das föderale Kompetenzverteilungsschema auch ‚untergründig‘ beeinflussen (s. etwa unten § 5, A. I. 2. c), § 5, C. III. 1. u. insbes. § 12, B. II. 3. b) bis d)).

<sup>855</sup> K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., Heidelberg 1995, Rn. 271.

<sup>856</sup> Vgl. R. Stettner, Grundfragen einer Kompetenzlehre, Berlin 1983, S. 320 ff.; C. Waldhoff, VVDStRL 66 (2007), 216 (236) (Letzterer mit Fokus auf die finanzverfassungsrechtliche Kompetenzordnung).

<sup>857</sup> Vgl. nur M. Kloepfer, Verfassungsrecht, Bd. I, München 2011, § 9, Rn. 57.

Außerdem stellt sich die Frage nach dem (Nicht-)Bestehen einer ‚Drittwirkung‘ von Föderalismusverfassungsrecht gegenüber Individuen (s.u. § 12, B. II. 3. c) u. III. 2. b) ff)). Diese Interdependenzen werden näher in den Abschnitten zum demo(i)kratischen (s.u. § 12, B. III.) und freiheitlichen Föderalismus (s.u. § 12, B. II.) untersucht. Die verfassungsrechtlichen Berührungspunkte dieser Normenkomplexe lassen sich als ‚Föderalismusverfassungsrecht i. w. S.‘ oder als ‚föderalismusrelevantes Verfassungsrecht‘ begreifen. Im Fokus des vorliegenden Kapitels stehen allerdings *zunächst* die verfassungsrechtlichen Strukturen, welche sich *unmittelbar* – gewissermaßen als ‚Sonderrecht‘ – auf das Verhältnis zwischen den föderalen Trägern als solchen beziehen (Föderalismusverfassungsrecht i. e. S.).

## **B. Föderalismusverfassungsrecht und politische Theorie und Ideengeschichte**

Ehe die Strukturen des Föderalismusverfassungsrechts (i. e. S.) systematisiert werden (s. u. C.), ist die besondere Rolle des (Verfassungs-)Rechts bei der Etablierung einer konkreten föderalen Ordnung zu reflektieren. Diese Reflexion dient gleichzeitig dazu, dass Verhältnis zwischen *politischer* Theorie und Ideengeschichte und Föderalismusverfassungsrecht näher zu beleuchten.

### **I. Rechts- und „Verfassungsbedürftigkeit“ konkreter föderaler Ordnung**

Konkrete föderale Ordnung bedarf der Ausgestaltung durch Rechtsnormen (s. u. 1.), insbesondere durch *Verfassungsrechtsnormen* (s. u. 2. a)), genauer: durch *Bundesverfassungsnormen* (s. u. 2. b)). Diese Ausgestaltung konkreter föderaler Ordnung durch Bundesverfassungsrecht führt regelmäßig zu Spannungen mit dem allgemeinen Modell des Bundes (s. u. 2. c)).

#### **1. „Rechtsbedürftigkeit“ konkreter föderaler Ordnung**

Soll das politische Prinzip des Föderalismus (s. o. § 2) normative Verbindlichkeit für eine konkrete politische Ordnung erlangen, bedarf es – unter den Bedingungen moderner, ‚westlicher‘ Rechtsstaatlichkeit – der Festschreibung und Aktualisierung (der Positivierung) durch Rechtsnormen: „Kein Bundesstaat ohne Recht“ (Stefan Koriath<sup>858</sup>); „[d]er Bundesstaat ist ein Rechtsbegriff“ (Max Frenkel).<sup>859</sup> Erst durch

---

<sup>858</sup> S. Koriath, in: R. C. van Ooyen/M. H. W. Möllers (Hrsg.), Handbuch Bundesverfassungsgericht im politischen System, 2. Aufl., Wiesbaden 2015, S. 693 ff. (694), mit Verweis auf M. Frenkel, Föderalismus und Bundesstaat, Bd. I, Bern, Schweiz, 1984, S. 92.

die rechtliche Einrichtung von Verbänden, Organen und Zuständigkeiten wird das Prinzip föderaler Gliederung für die (in diese Verbände und Organe aufgespaltene) hoheitliche Gewalt rechtlich verbindlich – und (teilweise) gerichtlich sanktionierbar (hierzu auch § 8, B. I. 3.). Dies gilt unabhängig davon, welche der oben voneinander unterschiedenen Entstehungs- und Entwicklungstendenzen – *bottom-up federalism* oder *top-down-federalism*; *coming-together federalism* oder *holding-together federalism* (s. o. § 2, B. I. 3.) – in einer konkreten föderalen Ordnung maßgeblich ist: Bundesebene und föderierte Einheiten müssen verfassungsrechtlich *als föderale Verbände* eingerichtet und mit begrenzten, ‚geteilten‘ Zuständigkeiten (ggf. neu) ausgestattet werden, auch wenn ursprünglich selbstständige einzelne Staaten als Vorläufer der föderierten Einheiten bestanden hatten (*bottom-up-federalism*), oder wenn zuvor bereits ein Gesamtstaat existiert hatte, welcher nunmehr föderal untergliedert wird (*top-down-federalism*).

Die grundsätzliche ‚Rechtsbedürftigkeit‘<sup>860</sup> konkreter föderaler Ordnung bedeutet freilich nicht, dass eine konkrete föderale politische Ordnung vollständig im ‚Recht‘ aufgehen würde; sie lebt ausgehend von ihrer rechtlichen Normierung auch in politisch-praktischen, ggf. informellen, parteipolitischen und gesellschaftlich-öffentlichen ‚Wirklichkeiten‘ (hierzu auch § 8, A. u. B.).<sup>861</sup> In diesen Wirkungsdimensionen und dort insbesondere im Bereich der Verfassungsrechtspolitik (s. u. § 8, A. II. 4.) können dann auch die eben angesprochenen Entwicklungstendenzen (‚Teloi‘) – *coming together* oder *holding together* – Kräfte entfalten.

## 2. „Verfassungsbedürftigkeit“ konkreter föderaler Ordnung

Für den grundgesetzlichen Föderalismus hat Matthias Jestaedt die ‚Rechtsbedürftigkeit‘ konkreter föderaler Ordnung näher qualifiziert als „Verfassungsbedürftigkeit“<sup>862</sup> konkreter föderaler Ordnung. Damit ist eine Verfassung im normativ-präskriptiven Sinn<sup>863</sup> – und damit letztlich Verfassungsrecht – gemeint.<sup>864</sup>

<sup>859</sup> M. Frenkel, Föderalismus und Bundesstaat, Bd. I, Bern, Schweiz, 1984, S. 92 (beachte demgegenüber ders., a. a. O., S. 82: „Föderalismus ist *kein* Rechtsbegriff [...], *könnte* allerdings auch ein Rechtsbegriff sein“).

<sup>860</sup> Begriffsbildung ‚Rechtsbedürftigkeit‘ in Abwandlung von „Verfassungsbedürftigkeit“ bei M. Jestaedt, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. II, 3. Aufl. 2004, § 29, Rn. 13.

<sup>861</sup> Vgl. M. Jestaedt, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. II, 3. Aufl. 2004, § 29, Rn. 14.

<sup>862</sup> Zur „Verfassungsbedürftigkeit des Bundesstaates“ M. Jestaedt, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. II, 3. Aufl. 2004, § 29, Rn. 13; Hervorh. R.D.N.

<sup>863</sup> Zur Unterscheidung zwischen einem normativ-präskriptiven und einem empirisch-deskriptiven Verfassungsbegriff nur D. Grimm, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. I, 3. Aufl. 2003, § 1, Rn. 1; vgl. auch die Unterscheidung von Verfassung als „Form der Formen“ (empirisch-deskriptiv) und „Norm der Normen“ (normativ-präskriptiv) bei C. Schmitt, Verfassungslehre, München u. a. 1928, S. 4, 7. Freilich ist die Verfassung im

## a) „Föderativer Vorbehalt der Verfassung“

Es sei die Aufgabe der jeweiligen (Bundes-)Verfassung, den föderalen Aufbau und das Verhältnis zwischen Bundesebene und föderierten Einheiten sowie unter den föderierten Einheiten zu regeln. Die *wesentlichen* Strukturentscheidungen (insbesondere „Staatscharakter, Verfassungshomogenität“ der föderalen Träger sowie „Rechtserzeugungsregeln und -verfahren“) müssten durch die Bundesverfassung selbst getroffen werden (Jestaedt: „föderativer Vorbehalt der Verfassung“<sup>865</sup>). Freilich schließe ein solcher „föderativer Vorbehalt der Verfassung“ – im Rahmen der jeweiligen verfassungsrechtlichen Zuständigkeiten oder beim Vorliegen von expliziten Ermächtigungen (wie z. B. in Art. 107 Abs. 2 GG oder in Art. 91b GG) – *nicht* die ergänzend-vertiefende Ausgestaltung und Konkretisierung föderaler Rechtsverhältnisse in einfachen (Bundes-)Gesetzen oder in Verträgen zwischen föderalen Trägern aus.<sup>866</sup> Und für das im Grundgesetz „verfassungsrechtlich nur in unbestimmten Begriffen festgelegte Steuerverteilungs- und Ausgleichssystem“ zwischen Bund und Ländern hat der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts sogar eine *Verpflichtung* des Gesetzgebers ausgesprochen, konkretisierende Maßstäbe für die Details der föderalen Finanzbeziehungen zu schaffen.<sup>867</sup> Dieser verfassungsge-

---

normativ-präskriptiven Sinn – nach vorliegend vertretener Auffassung – auch ‚Norm der Formen‘.

<sup>864</sup> Vgl. M. Jestaedt, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. II, 3. Aufl. 2004, § 29, Rn. 13; dazu auch M. Klopfer, Verfassungsrecht, Bd. I, München 2011, § 9, Rn. 8; vgl. auch M. Frenkel, Föderalismus und Bundesstaat, Bd. I, Bern, Schweiz, 1984, S. 82.

<sup>865</sup> Für das Grundgesetz: M. Jestaedt, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. II, 3. Aufl. 2004, § 29, Rn. 13, mit Verweisen auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, insbesondere BVerfGE 6, 309 (354); vgl. aus Sicht der Komparatistik auch S. Choudhry/N. Hume, in: T. Ginsburg/R. Dixon (Hrsg.), Comparative Constitutional Law, Cheltenham, U.K., 2011, S. 356 (357), welche zudem auf die Geschriebenheit solcher Bundesverfassungen hinweisen (sowie die Rolle der Verfassungsgerichtsbarkeit betonen; hierzu unten C. u. § 8, B. III.); vgl. dazu auch (kritisch-referierend) O. Beaud, in: L. Azoulai (Hrsg.), The Question of Competence in the European Union, New York, N.Y., U.S.A., u. a. 2014, S. 19 (25), m. w. N.

<sup>866</sup> Vgl. zur Möglichkeit „verfassungsgesetzlicher Ermächtigungen“ zur Schaffung außer-verfassungsrechtlicher Rechtsregeln für das Bund-Länder-Verhältnis unter dem Grundgesetz: M. Jestaedt, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. II, 3. Aufl. 2004, § 29, Rn. 13 (dort in Fn. 78). Freilich dürfen föderale Träger durch Verträge nicht die Verbandszuständigkeitsordnung der Verfassung umgehen, etwa indem sie ihre Verbandszuständigkeiten auf andere föderale Träger übertragen; hierzu für das Grundgesetz: BVerfGE 32, 145 (156) – Beförderungsteuer: „Kompetenzverschiebungen zwischen Bund und Ländern [sind] auch nicht mit Zustimmung der Beteiligten zulässig“; vgl. auch BVerfGE 41, 291 (311) – Strukturförderung (hierzu unten § 6, A. IV. 3.); BVerfGE 63, 1 (39) – Schornsteinfegerverversorgung. Vgl. auch C. Vedder, Intraföderale Staatsverträge. Instrumente der Rechtsetzung im Bundesstaat, Baden-Baden 1996, S. 131 f., vgl. dort auch den Hinweis darauf, dass Bund und Länder nicht gemeinsam Recht setzen dürften, sowie den Hinweis auf die Zulässigkeit von interföderalen Verträgen zur „Klärung von Zuständigkeitszweifeln“.

<sup>867</sup> BVerfGE 101, 158 (215) – Finanzausgleich III.



richtlichen Inpflichtnahme zur Schaffung von ‚unterverfassungsrechtlichem Föderalismusverfassungsrecht‘ ist der Bundesgesetzgeber mit Verabschiedung des „Supergesetzes“ (Michael Kloepfer)<sup>868</sup> Maßstäbengesetz<sup>869</sup> dann auch nachgekommen.

Es ist nicht frei von Zweifeln, ob der von Jestaedt für das Grundgesetz ausgemachte „föderative Vorbehalt der Verfassung“ ohne Weiteres komparatistisch verallgemeinert und auf die föderale Ordnung der USA übertragen werden kann.<sup>870</sup> Um diese Frage zu erörtern, sollen die von Jestaedt vorgebrachten Begründungen für den „föderativen Vorbehalt“ des Grundgesetzes mit der Rechtslage in den USA abgeglichen werden: Jestaedt weist – *erstens* – auf den Regelungsbefund des Grundgesetzes: „[D]as Verhältnis von Bund und Ländern [werde] ausschließlich nach dem Bundesverfassungsrecht bestimmt“.<sup>871</sup> Unabhängig davon, dass der zitierte Satz in dieser Absolutheit auch für den grundgesetzlichen Föderalismus nicht zutreffend ist (auch der deutsche Föderalismus kennt föderative Verträge und praktisch wichtiges einfaches Recht, etwa im Finanzverfassungsrecht), wird man jedenfalls für den Föderalismus in den USA festhalten müssen, dass hier ein umfangreiches einfachgesetzliches Netz von Verflechtungsstrukturen zwischen Bundesebene und föderierten Einheiten (insbesondere im Umweltschutzrecht und im Sozialrecht) geschaffen wurde, obwohl die US-Verfassung Verflechtungsstrukturen zwischen den föderalen Trägern nicht vorsieht (s. ausführlich unten § 4, B. I. 3. c) aa)). Freilich sind die *Grundstrukturen* der föderalen Ordnung, v. a. im Bereich der Aufteilung der Gesetzgebungskompetenzen (deutlich weniger aber im Bereich der Verwaltungskompetenzen) auch in den USA letztlich – obschon deutlich weniger dicht als im Grundgesetz – verfassungsrechtlich gerahmt. Jestaedt weist weiterhin – *zweitens* – darauf hin, dass sich der verfassungsrechtliche Regelungsbefund auch verfassungstheoretisch abstützen lasse: Fragen wie der „Staatscharakter“ oder die Verfassungshomogenität der föderalen Träger würden nach einer verfassungsrechtli-

<sup>868</sup> M. Kloepfer, in: GS Brandner, 2. Aufl., Baden-Baden 2018, S. 93 (94, 96 ff.).

<sup>869</sup> Gesetz über verfassungskonkretisierende allgemeine Maßstäbe für die Verteilung des Umsatzsteueraufkommens, für den Finanzkraftausgleich sowie für die Gewährung von Bundesergänzungszuweisungen (Maßstäbengesetz – MaßstG) v. 09.11.2001, BGBl. I S. 2302, Überschrift geänd. m. W. v. 01.01.2020 durch G. v. 14.08.2017, BGBl. I S. 3122.

<sup>870</sup> Es ist genauer zu fragen, welchen Aspekten der formellen und materiellen Dimension des Begriffs der ‚Verfassung‘ ein „föderativer Vorbehalt der Verfassung“ dient; vgl. allgemein dazu, dass die Kategorie der ‚Verfassung‘ häufig verwendet werde, ohne dass ihr Eigenwert und ihre Bedeutung für das erörterte konkrete Problem in Rechnung gestellt würden: C. Möllers, in: A. v. Bogdandy/J. Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge, 2. Aufl., Berlin u. a. 2009, S. 227 (256). Der Eigenwert könne letztlich v. a. in Fragestellungen aus der materiellen Verfassung (verfassungsgebende Gewalt des Volks; Legitimationsfragen i. e. S.), aus der formellen Verfassung (Vorrangfragen etc.) und dem Aspekt der Konstitutionalisierung (Systematisierung, Prinzipienbildung, etc.), folgen, vgl. a. a. O. (271 f.).

<sup>871</sup> M. Jestaedt, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. II, 3. Aufl. 2004, § 29, Rn. 13; Hervorh. im Orig.



chen Regelung verlangen.<sup>872</sup> Das Argument der Verfassungshomogenität als Grund für einen föderalen Verfassungsvorbehalt leuchtet – auch komparatistisch – mit Blick auf eine materielle Dimension der Verfassung<sup>873</sup> ein; auch die US-Verfassung enthält ein – Art. 28 Abs. 1 GG teilweise ähnliches, obschon inhaltsärmeres – Homogenitätsgebot (Art. IV, Sec. 4 USC; s. u. § 4, A. II. 4. b) bb)). Der Hinweis auf den „Staatscharakter“ föderaler Träger dagegen ist nicht überzeugend, schon weil das Grundgesetz keine entsprechende Regelung (zu einer etwaigen ‚Staatlichkeit‘ der Länder) enthält.<sup>874</sup> Schließlich sei es laut Jestaedt – *drittens* – eine Forderung der „Rechtslogik“, dass die *Bundesverfassung* selbst die „Rechtszeugungsregeln und -verfahren im bundesstaatlichen Rechtsverhältnis“ festlegt.<sup>875</sup> Hier geht es stärker um die formelle Dimension der Verfassung<sup>876</sup>. Insoweit ist zu beobachten, dass sich US-Verfassung und Grundgesetz tatsächlich weitgehend entsprechen und Rechtszeugungsregeln und -verfahren für die Bundesebene sowie Vorrangregeln zum Verhältnis des Rechts der Bundesebene zum Recht der föderierten Einheiten (Art. 31, 70 GG; Art. VI, Cl. 2, Am. X USC) bundesverfassungsrechtlich regeln.

Im Ergebnis sprechen Einzelaspekte der materiellen Verfassungsdimension (etwa Verfassungshomogenität) und der formellen Verfassungsdimension (etwa Vorrangfragen) für einen grundsätzlichen „föderative[n] Vorbehalt der Verfassung“. Dieser gilt weder in den USA noch in Deutschland absolut, wobei er in den USA weniger streng durchgehalten ist als in Deutschland.

#### b) ‚Bundesverfassungsbedürftigkeit‘ konkreter föderaler Ordnung

Die grundsätzliche „Verfassungsbedürftigkeit“ konkreter föderaler Ordnung lässt sich genauer als ‚Bundesverfassungsbedürftigkeit‘ qualifizieren. Die *Bundesverfassung* ist das Grunddokument der föderalen Ordnung. Die Kompetenzverteilung zwischen Bundesebene und föderierten Einheiten wie auch die Frage, ob und wie diese Verteilung ggf. verändert werden kann<sup>877</sup>, sind *bundesverfassungsrechtliche* Fragen (was nicht heißt, dass die föderierten Einheiten nicht unmittelbar oder mittelbar in entsprechende bundesverfassungsrechtlich vorgesehene Verfahren eingebunden werden).<sup>878</sup>

<sup>872</sup> Vgl. M. Jestaedt, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. II, 3. Aufl. 2004, § 29, Rn. 13.

<sup>873</sup> S. o. Fn. 870.

<sup>874</sup> Die Staatlichkeit der Länder ist vielmehr ein (krypto-)normatives etatistisches Argument; vgl. C. Möllers, Staat als Argument, 2. Aufl., Tübingen 2011, S. 350 ff.

<sup>875</sup> Vgl. M. Jestaedt, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. II, 3. Aufl. 2004, § 29, Rn. 13, mit Hinweis auf H. Kelsen, Allgemeine Staatslehre, Berlin 1925, S. 249.

<sup>876</sup> S. o. Fn. 870.

<sup>877</sup> Somit ist auch die Kompetenz-Kompetenz eine bundesverfassungsrechtliche Frage.

<sup>878</sup> Vgl. O. Beaud, in: L. Azoulai (Hrsg.), The Question of Competence in the European Union, New York, N.Y., U.S.A., u. a. 2014, S. 19 (26 f.).

### c) Spannung zum Modell des Bundes

Im *Ausgangspunkt* lässt sich diese zentrale föderalismusverfassungsrechtliche Bedeutung der Bundesverfassung mit dem Modell des Bundes und dem ihm inhärenten Vertragsdenken durchaus vereinbaren: In Schmitts Definition des ‚Bundes‘ treffen föderierte Einheiten eine „frei[e] Vereinbarung“ (s. o. § 2, C. I. 1.).<sup>879</sup> Aus der Sicht des Modells des Bundes kann die Bundesverfassung einer Föderation als ebendiese „frei[e] Vereinbarung“ der an der Föderation beteiligten föderierten Einheiten betrachtet werden: Unabhängig davon, ob diese Lesart nun ‚historisch-rechtstechnisch‘ und verfassungstheoretisch fundiert ist oder nicht (zu diesem Aspekt oben § 2, C. I. 2. b)), lässt sich die Bundesverfassung im *Ausgangspunkt* – modellhaft und damit vereinfachend – als Dokumentation des Bundesschlusses der föderierten Einheiten lesen. Die Bundesverfassung lässt sich insoweit als *Bundesvertrag* lesen. (Stark) vereinfachend ist die Sicht ggf. deshalb, weil etwaige widerstreitende verfassungstheoretische Aspekte (insbesondere die ‚verfassungsgebende Gewalt des [Gesamt-]Volks‘ in demo[i]kratischen Föderationen) dabei (zunächst) außer Betracht bleiben (s. aber § 12, B. III. 2. a)).

Insbesondere für das Verfassungsrecht supranationaler Föderationen wie der Europäischen Union wurde im Schrifttum herausgearbeitet, dass die Grunddokumente dieser Föderationen in einer Zwitterstellung zwischen Vertrag und Verfassung(-sgesetz) stehen:<sup>880</sup> Christoph Schönberger hat diesbezüglich eine *tertium datur*-Formel vom „Bundes- oder Verfassungsvertrag“, der „beides zugleich, Vertrag und Verfassung“ sei, gebildet.<sup>881</sup> Diese Betrachtung kann – wiederum modellartig-vereinfachend – durchaus auch auf die Grunddokumente nationalstaatlicher Föderationen (etwa USA, Deutschland) bezogen werden. Anders als bei supranationalen Föderationen wie der Europäischen Union, bei welchen der Schwerpunkt auf dem vertraglichen Moment von Schönbergers *tertium datur*-Formel liegt, steht bei den nationalstaatlichen Föderationen das verfassungsgesetzliche Moment im Vordergrund. Jeweils *kann* aber *auch* das jeweils andere Moment in bestimmten Umfang (störend, verzerrend, relativierend, korrigierend) relevant werden.

Umso stärker eine Bundesverfassung das verfassungsgesetzliche Moment ausgestaltet, desto größer sind die potenziellen Spannungen zum Grundmodell des Bundes: Bundesverfassungen enthalten (setzen) regelmäßig Inhalte und entfalten regelmäßig Wirkungen, welche bestimmte (krypto-)normative Gehalte des Modells des Bundes konterkarieren. In der Bundesverfassung wird insbesondere geregelt, welche Institutionen (Organe) in welchen Verfahren (Bundes-)Recht setzen und

<sup>879</sup> C. Schmitt, Verfassungslehre, München u. a. 1928, S. 366.

<sup>880</sup> Vgl. C. Schönberger, AöR 129 (2004), 81 (109 ff.); O. Beaud, in: L. Azoulay (Hrsg.), The Question of Competence in the European Union, New York, N.Y., U.S.A., u. a. 2014, S. 19 (26 ff.).

<sup>881</sup> C. Schönberger, AöR 129 (2004), 81 (112); ähnlich O. Beaud, in: L. Azoulay (Hrsg.), The Question of Competence in the European Union, New York, N.Y., U.S.A., u. a. 2014, S. 19 (34): „a mixed compact, „contractual to start with and regulatory by its effects““.

anwenden (vgl. Art. I USC, vgl. Art. 70 ff., 76 ff. GG). Regelmäßig wird auch bundesverfassungsrechtlich geregelt, wie die Bundesverfassung geändert werden kann (vgl. Art. V USC, Art. 79 GG). Dabei werden auch Art und Ausmaß der – unmittelbaren oder häufig nur mittelbaren – Beteiligung der föderierten Einheiten an diesen Vorgängen geregelt. Je nach konkreter Ausgestaltung dieser institutionellen und verfahrensmäßigen Vorgaben in der Bundesverfassung kann es zu erheblichen Abweichungen vom allgemeinen Modell des Bundes kommen. Diese Abweichungen können – wieder unter Rückgriff auf Schmitts ‚Bund‘-Definition – u. a. mit Blick auf den „gemeinsamen Zweck der politischen Selbsterhaltung aller Bundesmitglieder“<sup>882</sup> (s. o. § 2, C. I. 1.) oder in Betreff auf die regelmäßig aus dem ‚Bundes‘-Gedanken hergeleiteten Grundsätze der Einstimmigkeit und formalen Gleichheit der föderierten Einheiten (s. o. § 2, C. II. 1. b)) bestehen – nämlich etwa dann, wenn die Ausgestaltung der föderalen Ordnung in der Bundesverfassung so erfolgt, dass Kompetenzen der Bundesebene ohne Einstimmigkeit der föderierten Einheiten ausgeübt oder gar geändert (erweitert) werden können; oder einzelne föderierte Einheiten gar beseitigt werden können. Die Bundesebene wird dann durch die Bundesverfassung mit einem ‚Eigenleben‘ ausgestattet, welches die „politisch[e] Selbsterhaltung“ der föderierten Einheiten durchaus herausfordern, gefährden oder beseitigen kann.

## II. Zwischenbetrachtung: Föderalismusverfassungsrecht als ‚Kunst‘?

Die Verwirklichung von ‚Föderalismus‘ in konkreten Verfassungsordnungen wird publizistisch immer wieder als „Arrangement“<sup>883</sup>, als „Architektur“<sup>884</sup>, als „Design“<sup>885</sup> oder ‚gar‘ als „Kunst“<sup>886</sup> bezeichnet. Welche besonderen Charakteristika des Föderalismus(verfassungsrechts) durch solche Metaphern<sup>887</sup> unscharf in Bezug ge-

<sup>882</sup> C. Schmitt, Verfassungslehre, München u. a. 1928, S. 366.

<sup>883</sup> F. Palermo/K. Kössler, Comparative Federalism. Constitutional Arrangements and Case Law, Portland, Ore., U.S.A., 2017.

<sup>884</sup> L. P. Feld/W. Kerber, in: U. Vollmer (Hrsg.), Ökonomische und politische Grenzen von Wirtschaftsräumen, Berlin 2006, S. 109, zur „variablen Architektur von Integration“ in „Mehr-Ebenen-Jurisdiktionssystemen“.

<sup>885</sup> S. den Untertitel „*Principles of Design*“ bei J. Bednar, The Robust Federation, Cambridge, Mass., U.S.A., 2009. Es handelt sich dann um ‚Design‘ politischer Gemeinschaft und Herrschaft, um institutionalisiertes „Gesellschaftsdesign“ („Sozio-Design“). Einen möglichen Zugang zu „Gesellschaftsdesign“ stellt F. v. Borries, Weltentwerfen. Eine politische Designtheorie, Berlin 2016, S. 75 ff., vor: Gestaltung u. a. von „Institutionen und Repräsentationsformen“ (a. a. O., S. 75). V. Borries’ Grundthese lautet, dass sich soziale und politische Gestaltung zwischen den Polen des *Unterwerfens* (Etablierung und Verfestigung von „Machtstrukturen“) und des *Entwerfens* (Öffnung von „Möglichkeitsräumen“ und somit Schaffung von „Freiheit“) bewegt (a. a. O., S. 86).

<sup>886</sup> P. Badura, in: FS Lerche, München 1993, 369: „Kunst der föderalen Form“.

<sup>887</sup> Dass es sich bei der Rede von der ‚föderalen Architektur‘, dem ‚föderalen Design‘ etc. um Metaphern handelt, wird dann besonders handgreiflich, wenn man sich vor Augen führt,

nommen werden, lässt sich entlang von kunst- und kulturtheoretischen Stichworten wie ‚Artefakt‘ (s. u. 1.), ‚Unikat‘ (s. u. 2.), ‚Luxus‘ (s. u. 3.), ‚Erfahrbarkeit‘ (s. u. 4.), ‚Angebotscharakter‘ (‚Affordanz‘) (s. u. 5.) sowie ‚Kommentarbedürftigkeit‘ (s. u. 6.) erörtern. Der nachfolgende Zwischenschritt über die Diskussion von Föderalismusverfassungsrecht anhand dieser Topoi der Kulturwissenschaft und Kunsttheorie hilft – im Geist von *law and the humanities as interart studies*<sup>888</sup> – dabei, diejenigen Eigenschaften des Föderalismusverfassungsrechts hervorzuheben, welche es ermöglichen, dass (gerade) Föderalismus als Lesekonvention und (‚aber auch‘) als (ideenpolitisches) Instrument wirken kann:

### 1. Artefakt; Form(ung)

In der Rechts- und „Verfassungsbedürftigkeit“ des Föderalismus (Jestaedt – s. o. I. 2.) zeigt sich, dass eine konkrete föderale Ordnung stets ‚gemacht‘ (also ‚künstlich‘, ‚artifizuell‘) ist. Sie setzt eine verfassungsrechtliche ‚Wahlentscheidung‘ zur Verwirklichung des föderalen Organisationsprinzips voraus. Für Daniel J. Elazar ist gerade die föderale Idee Ausdruck dafür, dass „Menschen in der Lage sind, Entscheidungen über Verfassungsfragen zu treffen“; dies liege an dem der föderalen Idee inhärenten ‚Vertrags‘-Denken, welches Elazar von „organisch wachsenden“ Institutionen und Beziehungen unterscheidet.<sup>889</sup> Auch Peter Badura hat einen besonders intensiven Gestaltungscharakter föderaler Ordnung ausgemacht: „Da[ss] die Verfassung ein konkreter Gründungs- und Gestaltungsakt durch eine geschichtlich Wirklichkeit gewinnende Einung ist, ist nirgends augenfälliger als in der bundesstaatlichen Verfassung.“<sup>890</sup>

Solche auffälligen Betonungen eines besonderen(?) Formungs-, Gestaltungs- und ‚Artefakt‘-Charakters<sup>891</sup> konkreter föderaler Ordnung lassen sich freilich aus min-

dass politische föderale Ordnung *tatsächlich* Einfluss auf die Entwicklung der Architektur- und Design-Geschichte nehmen kann: vgl. am Beispiel der USA zur Bedeutung des *federal government* für die Herausbildung von Architektur- und Design-Stilen etwa L. A. Craig, *The Federal Presence. Architecture, Politics, and National Design*, Cambridge, Mass., U.S.A., 1984.

<sup>888</sup> Methodologische Einordnung und knappe Erläuterung unten bei § 9, B. II. 1.

<sup>889</sup> D. J. Elazar, *Exploring Federalism*, Tuscaloosa, Ala., U.S.A., 1987, S. 33: „*The federal idea itself rests on the principle that political and social institutions and relationships are best established through covenants, compacts, or other contractual arrangements, rather than, or in addition to, simply growing organically; in other words, that humans are able to make constitutional choices.*“

<sup>890</sup> P. Badura, in: FS Lerche, München 1993, 369 (371). Zum Artefaktcharakter der deutschen Länder nach dem Zweiten Weltkrieg vgl. etwa M. Kloepper, DÖV 2004, 566: „von den Besatzungsmächten in der Nachkriegszeit gebildet[e] – häufig synthetisch[e] – Länder“; H. Oberreuter, *Republikanische Demokratie. Der Verfassungsstaat im Wandel*, Baden-Baden 2012, S. 417: „die künstlichen, von den Besatzungsmächten geschaffenen Bindestrich-Gebilde der Nachkriegszeit“.

<sup>891</sup> Oder auch ‚Bild‘-Charakter; zu einer „fundamentalen, ersten Definition [... des] Bildbegriff[s]“ als „jedwede Form der Gestaltung“: H. Bredekamp, *Der Bildakt, Neufassung*,

destens zwei Richtungen hinterfragen: Zum einen ist Elazars Kontrastierung von „organisch wachsenden“ Institutionen und artifiziell geschaffenen Institutionen wohl schwer durchzuhalten<sup>892</sup>, zumal sich immer wieder auch Stimmen finden, welche – häufig unter Rekurs auf ‚Subsidiarität‘ – einen ‚natürlich‘ „gewachsenen“ Charakter gerade auch von föderalen Ordnungen erkennen wollen.<sup>893</sup> Zum anderen ist zu berücksichtigen, dass beispielsweise auch die Verwirklichung von ‚Volks-herrschaft‘ und von ‚demokratischer Repräsentation‘ ‚selbstverständlich‘ ebenfalls bewusste Entscheidungen zur institutionellen Gestaltung erfordern, zumal sich auch diese Gestaltungsaufgaben teilweise ‚(sozial-)vertragstheoretisch‘ modellieren und somit für Elazar offenbar in besonderer Weise artifiziell verstehen lassen müssten.

Dennoch lenkt die besondere publizistische Hervorhebung des Formungs-, Gestaltungs- und Artefakt-Charakters von föderaler Ordnung die Aufmerksamkeit auf eine Auffälligkeit im Umgang mit dem föderalen Prinzip: Beobachtbar ist die Tendenz, bei der Beschäftigung mit ‚Föderalismus‘ ein – scheinbares – Primat der

---

Berlin 2015, S. 40. Zu einer weiten (abstrakten), interdisziplinär leistungsstarken Definition von „Form“ und „Formung“: C. Levine, *Forms. Whole, Rhythm, Hierarchy, Network*, Princeton, N.J., U.S.A., 2015, S. 4: „*form‘ always indicates an arrangement of elements – an ordering, patterning, or shaping*“. Als ‚Artefakt‘ können hier mit C. Möllers, *Die Möglichkeit der Normen*, Berlin 2015, S. 247, m. w. N., solche *Gegenstände* bezeichnet werden, auf welche sich (die Zuschreibung) eine(r) *Intention* eines Produzenten und ein begrifflicher Rahmen (ein konventionalisiertes *Interpretationsmuster*), der den Gegenstand einem Genre zuweist, beziehen. Die Zuschreibung einer Produzenten-Intention wird bei den oben zitierten Stimmen von Elazar, Badura etc. durch Wendungen wie „Gestaltungsakt“ und „Entscheidungen“ („*choices*“) impliziert (dabei bleibt das Produzenten-Subjekt, letztlich der Träger der verfassungsgebenden Gewalt, in solchen Äußerungen häufig unbenannt); als begriffliches Interpretationsmuster, welchem föderale politische Ordnungen als Gegenstände zugeordnet werden, kommt das oben bei § 2, C. ausführlich analysierte Modell des ‚Bundes‘ in Betracht.

<sup>892</sup> Hier ist ein interdisziplinärer Blick auf die Bildwissenschaft hilfreich: Wie H. Bredekamp, *Der Bildakt*, Neufassung, Berlin 2015, S. 35 f., 42 f., u. a. anhand von 200 000 Jahre alten Faustkeilen aus Muschelfossilien, in denen Sonderformen der ‚Natur‘ (wie in der Fossilie eingeschlossene Muscheln) bewusst durch die menschliche Bearbeitung des Faustkeils zentriert (und so gestaltend verstärkt) wurden, und an kunsttheoretischen Überlegungen von Leon Battista Alberti zeigt, sind „Grenzgänger zwischen Natur- und Bildwerk“ inhärent mit ‚Bildlichkeit‘ (und ‚Kunst‘) verbunden.

Binäre Kontrastierungen nach der von Elazar angestellten Art mögen auch mit dem simplifizierenden Bild von den USA als dem ‚Land ohne Geschichte‘ zusammenhängen; zur Analyse dieses „Amerikabilds“ V. Depkat, *Amerikabilder in politischen Diskursen*. Deutsche Zeitschriften von 1789 bis 1830, Stuttgart 1998, S. 319 ff.

<sup>893</sup> S. die Ausführungen zum *bottom-up*-Föderalismus oben § 2, B. I. 3. b), zur Vorstellung von Föderalismus und „*wards*“ bei Thomas Jefferson oben § 1, B. IV. 1. a) und zum genossenschaftlich-föderalen Denken etwa bei Francis Lieber oder Hugo Preuß oben § 1, C. II. 1. c) bzw. § 2, C. I. 1. d); vgl. etwa auch die Wortmeldung von Günter Dürig auf der Staatsrechtslehrertagung von 1962: VVDStRL 21 (1964), S. 115: „Ich glaube, rechtfertigen können wir den Föderalismus nur durch das Subsidiaritätsprinzip [...]. Es entspricht auch der soziologischen Seinsgegebenheit, daß sich die menschliche Gesellschaft, und damit auch der Staat, aufbaut von kleinen Gemeinschaften zu größeren. Sein und Sollen stimmen also überein. Ich behaupte, daß die Lebenswirklichkeit es ist, die die normative Entscheidung für einen föderalistischen Staatsaufbau letztlich [sic!] rechtfertigt.“

„*Formung*“ (gegenüber ‚Inhalten‘, ‚Funktionen‘, etc.) zu behaupten oder zu implizieren, die Tendenz zu einem zugespitzten Formalismus (näher unten § 7, C. I. 2.). Erinnert sei in diesem Zusammenhang an Peter Lerches Formel von der föderalen „Homogenität [nur] im Verfahren“<sup>894</sup> (und nicht in der ‚Substanz‘). Andere sehen – pejorativ gefasst – den Mehrwert des föderalen Prinzips nur in „Schablonen“ und „Leerformeln“<sup>895</sup>. Versteht man mit Caroline Levine unter ‚Formung‘ das „Arrangieren von Elementen – ein Ordnen, Strukturieren“<sup>896</sup>, so wird erkennbar, dass das Ordnungsprinzip ‚Föderalismus‘ (nach dem Ordnungsmuster des Bundes, ggf. auch des Netzes<sup>897</sup>) eben – zunächst einmal – als ein Prinzip der Formung daherkommt. Badura hat im Anschluss an Peter Lerche das Anspruchsvolle an dieser föderalen Formung als „wohlverteilte Ordnung und Balancierung“<sup>898</sup> (s. o. § 2, B.) bezeichnet. Hier wird etwas besonders „Rechtsästhetisches“ (Daniel Damler) auf den Begriff gebracht, was schon für das Verfassungsdenken der *Federalists* – und damit für die erstmalige Konzeptualisierung von ‚Instrumentalföderalismus‘ (s. o. § 1, B. III.) – von entscheidender Bedeutung gewesen war: das politische Denken in „Gleichgewichten“.<sup>899</sup>

## 2. Unikat; Aura

Die Wahlentscheidung zur Verwirklichung des föderalen Organisationsprinzips erfolgt durch die Setzung und die Operation von Verfassungsrecht. Der sich so ergebende Normenkomplex ist das Föderalismusverfassungsrecht der betreffenden politischen Einheit. Das Föderalismusverfassungsrecht ist für jede föderale Verfassungsordnung *spezifisch*. Für Michael Kloepper gibt es „immer nur einen Bundesstaat in seiner konkreten historischen und politischen Situation“.<sup>900</sup> Stefan Koriath sagt über den „Bundesstaat“: „jeder ist ein Unikat“<sup>901</sup>. Wer die Einzigartigkeit konkreter föderaler Ordnung in dieser Weise formelartig zuspitzt, lässt darin auch eine gewisse Fetischisierung des ‚Originals‘ mitschwingen: Das – beinahe auratische – ‚Original‘ ist dann die jeweilige föderale Ordnung, wie sie im historischen

<sup>894</sup> P. Lerche, VVDStRL 21 (1964), 66 (84 ff.).

<sup>895</sup> E. v. Hippel, Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl. Berlin u. a. 1967, S. 252.

<sup>896</sup> C. Levine, *Forms. Whole, Rhythm, Hierarchy, Network*, Princeton, N.J., U.S.A., 2015, S. 4: „*form*“ always indicates an arrangement of elements – an ordering, patterning, or shaping“.

<sup>897</sup> Zum Verhältnis von ‚Bund‘ und ‚Netz‘ oben § 2, C. II. 1. a) dd) (2).

<sup>898</sup> P. Badura, in: FS Lerche, München 1993, 369 (372), im Anschluss an und mit Hinweisen auf P. Lerche, VVDStRL 21 (1964), 66 ff.

<sup>899</sup> Vgl. dazu D. Damler, *Rechtsästhetik. Sinnliche Analogien im juristischen Denken*, Berlin 2016, S. 298 ff. (s. bereits o. in Fn. 214).

<sup>900</sup> M. Kloepper, *Verfassungsrecht*, Bd. I, München 2011, § 9, Rn. 10; vgl. auch K. Hesse, AöR 98 (1973), 1 (44 f.); ders., *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20. Aufl., Heidelberg 1995, Rn. 217.

<sup>901</sup> S. Koriath, in: W. Heun/M. Honecker/M. Morlok/J. Wieland (Hrsg.), *Evangelisches Staatslexikon*, Neuausgabe, Stuttgart 2006, Sp. 596 (597).

Moment und „Ritual“ der Verfassungsgebung – zum Beispiel 1787/89, 1871, 1919 oder 1949 – ‚geschaffen‘ wurde.<sup>902</sup> Vor diesem Hintergrund mag man dann auch erklären, weshalb Kommentatorinnen und Kommentatoren des Föderalismusverfassungsrechts betonen, dass zum Beispiel „[d]as Grundgesetz [...] keinen staats-theoretischen oder sonst der Verfassung vorgegebenen Bundesstaatsbegriff [rezipiere], sondern [...] einen eigenen Bundesstaat [ausgestalte]“.<sup>903</sup> Auf diese (unzutreffende) Verneinung des Rezeptionscharakters von Gestaltung wird später – kritisch – zurückzukommen sein (s. u. 5. u. 6. sowie III. 1. b)).

Und überhaupt stellt sich auch hier die Frage, ob die für föderale Ordnung häufig hervorgehobene „Unikat“-Eigenschaft ein spezifisches Charakteristikum gerade von Verwirklichungen des föderalen Prinzips (und nicht etwa auch des demokratischen Prinzips etc.) ist. Beispielsweise ist auch ‚die Demokratie‘ der Französischen Republik im Kontext eines semi-präsidentiellen Regierungssystems in ganz spezifischer Weise durch eigenartige Organe, Zuständigkeiten und Verfahren institutionalisiert, also (wie jede andere demokratische Ordnung) als ‚Unikat‘ geformt.<sup>904</sup> Überhaupt wird in den interdisziplinär arbeitenden Kulturwissenschaften betont, dass künstlerische, ästhetische und politische ‚Formen‘ stets geschichtlich situiert sind: „*Forms do political work in particular historical contexts*“ (Levine).<sup>905</sup>

Wiederum fragt sich also, weshalb dann gerade für den ‚Föderalismus‘ der „Unikat“-Charakter u. a. von den oben zitierten Stimmen besonders unterstrichen wird. Einen Hinweis auf eine mögliche Antwort gibt (für den grundgesetzlichen Föderalismus) Konrad Hesse, wenn er betont, dass im Zusammenhang mit föderaler Ordnung „der Grundsatz der Einheit der Verfassung in besonderem Maße zu beachten ist“, da Föderalismus vor allem als „Ergänzung und Verstärkung der Elemente

<sup>902</sup> Man mag in diesem Zusammenhang durchaus auf die Auseinandersetzung mit „Aura“ bei W. Benjamin, Das Kunstwerk im Zeitalter seiner technischen Reproduzierbarkeit (Dritte Fassung) [1935–39], in: U. Wirth (Hrsg.), Kulturwissenschaft, Frankfurt a.M. 2008, S. 342 (349), blicken: Benjamin beschreibt, dass „[d]er einzigartige Wert des ‚echten‘ Kunstwerks [...] seine Fundierung im Ritual, in dem es seinen originären und ersten Gebrauchswert hatte“, habe und darin die „auratische Daseinsweise des Kunstwerks“ liege. „Aura“ sei die „einmalige Erscheinung einer Ferne, so nah sie sein mag“. Freilich beschreibt Benjamin a. a. O. (350 ff.), wie sich im „Zeitalter [der] technischen Reproduzierbarkeit“ des Kunstwerks neben seinen auratischen „Kultwert“ sein – politisch fruchtbarer – „Ausstellungswert“ stellt – s. sogleich bei Fn. 924.

<sup>903</sup> M. Kloepfer, Verfassungsrecht, Bd. I, München 2011, § 9, Rn. 12; vgl. in einem konkreteren Zusammenhang auch H. Bauer, Die Bundestreue, Tübingen 1992, S. 19 f.: Wegen der Vielgestaltigkeit konkreter föderaler Ordnungen sei es nicht sinnvoll, nach der ‚Bundestreue‘ als Bestandteil der „allgemeinen Bundesstaatstheorie“ zu fragen.

<sup>904</sup> Dies wird man unabhängig davon bejahen müssen, ob man mit Maurice Duverger im „Semi-Präsidentialismus“ dann – ausgehend von (u. a.) dem Beispiel Frankreich – sogar ein eigenständiges „neues politisches Systemmodell“ sehen möchte, s. M. Duverger, European Journal of Political Research 8 (1980), 165 ff.; skeptisch dazu W. Steffani, ZParl 26 (1995), 621 (627 ff.).

<sup>905</sup> C. Levine, Forms. Whole, Rhythm, Hierarchy, Network, Princeton, N.J., U.S.A., 2015, S. 5.



der Demokratie und des sozialen Rechtsstaats zu sehen ist“.<sup>906</sup> Gerade wegen dieses engen Zusammenspiels mit anderen Verfassungsprinzipien ist ‚Föderalismus‘ immer schon ganz spezifisch auf die Besonderheiten der jeweiligen Verfassungsordnung hin ausgerichtet und insoweit jeweils ‚inhärent‘ einzigartig: Er bildet geradezu einen ‚Durchschnitt durch die Verfassung‘ und teilt somit deren Einzigartigkeit.

### 3. Kontingenz; Luxus

Der Gedanke der „Einheit der Verfassung“ und das Verhältnis des föderalen Prinzips zu anderen Verfassungsprinzipien führen zu einer weiteren Beobachtung: Die Wahlentscheidung zur Verwirklichung des föderalen Prinzips ist für einen modernen ‚westlichen‘ Verfassungsstaat *nicht* alternativlos.<sup>907</sup> Sie ist möglich, aber nicht notwendig; sie ist kontingent.<sup>908</sup> Der Einheitsstaat steht (‚theoretisch‘) stets als „vertretbare Alternative“ zur föderalen Ordnung „vor Augen“.<sup>909</sup> Diese fehlende Alternativlosigkeit im politischen Ideenkanon des modernen ‚westlichen‘ Verfassungsstaats unterscheidet das föderale Verfassungsprinzip von der ‚Demokratie‘, der ‚Rechtsstaatlichkeit‘ und wohl auch – in einem Mindestmaß – vom ‚Sozialstaat‘.<sup>910</sup>

Hebt man die fehlende Alternativlosigkeit – oder: Kontingenz, Verzichtbarkeit, Überflüssigkeit, Extravaganz – des föderalen Prinzips im politischen Ideenkanon des modernen ‚westlichen‘ Verfassungsstaats hervor, so ließe sich ‚Föderalismus‘ als verfassungsrechtlich-politischer ‚Luxus‘ begreifen, was auch nicht pejorativ gemeint sein muss. Dass die beschriebene Sonderstellung des ‚Föderalismus‘ nicht per se als Ausweis von Minderwertigkeit verstanden wird, zeigen Charakterisierungen des föderalen Prinzips, welche diesem auch unter diesem Gesichtspunkt beinahe den Charakter einer auratisch-genialischen Schöpfung zumessen: So hat Peter Badura den nationalstaatlichen Föderalismus als eine „geschichtlich und politisch [...] eingeeordnete, nicht auf andere Verfassungsprinzipien zurückführbare Form der Staatsgestaltung“ bezeichnet und dabei an eine Wortmeldung von Günter Dürig auf

<sup>906</sup> K. Hesse, AöR 98 (1973), 1 (44 f.).

<sup>907</sup> Vgl. M. Jestaedt, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. II, 3. Aufl. 2004, § 29, Rn. 1; vgl. bereits J. Isensee, AöR 115 (1990), 248: „Staatsform mit Alternative“; vgl. auch E. v. Hippel, Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl. Berlin u. a. 1967, S. 252; auch in der Weimarer Zeit wurde Föderalismus von Hermann Heller nicht zu den „fünf gegenwärtig wirksamen Ideenkreisen“ (monarchisch, demokratisch, liberal, national und sozialistisch) gezählt: H. Heller, Die politischen Ideenkreise der Gegenwart [1926], in: Gesammelte Schriften, hrsg. v. M. Drath/O. Stammer/G. Niemeyer/F. Borinski, Bd. I, Leiden, Niederlande, 1971, S. 267 (281).

<sup>908</sup> Vgl. E. v. Hippel, Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl. Berlin u. a. 1967, S. 252: „an sich nicht notwendig [...], sondern nur eine historische Kategorie“.

<sup>909</sup> C. Möllers, in: J. Aulehner u. a. (Hrsg.), Föderalismus – Auflösung oder Zukunft der Staatlichkeit?, Stuttgart u. a. 1997, S. 81 (98).

<sup>910</sup> Vgl. M. Jestaedt, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. II, 3. Aufl. 2004, § 29, Rn. 1.



der Staatsrechtslehrertagung von 1962 angeknüpft, wonach die Rechtfertigung und Affirmation des föderalen Prinzips „eine geistige Tat“ erfordere.<sup>911</sup>

Die Einordnung (oder *Interpretation*<sup>912</sup>) von ‚Föderalismus‘ als Luxus ist bei alledem nur auf einer relativ hohen Abstraktionsebene und nur aus einer a-historischen Sicht durchhaltbar: Praktisch-politisch kam es in der Geschichte ‚westlicher‘ Verfassungsstaaten schließlich immer wieder vor, dass die ‚theoretische‘ Alternative zur Schaffung einer föderalen Ordnung, die Schaffung eines Einheitsstaats, in bestimmten historisch-politischen Lagen gerade nicht durchsetzbar war: So war eine föderale Gliederung der USA bei der Verfassungsgebung im Jahr 1787 *praktisch alternativlos*.<sup>913</sup>

#### 4. Erfahrbarkeit; Tempo(-Plu)ralisierung

Doch ist durchaus denkbar, dass etwas, was im Jahr 1787 für die Akteure der Verfassungsgebung in den USA noch eine praktische politische Notwendigkeit dargestellt haben mag, über zweihundert Jahre später zu ‚Luxus‘ geworden sein könnte – oder genauer: nun als ‚Luxus‘ interpretierbar oder erfahrbar<sup>914</sup> sein könnte. Mit Lambert Wiesing lässt sich in Anlehnung an Nelson Goodmans ‚Kunst‘-Theorie statt der Frage ‚Was ist Luxus?‘ die Frage ‚Wann ist Luxus?‘ stellen.<sup>915</sup> Mit einem solchen Wechsel der Fragestellung erkennt man an, dass es nicht möglich ist, ‚Luxus‘ dadurch zu bestimmen, dass man die äußerlichen, vermessbaren, zeitlos-,objektiven‘ Eigenschaften eines Gegenstandes untersucht, sondern dass hierzu vielmehr erforderlich ist, die Betrachtung zu dynamisieren<sup>916</sup> und vor allem darauf abzustellen, wie der Gegenstand in konkreten Situationen *erfahren* wird. Für Wiesing stellt eine ‚Luxus‘-Erfahrung – als spezifischer Unterfall ästhetischer Erfahrung – die *Erfahrung* des Besitzens als Besitzen (des Besitzens um des Besitzens Willen und nicht für

<sup>911</sup> P. Badura, in: FS Lerche, München 1993, 369 (372), mit Hinweis auf VVDStRL 21 (1964), S. 115.

<sup>912</sup> Zur Frage, ob ‚Luxus‘ ein bloßes „Interpretationsprodukt“ ist, s. L. Wiesing, Luxus, Berlin 2015, S. 109 ff.; Wiesing betrachtet ‚Luxus‘ – nach einer Benennung der „Grenzen des Interpretationismus“ – schließlich phänomenologisch als eine „ästhetische Erfahrung“ im „vollzugsorientierten Besitz“ (a. a. O., S. 126 ff.).

<sup>913</sup> Vgl. H. Wechsler, Colum. L. Rev. 54 (1954), 543; J. Bednar, The Robust Federation, Cambridge, Mass., U.S.A., 2009, S. 5 (dort in Fn. 3): „Madison may have invented modern federalism, but in a very real sense he had no alternative: a unitary government was out of the question [...]“; ähnlich D. Winthrop, Publius 6 (1976), 93 (93, 98); hierzu bereits oben Fn. 236.

<sup>914</sup> Zu ‚Luxus‘ als (ästhetisch) erfahrbarem Phänomen L. Wiesing, Luxus, Berlin 2015, S. 118 ff.

<sup>915</sup> L. Wiesing, Luxus, Berlin 2015, S. 118, Hervorh. R.D.N.; Wiesing bezieht sich auf Goodmans Aufsatz „When ist Art?“, s. N. Goodman, in: ders., Ways of Worldmaking, Indianapolis, Ind., U.S.A., 1978, S. 57 ff.

<sup>916</sup> Vgl. N. Goodman, in: ders., Ways of Worldmaking, Indianapolis, Ind., U.S.A., 1978, S. 57 (66 f.).

sonstige Zwecke) dar, sodass die besitzende Person sich dabei als körperlich-sinnlich präsenten Wesen selbst erfährt.<sup>917</sup>

In § 2 wurde das föderale Prinzip bestimmt als das (Auf-)Teilen („Wohlverteilen“) von Hoheitsgewalt und „politischer Kraft“ (s. o. § 2, B.).<sup>918</sup> Überträgt man nun Wiesings eben skizzierte Theorie des ‚Luxus‘ – heuristisch-modellhaft – auf das politische Ordnungsmodell ‚Föderalismus‘, so lässt sich Föderalismus als ein Gegenstand verstehen, welcher besondere politische *Erfahrungen* ermöglicht, bei denen sich die Beteiligten als politische Instanzen selbst ‚erfahren‘: Föderalismus ist dann das Verteilen von „politischer Kraft“ um der „politischen Kraft“ Willen. Der Sache nach hat Peter Badura diesen Gedanken in Auseinandersetzung mit dem von Peter Lerche in dessen Staatsrechtslehrerreferat entwickelten ‚Föderalismus‘-Verständnis in einer Abhandlung zur „Kunst der föderalen Form“ formuliert: Ausgehend von Lerches „Formel“, wonach „Maß – föderal gelesen – [...] primär nicht ‚Mäßigung‘, nicht Machtentschärfung, sondern ‚Ausgemessenheit‘, politische Kraft“ heiße<sup>919</sup>, hebt Badura hervor, dass die „Kunst der föderalen Form“ (für Lerche) *mehr* sei als ein „bloß technische[r] Kunstgriff“.<sup>920</sup> Föderalismus ermögliche, leite und legitimiere vielmehr „einen Prozeß permanenter Verfassungsfortbildung“, und damit „jene Einigung und jenen Vertrauenstatbestand [...], in denen sich die Verfassungsgebung verkörpert“.<sup>921</sup> Dadurch dass sich die beteiligten politischen Instanzen fortwährend in einem Prozess der Wohlverteilung politischer Kraft um der politischen Kraft Willen befinden, erfahren sie sich selbst als Potenzen „permanenter Verfassungsfortbildung“ und politischer „Einigung“. Politische Instanzen sind hier – zumindest potenziell – nicht nur die zuständigen Stellen der Bundesebene und der föderierten Einheiten, sondern auch die in der Föderation lebenden Menschen als föderal gebundene politische Subjekte<sup>922</sup>.

<sup>917</sup> Vgl. L. Wiesing, *Luxus*, Berlin 2015, S. 126 ff., u. a. mit Hinweis auf W. Ullrich, *haben wollen. Wie funktioniert die Konsumkultur?*, Frankfurt a.M. 2006, S. 29. Wiesing legt seiner Betrachtung von Luxus-Erfahrungen eine Theorie ‚ästhetischer Erfahrung‘ zu Grunde: Ästhetische Erfahrung charakterisiert er unter Anknüpfung an Immanuel Kant und Martin Heidegger so, dass Wahrnehmung um ihrer selbst willen stattfindet, dabei die Art und Weise des Vollzugs von Wahrnehmung thematisiert werden und sich der Mensch durch diese selbst-reflexive Wahrnehmung als körperlich-sinnlich präsenten Wesen erfährt, vgl. L. Wiesing, *Luxus*, Berlin 2015, S. 120 ff., mit Hinweisen auf I. Kant, *Critik der Urteilskraft*, Berlin u. a. 1790, §§ 1, 2, 5, 9, 16, 23, und M. Heidegger, in: B. Recki/L. Wiesing (Hrsg.), *Bild und Reflexion. Paradigmen und Perspektiven der gegenwärtigen Ästhetik*, München 1997, S. 17 (28 ff.).

<sup>918</sup> Vgl. P. Badura, in: FS Lerche, München 1993, 369 (372), im Anschluss an und mit Hinweisen auf P. Lerche, VVDStRL 21 (1964), 66 ff., insbes. a. a. O. (83).

<sup>919</sup> P. Lerche, VVDStRL 21 (1964), 66 (83).

<sup>920</sup> P. Badura, in: FS Lerche, München 1993, 369 (374).

<sup>921</sup> P. Badura, in: FS Lerche, München 1993, 369 (374), mit Hinweisen auf P. Lerche, VVDStRL 21 (1964), 66 (90, 97, 99 f.).

<sup>922</sup> Möchte man in der Modellwelt von Föderalismus als ‚Luxus‘-Erfahrung verbleiben, so ließen sich die in der Föderation lebenden Menschen an dieser Stelle mit Peter Sloterdijk und Jens Kersten als Vertreterinnen und Vertreter des Menschenbilds eines „*Homo Sapiens luxuriosus*“ (und im Abkehr eines „*Homo Sapiens pauper*“, den man mit Thomas Hobbes‘ politischem

Die skizzierte Annäherung an ‚Föderalismus‘ nach dem Modell einer ästhetischen Erfahrung hebt die Aspekte der Zeitlichkeit und der Dynamik, welche in der Idee der ‚Verfassung‘ als einem auf besondere Dauerhaftigkeit angelegten Normgefüge<sup>923</sup> inhärent sind, hervor. Zudem kann diese Betrachtung der Tatsache Rechnung tragen, dass die Verwirklichung des föderalen Prinzips in einer Verfassungsordnung die gesamte politische Gemeinschaft der Föderation, mithin eine Vielzahl von rezipierenden Instanzen betrifft. In ähnlicher Stoßrichtung können dann auch die oben nur knapp angerissenen Ausführungen zu föderaler Ordnung als ‚Artefakt‘ (s.o. 1.) und als ‚Unikat‘ (s.o. 2.) weiter vertieft und näher qualifiziert werden: Beispielsweise ließe sich die oben – unter dem Stichwort ‚Unikat‘ – angestellte Betrachtung des auratischen „Kultwertes“ eines Kunstwerks mit Walter Benjamin ergänzen um eine Betrachtung und Würdigung des „Ausstellungswertes“ eines Kunstwerks – zumal Benjamin das *politische* Potenzial des Ausstellungswertes von Kunstwerken besonders hervorgehoben hat: Während der Kultwert des Kunstwerks gebunden sei an das Ritual der Schöpfung und des ersten Gebrauchs des Kunstwerks, ermögliche die Reproduzierbarkeit eines Kunstwerks – die temporale Dimension ist auch hier handgreiflich – eine Umwälzung der „sozialen Funktion der Kunst“ weg vom Ritual hin zur Politik.<sup>924</sup> Und so trifft es zwar zu, dass konkrete föderale Arrangements ‚verewigte‘ Zeugnisse historisch bedeutsamer politischer Prozesse in Schlüsseljahren wie 1787/89 oder 1949 darstellen (s.o. 2.). Sie sind allerdings auch und gerade deshalb ‚Kunst‘ ähnlich, weil sie sich dynamisch „reproduzieren“ lassen, indem sie fortgesetzte politische Erfahrungen der immer neuen „Wohlverteilung“ von „politischer Kraft“ ermöglichen.

## 5. Angebotscharakter (Affordanz); Form/Funktion

Wie der ‚Luxus‘-Charakter und die ästhetisch-politische Erfahrbarkeit von Föderalismusverfassungsrecht, so lassen sich auch die oben – beim Stichwort ‚Artefakt‘ – angestellten Betrachtungen des besonderen Formungs- und Gestaltungs-

---

Denken in Verbindung bringen mag) begreifen, welche in der föderalen politischen Konfliktkultur fortwährend die Wohlverteilung von politischer Kraft neu aushandeln; vgl. zum „*Homo Sapiens luxus*“: P. Sloterdijk, Sphären III. Schäume, Frankfurt a.M. 2004, S. 699 ff.; Rezeption bei J. Kersten, Rechtswissenschaft 2014, 378 (405 ff., 413 f.) – dort freilich im Kontext einer ökologischen Konfliktkultur des Anthropozäns; dazu referierend M. Kloepper/R. D. Neugärtner, in: W. Kahl/M.-P. Weller (Hrsg.), *Climate Change Litigation. Liability and Damages from a Comparative Perspective*, München u. a. 2021, S. 21 (32). Mit einer solchen Betrachtung liegt ein Impetus zu einem „*reparative*“ statt zu einem „*paranoid reading*“ von Föderalismusverfassungsrecht vor; zu diesem Begriffspaar E. K. Sedgwick, in: dies. (Hrsg.), *Novel Gazing. Queer Readings in Fiction*, Durham, N.C., U.S.A., 1997, S. 1 (4 ff.); vgl. auch R. D. Neugärtner, Rechtswissenschaft 2017, 461 (470).

<sup>923</sup> Vgl. A. Marmor, *Interpretation and Legal Theory*, 2. Aufl., Oxford, U.K., u. a. 2005, S. 142, zur „Dauerhaftigkeit“ („*longevity*“) als einer Grundeigenschaft von Verfassungen.

<sup>924</sup> W. Benjamin, *Das Kunstwerk im Zeitalter seiner technischen Reproduzierbarkeit* (Dritte Fassung) [1935–39], in: U. Wirth (Hrsg.), *Kulturwissenschaft*, Frankfurt a.M. 2008, S. 342 (351).

Charakters und die damit verbundene Tendenz des föderalen Denkens zu einem zugespitzten Formalismus (s.o. 1. und unten § 7, C. I. 2.) treffender fassen, wenn dabei die Aspekte der Verzeitlichung, Dynamisierung und Pluralisierung in Rechnung gestellt werden. Prozesse der ästhetischen wie auch der politischen ‚Formung‘ gehen verzeitlicht, dynamisiert und pluralisiert vonstatten: Formen stehen in der Zeit und werden durch eine Vielzahl von rezipierenden Instanzen aufgenommen und reaktualisiert, weisen dabei aber eben doch eine Überzeitlichkeit, Abstraktheit und Stabilität auf<sup>925</sup>. Für den Bereich der Kunstgeschichte und Bildwissenschaft hat Horst Bredekamp die überzeitliche Stabilität von Formen trotz Funktionswandels als medienübergreifende „Resistenz der Gestalt“ bezeichnet.<sup>926</sup> Ein „Miti[ss] der Form“ ermöglicht es beispielsweise, dass die wellenartige Form des Gesichtstuchs in einer von Claus Sluter um 1400 geschaffenen Skulptur einer trauernden menschlichen Person ein halbes Jahrtausend später in dem von Frank Gehry entworfenen Gebäude der DZ Bank AG am Pariser Platz in Berlin (1996–2001) als „schöpferische Form“ weiterwirkt:<sup>927</sup> Über „ein produktives Erinnerungstheater“ transportiert die Form, so beobachtet Bredekamp, „überwältigende[s] Pathos“ aus dem Medium der spätmittelalterlichen Skulptur in die Architektur der Jahrtausendwende.<sup>928</sup> Formen arbeiten; sie erfüllen Funktionen in – immer wieder neuen – raumzeitlich-soziopolitischen Kontexten.<sup>929</sup> Verdeutlicht wird die dynamisch<sup>930</sup>-pluralistische Stabilität von Form/Funktion-Beziehungen durch die von James J. Gibson in der (ökologisch inspirierten) Wahrnehmungspsychologie entwickelte Theorie der ‚Affordanzen‘ („*affordances*“)<sup>931</sup>, welche interdisziplinär insbesondere in der Design-Theorie<sup>932</sup> sowie in der Bild-, Kunst- und Kulturwissenschaft<sup>933</sup> rezipiert wird. ‚Affordanz‘ – fassbarer

<sup>925</sup> Vgl. (ähnlich allgemein und grundsätzlich) C. Levine, *Forms. Whole, Rhythm, Hierarchy, Network*, Princeton, N.J., U.S.A., 2015, S. 4 f., 11, 13. Die letztgenannten Eigenschaften der Überzeitlichkeit, Abstraktheit und Stabilität unterscheiden ‚Formen‘ Levine zu Folge von ‚Genres‘, welche historisch gebundene Interpretationsmuster darstellen – zur ‚romantischen Lyrik‘ als historisch gebundenem (freilich überzeitlich wirkkräftigem) Genre unten § 10, B. II. 3.

<sup>926</sup> H. Bredekamp, *Der Bildakt*, Neufassung, Berlin 2015, S. 277.

<sup>927</sup> Vgl. H. Bredekamp, *Der Bildakt*, Neufassung, Berlin 2015, S. 277 ff. – mit Abbildungen.

<sup>928</sup> Vgl. H. Bredekamp, *Der Bildakt*, Neufassung, Berlin 2015, S. 279 f.

<sup>929</sup> Vgl. (wiederum ähnlich allgemein und grundsätzlich) C. Levine, *Forms. Whole, Rhythm, Hierarchy, Network*, Princeton, N.J., U.S.A., 2015, S. 5.

<sup>930</sup> Vgl. die Hervorhebung der „zeitlichen Komponente“ des ‚Affordanz‘-Konzepts bei M. Lausche, in: dies./J. Schiffer/F. Engel (Hrsg.), *Ikonische Formprozesse*, Berlin u.a., 2017, S. 45 (57), unter Verweis auf T. Solymosi, *Human Affairs* 23 (2013), 594 (602).

<sup>931</sup> J. J. Gibson, in: ders., *The Ecological Approach to Visual Perception*, N.J., U.S.A., u.a. 1986, S. 127 ff.

<sup>932</sup> D. A. Norman, *The Psychology of Everyday Things*, New York, N.Y., U.S.A., 1988; deutsche Übersetzung einer ergänzten Fassung: D. A. Norman, *Design of Everyday Things. Psychologie und Design der alltäglichen Dinge*, München 2016, S. 10 ff.

<sup>933</sup> Beispiele: kognitionswissenschaftliche Vorbereitung für eine kulturwissenschaftliche Rezeption von Gibsons ‚*affordances*‘ mit Prägung des Begriffs „*cultural affordances*“ bei

auch als „Angebotscharakter“<sup>934</sup> übersetzt – bezeichnet das, was ‚die Umwelt‘ (z. B. ein in bestimmter Weise geformtes physisches Objekt) einem Organismus (z. B. einem Menschen) an *Handlungs- und Interaktionsmöglichkeiten* anbietet, wobei die *Beziehung* zwischen der Umwelt und dem Organismus entscheidend ist:<sup>935</sup> Das ‚Affordanz‘-Konzept richtet die Perspektive auf „die Beziehung zwischen den Objekteigenschaften und den Fähigkeiten des [mit diesem interagierenden Organismus], woraus ein Schluss daraus gezogen wird, welchen Nutzen das Objekt möglicherweise bieten kann.“<sup>936</sup> Kulturwissenschaftliche Rezeptionen und Weiterentwicklungen des ‚Affordanz‘-Gedankens betonen dabei, dass die Fähigkeiten des Organismus, in bestimmter Weise mit einem Kulturobjekt zu interagieren, kollektiv-kulturell erlernbar seien; die Organismus-Objekt-Relationen werden auf diese Weise in der Zeit verortet und auf *Traditionen* von Interaktionsmöglichkeiten hin untersucht.<sup>937</sup>

Vor der skizzierten Folie der Theorie (kultureller) ‚Affordanz‘ wird nun besonders gut sichtbar, dass die oben zitierten – jeweils unscharfen und mehrdeutigen – Metaphern für föderale Ordnung als „Arrangement“, „Architektur“, „Design“ und „Kunst“ jeweils menschliche Aktivitäten als Bildspender in Bezug nehmen, welche eine Gemeinsamkeit aufweisen: Beim Arrangieren, beim Entwerfen, beim Gestalten und ‚sogar‘ in der Kunst werden einerseits *Formen* und andererseits die *Interaktionsmöglichkeiten*, welche diese Formen Menschen bereitstellen, in einem intrikaten Wechselspiel verhandelt – und dies in intentionaler, reflektierter und teilweise selbst-reflexiver Weise.<sup>938</sup> Verhandelt wird hier also die Vereinbarkeit von formaler Sta-

---

T. Solymosi, *Human Affairs* 23 (2013), 594 ff.; bild- und kunstwissenschaftliche Rezeption (zugleich unter Weiterentwicklung von John Deweys „*Art as Experience*“) bei M. Lauschke, in: dies./J. Schiffler/F. Engel (Hrsg.), *Ikonsche Formprozesse*, Berlin u. a., 2017, S. 45 (53 ff.); von vorneherein interdisziplinäre Rezeption des ‚Affordanz‘-Konzepts (mit literaturwissenschaftlichem Schwerpunkt) bei C. Levine, *Forms. Whole, Rhythm, Hierarchy, Network*, Princeton, N.J., U.S.A., 2015, S. 6 ff.

<sup>934</sup> Vgl. etwa die Übersetzung D. A. Norman, *Design of Everyday Things*. Psychologie und Design der alltäglichen Dinge, München 2016, S. 10; ebenso M. Lauschke, in: dies./J. Schiffler/F. Engel (Hrsg.), *Ikonsche Formprozesse*, Berlin u. a., 2017, S. 45 (46).

<sup>935</sup> Vgl. D. A. Norman, *Design of Everyday Things*. Psychologie und Design der alltäglichen Dinge, München 2016, S. 10; M. Lauschke, in: dies./J. Schiffler/F. Engel (Hrsg.), *Ikonsche Formprozesse*, Berlin u. a., 2017, S. 45 (56).

<sup>936</sup> D. A. Norman, *Design of Everyday Things*. Psychologie und Design der alltäglichen Dinge, München 2016, S. 10.

<sup>937</sup> Vgl. M. Lauschke, in: dies./J. Schiffler/F. Engel (Hrsg.), *Ikonsche Formprozesse*, Berlin u. a., 2017, S. 45 (57), unter Hinweis auf T. Solymosi, *Human Affairs* 23 (2013), 594 (602).

<sup>938</sup> Für Architektur und Design leuchtet das unmittelbar ein und wird in der Architektur- und Designtheorie beispielsweise in dem simplifizierenden Satz „form ever follows function, and this is the law“ (Louis Henry Sullivan, vgl. L. H. Sullivan, *The Tall Office Building Artistically Considered* [1896], in: *Lippincott's Monthly Magazine* 339 (März 1896), S. 403 [408]) deutlich. Für ‚Kunst‘ wird Funktionalität im Zuge der Autonomieästhetik zum Teil ausdrücklich negiert, gipfelnd in Formeln des „interesselosen Wohlgefallens“ (Immanuel Kant) oder der „*l'art pour l'art*“ (Théophile Gautier); s. I. Kant, *Critik der Urtheilskraft*, Berlin u. a. 1790, S. 5 (§ 2): „Das Wohlgefallen, welches das Geschmacksurtheil bestimmt, ist

bilität („Mitriss der Form“) mit funktional-instrumenteller Dynamik (Interaktionsmöglichkeiten) – vermittelt durch kollektiv-kulturelles Lernen. In dieser Perspektive wird der oben angesprochene zugespitzte Formalismus des föderalen Prinzips besser erkennbar als ein Formalismus, welcher fortgesetzt-dynamisch auf die Aushandlung von politischen Interaktionsmöglichkeiten mit den Nachbarprinzipien des Föderalismus ausgerichtet ist. Und so geht es bei der „Kunst der föderalen Form“ (Badura – s. o. 4.) – trotz des zugespitzten Formalismus des föderalen Prinzips – eben selbstverständlich ganz zentral auch um die von den föderalen Formen („Schablonen“ und „Leerformeln“<sup>939</sup>) bereitgestellten Interaktionsmöglichkeiten, also um die pluralistisch-dynamischen *Funktionen* der föderalen *Formen*. In diesem Form/Funktion-Wechselspiel spiegelt sich die primär instrumentelle Funktion des föderalen Prinzips. Die primär instrumentelle Funktion entspricht dem geringen sachpolitischen und legitimationstheoretischen Selbststand des föderalen Prinzips (s.o. § 2, C. II. 1. a) bb) (3)). Wie eingangs anhand der ideenpolitischen *Federalist/Anti-Federalist*-Debatte und auch an Beispielen für deren Rezeption gezeigt wurde, wird Föderalismus als Instrument zur Verwirklichung bestimmter Vorstellungen von ‚Freiheit‘, ‚Demokratie‘ oder ‚Nationalstaatlichkeit‘ in Stellung gebracht (s.o. § 1, B. III bis VI. u. C. II.); hierfür wurde oben der Begriff ‚Instrumentalföderalismus‘ herausgearbeitet (s.o. § 1, B. III. 5.).

## 6. „Kommentarbedürftigkeit“; Dogmatiklastigkeit

Die von kulturellen Formen zur Verfügung gestellten Affordanzen basieren wie erwähnt auf Vorgängen des kollektiven Lernens (s.o. 5.). Auch diese Perspektive erhellt die Funktionsweise der „Kunst der föderalen Form“ weiter: Mit dem Aspekt der Kollektivität der Lernvorgänge wird der Blick frei für die entscheidende Bedeutung diskursiver Ordnungsbildung für das föderale Prinzip. Die oben beschriebenen ästhetisch-politischen Erfahrungen, welche die „Kunst der föderalen Form“ (Badura) herausfordert (s.o. 4.), finden nämlich nicht etwa ungezügelt statt.

Um dies näher auszuleuchten, mag man in der von Badura eröffneten Kunst-Metapher verbleiben; ein Blick auf Theorien der Kunst ist auch hinsichtlich dieses Aspekts der hervorragenden Bedeutung diskursiver Ordnungsbildung aufschlussreich: Für den Bereich der „Kunstabstrachtung“ (in der Moderne) hat Wolfgang Iltich beschrieben, dass es wirkmächtige „Rezeptionsnischen“ gibt, in welchen das

---

ohne alles Interesse“. Letztlich drücken diese Formeln jeweils nur bestimmte, keinesfalls alternativlose Einstellungen gegenüber ‚Design‘ bzw. ‚Kunst‘ aus; sie machen im Gegenspiel mit konkurrierenden Ansätzen aber deutlich, dass ‚Design‘ und ‚Kunst‘ das Wechselspiel von Form und Funktion verhandeln. Es geht vorliegend auch nicht etwa darum, ‚Kunst‘ oder ‚Design‘ zu definieren, sondern darum, zu beschreiben, dass es einen diskursiven ‚Raum‘ gibt, in welchem ‚Funktionalität‘ und ‚Autonomie‘ von ‚Kunst‘ und verwandten menschlichen Praktiken streitig verhandelt werden.

<sup>939</sup> E. v. Hippel, Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl. Berlin u. a. 1967, S. 252.

„Verhalten der Rezipienten durch Konventionen fixiert – und eingeengt –“ wird<sup>940</sup>: Protokolle der Kunst-Interpretation würden in kunsttheoretischen Schriften, Kommentaren und Manifesten vor-formuliert und dann durch Schlüsselreize wie die Präsentation in einem ‚white cube‘ in Galerien und Museen fortgesetzt aufgerufen, „quasimoralisch“<sup>941</sup> eingefordert, ritualisiert, tradiert und konventionalisiert.<sup>942</sup> Kunstbetrachtung werde auf diese Weise zu einem „Exerzitium“<sup>943</sup>, welches ‚freier Kunst‘ überhaupt erst einen stabilisierenden Rahmen gebe, dabei aber auch drohe, ‚Kunst‘ bequem und selbstkritiklos zu machen.<sup>944</sup> Indem Ullrich die Funktionen, aber auch die Gefahren konventionalisierter Interpretationsprotokolle von Kunst hervorhebt, re-formuliert er Arnold Gehlens wirkmächtiges Diktum von der „Kommentarbedürftigkeit“<sup>945</sup> der modernen Kunst in qualifizierter Form.<sup>946</sup> Ullrich hebt dadurch etwas hervor, was vorliegend als *Dogmatik*lastigkeit der Kunst(-betrachtung) bezeichnet werden soll.

Mit dem Begriff der ‚Dogmatik‘ kehrt an dieser Stelle ein mehrfach interdisziplinär verwendbarer Schlüsselbegriff der vorliegenden Untersuchung wieder, welcher bereits im ersten Kapitel bei der Untersuchung der ideenpolitisch-dogmatischen Funktionsweise von ‚Instrumentalföderalismus‘ in den Blick genommen wurde – als

<sup>940</sup> W. Ullrich, in: ders., *Tiefer hängen. Über den Umgang mit der Kunst*, Berlin 2003, S. 13 (29, 32).

<sup>941</sup> Mit Blick auf den „quasi-moralischen“ Charakter der Regeln der Kunstrezeption analysiert Ullrich die Wirkmächtigkeit des Schopenhauer-Zitats, wonach sich „[v]or ein Bild [...] jeder hinzustellen [habe] wie vor einen Fürsten“; vgl. W. Ullrich, in: ders., *Tiefer hängen. Über den Umgang mit der Kunst*, Berlin 2003, S. 13 (22, 13 ff.).

<sup>942</sup> Vgl. W. Ullrich, in: ders., *Tiefer hängen. Über den Umgang mit der Kunst*, Berlin 2003, S. 13 (29).

<sup>943</sup> W. Ullrich, in: ders., *Tiefer hängen. Über den Umgang mit der Kunst*, Berlin 2003, S. 13 (22).

<sup>944</sup> Vgl. W. Ullrich, in: ders., *Tiefer hängen. Über den Umgang mit der Kunst*, Berlin 2003, S. 13 (28 ff.).

<sup>945</sup> A. Gehlen, *Zeit-Bilder. Zur Soziologie und Ästhetik der modernen Malerei*, Frankfurt a. M. u. a., 2. Aufl. 1965, S. 162 ff.

<sup>946</sup> Vgl. W. Ullrich, in: ders., *Tiefer hängen. Über den Umgang mit der Kunst*, Berlin 2003, S. 13 (24, 32). Ullrich kritisiert, dass Gehlen seiner Theorie ein unrealistisches (zu anspruchsvoll-beschönigendes) Bild von Kunstkommentaren zu Grunde gelegt habe, für welches er selbst dann auch kaum Beispiele habe finden können. Deutlich wird der hohe, auf Innovation und Originalität gerichtete Anspruch Gehlens an Kunstkommentare etwa, wenn er ausführt: „[D]ie Kommentare [sind] mindestens noch so lange unentbehrlich, bis sich das Publikum ‚eingesehen‘ hat, wobei übrigens ein solches Abflauen der Kommentarliteratur kein gutes Zeichen wäre, denn man würde es am ehesten unter zwei Bedingungen erwarten: Wenn die abstrakte Malerei sich zum Dekorativen hin entleerte oder wenn keine echten Neuansätze mehr erfolgten, die immer zuerst befremdlich wirken und nicht verstanden werden“, s. A. Gehlen, *Zeit-Bilder. Zur Soziologie und Ästhetik der modernen Malerei*, Frankfurt a. M. u. a., 2. Aufl. 1965, S. 167. Demgegenüber zeichnet Ullrich ein nüchterneres Bild vom durchschnittlichen Kunstkommentar: Anders als von Gehlen ‚erhofft‘, sei der typische Kunstkommentar laut Ullrich nicht in der Lage, hohe Anforderungen an Erklärung und Vermittlung zu erfüllen, sondern zelebrierte bloße „Kunstgestimmtheit“, s. W. Ullrich, a. a. O. (24).



ein prozesshafter ‚Dogmatik‘-Begriff mit einem zentralen Moment des Ordnen, Strukturierens und Operationalisierens von diffusem Material (s. o. § 1, C. III. 1. c); hierzu später nochmals am Begriff der ‚Rechtsdogmatik‘ unten § 7, B. I.). So wie Rechtsdogmatik darauf zielt, den Rechtsstoff für die Anwendung im konkreten Fall kohärenzsichernd zu operationalisieren<sup>947</sup> (s. u. § 7, B. I.), und so wie ideenpolitische Dogmatik anstrebt, die vielfältigen Vorschläge für die Konzeptualisierung bestimmter politischer Ideen im Ideenreservoir zu ordnen und für die ideenpolitische Rezeption zu operationalisieren (s. o. § 1, C. III. 1. c)), so lassen sich auch die von Ullrich beschriebenen „quasimoralischen“ Regeln der Kunstbetrachtung als Ausdruck eines dogmatischen Diskurs-Formats begreifen.

Eine Untersuchung der „Kunst der föderalen Form“ (Badura) läuft im Angesicht der eben mit Ullrich beschriebenen *Dogmatik*lastigkeit von (moderner) Kunst(-betrachtung) darauf hinaus, sich der wichtigen Rolle von Dogmatik für die Funktionsweise des föderalen Verfassungsprinzips zu widmen. Die Parallelen sind deutlich: Wie moderne Kunstproduktion ist auch das föderale Verfassungsprinzip „zweifelloos besonders wenig kontextrobust“<sup>948</sup>. Mit dem Attribut der schwach ausgeprägten Kontext-Widerständigkeit stellt Ullrich darauf ab, dass moderne Kunstproduktion und ihr Kontext, welcher in konventionalisierten Rezeptionsmustern besteht, eng aufeinander abgestimmt sind: Künstlerinnen und Künstler suchen sich in der Moderne ihre „Rezeptionsnischen“, in welchen sie von Kritikerinnen und Kritikern ‚gern gesehen‘ werden.<sup>949</sup> Übertragen auf das föderale Prinzip bedeutet schwache diskursive Kontext-Robustheit Folgendes<sup>950</sup>: Föderalismus in Gestalt von

<sup>947</sup> Vgl. M. Eifert, in: G. Kirchhof/S. Magen/K. Schneider (Hrsg.), Was weiß Dogmatik? Was leistet und wie steuert die Dogmatik des öffentlichen Rechts?, Tübingen 2012, S. 79 (81).

<sup>948</sup> W. Ullrich, in: ders., Tiefer hängen. Über den Umgang mit der Kunst, Berlin 2003, S. 13 (31).

<sup>949</sup> Vgl. W. Ullrich, in: ders., Tiefer hängen. Über den Umgang mit der Kunst, Berlin 2003, S. 13 (31 f.).

<sup>950</sup> Hier besteht Potential für vertiefte Betrachtungen zu Fragen der Robustheit, Rigidität, Flexibilität, Adaptivität, Resilienz, etc. von Föderalismusverfassungsrecht. Diese Metaphern (aus der Physik, Werkstoffkunde, Ökologie, etc.) werden im verfassungsrechtswissenschaftlichen Kontext freilich sehr unterschiedlich operationalisiert. Regelmäßig werden sie auf die – vorliegend nicht primär interessierende – Frage bezogen, wie veränderbar und anpassbar föderale Ordnungen bei Wirtschaftskrisen-, Katastrophen-, Notstands-, Kriegssituationen oder auch mit Blick auf langfristige ökonomisch-soziale Veränderungen sind, vgl. zur Rigidität/Flexibilität föderaler Ordnungen in diesem Sinn aus komparatistischer Sicht nur K. C. Wheare, Federal Government, New York, N.Y., U.S.A., u. a. 1947, S. 222 ff., 250 f. Vorliegend geht es beim Stichwort der (schwachen) ‚Kontext-Robustheit‘ demgegenüber eher um die Frage des Verhältnisses der normativen Gehalte des föderalen Prinzips zu anderen Ideen- und Verfassungsgehalten und zu politischen Forderungen und um die Funktionsweise von Argumentationen mit ‚Föderalismus‘ im dogmatischen Diskurs. Für einen noch einmal anderen Gebrauch von ‚Robustheit‘ vgl. die Studie J. Bednar, The Robust Federation, Cambridge, Mass., U.S.A., 2009: Hier steht das mehr oder weniger stabile Funktionieren des föderalen Prinzips in einer Verfassungsordnung über verschiedenen Wirkungskanäle (Gerichte, Parteienbundesstaat, demokratische Wahlen, etc.) im Fokus der Untersuchung; dieser Forschungs-



Instrumentalföderalismus (s.o. § 1, B. III. 5.), welcher bei der immer neuen „Wohlverteilung“ von „politischer Kraft“ eben auch immer wieder neue ideenpolitische Rezeptionen von benachbarten Ideengehalten rund um ‚Nationalstaatlichkeit‘, ‚Demokratie‘ und ‚Freiheit‘ ermöglicht und einfordert, ist als denkbar schwach determiniertes Verfassungsprinzip mit geringem sachpolitischem und legitimations-theoretischen Selbststand (s.o. § 2, C. II. 1. a) bb) (3)) ‚theoretisch‘ beinahe einem ‚*anything goes*‘ ausgesetzt und gerade deshalb besonders darauf angewiesen, „Rezeptionsnischen“ auszukosten, also von Akteuren der ‚Staatspraxis‘, der Rechtsprechung, der Wissenschaft und para-demokratischen Instanzen in dogmatisch strukturierter Weise rezipiert zu werden.

### III. Föderalismusverfassungsrecht und Ideenpolitik

Auch wenn die Einrichtung und Ausgestaltung konkreter föderaler Ordnung rechtsbedürftig und in weiten Teilen sogar „verfassungsbedürftig“ ist (s.o. I.), also ‚einen‘ Gestaltungsakt erfordert (s. eben II. 1.), so greift die Einrichtung, Ausgestaltung und Operationalisierung konkreter föderaler Ordnungen durch Rechtsnormen und insbesondere durch normativ-präskriptive Verfassungen doch – instrumentalisierend – auch auf vor-gefundenes Material aus der politischen Theorie und Ideengeschichte zurück: Im Ideenreservoir (Archiv und Arsenal) der politischen Theorie und Ideengeschichte (s.o. § 1, C. III.) wird u. a. das föderale Prinzip (sowie benachbarte politische Prinzipien) vorgefunden und im Vorgang der verfassungsrechtlichen Positivierung aktualisiert. Dass dieser Vorgang der ideenpolitischen Re-Aktualisierung nur dann problemangemessen begriffen werden kann, wenn er als dynamisch-fortgesetzter Prozess in der Zeit und als Praxis in einem pluralistischen, freilich dogmatisch geordneten Diskurs verstanden wird, haben die Ausführungen des vorstehenden Abschnitts zur „Kunst der föderalen Form“ zeigen sollen (s.o. II.).

#### 1. „Schleusung“ politischer Theorie und Ideologie in das Verfassungsrecht

Der dynamisch-pluralistische Vorgang ideenpolitischer Re-Aktualisierung durch Föderalismusverfassungsrecht lässt sich mit der Metapher der „Schleusung“ erfassen und auf diese Weise an eine bereits geführte verfassungstheoretische Diskussion anschließen:

---

ansatz wird im weiteren Verlauf der Studie beim Entwurf einer Struktur-Wirkungs-Matrix des Föderalismusverfassungsrechts (s.u. C.) aufgegriffen.

## a) Böckenfördes „Schleusung“

Ernst-Wolfgang Böckenförde hat den „Rechtsstaatsbegriff“ als einen „Schleusenbegriff“ charakterisiert. Schleusenbegriffe seien durch folgende Merkmale gekennzeichnet: Sie seien – *erstens* – „vom Wortsinn her vag[e] und nicht ausdeutba[r] [...], also ‚objektiv‘, aus sich heraus, niemals abschließend [zu] definieren“<sup>951</sup>, *zweitens* „offen [...] für verschiedenartige Konkretisierungen“; diese Konkretisierungen basierten – *drittens* – auf dem „Einströmen sich wandelnder staats- und verfassungstheoretischer Vorstellungen“, aber auch – *viertens* – auf einer „Kontinuität“, welche durch die „geschichtliche Entwicklung“ geprägt werde.<sup>952</sup>

Der an dritter Stelle genannte Punkt des „Einströmen[s] sich wandelnder staats- und verfassungstheoretischer Vorstellungen“, welcher die Metapher der „Schleusung“ am unmittelbarsten betrifft, verweist auf ein – von Böckenförde seinem Aufsatz als Motto vorangestelltes – Zitat von Otto Mayer, wonach der „Begriff des Rechtsstaates“ so sehr schwanke, „weil jeder immer seine juristischen Ideale hineinzulegen geneigt“ sei.<sup>953</sup> Böckenförde hebt in Ergänzung zu Mayer hervor, dass es nicht nur juristische, sondern auch *politische* Ideale sind, welche die Konkretisierungen des ‚Rechtsstaatsprinzips‘ motivieren: Das ‚Rechtsstaatsprinzip‘ sei deshalb „politisch“, weil seine Ausformungen im Lauf der geschichtlichen Entwicklung des einschlägigen (deutschen) Verfassungsdenkens immer wieder zur Erreichung politischer Zwecke in Stellung gebracht worden seien, so etwa im Vormärz zur formalen Markierung der politischen Forderungen des Bürgertums nach der „Herrschaft des Prinzips der staatsbürgerlichen Freiheit“<sup>954</sup>, in der Weimarer Zeit als konservativ-besitzbürgerliches Bestandsbewahrungsprogramm<sup>955</sup> oder in der Frühzeit des Grundgesetzes als „sozialer Rechtsstaat“, um „die von den rechtsstaatlichen Gewährleistungen intendierte individuelle Freiheit und rechtliche Gleichheit“ auch unter den veränderten sozioökonomischen Bedingungen des 20. Jahrhunderts „rea-

<sup>951</sup> E.-W. Böckenförde, in: ders., Staat, Gesellschaft, Freiheit, Frankfurt a. M. 1976, S. 65 (65).

<sup>952</sup> E.-W. Böckenförde, in: ders., Staat, Gesellschaft, Freiheit, Frankfurt a. M. 1976, S. 65 (65 f.).

<sup>953</sup> O. Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1, Leipzig 1895, S. 61. Mayer trifft seine Aussage über die „Ideal“-Getriebenheit des ‚Rechtsstaats‘ mit Blick auf von ihm beobachtete Entwicklungen in den Sphären der Verfassungspolitik, Verfassungspraxis und Verfassungsrechtswissenschaft, nämlich die allmählich-prozesshafte Herausbildung des ‚Vorrangs des Gesetzes‘ durch Akteure in der Wissenschaft, in den politischen Parteien und in der Gesetzgebung. Mayers Augenmerk liegt darauf, dass es umstritten sei, mit welchen Instrumenten, also auf welche „besondere Art und Weise“ der ‚Rechtsstaat‘ das bewerkstelligt, was er anstrebt, vgl. a. a. O., S. 65.

<sup>954</sup> E.-W. Böckenförde, in: ders., Staat, Gesellschaft, Freiheit, Frankfurt a. M. 1976, S. 65 (70), unter Zitierung von Lorenz v. Stein.

<sup>955</sup> Vgl. E.-W. Böckenförde, in: ders., Staat, Gesellschaft, Freiheit, Frankfurt a. M. 1976, S. 65 (76), mit Hinweis auf die Kritik von Hermann Heller an dieser Tendenz.

lisieren‘ zu können<sup>956</sup>. Die von Böckenförde am Beispiel des ‚Rechtsstaats‘ nachvollzogenen Operationen der „Schleusung“ von „sich wandelnde[n] staats- und verfassungstheoretische[n] Vorstellungen“ in das Verfassungsrecht sind – in vorliegend verwendeter Terminologie – letztlich also *Ideenpolitik* mit divergierenden Konkretisierungen der Idee der ‚Freiheit‘.

*b) „Schleusung“ aus deskriptiver Sicht*

Ob auch der grundgesetzliche „Bundesstaat“ in Art. 20 Abs. 1 GG ein solcher „Schleusenbegriff“ ist, wird in der grundgesetzlichen Verfassungsrechtswissenschaft unterschiedlich gesehen<sup>957</sup>: Josef Isensee lehnt die Charakterisierung des Begriffs „Bundesstaat“ als „Schleusenbegriff“ ausdrücklich ab.<sup>958</sup> Es handele sich primär um ein „Konzentrat verfassungsimmanenter Regelungsgehalte“ ohne „Selbststand“, wie er etwa die Begriffe der Demokratie und des Rechtsstaats ausmache.<sup>959</sup> Andererseits betont Isensee, dass das grundgesetzliche „Bundesstaatsprinzip [...] nicht die bloße Zusammenfassung aller thematisch einschlägigen Artikel des Grundgesetzes“ bilde.<sup>960</sup> Außerdem erkennt er durchaus an, dass das Grundgesetz im Bereich des Föderalismusverfassungsrechts „wie auch sonst nicht begriffs- und regelungsautark, sondern abhängig von Voraussetzungen und Anknüpfungen [ist], zu denen die föderalistische Tradition Deutschlands gehört.“<sup>961</sup> Isensee betont aber, dass zu solchen Anknüpfungspunkten nicht die „Allgemeine Staatslehre, etwa [...] die Bundesstaatsdoktrin Heinrich Triepels oder Hans Kelsens“ zählen würde.<sup>962</sup>

<sup>956</sup> E.-W. Böckenförde, in: ders., Staat, Gesellschaft, Freiheit, Frankfurt a. M. 1976, S. 65 (77).

<sup>957</sup> Böckenförde selbst nimmt zu dieser Frage in seinem Aufsatz zum „Rechtsstaatsbegriff“ keine Stellung; als weitere Beispiele nennt er „die ‚Freiheits- und Eigentumsklausel‘ der konstitutionellen Verfassungen, de[n] Begriff der ‚öffentlichen Sicherheit und Ordnung‘ im Polizeirecht sowie die ‚freiheitlich-demokratische Grundordnung‘ im Sinne des GG“, s. E.-W. Böckenförde, in: ders., Staat, Gesellschaft, Freiheit, Frankfurt a. M. 1976, S. 65 (85, dort in Anm. 2). Es ließe sich die These aufstellen, dass diese Beispiele näher am föderalen Prinzip (verstanden als ideenpolitischer Instrumentalföderalismus) liegen als am Rechtsstaatsprinzip, da sie wie Ersteres noch viel offener ideenpolitisch geprägt sind als Zweiteres, bei dem die Kopplung zur politischen Idee der ‚Freiheit‘ eher verschüttet ist.

<sup>958</sup> J. Isensee, in: ders./P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VI, 3. Aufl., Heidelberg 2008, § 126, Rn. 289.

<sup>959</sup> J. Isensee, in: ders./P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VI, 3. Aufl., Heidelberg 2008, § 126, Rn. 289.

<sup>960</sup> J. Isensee, in: ders./P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VI, 3. Aufl., Heidelberg 2008, § 126, Rn. 291, mit der untreffenden Schlagwortbildung „[k]ein Verweisungsbegriff“.

<sup>961</sup> J. Isensee, in: ders./P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VI, 3. Aufl., Heidelberg 2008, § 126, Rn. 289.

<sup>962</sup> J. Isensee, in: ders./P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VI, 3. Aufl., Heidelberg 2008, § 126, Rn. 289; ähnlich wohl E. v. Hippel, Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl. Berlin u. a. 1967, S. 252.

Isensee ist zwar zuzugestehen, dass es nicht vertretbar ist, zu behaupten, 1949 sei irgendeine *konkret* ausgearbeitete wissenschaftliche „Bundesstaatsdoktrin“ *eins zu eins* in das geltende Verfassungsrecht des Grundgesetzes überführt worden. Eine solche Behauptung ist freilich weit hergeholt<sup>963</sup> und wird sicherlich auch von niemandem ernsthaft aufgestellt; auch geht es Böckenförde bei seiner Betrachtung von „Schleusenbegriffen“ nicht um solche konkreten Eins-zu-Eins-Übernahmen theoretischer Entwürfe. Eine völlig andere Frage ist aber, ob nicht – diffuser und schwieriger feststellbar – das oben analysierte (krypto-)normative Modell des ‚Bundes politischer Einheiten‘ (s.o. § 2, C.) in den Jahren 1871, 1919 und 1949 durchaus die Vorstellungen bei der Verfassungsgebung begleitet hat. Wenn laut Isensee u. a. die „föderalistische Tradition Deutschlands“ dazu herangezogen wird, „Implikationen“ im „bundesstaatliche[n] Text [sic!]“ zu erhellen,<sup>964</sup> so wird letztlich doch auf außer- und vor-verfassungsrechtliches Argumentationsmaterial zurückgegriffen. Letztlich liegt dann also doch eine „Schleusung“ im oben beschriebenen Sinn vor. Der von Böckenförde als Merkmal von „Schleusenbegriffen“ geführte strukturierende Zusammenhang der „Kontinuität“ mit der „geschichtliche[n] Entwicklung“<sup>965</sup> liegt erkennbar auch beim „Bundesstaat“ vor. Die von Isensee angesprochene „föderalistische Tradition Deutschlands“ hat die Momente der Verfassungsgebung 1871, 1919 und 1949 und die Inhalte der drei zu diesen Zeitpunkten geschaffenen deutschen Verfassungen selbstverständlich geprägt. Letztlich klingt bei Isensee das wider, was bereits oben im Zusammenhang mit dem ‚Unikat‘-Charakter konkreter föderalismusverfassungsrechtlicher Ordnung angesprochen (und kritisiert) wurde: Kommentatorinnen und Kommentatoren betonen immer wieder, dass zum Beispiel „[d]as Grundgesetz [...] keinen staatstheoretischen oder sonst der Verfassung vorgegebenen Bundesstaatsbegriff [rezipiere], sondern [...] einen eigenen Bundesstaat [ausgestalte]“ (Kloepfer; s.o. II. 2.).<sup>966</sup> Warum aber nicht beides zugleich möglich sein sollte – Rezeption vorgefundener Ideengehalte *und* originelle Neuformung derselben – wird von diesen Stimmen nicht betrachtet; so aber liegt es bei der Schleusung des föderalen Prinzips in Föderalismusverfassungsrecht. Der „Mitriss der Form“ ermöglicht es gerade, dass die Angebote (Affordanzen – s.o. II. 5.), welche föderale Formen machen, in neuen historischen Situationen immer wieder neu aktualisiert werden können; diese Re-Aktualisierung arbeitet aber selbstverständlich nicht losgelöst von der vorgefundenen Tradition, sondern schleust diese

<sup>963</sup> Am ehesten ließe sich noch die These vertreten, vor allem über die Judikatur des Bundesverfassungsgerichts sei letztlich (also gewissermaßen nachträglich) die ‚Föderalismus‘-Theorie von Rudolf Smend sehr weitgehend in geltendes Verfassungsrecht umgegossen worden; vgl. nur W. Hennis, JZ 1999, 485 (493), zur „Langzeitwirkung“ von Smends Aufsatz zum „bundesfreundlichen Verhalten“ „bis in unsere Tage“ (hierzu bereits in und bei Fn. 792).

<sup>964</sup> J. Isensee, in: ders./P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VI, 3. Aufl., Heidelberg 2008, § 126, Rn. 289: „Auch der bundesstaatliche Text enthält viele Implikationen, die nur die Interpretation erschließen kann“.

<sup>965</sup> E.-W. Böckenförde, in: ders., Staat, Gesellschaft, Freiheit, Frankfurt a. M. 1976, S. 65 (65 f.).

<sup>966</sup> M. Kloepfer, Verfassungsrecht, Bd. I, München 2011, § 9, Rn. 12.

fortgesetzt-dynamisch ein. Dies ist beim föderalen Prinzip grundsätzlich nicht anders als beim demokratischen oder rechtsstaatlichen Prinzip.

Das allgemeine Modell des Bundes bildet über den Akt der Verfassungsgebung hinaus eine Hintergrundfolie für die Auslegung und Anwendung der jeweils geschaffenen Verfassungsnormen, d.h. für die fortdauernde Verfassungsoperation. Besonders deutlich wird das dann, wenn die – im Verfassungstext nicht verschriftlichten – Formeln der ‚föderalen Würde‘ und ‚föderalen Treue‘, letztlich also der Topos von der schutzwürdigen föderierten Einheit (s.o. § 1, C. III. 2.) bemüht werden. Als Beispiel kann die Entscheidung des *U.S. Supreme Court* in der Rechtsache *Alden v. Maine* (1999) dienen, welche bereits am Ende des zweiten Kapitels zur Illustration des Topos der ‚föderalen Würde‘ erwähnt worden ist: Eine föderalismusverfassungsrechtliche Streitigkeit (um die Verfassungsmäßigkeit eines arbeitsrechtlichen Bundesgesetzes, welches Angestellten des öffentlichen Dienstes Klagerechte gegen die sie beschäftigenden *Einzelstaaten* einräumte) wird dort unter Bezugnahme auf den anthropomorphen Topos der *state „dignity“* des Staats Maine gelöst<sup>967</sup>, ohne dass sich diese Wendung an irgendeiner Stelle der US-Verfassung finden ließe. Die ‚ungeschriebene‘ ‚Würde‘-Position des Staates Maine verbiete es dem US-Bundesgesetzgeber, in einem Bundesgesetz Individuen Klagerechte gegen den Staat Maine einzuräumen (s.o. § 2, C. II. 3. b) aa); Rhetorik-Analyse unten § 10, B. V. 1. b) cc)). Bei der streitentscheidend in Stellung gebrachten ‚Würde‘-Position Maines handelt es sich um Ideenmaterial, welches sich aus dem allgemeinen Modell (der Ideologie) des Bundes herleiten lässt. Für den Grundsatz der Bundestreue, der zwar rege in der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts, nicht aber im Grundgesetz *wörtlichen* Niederschlag findet (s.o. § 2, C. III. 3. a)), gilt das Gleiche. Aus *deskriptiver* Perspektive *muss* man insoweit feststellen: Eine Schleusung politischer Theorie- und Ideologieelemente des Modells des Bundes in das geltende Föderalismusverfassungsrecht der USA und Deutschlands *findet* durchaus *statt*.

### c) „Schleusung“ aus normativer Sicht

Eine andere – eine *normative* – Frage ist es, ob (und ggf. in welchem Umfang, ggf. in welcher methodischer Einhegung und mit welchem Reflexionsaufwand) man als Interpretin oder Interpret, als Anwenderin oder Anwender des geltenden Verfassungsrechts auf vor- und außerverfassungsrechtliches Argumentationsmaterial zurückgreifen *sollte*<sup>968</sup>, um den föderalismusverfassungsrechtlichen Text zu erhellen.

<sup>967</sup> *Alden v. Maine*, 527 U.S. 706 (1999), 715.

<sup>968</sup> In seinem Aufsatz zum „Rechtsstaatsbegriff“ als „Schleusenbegriff“ fokussiert Böckenförde diese normative Dimension *nicht*; stellenweise bringt Böckenförde aber doch Ablehnung gegenüber bestimmten Formen der ideenpolitischen Re-Aktualisierung und Ausweitung des ‚Rechtsstaats‘ zum Ausdruck – so mit Blick auf den „Ruf nach dem materiellen Rechtsstaat“, welcher „die materiale Eigenbedeutung formaler rechtlicher Garantien und geordneter Verfahren“ unterschätze, so E.-W. Böckenförde, in: ders., Staat, Gesellschaft, Freiheit, Frankfurt a. M. 1976, S. 65 (82).

Den meisten Kommentatorinnen und Kommentatoren, die sich mit der Frage der Einschleusung von politischem Ideologie- und Theoriematerial in das geltende (deutsche) Föderalismusverfassungsrecht befassen, geht es v. a. um diese normative Dimension: In diesem Zusammenhang wird etwa von Matthias Jestaedt – insbesondere mit Hinweisen auf die Habilitationsschrift von Edin Šarčević<sup>969</sup> – der Trend beobachtet, „das Verfassungsprinzip Bundesstaat in Existenz wie Essenz [...] mit Fragezeichen [zu] versehen“<sup>970</sup>. Diese – normativen – „Fragezeichen“ betreffen u. a. die Frage nach der Zulässigkeit von Einschleusungen aus der (politischen) ‚Theorie‘ in Dogmatik und Rechtsanwendung.<sup>971</sup> Auf den Punkt gebracht wird diese Position der Einschleusungs- und Theorieskepsis bei Fritz Ossenbühl: „Die Gestalt des Bundesstaates mu[ss] aus den Einzelsvorschriften des Grundgesetzes erschlossen werden. Zuviel Theorie kann hier nur schaden. Ein gesunder Positivismus und Pragmatismus ist dabei geboten.“<sup>972</sup> Jestaedt selbst relativiert die Position der Theorieskepsis behutsam:<sup>973</sup> Er betont, dass theoretisches Material „hermeneutisch unverzichtbare, wenn auch im Auslegungsproze[ss] widerlegliche Vor-Urteile“ beisteuere.<sup>974</sup> Dogmatische Arbeit am geltenden Recht komme nicht ohne theoretisches Argumentationsmaterial in Gestalt von „widerlegliche[n] Auslegungs- und Regelmäßigkeithypothesen“ aus.<sup>975</sup>

Den Skeptikerinnen und Skeptikern der Einschleusung von politiktheoretischem Material in verfassungsrechtswissenschaftliche Arbeit ist zuzugeben, dass die Schleusungsoperationen hohes Unbestimmtheits- und Missbrauchspotential<sup>976</sup>,

<sup>969</sup> E. Šarčević, Das Bundesstaatsprinzip, Tübingen 2000.

<sup>970</sup> M. Jestaedt, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. II, 3. Aufl. 2004, § 29, Rn. 30 ff., m. w. N.

<sup>971</sup> Vgl. referierend m. w. N. M. Jestaedt, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. II, 3. Aufl. 2004, § 29, Rn. 32: Jestaedt listet einen fünfteiligen Katalog von als zunehmend problematisch empfundenen Argumentationsweisen auf: (1) „Wesensschau“, (2) „Leerformel“, (3) „Einschleusung“, (4) „Überspielen der lex specialis“, (5) „Totalkonstitutionalisierung“.

<sup>972</sup> F. Ossenbühl, in: ders. (Hrsg.), Föderalismus und Regionalismus in Europa, Baden-Baden 1989, S. 117 (124); hierzu kritisch-referierend M. Jestaedt, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. II, 3. Aufl. 2004, § 29, Rn. 32 (dort in Fn. 192 a. E.).

<sup>973</sup> Auffällig ist an dieser Stelle bei Jestaedt die vorsichtige Rhetorik der Litotes (der doppelten Negation): M. Jestaedt, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. II, 3. Aufl. 2004, § 29, Rn. 43 f.: „nicht ohne Bedeutung“, „nicht zusammenhangslose Phänomene“.

<sup>974</sup> M. Jestaedt, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. II, 3. Aufl. 2004, § 29, Rn. 43, mit Hinweisen auf die Hermeneutiktheorien von Gadamer und Esser.

<sup>975</sup> M. Jestaedt, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. II, 3. Aufl. 2004, § 29, Rn. 43; vgl. allgemeiner R. A. Posner, U. Chi. L. Rev. 59 (1992), 433 (435): „there isn't much to bottom-up reasoning“.

<sup>976</sup> Dies liegt daran, dass wie etwa von E. v. Hippel, Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl. Berlin u. a. 1967, S. 252, beobachtet wurde, das föderale Prinzip als solches nur schwach determi-

insbesondere die Gefahr der Relativierung konkreter verfassungstextlicher Aussagen, tragen. Gerade deshalb zielt die vorliegende Studie darauf, die ideenpolitisch-rhetorischen Wirkungsweisen solcher Schleusungen näher zu beschreiben. Zudem ist immer die Frage zu stellen, *wer* in konkreten verfassungsrechtlichen Konfliktlagen Schleusungen vornimmt, dieses Unbestimmtheits- und Missbrauchspotential also auskostet. Es ist zu explizieren, welche Wirkungsdimension der Umsetzung von Föderalismusverfassungsrecht gerade aktiv ist: Entscheiden die – föderalismusverfassungsrechtlich primär adressierten – Gesetzgeber und Gubernativen oder sind es Gerichte?<sup>977</sup> Insbesondere wenn sich Gerichte die Entscheidung über ungeschriebene Föderalismusverfassungsrechtsgehalte anmaßen, ist besondere (verfassungswissenschaftliche) Vorsicht geboten, ist das föderale Prinzip ‚der Idee nach‘ doch zunächst ein Prinzip der Ordnung, Strukturierung und Ausmessung *politischer* Kraft<sup>978</sup> (s. o. § 2, B.; § 3, B. II. 4.).

## 2. Föderalismusverfassungsrecht als permanent ideenpolitisches Recht

Die Schleusung von Argumentationsmaterial aus den Bereichen der politischen Theorie und Ideengeschichte in die Rechtsanwendungspraxis und dogmatische Arbeit am Föderalismusverfassungsrecht stellt Ideenpolitik dar. Das föderale Prinzip ist als Verfassungsprinzip gerade auf dieses fortwährende Betreiben von Ideenpolitik inhärent angelegt; in der ideenpolitischen Instrumentalfunktion liegt ein wesentlicher Teil seines ‚Angebotscharakters‘ (dazu oben II. 5.):

### *a) Schleusung als Ideenpolitik*

Im ersten Kapitel wurde das Konzept der ‚Ideenpolitik‘ an Beispielen (insbesondere der *Federalist-/Anti-Federalist-Debatte*) vorgestellt (s. o. § 1, B. u. C.). Mit ‚Ideenpolitik‘ sind Vorgänge gemeint, bei denen vorgefundenes ideengeschichtliches Material aus dem Ideenreservoir von Theoretikerinnen und Theoretikern, aber auch von Praktikerinnen und Praktikern ausgewählt, zugeschnitten, zurechtgelegt und auf neue Sachverhalte angewendet wird (ausführlich § 1, C. I. u. III.). Föderalismusverfassungsrecht und Föderalismusverfassungsrechtsdogmatik funktionieren in diesem Sinn permanent ideenpolitisch: Akteure, die Föderalismusverfassungsrecht auslegen und anwenden und Föderalismusverfassungsrechtsdogmatik (fort-)bilden, greifen auf vorfindbares Ideenmaterial u. a. zum Modell des ‚Bundes‘, aber auch zu benachbarten politischen Ideen wie ‚repräsentative Demokratie‘, ‚Freiheit‘, ‚Staatlichkeit‘ oder ‚dem Politischen‘ zurück und wenden es auf neue Sachverhalte an.

niernte „Schablonen“ und „Leerformeln“ liefert. Diese Schablonen fordern eine anderweitige ideenpolitische Aufladung eben gerade ein.

<sup>977</sup> Daher wird im C-Teil dieses Kapitels eine bi-axiale Struktur-Wirkungs-Matrix eingeführt, um im weiteren Verlauf der Untersuchung die Frage der föderalismusverfassungsrechtlichen Wirkungsdimensionen gebührend in Rechnung zu stellen.

<sup>978</sup> Vgl. P. Lerche, VVDStRL 21 (1964), 66 (83).



Insoweit ist ‚Föderalismus‘ ein breiterer, ein weiter geöffneter, gewissermaßen noch intensiverer „Schleusenbegriff“ als Böckenfördes „Rechtsstaatsbegriff“, dessen Schleusungsoperationen sich ja im Wesentlichen auf Ideenpolitik mit ‚Freiheit‘ fokussieren (s. o. 1. a)).

Föderalismusverfassungsrechtliche Ideenpolitik findet nicht nur im Moment der initialen Verfassungsgebung (beispielsweise also in der Debatte zwischen *Federalists* und *Anti-Federalists* bei der Entstehung der US-Verfassung), sondern zeitlich darüber hinaus in ideenpolitischen Momenten der Verfassungsrechtsanwendung (und ggf. auch der Verfassungspolitik<sup>979</sup>) statt.<sup>980</sup> So blitzen beispielsweise im ‚Moment‘<sup>981</sup> der eben erwähnten Entscheidung *Alden v. Maine* (1999) die ideengeschichtlich vor-determinierten Elemente eines vor-demokratischen Etatismus und der Souveränität auf: Der anthropomorphe Topos der ‚state „dignity“ des Staats Maine<sup>982</sup> speist sich aus der vor-demokratischen Vorstellung, der (monarchische) Souverän könne nicht verklagt werden (nähere Analyse unten § 10, B. V. 1. b) cc)). Das Erkenntnisinteresse der vorliegenden Studie liegt im beschreibenden Nachvollzug von solchen ideenpolitischen Vermittlungen zwischen politischer Theorie und Ideologie einerseits und Verfassungsrechtsdogmatik andererseits.

---

<sup>979</sup> Dies betrifft verfassungsrechtspolitische Diskussionen über die Sinnhaftigkeit und Grenzen von förmlichen Verfassungsänderungen mit Auswirkungen auf die föderale Ordnung: Föderalismusverfassungsrechtsrelevante Verfassungspolitik ist zwar formell gerahmt (vgl. Art. VI USC und Art. 79 Abs. 1 u. 2 GG) und vereinzelt auch materiell verrechtlicht (vgl. Art. VI USC a.E. und Art. 79 Abs. 3 GG; ausführlich unten § 6, A. VII.), wird aber darüber hinaus durch – umkämpfte – Vorstellungen von einer ‚guten‘ und wünschenswerten föderalen Ordnung bestimmt. Solche Vorstellungen speisen sich jedenfalls auch aus einer gewissen Normativität des Modells des ‚Bundes‘. Anschaulich wird das bei den intensiven Diskussionen um die Zulässigkeit und Sinnhaftigkeit von Verfassungsänderungen mit Unitarisierungstendenz. Normative Modelle wie Trennungs-, Verschränkungs-, Wettbewerbsföderalismus oder kooperativer Föderalismus und Regeln der politisch-institutionellen Klugheit werden als zusätzliche normative Schichten zwischen dem allgemeinen Modell des Bundes und dem Verfassungstext entwickelt und für verfassungsrechtspolitische Maßstabbildungen wie auch für die Dogmatikgestaltung verwendet.

<sup>980</sup> So deutlich für des US-Föderalismusverfassungsrecht: *M. Mustokoff*, *Me. L. Rev.* 53 (2001), 81 (84): „*federalism is not a historically fixed vision of the constitutional balance of power between the state and federal governments, but rather a contested terrain upon which competing visions perpetually engage in a historiographical and ideological tug-of-war.*“

<sup>981</sup> „Moment“ wird hier nüchterner, alltäglicher und kleinteiliger verstanden als in Bruce A. Ackermans Theorie der „*constitutional moments*“, welcher damit vor allem ‚ganz entscheidende‘, die gesamte Verfassungsordnung der USA umbildende zeitliche *Phasen* wie die „Große Transformation“ der *Reconstruction* der 1860er und 1870er nach dem *Civil War*, die „Moderne“ des *New Deal* der 1930er und die „*Civil Rights Revolution*“ der 1950er und 1960er in Bezug nimmt; vgl. etwa *B. Ackerman*, *We the People*, Bd. 1. Foundations, Cambridge, Mass., U.S.A., u. a. 1991, S. 48 f. Vorliegend stehen weniger solche umfassenden Phasen, sondern konkretere, kleinteiligere, unspektakuläre Akte der Verfassungsgestaltung im Vordergrund.

<sup>982</sup> *Alden v. Maine*, 527 U.S. 706 (1999), 715.



b) *Föderalismusverfassungsrecht als ‚politisches Recht‘*

Föderalismusverfassungsrecht wird vorliegend als ideenpolitisch gesetztes, geändertes, interpretiertes und fortgeschriebenes Recht begriffen. Kürzer lässt sich also von Föderalismusverfassungsrecht als ‚*ideenpolitischem Recht*‘ und somit – noch stärker verkürzt – als ‚*politischem Recht*‘ sprechen.

aa) Ideenpolitik, Machtpolitik, ‚Meta-Politik‘

Die hier vorgeschlagene Bestimmung der Funktionsweise von Föderalismusverfassungsrecht mit Blick auf *Ideenpolitik* stellt im Übrigen keinen Widerspruch zu Peter Lerches Diktum dar, wonach Föderalismus im Kern die „Ausgemessenheit“ [von] politische[r] Kraft<sup>983</sup> bezwecke (s. bereits II. 4.). Zwar scheint mit Lerches Formel primär ein Begriff von ‚*Machtpolitik*‘ (oder ‚*Realpolitik*‘) gemeint zu sein. Allerdings kann aus der Sicht der oben eingeführten Theorie der ‚*Ideenpolitik*‘ (s. o. § 1, C. I.) Machtpolitik wiederum als Ideenpolitik verstanden werden, wenn man die ideenpolitisch umkämpfte Position in der Theorie des ‚Politischen‘ erblickt.

Bei der Auseinandersetzung mit Carl Schmitts Grunddefinition des ‚Bundes‘ begegneten die unbestimmten (Leer-)Formeln der „politischen Selbsterhaltung“ und des „Rechts auf eigene Politik“ an zentraler Stelle (s. o. § 2, C. II. 1. a) dd)). Insoweit mag man von einem *meta*-politischen Charakter des Föderalismusverfassungsrechts sprechen. Meta-politisch ist hier in einem ideenpolitischen Sinn (und nicht etwa im Sinn von Antonio Gramscis Theorie des kulturell-diskursiven ‚Über- und Vor-Politischen‘<sup>984</sup>) zu verstehen. Diese Sichtweise auf Föderalismusverfassungsrecht als *meta*-politisches Recht wird in der Formel „Recht *auf* eigene Politik“ in der Präposition „*auf*“ grammatikalisch pointiert.

bb) Moderierend-prozedural-akzessorisch ‚Politisches‘

Die hier vorgeschlagene Perspektive scheint in deutlichem Widerspruch zu Josef Isensees Diktum vom „unpolitische[n] Charakter des Bundesstaats“<sup>985</sup> zu stehen. Für Isensee zählt das föderale Prinzip zur verfassungsrechtlichen Identität des Grund-

<sup>983</sup> P. Lerche, VVDStRL 21 (1964), 66 (83).

<sup>984</sup> Der Begriff ‚Metapolitik‘ ist freilich eher missverständlich und – jedenfalls im kontinentaleuropäischen Diskurs – primär anders besetzt, nämlich mit Blick auf Antonio Gramscis Theorie der ‚vor-politischen‘ „kulturellen Hegemonie“ in der „Zivilgesellschaft“ und deren Re-Aktualisierung und Instrumentalisierung durch ‚neu‘-rechte ‚Denk‘-Ansätze, etwa von Alain de Benoist; dazu referierend M. Zantke, in: A. Nix (Hrsg.), Staat und Zivilgesellschaft. Permanente Opposition oder konstruktives Wechselspiel?, Baden-Baden 2020, S. 59 ff. Solche Aspekte sind vorliegend freilich nicht gemeint und würden hier begrifflich eher als ‚*Para*-Demokratisches‘ denn als ‚*Meta*-Politisches‘ gefasst werden – s. auch die Ausführungen unten § 8, B. II. 1. b) zum ‚*Para*-Demokratischen‘.

<sup>985</sup> J. Isensee, AöR 115 (1990), 248 (258 f.).

gesetzes, nicht aber zu seiner politischen Identität.<sup>986</sup> Isensee verweist in diesem Zusammenhang ausdrücklich auf Carl Schmitts Begriff des ‚Politischen‘. Dieser kreist um „die Unterscheidung von Freund und Feind“ als „spezifisch politische Unterscheidung“.<sup>987</sup> Und so stellt Isensee fest: Föderalismus sei keine „Bestimmung von Freund und Feind der Verfassung“ und schließt daraus: „Der Föderalismus konstituiert nicht die politische Einheit.“<sup>988</sup> Auch erstrecke sich der besondere Schutz der „freiheitlichen demokratischen Grundordnung“ (vgl. etwa Art. 18, Art. 21 Abs. 2 u. Abs. 3, Art. 87a Abs. 4, Art. 91 Abs. 1 GG) nicht auf den Bundesstaat.<sup>989</sup> Christoph Möllers hat diesen Gedankengang aufgegriffen und lebensnah illustrierend ergänzt: „Im Bundesstaat Bundesrepublik Deutschland darf ein Anhänger des Einheitsstaates Landesbeamter werden.“<sup>990</sup> Hier klingt zugleich wiederum der oben referierte (und relativierte) Befund von der Kontingenz, Verzichtbarkeit und dem ‚Luxus‘-Charakter des föderalen Prinzips im freiheitlich-demokratischen Verfassungsdenken (s. o. II. 3.) an.

Die von Isensee aufgeworfene Frage nach der Anwendung des politischen Denkens Schmitts auf die Theorie des Föderalismusverfassungsrechts muss vorliegend nicht vertieft werden. Es geht vorliegend auch nicht um die von Isensee formulierte Frage nach dem „Freund und Feind *der Verfassung*“<sup>991</sup>, sondern allenfalls – wenn das Vokabular Schmitts überhaupt Anwendung finden sollte – um das permanente Aushandeln von (ggf. nur fingiert-kryptonormativ gefassten) Freund/Feind-Positionen *innerhalb* der verfassungsrechtlich geformten Ordnung.<sup>992</sup> Es wird dann schlicht in Rechnung gestellt, dass sich die US-Verfassung und das Grundgesetz den fortgesetzten ‚Luxus‘ (s. o. II. 3.) der dynamisch-pluralistischen, eben ideenpolitischen Rezeption des unterdeterminierten föderalen Prinzips ‚gönnen‘. Der refe-

<sup>986</sup> Vgl. J. Isensee, AöR 115 (1990), 248 (259). Hier verbindet Isensee offenbar Schmitts Begriff des ‚Politischen‘ mit einer nicht-Schmitt’schen Vorstellung von ‚Verfassung‘.

<sup>987</sup> C. Schmitt, Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 58 (1927), 1 (4): „Die spezifisch politische Unterscheidung, auf welche sich die politischen Handlungen und Motive zurückführen lassen, ist die Unterscheidung von Freund und Feind.“

<sup>988</sup> J. Isensee, AöR 115 (1990), 248 (259).

<sup>989</sup> Vgl. J. Isensee, AöR 115 (1990), 248 (258); wie sich aus den a. a. O. (dort in Fn. 24) angegebenen Nachweisen pro und contra ergibt, ist diese Frage durchaus umstritten.

<sup>990</sup> C. Möllers, in: J. Aulehner u. a. (Hrsg.), Föderalismus – Auflösung oder Zukunft der Staatlichkeit?, Stuttgart u. a. 1997, S. 81 (99).

<sup>991</sup> J. Isensee, AöR 115 (1990), 248 (259); Hervorh. R.D.N.

<sup>992</sup> Ob die Begründung des angeblich unpolitischen Charakters des Föderalismus mit dem Freund/Feind-Denken Schmitts tragfähig ist, kann bei der Einnahme dieser Perspektive bezweifelt werden; denkbar ist etwa auch folgende Anwendung des Freund/Feind-Denkens: Der Bund ließe sich so betrachten, dass es gerade in seinem Wesen liege, dass er die einzelnen Glieder (die föderierten Einheiten) trotz ihrer Verbindung zu einem Ganzen *auch* (ggf. nur fingiert-kryptonormativ) dauernd getrennt voneinander hält (s. o. § 2, B. I. 3.), so dass gerade keine volle Homogenität (politische „Freundschaft“) innerhalb des Bunds geschaffen wird; im Bund bleibt durch das Getrennthalten auch eine latent-potenzielle Feindschaft der Glieder – gewissermaßen als eine fruchtbare Sollbruchstelle innerhalb der politischen Gesamtgemeinschaft.

rierten Verneinung eines „politischen Charakters“ des Föderalismus durch Isensee wird hier also ein anders gelagerter Begriff von ‚Politik‘ entgegengesetzt: Der vorliegend in Bezug genommene Begriff von ‚Politik‘ ist stärker auf eine prozedurale und diskursive Dimension hin ausgerichtet: Am Beispiel der *Federalist/Anti-Federalist*-Debatte wurde illustriert, dass das föderale Prinzip in einer ideenpolitischen Konstellation in Wechselwirkungen mit Volkssouveränität, demokratischer Repräsentation, Freiheit, Staatlichkeit, Nationalismus und ggf. auch nur ‚dem Politischen‘ tritt (s. o. § 1, B.). Insoweit wird ausdrücklich *nicht* die Aussage von Isensee geteilt, wonach der „Bundesstaat [...] es seinem unpolitischen Charakter [verdanke], da[ss] er nicht in jenen Interpretationskampf hineingezogen wird, der seit der deutschen Kulturrevolution um Demokratie, Rechtsstaat und Grundrechte flammt.“<sup>993</sup> In der vorliegend eingenommenen Perspektive ist Föderalismus vielmehr ein Element der ideenpolitischen Konstellation, innerhalb derer u. a. auch Demokratie, Rechtsstaat und Grundrechte interpretativ umkämpft werden. *Auch* in diesem Sinn gilt: „alles [am Föderalismus] ist auch Politik“.<sup>994</sup>

Allerdings werden Isensees Beobachtungen vorliegend insoweit geteilt, als dass anerkannt wird, dass dem föderalen Prinzip *innerhalb* der größeren ideenpolitischen Konstellation in erster Linie die Rolle eines vorwiegend prozedural-strukturellen Elements mit einem geringen sachpolitischen und legitimationstheoretischen Selbststand (s. o. § 2, C. II. 1. a) bb) (3)) zugewiesen wird. Insoweit hat der ‚politische‘ Charakter des Föderalismus (‚nur‘) etwas Intermediär-Prozedural-Akzessorisches, etwas im oben skizzierten Sinn Meta-Politisches. Das Modell des Bundes basiert im Wesentlichen auf der Absicherung, Verstetigung, Modifikation, Moderation, Pluralisierung und Temperierung vor-gefundener (etatistischer, demokratischer, etc.) Positionen (s. o. a. a. O.). Dadurch wird es allerdings nicht „unpolitisch“, sondern stellt ein inhärent (ideen-)politisches *Instrument* dar. In diesem Sinn wird auch die Wirkungsweise des US-amerikanischen Föderalismus beschrieben, so etwa von Matthew Mustokoff als „ein beständiges historiographisches und ideologisches Seilziehen“.<sup>995</sup> Das geht so weit, dass Michael C. Dorf – gewissermaßen umgekehrt zur Formel vom ‚unpolitischen Recht‘ – fragt, ob „Ansichten zum Föderalismus“

<sup>993</sup> J. Isensee, AöR 115 (1990), 248 (259).

<sup>994</sup> So deutlich G. F. Schuppert, AöR 1995, 32 (79), welcher freilich mit A. Benz, Föderalismus als dynamisches System. Zentralisierung und Dezentralisierung im föderativen Staat, Opladen 1985, S. 255, stärker „die Verteilung von Einflußchancen und Machtanteilen zwischen den organisatorischen Einheiten im System“ im Blick hat. Es geht ihm insoweit also eher um ‚Machtpolitik‘ als um ‚Ideenpolitik‘ – beachte hierzu jedoch die Anm. bei Fn. 983 zu Grenzverwischungen.

<sup>995</sup> M. Mustokoff, Me. L. Rev. 53 (2001), 81 (84): „*federalism is not a historically fixed vision of the constitutional balance of power between the state and federal governments, but rather a contested terrain upon which competing visions perpetually engage in a historiographical and ideological tug-of-war.*“ Die Bemerkung bei V. C. Jackson, Harv. L. Rev. 111 (1998), 2180 (2258): „*the fundamentally political character of federalism*“ ist wohl vorrangig auf die politisch-institutionelle Wirkungsdimension des Föderalismusverfassungsrechts (hierzu sogleich C. II. sowie unten § 12, B. I.) in der nicht-judikativen Praxis (und nicht auf die ideenpolitische Komponente) bezogen.

überhaupt Ansichten rechtlicher Natur seien: „*Are views about federalism views about the law?*“<sup>996</sup>

## C. Struktur-Wirkungs-Matrix des Föderalismusverfassungsrechts

Permanent ideenpolitisches Föderalismusverfassungsrecht etabliert also einzigartige föderale Designs, welche ‚in der Zeit‘ stehen und pluralistisch-diskursiv unter wiederholten Rückgriffen auf Gehalte der politischen Theorie fortgebildet werden.

### I. Komplexitätsangemessene Beschreibung durch Bi-Axialität

Trotz dieser Abhängigkeit von dynamisch-pluralistischer ideenpolitischer Gestaltung (s.o. B. II. u. III.) und trotz der Einzigartigkeit jeder einzelnen verfassungsrechtlich geformten föderalen Ordnung (s.o. B. II. 1. u. 2.) lassen sich bestimmte allgemeine Grundstrukturen des Föderalismusverfassungsrechts abstrahieren. Diese Grundstrukturen prägen jedenfalls das Föderalismusverfassungsrecht der US-Verfassung und des Grundgesetzes (sind aber auch darüber hinaus komparatistisch anschlussfähig).

Im Folgenden wird zur komplexitätsangemessenen Beschreibung föderalismusverfassungsrechtlicher Grundstrukturen eine *bi*-axiale (*zwei*-achsige) Matrix aus (eher statischen) föderalismusverfassungsrechtlichen Strukturelementen und (eher dynamischen) föderalismusverfassungsrechtlichen Wirkungsdimensionen vorgestellt. Die Achse der Wirkungsdimensionen trägt der im vorstehenden Abschnitt ausführlich beschriebenen Pluralisierung und Temporalisierung der Verwirklichung von Föderalismusverfassungsrecht Rechnung – zentral ist dabei die Rolle der Dogmatik. Letztlich ergibt sich erst aus dem Zusammenspiel beider Achsen die „Robustheit“ föderaler Ordnung (Jenna Bednar)<sup>997</sup>. Trotz der oben identifizierten schwachen Kontext-Widerständigkeit des föderalen Prinzips (s.o. B. II. 6.) wird die komplexe institutionelle „Robustheit“ föderalismusverfassungsrechtlicher Ordnung – insbesondere durch Dogmatik – ermöglicht.

### II. „*Safeguards of federalism*“ (Wechsler) entlang zweier Achsen

Die vorgeschlagene föderalismusverfassungsrechtliche Struktur-Wirkungs-Matrix aus Strukturelementen und Wirkungsdimensionen kann insbesondere auf US-amerikanische Arbeiten zu den „*safeguards of federalism*“ („Absicherungen des Föderalismus“) aufbauen. Grundlegend für den „*safeguard*“-Ansatz ist der Aufsatz

<sup>996</sup> M. C. Dorf, St. John's J. Leg. Comment. 21 (2007), 497 (504).

<sup>997</sup> J. Bednar, The Robust Federation, Cambridge, Mass., U.S.A., 2009.

„*The Political Safeguards of Federalism*“ von Herbert Wechsler.<sup>998</sup> Dieser Aufsatz aus dem Jahr 1954 ist zwar hinsichtlich einiger tatsächlicher und institutioneller Annahmen und Bewertungen, nicht aber hinsichtlich der darin aufgestellten strukturellen Unterscheidungen und Kategorien überholt.<sup>999</sup> Wechsler benennt in diesem Aufsatz drei Hauptinstrumente („*main devices*“<sup>1000</sup>) des (US-amerikanischen) Föderalismusverfassungsrechts: *erstens* die Garantie der Eigenständigkeit der föderierten Einheiten (also der US-Bundesstaaten), *zweitens* die Gewährleistung des Einflusses der föderierten Einheiten auf die Organisation der Bundesebene und – *drittens* – die Aufteilung von Kompetenzen zwischen den föderierten Einheiten und der Bundesebene.<sup>1001</sup> Wechsler vertritt nun zwei zentrale Thesen: Die erste These lautet, dass das Funktionieren des US-amerikanischen Föderalismus im Wesentlichen von den beiden erstgenannten Mechanismen (Eigenständigkeit der Staaten und Einflussnahme der Staaten auf die Bundesebene) und weniger vom drittgenannten Mechanismus (Kompetenzaufteilung) abhängt.<sup>1002</sup> Wechslers zweite These bezieht sich auf die Wirkungsdimensionen des Föderalismusverfassungsrechts, stellt sich die Frage ‚Wer soll der Hüter des Föderalismus sein?‘ und antwortet: das Bundesparlament *Congress*, nicht die Gerichte.<sup>1003</sup> Die Sicherung des Föderalismus erfolge primär durch „*political safeguards*“, also durch politische (auch parteipolitische) Prozesse insbesondere im Bundesparlament, auf dessen Zusammensetzung die

<sup>998</sup> H. Wechsler, Colum. L. Rev. 54 (1954), 543.

<sup>999</sup> Wechslers Aufsatz von 1954 beschäftigt sich noch nicht mit den Realitäten des Wirtschafts-, Sozial- und Umweltstaatsunitarismus und des *cooperative federalism* der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts (hierzu unten § 4, B. I. 3. c) aa)), vgl. H. Wechsler, Colum. L. Rev. 54 (1954), 543 (558); Wechsler war 1954 (noch) der Überzeugung, die Staaten könnten politisch-faktisch ohne die Bundesebene bestehen, vgl. a. a. O. (546). Die überzeitliche Relevanz der heuristisch-strukturellen Kategorisierungen Wechslers wird dadurch nicht negativ beeinträchtigt. Kritisch zu Wechslers Aufsatz L. D. Kramer, Colum. L. Rev. 100 (2000), 215 (218): „*Many of the arguments are [...] flawed and unpersuasive. One can quibble about the extent to which this was already true in 1954. But however convincing Wechsler’s reasoning may have been in its original context, subsequent experience and later developments have robbed his analysis of much, if not all, of its force.*“

<sup>1000</sup> H. Wechsler, Colum. L. Rev. 54 (1954), 543; a. a. O. (544), spricht Wechsler von „*mechanisms*“.

<sup>1001</sup> H. Wechsler, Colum. L. Rev. 54 (1954), 543 (543 f.): *the constitution (1) „preserved the states as separate sources of authority and organs of administration“, (2) „gave the states a role of great importance in the composition and selection of the central government“, (3) „formulate a distribution of authority between the nation and the states“.*

<sup>1002</sup> Vgl. H. Wechsler, Colum. L. Rev. 54 (1954), 543 (544, 546); Wechsler setzt sich intensiv damit auseinander, in welcher Weise die Bundesverfassungsorgane *U.S. Congress* (und zwar beide Kammern) und *President* durch Wahlmodalitäten und parteipolitische Strukturen auf „örtliche Werte“ („*local values*“) verpflichtet würden, vgl. a. a. O. (546–558); zum Teil sind diese Ausführungen durch tatsächliche und rechtliche Entwicklungen seit 1954 überholt worden.

<sup>1003</sup> Vgl. H. Wechsler, Colum. L. Rev. 54 (1954), 543 (558 ff.).

Staaten erheblichen Einfluss hätten; für *judicial safeguards*‘, also (Verfassungs-) Rechtsprechung bleibe insoweit nur subsidiär Raum.<sup>1004</sup>

Wechsler spricht hier zwei Dimensionen (Achsen) des Föderalismusverfassungsrechts an: Einerseits die Frage nach den (drei) Strukturelementen (Eigenständigkeit der Staaten, Einfluss der Staaten auf die Bundesebene, Kompetenzaufteilung) und andererseits die Frage nach den (zwei) Wirkungsdimensionen (politische Prozesse und Rechtsprechung). Freilich differenziert Wechsler nicht deutlich zwischen diesen beiden Aspekten, sondern setzt – verkürzend (s. sogleich III.) – das Strukturelement ‚Einflussnahme der Staaten auf die Bundesebene‘ mit der Wirkungsdimension ‚politischer Prozess‘ und das Strukturelement ‚Kompetenzaufteilung‘ mit der Wirkungsdimension ‚Rechtsprechung‘ gleich.<sup>1005</sup>

### III. Struktur-Wirkungs-Matrix: *Strukturelemente* und *Wirkungsdimensionen*

Vorliegend soll deutlicher als bei Wechsler zwischen Strukturelementen und Wirkungsdimensionen des Föderalismusverfassungsrechts unterschieden werden: Es wird davon ausgegangen, dass diese beiden Aspekte (als Achsen) eine Struktur-Wirkungs-Matrix des Föderalismusverfassungsrechts eröffnen (s. sogleich Abb. 3):

Auf der Achse der föderalismusverfassungsrechtlichen Strukturelemente kann der Sache nach Wechslers Dreiteilung (Kompetenzaufteilung, Einfluss der föderierten Einheiten auf die Bundesebene, Eigenständigkeit der föderierten Einheiten) im Wesentlichen übernommen werden.<sup>1006</sup> Terminologisch werden für diese drei Mechanismen vorliegend folgende Schlagworte verwendet: ‚Verbandskompetenzen‘, ‚Verbandsingerenzen‘ und ‚Verbandsgrundrechtspositionen‘ (s.u. Abb. 3: Spalten I bis III; ausführlich zur Terminologie unten § 4, A.).

<sup>1004</sup> Die *judicial safeguards* würden zudem eher auf den Schutz der Positionen der Bundesebene gegen die Staaten ausgelegt sein; vgl. H. Wechsler, Colum. L. Rev. 54 (1954), 543 (558 f.).

<sup>1005</sup> Vgl. H. Wechsler, Colum. L. Rev. 54 (1954), 543 (544, 558).

<sup>1006</sup> Teilweise wird der Blick vorliegend über die von Wechsler genannten Aspekte hinaus ausgeweitet, beispielsweise hat Wechsler lediglich die indirekten, nicht aber auch die direkten Verbandsingerenzen im Blick (s. dazu unten § 4, B. II.). Ähnliche, aber zum Teil abweichende Einteilung bei E. A. Young, N.Y.U. L. Rev. 77 (2002), 1612 (1645 ff.): „*three approaches to federalism doctrine*“: Erstens „*power federalism*“ (der im Folgenden erstgenannte Mechanismus der Verbandskompetenzen), zweitens „*process federalism*“ (mit den Unterkategorien „*clear statement rules*“ [s.u. § 8, C. I. 2. b) bb]), „*anticommandeering*“ [s.u. § 6, A. I. 2. u. II. 2.], „*federal separation of powers*“ [s.u. § 12, B. II. 2. b) aa]), „*cross-jurisdictional relationships*“) sowie – drittens – „*immunity federalism*“ (s.u. § 5, A. III. 2.); Youngs zweite und dritte Kategorie wabern nach hiesiger dogmatischer Systematisierung zwischen Verbandsingerenzen und Verbandsgrundrechtspositionen (als Verbandskompetenz- und Verbandsingerenzgrenzen; hierzu unten § 4, B. III. 3. a)).

Auf der Matrix-Achse der föderalismusverfassungsrechtlichen Wirkungsdimensionen wird die von Wechsler angesprochene Dichotomie von ‚politischem Prozess‘ und ‚Rechtsprechung‘ aufgegriffen. Wie etwa auch Rudolf Smend betont hat, zählen föderalismusverfassungsrechtliche Streitfragen eben zu den „Fragen, die gleichzeitig politische und rechtliche“ sein können<sup>1007</sup> – daher schwebt über der Frage nach dem Modus der Ver-,Wirklichung‘ von Föderalismusverfassungsrecht immer auch das Damoklesschwert des „Formenmi[ss]brauchs“<sup>1008</sup>. Auch insoweit ist Föderalismusverfassungsrecht in besonderem Maße ‚politisches Recht‘ (s. im Übrigen eben B. III.). Teilweise im Anschluss an Robert A. Mikos und Jenna Bednar<sup>1009</sup> wird der Aspekt des ‚politischen Prozesses‘ in der vorliegend entwickelten Struktur-Wirkungs-Matrix des Föderalismusverfassungsrechts nicht nur neben die Wirkungsdimension ‚Rechtsprechung‘ gestellt, sondern zudem in zwei Sub-Kategorien aufgespalten: einerseits ‚nicht-judikative Praxis‘ und andererseits ‚(para-<sup>1010</sup>)demokratische Öffentlichkeit und Willensbildung‘<sup>1011</sup> (s. Abb. 3: Zeilen A bis C; ausführlich § 8, B.). Die Übergänge zwischen diesen beiden Wirkungsdimensionen sind freilich fließend: Bei der Dimension ‚nicht-judikative Praxis‘ stehen hoheitliche Handlungen der Legislative, Gubernative und Administrative im Vordergrund; die Dimension ‚(para-)demokratische Öffentlichkeit und Willensbildung‘ fokussiert den Einfluss von Wählerinnen und Wählern sowie von Potenzen der Öffentlichkeit, also etwa von Intermediären wie Presse oder zivilgesellschaftlichen Verbänden (näher

<sup>1007</sup> R. Smend, in: ders., Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze, 3. Aufl., Berlin 1994 [1928], S. 119 (214) – insoweit parallel etwa zu Fragen des Untersuchungsausschussrechts, vgl. ders., a. a. O. (213), mit Hinweis auf E. Kaufmann, Untersuchungsausschluß und Staatsgerichtshof, Berlin 1920, S. 63, 66.

<sup>1008</sup> R. Smend, in: ders., Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze, 3. Aufl., Berlin 1994 [1928], S. 119 (213 f., 273).

<sup>1009</sup> Vgl. R. A. Mikos, Ohio State Law Journal 68 (2007), 1669: „*populist safeguards of federalism*“; vgl. J. Bednar, The Robust Federation, Cambridge, Mass., U.S.A., 2009, S. 95 ff.: „*structural*“, „*popular*“, „*political*“ und „*judicial safeguards*“; vgl. auch dies., in: M. Tushnet/M. A. Graber/S. Levinson (Hrsg.), The Oxford Handbook of the U.S. Constitution, New York, N.Y., U.S.A., 2015, S. 283 (289). Bednars Kategorie der „*structural safeguards*“ wird vorliegend nicht als eigenständige Wirkungsdimension des Föderalismusverfassungsrechts aufgegriffen; Bednar behandelt unter diesem Schlagwort letztlich im Wesentlichen das, was vorliegend als ‚föderalismusverfassungsrechtliche Grundmechanismen‘ geführt wird; vgl. J. Bednar, The Robust Federation, Cambridge, Mass., U.S.A., 2009, S. 98 ff.: „*Three primary forms of structural safeguards are enumerated powers, fragmentation, and state incorporation*“ – damit spricht sie die beiden Grundmechanismen Kompetenzen und Ingenzenzen an. Im Übrigen bestehen Überschneidungen zwischen Bednars „*structural safeguards*“ und der vorliegend konturierten Wirkungsdimension ‚nicht-judikative Praxis‘.

<sup>1010</sup> Zur Bedeutung des (eingeklammerten) Präfixes ‚(para-)‘ näher unten § 8, B. II. 1. b).

<sup>1011</sup> Weitgehend in Anknüpfung an die „*populist safeguards of federalism*“ bei R. A. Mikos, Ohio State Law Journal 68 (2007), 1669, und die „*popular safeguards*“ bei J. Bednar, The Robust Federation, Cambridge, Mass., U.S.A., 2009, S. 107 ff.; auch Wechsler hat die „*popular safeguards*“ schon angedacht, vgl. H. Wechsler, Colum. L. Rev. 54 (1954), 543 (548): „*real enough to have political support*“.



dazu unten § 8, B. II.); gewissermaßen dazwischen steht die Parteipolitik<sup>1012</sup>. Insgesamt bildet die Achse der Wirkungsdimensionen damit auch eine Grundlage, um den für das Föderalismusverfassungsrecht so wichtigen (s.o. B. II. 6.), aber unscharfen Begriff der ‚Dogmatik‘ näher aufzufächern – letztlich wird dabei in Entsprechung zu dem Thema der Studie ‚Föderalismus als Instrument und lyrisch-anthropomorphe Lesekonvention vor Gericht‘ der wirkmächtigste Teil von ‚Dogmatik‘, nämlich *gerichtlich* durchsetzbare Dogmatik, fokussiert werden (s.u. § 7, B.). Das Funktionieren von gerichtlich durchsetzbarer Dogmatik ist aber eben nur unter Berücksichtigung ihrer Wechselwirkungen mit nicht-judikativer Praxis und (para-) demokratischer Öffentlichkeit komplexitätsangemessen beschreibbar (s.u. § 8, C.).

Der Vorteil der Struktur-Wirkungs-Matrix liegt in der Veranschaulichung der Mehrdimensionalität (Axialität) und Komplexität des Föderalismusverfassungsrechts: Die Matrix zeigt beispielsweise, dass es eine unzulässige Verkürzung wäre, anzunehmen, die Kompetenzaufteilung würde nur durch Gerichte mit Leben erfüllt, oder anzunehmen, dass Ingerenzen ausschließlich durch die Akteure der nicht-judikativen Praxis (Exekutive, Legislative) bestimmt würden. Vielmehr soll in den folgenden Kapiteln gezeigt werden, dass die Ausübung von Kompetenzen (selbstverständlich) auch eine Frage der nicht-judikativen Praxis ist und nicht auf die Dimension der gerichtlichen Überprüfung reduziert werden kann. Umgekehrt ist der Bereich der Ingerenzen durchaus auch durch Rechtsprechung geprägt. Wechsler oben vorgestellter Aufsatz (s.o. II.) beschäftigt sich insbesondere mit den Matrixfeldern I/C und II/A: Er kritisiert den traditionellen, verengten Fokus der Rechtswissenschaft auf die Rechtsprechung zur föderalen Kompetenzverteilung (vgl. Feld I/C in Abb. 3 unten) und fordert stärkere Aufmerksamkeit für die nicht-judikative Praxis der föderalismusverfassungsrechtlichen Ingerenzen (vgl. Feld II/A).<sup>1013</sup>

Die vorliegende Studie zu ‚Föderalismus als Instrument und lyrisch-anthropomorphe Lesekonvention vor Gericht‘ wird nicht alle Felder der Matrix gleichermaßen detailliert untersuchen; der Fokus liegt vielmehr auf der Wirkungsdimension der Rechtsprechung (genauer: der gerichtlich durchsetzbaren Dogmatik) – dort dann aber eben nicht nur (und nicht einmal primär) mit Blick auf das Strukturelement der Verbandskompetenzen, sondern vor allem mit Blick auf Verbandsgrundrechtspositionen (vgl. Feld III/C; s.u. § 4, A. III. u. B. III. sowie insbes. §§ 5 u. 6).

<sup>1012</sup> Vgl. *L. D. Kramer*, Colum. L. Rev. 100 (2000), 215 (278 ff.); *J. Bednar*, *The Robust Federation*, Cambridge, Mass., U.S.A., 2009, S. 113 ff., die (i. W. nur) hinsichtlich des Aspekts der Parteipolitik von „*political safeguards*“ sprechen.

<sup>1013</sup> Vgl. *H. Wechsler*, Colum. L. Rev. 54 (1954), 543 (544).



| <div>Struktur-<br/>elemente</div> <div>Wirkungs-<br/>dimensionen</div> | I) Verbands-<br>kompetenzen                              | II) Verbands-<br>ingerenzen | III) Verbands-<br>grundrechts-<br>positionen |
|------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------|-----------------------------|----------------------------------------------|
| A) nicht-judikative Praxis                                             |                                                          | (Wechslers<br>Fokus)        |                                              |
| B) (para-)demokratische<br>Öffentlichkeit                              |                                                          |                             |                                              |
| C) Rechtsprechung                                                      | (traditioneller<br>Fokus der<br>Rechtswissen-<br>schaft) |                             | Fokus der <i>vorlie-<br/>genden</i> Studie   |

Abbildung 3: Föderalismusverfassungsrechtliche Struktur-Wirkungs-Matrix

§ 4 Strukturelemente I (Überblick): Verbandskompetenzen, Verbandsingerenzen, Verbandsgrundrechtspositionen

Im Folgenden wird nun die erste Achse der eben eingeführten Struktur-Wirkungs-Matrix vorgestellt: Es geht um drei grundlegende föderalismusverfassungsrechtliche Strukturelemente – Verbandskompetenzen, Verbandsingerenzen, Verbandsgrundrechtspositionen (s. u. A.). Entsprechend der übergreifenden Fragestellung dieser Studie nach der besonderen Stellung gerade der föderierten Einheiten (US-Bundesstaaten und deutsche Länder) gegenüber der jeweiligen Bundesebene skizziert der zweite Teil des Kapitels, welche Funktion diese drei Strukturelemente für die Stellung der föderierten Einheiten unter der US-Verfassung bzw. unter dem Grundgesetz – insbesondere für deren „politische Selbsterhaltung“ – gewinnen (s. u. B.).

A. Drei föderalismusverfassungsrechtliche Strukturelemente

(Der Sache nach weitgehend) im Anschluss an Wechsler werden die föderalismusverfassungsrechtlichen Strukturelemente ‚Verbandskompetenzen‘ (s. u. I.), ‚Verbandsingerenzen‘ (s. u. II.) und ‚Verbandsgrundrechtspositionen‘ (s. u. III). unterschieden. Zwischen diesen Mechanismen gibt es Interdependenzen, insbesondere kommen die Verbandsgrundrechtspositionen als Modifikatoren der Kompetenzen und der Ingerenzen daher (s. u. B. III. 3.). Ingerenzen sind regelmäßig im ‚Vorfeld‘ der Kompetenzen bzw. der Kompetenzausübung angesiedelt (s. u. II. 2. b)).

## I. Verbandskompetenzen

Traditionell wird das föderalismusverfassungsrechtliche Kompetenzrecht, „juristisch gesehen, [als] der ‚harte Kern‘ des Bundesstaatsrechts“<sup>1014</sup> und als „Skelett des Bundesstaates“<sup>1015</sup> begriffen. Im föderalen Verbandskompetenzrecht wird das föderale Prinzip als Prinzip der (Auf-)Teilung von öffentlicher Hoheitsgewalt („*shared rule*“; s. o. § 2, B. I.) verrechtlicht.

### 1. Grunddefinition ‚Verbandskompetenz‘

Mit den Verbandskompetenzen teilt das Föderalismusverfassungsrecht hoheitliche Handlungsmöglichkeiten, welche sachlich-gegenständlich wie auch technisch-instrumentell umrissen sind, auf föderale Träger (d. h. föderale Verbände<sup>1016</sup>) auf. Die durch Kompetenzen aufgeteilten Handlungsmöglichkeiten beziehen sich auf das Verhältnis der föderalen Träger ‚nach außen‘, also insbesondere gegenüber Bürgerinnen und Bürgern; dieser Bezug auf Maßnahmen mit Außenwirkung unterscheidet Kompetenzen von Ingerenzen (zu diesen später 4. a) sowie II.; s. auch unten Abb. 4 am Ende von 4. b)).<sup>1017</sup> Zugeteilt werden dem Grundsatz nach *Handlungsmöglichkeiten*, keine Handlungspflichten. Bei alledem enthalten Kompetenzen noch kein

<sup>1014</sup> J. Isensee, in: ders./P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VI, 3. Aufl., Heidelberg 2008, § 133, Rn. 4.

<sup>1015</sup> M. Fehling, in: J. Aulehner u. a. (Hrsg.), Föderalismus – Auflösung oder Zukunft der Staatlichkeit?, Stuttgart u. a. 1997, S. 31 (31) – sodann fortgesetzt mit weiteren Metaphern aus dem Bildfeld des Körpers und der Medizin: „Für sich genommen scheinbar wenig lebendig [...]. Krankhafte Verschiebungen machen sich [aber] im ganzen politischen System schmerzhaft bemerkbar“. Und als Fazit (a. a. O. [55]): „Ausreichende Bewegung, also Flexibilität, ist ein Gebot von Vorbeugen und Heilen.“ Ob das a. a. O. als Sportgerät(?), als *sparring partner*(?) oder (damals wohl noch nicht:) als Fitness-App(?) u. a. anempfohlene „Prinzip der Bundestreue“ nicht häufiger einmal zur Ambulanz für Sportmedizin führt, fragt später § 11.

<sup>1016</sup> Zur Synonymität von ‚föderaler Verband‘ und ‚föderaler Träger‘ s. o. § 2, B. III. 1. c). Es könnte hier ebenso von ‚Trägerkompetenzen‘ gesprochen werden, jedoch ist die Rede von ‚Verbandskompetenzen‘ geläufiger, so auch die Einschätzung von P. Starski, Der interföderale Verwaltungsakt. Eine rechtsvergleichende Studie, Tübingen 2014, S. 39; vgl. exemplarisch nur M. Kloepfer, Handbuch der Verfassungsorgane im Grundgesetz, Berlin 2022, § 1, Rn. 1. Den Begriff „Rechtsträgerkompetenz“ erwähnt B.-C. Funk, Das System der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung im Lichte der Verfassungsrechtsprechung, Wien, Österreich, 1980, S. 46 (dort in Fn. 74), mit der Bemerkung „Verbandskompetenzen“ (besser wäre der Ausdruck ‚Rechtsträgerkompetenzen‘)“; hierzu referierend J. Isensee, in: ders./P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VI, 3. Aufl., Heidelberg 2008, § 133, Rn. 22. Zur parallelen terminologischen Frage mit Blick auf ‚Verbandsingerenzen‘ s. u. Fn. 1059.

<sup>1017</sup> Vgl. zur Differenzierung zwischen ‚Kompetenz‘ und ‚Ingerenz‘ R. Herzog, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. III, 3. Aufl., Heidelberg 2005, § 57, Rn. 9; vgl. auch M. Heintzen, Die Kategorie der Kompetenz im Bundesstaatsrecht, Typoskript (Habilitationsschrift Universität Bonn) 1993, S. 8: „im Verhältnis zum Bürger zur eigenverantwortlichen Wahrnehmung zugewiesene Staatsaufgaben. Von diesem Kompetenzbegriff sind Ein- und Mitwirkungsrechte von Bund und Ländern in ihrem Verhältnis zueinander zu unterscheiden“.

abschließendes Urteil über die Rechtmäßigkeit einer Handlung des föderalen Trägers gegenüber Bürgerinnen und Bürgern, sondern stehen unter dem Vorbehalt weitergehender, etwa individualgrundrechtlich fundierter, Rechtmäßigkeitsanforderungen (s. u. 3. b)).

## 2. ‚Kompetenz‘ als Begriff der (Verfassungs-)Rechtsdogmatik

‚Kompetenz‘ wird vorliegend als (verfassungs-<sup>1018</sup>)rechtsdogmatischer<sup>1019</sup> Begriff verwendet, der Anwendung auf das Verfassungsrecht der US-Verfassung<sup>1020</sup> und des

<sup>1018</sup> Die Verwendung des Begriffs ‚Kompetenz‘ ist stark kontextabhängig; in verschiedenen Rechtsgebieten und insbesondere hinsichtlich der Unterscheidung von Verfassungsrecht und einfachem Recht lassen sich unterschiedliche Begriffsverwendungen und Bedeutungszuschreibungen ausmachen: hierzu nur *B. Pieroth*, AöR 114 (1989), 422 (433 f.); *J. H. Klement*, Verantwortung, Tübingen 2006, S. 341.

<sup>1019</sup> Im Verfassungsrecht des Grundgesetzes ist ‚Kompetenz‘ zwar ein rechtsdogmatischer Begriff, aber kein Rechtsbegriff im engeren Sinn: Das Grundgesetz verwendet den Begriff „Kompetenz“ – soweit ersichtlich – lediglich an einer Stelle (und zwar erst seit der Föderalismusreform II von 2009): Art. 109 Abs. 3 S. 5 GG ordnet an, dass die Länder die sog. Schuldenbremse nach näheren bundesrechtlichen Maßgaben „im Rahmen ihrer verfassungsrechtlichen Kompetenzen“ auszugestalten hätten; vgl. – zum Textbefund vor der Föderalismusreform 2009 – *J. H. Klement*, Verantwortung, Tübingen 2006, S. 339 f. Die grundgesetzlichen Zentralnormen zur Verteilung der Kompetenzen zwischen Bund und Ländern sprechen nicht ausdrücklich von „Kompetenzen“, sondern beispielsweise von „staatlichen Befugnissen und [...] staatlichen Aufgaben“ (Art. 30 GG), vom „Recht der Gesetzgebung“ bzw. „Gesetzgebungsbefugnisse[n]“ (Art. 70 Abs. 1 GG), von der „Abgrenzung der Zuständigkeit zwischen Bund und Ländern“ (Art. 70 Abs. 2 GG). Das Bundesverfassungsgericht hingegen verwendet im Zusammenhang mit den grundgesetzlichen Vorschriften zur Aufgabenverteilung zwischen Bund und Ländern (Art. 30, 70, 83 GG, etc.) regelmäßig den Begriff „Kompetenz“, vgl. nur BVerfGE 138, 261. Auch im rechtswissenschaftlichen Schrifttum ist der Begriff in diesem Kontext gebräuchlich, vgl. nur *M. Heintzen*, Die Kategorie der Kompetenz im Bundesstaatsrecht, Typoskript (Habilitationsschrift Universität Bonn) 1993; *ders.*, DVBl 1997, 689; *J. Isensee*, in: *ders./P. Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VI, 3. Aufl., Heidelberg 2008, § 133, Rn. 14 f. und passim; *T. Herbst*, Gesetzgebungskompetenzen im Bundesstaat, Tübingen 2014; und die überwiegende Lehrbuchliteratur: stellvertretend: *M. Kloepfer*, Verfassungsrecht, Bd. I, München 2011, § 9, Rn. 120, welcher neben „Kompetenz“ freilich auch von „Zuständigkeit“ und (seltener) „Aufgabe“ und „Befugnis“ spricht.

<sup>1020</sup> In der US-Verfassung tritt im vorliegenden Zusammenhang der Aufgabenverteilung zwischen Bund und Einzelstaaten der Rechtsbegriff „power“ in den Vordergrund: s. nur die Zentralnormen Art. I, Sec. 8 USC: „*The Congress shall have power to [...]*“, sowie Am. X USC: „*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.*“ In der Rechtsprechung und in der rechtswissenschaftlichen Literatur ist der Begriff „power“ insoweit auch als rechtsdogmatischer Begriff gebräuchlich und vorherrschend; vgl. exemplarisch: *Wickard v. Filburn*, 317 U.S. 111 (1942), 118; *United States v. Lopez*, 514 U.S. 549 (1995), 552; *M. C. Dorf/T. Morrison*, Constitutional Law, New York, N.Y., U.S.A., 2010, S. 70, 78 ff.; *E. Chemerinsky*, Constitutional Law. Principles and Policies, 5. Aufl., New York, N.Y., U.S.A., 2015, S. 239 ff.; vgl. zusammenfassend auch *O. Beaud*, in: *L. Azoulai* (Hrsg.), The Question of Competence in the European Union, New York, N.Y., U.S.A., u. a. 2014, S. 19 ff. (21). Seltener – und wohl weitgehend synonym – werden auch „authority“ sowie – noch

Grundgesetzes finden kann. Als Begriff der (Verfassungs-)Rechtsdogmatik trifft der ‚Kompetenz‘-Begriff nicht etwa eine deskriptive Aussage über eine tatsächliche Fähigkeit (ein faktisches Können)<sup>1021</sup>, sondern stellt eine normative Zuordnungsoperation<sup>1022</sup> dar: ‚Kompetenz‘ ist die normative Zuordnung einer sachlich und instrumentell näher bestimmten hoheitlichen Handlungsmöglichkeit mit Außen-

---

seltener – „*jurisdiction*“ oder gar „*competence*“ verwendet. Deutschsprachige verfassungsvergleichende Arbeiten sowie deutschsprachige Untersuchungen der Auslandsrechtskunde mit Bezug zum US-amerikanischen Verfassungsrecht gehen davon aus, dass sich „*power*“ im Sinne von Art. I, sec. 8 USC mit dem Begriff der „Kompetenz“ übersetzen lässt; vgl. *M. Bothe*, Die Kompetenzstruktur des modernen Bundesstaates in rechtsvergleichender Sicht, Berlin u. a. 1977, S. 143 ff.; *J. Annaheim*, Die Gliedstaaten im amerikanischen Bundesstaat. Institutionen und Prozesse gliedstaatlicher Interessenwahrung in den Vereinigten Staaten von Amerika, Berlin 1992, S. 34. Außerdem verwendet – umgekehrt – die US-amerikanische Auslandsrechtskunde, welche sich mit dem deutschen Verfassungsrecht und der Kompetenzverteilung zwischen Bund und Länder beschäftigt, hierfür regelmäßig den Begriff „*power*“; vgl. *D. P. Kommers/R. A. Miller*, The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany, 3. Aufl., Durham, N.C., U.S.A., 2012, S. 120 ff.; *D. P. Currie*, The Constitution of the Federal Republic of Germany, Chicago, Ill., U.S.A., 1994, S. 25, 35 ff. (neben „*powers*“ auch „*authority*“); *N. Dorsen/M. Rosenfeld/A. Sajó/S. Baer/S. Mancini*, Comparative Constitutionalism. Cases and Materials, 3. Aufl., St. Paul, Minn., U.S.A., 2016, S. 500 ff. (rechtsvergleichende Ausführungen, welche sowohl die USA als auch Deutschland umfassen und v. a. den Begriff „*power*“, aber auch „*jurisdiction*“ verwenden); vgl. auch für englischsprachige Forschung aus Deutschland über das Grundgesetz: *U. Karpen*, in: ders. (Hrsg.), The Constitution of the Federal Republic of Germany, Baden-Baden 1988, S. 205 ff. (209), der neben „*power*“ freilich auch „*authority*“ und „*competence*“ – offenbar synonym – verwendet. Dem insgesamt herrschenden Sprachgebrauch, der häufig „*power*“ mit ‚Kompetenz‘ übersetzt, soll vorliegend gefolgt werden.

<sup>1021</sup> Freilich trägt die Rede von ‚Kompetenz‘ dennoch auch Konnotationen eines – empirisch zu erfassenden – ‚guten Könnens‘; diese Konnotationen sind (zunächst, bezogen auf die technische Kategorie ‚Kompetenz‘ als solche) allerdings nicht verfassungsrechtsdogmatisch relevant; vgl. für das Grundgesetz in diesem Zusammenhang etwa *M. Jestaedt*, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. II, 3. Aufl. 2004, § 29, Rn. 74 (dort konkret bezogen auf die Wirkungsweise der Kompetenzausübungsregel ‚Bundestreue‘, aber verallgemeinerbar): „Funktionsfähigkeit im hier gemeinten Sinne fragt nicht danach, auf welche Weise am besten ein funktionierender Bundesstaat kreiert werden kann und welche dabei die Anteile des Bundes und der Glieder sind.“ Anderes mag gelten, wenn man Kompetenznormen im Sinn der Lehre des ‚Funktionalismus‘ (vergleichbar mit der Lehre von der ‚Organadäquanz‘) gerichtet auf den Zielpunkt der Effektivität hoheitlichen Handelns hin *auslegt* – dies stellt dann allerdings bereits einen spezifischen, nicht alternativlosen (d. h. umstrittenen) Zugang zum Problem der Verfassungsauslegung dar (s. u. § 7, B. IV. 1. b)) und geht über die basale ‚technische‘ Begriffsbestimmung von ‚Kompetenz‘ bereits hinaus. Vgl. beispielhaft für einen solchen Zugang *J. H. Choper*, Yale L.J. 86 (1976), 1552 (1556): „*The functional, borderline question posed by federalism disputes is one of comparative skill and effectiveness of governmental levels: in a word, an issue of practicability.*“

<sup>1022</sup> *M. Heintzen*, Die Kategorie der Kompetenz im Bundesstaatsrecht, Typoskript (Habilitationsschrift Universität Bonn) 1993, S. 2, spricht hinsichtlich der „rechtlichen Verknüpfung“ zwischen Akteur und Aufgabenfeld von „Relation“ und bezeichnet die ‚Kompetenz‘ folglich als „Relationsbegriff“.

rechtswirkung<sup>1023</sup> an einen bestimmten hoheitlichen Akteur, die unter dem Vorbehalt weitergehender Rechtmäßigkeitsanforderungen steht.

### 3. Tatbestand und Rechtsfolge von Kompetenznormen

Diese Definition bedarf der näheren Entfaltung, zunächst hinsichtlich des Gegenstands (s. u. a)) und anschließend hinsichtlich der Rechtsfolge(n) (s. u. b)) der kompetenziellen Zuordnungsoperation.

#### *a) Tatbestand: sachlich-gegenständliche und technisch-instrumentelle Zuordnung hoheitlicher Aufgaben*

Ein bestimmter sachlich-gegenständlicher (thematischer) Aufgabenbereich wird einem bestimmten Akteur zugeordnet, wobei diese Zuordnung auf einen (mehr oder weniger) bestimmten<sup>1024</sup> technisch-instrumentellen Maßnahmentyp zur Aufgabewahrnehmung bezogen und beschränkt ist. Als Beispiel für eine Kompetenznorm kann Art. I, Sec. 8, Cl. 3 USC dienen: „*The Congress shall have Power [...] To regulate Commerce [...] among the several States, [...].*“ Dem Akteur [U.S.]<sup>1025</sup> *Congress* wird der sachliche Aufgabenbereich „*Commerce [...] among the several States*“ und der Maßnahmentyp „*regulate*“ zugeordnet. Nach vorliegend vertretener Auffassung bezieht sich die mit dem ‚Kompetenz‘-Begriff bezeichnete Zuordnungsoperation somit regelmäßig auf *zwei* Aspekte (sachlich-gegenständlicher Aufgabenbereich *und* technisch-instrumenteller Maßnahmentyp).<sup>1026</sup>

<sup>1023</sup> Vgl. zum *Gerichtsetsein* der Kompetenz auf Maßnahmen mit Außenwirkung: H. Ehmke, VVDStRL 20 (1963), 53 (89 f.): „Kompetenzzuweisungen [...] bedeuten]: a) gegenüber den Gliedstaaten eine Zuständigkeitsverteilung, b) gegenüber den Bundesbürgern eben eine Kompetenzzuweisung“ – zu Ehmkes Lehre vom „positiven Kompetenzverständnis“ sogleich unten 4. b); wie Ehmke auch C. v. Pestalozza, Der Staat 2 (1963), 425 (439); wiederabgedruckt in: R. Dreier/F. Schwegmann (Hrsg.), Probleme der Verfassungsinterpretation, Baden-Baden 1976, S. 211 (225), mit Hinweisen auf Ehmke sowie U. Scheuner, VVDStRL 11 (1954), 1 (23; dort in Fn. 55); weiter gefasste Definition bei J. H. Klement, Verantwortung, Tübingen 2006, S. 348, welcher ‚Kompetenz‘ auf den Begriff der ‚Norm‘ hin ausrichtet: „Kompetenz ist die einer Person in Abhängigkeit von ihrer natürlichen Handlungsfähigkeit offenstehende Möglichkeit, den Tatbestand eines Normgeltungsbefehls zu erfüllen und dadurch eine Norm in Geltung zu setzen“.

<sup>1024</sup> Kompetenznormen können freilich auch auf die Spezifizierung von Maßnahmentypen verzichten, insbesondere wenn sie wie Art. 30 GG oder der 10. Zusatzartikel zur US-Verfassung eine Auffang- bzw. Grundsatzfunktion haben; es ist dann unspezifisch die Rede von „Befugnisse[n]“ bzw. „powers“. Dies ist aber die Ausnahme.

<sup>1025</sup> Die Norm stellt eine Kombination von Verbands- und Organkompetenz dar (hierzu sogleich).

<sup>1026</sup> So auch L. Azoulai, in: ders. (Hrsg.), The Question of Competence in the European Union, New York, N.Y., U.S.A., u. a. 2014, S. 1 (2), welcher (im Rahmen seiner auf das EU-Recht fokussierten Ausführungen) „competence“ als Oberbegriff für „jurisdiction (the scope of action)“ und „powers (the means and instruments for action)“ einführt; anders (Beschränkung auf den Anwendungsbereich einer Aufgabe – „jurisdiction“): O. Beaud, in: L. Azoulai

Unter Aufgabenbereich<sup>1027</sup> soll dabei eine sachlich-gegenständlich bestimmte Menge von Aufgaben, das heißt: von „Geschäften“<sup>1028</sup>, „Tätigkeitsgebieten“<sup>1029</sup>, zweckgerichteten „Verhaltensprogrammen“<sup>1030</sup> oder „Gestaltungsanliegen“<sup>1031</sup>, verstanden werden. Im vorliegenden Kontext des föderalen Verhältnisses von Bund und föderierten Einheiten geht es um öffentliche Aufgaben und – genauer – um hoheitliche Aufgaben.<sup>1032</sup> ‚Hoheitlich‘ impliziert dabei ein (einseitig autoritatives<sup>1033</sup>) Handeln mit Außenwirkung<sup>1034</sup> den Bürgerinnen und Bürgern (oder anderen

---

(Hrsg.), *The Question of Competence in the European Union*, New York, N.Y., U.S.A., u.a. 2014, S. 19 ff. (36); knapper auch (ohne Erwähnung des Elements des Maßnahmetyps) die Definition bei *M. Heintzen*, *Die Kategorie der Kompetenz im Bundesstaatsrecht*, Typoskript (Habilitationsschrift Universität Bonn) 1993, S. 1; sowie *J. Isensee*, in: ders./P. Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. VI, 3. Aufl., Heidelberg 2008, § 133, Rn. 14: „geht es [...] um die Frage, wer von mehreren zur Wahrnehmung einer bestimmten Aufgabe berufen ist“, mit Verweisen auf *H. Krüger*, *Allgemeine Staatslehre*, Stuttgart 1964, S. 105, und *H. Maurer*, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 16. Aufl., München 2006, § 21, Rn. 44; aktuelle Auflage nun: *H. Maurer/C. Waldhoff*, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 20. Aufl., München 2020, § 21, Rn. 44; ähnlich (im verwaltungsrechtlichen Kontext) *M. Jestaedt*, in: E. Schmidt-Aßmann/W. Hoffmann-Riem/A. Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. 1, 2. Aufl., München 2012, § 14, Rn. 42; eine engere bzw. materiell gehaltvollere Definition bei *R. Stettner*, *Grundfragen einer Kompetenzlehre*, Berlin 1983, S. 43: Kompetenz (oder Zuständigkeit) als „eine in Verfolgung staatlicher Aufgaben eingeräumte Handlungsmacht für staatliche Stellen und Organe, die letztendlich der stets neuen Schaffung, Stärkung und Bewahrung des öffentlichen Gemeinwesens dient“. Abweichender Kompetenzbegriff bei *H. J. Wolff/O. Bachof*, *Verwaltungsrecht*, Bd. II, 4. Aufl., München 1976, S. 15, welche jedoch den Begriff der ‚Zuständigkeit‘ weitgehend wie vorliegend im Text definieren; aktuelle Auflage: *W. Kluth*, in: H. J. Wolff/O. Bachof/R. Stober/ders., *Verwaltungsrecht*, Bd. II, 7. Aufl., München 2010, § 83, Rn. 5 ff.

<sup>1027</sup> Lokale Metaphern wie ‚Bereich‘, ‚Raum‘ und ‚Sphäre‘ sind bei Zuordnungen von ‚Aufgaben‘ und ‚Kompetenzen‘ üblich, um einen Grad an Abstraktion von konkret umrissenen Handlungsmöglichkeiten und von konkreten Zielen zu erreichen; es geht um eine relativ unbestimmte Menge von Handlungsanlässen, -möglichkeiten und -zielen.

<sup>1028</sup> *H. J. Wolff/O. Bachof*, *Verwaltungsrecht*, Bd. II, 4. Aufl., München 1976, S. 15; die aktuelle Auflage: *W. Kluth*, in: H. J. Wolff/O. Bachof/R. Stober/ders., *Verwaltungsrecht*, Bd. II, 7. Aufl., München 2010, § 83, verzichtet – soweit ersichtlich – auf eine Definition von ‚Aufgabe‘.

<sup>1029</sup> *M. Heintzen*, *Die Kategorie der Kompetenz im Bundesstaatsrecht*, Typoskript (Habilitationsschrift Universität Bonn) 1993, S. 1 (im Rahmen seiner Definition von „Kompetenz“); ähnlich *J. Isensee*, in: ders./P. Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. IV, 3. Aufl., Heidelberg 2006, § 73, Rn. 13: „Tätigkeitsfeld“.

<sup>1030</sup> *J. H. Klement*, *Verantwortung*, Tübingen 2006, S. 343, unter Verweis auf *H.-P. Bull*, *Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz*, Frankfurt a.M. 1973, S. 44.

<sup>1031</sup> *P. Kirchhof*, in: *J. Isensee/ders.* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. V, 3. Aufl., Heidelberg 2007, § 99, Rn. 29.

<sup>1032</sup> Zum Begriff der ‚Aufgabe‘ näher unten 4. b).

<sup>1033</sup> Freilich kommt es vorliegend weniger auf diesen Aspekt des einseitig-autoritativen Handelns, sondern v.a. auf die Außenwirkung hoheitlichen Handelns an. So sollen etwa konsensuale Verwaltungsmaßnahmen, welche die Verwaltung in Abstimmung mit den Bürgerinnen und Bürgern trifft (z.B. öffentlich-rechtlicher Vertrag), *nicht* aus dem Anwendungsbereich des Begriffs ‚Kompetenz‘ ausgegliedert werden.

außer-staatlichen Rechtsträgern) gegenüber: Öffentliche Hoheitsgewalt wurde oben als „einseitige Erzeugung von Recht“ durch Parlamente, durch gubernative und exekutive Akteure (Regierungen und Verwaltungen) sowie durch Gerichte<sup>1035</sup> verstanden (s. o. § 2, B. II. 2.). (Noch) *keine* ‚Maßnahme‘ im Sinn des Verbandskompetenzrechts stellt nach umstrittener Auffassung die politische Willensbildung in Parlamenten *als solche* dar (verbandskompetenzfreies allgemein-politisches Mandat – s. u. § 6, A. VI. 3. b) u. § 12, B. III. 3. c) bb)).

Beispiele für abstrakt gefasste Maßnahmetypen<sup>1036</sup>, deren Wahrnehmungsmöglichkeit in Kompetenznormen bestimmten Akteuren zugeteilt wird, sind etwa der Erlass von formellen Gesetzen (vgl. Art. I, Sec. 8 USC; Art. 70 ff. GG), oder die Ausführung von formellen Gesetzen (vgl. Art. II, Sec. 3, Cl. 5 USC<sup>1037</sup>; Art. 83 ff. GG). Demgegenüber stellt die Einräumung der Möglichkeit zur Gewährung (bedingter) Finanzhilfen zwischen föderalen Trägern (vgl. Art. I, Sec. 8, Cl. 1 USC<sup>1038</sup>; Art. 104a ff. GG) nach hier vertretener Auffassung keine Kompetenz, ggf. aber eine Ingerenz dar; es fehlt an der (unmittelbaren) Außenwirkung der Maßnahme über das föderale Verhältnis zwischen den föderalen Trägern hinaus. Maßnahmetypen werden zum Teil sehr spezifisch in Bezug genommen, so etwa wenn nicht nur der Maßnahmetyp ‚formelles Gesetz‘, sondern – konkreter – ‚(formelles) Steuergesetz‘ einer Entität zugeordnet wird. Solche „rechtsregime“<sup>1039</sup>-spezifischen Zuordnungen können besondere Kompetenzkonflikte nach sich ziehen (dazu ausführlich § 5, A. IV.).

<sup>1034</sup> Vgl. hierzu die Stimmen in Fn. 1017.

<sup>1035</sup> Vgl. C. Möllers, Gewaltengliederung, Tübingen 2005, S. 83 f., im Anschluss an M. Troper, in: FS Winkler, Wien, Österreich, u. a. 1997, S. 1195 ff.

<sup>1036</sup> Zum Begriff „Maßnahmetyp“ im Zusammenhang mit der verwaltungsrechtswissenschaftlichen Instrumentenlehre vgl. M. Klopfer, Umweltrecht, 4. Aufl., München 2016, § 5, Rn. 2, mit Verweis auf E. Rehbinder, in: K. Hansmann/D. Sellner (Hrsg.), Grundzüge des Umweltrechts, 4. Aufl., Berlin 2012, Kap. 3, Rn. 248. Die in der Verwaltungsrechtswissenschaft diskutierten „Maßnahmetypen“ oder „Instrumente“ sind freilich regelmäßig weitaus spezifischer (z. B. Planungsinstrumente, Gebote, Verbote, etc.) und enthalten schon Elemente des ‚Befugnis‘-Begriffs (zu diesem unten 4. b)).

<sup>1037</sup> Art. II, Sec. 3, Cl. 4 USC, die sog. *Take Care Clause*, lautet „*he [i. e., the U.S. President] shall take care that the laws be faithfully executed*“.

<sup>1038</sup> Art. I, Sec. 8, Cl. 1 USC enthält u. a. folgende Zuständigkeit der Bundesebene (und zwar des Bundesorgans U.S. Congress): „*The [U.S.] Congress shall have Power to [...] provide for [...] the [...] general Welfare of the United States*“. Auf diese Grundlage können nach allgemeiner Auffassung auch (bedingte) Finanzhilfen der Bundesebene an die Einzelstaaten gestützt werden (s. u. § 6, A. IV. 2.). Nach vorliegend vertretener Auffassung handelt es sich dann dabei um keine ‚Kompetenz‘, sondern um eine ‚Ingerenz‘ (s. u. II.).

<sup>1039</sup> M. Burgi, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl., München 2012, § 18, Rn. 2; zum Begriff ausführlich unten § 5, A. IV.



*b) Rechtsfolge: Einräumung einer Handlungsmöglichkeit unter Vorbehalt*

Durch die kompetenzielle Zuordnung erhält der Akteur (zunächst einmal) die ‚bloße‘ *Möglichkeit* der rechtmäßigen Wahrnehmung der zugeteilten sachlichen Aufgabe in Form des zugeordneten instrumentellen Maßnahmetyps.<sup>1040</sup> Insoweit geht es (zunächst) um ein rechtliches ‚Können‘.

Diese Aussage ist in zwei Richtungen zu qualifizieren: Einerseits kann aus hinzutretenden rechtlichen Gründen die kompetenzielle *Handlungsmöglichkeit* zu einer *Handlungspflicht* werden – später wird insoweit von Kompetenzausübungspflichten gesprochen (s. u. B. III. 3. b) u. § 5, B.). Andererseits gilt ein Vorbehalt weitergehender Rechtmäßigkeitsanforderungen; Kompetenzrecht allein trifft keine abschließende (keine umfassende) Aussage über die Rechtmäßigkeit einer hoheitlichen Maßnahme.<sup>1041</sup> Insoweit haben Kompetenznormen zwar eine „Ermächtigungsfunktion“<sup>1042</sup> – diese ist allerdings nicht abschließend-absolut.

#### 4. Terminologische Abgrenzungen

Letztlich erlangt der vorliegend verwendete Begriff der ‚Kompetenz‘ v. a. dadurch größere Schärfe, dass er von benachbarten Begriffen abgegrenzt wird;<sup>1043</sup> dies gilt insbesondere für ‚Zuständigkeit‘ und ‚Ingerenz‘ (s. u. a)), aber auch für ‚Befugnis‘ und ‚Aufgabe‘ (s. u. b); zur Veranschaulichung unten Abb. 4).

*a) Abgrenzung I: zur Trias ‚Zuständigkeit‘ – ‚Kompetenz‘ – ‚Ingerenz‘*

Der Begriff der ‚Zuständigkeit‘ wird vorliegend als Oberbegriff zum Unterbegriff ‚Kompetenz‘ betrachtet.<sup>1044</sup> ‚Zuständigkeit‘ ist wie ‚Kompetenz‘ ein normativer

<sup>1040</sup> Vgl. zum Element der „Möglichkeit“ (freilich im Rahmen der Begriffsarbeit an ‚Zuständigkeit‘) auch *J. H. Klement*, Verantwortung, Tübingen 2006, S. 267; im Grundsatz auch *B. Pieroth*, AöR 114 (1989), 422 (434); *M. Kloepfer*, Verfassungsrecht, Bd. I, München 2011, § 9, Rn. 60.

<sup>1041</sup> Vgl. *M. Jestaedt*, in: J. Aulehner u. a. (Hrsg.), Föderalismus – Auflösung oder Zukunft der Staatlichkeit?, Stuttgart u. a. 1997, S. 315 (324); sowie (zur ‚Zuständigkeit‘) *J. H. Klement*, Verantwortung, Tübingen 2006, S. 267.

<sup>1042</sup> *J. Isensee*, in: ders./P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VI, 3. Aufl., Heidelberg 2008, § 133, Rn. 36.

<sup>1043</sup> Beachte freilich die Warnung von *B. Pieroth*, AöR 114 (1989), 422 (433), dass „hier [d. h., bei solchen terminologischen Abgrenzungen,] auch langes Nachdenken nicht zu trennscharfen Definitionen vordringt“.

<sup>1044</sup> Anders die weit verbreitete Sicht, die von einer Synonymität der Begriffe ‚Zuständigkeit‘ und ‚Kompetenz‘ ausgeht, vgl. *B. Pieroth*, AöR 114 (1989), 422 (434); *M. Heintzen*, Die Kategorie der Kompetenz im Bundesstaatsrecht, Typoskript (Habilitationsschrift Universität Bonn) 1993, S. 45; *J. Isensee*, in: ders./P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VI, 3. Aufl., Heidelberg 2008, § 133, Rn. 15; *M. Jestaedt*, in: E. Schmidt-Aßmann/W. Hoffmann-Riem/A. Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 2. Aufl., München 2012, § 14, Rn. 42 (dort in und bei Fn. 213).

Zuordnungsbegriff<sup>1045</sup>; es geht um die Zuordnung einer Handlungsmöglichkeit zu einem Akteur: Anders als bei ‚Kompetenz‘ ist der zugeteilte Gegenstand allerdings *nicht zwingend* die Möglichkeit einer Handlung mit Außenwirkung. Als Gegenstand von ‚Zuständigkeiten‘ sind auch Handlungsmöglichkeiten im innerstaatlichen Bereich, also zwischen (Stellen von) Hoheitsträgern, denkbar.

Solche Handlung(smöglichkeit)en im innerstaatlichen Bereich, also ohne Außenwirkung, werden vorliegend als ‚Ingerenzen‘ bezeichnet (s.u. Abb. 4): Mit Ingerenzen wirken (Stellen von) Hoheitsträger(n) aufeinander ein (ausführlich unten II.). Auch die Möglichkeit zur Vornahme solcher Handlungen wird grundsätzlich durch (Verfassungs-)Recht zugeteilt; insoweit ist der ‚Ingerenz‘-Begriff also ein Unterfall des Begriffs der ‚Zuständigkeit‘ (aber eben nicht auch ein Unterfall des Begriffs der ‚Kompetenz‘). ‚Kompetenz‘ und ‚Ingerenz‘ unterfallen jeweils als Unterbegriffe dem Oberbegriff ‚Zuständigkeit‘, unterscheiden sich untereinander aber durch den Aspekt der Außenwirkung der zugeteilten Handlung. Nach vorliegendem Begriffsverständnis sind Kompetenzen und Ingerenzen jeweils in besonderer (unterschiedlicher) Weise qualifizierte Zuständigkeiten.

*b) Abgrenzung II: zur Trias ‚Aufgabe‘ – ‚Kompetenz‘ – ‚Befugnis‘*

Die Abgrenzung des Begriffs ‚Kompetenz‘ vom Begriff ‚Befugnis‘ betrifft den dem ‚Kompetenz‘-Begriff anhaftenden *Vorbehalt weitergehender Rechtmäßigkeitsanforderungen* (insbesondere aufgrund von grundrechtlichen<sup>1046</sup> und rechtsstaatlichen Anforderungen). Zwar betrifft eine kompetenzielle Zuordnung nach hier vertretenem Begriffsverständnis (nur) Handlungen mit Außenwirkung, also insbesondere gegenüber Bürgerinnen und Bürgern. Staatliches Handeln gegenüber Bürgerinnen und Bürgern unterfällt nun aber in aller Regel besonderen grundrechtlichen und rechtsstaatlichen Anforderungen. Befugnisnormen haben den Anspruch, solche weitergehenden Rechtmäßigkeitsanforderungen zu integrieren, um eine abschließende Aussage über die Rechtmäßigkeit einer hoheitlichen Maßnahme zu ermöglichen (s.u. Abb. 4).<sup>1047</sup> Daher berücksichtigen Befugnisnormen im Vergleich mit Kompe-

<sup>1045</sup> So im Ausgangspunkt auch H. J. Wolff/O. Bachof, Verwaltungsrecht, Bd. II, 4. Aufl., München 1976, S. 14 ff.: „Bezogenheit eines Gegenstands auf ein Subjekt“; Wolff und Bachof unterscheiden ‚Kompetenz‘ und ‚Zuständigkeit‘ dann dergestalt, dass ‚Kompetenz‘ „den Inhalt der wahrzunehmenden Verpflichtungen und Berechtigungen und deren Gegenstände, die Geschäfte“ in Bezug nehme, hingegen ‚Zuständigkeit‘ den Bezug zum Subjekt, welchem diese Geschäfte zugeordnet werden, hervorhebt; aktuelle Auflage: W. Kluth, in: H. J. Wolff/O. Bachof/R. Stober/ders., Verwaltungsrecht, Bd. II, 7. Aufl., München 2010, § 83, Rn. 5 (etwas weniger prononciert).

<sup>1046</sup> Deutlich etwa M. Jestaedt, in: J. Aulehner u. a. (Hrsg.), Föderalismus – Auflösung oder Zukunft der Staatlichkeit?, Stuttgart u. a. 1997, S. 315 (324): „Kompetenzkonformität wird nicht als Grundrechtskonformität ausgegeben. Jegliche Kompetenzausübung steht unter dem Vorbehalt der Grundrechte“.

<sup>1047</sup> Vgl. J. Isensee, in: ders./P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. IV, 3. Aufl., Heidelberg 2006, § 73, Rn. 21 f.; vgl. auch P. Kirchhof, in: J. Isensee/ders. (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, 3. Aufl., Heidelberg 2007, § 99, Rn. 29, 49; ähnlich

tenznormen in der Regel weitergehende (formelle und materielle) Rechtmäßigkeitsanforderungen. Regelungstechnische Zwänge, aber auch der Parlamentsvorbehalt und der rechtsstaatliche Bestimmtheitsgrundsatz führen dazu, dass Befugnisnormen eher im einfachen Recht, also im Verwaltungsrecht, zu finden sind. Es ist grundsätzlich die Obliegenheit des Gesetzgebers, Kompetenzen in Befugnisse zu überführen, welche dann von den ermächtigten staatlichen Stellen rechtmäßig gegenüber grundrechtsberechtigten Bürgerinnen und Bürgern gebraucht werden können.<sup>1048</sup>

„Von der Kompetenz darf zwar auf die Aufgabe gefolgert werden, nicht aber auf die Befugnis zu Eingriffen in die grundrechtlich geschützte Sphäre des Privaten“<sup>1049</sup>; in diesem Satz bringt Josef Isensee einen dritten Begriff (denjenigen der ‚Aufgabe‘) aus der terminologischen Umgebung von ‚Kompetenz‘ und ‚Befugnis‘ ins Spiel. Weshalb von „der Kompetenz [...] nicht [...] auf die Befugnis zu Eingriffen in die grundrechtlich geschützte Sphäre des Privaten“ gefolgert werden darf, wurde gerade begründet. Isensee ergänzt jedoch, dass sehr wohl „[v]on der Kompetenz [...] auf die Aufgabe gefolgert werden“ dürfe. Kompetenznormen vollzögen – in einem (impliziten) *ersten* Schritt – die Zuweisung einer Aufgabe an die Gesamtheit der hoheitlichen Gewalt (an den [Gesamt-], Staat“).<sup>1050</sup> Dadurch wird die Aufgabe als hoheitliche (oder ‚staatliche‘) Aufgabe anerkannt.<sup>1051</sup> (In einem *zweiten* – expliziten – Schritt werde diese hoheitliche Aufgabe dann einer *bestimmten* hoheitlichen Stelle zugewiesen und damit zur Kompetenz i. e. S.). In der impliziten Zuteilung einer Aufgabe an die Gesamtheit der hoheitlichen Gewalt liegt eine gewisse „material[e] Rechtsfolg[e]“<sup>1052</sup> von Kompetenznormen, da insoweit eine (sehr begrenzte) Aussage über „das Verhältnis des Staates zur Gesellschaft“ getroffen wird,<sup>1053</sup> nämlich dass die in Bezug genommene Aufgabe eine hoheitliche Aufgabe ist, derer sich Hoheitsträger legitimerweise annehmen dürfen und die nicht der Sphäre ‚der Gesellschaft‘ vorbehalten bleibt (vgl. in diesem Zusammenhang auch den Zehnten Zusatzartikel zur US-Verfassung<sup>1054</sup> und

---

*J. H. Klement*, Verantwortung, Tübingen 2006, S. 349, welcher ‚Befugnis‘ als „Möglichkeit des wirksamen Eingriffs in subjektive Rechte“ definiert.

<sup>1048</sup> Vgl. *J. Isensee*, in: ders./P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. IV, 3. Aufl., Heidelberg 2006, § 73, Rn. 22.

<sup>1049</sup> *J. Isensee*, in: ders./P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. IV, 3. Aufl., Heidelberg 2006, § 73, Rn. 21.

<sup>1050</sup> Vgl. *J. Isensee*, in: ders./P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. IV, 3. Aufl., Heidelberg 2006, § 73, Rn. 20.

<sup>1051</sup> Zur Unterscheidung von „öffentlichen und staatlichen Aufgaben“ vgl. nur *J. Isensee*, in: ders./P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. IV, 3. Aufl., Heidelberg 2006, § 73, Rn. 12 f. Dazu, dass die bundesstaatlichen Kompetenzen nur auf die Zuteilung von „Staatsaufgaben“ gerichtet sein können: *M. Heintzen*, Die Kategorie der Kompetenz im Bundesstaatsrecht, Typoskript (Habilitationsschrift Universität Bonn) 1993, S. 3.

<sup>1052</sup> So die Verschlagwortung der Problematik bei *B. Pieroth*, AöR 114 (1989), 422.

<sup>1053</sup> *J. Isensee*, in: ders./P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. IV, 3. Aufl., Heidelberg 2006, § 73, Rn. 20.

<sup>1054</sup> „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.“

Art. 30 GG<sup>1055</sup>). Mit „materialen Rechtsfolgen“ sind also Rechtsfolgen *jenseits* des föderalen Verhältnisses i.e.S., also des Verhältnisses zwischen Bundesebene und föderierten Einheiten, gemeint. Ob Kompetenznormen – über den Schluss auf eine hoheitliche Aufgabe hinaus – weitergehende „materiale Rechtsfolgen“ entnommen werden können, etwa eine Aussage über die Rechtfertigungsfähigkeit von Grundrechtseingriffen (so tendenziell nach Horst Ehmkes Lehre vom „positiven Kompetenzverständnis“ im „Grundrechts-Kompetenz-Zusammenhang“<sup>1056</sup>), wird unterschiedlich beantwortet.<sup>1057</sup>

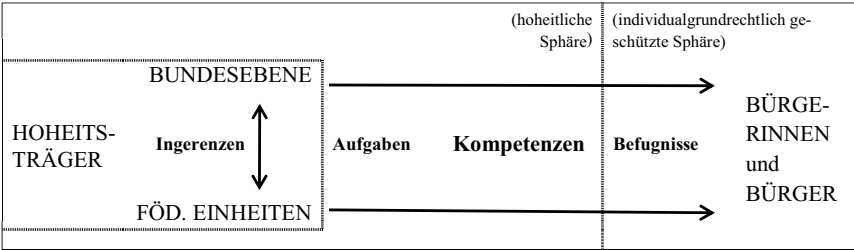


Abbildung 4: ‚Kompetenz‘, ‚Ingerenz‘, ‚Aufgabe‘, ‚Befugnis‘

<sup>1055</sup> Das Attribut „staatlich“ vor „Befugnisse“ bzw. „Aufgaben“ impliziert, dass es auch sonstige, nicht von Art. 30 GG umfasste (Befugnisse und) Aufgaben geben könnte.

<sup>1056</sup> Für Ehmke lassen sich Kompetenznormen nicht nur Aussagen mit Blick auf die Aufteilung der Handlungsmöglichkeiten zwischen Bundesebene und föderierten Einheiten entnehmen, vielmehr würden sie auch Aussagen über die grundrechtliche Rechtfertigungsbedürftigkeit entsprechender hoheitlicher Handlungen treffen. Ehmke geht es vor allem um die „Einheit der Verfassung“, insbesondere zwischen grundrechtlichem und staatsorganisationsrechtlichem Teil der Verfassung: Das Vorhandensein einer ausdrücklichen Kompetenznorm führe dazu, dass auch entsprechende Grundrechtseingriffe leichter verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden könnten (oder zumindest, dass die Rechtsprechung insoweit größere Zurückhaltung bei der verfassungsrechtlichen Prüfung walten lasse[n] müsse)). Ehmke arbeitet insoweit offen komparatistisch und bezieht sich auf die Rechtsprechung des *U.S. Supreme Court* v.a. seit dem *New Deal*, vgl. H. Ehmke, *Wirtschaft und Verfassung. Die Verfassungsrechtsprechung des Supreme Court zur Wirtschaftsregulierung*, Karlsruhe 1961, S. 157 (zum „positiven Kompetenzverständnis“ seit dem *New Deal*), S. 381 ff. (zur Abschwächung des vormals starken grundrechtlichen Schutzes der Unternehmerfreiheit), S. 412 ff. (zur Verschmelzung von grundrechtlichem und verbandskompetenziellem Denken); *ders.*, VVDStRL 20 (1963), 53 (89 ff.); ihm folgend C. v. Pestalozza, *Der Staat* 2 (1963), 425 ff. (439); wiederabgedruckt in: R. Dreier/F. Schwegmann (Hrsg.), *Probleme der Verfassungsinterpretation*, Baden-Baden 1976, S. 211 (225).

<sup>1057</sup> Ausführlich zu dieser Fragestellung B. Pieroth, AöR 114 (1989), 422 (445 ff.); M. Je-staedt, in: J. Aulehner u. a. (Hrsg.), *Föderalismus – Auflösung oder Zukunft der Staatlichkeit?*, Stuttgart u. a. 1997, S. 315 (316 ff.), a. a. O. (323 f.), mit dem Ergebnis, dass eine „Vermutung“ dafür spreche, dass es irgendeine verfassungs- und somit auch grundrechtskonforme Möglichkeit des Gebrauchs einer Kompetenz gebe; knapp (ablehnend) M. Klopfer/M. Rossi, JZ 1998, 369 (370) – am Beispiel des Tierschutzes (vgl. Art. 74 Abs. 1 Nr. 20 GG) vor Einfügung von Art. 20a Var. 2 GG; M. Klopfer, *Verfassungsrecht*, Bd. I, München 2011, § 21, Rn. 40.

## II. Verbandsingerenzenzen

### 1. Grunddefinition ‚Verbandsingerenz‘

Bei der Vorstellung des Modells des Bundes wurde bereits der Begriff der ‚Ingerenz‘ eingeführt (s. o. § 2, C. II. 1. a) cc) (3)): Innerhalb des durch den föderalen Bund effektuierten multiarchischen Netzes von föderierten Einheiten und Bundesebene bestehen Möglichkeiten der wechselseitigen Einflussnahme<sup>1058</sup> zwischen den föderierten Einheiten und der Bundesebene. Diese Einflussnahmemöglichkeiten der föderalen Träger (d.h. der föderalen Verbände<sup>1059</sup>) werden vorliegend als ‚Verbandsingerenzenzen‘ bezeichnet.

‚Ingerenz‘ leitet sich vom lateinischen *ingerere* für ‚hineinbringen‘ (‚einmischen‘) oder auch ‚aufdrängen‘ ab. Prägend ist dabei das örtlich-metaphorische Moment in *hineinbringen*‘, *einmischen*‘ oder *aufdrängen*‘: In unterschiedlichen Rechtsgebieten wird ‚Ingerenz‘ zur begrifflichen Erfassung von Erscheinungen verwendet, bei denen *von außen* auf eine in gewisser Hinsicht separate und in sich geschlossene (impermeable) Sphäre *eingewirkt* wird,<sup>1060</sup> sei es – im Strafrecht – auf einen Gefahrenbereich, der primär in der Verantwortung einer anderen Person

<sup>1058</sup> So auch die Grunddefinition bei R. Herzog, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. III, 3. Aufl., Heidelberg 2005, § 57, Rn. 9: „gewisse Rechte zur Einflu[ss]nahme – sogenannte Ingerenzrechte“. Grundlegend zum Begriff des „Einfluß[es] und Einflußrecht[s]“ im Zusammenhang mit dem Föderalismusverfassungsrecht deutscher Tradition: C. Bilfinger, Der Einfluss der Einzelstaaten auf die Bildung des Reichswillens, Tübingen 1922 [Kurzfassung der Studie], S. 8, 13 ff., mit der Unterscheidung: „Der Einflußbegriff [...] ist kein Rechtsinstitut; er muß vielmehr in Beziehung gesetzt werden zum Einflußrecht und zu dessen Einrichtungen“. Bilfingers „Einrichtungen“ des „Einflußrechts“ sind nach hiesiger – ‚undeutscher‘ – Diktion ‚Ingerenzen‘. Carl Bilfinger war seit 1933 Mitglied der NSDAP (zuvor hatte er im Prozess ‚Preußen contra Reich‘ – s.o. in Fn. 663 u. 674 – neben Carl Schmitt das Reich vertreten); er unterstützte die nationalsozialistische Kriegspolitik und äußerte sich teilweise antidemokratisch und vereinzelt antisemitisch; hierzu m. w. N. F. Lange, ZaöRV 74 (2014), 697 (705, 727). Im Zusammenhang mit dem ‚Ingerenz‘-Begriff ist aus methodologischer, insbesondere komparatistischer Perspektive von Interesse, dass sich Bilfinger vom ‚formalistischen‘ Ansatz bei H. Triepel, Die Reichsaufsicht. Untersuchungen zum Staatsrecht des Deutschen Reiches, Berlin 1917, abgrenzt: Bilfinger, a. a. O., S. 8, beobachtet mit Blick auf diese Untersuchung Triepels, dass „deren praktisches Material [...] vom alles beherrschenden Ausgangspunkt einer einzelnen Einrichtung des geschriebenen Rechts geordnet wird“, dagegen seine, also Bilfingers, Studie vom außer-rechtlichen „Einflußproblem“ her komme. Beachte in diesem Zusammenhang die methodologischen Ausführungen zu ‚Formalismus‘ und ‚Funktionalismus‘ in der Komparatistik unten § 9, C. II.

<sup>1059</sup> Zur Synonymität von ‚föderaler Verband‘ und ‚föderaler Träger‘ s.o. § 2, B. III. 1. c). Es könnte hier ebenso von ‚Trägeringerenzenzen‘ gesprochen werden. Zur parallelen terminologischen Frage mit Blick auf ‚Verbandskompetenzen‘ s.o. Fn. 1016.

<sup>1060</sup> Insoweit wäre es freilich auch denkbar, ‚Kompetenzen‘ als ‚Ingerenzen‘, nämlich als Einmischungen der hoheitlichen Gewalt gegenüber der Sphäre der Grundrechtsberechtigten, zu betrachten.

liegt,<sup>1061</sup> oder – im öffentlichen Organisationsrecht – auf die Sphäre verselbstständiger Rechtsträger, v.a. in den Bereichen der (kommunalen) Selbstverwaltung<sup>1062</sup> und der Privatisierung<sup>1063</sup>. Im Föderalismusverfassungsrecht geht es um die Rechtssphären der föderalen Träger, die im Grundsatz als voneinander separiert (impermeabel) zu betrachten sind.

## 2. Ingerenzen und Kompetenzen

### *a) Abgrenzung der ‚Ingerenz‘ von ‚Zuständigkeit‘ und ‚Kompetenz‘*

‚Zuständigkeit‘ ist gegenüber ‚Kompetenz‘ und ‚Ingerenz‘ der Oberbegriff, jeweils geht es um die Zuteilung einer Handlungsmöglichkeit an einen Akteur. Der Unterschied zwischen ‚Kompetenz‘ und ‚Ingerenz‘ wird vorliegend – bezogen auf das Föderalismusverfassungsrecht<sup>1064</sup> – darin gesehen, dass Verbandskompetenzen auf *Außenwirkung*, v.a. gegenüber Bürgerinnen und Bürgern, gerichtet sind, Verbandsingerenzen dagegen im föderalen Verhältnis der föderalen Träger untereinander verbleiben (s.o. I. 4. a)).

Der Begriff ‚Ingerenz‘ ist im föderalismusverfassungsrechtlichen Kontext deutlich weniger verbreitet<sup>1065</sup> als der föderalismusverfassungsrechtliche Zentralbegriff

<sup>1061</sup> Vgl. nur K. F. Kugler, Ingerenz und Selbstverantwortung. Inhalt und Grenzen der Garantenstellung aus vorangegangenen gefährdendem Tun, Bochum 1971, S. 136: zum „Eingriff in fremde Rechtssphären“ als „Strafgrund der Ingerenz“: „Die Besonderheit der Ingerenzhaftung gegenüber den anderen Garantenstellungen liegt darin, da[ss] der Täter durch das vorhergehende Tun eine ‚Gefahr für fremde Rechtsgüter‘ schafft.“; vgl. a.a.O. (dort in Fn. 1) den Hinweis darauf, dass durchaus auch „mit erlaubtem Tun die dem Einzelnen zugewiesene Rechtssphäre überschritten werden kann“.

<sup>1062</sup> Vgl. etwa A. Cathaly-Stelkens, Kommunale Selbstverwaltung und Ingerenz des Gemeinschaftsrechts: insbesondere am Beispiel Frankreichs und Deutschlands, Baden-Baden 1996.

<sup>1063</sup> Vgl. etwa F. Horner, Ausgliederung und Ingerenz. Verfassungsrechtliche und (sonder-) gesellschaftsrechtliche Aspekte der Einflussnahme auf ausgegliederte Rechtsträger, Wien, Österreich u.a. 2004.

<sup>1064</sup> In weitgehend analoger Weise ließen sich ‚Organkompetenzen‘ von ‚Organingerenzen‘ abgrenzen, je nachdem, ob ein konkretes Organ die Möglichkeit zugeteilt bekommt, gegenüber verselbstständigten Rechtsträgern (v.a. Bürgerinnen und Bürgern) oder aber ‚nur‘ gegenüber einem anderen Organ (desselben Rechtsträgers) tätig zu werden. Beim Erfordernis der Gegenzeichnung durch den Bundeskanzler oder den zuständigen Bundesminister für „Anordnungen und Verfügungen des Bundespräsidenten“ nach Art. 58 GG handelt es sich dann um eine *Organingerenz*. Die Ausübung des Begnadigungsrechts „für den Bund“ im Sinn von Art. 60 Abs. 2 GG stellt demgegenüber eine *Organkompetenz* des Bundespräsidenten dar (und zugleich die Frage nach der implizit angesprochenen Verbandskompetenz des Bundes).

<sup>1065</sup> Beachte jedoch R. Herzog, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. III, 3. Aufl., Heidelberg 2005, § 57, Rn. 9–11, zu Ingerenzen zwischen Bund und Ländern unter dem Grundgesetz; auch C. Heitsch, Die Ausführung der Bundesgesetze durch die Länder, Tübingen 2001, verwendet den Begriff der „Ingerenz(rechte)“ in seiner Studie zu den Art. 84 f. GG vereinzelt (etwa a.a.O., S. 16, 146, 228); vgl. etwa auch die Begriffsver-

„Kompetenz“; das dahinterliegende Problem wird kaum systematisch untersucht. Insoweit stellt das vorliegend angestrebte systematische Scharfstellen auf „Ingerenz“ für den föderalismusverfassungsrechtlichen Bereich (s. nur § 6 zu Verbandsingrenzungsregeln) und das entsprechende Abgrenzen von „Kompetenz“ eine gewisse rechtsdogmatische Innovation (oder zumindest Neuperspektivierung und Betonung) dar.<sup>1066</sup> Diese rechtsdogmatische Innovation versucht, einen Beitrag zu dem von Markus Heintzen und Josef Isensee angesprochenen „allgemeinen Teil des bundesstaatlichen Kompetenzrechts“, verstanden als „föderalismusverfassungsrechtliches Zuständigkeitsrecht“ zu leisten: Die vertiefte Aufmerksamkeit für Verbandsingrenzen (und ihr Zusammenspiel mit den Verbandskompetenzen<sup>1067</sup>) möchte nämlich nicht zuletzt die „Beziehung [der Kompetenzen] zu den weiteren, insbesondere kooperativen Elementen eines Systems der rechtlichen Beziehungen im Bundesstaat“<sup>1068</sup> verdeutlichen.<sup>1069</sup> Insgesamt öffnet die hier vorgeschlagene Würdigung der Eigenständigkeit der dogmatischen Kategorie „Verbandskompetenz“ den Blick für die Vielfalt der föderalismusverfassungsrechtlichen Strukturelemente; so kommen Felder, auf denen föderale Träger ihre „politische Selbsterhaltung“ verhandeln und umkämpfen, in Betracht, welche bei einer einengenden Fokussierung auf „typische“ Verbandskompetenzen, insbesondere auf Gesetzgebungskompetenzen übersehen werden würden.

Eine terminologisch-dogmatische Unterscheidung, welche in der Nähe der hier vorgenommenen Differenzierung zwischen „Kompetenz“ und „Ingerenz“ steht, ist diejenige zwischen „Wahrnehmungskompetenz“ und „Sachkompetenz“: Der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts hat diese Differenzierung für die Konstellation der Bundesauftragsverwaltung durch die Länder (vgl. Art. 85 GG – s. u. § 6, A. II. 3.) etabliert: Demnach steht im Bereich der Ausführung von Bundesgesetzen durch die Länder im Auftrag des Bundes den Ländern zwar die Wahrnehmungskompetenz, also „das Handeln und die Verantwortlichkeit nach außen, im Verhältnis zu Dritten“ „unentziehbar“ zu; die Sachkompetenz hingegen, also die „Sachbeurteilung und

---

wendung (jeweils am Rande) bei H. Dreier, in: A. W. Lohse (Hrsg.), *Infektionen und Gesellschaft*, Berlin 2021, S. 90 (99), und K.-A. Schwarz/L. Sairinger, NVwZ 2021, 265 (266, 267, 269); C. Waldhoff, NJW 2021, 2772 (2773).

<sup>1066</sup> Einige Normen, die vorliegend als „Ingerenzen“ qualifiziert werden, werden herkömmlich als „Kompetenzen“ geführt: J. Isensee, in: ders./P. Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. VI, 3. Aufl., Heidelberg 2008, § 133, Rn. 35: „Misch- und Mitwirkungskompetenzen“. Einem solchen sehr weiten „Kompetenz“-Begriff wird vorliegend ein schärfer konturierter „Kompetenz“-Begriff – gerade in Abgrenzung zum „Ingerenz“-Begriff – entgegengestellt.

<sup>1067</sup> Vgl. zum Wechselspiel von Kompetenzen und Ingerenzen auch C. Bilfinger, *Der Einfluss der Einzelstaaten auf die Bildung des Reichswillens*, Tübingen 1922 [Kurzfassung der Studie], S. 10 f. – zu Bilfingers Vergangenheit während des Nationalsozialismus s. oben in Fn. 1058.

<sup>1068</sup> Zitat bei J. Isensee, in: ders./P. Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. VI, 3. Aufl., Heidelberg 2008, § 133, Rn. 9, entnommen aus M. Heintzen, DVBl 1997, 689.

<sup>1069</sup> Zum Zusammenhang von „kooperativen Elementen“ und föderalen Verbandsingrenzen s. sogleich 3. b).



Sachentscheidung“, liegt zwar zunächst und im Regelfall ebenfalls beim Land, jedoch kann der Bund sie, „indem er das ihm zuerkannte Weisungsrecht in Anspruch nimmt, nach eigener Entscheidung an sich ziehen“. <sup>1070</sup> Nach der hier verwendeten Terminologie stellt sich die Wahrnehmungskompetenz wegen ihrer Außenrichtung als ‚Verbandskompetenz‘ dar; die Verschiebung der Sachkompetenz im Fall des Gebrauchs des Weisungsrechts ist hingegen die Grundlage (oder eher: die notwendige Begleiterscheinung) für eine ‚Verbandsingerenz‘ des Bundes gegenüber dem angewiesenen Land. Nach hiesiger Begriffsabgrenzung stellt der Erlass einer Weisung eines Bundesministeriums an ein Landesministerium gemäß Art. 85 Abs. 3 GG einen Ingerenz-, keinen Kompetenzgebrauch dar.

*b) Ingerenzen im ‚Kompetenzvorfeld‘, im ‚Staatsinneren‘*

‚Ingerenz‘ und ‚Kompetenz‘ sind als Normkategorien also zwar terminologisch voneinander zu unterscheiden, jedoch spielen föderale Verbandsingerenzen und föderale Verbandskompetenzen in der Sache häufig zusammen: Verbandsingerenzen sind – ebenso wie ‚der Staat‘ überhaupt – grundsätzlich kein Selbstzweck, sondern in der Regel auf die Beeinflussung der *Kompetenzausübung* (also von hoheitlichem Handeln den Bürgerinnen und Bürgern gegenüber) gerichtet. <sup>1071</sup> Insoweit lässt sich räumlich-zeitlich-modellhaft davon sprechen, dass sich Ingerenzen regelmäßig in einem ‚Kompetenzvorfeld‘ bewegen. Ebenfalls räumlich-modellhaft gesprochen wirken föderale Verbandsingerenzen im ‚Staatsinnern‘, also in der Gesamtsphäre der hoheitlichen Gewalt der Gesamtföderation.

Dieser Zusammenhang kann beispielhaft am Zusammenspiel der Kompetenz ‚Ausführung von Gesetzen‘ mit der Ingerenz ‚Bundesfinanzhilfe‘ veranschaulicht werden: Wichtige Teile der Leistungsverwaltung (etwa Gesundheits- und Sozialleistungen, Bildung, etc.) werden in den USA und in Deutschland nach außen hin, den Bürgerinnen und Bürgern gegenüber – insoweit geht es also um Kompetenzen – durch die föderierten Einheiten (Staaten bzw. Länder) oder deren lokale Untereinheiten vollzogen. Bestimmte Programme oder sachliche Teilaspekte dieser von den

<sup>1070</sup> BVerfGE 81, 310 (332) – Kalkar II; Ansatz zu einer Verallgemeinerung der Unterscheidung von „Sachkompetenz“ und „Wahrnehmungskompetenz“ über Art. 85 GG hinaus etwa bei J. Isensee, in: ders./P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VI, 3. Aufl., Heidelberg 2008, § 133, Rn. 34 (freilich ohne Beispiele für Fälle außerhalb von Art. 85 Abs. 3 GG).

<sup>1071</sup> Vgl. auch J. Isensee, in: ders./P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VI, 3. Aufl., Heidelberg 2008, § 133, Rn. 20: „[Die] Kompetenzausübung [...] wird ihrerseits durch rechtliche Direktiven gesteuert, etwa durch [...] die Ingerenzen des Bundes in die Landesverwaltung bei Ausführung der Bundesgesetze (Art. 84 und Art. 85 GG) [...]“. In dieser Richtung auch R. Herzog, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. III, 3. Aufl., Heidelberg 2005, § 57, Rn. 9: zur „Notwendigkeit, dass die ursprünglich unzuständige Seite bei der Ausübung der Kompetenzen durch die jeweils zuständige Seite häufig von Verfassungs wegen gewisse Rechte zur Einflu[ss]nahme – sogenannte Ingerenzrechte – besitzt“.

föderierten Einheiten vollzogenen Leistungsverwaltung (so etwa bestimmte sozialrechtliche Programme in den USA oder Ausgaben „zur Steigerung der Leistungsfähigkeit der kommunalen Bildungsinfrastruktur“ im Schulwesen in der Bundesrepublik Deutschland) werden nun aber im föderalen Binnenverhältnis – insoweit geht es also um Ingerenzen – durch Finanzhilfen der Bundesebene an die föderierten Einheiten (teilweise) finanziell (mit-)getragen. Diese Bundesfinanzhilfen sind häufig an sachliche Bedingungen geknüpft und ermöglichen der Bundesebene so sachlichen Einfluss auf die Ausgestaltung und Umsetzung der Programme (*conditional spending*).<sup>1072</sup>

### c) Faktisch-politische Einbettung und Außenwirkungen von Ingerenzen

Die eben vorgenommene Verortung von Ingerenzen in einem ‚Kompetenzvorfeld‘ und im ‚Staatsinneren‘ heißt allerdings nicht, dass Ingerenzen nicht u.U. doch – mittelbar – ‚nach außen‘, also aus dem Binnenverhältnis der föderalen Träger untereinander hinaus, treten können: Es gibt faktisch-politische Wirkungsbedingungen und Außenwirkungen von Ingerenzen in der (para-)demokratischen Öffentlichkeit (insbesondere bei demokratischen Wahlentscheidungen, aber auch kleinteiliger oder diffuser bei politischer Betätigung para-demokratischer Instanzen); die Ingerenzausübung wird an das (para-)demokratische Umfeld zurückgebunden:

So können Ingerenzen wie Bundesfinanzhilfen zur ‚politischen Inhaftnahme‘ des Inhabers der Ingerenz führen, d. h. die (para-)demokratische Öffentlichkeit baut dann Druck hinsichtlich eines bestimmten (zum Beispiel eines exzessiven) Ingerenzgebrauchs aus.<sup>1073</sup> Die (para-)demokratische Öffentlichkeit kann auch von dem durch die Verbandsingerenz betroffenen föderalen Träger einfordern, dass er sich einem populären Verbandsingerenzgebrauch ‚beugt‘, also zum Beispiel bestimmte Finanzhilfen (mit ihren Begleitlasten) annimmt.<sup>1074</sup> Dabei besteht die Gefahr, dass das Zusammenspiel von Ingerenz- und Kompetenzgebrauch politische ‚Verantwortlichkeiten‘ (*accountability*-Strukturen) verwischt, wenn ‚von außen‘ nicht mehr erkennbar ist, welcher föderale Träger die Verantwortung für einen bestimmten Kompetenzgebrauch trägt, welchem im föderalen Binnenverhältnis ein Ingerenzgebrauch vorgelagert war (zu der Problematik der ‚*accountability*‘-Klarheit näher unten § 6, A. I. 2., II. 2. u. IV. 2. sowie § 12, B. III. 3. c) cc)).<sup>1075</sup>

<sup>1072</sup> Vgl. hierzu die Fallstudie zu *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, 567 U.S. 519 (2012), s. u. § 6, A. IV. 2. b).

<sup>1073</sup> Vgl. G. Speiser, *Recht und Politik* 53 (2017), 473 (478 f.), zum möglichen öffentlichen Druck bei Bundesfinanzhilfengerenzen, von diesen aussernd Gebrauch zu machen.

<sup>1074</sup> *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, 567 U.S. 519 (2012), 643 f. – Sondervotum Justice Ginsburg: „Does it matter [...] that the coercion state officials in fact fear is punishment at the ballot box for turning down a politically popular federal grant?“ – hierzu ausführlich § 11, C. II. 1. sowie § 12, B. III. 3. c) cc).

<sup>1075</sup> Vgl. auch hierzu die Fallstudie zu *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, 567 U.S. 519 (2012), s. u. § 6, A. IV. 2. b).

Nicht zuletzt haben bestimmte Ingerenzen – v.a. finanzverfassungsrechtliche Ingerenzen (etwa die Vergabe von Bundesfinanzhilfen an föderierte Einheiten – ausführlich unten § 6, A. IV.) – erhebliche faktisch-mittelbare Außenwirkungen gegenüber Bürgerinnen und Bürgern, indem sie die Leistungsfähigkeit der ‚öffentlichen Hand‘ der begünstigten föderierten Einheit erhöhen (oder auch nicht) und damit Einfluss auf die Qualität öffentlicher Dienstleistungen und Daseinsvorsorge nehmen. In diese Richtung gehen beispielsweise viele politische Klagen über ineffiziente öffentliche Finanzierungsstrukturen im deutschen Bildungsföderalismus.<sup>1076</sup>

### 3. Vielgestaltigkeit und Systematisierung von Verbandsingerenzen

Föderale Verbandsingerenzen kommen unter der US-Verfassung und (vor allem) unter dem Grundgesetz vielgestaltig daher; schon die unbestimmte Rede der Grunddefinition von der wechselseitigen „Einflussnahme“ zwischen föderalen Trägern (s. o. I.) legt nahe, dass hierunter eine Vielzahl von Handlungsformen und Wirkungswegen fallen kann. Im Folgenden sollen die Formen der föderalen Verbandsingerenzen grob systematisiert werden, ehe sie später genauer – und zwar mit Blick auf die Stellung der föderierten Einheiten – vorgestellt werden (s. u. B. II.). Die Systematisierung der Verbandsingerenzen kann entlang von drei Achsen erfolgen: Auf einer Achse liegt die Unterscheidung zwischen direkten Verbandsingerenzen (*Einwirkungsingerenzen*) und indirekten Verbandsingerenzen (*Mitwirkungsingerenzen*; s. u. a)), auf einer weiteren Achse die Unterscheidung zwischen verfassungsstarken und unter-verfassungsrechtlichen Verbandsingerenzen (s. u. b)) sowie auf einer dritten Achse die Unterscheidung von rechtsförmlichen und faktisch wirkenden Ingerenzen (s. u. c)).

#### *a) Systematisierung I: Einwirkungsingerenzen und Mitwirkungsingerenzen*

Die Unterscheidung zwischen direkten Verbandsingerenzen (*Einwirkungsingerenzen*) und indirekten Verbandsingerenzen (*Mitwirkungsingerenzen*) betrifft die Frage, auf welcher föderalen Ebene gehandelt wird:

Handelt eine Stelle des einflussnehmenden föderalen Trägers und wirkt dabei – gewissermaßen ‚von außen‘ kommend – auf die Sphäre eines anderen, ‚beeinflussten‘ föderalen Trägers ein, so liegt darin eine *direkte* (oder: ‚echte‘) Verbandsingerenz, eine *Einwirkungsingerenz*. Einwirkungsingerenzen gibt es v.a. in der *top-down*-Stoßrichtung, also Einwirkungsmöglichkeiten der Bundesebene gegenüber den föderierten Einheiten (zu Ausnahmen – also *bottom-up*-Einwirkungsingeren-

<sup>1076</sup> Regelmäßig zu vernehmende Klage: „Das Geld kommt nicht an“, vgl. etwa den Zuruf mit diesem Inhalt eines Mitglieds des Deutschen Bundestags aus einer Oppositionsfraktion an einen Abgeordneten einer Regierungsfraktion bei einer bildungspolitischen Debatte über den Nationalen Bildungsbericht 2020, 4. März 2021, vgl. Deutscher Bundestag – 19. Wahlperiode – 215. Sitzung, Berlin, 4. März 2021, Plenarprotokoll 19/215, S. 27067.

zen – s. sogleich unten B. II. 2.). Ein typisches Beispiel für eine Einwirkungsingerenz wurde mit den Weisungen von Bundesministerien gegenüber Landesministerien im Bereich der Bundesauftragsverwaltung gemäß Art. 85 Abs. 3 GG bereits angesprochen (s. o. 2. a)).

Bei indirekten (oder: ‚unechten‘) Verbandsingerenzen (Mitwirkungsingerenzen<sup>1077</sup>) ist die Einwirkung eines ‚einwirkenden‘ föderalen Trägers auf der Ebene des ‚beeinflussten‘ föderalen Trägers institutionalisiert, sodass aus der Einwirkung eine Mitwirkung oder Beteiligung auf der ‚beeinflussten‘ föderalen Ebene wird. Mitwirkungsingerenzen gibt es – soweit ersichtlich – nur in der *bottom-up*-Stoßrichtung. Ein typisches Beispiel für eine Mitwirkungsingerenz ist die Einrichtung eines föderalen *Bundesorgans* (US-Senat und deutscher Bundesrat<sup>1078</sup>), in dem die föderierten Einheiten in indirekt-vermittelt-moderierter Weise auf der Bundesebene Einfluss ausüben (s. näher B. II. 1. a)).

### *b) Systematisierung II:*

#### *verfassungsstarke und unter-verfassungsrechtliche Ingerenzen*

Verbandsingerenzen sind nicht immer durch den Verfassungstext ausdrücklich vorgesehen, also nicht immer (vollständig) verfassungsrechtlich formalisiert. Vereinzelt sehen *informale* Absprachen zwischen föderalen Trägern die Einrichtung von Ingerenzen vor. Hierin liegt eine praktische Relativierung des *Grundsatzes* der Verfassungsbedürftigkeit föderaler Ordnung (zu diesem oben § 3, B. I. 2.).

Das Zusammenspiel verfassungsstarker und unter-verfassungsrechtlicher Verbandsingerenzen kann exemplarisch an einem Bereich des auswärtigen Handelns unter dem Grundgesetz illustriert werden: Art. 32 Abs. 2 GG enthält eine der (seltenen) *bottom-up*-Einwirkungsingerenzen, wenn er „[v]or dem Abschlusse eines [völkerrechtlichen] Vertrages, der die besonderen Verhältnisse eines Landes berührt,“ dem entsprechenden Land ein Anhörungsrecht einräumt. Insoweit liegt eine verfassungsstarke Ingerenz des Landes gegenüber dem Bund vor. Allerdings haben die deutschen Länder Art. 32 Abs. 2 GG – insbesondere die Beschränkung auf Verträge, die „die besonderen Verhältnisse eines Landes berühr[en]“ – schon früh als zu eng betrachtet und auf weitergehende Einwirkungsingerenzen der Länder beim Abschluss völkerrechtlicher Verträge durch den Bund gedrungen. Ergebnis dieses Drängens der Länder war die *Kramer/Heubl*-Absprache: Diese sieht vor, dass Vertreterinnen und Vertreter der Länder bei bestimmten internationalen Vertrags-

<sup>1077</sup> Denkbar wäre auch die Rede von ‚Beteiligungsingerenzen‘ im Anschluss an den von Rudolf Smend beschriebenen „Beteiligungs“-Föderalismus“, vgl. *R. Smend*, in: ders., *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, 3. Aufl., Berlin 1994 [1928], S. 119 (230, 270).

<sup>1078</sup> Vgl. *R. Herzog*, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. III, 3. Aufl., Heidelberg 2005, § 57, Rn. 11, dazu, dass die Bundesratsmitwirkung „nichts anderes“ darstelle als „Rechte der Landesregierungen zur Mitsprache bei der Ausübung der Bundesstaatsgewalt und zur Einflu[ss]nahme auf diese“.

verhandlungen des Bundes – über die Fälle des Art. 32 Abs. 2 GG als formell-verfassungsstarken Kern hinaus – informal beteiligt werden.<sup>1079</sup>

Man mag die in der *Kramer/Heubl*-Absprache vereinbarten Ingerenzen als ‚informale‘ Verbandsingerenzen bezeichnen. Letztlich ist die Charakterisierung einer Verbandsingerenz als ‚informal‘ jedoch in gewisser Hinsicht relativ, nämlich eine Frage der Perspektive: Vorliegend wird insoweit die Perspektive des geschriebenen Verfassungsrechts eingenommen: Die *Kramer/Heubl*-Absprache geht eben über das im Text des Grundgesetzes Vorgesehene hinaus, ist insoweit informal. In diesem Zusammenhang – Verbandsingerenzen, die nicht ausdrücklich im Verfassungstext vorgesehen sind – ist darauf hinzuweisen, dass in den USA Verbandsingerenzen im Bereich des *cooperative federalism* (s. u. B. I. 3. c) aa)) in erheblichem Umfang ohne ausdrückliche verfassungstextliche Grundlage durch einfaches Bundesrecht etabliert werden. Als Beispiel hierfür können Weisungsstrukturen unter dem Immissionschutzgesetz *Clean Air Act* (CAA) dienen: Der CAA sieht vor, dass die Einzelstaaten Implementationspläne mit Maßnahmen zur Sicherstellung von nationalen Luftqualitätswerten aufstellen; diese Pläne sind der Bundesbehörde *Environmental Protection Agency* (EPA) vorzulegen und auf deren Verlangen ggf. zu modifizieren.<sup>1080</sup> Solche in Bundesgesetzen, also lediglich einfach-gesetzlich etablierten *top-down*-Einwirkungsingerenzen mag man aus der Sicht des *Verfassungstexts* als informal betrachten, obschon sie freilich (einfach-rechtlich) stark formalisiert ist. Jedenfalls verdeutlicht die Existenz solcher einfach-rechtlicher Ingerenzen, dass der Grundsatz der Verfassungsbedürftigkeit föderaler Ordnung in den USA weniger intensiv ausgeprägt ist (s. o. § 3, B. I. 2.).

Auch der deutsche Föderalismus kennt Strukturen des kooperativen Föderalismus mit Verbandsingerenzen, allerdings werden diese häufig durch das Verfassungsrecht des Grundgesetzes re-formalisiert, so insbesondere im Bereich der Gemeinschaftsaufgaben (Art. 91a ff. GG). Insoweit wird deutlich, dass die ‚Informalität‘ (im Übrigen ebenso wie die ‚Freiwilligkeit‘) der Begründung von Verbandsingerenzen *relativ* ist. Diese Relativität von ‚Informalität‘ steht im Zusammenhang mit der Abänderbarkeit der Bundesverfassung, die beim Grundgesetz beispielsweise relativ hoch, bei der US-Verfassung dagegen eher gering ist (dazu unten § 6, A. VII.): Daher werden neue Ingerenzen im Grundgesetz durch Verfassungsänderungen leichter abgebildet als im US-amerikanischen Föderalismus, wo sie häufig in das einfache Bundesrecht gedrängt werden. Aber auch unter dem Grundgesetz bleibt im Bereich der Verbandsingerenzen viel Raum für Informalität; das zeigt neben punktuellen Erscheinungen wie der erwähnten *Kramer/Heubl*-Absprache insbesondere das in die

<sup>1079</sup> Vgl. *F. Schorkopf*, Staatsrecht der internationalen Beziehungen, München 2017, § 4, Rn. 45, vgl. dort in Fn. 76 auch Details zu den namensgebenden Persönlichkeiten und zum institutionellen Hintergrund der Absprache (die Ministerpräsidentenkonferenz setzte eine Kommission ein); Abdruck des „Kramer/Heubl-Papier[s]“, a. a. O., S. 662 ff.

<sup>1080</sup> Vgl. CAA § 110 = 42 U.S.C. § 7410, zu „*State implementation plans for national primary and secondary ambient air quality standards*“.

Zeit der Reichsverfassung von 1871 zurückgehende<sup>1081</sup> intensive ‚Konferenzen-Wesen‘ (vor allem die ‚Ministerpräsidentenkonferenzen‘ – teilweise mit Beteiligung der Bundeskanzlerin oder des Bundeskanzlers im ‚1 + 16‘-Format)<sup>1082</sup> – sowie Konferenzen von Fachministerinnen und Fachministern wie die „Ständige Konferenz der Innenminister und -senatoren der Länder“ mit dem Bundesinnenminister als ständigem Gast ohne Stimmrecht).

<sup>1081</sup> Vgl. *F. Scherer*, Zusammenarbeit im Bundesstaat seit 1871. Die Ministerpräsidentenkonferenz von den Ursprüngen bis heute, Münster 2009. Unter dem Gesichtspunkt der Frage der Formalität/Informalität der über Konferenz-Lösungen wahrgenommenen Verbandsingenzenzen ist es verfassungsgeschichtlich bemerkenswert, dass sich unter der Reichsverfassung von 1871 die Praxis der „übereinstimmenden Bundesratsbeschlüsse“ etabliert hatte; diese ergingen – in einer Grauzone von informaler Formalität im Forum Bundesrat – in Feldern, in denen es an einer Verbandskompetenz des Reichs und damit an einer Zuständigkeit des Reichsorgans Bundesrat fehlte, aber dennoch ein Bedürfnis nach Vereinheitlichung, Harmonisierung oder zumindest gegenseitiger Abstimmung bestand; vgl. *dies.*, a. a. O., S. 15 ff., mit Hinweisen auf *H. Triepel*, Die Reichsaufsicht. Untersuchungen zum Staatsrecht des Deutschen Reiches, Berlin 1917, S. 380 ff., und *P. Laband*, AöR 18 (1903), 305 (316). *Laband*, a. a. O. (316 f., dort in Fn. 15), hält solche „Vereinbarungen der Regierungen der Bundesstaaten und der Reichsregierung über ein gemeinsames Verhalten in Verwaltungssachen [...] zweifellos“ für zulässig; als Beispiel nennt er „die Bekanntmachung des Reichskanzlers im Centralblatt 1902 S. 432, dass ‚in der Sitzung des Bundesrates vom 18. Dezember 1902 die verbündeten Regierungen vereinbart haben, eine einheitliche Rechtschreibung in den Schulunterricht und in den amtlichen Gebrauch der Behörden einzuführen und von dieser Rechtschreibung nicht ohne wechselseitige Verständigung untereinander und mit Oesterreich (!) abzuweichen““.

<sup>1082</sup> Vgl. auch § 31 der Geschäftsordnung der Bundesregierung, wonach „[d]ie präsidierten Mitglieder der Landesregierungen [...] mehrmals im Jahre persönlich zu gemeinsamen Besprechungen mit der Bundesregierung vom Bundeskanzler eingeladen werden [sollen], um wichtige politische, wirtschaftliche, soziale und finanzielle Fragen zu erörtern und in persönlicher Fühlungnahme zu einer verständnisvollen einheitlichen Politik in Bund und Ländern beizutragen. Zur Abstimmung der förderierten Einheiten mit der Leitung des Gesamtstaates in der deutschen Verfassungsgeschichte zusammenfassend *F. Scherer*, Zusammenarbeit im Bundesstaat seit 1871. Die Ministerpräsidentenkonferenz von den Ursprüngen bis heute, Münster 2009, S. 148 f.; zu den politisch wichtigen, aber rechtlich umsetzungsbedürftigen „1+16-Vereinbarungen der Bundeskanzlerin mit sämtlichen Ministerpräsidenten“ während der Covid 19-Pandemie seit 2020 etwa *M. Kloepfer*, VerwArch 112 (2021), 169 (195); *K.-A. Schwarz/L. Sauringer*, NVwZ 2021, 265 (266, 271), sprechen von einem „präterkonstitutionellem Bund-Länder[-]Regierungsausschuss“, welcher „zwar verfassungsrechtlich selbst nicht vorgesehen, allerdings im Sinne eines konsensualen kooperativen Föderalismus, der die Verständigung von Bund und Ländern bei der gemeinsamen Aufgabenbewältigung fördert, verfassungsrechtlich fundiert“ sei; deutlich kritischer gegenüber dem Format dagegen *O. Lepsius*, JöR n. F. 69 (2021), 705 (719 ff.): „Partizipation und Pluralismus“ würden nicht gefördert; ähnlich kritisch *C. Waldhoff*, NJW 2021, 2772 (2774 f.), m. w. N. – vgl. ferner die Ausführungen unten § 6, B. II. 3. d) zu einem etwaigen – politischen – „Anspruch der Länder auf ein Moderiertwerden durch den Bund“.

c) *Systematisierung III: rechtsförmliche und faktische Ingerenzen*

Teilweise im Zusammenhang mit der eben angesprochenen Frage nach dem Grad der Formalisierung der Rechtsgrundlage von Verbandsingerenzen steht die Frage nach dem Grad der Formalisierung der *Wirkungsweise* von Verbandsingerenzen. Hier können rechtsförmliche und faktisch wirkende Ingerenzen unterschieden werden.

Im Bereich der rechtsförmlichen Verbandsingerenzen kennen das Föderalismusverfassungsrecht der USA und der Bundesrepublik Deutschland Verbandsingerenzen in vielgestaltigen Rechtsformen, u. a. als Weisungen, als direkte Gebote (*mandates*), auch als Bundesgesetze, welche das Verhalten der Behörden der föderierten Einheiten programmieren<sup>1083</sup>, oder in Gestalt der Rechtsprechung durch Bundesgerichte<sup>1084</sup>.

Manche Formen von Verbandsingerenzen wie die Auszahlung von Finanzmitteln (etwa von Bundesfinanzhilfen – s. u. § 6, A. IV.) oder Stellungnahmen und Anhörungen haben eher den Charakter von Realakten oder ‚unselbstständigen‘ prozeduralen Handlungen. Solche Ingerenzen werden dann aber ggf. rechtsförmlich begleitet und gerahmt (so etwa die Auszahlung von Bundesfinanzhilfen durch die Festschreibung von ‚technischen‘ Modalitäten und sachlich-inhaltlichen Bedingungen in Bundesgesetzen – s. u. § 6, A. IV.).

Andere Ingerenzen wirken demgegenüber rein faktisch: Hierzu zählt die inter-föderale Einflussnahme durch öffentliche Äußerungen von Stellen eines föderalen Trägers (z. B. der Regierung oder auch in einer parlamentarischen Debatte) über das (Fehl-)Verhalten‘ anderer föderaler Träger.<sup>1085</sup> Außerdem ist hier die Einflussnahme durch Zuständigkeitsnichtgebrauch zu nennen: Föderale Träger können ihre Verbandszuständigkeiten – bewusst – *nicht* gebrauchen, um mittelbar Einfluss auf andere föderale Träger zu nehmen. Falls es sich bei dem untätigen Akteur um die Bundesebene handelt, wird dies in den USA unter dem Stichwort *federal inaction* diskutiert (ausführlich § 5, B. II. 1.). Auch in umgekehrter Stoßrichtung ist Einflussnahme durch Nichtgebrauch (oder durch ‚Schlecht‘-Gebrauch) von Verbandszuständigkeiten vorstellbar: Die föderierten Einheiten können dadurch Einfluss auf

<sup>1083</sup> Hierzu und zu den Grenzen solcher Ingerenzen unten § 6, A. II.

<sup>1084</sup> Gemeint ist damit die *unmittelbare* Einflussnahme durch gerichtliche Entscheidungen von Bundesgerichten auf die föderierten Einheiten; solche Ingerenzen durch Bundesrechtsprechung haben insbesondere für das diagonale Verhältnis von Bundesebene und mehreren föderierten Einheiten Relevanz (ausführlich unten § 6, B. II.). Dieser Modus ist zu unterscheiden von Rechtsprechung als – gewissermaßen sekundärer – föderalismusverfassungsrechtlicher Wirkungsdimension, bei welcher es um die nachträgliche gerichtliche Überprüfung der Ausübung von Verbandsingerenzen durch die nicht-judikative Praxis geht.

<sup>1085</sup> Die Einflussnahme zwischen föderalen Trägern durch öffentliche Äußerungen hat eine Basis im allgemein-politischen Mandat der föderalen Träger (hierzu § 6, A. VI. 3. b) u. § 12, B. III. 3. c) bb)), kann freilich nicht grenzenlos zulässig sein. Zur besonderen Konstellation einer informatorischen Volksbefragung zum Aufgabenbereich eines anderen föderalen Trägers: s. u. § 6, A. VI. 3. b).



die Bundesebene ausüben, dass sie ihre Aufgaben nicht oder anders als von der Bundesebene erwartet erfüllen; für den US-amerikanischen Föderalismus wird dies unter dem Stichwort „*uncooperative federalism*“ (Jessica Bulman-Pozen und Heather Gerken<sup>1086</sup>) diskutiert (ausführlich hierzu § 6, C. II.).

#### 4. Verbandsingerenzen auf einem Spektrum zwischen ‚Alltag‘, ‚Störfall‘ und ‚Krise‘

Der hier zu Grunde gelegte weite Begriff der ‚Verbandsingerenzen‘ – verstanden als Möglichkeiten der wechselseitigen Einflussnahme unter föderalen Trägern (s. o. I.) – hat zur Folge, dass bei der Untersuchung von Verbandsingerenzen neben alltäglichen Normalfällen auch Störfälle mittlerer Schwere bis hin zu ‚Krisen‘ des föderalen politischen Betriebs zu betrachten sind.

##### a) ‚Alltag-Störfall-Krise‘-Spektrum

Diese Kategorien (‚Alltag‘, ‚Störfall‘ und ‚Krise‘) sind keine Rechtsbegriffe; es sind relative, unscharfe Kategorien, welche vorliegend als Markierungen oder eher als sich überschneidende Bereiche auf einem Spektrum verstanden werden. Relativ sind diese Spektralbereiche, da ihre Bestimmung davon abhängig ist, was der Bezugspunkt und Maßstab ist, anhand dessen beurteilt wird, ob eine politische Lage noch ‚normal‘, schon ‚gestört‘ oder gar ‚krisenhaft‘ ist: Für eine rechtswissenschaftliche Untersuchung liegt es nahe, zu versuchen, diesen Maßstab aus den formalen Eigenschaften von Rechtsnormen herzuleiten; also gewissermaßen von den in einer bestimmten Situation aktivierten oder zumindest verfügbaren Antworten des Rechts (z. B. Vorliegen von Tatbestandsmerkmalen eines ‚Ausnahmetatbestands‘) auf die Intensität der Störung und den Grad an ‚(A)Normalität‘ einer Lage zu schließen.<sup>1087</sup>

##### b) Ingerenzen bei ‚Störfällen‘ und in ‚Krisen‘

So betrachtet, gibt es Verbandsingerenzen, deren besondere Tatbestandsvoraussetzungen, Normstruktur oder Stellung im systematischen Normgefüge auf das

<sup>1086</sup> J. Bulman-Pozen/H. K. Gerken, Yale L. J. 118 (2009), 1256.

<sup>1087</sup> Vgl. für einen Ansatz, welcher (ohne ‚Föderalismus‘-Bezug) „Schichten des öffentlichen Rechts“ „nach der Intensität ihres Krisenbezugs“ ordnet, dabei also – insoweit ‚formalistisch‘ – aus der Perspektive der Formen des Rechts (z. B. Formulierung von Ausnahmetatbeständen) auf die politische Situation blickt: A.-B. Kaiser, Ausnahmeverfassungsrecht, Tübingen 2020, S. 65 f.: mit den „Schichten“: (1) „Recht der reinen Normallage“ ohne Krisenbezug; (2) „einfachen Krisenrecht“ mit Krisenbezug, aber angesichts des niedrigschwelligen Charakters der Krisenvorsorge und -bewältigung noch „alltäglich“; (3) „Recht des Ausnahmezustands“; (4) „echte Ausnahme [...] außerhalb des Rechts“.

Vorliegen von ‚Störfällen‘ oder gar ‚Krisen‘ im föderalen Machtgefüge hindeuten können:

aa) ‚Existenzkrisen‘: „Not“ als Tatbestandsmerkmal  
einiger Verbandsingerenzen

Manche Verbandsingerenzen setzen ausdrücklich „Not“ als Tatbestandsmerkmal oder zumindest Teilaspekt eines Tatbestandsmerkmals voraus.

Ein – später neben weiteren zu vertiefendes – Beispiel sind die sog. „Bundes-Notstandshilfen“ („technischer“: „Sonderbedarfs-Bundesergänzungszuweisungen“), welche im grundgesetzlichen Finanzverfassungsrecht nach der Rechtsprechung des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts ein „Instrument zur Sanierung des Haushaltes eines Landes“ darstellen können, allerdings nur „aufgrund einer extremen Haushaltsnotlage“ in diesem Land (s. nunmehr – in Nachvollzug verfassungsgerichtlicher Vorgaben – § 12 Abs. 4 S. 1 MaßStG; näher unten § 6, B. I. 3. b)).<sup>1088</sup> Erst in einer solchen Extremlage darf der Bund sich finanziell in Gestalt von Sonderbedarfs-Bundesergänzungszuweisungen ‚einmischen‘.

bb) ‚Wertekrisen‘: Homogenitätsgarantien als Triebfedern  
einiger Verbandsingerenzen

Ein besonderes Feld im Bereich der föderalen Störfälle (bis hin zu Krisen) stellen föderale Konflikte rund um ‚Verfassungshomogenität‘ im ‚Bund‘ dar: US-Verfassung und Grundgesetz (wie im Übrigen auch das Verfassungsrecht der Europäischen Union<sup>1089</sup>) sehen vor, dass die jeweilige Bundesebene *top-down*-Einwirkungsingerenzen zur Durchsetzung von föderalen Homogenitätsgeboten gegenüber den föderierten Einheiten einsetzen kann. Unter föderalen Homogenitätsgeboten werden hier solche Normen verstanden, welche materielle Vorgaben für die Ausgestaltung der Verfassungen der föderierten Einheiten machen: Art. IV, Sec. 4 USC (die sog. *Guarantee Clause*) sieht vor, dass in den US-Staaten eine „republikanische Regierungsform“ herrschen soll; der 15. Zusatzartikel zur US-Verfassung (Am. XV, Sec. 1

<sup>1088</sup> Deutlich zum „strengen Ultima-Ratio-Prinzip“ hinter den Hilfen: BVerfGE 116, 327 (377) – Berliner Haushalt, wonach die „Haushaltsnotlage eines Landes nicht nur relativ – im Verhältnis zu den übrigen Ländern – als extrem zu werten [sein darf], sondern [...] auch absolut – nach dem Maßstab der dem Land verfassungsrechtlich zugewiesenen Aufgaben – ein so extremes Ausmaß erreicht ha[ben muss], dass ein bundesstaatlicher Notstand im Sinne einer nicht ohne fremde Hilfe abzuwehrenden Existenzbedrohung des Landes als verfassungsgerecht handlungsfähigen Trägers staatlicher Aufgaben eingetreten ist. Dies setzt voraus, dass das Land alle ihm verfügbaren Möglichkeiten der Abhilfe erschöpft hat, so dass sich eine Bundeshilfe als einzig verbliebener Ausweg darstellt“.

<sup>1089</sup> Vgl. nur das abgestufte Instrumentarium von Art. 7 i. V. m. Art. 2 EU-Vertrag; hierzu (und zur Alternative des Vertragsverletzungsverfahrens vor dem Gerichtshof der Europäischen Union) knapp A.-B. Kaiser, Ausnahmeverfassungsrecht, Tübingen 2020, S. 82 f., welche darin freilich noch zahnloses „Europäisches Ausnahmeverfassungsrecht“ erblickt.

USC) von 1870 verbietet (auch den Staaten) den Ausschluss von Menschen vom Wahlrecht wegen „*race, color, or previous condition of servitude*“; Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG erfordert, dass „[d]ie verfassungsmäßige Ordnung in den Ländern [...] den Grundsätzen des republikanischen, demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Sinne [des] Grundgesetzes entsprechen“ müsse. Diese materiellen Gebote können durch Bundesingerenzen durchgesetzt werden: Art. IV, Sec. 4 USC<sup>1090</sup>, Am. XV, Sec. 2 USC<sup>1091</sup> bzw. Art. 28 Abs. 3 GG<sup>1092</sup> sehen vor, dass die Bundesebene zur Durchsetzung der Homogenitätsklauseln tätig werden kann. Insoweit stellen die Homogenitätsgebote gewissermaßen materielle Vorfragen zu einigen (keinesfalls allen<sup>1093</sup>) *top-down*-Verbandsingerenzen dar.

Der Gebrauch solcher homogenitätsgarantierender Bundesingerenzen setzt nun aber einen gewissen ‚Stör-‘ bis ‚Krisenfall‘ voraus. Diese Voraussetzung ist im Fall von Normen wie Art. IV, Sec. 4 USC oder Art. 28 Abs. 3 GG weniger offensichtlich als bei dem eben vorgestellten § 12 Abs. 4 S. 1 MaßstG, welcher ausdrücklich auf das Tatbestandsmerkmal einer „Notlage“ bezogen ist (s.o. aa). Letztlich kann der ‚Störfall‘-Charakter aber auch bei den homogenitätsgarantierenden Bundesingerenzen bereits durch eine wörtliche Auslegung ermittelt werden. So sprechen Art. IV, Sec. 4 USC und Art. 28 Abs. 3 GG jeweils davon, dass die Bundesebene die Einhaltung bestimmter Homogenitätspostulate durch die (und: in den) föderierten Einheiten „garantiere“ bzw. „gewährleist[e]“. Eine ‚Garantie‘ oder eine ‚Gewährleistung‘ weisen – bei aller Unbestimmtheit und Kontextabhängigkeit dieser Begriffe<sup>1094</sup> – ein Moment der Subsidiarität gegenüber dem Normfall auf: Das Ein-

<sup>1090</sup> Zu beachten ist allerdings, dass Art. IV, Sec. 4 USC vor allem *auch(?)* eine Schutzwirkung *zu Gunsten* der Staaten in Form einer Bundesingerenzschranke (hierzu unten B. III. 3. a)) entnommen wird, vgl. *D. J. Merritt*, Colum. L. Rev. 88 (1988), 1. Die vorliegend in Bezug genommene Stoßrichtung von Art. IV, Sec. 4 USC, d.h. die *Begründung* von Bundesingerenzen, liegt aber etwa der kanonischen Entscheidung *Luther v. Borden*, 48 U.S. (7 How.) 1 (1849), zu Grunde; in *Luther v. Borden* hat der *U.S. Supreme Court* nun freilich entschieden, dass die Bundesingerenz aus Art. IV, Sec. 4 USC nicht justiziabel ist (nach der sog. *political question doctrine*; s.u. § 8, C. I. 2. b) aa)); gegen die Justiziabilität argumentiert – unter Rückgriff auf Parallelen mit der Sprache diplomatischer Verträge des 18. Jahrhunderts – auch *R. Williams*, Harv. L. Rev. 132 (2018), 602 (681).

<sup>1091</sup> Am. XV, Sec. 2 USC enthält eine Bundesgesetzgebungszuständigkeit zum Erlass von Verfassungsvollzugsrecht.

<sup>1092</sup> Nach überwiegender Auffassung können Bundesingerenzen nicht unmittelbar Art. 28 Abs. 3 GG entnommen werden, sondern müssen auf Spezialnormen wie Art. 37 GG oder Art. 91 Abs. 2 S. 1 GG gestützt werden, vgl. nur *V. Mehde*, in: G. Dürig/R. Herzog/R. Scholz (Hrsg.), Grundgesetz, 76. Ergänzungslieferung, München 2015, Art. 28 Abs. 3, Rn. 9, m. w. N. der Kommentarliteratur.

<sup>1093</sup> Beispielsweise betreffen die in den Art. 84 f. GG vorgesehenen *top-down*-Verbandsingerenzen keine Fragen der föderalen Verfassungshomogenität, sondern betreffen die Praxis des Vollzugs von Bundesrecht.

<sup>1094</sup> Vgl. nur (zum Begriff der ‚Gewährleistung‘ im öffentlichen Recht unter dem Grundgesetz) *C. Franzius*, Gewährleistung im Recht, Tübingen 2009, S. 9, 11: „Eine konsentierte Definition von Gewährleistung fehlt bisher. [...] Der Begriff der Gewährleistung erhält seine spezifische Bedeutung in dem Kontext, in den er gestellt wird.“

greifen von Garantien oder Gewährleistungen setzt voraus, dass ein Fall eintritt, mit dessen Eintretensmöglichkeit zwar durchaus vorausschauend gerechnet worden war, der allerdings nicht als Normalfall angesehen wird.<sup>1095</sup> Bezogen auf die genannten föderalen Homogenitätsgebote ist das Prinzip, welches den Normfall bestimmt, die ‚Verfassungsautonomie‘ der föderierten Einheiten: Zunächst sind die US-Einzelstaaten und die deutschen Länder dafür verantwortlich, die genannten Verfassungsvorgaben autonom in ihren jeweiligen Verfassungen umzusetzen (näher hierzu unten § 6, A. VI.); erst im Fall einer – manchmal sicherlich schwer feststellbaren – ‚Schlechtleistung‘ durch die föderierten Einheiten kommen *top-down*-Ingerenzen in Betracht<sup>1096</sup>.

cc) ‚*Nuclear Option*‘(?): Bundesverfassungsänderung  
als Verbandsingerenzkomplex

Bestimmt man das Vorliegen eines föderalen ‚Störfalls‘ oder einer föderalen ‚Krise‘ aus dem Formenvokabular des Verfassungsrechts, so kommt notwendigerweise auch das Instrument der förmlichen Verfassungsänderung als Marker in Betracht. Zwingend ist der Schluss von einer Verfassungsänderung auf einen ‚Störfall‘ zwar keinesfalls, wohl aber liefert sie ein entsprechendes Indiz: Anna-Bettina Kaiser hat in ihrer Untersuchung zum (grundgesetzlichen) „Ausnahmeverfassungsrecht“ festgestellt, dass „die Möglichkeit der Verfassungsänderung [jedenfalls unter dem besonders änderungsaffinen Grundgesetz (dazu näher § 6, A. VII. 3. a))] zwar für Normalzeiten ebenso bereit[stehe] wie für Krisenzeiten“<sup>1097</sup>, aber eben doch eine „Eskalationsstufe“ betreten werde, wenn über die Ausnutzung der Spielräume des geltenden Verfassungsrechts hinaus dieses förmlich geändert wird<sup>1098</sup>. Im Föderation

<sup>1095</sup> Gewissermaßen also: Normalität durch Antizipation des Anormalen. Zwei Beispiele sollen genügen: Die Parteien eines Kaufvertrags gehen davon aus, dass im Normalfall keine Mängelgewährleistung nach §§ 434 ff. BGB erforderlich werden wird; mit der Möglichkeit einer solchen Leistungsstörung rechnen die Parteien aber sehr wohl (und stellen ihre rechtlichen Abreden und tatsächlichen Dispositionen und Kalkulationen bereits – mehr oder weniger ‚klug‘ – darauf ein). Ähnlich verhält es sich teilweise mit der ‚Gewährleistungsverantwortung‘ des ‚Staates‘ im Bereich der Daseinsvorsorge, einem Konzept, welches unter anderem, aber nicht erschöpfend mit einem Modell der abgestuften Verantwortlichkeiten arbeitet; vgl. dazu m. w. N. C. Franzius, Gewährleistung im Recht, Tübingen 2009, S. 122 ff. (Primärverantwortung ‚der Gesellschaft‘ oder ‚des Marktes‘ und Auffang- oder Residualverantwortung beim ‚Staat‘ etwa im Fall des Marktversagens); beachte aber die Ausführungen *dess.*, a. a. O., S. 126 ff., zur Rolle von Verantwortungsteilung und Kooperation innerhalb des Konzepts der ‚Gewährleistungsverantwortung‘ (hier wird der Gedanke der Subsidiarität also relativiert).

<sup>1096</sup> Wobei sich noch die Frage stellt, ob man – neben Einmischungspflichten des Garantierenden – überhaupt Ingerenzen (im Sinn von Ingerenzrechten) als Einmischungsrechte des Garantierenden aus ‚Garantien‘ wie der in Art. IV, Sec. 4 USC niedergelegten „*guarantee*“ ableiten möchte; dagegen R. Williams, Harv. L. Rev. 132 (2018), 602 (681).

<sup>1097</sup> A.-B. Kaiser, Ausnahmeverfassungsrecht, Tübingen 2020, S. 231.

<sup>1098</sup> Vgl. A.-B. Kaiser, Ausnahmeverfassungsrecht, Tübingen 2020, S. 232, dort freilich zum Regelungsbereich der Individualgrundrechte; Kaiser verortet die Verfassungsänderung in ihrem „Drei-Stufen-Modell der Einschränkung der Grundrechte“ auf dritter Eskalations-

lismusverfassungsrecht der US-Verfassung und des Grundgesetzes wird diese „Eskalationsstufe“ als Komplex von Verbandsingenzen eingehegt:

Zunächst einmal wirken unter beiden Verfassungen die förderierten Einheiten mittels *bottom-up*-Verbandsingenzen an der Änderung der Bundesverfassung mit. Art. V USC sieht die Beteiligung der Einzelstaaten an der Änderung der US-Bundesverfassung vor – und zwar in zwei alternativen Formen einer *Einwirkungsingenzen* (entweder Ratifikation durch drei Viertel der Parlamente der Staaten oder Ratifikation durch Konvente in drei Viertel der Staaten). Art. 79 Abs. 2 GG sieht für Änderungen des Grundgesetzes demgegenüber eine *Mitwirkungsingenzen* – im föderalen Bundesorgan Bundesrat – vor.

Als ein *Insgesamt* betrachtet, mag man eine föderalismusrelevante Bundesverfassungsänderung aber auch als eine *top-down*-Ingerenz verstehen (an deren Ausübung förderierte Einheiten durch die genannten – kleinteiligeren – *bottom-up*-Ingerenzen freilich beteiligt sind), falls damit die Rechtspositionen der förderierten Einheiten, welche ihnen nach dem bisherigen Föderalismusverfassungsrecht zugestanden hatten, verkürzt werden<sup>1099</sup>: Verbandskompetenzen und Verbandsingenzen (sowie ggf. auch Verbandsgrundrechtspositionen) können durch Verfassungsänderung modifiziert werden, beispielsweise wenn Verbandskompetenzen der förderierten Einheiten auf die Bundesebene ‚hochgezont‘ werden (zum Beispiel der Kompetenzmaterie des Besoldungsrechts der Landesbeamten unter dem Grundgesetz unten § 5, A. II. 3.). Bundesverfassungsänderungen sind insoweit ihrerseits Ingerenzen auf einer föderalismusverfassungsrechtlichen Meta-Ebene. Die förmliche Änderung der Bundesverfassung ist (potenziell) die ‚*nuclear option*‘ des Föderalismusverfassungsrechts<sup>1100</sup>: ‚*Nuclear option*‘ ist ein rhetorisches Mittel, eine hyperbolische Trope, welche auf das Gebiet der (angewandten) Kernphysik rekurriert, um einen besonders intensiven Eingriff mit einem Moment der *faktischen* Irreversibilität (sowie [Hoch-]Schaukel- und Spiraleffekten) und einer tendenziellen Unbe-

---

stufe nach (1) der Ausnutzung von (herkömmlichen) Gesetzesvorbehalten und (2) der Ausnutzung von „Ausnahmegesetzesvorbehalten“ (wie Art. 11 Abs. 2 GG), wobei es sich für Kaiser auch bei der förmlichen Verfassungsänderung – u. a. wegen Art. 79 Abs. 3 GG – um einen Modus des „Einschränkungsmodells“ handelt, welches sie dem „Suspensionsmodell“ entgegengesetzt. Diese für die Individualgrundrechte angestellte Modellierung ist grundsätzlich übertragbar auf das Föderalismusverfassungsrecht – dies einschließlich des Hinweises auf Art. 79 Abs. 3 GG, welcher eben auch föderale Schutzgehalte aufweist (näher unten § 6, A. VII. 3.).

<sup>1099</sup> Freilich ist auch die umgekehrte Konstellation möglich: Bundesverfassungsänderung, welche Positionen der Bundesebene zu Gunsten der Stellung der förderierten Einheiten verkürzt, als Makro-*bottom-up*-Ingerenz. ‚Föderalismusreformen‘ stellen regelmäßig eine Mischung dieser Tendenzen dar.

<sup>1100</sup> Oder: Es ließe sich – mit O. Doyle, in: R. Albert/X. Contiades/A. Fotiadou (Hrsg.), *The Foundations and Traditions of Constitutional Amendment*, Oxford, U.K., 2017, S. 73 – auch auf eine ‚lyrische‘ (hierzu § 10, B. II.) Referenz, nämlich zwei Verse des Gedichts „*Easter 1916*“ von William Butler Yeats, verweisen: „*All changed, changed utterly: / A terrible beauty is born.*“

herrscharkeit zu kennzeichnen;<sup>1101</sup> bezogen auf föderalismusverfassungsrechtlich relevante Bundesverfassungsänderungen *können* solche Momente ebenfalls ausgeprägt sein – dies hängt aber u. a. von der Änderungsfestigkeit der Bundesverfassung ab, welche in den USA deutlich größer ist als in Deutschland (dazu unten § 6, A. VII.). Föderalismusverfassungsrechtlich relevante Bundesverfassungsänderungen, beispielsweise die ‚Hochzonung‘ von Verbandskompetenzen von den föderierten Einheiten zur Bundesebene, dürfen nicht grenzenlos erfolgen, sondern werden durch Verbandsgrundrechtspositionen begrenzt (näher hierzu unten § 6, A. VII.).

### c) Ingerenzen des ‚Alltags‘

Neben diesen Beispielen für (tendenziell) ‚störfall‘- oder ‚krisen‘-bezogene Ingerenzen stehen Beispiele für Ingerenzen im ‚Alltag‘ des föderalen Geschäfts. Eine solche Alltäglichkeit ist besonders handgreiflich bei den *bottom-up*-Mitwirkungsingerenzen, welche die föderierten Einheiten in den föderalen Bundesorganen Senat und Bundesrat ausüben: Hier nehmen die Einzelstaaten bzw. Länder in institutionalisierter, professionalisierter und routinierter Weise Einfluss auf Bundespolitik (s. sogleich auch B. II. 1. a)). Der Routine-Charakter dieser institutionalisierten Formen von *bottom-up*-Mitwirkungsingerenzen zeigt sich auch an ihren informalen Alternativen, etwa den föderalen Konferenzen, welche gerade unter den Bedingungen von Notlagen wie jener der COVID-19-Pandemie seit 2020 praktisch wichtig werden können (s. u. § 6, B. II. 3. d)). Ein anderes Beispiel für ‚Alltags‘-Verbandsingerenzen liefern – im Feld des grundgesetzlichen Administrativföderalismus – Art. 84 Abs. 2 und Art. 85 Abs. 2 S. 1 GG, welche zum Erlass von allgemeinen Verwaltungsvorschriften durch die Bundesregierung im Bereich des Vollzugs von Bundesgesetzen durch die Länder ermächtigen: Der Routine-Charakter dieser *top-down*-Einwirkungsingerenz ergibt sich weitgehend bereits aus der Natur der in Bezug genommenen Handlungsform, sind doch allgemeine Verwaltungsvorschriften dadurch gekennzeichnet, dass sie abstrakt-generell gefasste Anweisungen enthalten<sup>1102</sup>.

Freilich können grundsätzlich ‚alltägliche‘ Ingerenzen in ‚Krisen‘-Ingerenzen umschlagen. Dies zeigt das bereits erwähnte Beispiel der Weisungen des Bundes gegenüber den Ländern im Rahmen der Bundesauftragsverwaltung nach Art. 85 Abs. 3 GG: Im Urteil zur Rechtssache Kalkar II, dem ein Konflikt zwischen

<sup>1101</sup> Im rechtswissenschaftlichen und überhaupt im politischen Kontext wird die Trope häufig verwendet, um das Abweichen von bestimmten Verfahrens- und Mehrheitserfordernissen im *U.S. Senate* zu beschreiben, vgl. hierzu R. Klotz, *Political Science and Politics* 37 (2004), 843 (843): „*The nuclear option is a dramatic refusal to recognize delaying tactics permitted under the rules [especially filibustering] that facilitates the institutionalization of majoritarian procedures in a legislative body*“ – um diese spezifische Verwendungsweise im Kontext des Parlamentsrechts geht es vorliegend also *nicht*.

<sup>1102</sup> Vgl. C. Heitsch, *Die Ausführung der Bundesgesetze durch die Länder*, Tübingen 2001, S. 228, m. w. N.

Nordrhein-Westfalen und dem Bund um die Fertigstellung des Kernkraftwerks im gleichnamigen Ort zugrunde lag (s. näher unten § 6, A. II. 3. b)), ist der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts zwar bemüht, hervorzuheben, dass der Gebrauch der Weisungen etwas ‚Alltägliches‘ darstellt: „Di[e] Inanspruchnahme [der Weisungsbefugnis] ist nicht auf Ausnahmefälle begrenzt und auch nicht weiter rechtfertigungsbedürftig; sie ist, wie Art. 85 Abs. 3 GG erkennen läßt, als reguläres Mittel gedacht, damit sich bei Meinungsverschiedenheiten das hier vom Bund zu definierende Gemeinwohlinteresse durchsetzen kann“<sup>1103</sup>. Der Zweite Senat legt nahe, dass es sich bei Art. 85 Abs. 3 GG um das handele, was Anna-Bettina Kaiser als „Recht der reinen Normallage“<sup>1104</sup> bezeichnet hat. Und dennoch: Beispiele wie Kalkar II zeigen, dass grundsätzlich ‚alltägliche‘ Ingerenzen in ‚Störfall‘-<sup>1105</sup> oder ‚Krisen‘-Ingerenzen umschlagen können, wenn sie auf Bereiche zugreifen, in denen die „politische Selbsterhaltung“ eines föderalen Trägers (hier etwa potenziell ‚existenzielle‘ Fragen der Atompolitik) auf dem Spiel steht – nach Schmitts Definition des ‚Bundes‘ (s. o. § 2, C. I. 1.) rühren sie dann an den bündischen Grundfesten. Dieser Gedanke der ‚Zuspitzung‘<sup>1106</sup> des Alltäglichen in Krisenhaftes bei Infragestellung der „politischen Selbsterhaltung“ föderaler Träger leitet unmittelbar über zum dritten föderalismusverfassungsrechtlichen Strukturelement, den Verbandsgrundrechtspositionen:

### III. Verbandsgrundrechtspositionen

Carl Schmitts Definition des ‚Bundes‘ benennt die „politische Selbsterhaltung“<sup>1107</sup> der föderierten Einheiten („Bundesmitglieder“) als Zweck des Bundes (ausführlich oben § 2; C. I. 1.). Herbert Wechsler spricht davon, dass die US-Verfassung die Staaten als selbstständige Quellen von Hoheitsgewalt und als „*organs of administration*“ bewahrt hätte.<sup>1108</sup> Schmitt und Wechsler sehen also die selbstständige Existenz *föderierter Einheiten* in Föderationen besonders garantiert. Aber auch der Bestand der *Bundesebene* wird im politischen Modell des Bundes auf Dauer garantiert (ausführlich oben § 2, C. II. 2. a)).

<sup>1103</sup> BVerfGE 81, 310 (332) – Kalkar II.

<sup>1104</sup> A.-B. Kaiser, *Ausnahmeverfassungsrecht*, Tübingen 2020, S. 65, also Recht ohne „unmittelbaren Krisenbezug“.

<sup>1105</sup> Mit Blick auf das Beispiel Kalkar II hat die Rede vom ‚Störfall‘ neben der metaphorischen, freilich auch eine metonymische Komponente, ging es doch um die Befürchtung, der Reaktortyp des Kernkraftwerks in Kalkar sei ‚störanfällig‘ – s. u. § 6, A. II. 3. b). Zur Unterscheidung von ‚Metapher‘ und ‚Metonymie‘ unten § 10, B. IV. 2. b).

<sup>1106</sup> Näher zum Begriff der ‚Zuspitzung‘ unten § 7, C. I.

<sup>1107</sup> C. Schmitt, *Verfassungslehre*, München u. a. 1928, S. 366.

<sup>1108</sup> H. Wechsler, *Colum. L. Rev.* 54 (1954), 543 (543): *the constitution „preserved the states as separate sources of authority and organs of administration“*.



## 1. Grunddefinition ‚Verbandsgrundrechtsposition‘

Die verfassungsrechtliche Umsetzung des ‚Bundes‘-Modells räumt den föderalen Trägern (den förderierten Einheiten und der Bundesebene) zur Sicherung ihrer „politischen Selbsterhaltung“ Rechtspositionen auf Eigenständigkeit, Bestand, Existenz, Autonomie und Funktionen ein. Aufgrund ihres basalen Charakters sollen diese Rechtspositionen – auch im Bewusstsein der damit verbundenen anthropomorphen Konnotationen<sup>1109</sup> – vorliegend als ‚Verbandsgrundrechtspositionen‘ bezeichnet werden.

## 2. Besondere Abhängigkeit der Verbandsgrundrechtspositionen vom Modell des ‚Bundes‘

Die Verbandsgrundrechtspositionen lassen sich nur ansatzweise den Texten der US-Verfassung und des Grundgesetzes entnehmen (hierzu näher unten B. III. 2.). Sie werden jedoch zumindest durch die beiden föderalismusverfassungsrechtlichen Regelungsregime jeweils bei einer Gesamtschau impliziert (erlesbar); US-Verfassung und Grundgesetz setzen die Verbandsgrundrechtspositionen gewissermaßen als selbstverständlich voraus. Die Verbandsgrundrechtspositionen kommen als ‚logische‘ (krypto-)normative Folge oder ‚unausgesprochene‘ Implikation der jeweiligen Grundentscheidung der beiden Verfassungen zur Verwirklichung des föderalen Prinzips (dazu oben § 3, A.) daher.

Der ‚Unausgesprochenheit‘ der Verbandsgrundrechtspositionen entspricht eine besondere Relevanz des Modells des ‚Bundes‘ als (krypto-)normative Hintergrundvorstellung gerade für das föderalismusverfassungsrechtliche Strukturelement der Verbandsgrundrechtspositionen. (Die ‚technischeren‘ Strukturelemente Verbandskompetenzen und Verbandsingerenzen werden demgegenüber – mit Ausnahmen<sup>1110</sup> – deutlich in den Verfassungstexten ausbuchstabiert.) Verbandsgrundrechtspositionen sind positiv-rechtliche Konkretisierungen des von Maxwell O. Chibundu beschriebenen und oben aus dem Modell des ‚Bundes‘ abgeleiteten „Recht[s], auf ‚Würde‘ verweisen zu dürfen, um damit [konkretere] Rechtspositionen zu untermauern“<sup>1111</sup> (föderale Würde i. w. S.), von Positionen der institutionellen Rollen-Würde der föderalen Träger (föderale Würde i. e. S.) und von Positionen der ‚föderalen Treue‘ (ausführlich zu diesen Topoi oben § 2, C. II. u. III.). Die besonders intensive Abhängigkeit der Verbandsgrundrechtspositionen vom Modell des ‚Bundes‘ wird im Hauptteil der Gesamtuntersuchung anhand von vergleichenden Einzelfallstudien problematisiert (s. u. §§ 5 ff.).

<sup>1109</sup> Es drängen sich Assoziationen mit Individualgrundrechten als Rechtspositionen von ‚echten‘ Menschen auf.

<sup>1110</sup> Beachte die Ausführungen zu informalen Ingerenzen oben II. 3. c).

<sup>1111</sup> M. O. Chibundu, Md. L. Rev. 75 (2015), 194: „right to rely on claims of ‚dignity‘ to underpin whatever assertions of rights they may make.“

### 3. Wirkungsweise: Modifikation von Kompetenzen und Ingerenzen

Wie unten für die Verbandsgrundrechtspositionen der föderierten Einheiten im Detail vorgestellt werden wird (s.u. B. III. 3.), funktionieren Verbandsgrundrechtspositionen v.a. als Modifikatoren von Verbandskompetenzen und Verbandsingerenzen. Insoweit wirken Verbandsgrundrechtspositionen unselbstständig. Hierbei weisen sie eine Affinität für Sonder-, Stör- und Krisenfälle (hierzu oben II. 4. a)) auf, da sie gerade dann aktiviert werden, wenn die „politische Selbstbestimmung“ eines föderalen Trägers fraglich wird.

Der Regelfall ist, dass die Verbandsgrundrechtsposition eines föderalen Trägers zu Beschränkungen der Kompetenzen oder Ingerenzen eines anderen föderalen Trägers führt. Beispielsweise wird die in Art. 85 Abs. 3 GG vorgesehene Bundesingerenz (Weisungen des Bundes an ein Land im Rahmen der Bundesauftragsverwaltung) nach der Rechtsprechung des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts durch eine Verbandsgrundrechtsposition des angewiesenen Landes beschränkt: Es bestehe „eine vom Land vermöge seines Rechts auf Eigenstaatlichkeit einforderbare Pflicht des Bundes [... durch die Weisung], von ihm, dem Land, nicht zu fordern, was schlechthin außerhalb des von einem Staat Verantwortbaren gelegen ist“<sup>1112</sup> (s. u. § 6, A. II. 3. b)). Verbandsgrundrechtspositionen können neben solchen negativen Schrankenwirkungen aber auch – positiv – ein Pflichtmoment oder ein Effektivierungsmoment enthalten, also beispielsweise zu Kompetenz- und Ingerenzausübungspflichten führen (s. u. § 5, B. u. C. sowie § 6, B. u. C.).

## B. Stellung der föderierten Einheiten mit Blick auf die Strukturelemente

Die drei föderalismusverfassungsrechtlichen Strukturelemente wirken jeweils in beide Richtungen – zu Gunsten der Bundesebene und zu Gunsten der föderierten Einheiten; im Folgenden wird – entsprechend der Forschungsfrage der Gesamtstudie – die Schutzrichtung zu Gunsten der föderierten Einheiten näher untersucht. Dabei werden die föderalismusverfassungsrechtlichen Strukturelemente von US-Verfassung und Grundgesetz einem integrierten Vergleich (hierzu aus methodologischer Sicht unten § 9, C. II. 2.) unterzogen. Die Stellung der föderierten Einheiten im Föderalismusverfassungsrecht wird v.a. durch ihre Kompetenzen (s. u. I.), ihre Einwirkungs- und insbesondere Mitwirkungsingerenzen (s. u. II.) und durch ihre Verbandsgrundrechtspositionen als Schranken und Modifikatoren von Bundeskompetenzen und Bundesingerenzen (s. u. III.) bestimmt.

---

<sup>1112</sup> BVerfGE 81, 310 (334) – Kalkar II.

## I. Eigene Kompetenzen der föderierten Einheiten

Mit Verbandskompetenzen teilt das Föderalismusverfassungsrecht hoheitliche, nach außen gerichtete Handlungsmöglichkeiten auf föderale Verbände auf (s.o. A. I.). Die Stellung der US-Einzelstaaten und der deutschen Länder innerhalb der jeweiligen Föderation wird insbesondere dadurch bestimmt, welche Kompetenzen, also welche hoheitlichen, nach außen gerichteten Handlungsmöglichkeiten ihnen zustehen. Hieraus ergibt sich ihre politische und rechtliche Gestaltungsmacht; das gilt insbesondere für die Gesetzgebungskompetenzen.

### 1. Überblick über die Verfassungstextbefunde

Die Regelungssystematik des Grundgesetzes führt vor, wie kleinteilig die Verteilung von Verbandskompetenzen ausgestaltet werden kann: Das Grundgesetz unterscheidet insoweit deutlich nach Maßnahmetypen: formelle Gesetzgebung (insbes. Art. 70 ff., Art. 105 GG), Ausführung von Bundesgesetzen (insbes. Art. 83 ff., Art. 108 GG) und Rechtsprechung (Art. 92 ff., Art. 108 Abs. 6 GG).<sup>1113</sup> In der US-Verfassung lassen sich Vorschriften zu Gesetzgebungskompetenzen (Art. I, Sec. 8 USC) und zu Rechtsprechungskompetenzen (Art. III, Sec. 1, Cl. 1 und Sec. 2, Cl. 1 USC) finden; kompetenzielle Vorgaben zur Ausführung von Bundesgesetzen enthält die US-Verfassung in der *Take Care Clause* (Art. II, Sec. 3, Cl. 4 USC), welche allenfalls mittelbar föderalismusverfassungsrechtlich relevant ist (s.u. 3. a), 3. c) aa) u. § 6, A. II. 1. a) aa)).

Ein Vergleich der Kompetenznormen in der US-Verfassung und im Grundgesetz zeigt, dass das Grundgesetz konsequenter zwischen Verbandskompetenzen und Organkompetenzen trennt. In der US-Verfassung fallen beide Zuordnungsoperationen häufig<sup>1114</sup> zusammen, so etwa wenn Art. I, Sec. 8 USC unmittelbar dem Bundesparlament *U.S. Congress* Gesetzgebungskompetenzen zuschreibt,<sup>1115</sup> oder wenn Art. II, Sec. 3, Cl. 4 USC unmittelbar dem US-Präsidenten die Kompetenz zur Ausführung des Bundesrechts zuschreibt. Insoweit wird die Zuteilung der entsprechenden Verbandskompetenzen an die US-Bundesebene implizit mitgedacht.

<sup>1113</sup> Beachte: Finanzierungszuständigkeiten (Art. 104a ff. GG) und Finanzzuteilungs- und -ausgleichsmechanismen (Art. 106 f. GG) werden vorliegend (mangels unmittelbarer Außenwirkung) nicht als Kompetenz-, sondern als Ingerenzfragen betrachtet – s.u. § 6, A. IV. (zu *conditional grants*), § 6, B. I. (zu ‚Solidaritäts‘-Fragen) u. § 6, D. III. 3. (zu Gleichheitsfragen im föderalen Finanzverfassungsrecht).

<sup>1114</sup> Beachte aber die Auftrennung in Art. III, Sec. 1 und Art. III, Sec. 2 USC.

<sup>1115</sup> Obwohl Art. I, Sec. 7, Cl. 2 USC – die sog. *Presentment Clause* – auch eine Beteiligung des Bundesorgans US-Präsident am förmlichen Gesetzgebungsverfahren vorsieht, ordnet Art. I, Sec. 8 USC die Bundesgesetzgebungskompetenzen unmittelbar dem Bundesorgan *U.S. Congress* zu.

## 2. Gesetzgebungskompetenzen

Hinsichtlich der Gesetzgebungskompetenzen weisen die US-Verfassung und das Grundgesetz im Ausgangspunkt eine Gemeinsamkeit hinsichtlich des verwendeten föderalismusverfassungsrechtlichen „Verteilungssystems“<sup>1116</sup> auf (Enumerationsprinzip – s. u. a)). Ein wesentlicher Unterschied besteht allerdings mit Blick auf die Grundsätze der Parallelität bzw. der Alternativität der Gesetzgebungskompetenzen (s. u. b)), welcher in der Praxis dann freilich wiederum relativiert wird (s. u. c) u. d)).

### a) Gemeinsamkeit: Enumerationsprinzip

Die Grundnormen des Zehnten Zusatzartikels zur US-Verfassung (Am. X USC<sup>1117</sup>) sowie Art. 30, 70 Abs. 1 GG legen jeweils das Enumerationsprinzip als Verteilungssystem (u.a.) für die föderalen Verbandsgesetzgebungskompetenzen fest: Der Bundesebene stehen grundsätzlich<sup>1118</sup> nur die ihr in der Bundesverfassung ausdrücklich zugeteilten Gesetzgebungskompetenzen zu. Sonstige („legitime“<sup>1119</sup>) Gesetzgebungsfelder liegen in der Gesetzgebungskompetenz der föderierten Einheiten. Eine ausdrückliche Zuteilung von konkreten Gesetzgebungskompetenzen an die föderierten Einheiten gibt es dagegen in der US-Verfassung gar nicht und im Grundgesetz nur sehr selten<sup>1120</sup>.

Eine andere Frage ist freilich, wie weit die verfassungstextlich der Bundesebene zugeteilten Kompetenzen letztlich von der politischen Praxis gebraucht (und ggf. von den kontrollierenden Gerichten ausgelegt) werden; in den USA hat die Entscheidung *McCulloch v. Maryland* (1819)<sup>1121</sup> früh eine grundsätzlich extensive<sup>1122</sup> Auslegung

<sup>1116</sup> Zum Begriff *M. Kloepper*, Verfassungsrecht, Bd. I, München 2011, § 21, Rn. 41.

<sup>1117</sup> Am. X USC: „*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.*“

<sup>1118</sup> Für das grundgesetzliche Verfassungsrecht ist insoweit der Kanon eng auszulegender ungeschriebener Bundesgesetzgebungskompetenzen rund um die Kategorien Annexkompetenz, Kompetenz kraft Natur der Sache und Kompetenz kraft Sachzusammenhangs (Überblick bei *M. Kloepper*, Verfassungsrecht, Bd. I, München 2011, § 21, Rn. 149 ff.) zu beachten. Für die US-Verfassung sind insoweit die weite *Necessary and Proper Clause* (Art. I, Sec. 8, Cl. 18 USC) und die grundsätzlich weite Auslegung der geschriebenen Kompetenztitel (s. sogleich bei Fn. 1122) in Rechnung zu stellen.

<sup>1119</sup> Die Gesetzgebung muss sich überhaupt auf eine ‚legitime‘ „power“ im Sinne des Zehnten Zusatzartikels bzw. „staatliche Aufgabe“ im Sinne von Art. 30 GG beziehen – anderenfalls sind auch die föderierten Einheiten nicht gesetzgebungsbefugt; vgl. auch die Ausführungen zum Begriff der ‚hoheitlichen Aufgabe‘: s. o. A. I. 4. b).

<sup>1120</sup> Beachte aber Art. 7 Abs. 4 GG (Privatschulrecht), Art. 98 Abs. 3 GG (Rechtsstellung von Landesrichtern) sowie Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 Abs. 8, Art. 138 Abs. 1 S. 1 WRV (Staatskirchenrecht).

<sup>1121</sup> *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 316 (1819).

<sup>1122</sup> Dies ist freilich eine sehr allgemeine Tendenz; die Weite der Auslegung einzelner Kompetenztitel hat verfassungshistorisch durchaus stark variiert, vgl. insbesondere die Rechtsprechungsentwicklung zur Auslegung des Titels für „*Commerce [...] among the several*

von Bundesgesetzgebungskompetenzen gebilligt.<sup>1123</sup> Zudem enthält die US-Verfassung mit der *Necessary and Proper Clause* (Art. I, Sec. 8, Cl. 18 USC<sup>1124</sup>) eine verfassungstextliche Aussage für – ‚in die Tiefe‘<sup>1125</sup> – weite Bundesgesetzgebungskompetenzen.

### b) Unterschied:

#### *Parallelität v. Alternativität von Gesetzgebungskompetenzen*

Trotz des Enumerationsprinzips als regelungstechnischer Gemeinsamkeit gibt es einen erheblichen Unterschied hinsichtlich der Verteilung von Gesetzgebungskompetenzen zwischen US-Verfassung und Grundgesetz. Dieser Unterschied lässt sich durch die Begriffe ‚Parallelität‘ und ‚Alternativität‘ von Gesetzgebungskompetenzen fassen:

#### aa) Gesetzgebungskompetenzalternativität unter dem Grundgesetz

Dem Grundgesetz liegt in Art. 71, 72 Abs. 1 GG der Grundsatz der Gesetzgebungskompetenzalternativität (genauer: der Alternativität formell-gesetzgebender Tätigkeit von Bund oder Ländern) zu Grunde<sup>1126</sup>: Grundsätzlich wird bzgl. einer Regelungsmaterie und -situation *entweder* der Bund *oder* es werden die Länder formell-gesetzgebend tätig; ein Nebeneinander von Bundesrecht und Landesrecht bzgl. ein und derselben Regelungsmaterie und -situation gibt es grundsätzlich nicht. Für die Bereiche der ausschließlichen Bundesgesetzgebungskompetenz gilt der Ausschluss legislativen Tätigwerdens der Länder bereits unmittelbar kraft der Anordnung in Art. 71 GG; für die konkurrierende Bundesgesetzgebungskompetenz ist die Sperrwirkung gem. Art. 72 Abs. 1 GG vom tatsächlichen legislativen Tätigwerden des Bundes abhängig. Ausnahmen vom Grundsatz der Kompetenzalternativität gelten für die seltenen Konstellationen der Grundsatzgesetzgebung (vgl.

*States*“: Überblick bei E. Chemerinsky, *Constitutional Law. Principles and Policies*, 5. Aufl., New York, N.Y., U.S.A., 2015, S. 252 ff.

<sup>1123</sup> Vgl. M. C. Dorf/T. Morrison, *Constitutional Law*, New York, N.Y., U.S.A., 2010, S. 78.

<sup>1124</sup> Art. I, Sec. 8, Cl. 18 USC: „*The Congress shall have Power [...] To make all Laws which shall be necessary and proper for carrying into Execution the foregoing Powers, and all other Powers vested by this Constitution in the Government of the United States, or in any Department or Officer thereof.*“

<sup>1125</sup> Im Sinne von ‚instrumentell‘; s. die Formulierung „*for carrying into Execution*“ in Art. I, Sec. 8, Cl. 18 USC.

<sup>1126</sup> Vgl. BVerfGE 61, 149 (204) – Amtshaftung: „Doppelzuständigkeit“ [...], auf deren Grundlage Bund und Länder ein und denselben Gegenstand in unterschiedlicher Weise zu regeln vermöchten [...] wäre dem System der verfassungsrechtlichen Kompetenznormen allerdings fremd und mit ihrer Abgrenzungsfunktion (vgl. Art. 70 Abs. 2 GG) auch nicht vereinbar“; ausdrücklich zur „Alternativität“ M. Heintzen, *Die Kategorie der Kompetenz im Bundesstaatsrecht*, Typoskript (Habilitationsschrift, Universität Bonn) 1993, S. 316 ff.; J. Isensee, in: ders./P. Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. VI, 3. Aufl., Heidelberg 2008, § 133, Rn. 95; M. Kloepfer, *Verfassungsrecht*, Bd. I, München 2011, § 21, Rn. 54 f.

Art. 109 Abs. 4 GG – Haushaltsgrundsätze; vgl. auch Art. 140 GG i. V.m. Art. 138 Abs. 1 WRV); nach vorliegend vertretenem Begriffsverständnis handelt es sich bei Art. 109 Abs. 4 GG mangels direkter Außenwirkung freilich um eine Ingerenzkonstellation und keine Kompetenz. In der Abweichungsgesetzgebung gem. Art. 72 Abs. 3 GG wird man eine bloße Modifikation des kompetenzrechtlichen Alternativitätsgrundsatzes (keine ‚echte‘ Ausnahme) sehen können, da hier die *lex posterior*-Regel doch wieder zur Alternativität von Bundes- oder Landesrecht führt.

#### bb) Gesetzgebungskompetenzparallelität unter der US-Verfassung

Die US-Verfassung sieht eine solche Alternativität des legislativen Tätigwerdens von Bundesebene und föderierten Einheiten nicht vor; hier gilt der Grundsatz der (teilweisen<sup>1127</sup>) *Parallelität*<sup>1128</sup> von Gesetzgebungskompetenzen. Art. I, Sec. 8 USC ordnet der Bundesebene zwar Gesetzgebungskompetenzen zu, trifft allerdings – anders als die Art. 71 f. GG – *keine* Aussage dazu, dass die Bundesstaaten insoweit nicht (mehr) tätig werden dürften. Eine solche Sperrwirkung wird dem US-Verfassungsrecht – grundsätzlich – auch *nicht* etwa als ungeschriebener Grundsatz entnommen. Von diesem Grundsatz der parallelen Gesetzgebungskompetenzen gibt es aber Ausnahmen: *Erstens* enthält der Text der US-Verfassung in Art. I, Sec. 10 USC einige sachlich eng umrissene Gesetzgebungsverbote, die (nur) für die Staaten gelten: Umfasst werden u. a. bestimmte außen(-wirtschafts-)politische, militärische und währungspolitische Maßnahmen. *Zweitens* gibt es – eng umgrenzte – ungeschriebene Regeln für den Ausschluss der Legislativtätigkeit der Einzelstaaten – insoweit ist v. a. die *dormant commerce clause*-Dogmatik zu nennen (s. bereits oben § 2, C. III. 3. b) bb)): Im Bereich des staatenübergreifenden Handels und Wirtschaftens wird der Bundesgesetzgebungskompetenz aus Art. I, Sec. 8, Cl. 3 USC für „Commerce [...] among the several States“ unter bestimmten Voraussetzungen eine negative Wirkung (Ausschlusswirkung) im Sinne eines Gesetzgebungsverbots an die Staaten entnommen, (und zwar unabhängig davon, ob die Bundesebene legislativ tätig wurde oder nicht).<sup>1129</sup>

<sup>1127</sup> Parallelität kommt dabei freilich von vorneherein nur in den Bereichen in Betracht, in denen die Bundesebene nach dem Enumerationsprinzip überhaupt Gesetzgebungskompetenzen hat (s. o. a)).

<sup>1128</sup> S. A. Gardbaum, Cornell L. Rev. 79 (1994), 767 (770), und E. A. Farnsworth/S. Shepard, An Introduction to the Legal System of the United States, New York, N.Y., U.S.A., u. a. 2010, S. 72, sprechen von „concurrent powers“ – die begriffliche Nähe darf allerdings nicht darüber hinwegtäuschen, dass schematische und ‚technische‘ Unterschiede zur konkurrierenden Gesetzgebung gem. Art. 72, 74 GG bestehen (s. u. c)).

<sup>1129</sup> Nachweise zur *dormant commerce clause*-Dogmatik aus Rechtsprechung und Schrifttum oben in Fn. 802 ff.

*c) Folgefragen: zu Normenkollisionen und Vorrangfragen*

aa) Zusammenhang von Kompetenzverteilungsschema  
und Normenkollision

Der eben skizzierte Strukturunterschied – kompetenzrechtlicher Parallelitätsgrundsatz der US-Verfassung, kompetenzrechtlicher Alternativitätsgrundsatz des Grundgesetzes – setzt sich in einem weiteren wichtigen Strukturunterschied zwischen dem US-amerikanischen und dem deutschen Föderalismusverfassungsrecht logisch fort: Normenkollisionen zwischen dem Recht der Bundesebene und dem Recht der föderierten Einheiten spielen in den beiden Föderationen unterschiedliche Rollen. Während die Kompetenzparallelität unter der US-Verfassung Normenkonflikte zwischen Bundesrecht und dem Recht der Staaten durchaus praktisch möglich macht, führt der grundgesetzliche Alternativitätsgrundsatz dazu, dass Normenkonflikte zwischen Bundesgesetzen und Landesgesetzen praktisch beinahe ausgeschlossen sind. Da in den USA also Normenkonflikte zwischen Bundesgesetzen und Gesetzen der föderierten Einheiten praktisch viel eher vorstellbar sind als unter dem Grundgesetz, erlangt die Kollisionsnorm Art. VI, Cl. 2 USC (*Supremacy Clause*) viel größere praktische Bedeutung als ihr (annäherndes, partielles) funktionales Äquivalent im Grundgesetz, Art. 31 GG:

bb) Vorrang der „Kollisionsvermeidung“ unter dem Grundgesetz

Art. 31 GG, wonach Bundesrecht Landesrecht bricht, hat wegen der primär maßgeblichen „Kollisionsvermeidung“<sup>1130</sup> durch Kompetenzalternativität nur einen „schmalen Anwendungsbereich“, nämlich in den Fällen, in denen „sich die Kompetenzordnung einmal als unvollkommen erweisen sollte.“<sup>1131</sup> Mit solchen „Unvollkommenheiten“ der Kompetenzordnung sind Überschneidungen der kompetenzuell zugeordneten Gegenstände gemeint, die dazu führen, dass ein und dieselbe Regelungssituation durch konfligierendes Recht beider föderaler Ebenen gesteuert

---

<sup>1130</sup> W. März, Bundesrecht bricht Landesrecht, Berlin 1989, S. 109, zu den Gesetzgebungskompetenznormen als „Kollisionsvermeidungsnormen“, die gegenüber der „Kollisionsentscheidungsnorm“ Art. 31 GG vorrangig maßgeblich seien; so i. W. auch S. Koriath, in: G. Dürig/R. Herzog/R. Scholz (Hrsg.), Grundgesetz, 50. Ergänzungslieferung, München 2007, Art. 31, Rn. 2 (mit dem Vorbehalt „Die Norm steht für den Fall bereit, dass sich die Kompetenzordnung einmal als unvollkommen erweisen sollte.“); tendenziell kritisch zu diesem – „der Befriedigung von Simplifizierungsbedürfnissen“ dienenden – Vorrang-Nachrang-Schema zum Verhältnis zwischen den Verbandsgesetzgebungskompetenzen und Art. 31 GG: K. Engelbrecht, Die Kollisionsregel im föderalen Ordnungsverbund, Tübingen 2010, S. 104 ff., welcher betont, dass „dem Bund die überschneidungsfreie Zuordnung von Rechtsetzungsmaterien“ in statischer (synchrone) wie auch dynamischer (diachrone) Dimension misslingen könne und „zumindest dann“ Art. 31 GG Anwendung finde, a. a. O. (106).

<sup>1131</sup> S. Koriath, in: G. Dürig/R. Herzog/R. Scholz (Hrsg.), Grundgesetz, 50. Ergänzungslieferung, München 2007, Art. 31, Rn. 2; vgl. auch K. Engelbrecht, Die Kollisionsregel im föderalen Ordnungsverbund, Tübingen 2010, S. 104 ff.



wird. Solche Überschneidungen kompetenzieller Zuordnungen sind am ehesten dort möglich, wo das Grundgesetz die Gesetzgebungskompetenzen nicht lediglich entlang sachlicher Aufgabenbereiche (z.B. „die Abfallwirtschaft, die Luftreinhaltung und die Lärmbekämpfung“ in Art. 74 Abs. 1 Nr. 24 GG), sondern mit Blick auf bestimmte Instrumente wie die (auch lenkende) *Steuergesetzgebung* (Art. 105 GG) oder mit Blick auf Rechtsgebiete mit instrumentellem „Eigenleben“<sup>1132</sup> wie „das bürgerliche Recht“ (Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG) bestimmt.<sup>1133</sup>

Eine kompetenzrechtliche „Unvollkommenheit“ lag etwa der Entscheidung des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts im Fall zur Kasseler Verpackungssteuer zugrunde: Es ging um Friktionen zwischen dem Gebrauch der sachlichen Bundesgesetzgebungskompetenz für „Abfallwirtschaft“ aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 24 Var. 1 GG und dem Gebrauch der Lenkungssteuergesetzgebungskompetenz aus Art. 105 Abs. 2a GG für „örtliche Verbrauch- und Aufwandsteuern“ (s.u. § 5, A. IV. 3. a)).<sup>1134</sup> Das Gericht löste den Fall nicht mit Blick auf die Vorrangnorm Art. 31 GG, sondern unter Rückgriff auf das rechtsstaatliche Gebot der widerspruchsfreien Rechtsordnung als Kompetenzausübungsschranke beim Gebrauch von Steuergesetzgebungskompetenzen zu Lenkungszwecken (s.u. § 5, A. IV. 3. a)).<sup>1135</sup> M.a.W.: Bei Konflikten zwischen Sachgesetzgebung und Lenkungssteuergesetzgebung muss grundsätzlich der Lenkungssteuergesetzgeber auf das Programm des Sachgesetzgebers Rücksicht nehmen – und zwar unabhängig davon, wie insoweit die Rollen von Lenkungssteuergesetzgeber und Sachgesetzgeber auf die Akteure Bund und Länder verteilt sind.

Die Entscheidung zur Kasseler Verpackungssteuer unterstreicht die geringe Bedeutung von Art. 31 GG im deutschen Föderalismusverfassungsrecht: Vorrangig

---

<sup>1132</sup> Damit ist gemeint, dass der Kompetenztitel „das bürgerliche Recht“ eben auf ein spezifisches, nämlich privatrechtliches Instrumentarium (u.a. Vertragsrecht, Haftungsrecht) rekurriert; nun kann es aber sein, dass bestimmte sachliche Probleme (Umweltschutz, Schutz von Mieterinnen und Mietern, etc.) sowohl der Regulierung mittels solcher privatrechtlichen Instrumente, aber eben auch mittels öffentlich-rechtlicher Instrumente zugänglich sind. Geraten verschiedene regulierungsstrategische „Rechtsregime“ (Martin Burgi) in Konflikt, so kann dies auch kompetenzielle ‚Unreinheiten‘ (Abgrenzungs-, Abstimmungs- oder gar Geltungsfragen) nach sich ziehen (ausführlich unten § 5, A. IV.).

<sup>1133</sup> Vgl. allgemein zur Unterscheidung zwischen sachlich-thematischer Kompetenzverteilung (Maßnahmetyp nicht im Fokus) und funktionaler Kompetenzverteilung (Maßnahmetyp im Fokus): *G. Bermann*, in: K. Nicolaidis/R. Howse (Hrsg.), *The Federal Vision*, Oxford, U.K., u.a. 2001, S. 191 ff. (191 f.); vgl. auch *P. Dann*, *Parlamente im Exekutivföderalismus*, Berlin u.a. 2004, S. 30 ff.

<sup>1134</sup> BVerfGE 98, 106 – Kommunale Verpackungssteuer.

<sup>1135</sup> Vgl. BVerfGE 98, 106 (118) – Kommunale Verpackungssteuer: „Die Ausübung der Steuergesetzgebungskompetenz zur Lenkung in einem anderweitig geregelten Sachbereich ist jedoch nur zulässig, wenn dadurch die Rechtsordnung nicht widersprüchlich wird. Greift die steuerliche Lenkung auf eine Sachmaterie über, darf der Steuergesetzgeber nicht Regelungen herbeiführen, die den vom zuständigen Sachgesetzgeber getroffenen Regelungen widersprechen.“ Gewissermaßen gibt es in dieser Logik Kompetenzen unterschiedlicher Wertigkeit.

werden Lösungen über die Kompetenzteilung oder jedenfalls über Regeln zur Kompetenzausübung gesucht.

### cc) „Kollisionsentscheidung“ unter der US-Verfassung

Art. VI, Cl. 2 USC besagt, dass die US-Verfassung und bundesverfassungsgemäß erlassenes Bundesrecht den „höchsten“ Rang in der Rechtsordnung der USA besitzen („*supreme Law of the Land*“); die Gerichte der Einzelstaaten werden ausdrücklich an das Bundesrecht gebunden.<sup>1136</sup> Insgesamt kann für das US-Verfassungsrecht eine stärkere (praktische) Bedeutung der „Kollisionsentscheidung“ (gegenüber der „Kollisionsvermeidung“<sup>1137</sup>) ausgemacht werden. Zu Art. VI, Cl. 2 USC hat sich eine ausdifferenzierte Dogmatik entwickelt<sup>1138</sup>, welche die Frage beantwortet, wann ein Normenkonflikt zwischen Bundesrecht und dem Recht der Staaten vorliegt, welcher zum Vorrang des Bundesrechts (und insoweit zur Nichtigkeit des Gesetzes des Staats) führt. Dieser Dogmatik-Komplex firmiert unter dem Begriff *pre-emption*. Normenkonflikte (bzw. die Anordnung des Vorrangs des Bundesrechts gegenüber dem Recht der Staaten) sind demnach entweder ausdrücklich<sup>1139</sup> („*express*“) oder implizit („*implied*“) dem in Rede stehenden Bundesgesetz zu entnehmen; *implied preemption* ist dann gegeben, wenn eine abschließende Besetzung eines gesetzgeberischen Feldes durch Bundesrecht erfolgt ist („*field preemption*“) oder aber Widersprüche in den Regelungsprogrammen bestehen („*conflict preemption*“).<sup>1140</sup> Diese Fälle der *implied preemption* sind erkennbar stark interpretationsabhängig – und stärken insoweit die Rolle der Gerichte.<sup>1141</sup>

<sup>1136</sup> Art. VI, Cl. 2 USC: „*This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding.*“

<sup>1137</sup> Zu den Begriffen „Kollisionsentscheidung“ und „Kollisionsvermeidung“ (ohne Bezug auf die US-Verfassung): W. März, Bundesrecht bricht Landesrecht, Berlin 1989, S. 109; s. auch oben Fn. 1130.

<sup>1138</sup> Es ist freilich umstritten, ob sich die gesamte *preemption*-Dogmatik auf Art. VI, Cl. 2 USC stützen lässt; dagegen etwa S. A. Gardbaum, Cornell L. Rev. 79 (1994), 767 (769 ff.): bei *preemption* gehe es um den generellen Ausschluss der Staaten von der Gesetzgebungskompetenz (gewissermaßen Kollisionsvermeidung), bei *Supremacy* um punktuelle Kollisionsentscheidung (vgl. a. a. O. [771]); s. jedoch *Gade v. National Solid Wastes Management Association*, 505 U.S. 88 (1992), 108: „*under the Supremacy Clause, from which our pre-emption doctrine is derived*“; referierend hierzu E. Chemerinsky, Constitutional Law. Principles and Policies, 5. Aufl., New York, N.Y., U.S.A., 2015, S. 412, welcher davon ausgeht, dass die *preemption*-Dogmatik aus der *Supremacy Clause* folge.

<sup>1139</sup> Vgl. für ein Beispiel: CAA § 209 = 42 U.S. Code § 7543: „*No State or any political subdivision thereof shall adopt or attempt to enforce any standard relating to the control of emissions from new motor vehicles or new motor vehicle engines subject to this part.*“

<sup>1140</sup> Zusammenfassend *Gade v. National Solid Wastes Management Association*, 505 U.S. 88 (1992), 98; referierend hierzu E. Chemerinsky, Constitutional Law. Principles and

*d) Fazit: Prekäre Stellung der föderierten Einheiten  
im Legislativföderalismus*

US-Verfassung und Grundgesetz gehen unterschiedliche Wege, um die legislativen Handlungsspielräume von Bundesebene und föderierten Einheiten zu bestimmen. Im Ergebnis kommt es aber in beiden Föderationen zu Einschränkungen des legislativen Handlungsspielraums der föderierten Einheiten: In den USA primär dadurch, dass Bundesgesetze nach der *preemption*-Dogmatik explizit oder implizit die Nichtigkeit von parallelen Staatengesetzen bewirken können, in Deutschland primär dadurch, dass die verfassungsrechtliche Zuteilung von Bundesgesetzgebungskompetenzen neben der positiven Zuteilung an den Bund auch eine negative Aussage über den Ausschluss der Länder von legislativen Gestaltungsmöglichkeiten enthält.<sup>1142</sup>

Freilich sind die Wege der beiden Bundesverfassungen dann doch teilweise nicht so unterschiedlich. So lassen sich gewisse Ähnlichkeiten zwischen der grundgesetzlichen Kategorie der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenzen und bestimmten Aspekten der US-amerikanischen *preemption* ausmachen: Die Verdrängung des Rechts der föderierten Einheiten durch Bundesrecht ist in beiden Konstellationen letztlich abhängig von der (Deutung der) Art und Weise des Tätigwerdens des Bundesgesetzgebers – etwa davon, ob er ein Sachgebiet flächendeckend oder fragmentarisch regelt.<sup>1143</sup> Von der Intensität der Handhabung der US-amerikanischen *preemption*-Dogmatik (welche letztlich praktisch v. a. durch die Gerichte bestimmt wird) hängt ab, ob nicht aus dem Grundsatz der Kompetenzparallelität unter der US-Verfassung letztlich doch weitgehend ein Verhältnis der faktischen Kompetenzalternativität wird.

---

Policies, 5. Aufl., New York, N.Y., U.S.A., 2015, S. 413 ff., m. w. N.; L. M. Litman, Virginia Law Review 101 (2015), 1289 (1308), m. w. N.

<sup>1141</sup> Vgl. E. Chemerinsky, Constitutional Law. Principles and Policies, 5. Aufl., New York, N.Y., U.S.A., 2015, S. 415 f.

<sup>1142</sup> Der Grundsatz der Kompetenzalternativität unter dem Grundgesetz bedeutet, dass die – positive – Bestimmung (und bei der konkurrierenden Gesetzgebung zusätzlich der Gebrauch) von Bundesgesetzgebungskompetenzen zugleich auch eine – negative – Kompetenzabgrenzung hinsichtlich des Gestaltungsspielraums der Länder darstellt, vgl. M. Heintzen, Die Kategorie der Kompetenz im Bundesstaatsrecht, Typoskript (Habilitationsschrift, Universität Bonn) 1993, S. 316 ff. In den USA kommt die verfassungsrechtliche Zuteilung von Bundeskompetenzen dagegen zunächst als einseitige Bestimmung der Handlungsmöglichkeiten der Bundesebene daher, welche die Handlungsmöglichkeiten der Staaten zunächst unberührt lässt; entsprechende Einschränkungen können sich dann aber aus der *preemption*-Dogmatik ergeben.

<sup>1143</sup> Diese Frage entscheidet unter der US-Verfassung, ob eine *field preemption* bejaht werden kann. Unter dem Grundgesetz ordnet Art. 72 Abs. 1 GG die Sperrwirkung bei der konkurrierenden Gesetzgebung (nur) an, „soweit“ der Bund seine Kompetenzen gebraucht hat; insoweit kann den Ländern Raum für die Ausfüllung von Regelungslücken verbleiben oder auch nicht, vgl. M. Klopfer, Verfassungsrecht, Bd. I, München 2011, § 21, Rn. 97, mit Hinw. auf BVerfGE 78, 249 (273) – Fehlbelegungsabgabe.

Dem Modell des Bundes wurde oben die Vorstellung von den föderierten Einheiten als Orten eigenständiger politischer Gestaltung mit ‚Recht auf eigene Politik‘ entnommen (s. o. § 2, C. II. 1. a) dd) (2)). Der Spielraum eigenständiger politischer Gestaltung der föderierten Einheiten bestimmt sich v. a. anhand der ihnen zugeteilten legislativen Handlungsmöglichkeiten. Insoweit sind insbesondere die eben beschriebenen föderalismusverfassungsrechtlichen Mechanismen der Handhabung der *preemption*-Dogmatik und der Gesetzgebungskompetenzteilung (unter dem Grundgesetz) entscheidend für die Frage nach der politischen Kraft der föderierten Einheiten in den föderalen Ordnungen. Beide hier untersuchte Föderationen gehören dem Subtypus des nationalstaatlichen Föderalismus an und stehen unter erheblichen Unitarisierungsdruck (s. u. § 12, B. I. 2.): Legislative Gestaltungsräume der föderierten Einheiten werden hierdurch eingengt. Diese Einengung wirkt föderalismusverfassungsrechtlich v. a. über extensiv ausgelegte und gebrauchte Bundesgesetzgebungskompetenzen und (in den USA zusätzlich) über eine extensiv gehandhabte *preemption*-Dogmatik. Bei alledem wird man sicherlich grundsätzlich (auch heute noch) einen größeren legislativen Gestaltungsraum der US-Staaten, verglichen mit den deutschen Ländern, ausmachen können<sup>1144</sup>; auf solche Komparative soll es aber gar nicht ankommen.<sup>1145</sup>

### 3. Verwaltungskompetenzen

Wird der politische Gestaltungsspielraum der föderierten Einheiten also wesentlich durch ihre Legislativkompetenzen bestimmt, so können sie – freilich anders geartetes – politisches Gewicht innerhalb der Föderation auch dadurch gewinnen, dass sie Bundesrecht *vollziehen*. Die Verteilung der Verbandskompetenzen für den Vollzug von Bundesrecht wird in den USA und in Deutschland verfassungstextlich sehr unterschiedlich angegangen (s. u. b)). In der (auch unterverfassungsrechtlich gesteuerten) Praxis lassen sich letztlich freilich durchaus Parallelen ausmachen (s. u. c)).

#### *a) Im Fokus: Kompetenzen für den Vollzug von Bundesrecht*

Hinsichtlich der verwaltungsbezogenen Verbandskompetenzen unterscheiden sich die Textbefunde der US-Verfassung und des Grundgesetzes äußerlich und umfangmäßig erheblich: Während das Grundgesetz in den Art. 83 bis Art. 91 GG

---

<sup>1144</sup> Zum verbleibenden legislativen Gestaltungsspielraum der US-Staaten vgl. zusammenfassend etwa E. A. Farnsworth/S. Sheppard, An Introduction to the Legal System of the United States, New York, N.Y., U.S.A., u. a. 2010, S. 72: „*Since federal legislation is chiefly interstitial in nature, it rarely ‚preempts‘ state law [...] to the exclusion of state law on that subject. State statutes are, for the average lawyer, the most common form of legislation*“. Zur starken Einengung des legislativen Gestaltungsspielraums der deutschen Länder s. die Nachweise oben in Fn. 133.

<sup>1145</sup> Hierzu sogleich auch die Anm. bei und in Fn. 1176.

(sowie in Art. 108 GG) eine technisch-detailliert-differenzierte Aufteilung von Verwaltungskompetenzen auf Bund und Länder vorsieht, begnügt sich die US-Verfassung mit der Zuteilung der Organkompetenz für den Vollzug des Bundesrechts an das Bundesorgan US-Präsident (Art. II, Sec. 3, Cl. 4 USC): „*he [i.e., the U.S. President] shall take Care that the Laws be faithfully executed*“.

Bei alledem ist zunächst hervorzuheben, dass sich sowohl Art. II, Sec. 3, Cl. 4 USC wie auch die Art. 83 ff. GG auf den Vollzug von *Bundesrecht* beziehen.<sup>1146</sup> Es ist nämlich – weitgehend, wenn auch nicht völlig ausnahmslos – eine Selbstverständlichkeit, dass das Recht der *föderierten Einheiten* durch diese selbst und nicht durch die jeweilige Bundesebene vollzogen wird. Sehr eng umgrenzte (und in der praktischen Relevanz eher begrenzte) Modifikationen und Ausnahmen von diesem Grundsatz, dass das Recht der föderierten Einheiten auch durch die föderierten Einheiten selbst vollzogen wird, werden sowohl in den USA<sup>1147</sup> wie auch in Deutschland<sup>1148</sup> diskutiert. Die folgenden Ausführungen konzentrieren sich jedoch

<sup>1146</sup> Für die Art. 83 ff. GG ergibt sich dies unmittelbar aus dem Verfassungstext: s. die Abschnittsüberschrift „Die Ausführung der Bundesgesetze [...]“. Für Art. II, Sec. 3, Cl. 4 USC ergibt sich dies nicht unmittelbar aus dem Text der Verfassung (dort ist lediglich die Rede von „*the Laws*“); allerdings kann es als selten eigens explizierte Selbstverständlichkeit gelten, vgl. implizit am Rande m. w. N. etwa R. J. Krotoszynski, Duke Law Journal 61 (2012), 1599 (1640 ff.) – zu beachten ist allerdings, dass der U.S. Supreme Court in *In re Neagle*, 135 U.S. 1 (1890), den Anwendungsbereich von Art. II, Sec. 3, Cl. 4 USC zumindest über „geschriebene“ formelle Bundesgesetze („*Acts of Congress*“) hinaus auf andere Rechtsnormen (mit Bezug zur US-Bundesverfassung und den internationalen Beziehungen der USA) ausgedehnt hat: „*Is this duty limited to the enforcement of acts of Congress or of treaties of the United States according to their express terms, or does it include the rights, duties and obligations growing out of the Constitution itself, our international relations, and all the protection implied by the nature of the government under the Constitution?*“ – diese Frage beantwortet das Gericht a. a. O., 64 ff., positiv.

<sup>1147</sup> Zu einem historischen Beispiel, in welchem in einem Bundesgesetz Bundesbeamte verpflichtet wurden, Gesetze der Staaten zu vollziehen (Inspektion von Schiffen): *D. P. Currie*, Chicago L. Rev. 61 (1994), 775 (790 f.) – d. h. dann aber auch, dass die Staatsengesetze nur mittels bundesgesetzlicher In-Bezug-Nahme, nicht direkt angewendet wurden und auch dies war verfassungsrechtlich umstritten; vgl. für einen Vorschlag, dass Bundesstellen Anti-Korruptionsvorschriften der Staaten gegen Staatenbeamte anwenden sollen: *G. D. Brown*, Cornell L. Rev. 82 (1997), 225 (282); schließlich gibt es Konstellationen in einfach-rechtlichen Arrangements des *cooperative federalism*, wonach Bundesbehörden ausnahmsweise (anstelle von Staatenbehörden) auch hinsichtlich konkretisierender staatlicher Normen vollziehend tätig werden; vgl. *Wyckoff Co. v. EPA*, 796 F.2d 1197 (9th Cir. 1986), 1200–1201 (zum Abfall- bzw. Gefahrstoffrechtsgesetz RCRA § 3031 = 42 U.S.C. § 6934) – d. h. das auch in dieser Konstellation auch ein Bundesgesetz (in Wechselwirkungen mit konkretisierendem Recht der Staaten) relevant ist.

<sup>1148</sup> Zu den Fragen nach dem Vollzug und der Beachtung von Landesrecht durch Bundesbehörden: *M. Klopfer*, in: FS Battis, München 2014, 597 (604), m. w. N.: dort insbesondere zu der Frage, ob es neben der Pflicht von Bundesbehörden zur *Beachtung* von Landesrecht ausnahmsweise auch eine „ungeschriebene Verwaltungskompetenz des Bundes kraft Natur der Sache“ zum *Vollzug* von Landesrecht gebe (zur Frage, ob Bundesbehörden durch den presserechtlichen Auskunftsanspruch der Landespressegesetze verpflichtet werden).

auf die systemprägende Frage der Verbandskompetenzen für den Vollzug von Bundesrecht.

*b) Zwei unterschiedliche Modelle: Trennung und Verschränkung*

Im Grundsatz lässt sich beim Vergleich der Verfassungstexte von Grundgesetz und US-Verfassung ein deutliches Gegenüber zweier unterschiedlicher Modelle für den Vollzug von Bundesrecht ausmachen: Art. II, Sec. 3, Cl. 4 USC ordnet den Vollzug des Bundesrechts dem US-Präsidenten als Organ der Bundesebene zu; Art. 83 GG stellt hingegen den Grundsatz auf, dass das Bundesrecht durch die Länder vollzogen wird. Die Anordnung des Art. II, Sec. 3, Cl. 4 USC beschränkt sich also von vornherein auf die Bundesebene, die Art. 83 ff. GG hingegen nehmen auch ebenenübergreifende Zuordnungen vor. Oben wurden bereits die komparatistischen Kategorien ‚föderales Trennungsmodell‘ (mit den USA als Beispiel) und ‚föderales Verschränkungsmodell‘ (mit Deutschland als Beispiel) eingeführt (s. § 2, B. IV.). Diese Unterscheidung ist im vorliegenden Zusammenhang einschlägig: Durch die Art und Weise der Verteilung der Verbandskompetenzen für den Vollzug von Bundesgesetzen werden – wie auch bei der Frage nach der Intensität der *bottom-up*-Mitwirkungsingerenzen; s. sogleich II. 1. – diese beiden Modelle (Trennung und Verschränkung) letztlich konturiert.<sup>1149</sup>

*c) Relativierung der Unterschiede  
in der unterverfassungsrechtlichen Praxis*

Die Kontrastierung von US-amerikanischem Trennungsföderalismus und deutschem Verschränkungsföderalismus ist im Ausgangspunkt bei einer Fokussierung der ‚bloßen‘ Verfassungstexte zutreffend; allerdings wird sie weder der ‚tatsächlichen‘ Komplexität des US-amerikanischen Vollzugsföderalismus (s. u. aa)) noch den letztlich nicht unerheblichen Abweichungen vom Grundsatz des Art. 83 GG, welche das Grundgesetz in den Art. 86 ff. GG vorsieht oder ermöglicht (s. u. bb)), gerecht.

aa) Unterverfassungsrechtliche Verschränkung  
im US-amerikanischen Vollzugsföderalismus

Der Vollzug von US-Bundesrecht kommt nämlich ‚tatsächlich‘ vielgestaltiger daher, als der Verfassungstextbefund vermuten lässt: Abbe R. Gluck hat den Begriff des „*intrastatutory federalism*“ verwendet, um damit die vielfältigen Strukturen zu erfassen, die der US-Bundesgesetzgeber auf *einfach*-(bundes-)gesetzlicher (also unter-verfassungsrechtlicher) Grundlage zur Einbindung der Staaten in den Vollzug

<sup>1149</sup> So die klassische komparatistische Kontrastierung, vgl. nur *P. Lerche*, in: T. Maunz/ G. Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, 21. Ergänzungslieferung [Altaufll.], München 1983, Art. 83, Rn. 8: „Verzahnungssystem mit Einschränkungen“ unter dem Grundgesetz, „Trennungssystem“ unter der US-Verfassung.

von Bundesgesetzen geschaffen hat.<sup>1150</sup> Der durch diese einfach-gesetzlichen Arrangements geschaffene Vollzug von Bundesgesetzen durch die Staaten wird als „*state administration of federal law*“<sup>1151</sup> oder als „*state implementation of federal law*“<sup>1152</sup> bezeichnet und firmiert auch unter dem Schlagwort ‚*cooperative federalism*‘. Typische Referenzgebiete sind insbesondere das Sozial(-hilfe)-recht, das Gesundheitsrecht, das Immigrationsrecht und das Umweltschutzrecht, dort v. a. das Immissionsschutzrecht und das Gewässerschutzrecht.<sup>1153</sup> Dieser bundesgesetzlich etablierte Vollzugsföderalismus wird von der US-Verfassung nicht ausdrücklich in Bezug genommen. Nach allgemeiner Auffassung wird er allerdings für mit der US-Verfassung vereinbar gehalten – sofern die Übernahme der Vollzugstätigkeit durch die Staaten auf ‚*freiwilliger*‘ Basis erfolgt. Eine bundesgesetzliche *Verpflichtung* der Staaten zur Übernahme von Vollzugsaufgaben wurde vom *U.S. Supreme Court* demgegenüber – aus föderalismusverfassungsrechtlichen Gründen und aus Gründen der horizontalen Gewaltenteilung auf Bundesebene – als verfassungswidriges *commandeering* für nichtig erklärt (näher § 6, A. II. 2. a)).<sup>1154</sup> Sofern den Staaten jedoch eine ‚Wahl‘ bleibt, ob sie am Vollzug der bundesgesetzlichen Programme mitwirken, wird überwiegend von der Verfassungsmäßigkeit solcher bundesgesetzlicher Arrangements ausgegangen: Dies gilt jedenfalls aus *föderalismusverfassungsrechtlicher* Sicht i. e. S. (also mit Blick auf das Bundesebene-Einzelstaaten-Verhältnis), wohingegen die Frage der Vereinbarkeit von *cooperative federalism*-Arrangements mit dem Grundsatz der horizontalen Gewaltenteilung auf Bundesebene (also bezogen auf das Verhältnis zwischen dem *U.S. Congress* und dem Präsidenten) nicht abschließend geklärt ist (in Frage steht eine übermäßige Beschneidung der Aufsichtsrechte des US-Präsidenten über den Vollzug von Bundesrecht).<sup>1155</sup>

<sup>1150</sup> A. R. Gluck, Yale L. J. 121 (2011), 534 (538): „*intrastatutory federalism*‘ – *an informal, nonconstitutional federalism narrative that acknowledges the various ways in which Congress uses state implementers to entrench new national programs*“. Gillian E. Metzger spricht von „*subconstitutional federalism*“, um die Tatsache zu erfassen, dass eine Vielzahl der Beziehungen zwischen US-Bundesebene und Staaten ‚heute‘ durch *unter-verfassungsrechtliche* Dogmatik gesteuert wird (bzw. gesteuert werden sollte), vgl. G. E. Metzger, Duke L. J. 57 (2008), 2023 (2091 ff.).

<sup>1151</sup> E. H. Caminker, University of Kansas L. Rev. 45 (1997), 1075.

<sup>1152</sup> A. R. Gluck, Yale L. J. 121 (2011), 534.

<sup>1153</sup> Vgl. J. Bulman-Pozen/H. K. Gerken, Yale L. J. 118 (2009), 1256 (1274 ff., 1281 f.); A. R. Gluck, Yale L. J. 121 (2011), 534 (537 f.).

<sup>1154</sup> Vgl. für das Verbot, Verwaltungsaufgaben durch Bundesgesetz an die Staaten zu übertragen: *Printz v. United States*, 521 U.S. 898 (1997); vgl. für das – aus derselben ‚Dogmatik-Familie‘ stammende – Verbot, die *Rechtssetzung* in den Staaten bundesgesetzlich zu determinieren: *New York v. United States*, 505 U.S. 144 (1992); *Murphy v. National Collegiate Athletic Association*, 584 U.S. \_\_\_\_ (2018).

<sup>1155</sup> Im Einzelnen ungeklärt ist, ob (oder unter welchen Voraussetzungen) es mit Art. II, Sec. 3, Cl. 4 USC (*Take Care Clause*) vereinbar ist, wenn der Bundesgesetzgeber den Vollzug von Bundesgesetzen den Einzelstaaten überantwortet und damit die Aufsicht über den Vollzug dieser Bundesgesetze dem Einflussbereich des Präsidenten als Bundesexekutivspitze entzieht.



Neben dieser in bestimmten Rechtsgebieten praktisch sehr bedeutsamen Konstellation des einfach-gesetzlich vorgesehenen Vollzugs (*administration* oder *implementation*) von Bundesgesetzen durch die Staaten gibt es eine weitere Konstellation, in welcher die Staaten mit Blick auf die Umsetzung von Bundesrecht aktiv werden: Diese Konstellation firmiert unter dem Schlagwort „*state enforcement of federal law*“<sup>1156</sup> – dabei bezeichnet „*enforcement*“ im Unterschied zum eben diskutierten Modus der ‚*administration*‘ (oder ‚*implementation*‘) nicht den verwaltungsmäßigen Vollzug von Gesetzen durch Verwaltungsbehörden, sondern das (nachträgliche) Hinwirken auf einen ordnungsgemäßen Vollzug oder auf eine Beachtung der Bundesgesetze – insbesondere auf dem Klageweg.<sup>1157</sup> Die Grundkonstellation besteht darin, dass in *Bundesgesetzen*<sup>1158</sup> vorgesehen wird, dass bestimmte Stellen der *Staaten*, nämlich die – überwiegend direkt gewählten<sup>1159</sup> – Generalanwälte der Staaten (*state attorneys general*), in *Bundesgerichten* darauf klagen können, dass die Vorgaben der Bundesgesetze durch die normenunterworfenen Privaten eingehalten oder die verwaltenden Bundesbehörden angewendet werden.<sup>1160</sup> Hier geht es also um eine (aus komparatistischer Sicht bemerkenswerte<sup>1161</sup>) enge Ver-

---

Hier könnte es jedenfalls besonderer einfachrechtlicher Absicherungen des bundesverfassungsrechtlich gebotenen Einflusses des Präsidenten auf die Vollzugstätigkeit der Einzelstaatenbehörden geben; vgl. für eine Beschreibung der Problematik *E. H. Caminker*, University of Kansas L. Rev. 45 (1997), 1075; *R. J. Krotoszynski*, Duke Law Journal 61 (2012), 1599 ff., in Auseinandersetzung mit den unklaren Implikationen der (föderalismus-indifferenten) Entscheidung *Free Enterprise Fund v. Public Company Accounting Oversight Bd.*, 561 U.S. 477 (2010), in welcher es um die Einflussrechte des Präsidenten im Rahmen der Bundesverwaltung ging.

<sup>1156</sup> *M. H. Lemos*, N.Y.U. L. Rev. 86 (2011), 698.

<sup>1157</sup> Zur Abgrenzung von „*enforcement*“ und „*implementation*“: *M. H. Lemos*, N.Y.U. L. Rev. 86 (2011), 698 (715); die Unterscheidung dieser Begriffe ist auch allgemein in der Theorie der nicht-hoheitlichen Regulierung und *governance* verbreitet, vgl. nur das geläufige ‚ANIME‘-Modell von *K. Abbott/D. Snidal*, in: W. Mattli/N. Woods (Hrsg.), *The Politics of Global Regulation*, Princeton, N.J., U.S.A., u. a. 2009, S. 44 (63): ‚ANIME‘ differenziert zwischen *agenda setting*, *negotiation of standards*, *implementation*, *monitoring* und *enforcement*; ‚*implementation*“ bezeichne dabei die Umsetzung von Vorgaben, „*enforcement*“ beziehe sich auf das Hinwirken auf die Umsetzung durch positive oder negative Reaktionen.

<sup>1158</sup> Eine Mindermeinung erblickt hierin ein Verfassungsproblem mit Blick auf die horizontale Gewaltenteilung auf Bundesebene, da der US-Präsident durch das Bundesparlament in seinen Kompetenzen aus Art. II USC beeinträchtigt werde, referierend m. w. N. *M. H. Lemos*, N.Y.U. L. Rev. 86 (2011), 698 (712, dort in Fn. 64). Eine aus föderalismusverfassungsrechtlicher Sicht (insbes. mit Blick auf die Problematik der *preemption* – s. o. 2. c) cc)) noch komplexere Konstellation liegt dann vor, wenn Gesetze der *Staaten*, die parallel zu Bundesgesetzen operieren, Behörden der Staaten Klagerechte zur Einhaltung der Rechtslage einräumen; hierzu unter Auswertung von *Chamber of Commerce v. Whiting*, 563 U.S. 582 (2011), *L. M. Litman*, Virginia Law Review 101 (2015), 1289 (1308 ff.).

<sup>1159</sup> Vgl. die Nachweise bei *M. H. Lemos*, N.Y.U. L. Rev. 86 (2011), 698 (701, dort in Fn. 8).

<sup>1160</sup> Vgl. *M. H. Lemos*, N.Y.U. L. Rev. 86 (2011), 698 (708).

<sup>1161</sup> Dieses enge Aufeinanderbezogensein exekutiver und judikativer Funktionen (nach Maßgabe der Gesetzgebung) ist aus komparatistischer Sicht besonders bemerkenswert, weil es

knüpfung der Sphären der Exekutive und der Judikative – und dies insoweit mit föderalen Implikationen, als dass die *state attorneys general*, also Behörden der Staaten, als Klägerinnen und Kläger zur Sicherstellung der Einhaltung von Bundesrecht auftreten. Beispiele für solche Arrangements, die als relativ neue Entwicklung gelten können<sup>1162</sup>, lassen sich insbesondere in Bundesgesetzen zum Kartellrecht, zum Verbraucherschutzrecht, zum Umweltschutzrecht und zum Antidiskriminierungsrecht finden.<sup>1163</sup> In einigen Rechtsgebieten (insbesondere in Gebieten des Umweltschutzrechts) treten der oben vorgestellte *implementation*-Ansatz, wonach Staatenbehörden an der verwaltungsmäßigen Anwendung des Bundesrechts teilhaben, und der zuletzt vorgestellte *enforcement*-Ansatz in Kombination auf,<sup>1164</sup> sodass unterschiedliche Stellen der Staaten Einfluss auf die Durchsetzung von Bundesrecht nehmen können.

#### bb) Trennungstendenzen durch erstarkende Bundesverwaltung unter dem Grundgesetz

Das eingangs vorgestellte Kontrastbild – Trennungsföderalismus in den USA, Verschränkungs-föderalismus in Deutschland (s.o. b)) – wird nicht nur durch die ‚Realitäten‘ des unterverfassungsrechtlichen Vollzugsföderalismus mit Verschränkungsstrukturen in den USA, sondern auch durch die ‚Wirklichkeit‘ der Verwaltungsorganisation in der Bundesrepublik Deutschland relativiert: Bereits das Grundgesetz selbst kennt – z. T. in Folge von Verfassungsänderungen (so etwa durch Änderung von Art. 90 Abs. 2 GG zur Bundesverwaltung der Bundesautobahnen im Jahr 2017<sup>1165</sup>) – sachliche Felder, in denen Bundesbehörden Bundesrecht selbst vollziehen und *insoweit* gewissermaßen (teilweise) das föderale Trennungsmodell verwirklichen (vgl. Art. 87 Abs. 1 S. 1 u. Abs. 2 S. 1 GG sowie viele Normen der

---

verdeutlicht, wie stark die Interdependenzen zwischen den vorliegend zu Grunde gelegten, dem Grundgesetztext entnommenen Kategorien der Verbandskompetenzen (Gesetzgebungs-, Vollzugs- und Rechtsprechungskompetenzen) sind.

<sup>1162</sup> Vgl. *M. H. Lemos*, N.Y.U. L. Rev. 86 (2011), 698 (712): „*relatively recent phenomenon*“, v. a. seit den 1980er Jahren, vgl. a. a. O. (764): „*growing trend*“.

<sup>1163</sup> Teilweise handelt es sich dabei um Normen, die explizit – als Sonderrecht – die Staaten als Hoheitssträger zur Klage berechtigen (vgl. z. B. den *Consumer Product Safety Improvement Act* CPSIA § 218(b) = 15 U.S.C. § 1477: „*Enforcement by State Attorneys General*“), teilweise werden die Staaten in den Kreis der Klageberechtigten von *citizen suit*-Klauseln einbezogen (vgl. z. B. den *Clean Air Act* CAA § 304 i. V. m. § 302(e) = 42 U.S.C. § 7604, 7602(e)); vgl. zum Ganzen mit zahlreichen Nachweisen zu Bundesgesetzen, welche „*state enforcement of federal law*“ auf die eine oder andere Weise ermöglichen: *M. H. Lemos*, N.Y.U. L. Rev. 86 (2011), 698 (708 ff.); ausführliche Fallstudie zum Konsumgüter-Produktsicherheitsrecht nach dem *Consumer Product Safety Improvement Act (CPSIA) of 2008* bei *A. Widman*, Yale L. & Pol’y Rev. 29 (2010), 165.

<sup>1164</sup> Vgl. *J. Salzman/B. H. Thompson*, Environmental Law and Policy, 5. Aufl., St. Paul, Minn., U.S.A., 2019, S. 94.

<sup>1165</sup> Art. 90 Abs. 2 GG a. F. hatte bis 2017 die Bundesauftragsverwaltung der Bundesautobahnen durch die Länder vorgesehen.

Art. 87a ff. GG). Außerdem lässt sich ein intensiver Gebrauch der Möglichkeiten des Art. 87 Abs. 3 S. 1 GG zur Schaffung bestimmter weiterer Bundesbehörden („selbständige Bundesoberbehörden und neue bundesunmittelbare Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechtes“) durch den einfachen Bundesgesetzgeber ausmachen.<sup>1166</sup> Diese Bundesbehörden vollziehen („selbstverständlich“<sup>1167</sup>) Bundesrecht und verwirklichen *insoweit* ebenfalls das föderale Trennungsmodell in Deutschland.<sup>1168</sup>

Ein besonderer Strukturunterschied zwischen Bundesverwaltung und Landesverwaltung liegt traditionell darin, dass die Landesverwaltung vor Ort tätig ist, die Bundesverwaltung dagegen grundsätzlich<sup>1169</sup> keine Ortsnähe aufweist, sondern in aller Regel durch Zentralstellen handelt. Dieser Strukturunterschied ist vom Grundgesetz erkennbar normativ gewollt. Er liegt v. a. Art. 87 Abs. 3 S. 2 GG zu Grunde, welcher nur unter engen formellen und materiellen Voraussetzungen die Schaffung von bundeseigenen Mittel- und Unterbehörden zulässt. Dahinter steht der Gedanke, dass die Bundesverwaltung durch die Schaffung bundeseigener Mittel- und Unterbehörden ein den Landesverwaltungen ähnliches Gepräge erhalten würde. Bundeseigene Mittel- und Unterbehörden sollen nach dem Bild des Grundgesetzes – stärker noch als die ohnehin bereits eine Ausnahme darstellende Bundesverwaltung durch Zentralstellen – eine *besondere* Ausnahme bleiben. Allerdings hat der Bundesgesetzgeber vereinzelt – verfassungsrechtlich fragwürdige – institutionelle Gestaltungen gefunden, auch ohne die förmliche Einrichtung von Mittel- und Unterbehörden im Sinne des Art. 87 Abs. 3 S. 2 GG doch eine gewisse regionale Streuung der Bundesverwaltung zu erreichen: so insbesondere über die sog. Außenstellen von Bundesbehörden (z. B.<sup>1170</sup> die Außenstellen des Bundesamts für Migration und Flüchtlinge – BAMF<sup>1171</sup>).

<sup>1166</sup> Vgl. nur *F. Kirchhof*, in: G. Dürig/R. Herzog/R. Scholz (Hrsg.), Grundgesetz, 93. Ergänzungslieferung, München 2020, Art. 83, Rn. 14; siehe auch a. a. O., vor Rn. 13 die Überschrift „Erosion der Administrativkompetenzen der Länder“; vgl. auch die Einschätzung bei *J. Oebbecke*, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VI, 3. Aufl., Heidelberg 2008, § 136, Rn. 128: „große praktische Bedeutung“; vgl. den Überblick bei *M. Ibler*, in: G. Dürig/R. Herzog/R. Scholz (Hrsg.), Grundgesetz, 64. Ergänzungslieferung, München 2012, Art. 87, Rn. 267.

<sup>1167</sup> S. jedoch den Hinweis oben in Fn. 1148.

<sup>1168</sup> Hierzu bereits *P. Lerche*, in: T. Maunz/G. Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, 21. Ergänzungslieferung [Altaufg.], München 1983, Art. 83, Rn. 8 a. E.

<sup>1169</sup> Vgl. freilich Art. 87 Abs. 1 S. 1 GG für sachlich eng umgrenzte Ausnahmen.

<sup>1170</sup> *Hypothetisch* wurde die Problematik der regional gestreuten Außenstellen von Bundesoberbehörden als Umgehung des Art. 87 Abs. 3 S. 2 GG diskutiert im Rahmen der (verfassungs-)rechtspolitischen Debatte der 2000er Jahre um die Möglichkeiten und Grenzen der Überführung der Atomverwaltung von der Bundesauftragsverwaltung durch die Länder in die bundeseigene Verwaltung: skeptisch *M. Burgi*, NVwZ 2005, 247 (252 f.), m. w. N.; hierzu auch *H. Jürgensen/L. Laude*, DÖV 2019, 468 (475, 477).

<sup>1171</sup> Laut VG Düsseldorf, NVwZ 1993, 503 ff., liegt im Fall der BAMF-Außenstellen eine verfassungswidrige Umgehung des Art. 87 Abs. 3 S. 2 GG bei summarischer Prüfung im einstweiligen Rechtsschutz nahe; so auch *H. Jürgensen/L. Laude*, DÖV 2019, 468 (473); a. A.

Freilich wird der Aspekt der Ortsnähe als Strukturunterschied zwischen Bundes- und Landesverwaltung durch die tatsächlichen Entwicklungen in gewisser Weise teilweise relativiert: Sachlicher Unitarisierungsdruck und die „wachsenden technischen Möglichkeiten“ führen dazu, dass das Verwalten von Zentralstellen aus gegenüber dem ortsnahen Verwalten häufig als die sinnvollere Möglichkeit zur Bewältigung von öffentlichen Aufgaben daherkommt, Ortsnähe also in vielen Bereichen verzichtbar wird.<sup>1172</sup> Für viele ‚moderne‘ – oftmals EU-rechtlich gerahmte<sup>1173</sup> – Verwaltungsaufgaben kommen von vorneherein eher Zentralstellen (also Bundesbehörden) in Betracht.<sup>1174</sup>

Das skizzierte Bild einer intensivierten Bundesverwaltung relativiert das Image vom deutschen Verschränkungs föderalismus. Freilich werden aber viele bundesgesetzlich vorgegebene Verwaltungsaufgaben (weiterhin) durch Landesbehörden entsprechend der Art. 83 bis Art. 85 GG ausgeführt. Doch selbst in diesem Bereich der Ausführung der Bundesgesetze durch die Länder wird – bei materieller Betrachtung – eine Vertiefung von Zentralisierungstendenzen beobachtet: Die hohe Regelungsdichte der Bundesgesetze führe zu einer Einengung der Umsetzungsspielräume der Länder, sodass insoweit keine bedeutsame Machtaufteilung zwischen den Verbänden mehr gegeben sei.<sup>1175</sup>

---

VG Frankfurt a. M., NVwZ 1993, 810; zu weiteren Stimmen der Rechtsprechung, die eine Umgehung verneinen, kritisch-referierend *H. Jürgensen/L. Laude*, DÖV 2019, 468 (472). Ausführlich zu den verfassungsrechtlichen Grenzen der Errichtung von Außenstellen *S. K. Thoren*, Möglichkeiten und Grenzen des Ausbaus bundeseigener Verwaltung auf der Grundlage des Art. 87 Abs. 3 S. 2 GG, Köln 1988, S. 74 ff., 126; zusammenfassend *M. Klopfer*, Handbuch der Verfassungsorgane im Grundgesetz, Berlin 2022, § 3, Rn. 233.

<sup>1172</sup> Hierzu (auch mit dem Zitat der „wachsenden technischen Möglichkeiten“) *M. Ibler*, in: G. Dürig/R. Herzog/R. Scholz (Hrsg.), Grundgesetz, 64. Ergänzungslieferung, München 2012, Art. 87, Rn. 267, unter Hinweis auf *J. Oebbecke*, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VI, 3. Aufl., Heidelberg 2008, § 136, Rn. 95: „Die Entwicklung der Informationsverarbeitung und -übermittlung macht es in vielen Bereichen immer leichter, auch ohne Ortsnähe effektiv zu verwalten.“

<sup>1173</sup> Diesen Aspekt betont *F. Kirchhof*, in: G. Dürig/R. Herzog/R. Scholz (Hrsg.), Grundgesetz, 93. Ergänzungslieferung, München 2020, Art. 83, Rn. 14.

<sup>1174</sup> Als Beispiel können die Aufgaben des Umweltbundesamts im Rahmen des Treibhausgas-Emissionshandels nach dem TEHG genannt werden; freilich ist der Vollzug des TEHG auf eine Ergänzung der Zuständigkeiten des Umweltbundesamts mit Zuständigkeiten der für Immissionsschutz zuständigen Behörden ‚vor Ort‘ ausgerichtet, vgl. § 19 Abs. 1 Nr. 1 u. Nr. 3 TEHG; zur Verfassungsmäßigkeit der Vollzugskompetenzen im TEHG: BVerwGE 124, 47.

<sup>1175</sup> Vgl. *F. Kirchhof*, in: G. Dürig/R. Herzog/R. Scholz (Hrsg.), Grundgesetz, 93. Ergänzungslieferung, München 2020, Art. 83, Rn. 16, welcher diese Entwicklung als „verfassungsfremd“ bewertet.

d) *Folgerung: föderale Machtambivalenz der Verwaltungskompetenzen*aa) *Gemenge von Trennungs- und Verschränkungselementen*

Die vorstehenden Ausführungen zeigen, dass die von den beiden Verfassungstexten nahegelegte Kontrastierung der Modelle der Trennung (in den USA) bzw. die Verschränkung (in Deutschland; s. o. a)) durch tatsächliche und unterverfassungsrechtliche Entwicklungen in Frage gestellt wird. Vielmehr zeigt sich eine tendenzielle Gemeinsamkeit beider Föderationen, welche darin liegt, dass die föderierten Einheiten in der praktischen Realität jeweils wichtige Aufgaben beim Vollzug von Bundesgesetzen übernehmen; in beiden Föderationen sind Verschränkungsstrukturen bei den Vollzugskompetenzen auszumachen. In den USA ist diese Stellung der Staaten zwar nicht im Verfassungstext angelegt, ergibt sich aber aus entsprechenden einfach-gesetzlichen Gestaltungsentscheidungen des Bundesparlaments *U.S. Congress* (s. o. c) aa)). In Deutschland sieht das Grundgesetz in Art. 83 GG die Kompetenz der Länder für den Vollzug von Bundesrecht sogar ausdrücklich als Normalfall vor.

Umgekehrt lassen sich in *beiden* Föderationen auch Elemente des Trennungsmodells im Bereich der Vollzugskompetenzen ausmachen: Unter dem Grundgesetz ist ein Ausbau und Bedeutungsgewinn der Bundesverwaltung erkennbar (s. o. c) bb)). In den USA bleiben trotz der eben beschriebenen Verschränkungsentwicklungen eines einfach-gesetzlichen „*intrastatutory federalism*“ auch Trennungsstrukturen relevant: Viele Bundesgesetze („*organic statutes*“) sehen die Einrichtung von wirkmächtigen Bundesbehörden (*Environmental Protection Agency, Federal Energy Regulatory Commission, Food and Drug Administration, Federal Communications Commission*, etc.) vor. Insoweit führt der expansive Gebrauch von Bundesgesetzgebungskompetenzen – der Logik des föderalen Trennungsmodells entsprechend – häufig auch zu einer starken Bundesexekutive.

Bei alledem soll hier keine quantitative Aussage darüber getroffen werden, wie das jeweilige absolute ‚Ausmaß‘ an Verwirklichung von Verschränkungs- bzw. Trennungsföderalismus in den beiden untersuchten Föderationen ist oder ob in der einen Föderation eine der beiden Tendenzen stärker ist als in der anderen. Es kommt darauf an, dass die beiden angesprochenen widerstreitenden Tendenzen jeweils in beiden Föderationen wirksam sind.<sup>1176</sup>

bb) *Folgerungen für die Stellung der föderierten Einheiten*

Für die Stellung der föderierten Einheiten innerhalb der jeweiligen Gesamtföderationen – und insbesondere für die oben aus dem Modell des Bundes hergeleitete Vorstellung von den föderierten Einheiten als Orten eigenständiger politischer Ge-

<sup>1176</sup> Hier spiegelt sich der später methodologisch zu reflektierende Impetus der vorliegenden Studie zum äquivalenten Vergleichen, also zum Suchen nach Gemeinsamkeiten (s. u. § 9, C. I. 3. b) bb)).

staltung mit ‚Recht auf eigene Politik‘ (s.o. § 2, C. II. 1. a) dd) (2)) – ergibt sich aus diesem Befund Folgendes: Auf der einen Seite führen die in beiden Föderationen vorhandenen Verschränkungselemente zu einer potenziellen Machtposition der föderierten Einheiten (s.u. (2)); auf der anderen Seite liegt in den Trennungselementen *auch* das Potential einer Verschärfung des politischen Bedeutungsverlusts der föderierten Einheiten (s.u. (1)):

### (1) *Starke Bundesverwaltung als Föderalismusgefährdung*

Zunächst soll auf den letztgenannten Aspekt der Trennungselemente eingegangen werden: Die Stärkung der Bundesverwaltung birgt das Potential, die Schwächung der föderierten Einheiten, welche im Bereich des *Legislativföderalismus* mit der wachsenden Bedeutung der Bundesgesetzgebungskompetenzen angelegt ist (s.o. 2. d)), im Bereich des *Administrativföderalismus* zu perpetuieren und noch zu verschärfen.

Als Gegenstrategie im US-amerikanischen Föderalismus hat Gillian E. Metzger Anfang des 21. Jahrhunderts beobachtet, dass die Frage nach der rechtlichen Absicherung des föderalen Prinzips zunehmend in das Verwaltungsrecht hinein verlagert werde<sup>1177</sup>: Dadurch, dass das verwaltende Handeln großer Bundesbehörden seit Mitte des 20. Jahrhunderts immer wichtiger geworden ist, entscheide sich die Frage, ob die Interessen der Staaten in der Bundespolitik angemessen berücksichtigt werden, zunehmend in diesem Bereich. Metzger beschreibt eine Verlagerungsbewegung: Zwar verzichte der *U.S. Supreme Court* weitgehend (freilich nicht gänzlich) darauf, den extensiven Gebrauch der Bundesgesetzgebungskompetenzen und die Schaffung von Befugnissen für Bundesbehörden verfassungsgerichtlich einzuhegen<sup>1178</sup>, allerdings würden die Dogmatiken des *federal administrative law* (also die rechtlichen Regeln für die Arbeit der Bundesbehörden) zunehmend mit Blick auf föderale Belange ausgelegt; das Handeln der Bundesbehörden werde auf die Berücksichtigung föderaler Aspekte (also etwa lokaler *policy*-Besonderheiten) verpflichtet,<sup>1179</sup> so beispielsweise, wenn die Entscheidung einer Bundesbehörde, unter

<sup>1177</sup> Vgl. G. E. Metzger, Duke L. J. 57 (2008), 2023; ähnlich C. M. Sharkey, Duke L.J. 58 (2009), 2125 (2155 ff.); vgl. auch E. A. Young, Yale L. J. 117 (2007), 408 (429 ff.), zu *Gonzales v. Oregon*, 546 U.S. 243 (2006) – s.u. § 5, A. I. 2. b) bb) – als Verwirklichung von „statutory safeguards of federalism“.

<sup>1178</sup> Exemplarisch kann insoweit die Entscheidung *Gonzales v. Raich*, 545 U.S. 1 (2005) stehen: Die Bundesgesetzgebungskompetenz für das Bundes-Betäubungsmittelgesetz *Controlled Substances Act* (CSA) wurde von der – im Wesentlichen ‚liberalen‘(!) – Mehrheitsmeinung grundsätzlich bejaht, und zwar auch soweit mittelbar in bestimmten Einzelstaaten legalisiertes, medizinisch indiziertes Marihuana betroffen sei; dabei wurde allerdings darauf hingewiesen, dass Einzelheiten des *Vollzugs* dann bestimmten verwaltungsrechtlichen Sicherungen unterliegen könnten, vgl. G. E. Metzger, Duke L. J. 57 (2008), 2023 (2041).

<sup>1179</sup> Vgl. G. E. Metzger, Duke L. J. 57 (2008), 2023 (2031 ff.; 2053 ff.), zu entsprechenden Fällen, insbesondere *ADEC v. EPA*, 540 U.S. 461 (2004) – näher unten § 6, A. II. 2. b); *Gonzales v. Oregon*, 546 U.S. 243 (2006) – näher unten § 5, A. I. 2. b) bb); *Massachusetts v. EPA*, 549 U.S. 497 (2007) – näher unten § 5, B. II. 2. a); *Gonzales v. Raich*, 545 U.S. 1 (2005),

Vollzug des Bundes-Betäubungsmittelgesetzes *Controlled Substances Act* (CSA) dagegen vorzugehen, wenn Ärztinnen und Ärzte Patientinnen und Patienten Medikamente für ärztlich begleitetes Sterben (*physician-assisted death* oder *medical aid in dying*) bereitstellen, obwohl in dem entsprechenden Staat (im konkreten Fall: in Oregon) ärztlich begleitetes Sterben durch ein Gesetz des Staats ausdrücklich legalisiert wurde (hierzu unten § 5, A. I. 2. b) bb)).<sup>1180</sup>

Die – insgesamt freilich deutlich zaghaftere, aber eben doch zu beobachtende – Expansion der Bundesverwaltung unter dem Grundgesetz stößt nach dem oben Gesagten (s.o. c) bb)) zwar auf die Widerstände des Grundgesetztexts (vgl. insbesondere Art. 83, Art. 87 Abs. 3 GG). Diese Widerstände werden nun aber entweder durch förmliche Verfassungsänderungen (etwa von Art. 90 Abs. 2 GG zur Bundesverwaltung der Bundesautobahnen nach Grundgesetzänderung 2017) oder aber durch eine doch relativ zurückhaltende Verfassungsrechtsdurchsetzung (so etwa hinsichtlich der Problematik der BAMF-Außenstellen<sup>1181</sup>) relativiert. Die in den USA zunehmend diskutierte Frage, inwieweit eine starke Bundesverwaltung bei ihrer Arbeit föderale Belange zu berücksichtigen hat, wird in der deutschen Föderalismusdiskussion – soweit ersichtlich – nicht gestellt.

## (2) Unsichere Macht der föderierten Einheiten durch Verwaltungsexpertokratie

Die in beiden Föderationen – neben den skizzierten Tendenzen der Verwaltungsunitarisierung – auch zu beobachtende Einbindung der föderierten Einheiten in den Vollzug von Bundesrecht stellt eine wichtige (potenzielle) Machtposition der Staaten bzw. der Länder dar. Gerade angesichts der – in den beiden Föderationen mehr oder weniger – prekären Stellung der föderierten Einheiten im *Legislativföderalismus* (s.o. 2. d)), hat ihre Position im *Administrativföderalismus* eine entsprechend größere Relevanz, freilich ohne dass es hier einfache schematische Kompensationsverhältnisse gibt. (Angesichts der Tatsache, dass nicht jedes Bundesgesetz der Ausführung durch Verwaltungsbehörden bedarf<sup>1182</sup> – insbesondere wird Privatrecht nicht durch Behörden, sondern allenfalls durch Gerichte durchgesetzt –, können Positionen im Administrativföderalismus von vorneherein nur teil-

---

u. a., und einer Systematisierung der Ansätze; vgl. dann Metzger, a. a. O. (2100 ff.) zu rechtspolitischen Vorschlägen, die Berücksichtigung von föderalen Belangen im *federal administrative law* künftig noch zu verstärken.

<sup>1180</sup> Vgl. *Gonzales v. Oregon*, 546 U.S. 243 (2006); hierzu G. E. Metzger, Duke L. J. 57 (2008), 2023 (2032 ff.) – Metzger hebt hervor, dass nicht deutlich sei, inwieweit die vom Gericht aufgegriffene Föderalismusargumentation letztlich im Fall entscheidend gewesen sei, da daneben auch grundlegende verwaltungsverfahrenrechtliche und gewaltenteilungsbezogene Zweifel an der Entscheidung der Bundesbehörde bestanden hätten.

<sup>1181</sup> Näher oben in und bei Fn. 1171.

<sup>1182</sup> Die Art. 83 ff. GG beziehen sich nur auf Gesetze, die „überhaupt in verwaltungsmäßiger Weise ausführungsfähig (und daher auch ausführungsbedürftig) sind“, P. Lerche, in: T. Maunz/G. Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, 21. Ergänzungslieferung [Altauf.], München 1983, Art. 83, Rn. 56.



weise einen Ausgleich für fehlende Positionen im Legislativföderalismus bereitstellen.)

Für das Grundgesetz wird die Bedeutung der Verwaltungsexpertokratie der Länder als Strukturmerkmal im Funktionen- und Machtgefüge des „unitarischen Bundesstaats“ (Konrad Hesse) schon lange herausgehoben (näher § 6, C. III.).<sup>1183</sup> In den USA ist diese Betrachtung erst in der jüngeren Forschung zum US-amerikanischen Föderalismus vertieft worden: So haben Jessica Bulman-Pozen und Heather Gerken die „Macht des Dieners“ betont, welche die Staaten innerhalb der Strukturen des kooperativen Föderalismus gewinnen.<sup>1184</sup> Es geht hier um faktisch wirkende *bottom-up*-Verbandsingerenzen durch den (potenziellen, androhbaren) Nicht- oder ‚Schlecht‘-Gebrauch Zuständigkeiten der föderierten Einheiten (s. oben A. II. 3. c) und unten § 6, C. II.). Bulman-Pozen und Gerken sprechen von „*administrative safeguards of federalism*“.<sup>1185</sup> Bulman-Pozen hebt hervor, dass die Staaten gerade in ihrer Position als dezentrale Entscheidungsträger im größeren Ganzen des nationalen *governance*-Prozesses – also im Verschränkungs-föderalismus (und nicht als separierte Souveräne im Trennungsföderalismus) – ihre Rolle als Orte „demokratischen Geistes, demokratischen Impulses und demokratischer Handlung“ behielten.<sup>1186</sup> Verschränkter Administrativföderalismus kommt in dieser Sicht nicht als Bedrohung, sondern gar als Absicherung des föderalen Prinzips daher.<sup>1187</sup> Die Herausbildung des ‚modernen‘ Verwaltungsstaats seit dem *New Deal* der 1930er Jahre sei keine einseitige Stärkung der Bundesebene, sondern *auch* eine Ermächtigung der Staatenadministrativen gewesen.<sup>1188</sup>

Die Stellung der Staaten und Länder im bundesgesetzlich strukturierten Administrativföderalismus ist freilich prekär. Das betrifft – *erstens* – bereits die Frage, *ob* die föderierten Einheiten *überhaupt* Zuständigkeiten zum Vollzug der Bundesgesetze haben: In den USA ist die Einbindung der Staaten in das größere System des Administrativföderalismus nicht bundesverfassungsrechtlich garantiert, sondern von entsprechenden Entscheidungen des *U.S. Congress* abhängig<sup>1189</sup> (s.o. c) aa)). In Deutschland garantiert das Grundgesetz zwar die zentrale Rolle der Länder beim

<sup>1183</sup> Vgl. K. Hesse, Der unitarische Bundesstaat, Karlsruhe 1962, S. 28.

<sup>1184</sup> Vgl. J. Bulman-Pozen/H. K. Gerken, Yale L. J. 118 (2009), 1256 (1265 ff.); näher zum Bild des „Dieners“ unten § 6, C. II.

<sup>1185</sup> Vgl. J. Bulman-Pozen/H. K. Gerken, Yale L. J. 118 (2009), 1256 (1285 ff., 1292 ff.).

<sup>1186</sup> Vgl. J. Bulman-Pozen, Yale L. J. 123 (2014), 1920: „*precisely because states are disaggregated sites of national governance, not separate sovereigns, they continue to serve as vital cells of democratic sentiment, impulse, and action.*“

<sup>1187</sup> Vgl. J. Bulman-Pozen, Yale L. J. 123 (2014), 1920 (1926): „*inversion of menace into safeguard*“.

<sup>1188</sup> Vgl. J. Bulman-Pozen, Yale L. J. 123 (2014), 1920 (1933 f.).

<sup>1189</sup> Vgl. A. R. Gluck, Yale L. J. 121 (2011), 534 (550): „*the intrastatutory federalism question is entirely in Congress's hands – [...] Congress has the choice (usually subject to state acceptance of the task) whether to bring state implementers into federal statutory schemes*“.

Vollzug der Bundesgesetze, wie erwähnt sind aber Tendenzen, welche die im grundgesetzlichen Leitbild des Art. 83 GG angelegte Stellung der Landesverwaltungen durch den Ausbau und Bedeutungsgewinn der bundeseigenen Verwaltung relativieren, auszumachen (s.o. c) bb)). Weitergehend stellt sich – *zweitens* – die Frage, wie die Positionen der förderierten Einheiten *innerhalb* der administrativen Verschränkungsstrukturen gesichert sind: Für die einfach-gesetzlichen Verschränkungsstrukturen des US-Föderalismus können hier bislang nur Ansätze für eine Dogmatik zum Schutz der Positionen der Staaten ausgemacht werden (s.u. § 6, A. II. 2. b)).<sup>1190</sup> Unter dem Grundgesetz geht es insoweit vor allem um die Reichweite und Grenzen der Bundesingerenzen nach Art. 84 und Art. 85 GG (allgemeine Verwaltungsvorschriften, Weisungen, etc. – hierzu § 6, A. II. 3.).

#### 4. Exkurs: Rechtsprechungskompetenzen

##### a) Zwei unterschiedliche Modelle: Trennung und Ergänzung

Ähnlich wie bei den verwaltungsbezogenen Verbandskompetenzen (s.o. 3.) lässt sich auch bei den rechtsprechungsbezogenen Verbandskompetenzen in den USA und in Deutschland als komparatistischer Ausgangspunkt die Kontrastierung von föderalem Trennungsmodell (in den USA) und föderalem Verschränkungsmodell – treffender hier: Ergänzungsmodell<sup>1191</sup> – (in Deutschland) einnehmen: In den USA bestehen zwei voneinander getrennte, parallele Gerichtssysteme, dasjenige der Bundesgerichte<sup>1192</sup> und dasjenige der Gerichte der Staaten (*jeweils* mit selbststän-

<sup>1190</sup> Vgl. etwa das abw. Sondervotum von Justice Anthony Kennedy zu *ADEC v. EPA*, 540 U.S. 461 (2004), 502 (518): „If cooperative federalism [...] is to achieve Congress' goal of allowing state governments to be accountable to the democratic process in implementing environmental policies, federal agencies cannot consign States to the ministerial tasks of information gathering and making initial recommendations, while reserving to themselves the authority to make final judgments under the guise of surveillance and oversight“; Kennedy verwendete hier zudem den Topos der föderalen Würde: „Under the majority's reasoning, these [...] statutes [...] could be said to confer on federal agencies ultimate decisionmaking authority, relegating States to the role of mere provinces or political corporations, instead of coequal sovereigns entitled to the same dignity and respect“; hierzu referierend G. E. Metzger, Duke L. J. 57 (2008), 2023 (2031 f., 2055 f.); näher unten § 6, A. II. 2. b).

<sup>1191</sup> ‚Ergänzung‘ in Anlehnung an Christian Hillgrubers Rede vom „komplementäre[n] System der (Teil-)Gerichtsbarkeiten“, C. Hillgruber, in: G. Dürig/R. Herzog/R. Scholz (Hrsg.), Grundgesetz, 95. Ergänzungslieferung, München 2021, Art. 92, Rn. 80; ‚Verschränkungsmodell‘ ist auch zutreffend – freilich wird damit aber eher hervorgehoben, dass Gerichte der Länder v.a. auch Bundesrecht anwenden und durchsetzen; dies trifft aber nicht die Besonderheit der Ergänzung zu einem einheitlichen Instanzenzug.

<sup>1192</sup> Die Aussagen der US-Verfassung zur Ausgestaltung der Bundesgerichtsbarkeit sind stark fragmentarisch: Art. III, Sec. 1, Cl. 1 USC richtet verfassungskräftig nur den *U.S. Supreme Court* ein und weist dem Bundesgesetzgeber im Übrigen eine Gesetzgebungszuständigkeit zur Schaffung von „inferior Courts“ zu. Von dieser Zuständigkeit hat der Bundesgesetzgeber insbesondere im *Judiciary Act* (vgl. 28 U.S.C. §§ 1 ff.) Gebrauch gemacht. Es

digen Instanzenzügen); in Deutschland gibt es grundsätzlich<sup>1193</sup> ein einheitliches, integriertes Gerichtssystem mit den Gerichten der Länder am unteren Ende und – ergänzend – den obersten Gerichtshöfen des Bundes (vgl. Art. 95 Abs. 1 GG) am oberen Ende des Instanzenzugs.<sup>1194</sup> Modifikationen von diesem Grundsatz (etwa letztinstanzliche Entscheidungen durch Gerichte der Länder oder erstinstanzliche Entscheidungen durch Bundesgerichte) können durch den Bundesgesetzgeber vorgesehen werden (vgl. Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG).<sup>1195</sup>

### b) Hyperkomplexität im Detail

Jenseits dieses kruden Grundkontrasts – Trennung/Ergänzung – stößt ein komparatistischer Zugriff auf die föderalen Verbandskompetenzen im Bereich der Rechtsprechung in den USA und in Deutschland auf methodologische Schwierigkeiten: Die Rolle der Gerichte ist in den beiden zu vergleichenden Rechtsordnungen insgesamt deutlich unterschiedlich ausgestaltet, sodass ein entsprechender Vergleich Hyperkomplexität annehmen muss. Es ist nämlich nicht damit getan, die jeweiligen Zuständigkeiten von Bundesgerichten einerseits und Gerichten der Staaten bzw. Länder andererseits aufzulisten; die Komplexität der Stellung der Rechtsprechung (und wohlgemerkt nicht etwa nur der *Verfassungsrechtsprechung*) in Föderationen ergibt sich vielmehr erst bei Berücksichtigung von mindestens drei weitergehenden Aspekten: *Erstens* stellt sich die Frage, wer unter welchen Voraussetzungen Gerichte anrufen darf (Klagebefugnis und *standing*); hierzu zählen in den USA nämlich – wie oben bei den Vollzugskompetenzen unter dem Schlagwort ‚*enforcement*‘ angerissen wurde (s. o. 3. c) aa)) – auch Stellen der föderalen Träger (insbesondere *attorneys general*).<sup>1196</sup> *Zweitens* stellen sich Fragen hinsichtlich des von den Gerichten anzuwendenden Rechts, u. a.: Haben Bundesgerichte auch das Recht der föderierten Einheiten anzuwenden; welches Recht ist anwendbar, wenn die Parteien des

---

wurden erstinstanzielle Gerichte (*U.S. District Courts*) und Berufungsgerichte (*U.S. Court of Appeals*) geschaffen.

<sup>1193</sup> Ausnahmen (gewissermaßen in Verwirklichung des föderalen Trennungsmodells) ermöglicht das Grundgesetz selbst: vgl. Art. 96 GG zu Bundesgerichten „für Angelegenheiten des gewerblichen Rechtsschutzes“, zu Wehrstrafrichtern und zu Bundesgerichten für Disziplinar- und Beschwerdeverfahren für den öffentlich-rechtlichen Dienst des Bundes.

<sup>1194</sup> Vgl. C. Hillgruber, in: G. Dürig/R. Herzog/R. Scholz (Hrsg.), Grundgesetz, 95. Ergänzungslieferung, München 2021, Art. 92, Rn. 80; K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, München 1980, S. 394, spricht mit Blick auf die Gerichtsbarkeit außerhalb der Verfassungsrechtsprechung von einer „Bund-Länder-Gemeinschaftsaufgabe“.

<sup>1195</sup> Vgl. C. Hillgruber, in: G. Dürig/R. Herzog/R. Scholz (Hrsg.), Grundgesetz, 95. Ergänzungslieferung, München 2022, Art. 92, Rn. 80.

<sup>1196</sup> Bundesstellen bzw. Stellen der Staaten treten als Klägerinnen vor Bundes- oder Staatterichten auf, um auf die gerichtliche Durchsetzung von Bundes- oder Staatenrecht hinzuwirken. Diese prozessuale Konstellation unterscheidet sich strukturell erheblich vom deutschen Verwaltungsprozessrecht, welches im Regelfall als verwaltungsgerichtliche Verlängerung des verwaltungsbehördlichen Verfahrens zu Gunsten der Bürgerinnen und Bürger daherkommt (vgl. nur § 42 Abs. 1, § 68 VwGO).

Rechtsstreits aus verschiedenen föderierten Einheiten kommen?<sup>1197</sup> *Drittens* bestehen (noch immer‘) nicht unerhebliche Unterschiede zwischen der US-amerikanischen und der deutschen Rechtsordnung hinsichtlich der Rechtsquellen (etwa Rolle des *common laws*, Stellung des Gesetzesrechts, Verhältnis von öffentlichem Recht und Privatrecht) – diese Unterschiede wirken gerade im Bereich der rechtsprechenden Gewalt und gerade mit Blick auf die föderalen Implikationen verkomplizierend.

Angesichts dieser Vielschichtigkeit der föderalen Implikationen des Gerichtssystems in föderalen Ordnungen werden die rechtsprechungsbezogenen Verbandskompetenzen vorliegend bewusst aus dem Untersuchungsgegenstand (d. h. als eines der zu untersuchenden föderalismusverfassungsrechtlichen *Strukturelemente* – s. o. § 3, C. III.) ausgeklammert. Das heißt nicht etwa, dass (weiter unten) nicht die föderalismusverfassungsrechtliche *Wirkungsdimension* ‚Rechtsprechung‘ (hinsichtlich der übrigen Verbandskompetenzen sowie Verbandsingerenzen und Verbandsgrundrechtspositionen) näher untersucht werden wird (s. u. § 7 u. § 8, B. III. u. C.; zur Differenzierung zwischen föderalismusverfassungsrechtlichen Strukturelementen und Wirkungsdimensionen: s. o. Abb. 3 bei § 3, C. III.).

## 5. Fazit

Die vorstehenden vergleichenden Ausführungen zu den Verbandskompetenzen der US-amerikanischen Staaten und der deutschen Länder haben gezeigt, dass trotz eingängiger *prima facie*-Kontrastierungen (Parallelität *versus* Alternativität von Gesetzgebungskompetenzen sowie Trennung *versus* Verschränkung bei Verwaltungskompetenzen) letztlich *tendenziell*<sup>1198</sup> durchaus ähnliche kompetenzielle Grundpositionen der föderierten Einheiten im Legislativ- und Administrativbereich bestehen: Hinsichtlich der oben aus dem Modell des Bundes hergeleiteten Vorstellung von den föderierten Einheiten als Orten eigenständiger politischer Gestaltung mit ‚Recht auf eigene Politik‘ (s. o. § 2, C. II. 1. a) dd) (2)) ergibt sich eine prekäre Position der föderierten Einheiten im kompetenziellen Bereich. So ist im Legislativbereich (v. a. in Deutschland) eine Einengung der Gestaltungsräume der föderierten Einheiten auszumachen; diese wirkt föderalismusverfassungsrechtlich v. a. über extensiv ausgelegte und gebrauchte Bundesgesetzgebungskompetenzen und (in den USA zusätzlich) über eine extensiv gehandhabte *preemption*-Dogmatik (s. o. 2. c) cc) u. d)). Im Administrativbereich zeigt sich eine ambivalente Konstellation: Auf der einen Seite führen die in beiden Föderationen vorhandenen Verschränkungselemente zu einer (potenziellen) Machtposition der föderierten Ein-

<sup>1197</sup> An dieser Stelle ist auf die *U.S. Supreme Court*-Leitentscheidung *Erie Railroad Co. v. Tompkins*, 304 U.S. 64 (1938), zu verweisen. Demnach haben die Bundesgerichte grundsätzlich das Recht des Staates anzuwenden, in welchem sie ihren Sitz haben, und müssen dabei die Auslegung des Rechts durch das höchste Gericht dieses Staats berücksichtigen.

<sup>1198</sup> Nochmals: Auf pseudo-quantitative Komparative (weniger/mehr/gleich) soll es hier nicht ankommen; vgl. dazu die Anm. oben bei und in Fn. 1176.

heiten (s. o. 3. d) bb) (2)); auf der anderen Seite liegt in den Trennungselementen (,Wachstum‘ der jeweiligen Bundesverwaltungen) das Potential einer Verschärfung des legislativkompetenziell angelegten politischen Bedeutungsverlusts der föderierten Einheiten (s. o. 3. d) bb) (1)).

## II. Eigene *bottom-up*-Ingerenzen der föderierten Einheiten

Die föderierten Einheiten üben Macht nicht nur unmittelbar durch den Gebrauch von Hoheitsgewalt (also durch Kompetenzgebrauch) ,nach außen‘ gegenüber den Bürgerinnen und Bürgern aus, sondern wirken auch – ,im Inneren‘ der Föderation – im ,Kompetenzvorfeld‘ (hierzu oben A. II. 2. b)) der Bundesebene durch Ingerenzen auf diese ein und beeinflussen dergestalt indirekt letztlich den Kompetenzgebrauch der Bundesebene. Diese *bottom-up*<sup>1199</sup>-Ingerenzen kommen in Gestalt von Mitwirkungsingerenzen (s. u. 1.) und (selten) von Einwirkungsingerenzen (s. u. 2.) daher (zu den Begriffen oben A. II. 3. a)).

### 1. Mitwirkungsingerenzen der föderierten Einheiten

*Bottom-up*-Mitwirkungsingerenzen konzentrieren sich v. a. in den föderalen Bundesorganen (s. u. a)), gehen aber nicht vollständig in deren Zuständigkeiten auf (s. u. b)).

#### a) *Föderale Bundesorgane: U.S. Senate und Bundesrat*

##### aa) Föderale Bundesorgane als Foren ,zwischen den Ebenen‘(?)

Roman Herzog hat den deutschen Bundesrat als Ort der „Bündelung“ der Ingerenzen der Länder gegenüber dem Bund beschrieben; die meisten Zuständigkeiten dieses Verfassungsorgans des Bundes würden „nichts anderes“ darstellen als „Rechte der Landesregierungen zur Mitsprache bei der Ausübung der Bundesstaatsgewalt und zur Einflu[ss]nahme auf diese“.<sup>1200</sup> Diese Sichtweise wird verfassungstextlich in der Formulierung von Art. 50 GG gestützt: „Durch den Bundesrat wirken die Länder bei der Gesetzgebung und Verwaltung des Bundes und in Angelegenheiten der Europäischen Union mit.“ Nach dem Bild des Grundgesetzes sind es – vermittelt über die Besetzung durch die Landesregierungen (vgl. Art. 51 Abs. 1 S. 1 GG) – „die Länder“, selbst, die „[d]urch den Bundesrat“ an Bundesangelegenheiten mitwirken.

<sup>1199</sup> Freilich sind die föderierten Einheiten – umgekehrt – auch *top-down*-Ingerenzen der Bundesebene ausgesetzt; diese Konstellation wird später im Zusammenhang mit den Verbandsgrundrechtspositionen der föderierten Einheiten als Abwehrpositionen gegenüber diesen Bundesingerenzen diskutiert (s. u. III. 3. a) u. § 6, A.).

<sup>1200</sup> R. Herzog, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. III, 3. Aufl., Heidelberg 2005, § 57, Rn. 9, 11.

Ihr aus dem Modell des Bundes ableitbares ‚Recht auf eigene Politik‘ (s.o. § 2, C. II. 1. a) dd) (2)) sollen die Länder nach dem Bild des Grundgesetzes – neben ihrem eigenständigen hoheitlichen Tätigsein im Rahmen ihrer eigenen Kompetenzen (s.o. I.) – v.a. auch „[d]urch den Bundesrat“ in Entscheidungsprozesse auf Bundesebene hineinragen.<sup>1201</sup> Mit Blick auf die parteipolitischen Strukturen in der Bundesrepublik Deutschland – die maßgeblichen politischen Parteien prägen Bundes- wie Landespolitik gleichermaßen und in interdependenter Weise („Parteienbundesstaat“<sup>1202</sup>) – wird seit Längerem diskutiert, inwieweit der Bundesrat („noch“) das passende Forum für die Einbringung landespolitischer Interessen in die Bundespolitik darstellt: Teile des Schrifttums sehen diese Funktion des Bundesrats durch die Dominanz bundespolitisch ausgerichteter Parteipolitik auch im Bundesrat weitgehend erstickt<sup>1203</sup> – eine These, die durch andere wissenschaftliche Stimmen jedenfalls relativiert wird.<sup>1204</sup>

<sup>1201</sup> Vgl. *M. Klopfer*, Handbuch der Verfassungsorgane im Grundgesetz, Berlin 2022, § 3, Rn. 68.

<sup>1202</sup> Frühe Verwendung des Begriffs am Ende der Weimarer Republik bei *C. Bilfinger*, DJZ 1932, Sp. 1017 (1018) – zu Bilfingers Vergangenheit während des Nationalsozialismus s. oben in Fn. 1058; vgl. zum „Parteienbundesstaat“ unter dem Grundgesetz *H. H. Klein*, DÖV 1971, 325 (329); *M. Klopfer*, Handbuch der Verfassungsorgane im Grundgesetz, Berlin 2022, § 3, Rn. 56 ff. Zu Parallelen in den USA: *E. A. Young*, N.Y.U. L. Rev. 77 (2002), 1612 (1659 ff.); *J. Bednar*, The Robust Federation, Cambridge, Mass., U.S.A., 2009, S. 114, benennt Kriterien für parteienbundesstaatlich „integrierte Parteien“.

<sup>1203</sup> Referierend (gerade nicht affirmativ) zu der These von der Überlagerung landespolitischer Orientierungen durch Bundes(-partei-)politik im Bundesrat *S. Leunig/H. Träger*, in: ders./ders. (Hrsg.), Parteipolitik und Landesinteressen. Der deutsche Bundesrat 1949–2009, Münster 2012, S. 15 (15), welche zugleich verdeutlichen, dass es insoweit schwerfällt, konkrete wissenschaftliche Stimmen zu finden, welche diese These stringent und deutlich explizieren.

<sup>1204</sup> Dazu, dass im Bundesrat durchaus auch Landesinteressen (zum Teil gewissermaßen eher „im Schatten“ von sachpolitischen Auseinandersetzungen) erfolgreich vertreten werden, wobei dies im Einzelnen von den Mehrheitsverhältnissen (insbesondere auch im Verhältnis zum Bundestag) abhängt: *S. Leunig/H. Träger*, in: ders./ders. (Hrsg.), Parteipolitik und Landesinteressen. Der deutsche Bundesrat 1949–2009, Münster 2012, S. 289 (304 ff.); *W. Reutter*, ZPol 20 (2010), 123 (129): Landesinteressen und Bundesinteressen (und das Interesse der politischen Parteien, erfolgreich zu regieren,) können zusammenfallen und gegenüber parteipolitischem Wettbewerb die Oberhand behalten; „differenzierte Antwort“ bei *T. Bräuninger/T. Gschwend/S. Shikano*, PVS 51 (2010), 223 (246), mit dem Fazit, dass „die Vertreter der Landesregierungen [...] wahrscheinlich genau das [tun], was ihnen als Aufgabe zugedacht wurde [...]: Sie bringen Länderinteressen in die Bundespolitik ein“, was aber manchmal eben auch bedeuten könne, sich an bundespolitischen Konfliktlinien und Positionen zu orientieren; vgl. auch Stimmen zur durchaus vorhandenen Autonomie der Landesparteipolitik von der Bundesparteipolitik: *U. Münch*, in: H.-U. Derlien/A. Murswiek (Hrsg.), Regieren nach Wahlen, Wiesbaden 2001, S. 133 (139 f.); *K. Detterbeck/W. Renzsch*, in: U. Jun/M. Haas/O. Niedermeyer (Hrsg.), Parteien und Parteiensysteme in den deutschen Ländern, Wiesbaden 2008, S. 39 (52); *R. Sturm*, in: I. Härtel (Hrsg.), Handbuch Föderalismus, Bd. I, Berlin u. a. 2012, § 24 Rn. 19; vgl. auch *R. Herzog*, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. III, 3. Aufl., Heidelberg 2005, § 57, Rn. 21, zum effektvollen Wirken von „Landesfürsten“ im Bundesrat; Überblick zur Diskussion unter Auswertung der genannten

Auch die US-Verfassung etabliert ein ‚föderales Bundesorgan‘<sup>1205</sup>, den Senat (Art. I, Sec. 3. Cl. 1, Am. XVII USC). Nach der ursprünglichen Fassung von Art. I, Sec. 3. Cl. 1 USC wurden je zwei Senatoren pro Staat durch die Parlamente („*legislatures*“) der einzelnen Staaten gewählt.<sup>1206</sup> Seit einer Verfassungsänderung während der sog. *Progressive Era*<sup>1207</sup> durch den XVII. Zusatzartikel aus dem Jahr 1913 werden die Senatoren unmittelbar durch die Wahlbevölkerung in den einzelnen Staaten gewählt („*elected by the people thereof, [i.e.,] each state*“). In der US-amerikanischen Rechtswissenschaft wurde wiederholt die These aufgestellt, dass mit dieser Umstellung der Wahl der Senatoren auf eine direkte ‚Volks‘-Wahl die politisch-strukturelle Absicherung des föderalen Prinzips, welche vor 1913 gut funktioniert hätte, kraftlos geworden sei.<sup>1208</sup> Kontrafaktisch wird spekuliert, dass der

---

Nachweise bei M. Kloepper, Handbuch der Verfassungsorgane im Grundgesetz, Berlin 2022, § 3, Rn. 72 f.

<sup>1205</sup> In gewissem Maß ist die Rede vom ‚föderalen Bundesorgan‘ relativ, denn auch die Wahlen zum *House of Representatives*, des US-Präsidenten wie auch zum Deutschen Bundestag weisen gewisse ‚föderale‘ Strukturierungen auf.

<sup>1206</sup> Hierzu James Madison im *Federalist No. 62*: „*advantage [...] of giving to the State governments such an agency in the formation of the federal government as must secure the authority of the former, and may form a convenient link between the two systems*“, J. Madison, in: A. Hamilton/ders./J. Jay, *The Federalist*, Cambridge, Mass., U.S.A., u.a. 2009 [1788], S. 404 (405). Im darauffolgenden *Federalist No. 63* geht es Madison dann v.a. um den *elitendemokratischen* (und damit in gewisser Weise anti-demokratischen) Effekt des nicht direkt gewählten Senats: J. Madison, a.a.O., S. 411 (414): „*safeguard against the tyranny of the [people’s] passions*“; hierzu bereits oben § 1, B. III. 3.

<sup>1207</sup> Dieser historischen Situierung in der *Progressive Era* entspricht die Aussage von R. A. Rossum, San Diego L. Rev. 36 (1999), 671 (673), Ziel der Verfassungsänderung sei v.a. auch eine Demokratisierung gewesen (welche „ironischerweise“ aber im Lauf des 20. Jahrhunderts zu einer undemokratischen Stärkung der Verfassungsrechtsprechung geführt habe): „*There is irony in all of this: An amendment, intended to promote democracy, even at the expense of federalism, has been undermined by an activist Court, intent on protecting federalism even at the expense of the democratic principle.*“ Näher zu den Hintergründen und Motiven der Verfassungsänderung T. J. Zywicki, Clev. St. L. Rev. 45 (1997), 165 (183 ff.); R. A. Rossum, San Diego L. Rev. 36 (1999), 671 (706 ff.).

<sup>1208</sup> Deutlich J. S. Bybee, Nw. U. L. Rev. 91 (1997), 500 (560): „*The Senate continued to represent people within state geographical boundaries, but it no longer represented the people within the states as a political unit*“; T. J. Zywicki, Clev. St. L. Rev. 45 (1997), 165 (233): „*the Seventeenth Amendment destroyed the systems of federalism an bicameralism which had previously checked expansionist federal activity*“; ebenso R. A. Rossum, San Diego L. Rev. 36 (1999), 671 (715 ff.) – Ralph A. Rossum räumt zwar ein, dass es keine Monokausalität zwischen der Änderung des Wahlmodus des US-Senats und der Expansion der Bundesgesetzgebung zu Lasten der Staaten als souveräne Entitäten nach 1913 gebe, aber dennoch festgestellt werden könne: „*it is clear that the ratification of the Seventeenth Amendment removed a previously-existing constitutional brake on these centralizing tendencies, and that federalism, as Zywicki has pointed out, has been reduced to a pale imitation of its pre-Seventeenth Amendment vigor.*“; a.a.O. (715, dort in Fn. 226) unter Hinweis auf T. J. Zywicki, Clev. St. L. Rev. 45 (1997), 165 (212); vgl. auch die ausführlichere Monografie R. A. Rossum, *Federalism, the Supreme Court, and the Seventeenth Amendment. The Irony of Constitutional Democracy*, Lanham, Md., U.S.A., 2001. Aus verfassungsvergleichender Sicht: A. Benz, in: E. M. Hausteiner (Hrsg.), *Föderalisten. Modelle jenseits des Staates*, Baden-Baden 2016,



große Unitarisierungsschub des *New Deals* der 1930er Jahre ohne den XVII. Zusatzartikel nicht möglich gewesen wäre.<sup>1209</sup> Aus verfassungsvergleichender Sicht wird die Umstellung auf die direkte ‚Volks‘-Wahl der Senatoren als Vertiefung des föderalen Trennungsmodells in den USA eingeschätzt.<sup>1210</sup> Gewissermaßen sei der Senat vollständig ‚auf‘ die Bundesebene, in die Sphäre der Bundespolitik ‚gerutscht‘. Im Lauf des 20. Jahrhunderts habe sich zudem der *U.S. Supreme Court* – anstelle des nun unitarisch geprägten Senats – als (undemokratischer) ‚Hüter der Föderalismus‘ etabliert;<sup>1211</sup> damit gehe eine Stärkung der föderalismusverfassungsrechtlichen Wirkungsdimension ‚Rechtsprechung‘ (dazu unten § 8, B. III.) einher. Und dennoch erblickt Herbert Wechsler in seinem oben vorgestellten Aufsatz (s. o. § 3, C. II.) aus dem Jahr 1954, also über 40 Jahre nach der beschriebenen Verfassungsänderung, den Senat ‚noch immer‘ als (potenziellen) Ort der Durchsetzung von Staateninteressen auf Bundesebene – vorausgesetzt, diese Staateninteressen seien „real genug, um politische Unterstützung zu gewinnen“.<sup>1212</sup>

Damit unterscheidet sich die Kreation von US-Senat (durch direkte ‚Volks‘-Wahl der Mitglieder) und deutschem Bundesrat (durch Ernennung der Mitglieder durch die Landesregierungen) deutlich. Trotz dieser Strukturunterschiede weisen die beiden Organe die Gemeinsamkeit auf, dass sie traditionell als ‚Vertretungen‘ der föderierten Einheiten auf Bundesebene *betrachtet werden*<sup>1213</sup>. Freilich bestehen jeweils – obschon aus unterschiedlichen Gründen<sup>1214</sup> – Zweifel, inwieweit die beiden Organe ‚heute noch‘ wirkungsvoll die Interessen der föderierten Einheiten als eigenständige politische Einheiten auf Bundesebene vertreten oder („unterdessen“) nicht vielmehr bundespolitisch dominierte Orte („geworden“) sind. Trotz dieser Zweifel lassen sich viele Zuständigkeiten der beiden föderalen Organe jedenfalls als *bottom-up*-Mitwirkungsingenzen der föderierten Einheiten *betrachten*.<sup>1215</sup> (Nochmals: diese heuristische Betrachtung soll nicht in Abrede stellen, dass sowohl US-Senat wie auch Bundesrat *Bundesverfassungsorgane* sind.)

---

S. 29 (37), der im XVII. Zusatzartikel eine Verstärkung des föderalen Trennungsmodells in den USA erblickt.

<sup>1209</sup> Vgl. J. S. Bybee, Nw. U. L. Rev. 91 (1997), 500 (553, dort in Fn. 327).

<sup>1210</sup> Vgl. A. Benz, in: E. M. Hausteiner (Hrsg.), *Föderalismen. Modelle jenseits des Staates*, Baden-Baden 2016, S. 29 (37).

<sup>1211</sup> Vgl. (kritisch) R. A. Rossum, San Diego L. Rev. 36 (1999), 671 (714 ff.).

<sup>1212</sup> H. Wechsler, Colum. L. Rev. 54 (1954), 543 (548): „*The fact remains that in more subtle ways the Senate cannot fail to function as the guardian of state interests as such, when they are real enough to have political support or even to be instrumental in attaining other ends*“.

<sup>1213</sup> ‚Betrachtet werden‘ durchaus im Sinne des oben vorgestellten ‚Lesekonvention‘- oder ‚Lesefigur‘-Ansatzes (s. o. § 2, C. I. 2. b) cc)).

<sup>1214</sup> Während diese Zweifel hinsichtlich des US-Senats darin bestehen, dass dieser zu stark in der Logik des Trennungsmodells unitarisiert sei, wird der Bundesrat als zu stark in der Logik des Verschränkungsmodells unitarisiert betrachtet.

<sup>1215</sup> S. die Bemerkung in Fn. 1213.

bb) *Bottom-up*-Mitwirkung ‚über‘ die föderalen Bundesorgane

Die wichtigsten über den US-Senat und über den deutschen Bundesrat ausgeübten *bottom-up*-Mitwirkungsingerenzen der föderierten Einheiten betreffen den Bereich der formellen Gesetzgebung der jeweiligen Bundesebene: Art. I, Sec. 7 USC sieht in ‚echter‘<sup>1216</sup> Verwirklichung des Prinzips des Bikameralismus vor, dass dem *U.S. Senate* (ebenso wie dem *U.S. House of Representatives*) ein (Sach-<sup>1217</sup>)Gesetzesinitiativrecht zusteht und beide Kammern jeweils allen Bundesgesetzen zustimmen müssen. Verglichen mit diesem (beinahe) vollwertigen Bikameralismus sieht das Grundgesetz eine weniger umfassende Beteiligung des Bundesrats an der Bundesgesetzgebung vor (‚unechter‘ Bikameralismus<sup>1218</sup>): Art. 76 Abs. 1 Var. 3 GG führt den Bundesrat (neben Bundestag und Bundesregierung) zwar als gleichberechtigten Akteur der (Sach-<sup>1219</sup>)Gesetzgebungsinitiative, jedoch ist nur zu bestimmten Bundesgesetzen die Zustimmung des Bundesrats erforderlich; bei anderen hat der Bundesrat lediglich ein durch den Bundestag überstimmbares Einspruchsrecht (Art. 77 Abs. 2a bis Abs. 4 GG). Entscheidend für die tatsächliche politische Wirkkraft dieser Mitwirkungsingerenzen der föderierten Einheiten über die föderalen Bundesorgane im Bereich der Legislative ist freilich letztlich, wie intensiv der Kanal der formellen Bundesgesetzgebung für die Politikgestaltung genutzt wird – oder ob ein Großteil von Politikgestaltung auf Bundesebene nicht auch in anderen Rechtsformen (etwa *executive orders*, Rechtsverordnungen, etc.) erfolgt. Da das Beteiligungsniveau der föderierten Einheiten im untergesetzlichen Bereich in beiden untersuchten Föderationen schwächer ausgeprägt ist, wird ihre Position bei der Wahl untergesetzlicher Rechtsformen geschwächt.<sup>1220</sup> Ein Lösungsansatz könnte in der Stärkung des Parlamentsvorbehalts aus föderalen Gründen liegen.<sup>1221</sup>

<sup>1216</sup> Zur Rede von ‚echten‘ und ‚unechten‘ zweiten Kammern *M. Kloepper*, Handbuch der Verfassungsorgane im Grundgesetz, Berlin 2022, § 3, Rn. 51 ff., m. w. N.

<sup>1217</sup> Eine finanzverfassungsrechtliche Besonderheit sieht Art. I, Sec. 7, Cl. 1 USC für „*Bills for raising Revenue*“ vor: Hier liegt das Initiativrecht ausschließlich beim *U.S. House of Representatives*; der *U.S. Senate* kann jedoch auch hier Änderungen vorschlagen.

<sup>1218</sup> S. oben Fn. 1216.

<sup>1219</sup> Eine finanzverfassungsrechtliche Besonderheit impliziert Art. 110 Abs. 3 GG für das Haushaltsgesetz: Hier liegt das ausschließliche Initiativrecht bei der Bundesregierung.

<sup>1220</sup> Vgl. beispielsweise für Bundesrechtsverordnungen unter dem Grundgesetz Art. 80 Abs. 2 GG, der in Art. 80 Abs. 2 Var. 4 GG zwar einen Gleichlauf mit den Zustimmungsrchten (nicht aber etwa auch mit den Einspruchsrechten[!]) des Bundesrats bei Parlamentsgesetzen als Grundsatz formuliert, was freilich im betreffenden Gesetz ausgeschlossen werden kann. In den USA schaltet die Rechtsform ‚*executive order*‘ die Beteiligung der Einzelstaaten noch weitgehender aus; auch beim Erlass von Rechtsnormen durch Bundesbehörden (*rule-making*) ist die Rolle der Einzelstaaten im Wesentlichen auf die Rechte beschränkt, welche im Normsetzungsprozess jedermann zustehen (Stellungnahmerechte); vgl. zu der damit verbundenen Schwächung der Position der Einzelstaaten im Föderalismus, *E. A. Young*, N.Y.U. L. Rev. 77 (2002), 1612 (1656 ff.).

<sup>1221</sup> Zu diesem Ansatz und entsprechenden Tendenzen in der Rechtsprechung unten § 6, A. IV. 2. a) u. § 6, A. IV. 3. b) sowie § 8, C. I. 2. b) bb); vgl. auch *E. A. Young*,

Neben der Legislativbeteiligung lassen sich drei weitere abstrakte Kategorien von *bottom-up*-Mitwirkungsingenzen der föderierten Einheiten, die über die föderalen Bundesorgane ausgeübt werden, ausmachen: *erstens* die Einbindung in das Verfahren zur Änderung der Bundesverfassung<sup>1222</sup>, *zweitens* bestimmte Kurationsrechte<sup>1223</sup> und – *drittens* – bestimmte Mitwirkungs-<sup>1224</sup> sowie Kontrollrechte<sup>1225</sup> im Bereich der Bundesexekutive. Die konkreten Zuständigkeiten der beiden föderalen Bundesorgane innerhalb dieser drei Kategorien sind freilich sehr unterschiedlich ausgestaltet.<sup>1226</sup>

### *b) Weitere For(m)en der Mitwirkung der föderierten Einheiten auf Bundesebene*

Die beiden föderalen Bundesorgane sind zentral für die Bündelung von *bottom-up*-Mitwirkungsingenzen der föderierten Einheiten; allerdings gibt es in beiden Föderationen weitere For(m)en der Mitwirkung der föderierten Einheiten auf

---

N.Y.U. L. Rev. 77 (2002), 1612 (1658), zum (freilich nur ansatzweisen) funktionalen Äquivalent zum Parlamentsvorbehalt unter der US-Verfassung, der *non-delegation doctrine*.

<sup>1222</sup> S. Art. V USC (verglichen mit dem *House* gleichberechtigte Einbindung des Senats in die Initiativphase der Verfassungsänderung, nicht aber in die Beschlussphase) und Art. 79 Abs. 2 GG (verglichen mit dem Bundestag gleichberechtigte Einbindung des Bundesrats in Initiativ- und Beschlussphase).

<sup>1223</sup> Gemäß Art. II, Sec. 2, Cl. 2 USC ernennt der Präsident mit Zustimmung des Senats („*with the Advice and Consent*“) u. a. Botschafter, (*U.S. Supreme Court*-)Richter und (wichtige) Beamte. Die Kurationsbefugnisse des Bundesrats sind – auch im Vergleich damit – eher „bescheiden“ (*R. Herzog*, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. III, 3. Aufl., Heidelberg 2005, § 58, Rn. 31), immerhin wählt der Bundesrat die Hälfte der Bundesverfassungsrichter (Art. 94 Abs. 1 S. 2 GG); hinzu kommen einfach-gesetzliche Kurationszuständigkeiten.

<sup>1224</sup> Gemäß Art. II, Sec. 2, Cl. 2 USC muss der Senat beispielsweise der Verabschiedung von völkerrechtlichen Verträgen („*Treaties*“) durch den Präsidenten zustimmen („*with the Advice and Consent*“) – wobei dem Präsidenten ein weites Handlungsfeld für zustimmungsfreie *executive agreements* verbleibt (und dies durchaus auch bei politisch gewichtigen Verträgen wie dem *Paris Agreement* zum Klimaschutz vom 12. Dezember 2015 – vgl. dazu die *executive acceptances* der Präsidenten *Obama* v. 29. August 2016 und später *Biden* v. 20. Januar 2021). Weitere Mitwirkungsrechte des Bundesrats betreffen u. a. die Zustimmung zu bestimmten Rechtsverordnungen des Bundes (Art. 80 Abs. 2 GG), zu allgemeinen Verwaltungsvorschriften im Rahmen der Ausführung der Bundesgesetze durch die Länder (Art. 84 Abs. 2, Art. 85 Abs. 2 S. 1 GG) sowie die Mitwirkung bei der Ausübung von *top-down*-Bundesingenzen gegenüber den Ländern (hierzu sogleich III. 2. b) cc)).

<sup>1225</sup> Gemäß Art. I, Sec. 3, Cl. 6, Art. II, Sec. 4 USC ist der Senat für die Verhandlung und Entscheidung von Amtsenthebungsverfahren (*impeachment*) von Präsident, Vize-Präsident und Bundesbeamten zuständig. Zu den Kontrollzuständigkeiten des Bundesrats gegenüber der Bundesregierung (Informationsrechte, vgl. Art. 53 GG, und Finanzkontrollrechte, vgl. Art. 114 GG): *R. Herzog*, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. III, 3. Aufl., Heidelberg 2005, § 58, Rn. 36 ff.; zudem kann der Bundesrat (neben dem Bundestag) den Bundespräsidenten vor dem Bundesverfassungsgericht „wegen vorsätzlicher Verletzung des Bundesgesetzes oder eines anderen Bundesgesetzes“ anklagen.

<sup>1226</sup> S. die Ausführungen in Fn. 1222 ff.

Bundesebene. Dabei geht es insbesondere um die indirekte Einbindung der föderierten Einheiten in Kurationsverfahren auf Bundesebene. Solche ebenenübergreifenden Organkurationsbeziehungen finden ihren Niederschlag im föderal gegliederten und gewichteten *Electoral College* zur Wahl des US-Präsidenten (Art. II, Sec. 1, Am. XII USC)<sup>1227</sup>, in der hälftig durch die Landesparlamente gewählten Bundesversammlung zur Wahl des Bundespräsidenten (Art. 54 Abs. 1, Abs. 3 GG) und im u.a. mit Landesministern besetzten Richterwahlausschuss zur Wahl von Bundesrichtern (Art. 95 Abs. 2 GG).

## 2. Einwirkungsingenzen der föderierten Einheiten

Der Modus der Mitwirkung wurde oben vom Modus der Einwirkung unterschieden: Bei der Einwirkung findet anders als bei der Mitwirkung keine Institutionalisierung der Einflussnahme der föderierten Einheiten auf der Bundesebene statt (s. o. A. II. 3. a)). *Bottom-up*-Einwirkungsingenzen sind selten. Dennoch lassen sich in beiden Föderationen vereinzelte Beispiele finden:

Die Beschlussphase<sup>1228</sup> des Verfahrens zur Änderung der US-Verfassung (näher hierzu unten § 6, A. VII. 2.) basiert auf *bottom-up*-Einwirkungsingenzen der Staaten: Änderungen der Bundesverfassung werden nicht etwa auf Bundesebene beschlossen, sondern entweder durch drei Viertel der Volksvertretungen der Staaten oder – alternativ – durch drei Viertel der hierfür eingerichteten Konvente in den Staaten (Art. V USC). Als Grundlage von Einwirkungsingenzen lässt sich auch die *Elections Clause* (Art. I, Sec. 4, Cl. 1 USC) einordnen: Demnach werden im Sinne eines föderalen Wahlrechtsverbunds<sup>1229</sup> zeitliche, örtliche und verfahrensmäßige Details der Wahlen der Abgeordneten und Senatoren des *U.S. Congress*, also des

---

<sup>1227</sup> Vgl. zur föderalen Prägung der Wahl des US-Präsidenten *H. Wechsler*, Colum. L. Rev. 54 (1954), 543 (552 ff.), mit dem Fazit: „*Federalist considerations thus play an important part even in the selection of the President, although a lesser part than many of the Framers must have contemplated.*“

<sup>1228</sup> In der Initiativphase des Verfahrens zur Änderung der Bundesverfassung spielt das Bundesorgan *U.S. Congress* noch die zentrale Rolle, obschon auch hier die Staaten direkt eingebunden sein können (vgl. Art. V USC).

<sup>1229</sup> Begriff ‚Wahlrechtsverbund‘ in Anlehnung an Matthias Wendels Diskussion des „Parlamentsverbunds“: Für den EU-„Parlamentsverbund“ hat Wendel betont, dass das Zusammenwirken von Rechtsnormen verschiedener Ebenen im Wahlrecht zum Parlament der höheren Ebene ein Ausdruck der Komplementarität der Rechtsordnungen darstelle, vgl. *M. Wendel*, in: C. Franzius/F. C. Mayer/J. Neyer (Hrsg.), Modelle des Parlamentarismus im 21. Jahrhundert, Baden-Baden 2015, S. 229 (235 ff.). Im Beispiel der EU ist dieses ebenen- und rechtsordnungsübersteigende Ausgreifen des Wahlrechts zum EU-Parlament auch tatsächlich deutlich ausgeprägt: Die Parlamente der Mitgliedstaaten können im mitgliedstaatlichen Recht (vgl. bspw. das deutsche EuWG) Einzelheiten der Wahl zum Europäischen Parlament bestimmen, so etwa das (Nicht)Vorhandensein einer Sperrklausel und die genaue Festlegung des Kreises der als „Inländer“ Wahlberechtigten, vgl. für Einzelheiten a.a.O. (236 ff.).

Bundesparlaments, durch die *Staatenparlamente* festgelegt.<sup>1230</sup> Diese – komparatistisch bemerkenswerte<sup>1231</sup> – Zuständigkeit der Staaten für die nähere Ausgestaltung des Bundeswahlrechts steht freilich unter dem Vorbehalt abweichender Bundesgesetzgebung (Art. I, Sec. 4, Cl. 1 USC a. E.).<sup>1232</sup> Zudem bindet die US-Verfassung die aktive Wahlberechtigung für die Wahlen zum *U.S. Congress* an die Voraussetzungen für die aktive<sup>1233</sup> Wahlberechtigung bei Wahlen in den Einzelstaaten (vgl. Art. I, Sec. 2, Cl. 1; Am. XVII, Cl. 2 USC), wobei auch hier die bundesverfassungsrechtlichen Mindeststandards und Diskriminierungsverbote des XV., des XIX., des XXIV. und des XXVI. Zusatzartikels<sup>1234</sup> (näher zu diesen unten § 6, A. VI. 2. b)) zu beachten sind.

Im Grundgesetztext findet sich eine *bottom-up*-Einwirkungsingerenz in Art. 32 Abs. 2 GG, welcher ein Anhörungsrecht von Ländern bei völkerrechtlichen Verträgen des Bundes vorsieht, sofern ihre „besonderen Verhältnisse [...] berührt“ werden (hierzu – und zu informalen Ausweitungen dieser Ingerenz – oben A. II. 3. b)). Art. 138 GG sieht als Sonderrechtsingerenz ein Zustimmungsrecht der Länder Bayern und – heute – Baden-Württemberg zu etwaiger Bundesgesetzgebung, welche auf „Änderungen der Einrichtungen des [1949] bestehenden Notariats“ in diesen Ländern gerichtet ist, vor (s. u. § 6, D. III. 1.).<sup>1235</sup>

### 3. Fazit

Ihr ‚Recht auf eigene Politik‘ verwirklichen die föderierten Einheiten auch über Verbandsingerenzen. Dabei stehen in beiden Föderationen *bottom-up-Mitwirkungs-*

<sup>1230</sup> Vgl. hierzu *H. Wechsler*, Colum. L. Rev. 54 (1954), 543 (549 ff.).

<sup>1231</sup> Eine solche doch recht weitgehende Ergänzung und Konkretisierung des Wahlrechts zum Bundesparlament durch das Recht der föderierten Einheiten ist dem Wahlrecht für Wahlen zum Deutschen Bundestag fremd. Das Bundeswahlgesetz und die Bundeswahlordnung regeln auch die Details der Bundestagswahlen.

<sup>1232</sup> Der Vorbehalt bundesgesetzlicher Regelung in Art. I, Sec. 4, Cl. 1 USC a. E. wird von *F. Tolson*, Vanderbilt L. Rev. 65 (2012), 1195 (1219 ff.), hervorgehoben: Das Wahlrecht zum Bundesparlament liege im Bereich der „Souveränität“ der Bundesebene und lasse nur (von vorneherein unter einem Vorbehalt stehende) „Autonomie“ der Einzelstaaten bei der Ausgestaltung zu.

<sup>1233</sup> Hinsichtlich der *passiven* Wahlberechtigung sind nach der *U.S. Supreme Court*-Entscheidung *U.S. Term Limits, Inc. v. Thornton*, 514 U.S. 779 (1995), die entsprechenden Vorgaben der Bundesverfassung (in Art. I, Sec. 2, Cl. 2 u. Sec. 3, Cl. 3 USC) dagegen abschließend (s. u. § 6, A. VI. 2. b)).

<sup>1234</sup> Diese Zusatzartikel verbieten Diskriminierungen bei der aktiven Wahlberechtigung hinsichtlich „*race, color, or previous condition of servitude*“ (XV. Zusatzartikel v. 1870), Geschlecht (XIX. Zusatzartikel v. 1920), Zahlung von „*poll tax[es] or other tax[es]*“ (XXIV. Zusatzartikel v. 1964) und Alter (18 Jahre, XXVI. Zusatzartikel v. 1971). Der XXIV. Zusatzartikel zum Verbot von „*poll tax[es] or other tax[es]*“ als Wahlrechtsvoraussetzung bezieht sich nur auf Wahlen zu Bundesverfassungsorganen.

<sup>1235</sup> Hierzu aus der Perspektive der „föderativen Gleichheit“: *M. C. F. Pleyer*, Föderative Gleichheit, Berlin 2005, S. 174 f.

ingerenzen im Vordergrund (s.o. 1.), *bottom-up*-Einwirkungsingerenzen sind seltener (s.o. 2.). Die *bottom-up*-Mitwirkungsingerenzen sind weitgehend (aber nicht abschließend) in den beiden föderalen Bundesorganen Senat bzw. Bundesrat gebündelt, wobei angesichts der überragenden Bedeutung der Bundespolitik teilweise bezweifelt wird, inwieweit hier ‚tatsächlich‘ („noch“) ‚eigene Politik‘ der föderierten Einheiten wirksam werden kann (s.o. 1. a)). Für den US-Föderalismus wurde die teilweise vertretene Diagnose des Bedeutungsverlusts des US-Senats als Sicherung des Föderalismus mit der Diagnose eines Bedeutungszuwachses der föderalismusverfassungsrechtlichen Rechtsprechung des *U.S. Supreme Court* verbunden; Letztere steht in engem Zusammenhang mit dem im Folgenden vorzustellenden föderalismusverfassungsrechtlichen Strukturelement (Verbandsgrundrechtspositionen der föderierten Einheiten).

### III. Verbandsgrundrechtspositionen der föderierten Einheiten

Angesichts der vorstehenden Befunde – prekäre Stellung der föderierten Einheiten bezüglich ihrer Kompetenzen (s.o. I. 5.) und Zweifel an der Wirkkraft ihrer *bottom-up*-Mitwirkungsingerenzen in den föderalen Bundesorganen (s.o. II. 1. a)) – rücken die Verbandsgrundrechtspositionen der föderierten Einheiten in den Fokus der Betrachtung der föderalismusverfassungsrechtlichen Stellung der föderierten Einheiten. Bei der grundlegenden Vorstellung der drei Strukturelemente des Föderalismusverfassungsrechts wurde gezeigt, dass sich Verbandsgrundrechtspositionen aus dem allgemeinen Modell des ‚Bundes‘ herleiten lassen; sie dienen unmittelbar<sup>1236</sup> dem Schutz der „politischen Selbsterhaltung“ der föderalen Träger (s.o. A. III.). Diese Herleitung aus dem allgemeinen Modell des ‚Bundes‘ ist für die Verbandsgrundrechtspositionen der *föderierten Einheiten* aufzugreifen und zu vertiefen (s.u. 1.). Anschließend werden die einschlägigen Verfassungstextbefunde (s.u. 2.) und die Wirkungsweise(n) (s.u. 3.) der Verbandsgrundrechtspositionen der US-amerikanischen Staaten und der deutschen Länder vergleichend systematisiert.

#### 1. Stellung der föderierten Einheiten nach dem Modell des Bundes

Oben wurde detailliert vorgestellt, welche (krypto-)normativen Bestandsgarantien für die föderierten Einheiten sich dem Modell des Bundes entnehmen lassen (ausführlich oben § 2, C. II. 1.). Dabei wurden zwei Dimensionen unterschieden: Einerseits umfasst die Garantie eine vor-gefundene eigenständige politische Existenz der föderierten Einheiten; damit werden (irgendwelche) vor-gefundene eigenständigen Legitimationsstrukturen, Funktionen und Autonomiepositionen gesichert. Andererseits wird die Stellung der föderierten Einheiten im vereinbarten fö-

<sup>1236</sup> Bei den anderen beiden föderalismusverfassungsrechtlichen Strukturelementen ist die Rede vom ‚Schutz‘ weniger treffend: Kompetenzen und Ingerenzen der föderierten Einheiten ermöglichen diesen aber „politische Selbstbestimmung“ durch ihren *Gebrauch*.

deralen Arrangement, also insbesondere in der konkreten föderalismusverfassungsrechtlichen Kompetenz- und Ingerenzordnung, garantiert. Oben wurde auch bereits darauf hingewiesen, dass diese Garantien in konkreten föderalen Ordnungen keinesfalls absolut gelten.

## 2. Spuren der Verbandsgrundrechtspositionen in den Verfassungstexten

Solche (krypto-)normativen Garantiegehalte werden nun zwar nicht explizit in Bundesverfassungsrechtsnormen ‚gegossen‘, jedoch lassen sich den Texten der US-Verfassung und dem Grundgesetz Spuren solcher Gehalte entnehmen: Einige verfassungsrechtliche Vorschriften verfestigen – grundlegend – die Existenz der föderierten Einheiten überhaupt (s. u. a)), andere Vorschriften beziehen sich – ansatzweise und fragmentarisch – auf materielle Gehalte wie Fragen der eigenständigen Legitimation und des eigenständigen Funktionierens der föderierten Einheiten (s. u. b)).

### *a) Verfestigung der ‚Existenz‘ der föderierten Einheiten*

Verfassungstextliche Indizien oder Spuren der föderalen Verbandsgrundrechtspositionen lassen sich insbesondere den bundesverfassungsrechtlichen Vorschriften über die Grenzen der Änderung der Bundesverfassung entnehmen: Art. V USC a. E. sieht vor, dass die egalitäre Vertretung eines Staats im US-Senat selbst durch Verfassungsänderung nicht ohne Zustimmung dieses Staats beseitigt werden könne. Es ließe sich also argumentieren, dass dann erst recht der Bestand jedes einzelnen Staats<sup>1237</sup> überbundesverfassungsrechtlich garantiert ist. Ein verfassungssystematisches Argument in diese Richtung liefert auch Art. IV, Sec. 3, Cl. 1 USC, welcher territoriale Veränderungen von der Zustimmung der betroffenen Staaten abhängig macht. (Damit ist dann also zugleich gesagt, dass im Fall der Zustimmung der betroffenen Staaten territoriale Veränderungen bundesverfassungsrechtlich zulässig sind, also keine absolute territoriale Verfestigung durch die Bundesverfassung vorgesehen ist.)

Das Grundgesetz kennt parallele (obschon im Einzelnen abweichende) Normen: So garantiert Art. 79 Abs. 3 GG u. a. „die Gliederung des Bundes in Länder“, was die allgemeine Auffassung der Kommentatorinnen und Kommentatoren so interpretiert, dass gerade nicht der Bestand eines jeden einzelnen Lands (über-)bundesverfassungsrechtlich garantiert sei.<sup>1238</sup> Das Grundgesetz enthält dann auch in Art. 29, Art. 118, Art. 118a GG nähere bundesverfassungsrechtliche Voraussetzungen für die Neugliederung des Bundesgebiets: Ausdifferenzierte Verfahrensbestimmungen

<sup>1237</sup> Genauer: die *Entscheidung* des Staats über seinen Bestand.

<sup>1238</sup> Vgl. nur M. Herdegen, in: G. Dürig/R. Herzog/R. Scholz (Hrsg.), Grundgesetz, 72. Ergänzungslieferung, München 2014, Art. 79, Rn. 97.



sehen vor, dass die „betroffenen Länder“<sup>1239</sup> durch Vereinbarungen und/oder deren zur direkt-demokratischen Entscheidung erhobene Bevölkerung über die Neugliederung mit-<sup>(1240)</sup>-entscheiden;<sup>1241</sup> daneben hat in der Regel der Bund eine Beteiligungsposition (also eine *top-down*-Ingerenz)<sup>1242</sup>.

Zusammenfassend lässt sich sagen: Die US-Verfassung und das Grundgesetz sehen durchaus gewisse (jedenfalls verfahrensmäßige) bundesverfassungsrechtliche Absicherungen für die Existenz und territoriale Integrität der föderierten Einheiten vor.

### *b) Verfestigung materieller Positionen der föderierten Einheiten*

Verbandsgrundrechtspositionen sind aber nicht auf diesen Kern (bloße Existenz und territoriale Integrität) begrenzt. Vielmehr wurde schon bei der Exegese des Modells des ‚Bundes‘ herausgearbeitet, dass über den kruden (Fort-)Bestand der föderalen Träger hinaus – kulminierend in den Topoi der ‚föderalen Würde i. e. S.‘, der ‚föderalen Würde i. w. S.‘ und der ‚föderalen Treue‘ – auch Legitimationsstrukturen, Funktionen und Autonomiepositionen abgesichert werden; dies erfolgt freilich nicht absolut, aber eben tendenziell (s. o. § 2; C. II. 1. a) ee)). Die Absicherungen beziehen sich auf (fiktiv) bei Bundesschluss vor-gefundene Positionen wie auch auf Positionen, die durch das föderale Arrangement ‚erst‘ geschaffen wurden (also letztlich Kompetenzen und Ingerenzen; ausführlich oben § 2, C. II. 1. a) bb) u. cc)). Die verfassungstextlichen Indizien für solche materiellen Garantie-Inhalte sind in den beiden untersuchten Bundesverfassungen insgesamt freilich eher spärlich:

---

<sup>1239</sup> S. die Legaldefinition durch Klammerzusatz in Art. 29 Abs. 3 S. 1 GG: „Lände[r ...], aus deren Gebieten oder Gebietsteilen ein neues oder neu umgrenztes Land gebildet werden soll“; s. i. Ü. die Spezialnormen (Sonderrechtsnormen) für die (ehemaligen) Länder Baden, Württemberg-Baden und Württemberg-Hohenzollern in Art. 118 GG bzw. Berlin und Brandenburg in Art. 118a GG.

<sup>1240</sup> Zur Möglichkeit der Überstimmung der Bevölkerung von (ehemaligen) Ländern im Spezialfall des Art. 118 S. 2 GG: BVerfGE 1, 14 (50) – Südweststaat; dazu unten § 6, A. VI. 3. a).

<sup>1241</sup> S. im Einzelnen folgende Verfahren für Neugliederungen:

- (1) Grundmodell des Art. 29 Abs. 2 bis Abs. 7 GG („Bundesgesetz, das der Bestätigung durch Volksentscheid bedarf“),
- (2) Art. 29 Abs. 8 GG („Staatsvertrag [... mit] Bestätigung durch Volksentscheid in jedem beteiligten Land“ und mit „Zustimmung des Bundestages“),
- (3) [speziell für den ‚Süd-West-Staat‘:] Art. 118 S. 1 GG („Vereinbarung der beteiligten Länder“),
- (4) [speziell für den ‚Süd-West-Staat‘:] Art. 118 S. 2 GG (subsidiär: „durch Bundesgesetz geregelt, das eine Volksbefragung vorsehen muß“) – dazu näher unten § 6, A. VI. 3. a) – und
- (5) [speziell für Berlin-Brandenburg:] Art. 118a GG („unter Beteiligung ihrer Wahlberechtigten durch Vereinbarung beider Länder“).

<sup>1242</sup> So in den eben aufgezählten Fällen (1), (2) und (4).

## aa) Legitimationsstrukturen

Die verfassungsrechtliche Garantie bestimmter Legitimationsstrukturen der föderierten Einheiten findet v. a. in den föderalismusverfassungsrechtlichen Homogenitätsgeboten (Art. IV, Sec. 4 USC, Art. 28 Abs. 1, Abs. 3 GG) Niederschlag, welche oben im Kontext der Ingerenzen bereits angesprochen wurden (s. o. A. II. 4. b) bb)). Art. IV, Sec. 4 USC garantiert die „republikanische Regierungsform“ in den US-Staaten, Art. 28 Abs. 1 S. 1<sup>1243</sup> GG u. a. das Republik- und Demokratieprinzip in den deutschen Ländern. In beiden Bundesverfassungen werden damit repräsentativ<sup>1244</sup>-demokratische Legitimationsstrukturen in den föderierten Einheiten bundesverfassungsrechtlich festgeschrieben.

Komparatistisch bemerkenswert ist, dass dem Homogenitätsgebot der US-Verfassung in Art. IV, Sec. 4 USC u. a.<sup>1245</sup> eine Schutzwirkung (Abwehrfunktion) zu Gunsten der Staaten gegenüber übergriffigen Maßnahmen der Bundesebene in die Organisation der föderierten Einheiten als demokratisch verfasste Verbände entnommen wird:<sup>1246</sup> Maßnahmen der US-Bundesebene, die geeignet sind, das demokratische Regierungssystem in den Einzelstaaten zu stören, sind nach dieser Argumentation wegen eines Verstoßes gegen Art. IV, Sec. 4 USC bundesverfassungswidrig.<sup>1247</sup> Es geht hier letztlich um einen Teil der Positionen, welche im grundgesetzlichen Verfassungsdiskurs unter dem – verfassungstextlich ungeschriebenen, verfassungsrechtsdogmatischen – Schlagwort der „Verfassungsautonomie“ der Länder<sup>1248</sup> diskutiert werden (ausführlicher Vergleich unten § 6, A. VI.).<sup>1249</sup> (Kryp-

<sup>1243</sup> Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG macht zudem ebenenübergreifende Homogenitätsvorgaben zu den Wahlrechtsgrundsätzen.

<sup>1244</sup> Beachte Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG, welcher ausdrücklich auf das Modell einer Wahlde-mokratie abstellt. Auch „*republic form of government*“ im Sinn von Art. IV, Sec. 4 USC wird von der ganz h.M. so ausgelegt, dass eine ausschließlich direkt-demokratische Regierungsform davon nicht gedeckt wäre; vgl. zum Meinungsstand *J. M. Heller*, *Stanford Law Review* 62 (2010), 1711 (1719 f.), m. w. N. – auch von Gegenstimmen.

<sup>1245</sup> Zur umgekehrten Schutzrichtung – Art. IV, Sec. 4 USC als Grundlage für Bundesin-gerenzen gegenüber den föderierten Einheiten – s. o. A. II. 4. b) bb).

<sup>1246</sup> Vgl. *D. J. Merritt*, *Colum. L. Rev.* 88 (1988), 1; s. dem Grundsatz nach auch *New York v. United States*, 505 U.S. 144 (1992), 185 f., m. w. N.; historische Grundierung in Parallele zu diplomatischen „Garantie“-Verträgen des 18. Jahrhunderts, welche ebenfalls eine Schutzfunktion aufgewiesen hätten: *R. Williams*, *Harv. L. Rev.* 132 (2018), 602 (681).

<sup>1247</sup> Für Beispiele vgl. etwa *D. J. Merritt*, *Colum. L. Rev.* 88 (1988), 1 (78): „*As republican governments, the states have discretion to define their own franchises; to choose their own governmental structures; to set qualifications and salaries for officials performing legislative, executive, or judicial tasks; and to operate their governments as autonomous units rather than as branch offices of the federal government*“; der *U.S. Supreme Court* hat in *New York v. United States*, 505 U.S. 144 (1992), diese Schutzfunktion von Art. IV, Sec. 4 USC angedacht, aber im konkreten Fall eine Verletzung verneint.

<sup>1248</sup> Vgl. nur *M. Klopfer*, *Verfassungsrecht*, Bd. I, München 2011, § 9, Rn. 81, mit Hinweis auf BVerfGE 36, 342 (361) – Niedersächsisches Landesbesoldungsgesetz; vgl. auch BVerfGE 34, 9 (20) – Besoldungsvereinheitlichung: „freie Bestimmung über seine Organi-

to-)normativ steht hinter solchen Positionen der Topos der ‚vor-gefundenen‘ ‚föderalen Würde‘ i. e. S., Chibundus „Recht, auf ‚Würde‘ verweisen zu dürfen“ (s. o. § 2, C. II. 3. c) bb) (1)).

### bb) Aufgaben, Funktionen und Kompetenzen

Die verfassungsrechtliche Garantie bestimmter Funktionen der föderierten Einheiten wird in beiden vorliegend untersuchten Bundesverfassungen durch das Prinzip der begrenzten Einzelmächtigung (*enumerated powers*) gestützt: Der Zehnte Zusatzartikel zur US-Verfassung (Am. X USC) und die Regel-Ausnahme-Bestimmungen der Art. 30 GG, Art. 70, Art. 83, Art. 92 GG garantieren den föderierten Einheiten, dass sie diejenigen hoheitlichen Aufgaben und Kompetenzen ‚behalten‘, welche nicht von der Bundesverfassung der Bundesebene zugeschrieben werden (vgl. zu den Kompetenzen der föderierten Einheiten oben I). So werden die bundesverfassungsrechtlichen Aufgaben- und Kompetenzverteilungsarrangements verfestigt; freilich stehen sie aber unter dem Vorbehalt der förmlichen Verfassungsänderung (als föderalismusverfassungsrechtlicher ‚*nuclear option*‘ – s. o. A. II. 4. b) cc)).

Damit stellt sich die Folgefrage, ob es Verbandsgrundrechtspositionen der föderierten Einheiten gibt, welche die Verschiebung von hoheitlichen Aufgaben und Kompetenzen von den föderierten Einheiten auf die Bundesebene durch förmliche Verfassungsänderung beschränken. Diese Frage wird für das Föderalismusverfassungsrecht des Grundgesetzes intensiv mit Blick auf Art. 79 Abs. 3 GG diskutiert;<sup>1250</sup> es gibt einschlägige Rechtsprechung des (Zweiten Senats des) Bundesverfassungsgerichts: Demnach lässt sich ein absolut geschützter Kompetenzbestand der Länder nicht „formal [...] bestimmen“; das Gericht weist vielmehr auf einen sachlich nicht näher bestimmten „Kern eigener Aufgaben als ‚Hausgut‘“ hin.<sup>1251</sup> In den USA

sation einschließlich der in der Landesverfassung enthaltenen organisatorischen Grundentscheidungen“.

<sup>1249</sup> Anders als Art. IV, Sec. 4 USC wird Art. 28 Abs. 1, Abs. 3 GG (i. V. m. Spezialnormen wie Art. 37 GG etc.) ganz überwiegend auf eine potenzielle Grundlage für *top-down*-Einwirkungsingenzen des Bundes gegen Länder, in denen das Homogenitätsgebot verletzt wird (s. bereits oben A. II. 4. b) bb)), reduziert; eine Abwehrfunktion von Art. 28 Abs. 1, Abs. 3 GG zu Gunsten der Länder gegen den Bund wird kaum diskutiert.; vgl. stellvertretend für viele V. Mehde, in: G. Dürig/R. Herzog/R. Scholz (Hrsg.), Grundgesetz, 76. Ergänzungslieferung, München 2015, Art. 28 Abs. 3, Rn. 8 ff., der bei der Diskussion der „Rechtsfolge“ von Art. 28 Abs. 3 GG nur auf die *top-down*-Stoßrichtung eingeht. Insoweit ist es fraglich, ob man Art. 28 Abs. 1, Abs. 3 GG als verfassungstextliches Indiz für eine Verbandsgrundrechtsposition der Länder werten kann. Die grundgesetzliche Verfassungspraxis greift hier eher auf den verfassungstextlich ungeschriebenen, aber unausgesprochen vorausgesetzten Grundsatz der „Verfassungsautonomie“ der Länder zurück – s. eben in Fn. 1248.

<sup>1250</sup> Ausführlich K. Hesse, AöR 98 (1973), 1 ff.

<sup>1251</sup> BVerfGE 34, 9 (19 f.) – Besoldungsvereinheitlichung, unter Rückgriff auf den (verfassungstextlich ungeschriebenen) Topos der „Staatlichkeit“ der Länder; referierend hierzu K. Hesse, AöR 98 (1973), 1 (7).

ist die Frage nach den Grenzen von Kompetenzveränderungen durch förmliche Verfassungsänderungen praktisch deutlich weniger relevant, da die formellen Voraussetzungen für die förmliche Änderung der Bundesverfassung sehr hoch sind (ausführlich zum Ganzen § 6, A. VII.).

### cc) Autonomie im operativen Geschäft

Mit dem dritten angesprochenen materiellen Gegenstand von Verbandsgrundrechtspositionen, der Garantie von Autonomiepositionen der förderierten Einheiten, wird in erster Linie eine Schutz- und Abwehrposition gegenüber *top-down*-Ingenzen der Bundesebene gegenüber den förderierten Einheiten in Bezug genommen. Hier bestehen Überschneidungen mit dem Aspekt der eigenständigen Legitimationsstrukturen; es steht aber stärker der operative Betrieb (die Arbeit der förderierten Einheiten als – freilich föderal gebundene – Hoheitsträger) im Vordergrund. Den förderierten Einheiten soll eine vor Einflussnahmen durch die Bundesebene geschützte Sphäre vorbehalten bleiben, innerhalb derer sie ihre hoheitlichen Tätigkeiten ausüben können.

(‚Operative‘) Autonomiepositionen der förderierten Einheiten lassen sich bundesverfassungstextlich nur vereinzelt nachweisen, sondern werden überwiegend durch ‚ungeschriebene‘ – häufig anthropomorphe (d.h. sprachlich-rhetorisch vermenschlichte – s. § 10, A.) – dogmatische Figuren (u.a. *state dignity*<sup>1252</sup>, *state autonomy*<sup>1253</sup> bzw. Bundes- oder Länderfreundlichkeit<sup>1254</sup> oder Eigenstaatlichkeit<sup>1255</sup> der Länder) getragen. Es sind hier letztlich alle drei oben identifizierte ‚Bundes‘-Topoi, also die vorgefundene ‚föderale Würde i. w. S.‘ (s.o. § 2, C. II. 3. c) bb) (1)), die ‚föderale Würde i. e. S.‘ (institutionelle Rollen-Würde – s.o. § 2, C. II. 3. c) bb) (2)) und die ‚föderale Treue‘ (s.o. § 2, C. III.) potenziell (krypto-) normativ wirksam.

Indizien für das Vorhandensein autonomiebezogener Verbandsgrundrechtspositionen lassen sich den Texten der beiden untersuchten Bundesverfassungen wohl noch am ehesten dort entnehmen, wo *formelle* Voraussetzungen für Bundesinge-

<sup>1252</sup> Vgl. beispielsweise *Alden v. Maine*, 527 U.S. 706 (1999), 715; zu dieser Entscheidung s. § 5, A. III. 2. b).

<sup>1253</sup> Vgl. beispielsweise *Printz v. United States*, 521 U.S. 898 (1997), 928; zu dieser Entscheidung s. § 6, A. II. 2. a).

<sup>1254</sup> Vgl. beispielsweise BVerfGE 81, 310 (337) – Kalkar II; zu dieser Entscheidung s. § 6, A. II. 3. b).

<sup>1255</sup> Vgl. beispielsweise BVerfGE 34, 9 (19 f.) – Besoldungsvereinheitlichung, zu dieser Entscheidung s. § 6, A. VII. 3. b); BVerfGE 39, 96 (107) – Städtebauförderungsgesetz, zu dieser Entscheidung s. § 6, A. IV. 3. b); BVerfGE 81, 310 (334) – Kalkar II, zu dieser Entscheidung s. § 6, A. II. 3. b); BVerfGE 87, 181 (196) – 7. Rundfunkentscheidung; zu dieser Entscheidung s. § 11, C. II. 4. b) dd).

renzen formuliert werden.<sup>1256</sup> Analog zur Vorstellung des Individualgrundrechtsschutzes durch Verfahren<sup>1257</sup> lässt sich auch der Schutz von Verbandsgrundrechtspositionen mit Blick auf eine prozedurale Komponente verstehen. Zwei Beispiele sollen das veranschaulichen: Die sog. *Domestic Violence Clause* der US-Verfassung (Art. IV, Sec. 4 USC a.E.), welche gewissermaßen den Ansatz einer föderalen Notstandsverfassung bildet, sieht vor, dass die US-Bundesebene Schutzmaßnahmen bei inneren Unruhen („*domestic Violence*“) in einzelnen Staaten, also beim Vorliegen eines ‚störfall‘- oder gar ‚krisen‘-bezogenen Tatbestandsmerkmals (s.o. A. II. 4. a)), ergreifen kann – allerdings nur unter der formellen Voraussetzung, dass das Parlament (oder, wenn dieses nicht zusammentreten kann, die Regierung) des Einzelstaats dies beantragt („*on Application*“).<sup>1258</sup> Freilich zeigt ein Blick in die Verfassungsgeschichte der USA, dass mehrere US-Präsidenten *top-down*-Notstandsmaßnahmen zur Bekämpfung innerer Unruhen in Einzelstaaten zum Teil auch *ohne* einen Antrag des betroffenen Einzelstaats getroffen haben, wobei in diesen Fällen aufgrund der Verletzung von Bundesrecht bei den Unruhen andere – verbandsgrundrechtspositionsbezogen weniger schutzintensive – Rechtsgrundlagen einschlägig waren (s. auch unten § 6, A. II. 1. a)).<sup>1259</sup> Ähnliche verfahrensmäßige Absicherungen der Interessen von föderierten Einheiten bei Bundesingerenzen wie die US-amerikanische *Domestic Violence Clause* sieht das Grundgesetz vor, so beispielsweise wenn Maßnahmen beim Staatsnotstand<sup>1260</sup> gem. Art. 91 Abs. 2 S. 2 GG „jederzeit auf Verlangen des Bundesrates aufzuheben“ sind.<sup>1261</sup>

<sup>1256</sup> Doch selbst solche formell-prozeduralen Anforderungen werden teilweise richterrechtlich geschaffen: so etwa in BVerfGE 81, 310 (346) – Kalkar II (verfassungstextlich ungeschriebene Anhörungspflicht vor Weisung nach Art. 85 Abs. 3 S. 1 GG).

<sup>1257</sup> Vgl. zur US-amerikanischen Konzeption des *procedural due process* die Leitescheidungen *Londoner v. City and County of Denver*, 210 U.S. 373 (1908); *Bi-Metallic Investment Co. v. State Board of Equalization*, 239 U.S. 441 (1915); *Goldberg v. Kelly*, 397 U.S. 254 (1970) und *Mathews v. Eldridge*, 424 U.S. 319 (1976); zum Gedanken unter dem Grundgesetz aus der Rechtsprechung BVerfGE 46, 325 (334) – Zwangsversteigerung II; E 52, 380 (389 f.) – Schweigender Prüfling, m.w.N.; E 53, 30 (65 f.) – Mülheim-Kärlich; aus dem Schrifttum P. Häberle, VVDStRL 30 (1972), 43 (86 ff.), mit Blick auf einen „status activus processualis“ bei Leistungsgrundrechten; H. Goerlich, Grundrechte als Verfahrensgarantien, Baden-Baden 1981; zusammenfassend m.w.N. M. Klopfer, Verfassungsrecht, Bd. II, München 2010, § 48, Rn. 31 ff.

<sup>1258</sup> Art. IV, Sec. 4 USC a.E. lautet: „*The United States shall [...] protect each of them [i.e., the states] against Invasion; and on Application of the Legislature, or of the Executive (when the Legislature cannot be convened) against domestic Violence.*“

<sup>1259</sup> Vgl. die Aufzählung von sechs einschlägigen Fällen zwischen 1794 und 1957: C. C. Ferguson, Rutgers L. Rev. 13 (1959), 407 (413). Als Rechtsgrundlagen für die *top-down*-Notstandsmaßnahmen ohne Beantragung des betroffenen Staats bei Verletzung von Bundesrecht kommen etwa die *Take Care Clause* (Art. II, Sec. 3 USC – s.o. in Fn. 1037), die *Guarantee Clause* (Art. IV, Sec. 4 USC) oder die *Enforcement Provisions* der *Reconstruction Amendments* (Am. XIII bis Am. XV) – ggf. in Verbindung mit konkretisierendem einfachem Recht – als Rechtsgrundlagen in Betracht.

<sup>1260</sup> Zum Begriff M. Klopfer, Verfassungsrecht, Bd. I, München 2011, § 28, Rn. 50 ff.

### 3. Wirkungsweise der Verbandsgrundrechtspositionen: Modifikation von Kompetenzen und Ingerenzen

Die vorangehenden Ausführungen zum fragmentarischen Verfassungstextbefund hinsichtlich der föderalen Verbandsgrundrechtspositionen, insbesondere die Ausführungen zu den Autonomiepositionen förderierter Einheiten, haben die typische Wirkungsweise der Verbandsgrundrechtspositionen illustriert: Verbandsgrundrechtspositionen gewinnen letztlich nur dadurch praktische Bedeutung, dass sie auf die anderen föderalismusverfassungsrechtlichen Strukturelemente, also Verbandskompetenzen und Verbandsingerenzen, einwirken. Dieses Einwirken von Verbandsgrundrechtspositionen auf Kompetenzen und Ingerenzen kann eine vierfache Gestalt annehmen. Mit Josef Isensee<sup>1262</sup> kann diese vierfache Gestalt – zum Teil in loser Analogie<sup>1263</sup> zur Statuslehre von Georg Jellinek zu den *Individualgrundrechten*<sup>1264</sup> – näher qualifiziert und ein *status negativus* (s. u. a)), ein *status positivus* (s. u. b)), ein *status activus* (s. u. c)) sowie – zusätzlich – ein *status aequalis* (s. u. d)) der Verbandsgrundrechtspositionen unterschieden werden:

#### a) Status negativus: Kompetenz- und Ingerenzausübungsschranken

Im Vordergrund steht eine begrenzende (beschränkende) – also negative – Einwirkung der Verbandsgrundrechtspositionen auf Kompetenzen und Ingerenzen:

---

<sup>1261</sup> Hier wird also eine *top-down*-Einwirkungsingerenz formell durch eine *bottom-up*-Mitwirkungsingerenz abgedeckt.

<sup>1262</sup> Vgl. J. Isensee, in: ders./P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VI, 3. Aufl., Heidelberg 2008, § 126, Rn. 128, 132 ff. Isensee betrachtet zudem den „*status passivus*“, welcher vorliegend allerdings nicht als aufschlussreich für die Analyse der Verbandsgrundrechtspositionen betrachtet wird. Isensee spricht zudem *nicht* wörtlich vom „*status aequalis*“, sondern vom „Status der Gleichheit“, a. a. O., Rn. 137. Für weitere Abweichungen von Isensees Anwendung der Statuslehre s. die Anm. in Fn. 1266, 1269 u. 1273. Zu komparatistischen Implikationen dieses Rasters s. u. § 9, C. II. 1. d) bb).

<sup>1263</sup> Vgl. zur Zulässigkeit dieser Analogiebildung J. Isensee, in: ders./P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VI, 3. Aufl., Heidelberg 2008, § 126, Rn. 128, welcher betont, dass damit nicht gesagt werde, die Verbände seien Träger subjektiver Rechte. Die weitergehende Frage, inwieweit im vorliegend untersuchten Bereich des Föderalismusverfassungsrechts „Grundrechtsdogmatik im Staatsorganisationsrecht?“ (so die Frage von H. P. Aust, AöR 141 [2016], 415 ff.) verwendet wird, soll hier nicht systematisch untersucht werden; die Übernahme von Begriffsmaterial der Status-Lehre Jellineks soll lediglich der Gliederung und Fallgruppenbildung, der geordneten Erfassung des Fallmaterials nach Problemlagen, dienen.

<sup>1264</sup> Vgl. G. Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl., Tübingen 1905, S. 81 ff., 87, welcher „*status passivus*“, „*status negativus*“, „*status positivus*“ und „*status activus*“ unterscheidet. Vorliegend wird der ‚*status passivus*‘ ausgeblendet und der ‚*status aequalis*‘ ergänzt. Beim ‚*status aequalis*‘ ließe sich mit W. Brugger, AöR 136 (2011), 1 (17 f.), freilich auch daran denken, Gleichheitsforderungen ihrerseits wiederum in einen *status negativus*, *status positivus* und *status activus* zu untergliedern – vgl. in diesem Zusammenhang auch die Anm. zur „modalen Unbestimmtheit“ von Gleichheitspostulaten unten d) cc).

Verbandsgrundrechtspositionen wirken dann als Kompetenzausübungsschranken bzw. Ingerenzausübungsschranken.

Bei der Definition von ‚Kompetenz‘ wurde oben darauf hingewiesen, dass Kompetenznormen Handlungsmöglichkeiten unter dem Vorbehalt weitergehender Rechtmäßigkeitsanforderungen einräumen und dass das Kompetenzrecht allein keine abschließende (keine umfassende) Aussage über die Rechtmäßigkeit einer hoheitlichen Maßnahme trifft (s. o. A. I. 3. b)). Analoges gilt für Ingerenzen. Zu den weitergehenden Rechtmäßigkeitsanforderungen an die Ausübung von Kompetenzen und Ingerenzen können u. a. Verbandsgrundrechtspositionen der föderierten Einheiten zählen. Da es vorliegend um den Schutz der föderierten Einheiten gegenüber der Bundesebene geht, handelt es sich bei den beschränkten Positionen um *Bundeskompetenzen* und *Bundesingerenzen*. In Anlehnung an die Grundrechtstheorie geht es hier um den *status negativus*<sup>1265</sup> der Verbandsgrundrechtspositionen der föderierten Einheiten. Verbandsgrundrechtspositionen haben insoweit eine Abwehrfunktion.

Die eben (s. o. 2. b) cc)) angesprochenen Normen Art. IV, Sec. 4 USC a. E. (*Domestic Violence Clause*) und Art. 91 Abs. 2 S. 2 GG können zur exemplarischen Illustration für Ingerenzausübungsschranken zum Schutz der Verbandsgrundrechtspositionen der US-Staaten bzw. deutschen Länder dienen: Verfahrensrechtliche Absicherungen (Antragserfordernis bzw. nachträgliches Einstellungsverlangen) sichern die Autonomie der föderierten Einheiten gegen etwaige aufgedrängte Notstandsmaßnahmen der jeweiligen Bundesebene (zu weiteren Beispielen – auch für *Kompetenzausübungsschranken* – ausführlich sogleich § 5, A.).

#### b) Status positivus:

##### *Kompetenz- und Ingerenzausübungspflichten*

Umgekehrt können Verbandsgrundrechtspositionen der föderierten Einheiten auch positiv auf Kompetenzen und Ingerenzen der Bundesebene einwirken, indem sie die Bundesebene zur Ausübung der Kompetenz bzw. Ingerenz verpflichten.

Bei der Definition von ‚Kompetenz‘ wurde oben darauf hingewiesen, dass Kompetenznormen zunächst ‚bloße‘ Handlungsmöglichkeiten zuweisen und die Wahrnehmung dieser Handlungsmöglichkeiten nicht bereits aufgrund der Kompetenznorm verpflichtend ist (s. o. A. I. 3. b)). Analoges gilt für Ingerenzen. Verbandsgrundrechtspositionen der föderierten Einheiten können nun die kompetenzielle bzw. ingerenzielle Handlungsmöglichkeit in eine entsprechende Handlungspflicht verwandeln. Hinsichtlich dieses Verpflichtungsmoments lässt sich –

---

<sup>1265</sup> Ähnliche Übertragung der grundrechtlichen Statuslehre (dazu allgemein die Anm. eben in Fn. 1262) bei J. Isensee, in: ders./P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VI, 3. Aufl., Heidelberg 2008, § 126, Rn. 132 f.



wiederum in Anlehnung an die Grundrechtstheorie – von einem *status positivus*<sup>1266</sup> der Verbandsgrundrechtspositionen sprechen.

Als Beispiel für eine (nicht spruchreife) Kompetenzausübungspflicht aufgrund einer Verbandsgrundrechtsposition kann die *U.S. Supreme Court*-Entscheidung *Massachusetts v. Environmental Protection Agency* (2007)<sup>1267</sup> dienen (zu weiteren Beispielen näher § 5, B.): Das Gericht entschied, dass der Staat Massachusetts die Bundesbehörde *EPA* darauf verklagen könne, ermessensfehlerfrei darüber zu entscheiden, ob sie in Vollzug des Bundesgesetzes *Clean Air Act* (*CAA*) Kohlenstoffdioxidemissionen zur Bekämpfung des Klimawandels als Luftschadstoff adressieren muss. Zur Begründung verwies das Gericht darauf, dass Massachusetts als souveräner Staat ein besonderes Interesse daran habe, darauf hinzuwirken, dass sein „souveränes Territorium“ vor den negativen Folgen des Klimawandels geschützt werde (näher u. § 5, B. II. 2. a)).<sup>1268</sup>

### c) Status activus: Kompetenz- und Ingerenzeffektivierung

Während es bei den beiden bisher vorgestellten Konstellationen (Abwehrwirkung und Verpflichtungswirkung der Verbandsgrundrechtspositionen der föderierten Einheiten) um die Modifikation der Kompetenzen und Ingerenzen der *Bundesebene* ging, können auch Kompetenzen und Ingerenzen der *föderierten Einheiten selbst* durch ihre Verbandsgrundrechtspositionen modifiziert werden. Es lässt sich dann von einer Effektivierung der Kompetenzen und Ingerenzen der föderierten Einheiten sprechen. Um ein weiteres Mal eine Analogie zur Grundrechtstheorie aufzubauen, kann man dann von einem *status activus*<sup>1269</sup> der Verbandsgrundrechtspositionen der föderierten Einheiten sprechen. Die Argumentation mit Blick auf den *status activus* der föderierten Einheiten kreist darum, dass es in bestimmten Situationen in besonderem Maße darauf ankommt, dass die föderierten Einheiten ihre Kompetenzen

<sup>1266</sup> Ähnliche (obschon weniger eng auf das Pflichtmoment von Bundesingerenzen und Bundeskompetenzen zugeschnittene) Übertragung der grundrechtlichen Statuslehre bei *J. Isensee*, in: ders./P. Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. VI, 3. Aufl., Heidelberg 2008, § 126, Rn. 135 f., zum *status positivus* der deutschen Länder, welcher diesen „organisatorische und finanzielle Voraussetzungen“ garantiere – bis hin zum „Staatscharakter des Landes [...] als materieller Anspruchstitel, insbesondere in finanzieller Hinsicht“.

<sup>1267</sup> *Massachusetts v. Environmental Protection Agency*, 549 U.S. 497 (2007).

<sup>1268</sup> Vgl. *Massachusetts v. Environmental Protection Agency*, 549 U.S. 497 (2007), 519: „*Massachusetts' well-founded desire to preserve its sovereign territory*“.

<sup>1269</sup> Wiederum ist auf die ähnliche Übertragung der grundrechtlichen Statuslehre bei *Isensee* hinzuweisen: *J. Isensee*, in: ders./P. Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. VI, 3. Aufl., Heidelberg 2008, § 126, Rn. 134. Der Unterschied zur vorliegend vorgeschlagenen Übertragung besteht darin, dass *Isensee* mit dem *status activus* der Länder *unmittelbar* ihre Mitwirkungsingerenzen in Bezug nimmt („die institutionalisierte Teilhabe der Länder an der Staatsgewalt des Bundes, wie sie der Landesregierung im Bundesrat, dem Landesparlament über seine Wahlmänner in der Bundesversammlung zukommt“); vorliegend wird der *status activus* der föderierten Einheiten hingegen auf die *Effektivierung* solcher Mitwirkungsingerenzen (sowie Kompetenzen) der föderierten Einheiten bezogen.

oder Ingerenzen nutzen. Dies kann unterschiedliche – auch (scheinbar) außer-föderale – Gründe haben. Beispielsweise kann es um eine individualgrundrechtliche Pflicht der förderierten Einheiten zum Tätigwerden gehen, die ihnen gegenüber ‚ihren‘ grundrechtsberechtigten Bürgerinnen und Bürgern auferlegt ist:

Auch für diese – insgesamt seltene – Konstellation einer Zuständigkeitseffektivierung soll ein Beispiel genannt werden (zu weiteren Beispielen unten § 5, C. u. § 6, C.): Der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts führte im Jahr 1972 in seinem (ersten) Urteil zum *numerus clausus* bei der Studienplatzvergabe aus, dass die „kooperative Verwirklichung des Grundrechtsschutzes“ im deutschen Föderalismus Aufgabe von Bund und Ländern sei.<sup>1270</sup> Daraus folgte das Gericht, dass die Länder u. U. „etwa durch Abschl[us]s von Staatsverträgen“ mit Blick auf die Errichtung eines zentralen, länderübergreifenden Studienplatzvergabesystems für Fächer mit absolutem *numerus clausus* zusammenwirken müssten, sollte der Bund unter Gebrauch seiner (damaligen) Kompetenz aus Art. 75 Abs. 1 Nr. 1a GG a.F. (für „die allgemeinen Grundsätze des Hochschulwesens“) „in angemessener Frist eine befriedigende Regelung nicht erreichen“.<sup>1271</sup> Obwohl das Gericht davon ausgeht, dass es „in erster Linie Sache des Bundes“ sei, „hier unter Ausnutzung der ihm gegebenen legislativen und verwaltungsmäßigen Möglichkeiten das Notwendige zu tun“<sup>1272</sup>, spricht es eine Art Reservekompetenz und gar eine Eintretenspflicht der Länder aus, sollte der Bund seiner grundrechtlich gebotenen Aufgabe nicht gerecht werden (näher hierzu die Fallstudie § 5, C. III. 1.).

#### d) Status aequalis: Gleichheitsfragen bei der Ausübung von Kompetenzen und Ingerenzen

Die drei bislang skizzierten Wirkungsweisen der Verbandsgrundrechtspositionen förderierter Einheiten orientieren sich an Analogien zur (Individual-)Grundrechtstheorie der *Freiheitsgrundrechte*. Sie sind im Folgenden zu ergänzen durch einen vierten Modus, den gleichheitsbezogenen *status aequalis*, welcher in vorsichtiger<sup>1273</sup>

<sup>1270</sup> BVerfGE 33, 303 (357) – *numerus clausus* I.

<sup>1271</sup> BVerfGE 33, 303 (357) – *numerus clausus* I.

<sup>1272</sup> BVerfGE 33, 303 (357) – *numerus clausus* I.

<sup>1273</sup> Vgl. J. Isensee, in: ders./P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VI, 3. Aufl., Heidelberg 2008, § 126, Rn. 141: „Die föderative Gleichheit darf nicht ohne [W]eiteres als Parallele zur menschenrechtlichen und zur völkerrechtlichen Gleichheit gesehen werden.“ Isensee verweist darauf, dass die menschenrechtliche und die völkerrechtliche Gleichheit auf Universalität hin angelegt seien, während die föderale Gleichheit eine Frage des konkreten Föderalismusverfassungsrechts sei. Entsprechend sieht er die Grundlage der föderalen Gleichheit der Länder „also nicht ein[em] freischwebende[n] Gleichheitsprinzip, d[er] Idee der Gerechtigkeit als solche[r] oder ein[em] diffuse[n] Bild von Rechtsstaatlichkeit, sondern [in der] bundesstaatliche[n] Ordnung, wie sie das Grundgesetz ausformt“; zur Herleitung „des föderativen Gleichheitssatzes aus der grundgesetzlichen Ausformung der bundesstaatlichen Ordnung“ auch M. C. F. Pleyer, *Föderative Gleichheit*, Berlin 2005, S. 250 ff.,

Analogie – aber auch Nachbarschaft<sup>1274</sup>? – zu den Individualgleichheitsgrundrechten steht.

#### aa) Föderale Gleichheit im Modell des Bundes

Der *status aequalis* lässt sich – zusammen mit und in inhärenter Nähe zu den Topoi der ‚föderalen Würde‘ und der ‚föderalen Treue‘ – direkt aus dem Modell des Bundes herleiten (hierzu ausführlich oben § 2, C. II. 1. b)): Das Modell des Bundes stellt sich die föderierten Einheiten als untereinander formal gleiche Vertragspartnerinnen vor. In historischer Perspektive ergibt sich, dass der US-amerikanische ‚coming together‘-Föderalismus (hierzu oben § 2, B. I. 3. b)) in seiner Formationsphase Ende des 18. Jahrhunderts deutlich von föderalen Gleichheitspostulaten geprägt war: Vertreter der Einzelstaaten befürchteten relative Benachteiligungen gegenüber ihren Peers durch die neu zu schaffende Bundesebene.<sup>1275</sup>

Im Folgenden ist zu untersuchen, in welchen dogmatischen Formen diese theoretischen (und historischen) Hintergrundvorstellungen von der formalen Gleichheit der föderierten Einheiten in den konkreten föderalismusverfassungsrechtlichen Arrangements<sup>1276</sup> der US-Verfassung und des Grundgesetzes wirken.

#### bb) Zuschnitt: föderale Gleichheit und Bundeszuständigkeitsausübung

Bei der Herleitung des *status aequalis* der föderierten Einheiten aus der ‚Logik‘ des Bundes wurde bereits davon gesprochen, dass föderale Gleichheit ‚besonders‘ „komplexe Gleichheit“<sup>1277</sup> (Michael Walzer) darstellt (s.o. § 2, C. II. 1. b) ee)). Entsprechend dem Untersuchungsgegenstand der Gesamtuntersuchung – dogmatische Stellung der föderierten Einheiten im Föderalismusverfassungsrecht *vis-à-vis* der Bundesebene – ist vorliegend nur ein Ausschnitt aus dem äußerst vielschichtigen und (s.v.v.) vielgesichtigen Komplex der föderalen Gleichheit (i. w. S.) – oder auch:

---

welcher allerdings – dann doch relativ „freischwebend“ – etwa auch die „Bundstreue und Rechtsstaatlichkeit“ als Grundlagen charakterisiert (a. a. O., S. 243 ff.).

<sup>1274</sup> Dass eine ‚Nachbarschaft‘ (i. S. e. ‚Durchschlagens‘) zwischen Gleichheitspositionen der föderierten Einheiten und Gleichheit von Menschen bestehen kann, zeigt sich im Bereich der Verbandskompetenzen: *Föderale* Disparitäten bei der Bundeskompetenzausübung werden regelmäßig (nur) an Individualgleichheitsrechten gemessen (ausführlich unten § 5, D.).

<sup>1275</sup> Vgl. nur T. B. Colby, Va. L. Rev. 91 (2005), 249 (266 ff.); ders., Duke L. J. 65 (2016), 1087 (1148 f.), jeweils m. w. N.

<sup>1276</sup> J. Isensee, in: ders./P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VI, 3. Aufl., Heidelberg 2008, § 126, Rn. 141, betont, dass die Grundlage der föderalen Gleichheit der Länder „also nicht ein[em] freischwebende[n] Gleichheitsprinzip [...], sondern [in der] bundesstaatliche[n] Ordnung, wie sie das Grundgesetz ausformt“ liegt.

<sup>1277</sup> M. Walzer, Spheres of Justice. A Defense of Pluralism and Equality, New York, N.Y., U.S.A., 1983, S. 3 ff. – s.o. § 2, C. II. 1. b) ee).

„Gleichheitsfragen in Föderationen“<sup>1278</sup> – von Interesse; zu betrachten ist nur das ‚vertikale‘ (bzw. ggf. das ‚diagonale‘) föderalismusverfassungsrechtliche Verhältnis. Es geht um gleichheitsbezogene Regeln für die Ausübung von *Bundeszuständigkeiten* – also *Bundeskompetenzen* und *Bundesingerenzen*.<sup>1279</sup>

Ausgeblendet werden daher Aspekte der föderalen Gleichheit, welche die bundesverfassungsrechtliche Verteilung von Zuständigkeiten (Kompetenzen und Ingerenzen) *auf die föderierten Einheiten*<sup>1280</sup> sowie die Ausübung von Zuständigkeiten *der föderierten Einheiten* betreffen: Vorliegend nicht behandelt wird beispielsweise die Frage danach, ob es bundesverfassungsrechtlich zulässig ist, wenn eine bestimmte föderierte Einheit ‚ihre‘ Bürgerinnen und Bürger, etwa im Hochschulzulassungsbereich, gegenüber übrigen Bundesbürgerinnen und Bundesbürgern privilegiert (in Deutschland durch sog. ‚Landeskinderregelungen‘).<sup>1281</sup> Auch die Frage nach den Möglichkeiten und Grenzen ungleichmäßiger, „disparitärer Kompetenzwahrnehmung“ *der föderierten Einheiten* (föderierte Einheit A regelt einen Sach-

<sup>1278</sup> Wie vielschichtig und vielgesichtig der Komplex der föderalen Gleichheit ist, kann man exemplarisch daran erkennen, dass die Monografien (Dissertationen) von *S. Boysen*, Gleichheit im Bundesstaat, Tübingen 2005, und *M. C. F. Pleyer*, Föderative Gleichheit, Berlin 2005, letztlich deutlich unterschiedliche Schwerpunkte setzen: Boysen behandelt insbesondere Problemlagen der Ungleichheit (von Individuen) im deutschen Föderalismus, welche sich daraus ergeben, dass die deutschen Länder Sachverhalte unterschiedlich regeln und entscheiden; Pleyer legt den Schwerpunkt darauf, zu untersuchen, inwieweit das Grundgesetz die Länder (v. a. in den verschiedenen Bereichen der föderalen Zuständigkeitsordnung) als untereinander gleiche Entitäten adressiert oder aber – ausnahmsweise – zwischen ihnen differenziert (s. u. in Fn. 1280).

<sup>1279</sup> Diese Fragestellung wird weder von *S. Boysen*, Gleichheit im Bundesstaat, Tübingen 2005, noch von *M. C. F. Pleyer*, Föderative Gleichheit, Berlin 2005, ins Zentrum ihrer Untersuchungen gerückt – zu deren Ansätzen Fn. 1278. *S. Boysen*, Gleichheit im Bundesstaat, Tübingen 2005, S. 123 ff., behandelt freilich knapp den Aspekt des „antizipierte[n] egalisierende[n] Grundrechtsschutz[es] durch die Kompetenzordnung des Grundgesetzes“ (näher hierzu unten § 5, D. II. u. IV. 1.). *M. C. F. Pleyer*, Föderative Gleichheit, Berlin 2005, behandelt freilich am Rande auch gleichheitsbezogene Regeln für die Ausübung von Bundesingerenzen – so für Bundesingerenzen im Rahmen des föderalen Finanzausgleichs (Art. 106 ff. GG – vgl. a. a. O., S. 214 ff., 276 ff., 291 ff. – näher hierzu unten § 6, D. III. 3.) und für die Gesetzgebungsermächtigung an Länder im Rahmen der ausschließlichen Gesetzgebungskompetenzen des Bundes gem. Art. 71 GG (vgl. a. a. O., S. 262 ff. – näher hierzu unten § 6, D. III. 2.).

<sup>1280</sup> Dieser Fragestellung widmet sich (für das Grundgesetz) ausführlich *M. C. F. Pleyer*, Föderative Gleichheit, Berlin 2005, S. 170 ff., und kommt zu dem Ergebnis, dass das Grundgesetz vor allem Kompetenzen, aber im Wesentlichen auch *bottom-up*-Mitwirkungsingerenzen grundsätzlich gleich auf die Länder verteilt; hinsichtlich der *bottom-up*-Mitwirkungsingerenzen spricht Pleyer (v. a. mit Blick auf den Schlüssel des Art. 51 Abs. 2 GG) von einer „gleichheitsapproximierenden Ungleichheit“ – a. a. O., S. 232. Eine bemerkenswerte, aber sehr enge Ausnahme vom föderalen Gleichheitsgrundsatz im Bereich der *bottom-up*-Einwirkungsingerenzen bildet Art. 138 GG (Zustimmungsrecht der Länder Bayern und – heute – Baden-Württemberg beim sog. süddeutschen Notariat); hierzu a. a. O., S. 174 f. – s. auch unten § 6, D. III. 1.

<sup>1281</sup> Zum Problemkreis der „Privilegierung von Landesangehörigen“ durch deutsche Länder: *S. Boysen*, Gleichheit im Bundesstaat, Tübingen 2005, S. 281 ff.

verhält anders als föderierte Einheit B), welche bundesweit zu Ungleichheit von Bürgerinnen und Bürgern in verschiedenen föderierten Einheiten führt,<sup>1282</sup> ist vorliegend nicht relevant. Bei diesen Konstellationen geht es nicht (primär) um Regeln für die Wahrnehmung von Zuständigkeiten durch die Bundesebene, sondern um Regeln für die Wahrnehmung von Zuständigkeiten der föderierten Einheiten.<sup>1283</sup>

Vorliegend werden demgegenüber gleichheitsbezogene Regeln für die Ausübung von *Bundeszuständigkeiten* behandelt: Inwieweit ist die Bundesebene bei der Ausübung ihrer Kompetenzen und Ingerenzen durch den *status aequalis* der föderierten Einheiten gebunden? Als Beispiel für eine Argumentation mit dem *status aequalis* der föderierten Einheiten im Sinne einer Bundeszuständigkeitsausübungsregel – im Bereich der Verbandsingerenzen – können folgende Ausführungen des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts in der sog. 1. Rundfunkentscheidung von 1961 dienen: „Wo immer der Bund sich in einer Frage des Verfassungslebens, an der alle Länder interessiert und beteiligt sind, um eine verfassungsrechtlich relevante Vereinbarung bemüht, verbietet ihm jene Pflicht zu bundesfreundlichem Verhalten, nach dem Grundsatz *divide et impera* zu handeln, d. h. auf die Spaltung der Länder auszugehen, nur mit einigen eine Vereinbarung zu suchen und die anderen vor den Zwang des Beitritts zu stellen.“<sup>1284</sup> Gegen diesen Maßstab hatte die Bundesregierung unter Bundeskanzler *Konrad Adenauer* dadurch verstoßen, dass sie über die Gründung einer Deutschland-Fernsehen-GmbH im Wesentlichen nur mit christdemokratisch geführten, nicht aber auch mit sozialdemokratisch geführten Landesregierungen verhandelt hatte (s. auch unten § 10, B. V. 1. a) cc)<sup>1285</sup>).<sup>1286</sup>

#### cc) „Modale Unbestimmtheit“ (auch) von föderaler Gleichheit

Häufig wird der *status aequalis* der föderierten Einheiten zu einer Bundeszuständigkeitsbeschränkung führen, so etwa im eben skizzierten Beispiel der 1. Rundfunkentscheidung als Verbot, Verhandlungen in bestimmter, nämlich

<sup>1282</sup> Zu den „Grenzen disparitärer Kompetenzwahrnehmung“ der föderierten Einheiten bei Rechtsetzung und Rechtsanwendung für das Grundgesetz (insbesondere zu entsprechenden Grenzen aus Bundesgrundrechten, „Bundestreue“, Rechtsstaatsprinzip und Sozialstaatsprinzip) ausführlich *S. Boysen*, Gleichheit im Bundesstaat, Tübingen 2005, S. 168 ff.

<sup>1283</sup> Freilich ist zu beachten, dass auch in diesen Bereichen doch auch *Bundeszuständigkeiten* relevant werden können, nämlich Kompetenzen der *Bundesgerichte*, welche ggf. Grenzen für „Landeskinderregelungen“ bzw. „Grenzen disparitärer Kompetenzwahrnehmung“ durch föderierte Einheiten (etwa Bundesgrundrechte) gegenüber diesen durchsetzen. Der Bereich der rechtsprechungsbezogenen Kompetenzen wurde aus dem vorliegenden Untersuchungsgegenstand allerdings ausgeklammert (s. o. I. 4.).

<sup>1284</sup> BVerfGE 12, 205 (255) – 1. Rundfunkentscheidung.

<sup>1285</sup> A. a. O. dient diese Textstelle aus der 1. Rundfunkentscheidung als Beispiel für einen kruden metaphorischen Anthropomorphismus unter Verwendung des Topos der föderalen „Freundlichkeit“.

<sup>1286</sup> Vgl. BVerfGE 12, 205 (255 f.) – 1. Rundfunkentscheidung.

gleichheitswidriger Weise zu führen (s.o. bb)). Es geht dann um ein Verbot der Besserstellung bestimmter förderierter Einheiten gegenüber anderen förderierten Einheiten. Insoweit kann der *status aequalis* gewissermaßen als Unterform des *status negativus* der förderierten Einheiten (s.o. a)) betrachtet werden: Förderierte Einheiten haben unter Umständen einen Anspruch darauf, dass die Bundesebene andere förderierte Einheiten nicht gegenüber ihnen privilegiert. Die *status aequalis*-Perspektive fügt der *status negativus*-Perspektive hier allerdings insoweit etwas hinzu, als dass es nicht um die förderierten Einheiten insgesamt als „monolithischen“<sup>1287</sup> Block geht, welcher der Bundesebene im Sinne der vertikalen Gewaltenteilung geschlossen gegenübersteht. Vielmehr stellt der *status aequalis* die „relative Souveränität“ der einzelnen, individualisierten förderierten Einheiten untereinander und im Verhältnis zur Bundesebene – räumlich-metaphorisch gesprochen also gewissermaßen ‚diagonal‘ – in den Vordergrund.<sup>1288</sup>

Dies – eine beschränkende Wirkung auf Bundeskompetenzen oder -ingerenzen – ist allerdings nicht zwingend; denkbar ist auch, dass die Argumentation mit dem *status aequalis* der förderierten Einheiten darauf gerichtet wird, im Sinne des *status positivus* (s.o. b)) ‚Leistungen‘ (i. w. S.) von der Bundesebene zu erhalten (welche andere förderierte Einheiten auch erhalten). So forderte beispielsweise die Freie Hansestadt Bremen verfassungsgerichtlich ein, bei der Vergabe von Bundesmitteln (finanzverfassungsrechtliche Bundes-Ergänzungszuweisungen) nicht schlechter behandelt zu werden als das Saarland<sup>1289</sup> (näher unten § 6, D. III. 3.).

Insgesamt ist auch im Bereich der föderalen Gleichheit der Sache nach auf den Grundsatz der „modalen Unbestimmtheit“ des allgemeinen Gleichheitssatzes zu verweisen, den Gertrude Lübke-Wolff für die *Individualgleichheitsgrundrechte* beschrieben hat:<sup>1290</sup> Ungleichbehandlungen können grundsätzlich in zwei Richtungen aufgelöst werden – entweder durch Beseitigung einer Privilegierung oder durch gleichmäßige ‚Leistungen‘ auch an bislang benachteiligte Entitäten.<sup>1291</sup>

<sup>1287</sup> A. B. Molitor, U. Chi. L. Rev. 81 (2014), 1839 (1875); zur grundsätzlichen Ausrichtung der überkommenen föderalismusverfassungsrechtlichen Dogmatik in den USA auf die Einzelstaaten als „monolithischem“ Block: S. Nicholson-Crotty, Publius 37 (2007), 599 (601 f.): „when it comes to dividing power between the states and the national government, the former are often conceived of as a unitary actor“; Nicholson-Crotty betrachtet einen Faktor dieser ‚Blockbildung‘ näher: die Praxis, dass in föderalismusverfassungsrechtlichen Streitigkeiten, bei denen ein bestimmter Einzelstaat der Bundesebene gegenübersteht, andere Einzelstaaten Rechtsgutachten oder Stellungnahmen (*amicus curiae briefs*) einreichen, welche die Position des konkret im Rechtsstreit stehenden Staats unterstützen (s. auch unten bei Fn. 2586).

<sup>1288</sup> Vgl. A. B. Molitor, U. Chi. L. Rev. 81 (2014), 1839 (1875).

<sup>1289</sup> Vgl. BVerfGE 86, 148 (261, 271 f.) – Finanzausgleich II.

<sup>1290</sup> G. Lübke-Wolff, Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte, Baden-Baden 1988, S. 244; Lübke-Wolff hat diese Figur für die Wirkungen des Gleichheitssatzes im Bereich der staatlichen Leistungen entwickelt.

<sup>1291</sup> Vgl. etwa die Argumentation in *NCAA v. Governor of N.J.*, 730 F.3d 208 (3d Cir. 2013), 239: Hier zeigt sich, dass die modale Unbestimmtheit des allgemeinen (föderalen/

#### 4. Rechtsprechungsnahe, ‚Störfall‘-Bezug und ‚Zugespitztheit‘ der Verbandsgrundrechtspositionen

An den in den vorstehenden Abschnitten vorgestellten Beispielen wie *Massachusetts v. EPA* (s.o. b)), der Entscheidung *numerous clausus I* (s.o. c)) und der 1. Rundfunkentscheidung (s.o. d) bb)) wird deutlich, dass Verbandsgrundrechtspositionen häufig erst durch die Rechtsprechung konturiert und operationalisiert werden können. Die Konturierung und Operationalisierung von Verbandsgrundrechtspositionen bedarf regelmäßig<sup>1292</sup> des dogmatischen Konzeptualisierens über die insoweit spärlichen Verfassungstexte (s.o. 2.) hinaus. Gerade auch im Vergleich mit Verbandskompetenzen und Verbandsingerenzen fällt die besondere Nähe der Verbandsgrundrechtspositionen zur Rechtsprechung und zur gerichtlich durchsetzbaren Dogmatik auf: Während Kompetenzen und Ingerenzen sehr weitgehend ‚technisch‘-detailliert durch die Verfassungstexte ausbuchstabiert werden, gewinnen Rechtsprechung und gerichtlich durchsetzbare Dogmatik bei der Herausbildung der – häufig eben ungeschriebenen – dogmatischen Figuren der Verbandsgrundrechtspositionen eine besondere Bedeutung. Verbandsgrundrechtspositionen sind durch Verfassungstextferne und Rechtsprechungsnahe gekennzeichnet.

Die Rechtsprechungsnahe der Verbandsgrundrechtspositionen steht im Zusammenhang mit einem Moment der ‚Zuspitzung‘ (dazu näher § 7, C.) und mit der bereits beobachteten Affinität der Verbandsgrundrechtspositionen für Sonder-, Stör- und Krisenfälle: Während die Verortung von Verbandsingerenzen auf einem ‚Alltag-Störfall-Krisen‘-Spektrum nicht eindeutig ist, einzelfallbezogen zu erfolgen und dabei aber jedenfalls eine Tendenz zum Alltäglichen hat (s.o. A. II. 4.)<sup>1294</sup>, werden Verbandsgrundrechtspositionen gerade dann – v.a. gerichtlich – aktiviert, wenn die „politische Selbstbestimmung“ einer föderierten Einheit durch den Gebrauch oder ggf. auch Nichtgebrauch von Verbandskompetenzen oder Verbandsingerenzen in

---

föderativen) Gleichheitssatzes diesen im Ergebnis normativ schwächen kann (letztlich wurde die Klage New Jerseys u.a. mit dem Hinweis darauf abgewiesen, dass New Jersey nicht die Beseitigung einer angeblich gleichheitswidrigen Privilegierung eines anderen Staats (Nevada), sondern die Gleichbehandlung mit diesem Staat auf privilegiertem Niveau begehrt; hierzu *D. Sharma*, *Hastings WestNorthwest J. of Envtl. L. & Pol’y* 22 (2016), 247 (249) (258).

<sup>1292</sup> Beachte freilich die Ausführungen zu Art. IV, Sec. 4 USC a.E. (*Domestic Violence Clause*) und Art. 91 Abs. 2 S. 2 GG oben 2. b) cc). Insoweit ergeben sich Wirkungen von Verbandsgrundrechtspositionen unmittelbar aus den Verfassungstexten. Dies ist aber eher selten; vgl. auch den Hinweis oben in Fn. 1256.

<sup>1293</sup> Beachte freilich die Ausführungen zu den informellen Ingerenzen oben A. II. 3. c).

<sup>1294</sup> Für das Strukturelement der Verbandskompetenzen wurde eine parallele Betrachtung (Verortung mit Blick auf ein ‚Alltag-Störfall-Krisen‘-Spektrum) nicht angestellt; allerdings gilt auch hier wie bei den Verbandsingerenzen eine Tendenz zum Alltäglichen, was nicht bedeutet, das Kompetenz-(Nicht-)Gebrauch nicht auch in föderalen Störfall- oder gar Krisensituationen stattfindet (dann eben ggf. unter Modifikation des Kompetenzrechts durch Verbandsgrundrechtspositionen), wie im nachfolgenden Kapitel (§ 5) verdeutlicht werden soll.



Frage gestellt und herausgefordert wird. In gewisser Hinsicht enthalten Verbandsgrundrechtspositionen ein ‚krisen-‘ oder zumindest ‚störfall-‘bezogenes ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal der ‚Gefährdung der „politischen Selbstbestimmung“ der föderalen Träger‘ – dieses hebt die Verbandsgrundrechtspositionen aus dem „Recht der Normallage“ heraus und ordnet sie tendenziell dem „einfachen Krisenrecht“ (Kaiser) zu.<sup>1295</sup> Das grundsätzlich zunächst ‚alltägliche‘ Kompetenz- und Ingerenzrecht als „Recht der Normallage“ bedarf ‚an seinen Rändern‘ in diesen Konstellationen der Modifikation – und dies regelmäßig unter Zu-Hilfe-Nahme der Gerichte.

## 5. Fazit

Die aus dem Modell des Bundes herleitbaren (s. o. 1.), aber verfassungstextlich nur spurenhafte explizierten (s. o. 2.) Verbandsgrundrechtspositionen zum Schutz von Existenz, eigenständiger Legitimation, Funktionen und Autonomiepositionen der föderierten Einheiten wirken vor allem als – negative, positive, ‚aktivierende‘ oder gleichheitsbezogene – Modifikatoren von Verbandskompetenzen und Verbandsingenzenzen (s. o. 3.), insbesondere in Sonder-, Stör- und Krisenfällen (s. o. 4.). Eine besondere Rolle spielt dabei die später näher zu untersuchende föderalismusverfassungsrechtliche Wirkungsdimension ‚Rechtsprechung‘ (s. u. § 7 u. § 8, B. III., C.).

## § 5 Strukturelemente II (Vertiefung): Verbandsgrundrechtspositionen als Kompetenzausübungsregeln

Einzelheiten der eben beschriebenen kompetenz- und ingerenzmodifizierenden Wirkung von Verbandsgrundrechtspositionen der föderierten Einheiten sind Gegenstand der beiden nachfolgenden Kapitel: § 5 widmet sich den Kompetenzausübungsregeln und § 6 den Ingerenzausübungsregeln – jeweils verstanden und analysiert als Ausprägung der Verbandsgrundrechtspositionen der föderierten Einheiten.

Dabei wird jeweils überblicksartig und integriert-komparativ zusammengetragen und systematisiert, auf welchen Wegen und Feldern Verbandsgrundrechtspositionen argumentativ ins Spiel gebracht werden, um – im Sinn des Modells des Bundes – den Schutz der „politischen Selbsterhaltung“ (s. o. § 2, C.) der Staaten bzw. Länder zu bewirken. Ausblicksartig soll auf besonders bemerkenswerte rhetorische Wendungen und auf ideenpolitische Argumentationsmuster hingewiesen werden<sup>1296</sup>, welche

<sup>1295</sup> Zu dieser Differenzierung A.-B. Kaiser, *Ausnahmeverfassungsrecht*, Tübingen 2020, S. 65 – s. auch oben in und bei Fn. 1087.

<sup>1296</sup> Vgl. hierzu insbesondere die jeweiligen Abschnitte „Fazit und Ausblick“ in den Unterabschnitten der nachfolgenden Kapitel.

dann im dritten Teil der Studie ausgehend von dem erarbeiteten Befund intensiver rhetorik-analytisch untersucht (und kritisiert) werden (s. insbes. §§ 10, B. V. u. § 12).

Die nachfolgenden Ausführungen orientieren sich an einer 2-mal-4-Felder-Matrix: Sowohl bei der Modifikation von Kompetenzen wie auch bei der Modifikation von Ingerenzen können die Verbandsgrundrechtspositionen nach dem eben Gesagten jeweils im *status negativus* (s. u. A bzw. § 6, A.), im *status positivus* (s. u. B bzw. § 6, B.), im *status activus* (s. u. C bzw. § 6, C.) und im *status aequalis* (s. u. D bzw. § 6, D.) argumentativ in Stellung gebracht werden. Die ersten beiden (*status negativus* und *status positivus*) und die vierte Konstellation (*status aequalis*) betreffen die negative, die positive bzw. die gleichheitsbezogene Modifikation von Kompetenzen bzw. Ingerenzen der *Bundesebene*, bei der dritten Konstellation (*status activus*) geht es um eine aktivierende Modifikation der Kompetenzen der *föderierten Einheiten*.

Als auszuwertendes Material dienen im Folgenden vor allem gerichtliche Entscheidungen, insbesondere der Höchstgerichte *U.S. Supreme Court* und Bundesverfassungsgericht, sowie (weniger häufig) Arbeiten des rechtswissenschaftlichen Schrifttums<sup>1297</sup>. Vereinzelt werden ‚Vorgänge‘ der nicht-judikativen Praxis (etwa der Verwaltungspraxis) beschrieben.<sup>1298</sup> Es wird im Folgenden also weniger als bisher mit dem ‚reinen‘ Text der beiden Bundesverfassungen, sondern stärker mit verfassungsrechtsdogmatischen Texten gearbeitet. Diese Umstellung auf ‚Dogmatik‘ (ausführlich zum Begriff unten § 7, B.) spiegelt den eben dargestellten Befund, dass Verbandsgrundrechtspositionen eine eher nur prekäre Verankerung in den Verfassungstexten (s. o. § 4, B. III. 2.) und eine besondere Nähe zur Rechtsprechung sowie zur gerichtlich durchsetzbaren Dogmatik aufweisen (s. o. § 4, B. III. 4.).

Nicht alle im Folgenden herangezogenen Beispiele für die dogmatische Argumentation (näher zum Begriff ‚Argumentation‘ unten § 7, A. II. 1. b)) mit Verbandsgrundrechtspositionen (insbesondere einige der wissenschaftlichen Vorschläge) halten einer vertieften kritischen Hinterfragung Stand.<sup>1299</sup> Zudem handelt es sich bei einigen (durchaus nicht wenigen) der ausgewerteten Judikate nicht mehr um geltendes Recht (‚good law‘)<sup>1300</sup>; vereinzelt werden abweichende Sondervoten

<sup>1297</sup> S. beispielsweise die ausgewerteten Rechtsinhaltsquellen (v. a. Aufsätze und Gutachten) von Jessica Bulman-Pozen/Heather K. Gerken (s. u. § 6, C. II. 1.), Udo Di Fabio (s. u. § 5, B. III. 2. b)), Andreas Fischer-Lescano/Andreas Gutmann/Christoph Schmid (s. u. § 5, A. IV. 3. b) cc)), Konrad Hesse (s. u. § 6, C. III.), Michael Kloepfer/Christian Kohler (s. u. § 5, B. III. 2. a)), Konrad Kruis (s. u. § 6, B. II. 3. a)), Peter Lerche (s. u. § 5, C. III. 1.), Michael J. Zydney Mannheim (s. u. § 5, A. I. 2. b) bb)), Franz C. Mayer/Markus Artz (s. u. § 5, C. III. 2.), Deborah J. Merritt (s. u. § 5, A. II. 2.), Jonathan Remy Nash (s. u. § 5, C. II. 1.), Justin DuPratt White (s. u. § 6, A. VII. 2. b)) u. a.

<sup>1298</sup> S. beispielsweise die Veranschaulichung des Theorems „*uncooperative federalism*“ (Bulman-Pozen/Gerken) am Beispiel der Verwaltungspraxis von Abgasuntersuchungen unten § 6, C. II. 2.

<sup>1299</sup> S. beispielsweise die Argumentationen von Udo Di Fabio (s. u. § 5, B. III. 2. b)) oder von Franz C. Mayer/Markus Artz unten § 5, C. III. 2.

<sup>1300</sup> S. beispielsweise *Hammer v. Dagenhart*, 247 U.S. 251 (1918) – s. u. § 5, A. I. 2. a); *National League of Cities v. Usery*, 426 U.S. 833 (1976) – s. u. § 5, A. II. 2. a), teilweise auch

(*dissents*)<sup>1301</sup> und *obiter dicta*<sup>1302</sup> ausgewertet. Als Material für die hier angestrebte Analyse eines Musters dogmatischen Argumentierens sind auch diese Beispiele (weiterhin) aufschlussreich (zum dogmatikwissenschaftlichen Stellenwert von verfassungsrechtsdogmatikgeschichtlichem Material, von *dissents* und von *obiter dicta* näher unten § 7, A. III. 3.). Eine methodologische Reflexion (s. § 9, A. u. B.) und eine vertiefte kritische Auseinandersetzung mit einigen ausgewählten Fallkonstellationen wird dann in Spezialkapiteln erfolgen (s. §§ 11 f.).

### A. *Status negativus*: Bundeskompetenzausübungsschranken

Praktisch besonders wichtig ist die Konstellation, in welcher Verbandsgrundrechtspositionen der Staaten bzw. Länder argumentativ ins Feld geführt werden, um die Ausübung von Bundeskompetenzen, also nach außen gerichtete Handlungsmöglichkeiten (s. o. § 4, A. I.) der Bundesebene, zu begrenzen. Hier lassen sich je nach Art und Schutzzweck der Begrenzung verschiedene Fallgruppen unterscheiden; Bundeskompetenzausübungsschranken können insbesondere folgenden Zwecken dienen: dem Schutz des sachpolitischen Legislativföderalismus in bestimmten ‚lokalen‘ Politikfeldern (v. a. ‚Kultur‘ und ‚Polizei‘ – s. u. I.), dem Schutz der legislativen Personalhoheit der föderierten Einheiten (s. u. II.), dem Schutz der ‚Würde‘ (und Finanzhoheit) der föderierten Einheiten vor Beeinträchtigungen durch bundesgesetzlich begründete ‚Staatshaftung‘ (s. u. III.) und dem Schutz des sachpolitischen Handlungsspielraums der föderierten Einheiten vor (instrumentell) widersprechenden Maßnahmen der Bundesebene (insbesondere im Abgabenrecht und im Privatrecht s. u. IV.).

---

BVerfGE 12, 205 – 1. Rundfunkentscheidung – s. u. § 5, A. I. 3. a); u. a. Andere untersuchte Entscheidungen wie etwa *Oregon v. Mitchell*, 400 U.S. 112 (1970) – s. u. § 6, A. VI. 2. b); BVerfGE 4, 115 – Besoldungsgesetz von Nordrhein-Westfalen – s. u. § 5, A. II. 3. a); BVerfGE 111, 226 (249) – Juniorprofessur – s. u. § 6, A. I. 3. a) – haben aufgrund von zwischenzeitlich erfolgten förmlichen Verfassungsänderungen keine unmittelbare geltend-rechtliche Bedeutung mehr.

<sup>1301</sup> S. beispielsweise die abweichenden Sondervoten von *Justice Harlan* zu *Roth v. United States*, 354 U.S. 476 (1957), 496 ff. – s. u. § 5, A. I. 2. c); von *Justice Black* zu *South Carolina v. Katzenbach*, 383 U.S. 301 (1966), 358 ff. – s. u. § 6, A. I. 2. b); von *Justice Kennedy* zu *ADEC v. EPA*, 540 U.S. 461 (2004), 502 ff. – s. u. § 6, A. II. 2. b); von *Justice Scalia* zu *Arizona v. United States*, 567 U.S. 387 (2012), 416 ff. – s. u. § 5, C. II. 2. – oder der Richter *Di Fabio* und *Mellinghoff* zu BVerfGE 104, 249 (273 ff.) – *Biblis A* – s. u. § 6, A. II. 3. b).

<sup>1302</sup> S. beispielsweise BVerfGE 8, 104 (120) – Volksbefragung – s. u. § 6, A. VI. 3. b); BVerfGE 98, 106 (119 f.) – Kommunale Verpackungsteuer – s. u. § 5, A. IV. 3. a).

## I. Sachpolitische Gesetzgebungsreservate der föderierten Einheiten

Ein erster – teilweise dogmatisch umstrittener oder zumindest ungesicherter – Komplex von diskutierten ungeschriebenen Bundeskompetenzausübungsschranken, der bei einem Vergleich des föderalismusverfassungsrechtlichen Kompetenzrechts in den USA und Deutschland auffällt, betrifft eine bestimmte Form sachlich-inhaltlicher Schranken von Bundeskompetenzen:

### 1. „Politische Selbsterhaltung“ durch sachpolitische Gestaltung im Legislativföderalismus

Dabei werden bestimmte sachlich-inhaltliche (sachpolitische) Materien identifiziert und den föderierten Einheiten als deren ‚originäre‘ legislative Tätigkeitsfelder zugeordnet. Betroffen sind vor allem die Sachpolitikbereiche ‚Kultur‘- und ‚Polizei‘. Ein legislatives Tätigwerden im Bereich dieser Sachmaterien wird als wesentlich für die legislative Entfaltung (und häufig: für die ‚Staatlichkeit‘) der föderierten Einheiten erachtet. Es geht bei dieser Argumentation um den Schutz einer wesentlichen Position der föderierten Einheiten im *Legislativföderalismus*, um ihre „politische Selbsterhaltung“ als gesetzgebungsbefugte Hoheitsträger.

Bemerkenswert ist dabei, dass diese den föderierten Einheiten zugeordneten sachpolitischen Materien – anders als die Mehrzahl von Verbandskompetenzen – nicht ausdrücklich verfassungstextlich geschrieben sind, sondern aus den Verbandsgrundrechtspositionen der föderierten Einheiten abgeleitet werden und dann als ‚ungeschriebene‘ sachliche Begrenzungen der geschriebenen Bundeskompetenzen daherkommen. Vor allem weite Bundesgesetzgebungskompetenzmaterien (wie *„commerce [...] among the several States“* und „Wirtschaft“) sollen auf diese Weise sachlich-begrenzt werden:

### 2. USA: „historic police powers“ – lokaler Handel, lokale Kriminalität, lokale „Moral“

Dem Fallrecht und der Dogmatik in den USA lassen sich Versuche entnehmen, die darauf zielen, in den Sachbereichen lokaler Handel, lokale Kriminalität und lokale „Moral“ den Einzelstaaten legislativen Spielraum freizuhalten. Hierbei haben sich unterschiedliche Mechanismen herausgebildet (welche zum Teil freilich kein *„good law“* [mehr] darstellen):

#### a) *Obsolete Dogmatik: ausschließliche Gesetzgebungskompetenz der föderierten Einheiten*

In den USA hat der *U.S. Supreme Court* zu Beginn des 20. Jahrhunderts in der Entscheidung *Hammer v. Dagenhart* (1918) ein solches sachpolitisches Gesetzge-

bungsreservat für den Bereich der „Polizeigewalt über den lokalen Handel und die lokale wirtschaftliche Produktion“ („*the police power over local trade and manufacture*“) ausgemacht und als Grenze der Bundesgesetzgebungskompetenz für „*commerce [...] among the several States*“ (Art. I, Sec. 8, Cl. 3 USC) durchgesetzt: Das in Rede stehende Bundesgesetz (zum Verbot von Kinderarbeit) wurde für gesetzgebungskompetenzwidrig und nichtig erklärt, da es Modalitäten der Produktion und nicht den staatenübergreifenden Handel betreffe.<sup>1303</sup> In *Hammer v. Dagenhart* wurde also ein sachpolitisch definiertes Gesetzgebungsreservat der Einzelstaaten als *ausschließliche* Gesetzgebungskompetenz der föderierten Einheiten behauptet. Freilich hob der *U.S. Supreme Court* im Jahr 1941 diese Entscheidung und mit ihr die Differenzierung zwischen lokaler wirtschaftlicher Produktion und zwischenstaatlichem Handel in der Entscheidung *United States v. Darby* (1941) ausdrücklich auf und stärkte auf diesem Wege die Bundesgesetzgebungskompetenz für *interstate commerce*.<sup>1304</sup>

#### *b) Geltende Dogmatik: föderalismus-verfassungskonforme Auslegung*

Das Freihalten eines legislativen Spielraums der Staaten von bundesgesetzlichen Übergriffen in bestimmten sachpolitischen Materien (wie ‚lokale Produktion‘) wurde und wird im höchstgerichtlichen Fallrecht aber – in abgeschwächter Form – auf anderen Wegen weitergeführt:

##### aa) Keine Verdrängung (*preemption*) von Einzelstaatenrecht

Der *U.S. Supreme Court* stellte – *erstens* – eine bestimmte Modalität der föderalismus-verfassungskonformen Auslegung (hierzu näher unten § 8, C. I. 2. b) bb)) zum Schutz sachpolitischer Gesetzgebungsreservate der Einzelstaaten auf. Dabei wird zwar das Bestehen der Bundesgesetzgebungskompetenz hinsichtlich lokaler, jedoch mittelbar überstaatlich relevanter Produktionsvorgänge nicht bestritten. Allerdings wird hinsichtlich der Frage nach der Verdrängung paralleler Gesetze der Einzelstaaten durch Bundesgesetze im Wege von *preemption* (hierzu oben § 4, B. I. 2. c) cc)) vermutet, dass von einer Verdrängung der Staatengesetze in diesem Bereich traditioneller einzelstaatlicher Regulierung („*the historic police powers of the States*“) nur auszugehen ist, wenn sich eine entsprechende bundesgesetzliche

<sup>1303</sup> *Hammer v. Dagenhart*, 247 U.S. 251 (1918), 274 ff. Zwar mag man die in *Hammer* vorgeschlagene Differenzierung auch als bloße Auslegung des Tatbestandsmerkmals „*among the several States*“ (Art. I, Sec. 8, Cl. 3 USC) ansehen, das Gericht betonte jedoch, dass die sachpolitische Kompetenzmaterie „*local trade and manufacture*“ „schon immer existiert“ hatte und „den Staaten durch den Zehnten Zusatzartikel zugesichert“ sei: „*the local power always existing and carefully reserved to the States in the Tenth Amendment*“.

<sup>1304</sup> *United States v. Darby*, 312 U.S. 100 (1941), 116 f.

Zielsetzung hinreichend deutlich aus dem Bundesgesetz ergibt („*clear and manifest purpose of Congress*“; hierzu auch unten § 8, C. I. 2. b) bb)).<sup>1305</sup>

Die Bereiche der einzelstaatlichen *police power*, in denen eine Vermutung dafür besteht, dass die Staaten auch neben dem Bundesgesetzgeber ‚weiterhin‘ gesetzgebend tätig sein dürfen, umfassen vor allem den „Schutz von Leben, körperlicher Unversehrtheit, Wohlbefinden und Ruhe“<sup>1306</sup> („vor Ort“). So hat das Gericht z.B. entschieden, dass eine detaillierte bundesgesetzliche Regulierung von Medizinprodukten wie Herzschrittmachern einschlägige einzelstaatenrechtliche Produkthaftungsansprüche nicht ohne Weiteres verdrängt.<sup>1307</sup>

#### bb) Partielle Nichtanwendbarkeit von Bundesrecht

Daneben gibt es eine *zweite* Modalität zum Schutz sachpolitischer Gesetzgebungsreservate der Einzelstaaten, welche ebenfalls mit einer Modalität der föderalismus-verfassungskonformen Auslegung arbeitet: Es geht dabei um die Nichtanwendbarkeit von Bundesgesetzen auf bestimmte einzelstaaten-nahe Sachverhalte. Zu den *police powers* der Einzelstaaten wird traditionell auch ein Teil des Strafrechts, nämlich die Sanktionierung von „lokalen“ Straftaten, gezählt. In der Entscheidung *Bond v. United States* (2014) bestätigte das der *U.S. Supreme Court*, dass die enumerierten Bundesgesetzgebungskompetenzen dem Bundesparlament zwar – akzessorisch zu den Sachmaterien der enumerierten Bundesgesetzgebungskompetenzen – auch den Erlass von Bundesstrafrecht erlauben. Allerdings würde die US-Verfassung dem Bundesparlament nicht die Kompetenz einräumen, „lokale“ Straftaten bundesrechtlich unter Strafe zu stellen.<sup>1308</sup> Freilich hob das Gericht das in Rede stehende Bundesgesetz (*Chemical Warfare Act* zur Kriminalisierung von chemischen Kriegswaffen) nicht als kompetenzwidrig auf, sondern legte es föderalismus-verfassungsrechtskonform so aus, dass es nicht auf den Sachverhalt, der eine bloße ‚lokale Straftat‘ (‚leichte‘ Vergiftung unter Bekannten) betraf, anwendbar sei.

<sup>1305</sup> *Rice v. Santa Fe Elevator Corp.*, 331 U.S. 218 (1947), 230: „*assumption that the historic police powers of the States were not to be superseded by the Federal Act unless that was the clear and manifest purpose of Congress*“. Im konkreten Fall waren diese Voraussetzungen erfüllt, sodass eine Verdrängung einzelstaatlicher Regelungen (*preemption*) durch das Bundesgesetz (*United States Warehouse Act* zur Regulierung von Getreidelagerhäusern) angenommen wurde, vgl. a. a. O., 236. Vgl. auch *Medtronic, Inc. v. Lohr*, 518 U.S. 470 (1996), 485.

<sup>1306</sup> *Metropolitan Life Ins. Co. v. Massachusetts*, 471 U.S. 724 (1985), 756: „*States traditionally have had great latitude under their police powers to legislate as to the protection of the lives, limbs, health, comfort, and quiet of all persons*“.

<sup>1307</sup> Vgl. *Medtronic, Inc. v. Lohr*, 518 U.S. 470 (1996); beachte jedoch die Einschränkung dieser Entscheidung in *Riegel v. Medtronic, Inc.*, 552 U.S. 312 (2008).

<sup>1308</sup> *Bond v. United States*, 572 U.S. 844 (2014); ähnlich bereits *United States v. Bass*, 404 U.S. 336 (1971), 350.

In einer ähnlichen Konstellation entschied das Gericht, dass die Bundesebene unter der *interstate commerce*-Kompetenz zwar die Gesetzgebungskompetenz für das Bundes-Betäubungsmittelgesetz *Controlled Substances Act* (CSA) habe, aber – so die Entscheidung der 6:3-Gerichtsmehrheit<sup>1309</sup> in *Gonzales v. Oregon* (2006) – strafrechtliche Vorschriften im CSA von der zuständigen Bundesbehörde (dem *U.S. Attorney General*) nicht gegen Ärztinnen und Ärzte vollzogen werden dürften, welche Patientinnen und Patienten Medikamente für ärztlich begleitetes Sterben (*physician-assisted death* oder *medical aid in dying*) bereitstellen.<sup>1310</sup> (Im zu Grunde liegenden Fall war ärztlich begleitetes Sterben durch ein Gesetz des Staats Oregon, den *Oregon Death with Dignity Act*, sogar ausdrücklich legalisiert worden.) Das Gericht brachte auch hier eine Auslegungsregel ins Spiel und führte aus, dass das Gesetz nicht hinreichend deutlich mache, dass es zu bundesbehördlicher Vollzugstätigkeit ermächtigen wolle, welche die *police powers* der Staaten im Bereich des Arztrechts beeinträchtigen würde.<sup>1311</sup>

Ähnlich gelagert sind Fälle, in denen eine föderalismus-verfassungskonforme Auslegung im Rahmen des Verwaltungsermessens und des Ermessens bei der Strafverfolgung (*executive/prosecutorial discretion*<sup>1312</sup>) gefordert wird. Es geht dann beispielsweise darum, ob Bundesstellen bei der Strafverfolgung (von Verstößen gegen Bundesstrafrecht) Rücksicht auf „lokale Ansichten“ („*local sentiment*“) zu nehmen hätten.<sup>1313</sup> Besondere Aufmerksamkeit erfährt dieses Argument bei föderalen (Ebenen-)Unterschieden hinsichtlich der Todesstrafe (*capital punishment federalism*<sup>1314</sup>): Sollten Bundesstellen bei der Strafverfolgung (von Bundesstrafrecht)

<sup>1309</sup> Bemerkenswert ist, dass mit den Richtern Scalia, Roberts und Thomas drei ‚konservative‘ Richter abweichende Sondervoten verfassten und – gegen die von der (überwiegend ‚liberalen‘) Mehrheit des Gerichts in Stellung gebrachte Position der Staaten(!) – der Bundesbehörde eine Vollzugskompetenz zugbilligt hätten (*Gonzales v. Oregon*, 546 U.S. 243 (2006), 275 ff.), wobei *Justice* Thomas freilich bereits die Bundesgesetzgebungskompetenz für den CSA bestreitet: *Gonzales v. Oregon*, 546 U.S. 243 (2006), 299 ff.

<sup>1310</sup> Vgl. *Gonzales v. Oregon*, 546 U.S. 243 (2006), 275.

<sup>1311</sup> Vgl. *Gonzales v. Oregon*, 546 U.S. 243 (2006), 269 ff.

<sup>1312</sup> Grundlegend zum Problemkreis ‚*prosecutorial discretion*‘ von Strafverfolgern auf Bundesebene, gerade mit Blick auf föderale Besonderheiten im Bundesgebiet: *R. H. Jackson*, *Journal of the American Judicature Society* 24 (1940), 18 ff.

<sup>1313</sup> Skeptisch *R. H. Jackson*, *Journal of the American Judicature Society* 24 (1940), 18 (20): „*there should be no permitting of local considerations to stop federal enforcement*“; a. a. O. (20): „*We must bear in mind that we are concerned only with the prosecution of acts which the congress has made federal offenses. Those acts we should prosecute regardless of local sentiment, regardless of whether it exposes lax local enforcement, regardless of whether it makes or breaks local politicians*“; a. a. O. (20): „*The federal government could not enforce one kind of law in one place and another kind elsewhere. It could hardly adopt strict standards for loose states or loose standards for strict states without doing violence to local sentiment*“.

<sup>1314</sup> Seit dem Präsidentschaftswahlkampf 1988 (*George Herbert Walker Bush* [R] gegen *Michael Dukakis* [D]) wurde das Ob und Wie der Todesstrafe auf Bundesebene zu einem intensiv diskutierten (partei-)politischen Thema, vgl. dazu *G. Kannar*, *Buff. L. Rev.* 44 (1996), 325 ff.; deutlich zur aktuellen und künftigen föderalismusverfassungsrechtlichen Dimension der Problematik der Todesstrafe *M. J. Z. Mannheimer*, *Ark. L. Rev.* 70 (2017), 309



auf die Verhängung der Todesstrafe (den sog. ‚*federal death penalty*‘) verzichten, wenn in dem betreffenden Einzelstaat die Todesstrafe (mit Blick auf den Vollzug von Einzelstaatenstrafrecht) nicht vorgesehen ist oder gar explizit abgelehnt wird<sup>1315</sup>? Soll das einzelstaatenrechtliche Verbot der Todesstrafe also mittelbar über die Ermessensausübung auf die Bundesebene ‚durchschlagen‘? Wie in den Konstellationen von *Bond* und *Gonzales* lässt sich auch hier mit dem verfassungstextfernen Topos der ‚*police powers*‘ der Einzelstaaten argumentieren.<sup>1316</sup> Bei der föderalen Todesstrafe-Problematik kommt ein weiterer Aspekt hinzu<sup>1317</sup>: Im Schrifttum wird seit einiger Zeit von Michael J. Zydney Mannheimer eine *individualgrundrechtliche* Verankerung der Argumentation im VIII. Zusatzartikel zur US-Verfassung propagiert<sup>1318</sup>. Der VIII. Zusatzartikel verbietet u. a. „grausame und ungewöhnliche Bestrafungen“ („*cruel and unusual punishments*“); für Mannheimer stellt der *federal death penalty* in Einzelstaaten, in denen kein *state death penalty* vorgesehen ist, eine – bundesverfassungsrechtlich durch den VIII. Zusatzartikel verbotene – „ungewöhnliche Bestrafung“ dar.<sup>1319</sup> Mannheimer betont das Zusammenspiel von Individualgrundrechten und ‚*state sovereignty*‘-Argumenten; dabei verweist er auf die *Anti-Federalists* und deren Konzept der *Bill of Rights* (hierzu oben § 1, B. IV. 2.), zu welcher

---

(338 ff.), welcher (insbesondere mit Blick auf die ‚Republikanische‘ Präsidentschaft Donald Trumps) gar von „*The Coming Federalism Battle in the War over the Death Penalty*“ spricht.

<sup>1315</sup> In Michigan und im Territorium Puerto Rico ist die Todesstrafe im Rang der jeweiligen Verfassung verboten, in anderen Staaten besteht ein einfachgesetzliches Verbot; vgl. etwa Art. IV, Sec. 46 Const. Michigan von 1963/64: „*No law shall be enacted providing for the penalty of death.*“; Art. II, Sec. 7 Const. Puerto Rico von 1952: „*The right to life, liberty and the enjoyment of property is recognized as a fundamental right of man. The death penalty shall not exist.*“ Insgesamt hatten im Jahr 2017 19 Staaten die Todesstrafe (zum Teil auch einfachgesetzlich) abgeschafft, vgl. *M. J. Z. Mannheimer*, Ark. L. Rev. 70 (2017), 309 (328), der darauf hinweist, dass seit 2004 sieben Staaten zu dieser Liste hinzugekommen seien, mithin ein entsprechender Trend erkennbar sei, zumal unter den ‚Newcomern‘ bevölkerungsreiche Staaten wie New York, New Jersey und Illinois seien.

<sup>1316</sup> So etwa *M. J. Z. Mannheimer*, Vermont Law Review 36 (2011), 131 (132): „*local control of criminal justice*“; erneut *ders.*, Ark. L. Rev. 70 (2017), 309 (341): „*the area most traditionally reserved for the states: the definition and punishment of criminal offenses*“

<sup>1317</sup> Beachte freilich, dass *M. J. Z. Mannheimer*, in: M. J. Ryan/W. W. Berry III (Hrsg.), *The Eighth Amendment and Its Future in a New Age of Punishment*, Cambridge, U.K., 2020, S. 42 (55), darauf hinweist, dass die hier referierte Argumentation auch über die föderale Todesstrafe-Problematik hinaus relevant sein könnte, nämlich bezüglich des (Freiheits-) Strafmaßes für Betäubungsmittel- und Waffendelikte, welches teilweise ebenfalls erheblich zwischen den föderalen Ebenen divergiere.

<sup>1318</sup> Kontinuierlich seit beinahe 15 Jahren: siehe *M. J. Z. Mannheimer*, University of Cincinnati Law Review 74 (2006), 819 ff.; *ders.*, Vermont Law Review 36 (2011), 131 ff.; *ders.*, Ark. L. Rev. 70 (2017), 309 ff.; *ders.*, in: M. J. Ryan/W. W. Berry III (Hrsg.), *The Eighth Amendment and Its Future in a New Age of Punishment*, Cambridge, U.K., 2020, S. 42 ff.; für die a. A. siehe die Nachw. in Fn. 1321.

<sup>1319</sup> Pointiert *M. J. Z. Mannheimer*, in: M. J. Ryan/W. W. Berry III (Hrsg.), *The Eighth Amendment and Its Future in a New Age of Punishment*, Cambridge, U.K., 2020, S. 42 (54, 57): „*That is to say, 'cruel and unusual' is best interpreted as, 'more severe than is permitted by the law of the state.'*“ Vgl. i. Ü. die Fundstellen in Fn. 1318.

der VIII. Zusatzartikel gehört.<sup>1320</sup> Diese Argumentation ist mangels gerichtlicher Anerkennung freilich ‚dogmatisch ungesichert‘.<sup>1321</sup> Ähnliche Fragen wie beim *capital punishment federalism* stellen sich im Zusammenhang mit föderalen (Ebenen-) Unterschieden bei der Legalisierung von Marihuana-Konsum, insbesondere bei medizinischer Indikation (*medical marijuana federalism*) – beim *medical marijuana federalism* geht es allerdings weniger um den *status negativus*, sondern stärker um den *status activus* der Verbandsgrundrechtspositionen der Einzelstaaten, weshalb diese Thematik dort aufgegriffen wird (s. u. § 5, C. II. 3.).

*c) ‚Ungesicherte‘ Dogmatik: Individualgrundrechte  
als Verbandskompetenzverteilungsschema?*

Schließlich ist im Zusammenhang mit dem Freihalten bestimmter Legislativreservate der Einzelstaaten auf eine Konstellation zu verweisen, in der argumentiert wird, dass Individualgrundrechte von Bürgerinnen und Bürgern Einfluss auf die föderale Verbandskompetenzverteilung gewinnen können; freilich ist diese (Unter-) Fallgruppe dogmatisch ungesichert.<sup>1322</sup>

Teilweise lässt sich die eben referierte Argumentation Mannheimers gegen den *federal death penalty* in Staaten ohne *state death penalty* in diese (Unter-) Fallgruppe einordnen; Mannheimer rekurriert schließlich vor allem auch auf das Individualgrundrecht des VIII. Zusatzartikels zur Bundesverfassung (s. eben b) bb)).

Hinsichtlich der angestrebten Rechtsfolgen weitergehend und intensiver<sup>1323</sup> ist die individualgrundrechtliche Anreicherung der föderalismusverfassungsrechtlichen Argumentation in einem abweichenden Sondervotum zur Entscheidung *Roth v. United States* (1957). In der Entscheidung zu den individualgrundrechtlichen Grenzen der hoheitlichen Repression von (angeblich) ‚obszöner‘ Rede (*obscenity*)

<sup>1320</sup> Vgl. M. J. Z. Mannheimer, in: M. J. Ryan/W. W. Berry III (Hrsg.), *The Eighth Amendment and Its Future in a New Age of Punishment*, Cambridge, U.K., 2020, S. 42 (45 ff., 56): „*The Anti-Federalists’ Bill of Rights was first and foremost an instrument to protect individual rights through the preservation of a robust form of state sovereignty. [...] The Anti-Federalists sought through the Bill of Rights a preservation of state power in furtherance of individual rights.*“

<sup>1321</sup> Diskutiert, aber i.E. abgelehnt wurde die referierte Argumentation von unteren Bundesgerichten und vom *U.S. Court of Appeals for the Second Circuit* (mit Sitz in New York City): *United States v. Aquart*, 912 F.3d 1, 65–69 (2d Cir. 2018); vgl. i. Ü. die Fundstellen bei M. J. Z. Mannheimer, in: M. J. Ryan/W. W. Berry III (Hrsg.), *The Eighth Amendment and Its Future in a New Age of Punishment*, Cambridge, U.K., 2020, S. 42 (55; dort in Fn. 46). Die dogmatische Ungesicherheit seiner Position erkennt Mannheimer ausdrücklich an: a. a. O. (54): „*This view, were it to be adopted by the courts, would have far-reaching implications [...].*“

<sup>1322</sup> Harlan war mit seinem abweichenden Sondervotum eben in der Minderheit.

<sup>1323</sup> In *Roth v. United States*, 354 U.S. 476 (1957), 496 ff. – Sondervotum *Justice Harlan*, geht es schließlich um die Verfassungswidrigkeit und Nichtigkeit des einschlägigen Bundesgesetzes, bei Mannheimers Argumentation hingegen lediglich um die Nichtanwendbarkeit in bestimmten Einzelstaaten.

führt *Justice* John M. Harlan II eine Differenzierung zwischen einzelstaatlichen Maßnahmen einerseits und entsprechenden bundesrechtlichen Maßnahmen andererseits ein: *Justice* Harlan hält zwar ein *Bundesgesetz*, welches das postalische Versenden von ‚*obscenity*‘-Material pönalisierte, für verfassungswidrig; ein ähnliches Gesetz des Staats Kalifornien sei allerdings verfassungsmäßig. Hinsichtlich des Bundesgesetzes bestreitet Harlan zwar nicht *per se* die Einschlägigkeit der Bundesgesetzgebungskompetenz für das Postwesen (sog. ‚*postal power*‘; Art. I, Sec. 8, Cl. 7 USC), argumentiert aber für eine individualgrundrechtliche Kompetenzausübungsschranke<sup>1324</sup>. In einer Verschmelzung von verbandskompetenziellen und individualgrundrechtstheoretischem Denken<sup>1325</sup> argumentiert Harlan, dass dem Einzelstaatesgesetzgeber ein größerer Spielraum bei entsprechenden individualgrundrechtseingreifenden Maßnahmen zukomme als dem Bundesgesetzgeber, weil dem Einzelstaatesgesetzgeber – anders als dem Bundesgesetzgeber – die „direkte Verantwortung für den Schutz des lokalen moralischen Gewebes“<sup>1326</sup> zukomme und weil die Gefahren für die Gedanken- und Meinungsäußerungsfreiheit ungleich größer wären, wenn der Bundesgesetzgeber und nicht nur einzelne Staatesgesetzgeber zensierend tätig würden<sup>1327</sup> (s. näher unten § 12, B. II. 3. b)).

Letztlich zielt Harlans Argumentation im Sondervotum zu *Roth* also wiederum auf die Behauptung einer Legislativreserve der Einzelstaaten im Bereich der *police powers*, wobei diese – ähnlich wie in der oben vorgestellten (unterdessen aufgehobenen) Entscheidung *Hammer v. Dagenhart* und anders als in den zuvor vorgestellten Entscheidungen *Medtronic, Inc. v. Lohr*, *Gonzales v. Oregon* und *Bond v. United States* und anders als in Mannheimers Argumentation – als faktisch *ausschließliche* Legislativkompetenz der Einzelstaaten (unter Ausschluss von Bundesgesetzgebung in diesem Bereich) in Stellung gebracht wird. (Bundes-)Individualgrundrechte<sup>1328</sup> kommen in dieser Argumentation gewissermaßen als Verbandskompetenzverteilungsschema bei grundsätzlich parallelen Gesetzgebungs-

<sup>1324</sup> Vgl. *Roth v. United States*, 354 U.S. 476 (1957), 496 (504 f.) – Sondervotum *Justice* Harlan, unter Hinweis auf *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 250 (1952), 287 (294 f.) – Sondervotum *Justice* Jackson – Jackson argumentiert hier, dass die Einzelstaaten einen größeren Spielraum bei der Pönalisierung von Verleumdung haben sollten als die Bundesebene.

<sup>1325</sup> Das Verschmelzen von verbandskompetenziellen und individualgrundrechtstheoretischem Denken im US-amerikanischen Verfassungsrecht stellt etwa auch Horst Ehmke heraus (Nachweise oben in Fn. 1056).

<sup>1326</sup> *Roth v. United States*, 354 U.S. 476 (1957), 496 (504) – Sondervotum *Justice* Harlan: „the States [...] bear direct responsibility for the protection of the local moral fabric“.

<sup>1327</sup> Vgl. *Roth v. United States*, 354 U.S. 476 (1957), 496 (505 f.) – Sondervotum *Justice* Harlan.

<sup>1328</sup> Genauer: *Bundes-Individualgrundrechte*: Harlan stellt auf den I. Zusatzartikel zur US-Verfassung ab, gegen welchen das Bundesgesetz verstoße, und auf den XIV. Zusatzartikel (in Verbindung mit dem I. Zusatzartikel) zur US-Verfassung, gegen welchen das Einzelstaatesgesetz *nicht* verstoße. Es handelt sich somit *nicht* um eine Argumentation mit der besonderen normativen Kraft von – im Vergleich mit der Bundesverfassung überschüssig freiheitsschützenden – Verfassungen der *föderierten Einheiten* (in den USA: sog. ‚*New Judicial Federalism*‘).

kompetenzen daher. Nochmals ist zu betonen, dass Harlans Sondervotum jedoch – anders als das Fallrecht aus den Entscheidungen *Medtronic*, *Gonzales* und *Bond* – kein ‚good law‘ darstellt.

Einen höchstgerichtlichen Hinweis auf das durchaus bestehende Erfolgspotenzial der Argumentation mit Individualgrundrechten als Verbandskompetenzverteilungsschema hat der *U.S. Supreme Court* im Jahr 2013 am Rand der Entscheidung *United States v. Windsor* gegeben: Dort sprach das Gericht die teilweise Bundesverfassungswidrigkeit des Bundesgesetzes *Defense of Marriage Act (DOMA)* – trotz grundsätzlicher Einschlägigkeit einer Bundesgesetzgebungskompetenz<sup>1329</sup> – wegen eines Verstoßes gegen (Bundes-)Individualgrundrechte (V. Zusatzartikel zur US-Verfassung) aus.<sup>1330</sup> Das Bundesgesetz *DOMA* hatte die Anerkennung des Schlusses gleichgeschlechtlicher Ehen in bestimmten Einzelstaaten für *bundesrechtlich* geregelte Kontexte (u. a. in den Bereichen Steuern, soziale Sicherung, etc.) verneint. Das Gericht machte – neben anderen (direkt individualgrundrechtlich geprägten) Argumentationssträngen – auch Ausführungen in Richtung einer (sich zu den Individualgrundrechten symbiotisch verhaltenden) *Verbandsgrundrechtsposition* der förderierten Einheiten: Es führte aus, dass die Definition und Ausgestaltung des (Bundes-)Individualgrundrechts der ‚Ehe‘ und ‚häuslichen Beziehungen‘ seit Schaffung der USA in der „Verantwortung“ der Einzelstaaten liege<sup>1331</sup> und den Bundesgesetzgeber entsprechende Rücksichtnahmepflichten treffen<sup>1332</sup> (dazu näher im Zusammenhang mit ‚freiheitlichem Föderalismus‘ unten § 12, B. II. 3. d)).

### 3. Deutschland: ‚Kulturhoheit‘ und ‚Polizeihoheit‘ der Länder

Unter dem Grundgesetz kreisen Beispiele für die Argumentation mit sachlichen Gesetzgebungsreservaten der deutschen Länder insbesondere um die schlagwortartigen Argumentationstopoi der ‚Kulturhoheit‘ und der ‚Polizeihoheit‘ der Länder: Die Gesetzgebung in den – jeweils häufig weit verstandenen – Lebensbereichen ‚Kultur‘ und ‚Polizei‘ wird in solchen Argumentationen den Ländern zugeordnet und als Argument für die Begrenzung von – ihrerseits häufig weiten – Bundesgesetzgebungskompetenzen verwendet:

<sup>1329</sup> *United States v. Windsor*, 570 U.S. 744 (2013), 764 f.

<sup>1330</sup> Und zwar in freiheits- wie in gleichheitsrechtlicher Stoßrichtung: *due process* und *equal protection*, s. *United States v. Windsor*, 570 U.S. 744 (2013), 774.

<sup>1331</sup> *United States v. Windsor*, 570 U.S. 744 (2013), 768: „historic and essential authority to define the marital relation“, und a. a. O., 767: „The significance of state responsibilities for the definition and regulation of marriage dates to the Nation’s beginning“.

<sup>1332</sup> *United States v. Windsor*, 570 U.S. 744 (2013), 767: „Consistent with this allocation of authority, the Federal Government, through our history, has deferred to state-law policy decisions with respect to domestic relations.“

## a) ‚Kulturhoheit‘ der Länder?

Deutlich in Stellung gebracht wurde der Topos der „Kulturhoheit“ der Länder im Jahr 1957 in der Entscheidung des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts im Bund-Länder-Streit zwischen der Bundesregierung und der Landesregierung von Niedersachsen zu angeblichen föderalen Verpflichtungen der Länder aus dem (oder mit Blick auf das) sog. Reichskonkordat.<sup>1333</sup> Das Reichskonkordat ist ein Vertrag zwischen dem Heiligen Stuhl und dem Deutschen Reich aus dem Jahr 1933,<sup>1334</sup> welcher u. a. Vorschriften über den katholischen Religionsunterricht an Schulen enthält. Zwar – so das Bundesverfassungsgericht unter Anwendung von Art. 123 Abs. 2 GG – sei das Reichskonkordat weiterhin völkerrechtlich gültig und verpflichte auch unter dem Grundgesetz den „Bund und die Länder als ein Ganzes“.<sup>1335</sup> Allerdings seien die Länder dem Bund gegenüber *nicht* verpflichtet, die Schulbestimmungen des Reichskonkordats bei ihrer Gesetzgebung zu beachten. Zur Begründung konturierte das Gericht die „Kulturhoheit“ in Gestalt der (Schul-)Bildungshoheit der Länder: „Das Grundgesetz weist das Schulrecht *ausschließlich* dem Hoheitsbereich der Länder zu.“<sup>1336</sup> Diese Zuweisung betreffe „das Kernstück der Eigenstaatlichkeit der Länder“.<sup>1337</sup> Daher habe der verklagte niedersächsische Landesgesetzgeber *nicht* kompetenzwidrig gehandelt, indem er im Niedersächsischen Schulgesetz Regelungen getroffen hatte, die vom Reichskonkordat abwichen.

Die Entscheidung zum Reichskonkordat hatte eine dogmatische Spezialkonstellation zum Gegenstand. ‚Alltäglicher‘ war die kurz darauf im Jahr 1961 in der 1. Rundfunkentscheidung des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts behandelte Konstellation;<sup>1338</sup> die 1. Rundfunkentscheidung wurde unter einem anderen Gesichtspunkt – nämlich hinsichtlich des dort vom Gericht ausgesprochenen Verbots des *divide et impera* bei Verhandlungen zwischen Bund und Ländern – bereits angesprochen (s. o. § 4, B. III. 3. d) bb)) und wird insoweit unten einer Rhetorik-Analyse unterzogen werden (s. u. § 10, B. V. 1. a) cc)). Außerdem beschäftigt sich die Entscheidung, die Verbindung eines Bund-Länder-Streits mit einer abstrakten Normenkontrolle<sup>1339</sup>, in ihrem Normenkontrollteil mit der vorliegend interessierenden Frage nach einer angeblichen „Kulturhoheit“ als Gesetzgebungsreservat der

<sup>1333</sup> BVerfGE 6, 309 – Reichskonkordat.

<sup>1334</sup> Konkordat zwischen dem Heiligen Stuhl und dem Deutschen Reich vom 20.07.1933, RGBl. II S. 679.

<sup>1335</sup> BVerfGE 6, 309 (340) – Reichskonkordat.

<sup>1336</sup> BVerfGE 6, 309 (354), Hervorh. i. Orig. – Reichskonkordat; s. auch a. a. O. (346 f.).

<sup>1337</sup> BVerfGE 6, 309 (346 f.) – Reichskonkordat.

<sup>1338</sup> BVerfGE 12, 205 – 1. Rundfunkentscheidung.

<sup>1339</sup> In BVerfGE 12, 205 – 1. Rundfunkentscheidung – wurde „ein Verfahren der abstrakten Normenkontrolle mit einem Bund/Länder-Streit zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbunden“, a. a. O. (223); während die abstrakte Normenkontrolle die vorliegend interessierende Kompetenzprüfung des hamburgischen Vertragsgesetzes zum NDR-Staatsvertrag betraf, ging es beim Bund-Länder-Streit u. a. um die *divide et impera*-Frage bei Verhandlungen zwischen Bund und Ländern.

Länder im Bereich des Rundfunkwesens. Beim Rundfunkwesen wird die Verbindung zwischen ‚Kultur‘, ‚öffentlicher Meinung‘ und ‚politischer Macht‘ handgreiflich; das Gericht hatte – mit einer zugespitzten Formulierung von Thomas Darnstädt gesprochen – zu entscheiden, ob die Länder, da/wenn sie (ja) „[s]ouverän“ sind, auch (allein) „über die öffentliche Meinungsbildung verfü[en]“ können müssen.<sup>1340</sup> Konkret stellte sich die Frage, ob der von den Ländern Hamburg, Niedersachsen und Schleswig-Holstein im Jahr 1955 geschlossene Vertrag über den Norddeutschen Rundfunk (genauer: das entsprechende hamburgische Vertragsgesetz) mit der grundgesetzlichen Kompetenzordnung vereinbar sei. Der Vertrag räumte dem Norddeutschen Rundfunk (NDR) im NDR-Sendegebiet, also in den Ländern Niedersachsen, Schleswig-Holstein und Hamburg, zwei Monopole ein: zum einen das „Monopol zur Veranstaltung von Rundfunksendungen“, zum anderen das „Monopol zur Errichtung und zum Betrieb von Sendeanlagen“.<sup>1341</sup> Die Bundesregierung stellte sich auf den Standpunkt, dass die ausschließliche Bundesgesetzgebungskompetenz für das „Post- und Fernmeldewesen“ aus Art. 73 Nr. 7 GG a. F. eine Landesgesetzgebungskompetenz zur Einräumung dieser Monopole ausschließe. Die Bundesregierung sah sich vielmehr selbst berechtigt, im Gebiet der Freien und Hansestadt Hamburg Sendeanlagen durch die Bundespost errichten zu lassen, die für die Ausstrahlung von Sendungen der geplanten Deutschland-Fernsehen-GmbH (als zweites deutsches Fernsehprogramm) bestimmt waren.<sup>1342</sup> Das Bundesverfassungsgericht differenzierte: Während das „Monopol zur Errichtung und zum Betrieb von Sendeanlagen“ tatsächlich der ausschließlichen Bundesgesetzgebungskompetenz für das „Post- und Fernmeldewesen“ unterfalle (und daher der NDR-Staatsvertrag insoweit kompetenzwidrig sei), stehe das „Monopol zur Veranstaltung von Rundfunksendungen“ nicht im bundesgesetzkompetenziellen Bereich des „Post- und Fernmeldewesen“, sondern im Bereich der Landesgesetzgebungskompetenz (und sei daher verfassungsmäßig).<sup>1343</sup> Das Gericht unterscheidet eine „technische Seite des Rundfunks“ (in Bundesgesetzgebungskompetenz) von einer „kulturelle[n] Seite“, also de[m] Inhalt der Sendungen“ (in Landesgesetzgebungskompetenz).<sup>1344</sup> Diese „kulturelle Seite“ stehe der Landesgesetzgebung zu: „Soweit kulturelle Angelegenheiten überhaupt staatlich verwaltet und geregelt werden können [...], fallen sie [...] nach der Grundentscheidung des Grundgesetzes (Art. 30, 70 ff. und Art. 83 ff. GG) in den Bereich der Länder [...], soweit nicht besondere Bestimmungen des Grundgesetzes Begrenzungen oder Ausnahmen zugunsten des Bundes vorsehen. Diese Grundentscheidung der Verfassung, die nicht zuletzt eine Entscheidung zu-

<sup>1340</sup> Zugespitzte Formulierung in Anlehnung an die Fortschreibung des Schmitt-Satzes bei T. Darnstädt, Verschlussache Karlsruhe. Die internen Akten des Bundesverfassungsgerichts, München 2018, S. 249, zum „Fernseh-Streit. Der Fall Adenauer. Souverän ist, wer über die öffentliche Meinungsbildung verfügt“.

<sup>1341</sup> Vgl. BVerfGE 12, 205 (223) – 1. Rundfunkentscheidung.

<sup>1342</sup> Vgl. BVerfGE 12, 205 (222) – 1. Rundfunkentscheidung.

<sup>1343</sup> Vgl. BVerfGE 12, 205 (240) – 1. Rundfunkentscheidung.

<sup>1344</sup> Vgl. BVerfGE 12, 205 (236) – 1. Rundfunkentscheidung.

gunsten des föderalistischen Staatsaufbaus im Interesse einer wirksamen Teilung der Gewalten ist, verbietet es gerade im Bereich kultureller Angelegenheiten, ohne eine hinreichend deutliche grundgesetzliche Ausnahmeregelung anzunehmen, der Bund sei zuständig.<sup>1345</sup> Die ‚Kulturhoheit‘ der Länder wird hier als eine *ausschließliche* Gesetzgebungskompetenz der föderierten Einheiten in Stellung gebracht, die der Bundesgesetzgebungskompetenz für „das Post- und Fernmeldewesen“ Grenzen ziehe.

In den Folgejahrzehnten wurde der Topos der ‚Kulturhoheit‘ im Fallrecht zwar mehrfach genannt, allerdings war er dabei jeweils *nicht* föderalismusverfassungsrechtlich streitentscheidend.<sup>1346</sup> Im Jahr 1998 zeigte eine Entscheidung des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts die geringe Durchschlagskraft der Argumentation mit der ‚Bildungshoheit‘ (als Unterfall der ‚Kulturhoheit‘) der Länder, als er entschied, dass die Bundesgesetzgebungskompetenz für „die öffentliche Fürsorge“ aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG auch Regelungen decke, die den Bereich der Bildung berühren: „Dieser Bildungsbezug [von Kindergärten] entzieht die Regelung aber nicht der Gesetzgebungskompetenz des Bundes. Die fürsorgerischen und bildungsbezogenen Aufgaben des Kindergartens sind untrennbar miteinander verbunden. Eine Aufspaltung der Gesetzgebungskompetenz anhand dieser Aspekte kommt aus sachlichen Gründen nicht in Betracht.“<sup>1347</sup> In noch deutlicherer Weise hat der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts im Jahr 2014 eine ‚Dekonstruktion‘ der Argumentationsfigur ‚Kulturhoheit‘ vorgelegt<sup>1348</sup>: Er spricht davon, dass die Länder zwar „als Träger der Kulturhoheit“ „gelten“ würden.<sup>1349</sup> Damit könne richtigerweise aber nur die Identifikation von Sachmaterien gemeint sein, „die nach dem Willen des Verfassungsgebers zumindest in wesentlichen Hinsichten in die Gesetzgebungskompetenz der Länder fallen sollen.“<sup>1350</sup> Hieraus folge allerdings *nicht*, dass Bundesgesetzgebungskompetenzen wie das „Recht der Wirtschaft“ nicht auch

<sup>1345</sup> Vgl. BVerfGE 12, 205 (229) – 1. Rundfunkentscheidung.

<sup>1346</sup> Vgl. die Nennung des Topos ohne entscheidungserhebliche föderalismusverfassungsrechtliche Relevanz in den individualgrundrechtlich geprägten Fällen BVerfGE 37, 314 (322) – private Fachhochschulen; sowie BVerfGE 122, 89 (110) – Wissenschaftsfreiheit in der Theologie. Auch in BVerfGE 108, 1 (14) – Rückmeldegebühr – lag das eigentliche Problem nicht im Bereich des Föderalismusverfassungsrechts, sondern in der finanzverfassungsrechtlichen Frage nach der zulässigen Gebührenaussgestaltung einer Rückmeldegebühr. In BVerfGE 106, 62 (132) – Altenpflege – ging es zwar um Kompetenzabgrenzung, allerdings war hier die „Kulturhoheit“ gerade nicht einschlägig (Abgrenzung zwischen den schulischen Voraussetzungen für den Zugang zur Ausbildung in der Altenpflege vom Schulrecht i.e.S., nur Letzteres als Teil der Kulturhoheit); daran anschließend BVerfGE 119, 59 (82) – Hufversorgung.

<sup>1347</sup> BVerfGE 97, 332 (341 f.) – Kindergartengebühren.

<sup>1348</sup> Implizit für die Lesart als Dekonstruktion auch H. P. Aust, AöR 141 (2016), 415 (436, dort in Fn. 97), wenn er davon spricht, dass das Gericht seine „Ausführungen“ hier „[g]rundsätzlich anders strukturiert“ (als in seiner bisherigen Judikatur zu Art. 72 Abs. 2 GG) – näher unten § 11, C. II. 2. a).

<sup>1349</sup> BVerfGE 135, 155 (196) – Filmförderungsabgabe.

<sup>1350</sup> BVerfGE 135, 155 (196) – Filmförderungsabgabe.



in den Sachbereich ‚Kultur‘ hineinreichen könnten, „solange der maßgebliche objektive Regelungsgegenstand und -gehalt [...] in seinem Gesamtzusammenhang ein im Schwerpunkt wirtschaftsrechtlicher ist [...]“. <sup>1351</sup> Der Senat stellt deutlich fest, dass es eine Bundesgesetzgebungskompetenz ausübungsgrenze aufgrund des Topos der ‚Kulturhoheit‘ der Länder *nicht* gebe: „Die Kulturhoheit der Länder kann daher nicht als eine Grenze der Bundeskompetenzen in dem Sinne verstanden werden, dass der Bund bei der Wahrnehmung der ihm zugewiesenen Gesetzgebungskompetenzen kulturelle Aspekte unberücksichtigt zu lassen hätte und durch sie nicht motiviert sein dürfte.“ <sup>1352</sup> Bei alledem, so der Senat, sei primär auf die Bundesgesetzgebungskompetenzen zu schauen: „Nach der Systematik der grundgesetzlichen Kompetenzordnung wird grundsätzlich der Kompetenzbereich der Länder durch die Reichweite der Bundeskompetenzen bestimmt, nicht umgekehrt.“ <sup>1353</sup>

Im rechtswissenschaftlichen Schrifttum zu den kulturpolitischen Verbandskompetenzen unter dem Grundgesetz fanden sich immer wieder Schriftumsbeiträge, welche den Topos der ‚Kulturhoheit‘ der Länder (mehr oder weniger deutlich) als ausschließliche(?) Landeskompentenzmaterie zu etablieren versuchten. <sup>1354</sup> Doch bereits vor der – den Topos der ‚Kulturhoheit‘ der Länder ‚endgültig‘ dekonstruierenden – Entscheidung des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts zum Filmförderungsgesetz (2014) hatten (weite) Teile des einschlägigen Schrifttums kritisch auf die Unschärfen und Überschüsse des Topos hingewiesen und ihn als „missverständliche“ „Leerformel“ (Sophie Schönberger) <sup>1355</sup> ausgewiesen. <sup>1356</sup> Als

<sup>1351</sup> BVerfGE 135, 155 (196) – Filmförderungsabgabe.

<sup>1352</sup> BVerfGE 135, 155 (197) – Filmförderungsabgabe.

<sup>1353</sup> BVerfGE 135, 155 (196) – Filmförderungsabgabe; aufgegriffen und verallgemeinert in BVerfG, Beschl. d. Zweiten Senats v. 25.03.2021 – 2 BvF 1/20 u. a. – Berliner Mietendeckel, Rn. 82: „Nach der Systematik der grundgesetzlichen Kompetenzordnung wird der Kompetenzbereich der Länder daher grundsätzlich durch die Reichweite der Bundeskompetenzen bestimmt, nicht umgekehrt (vgl. BVerfGE 135, 155 <196 Rn. 103>)“ – zu dieser Entscheidung, welche nicht den Bereich ‚Kulturpolitik‘ betrifft, unten IV. 3. b) cc).

<sup>1354</sup> Vgl. *M. Kloepper*, ZRP 1978, 121 (123), für welchen Kulturhoheit und Schulhoheit Kernstück der Eigenstaatlichkeit der Länder und zugleich einer der letzten Kernbereiche legislativen Tätigwerdens der Länder seien; vgl. auch *M.-E. Geis*, DÖV 1992, 522 (528), welcher freilich die Relativierung in der Verfassungspraxis – wohl kritisch(?) – zur Kenntnis nimmt; vgl. auch tendenziell-atmosphärisch, aber unscharf in diese Richtung auch *P. Häberle*, AöR 124 (1999), 549 (569 ff.), welcher jedenfalls für eine enge Auslegung von Bundeskompetenzen mit ‚Kultur‘-Bezug argumentiert. *M. Heintzen*, DVBl 1997, 689 (691, 692), sieht die ‚Kulturhoheit‘ der Länder im Zusammenhang mit den „kompakte[n] Materien“, die den Ländern – „positiv“ und „stillschweigend mitgeschrieben“ – zugeordnet sind und „in welchen sich ihre Identität ausprägen kann“; noch deutlicher *ders.*, a. a. O. (691), zur Materie des Schulrechts. Weniger aus Sicht der (Verfassungs-)Position der Länder, sondern eher unter Betonung der Stellung der am Kulturleben beteiligten Grundrechtsträgerinnen und -träger blickt *F. Hufen*, BayVbl. 1985, 1 ff., auf die Problematik „Kulturföderalismus“; auch *M.-E. Geis*, DÖV 1992, 522 (525), hebt diese Perspektive hervor.

<sup>1355</sup> *S.-C. Lenski*, Öffentliches Kulturrecht. Materielle und immaterielle Kulturwerke zwischen Schutz, Förderung und Wertschöpfung, Tübingen 2013, S. 95 f.

subversive – obschon ihrerseits in umgekehrter Richtung überschießende – Begriffsbildung wurde eine „Kulturhoheit des Bundes“ (Thomas Köstlin) in Stellung gebracht, um zu verdeutlichen, dass auch im ‚Kultur‘-Sektor die allgemeinen Regeln der grundgesetzlichen Verbandskompetenzordnung anzuwenden sind und sich dabei eben auch (begrenzte) kulturpolitische Kompetenzen des Bundes ergeben.<sup>1357</sup>

### b), ‚Polizeihoheit‘ der Länder?

Strukturanalog zur ‚Kulturhoheit‘ der Länder kommt im Bereich des Rechts der öffentlichen Sicherheit die ‚Polizeihoheit‘ der Länder daher. Auch dieser Topos wird auf unterschiedliche Weise hergeleitet und argumentativ verwendet: Die Herleitung erfolgt teilweise etatistisch unter Hinweis auf eine dem Grundgesetz angeblich vorgelagerte (Eigen-)Staatlichkeit der Länder, welche sich in ihrer Polizeihohheit manifestiere.<sup>1358</sup> Teilweise wird das Kompetenzverteilungsschema der Art. 30, 70 ff., 83 ff. GG in das Zentrum der Argumentation gerückt.<sup>1359</sup> Es wird dann betont, dass dem Bund nur für sachlich begrenzte Spezialbereiche der öffentlichen Sicherheit (z. B. für die „Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus“ gem. Art. 73

<sup>1356</sup> Vgl. etwa A. Hense, DVBl 2000, 376 (379), mit dem Vorwurf der „[M]ystifizierung“ des Topos, welchen er zudem als eine „Stilisierung“ und einen „Argumentationstopos“ qualifiziert; zusammenfassend zur Diskussion über den (und selbst kritisch zum) Topos K. Pabel, Grundfragen der Kompetenzordnung im Bereich der Kunst, Berlin 2003, S. 11 ff., a. a. O., S. 13 f. mit der Warnung, dass „die Formulierung der Kulturhoheit die Gefahr in sich b[e]r[e]gt, die verfassungsrechtliche Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern verallgemeinernd zusammenzufassen“ (und – ließe sich ergänzen – zu verzerren); vgl. auch S.-C. Lenski, Öffentliches Kulturrecht. Materielle und immaterielle Kulturwerke zwischen Schutz, Förderung und Wertschöpfung, Tübingen 2013, S. 95 f.: „missverständliche[r] Wortlaut“, „keinen eigenständigen normativen Gehalt“, „Leerformel“.

<sup>1357</sup> T. Köstlin, Die Kulturhoheit des Bundes. Eine Untersuchung zum Kompetenz- und Organisationsrecht des Grundgesetzes unter Berücksichtigung der Staatspraxis in der Bundesrepublik Deutschland, Berlin 1989.

<sup>1358</sup> Deutlich in diese Richtung K. Merten, DVBl 1987, 395 (396): „Dabei stellt die Polizeihohheit nicht eine vom Grundgesetz und damit vom Bund zugeteilte staatliche Befugnis dar. Sie ist vielmehr aus dem Begriff des Bundesstaates heraus als eigene ursprüngliche Staatsgewalt der Gliedstaaten zu verstehen“; vgl. ferner auch A. Schmelzer, Sicherheitsföderalismus im Ausnahmezustand, Baden-Baden 2015, S. 127: Schmelzer argumentiert zwar grundsätzlich ausgehend von Art. 30, 70 ff. GG, weicht dann aber – zumindest ansatzweise, zumindest partiell – auf ein etatistisches Argument ab: „Heute begründet Art. 30 GG allein keine staatlichen Aufgaben und verteilt auch keine einzelnen Sachkompetenzen an Bund und Länder. Die allgemeine Zuständigkeit der Länder für die Polizeiangelegenheiten dürfte eher als eine aus dem Bundesstaatsprinzip hergeleitete Ausführung der eigenen Staatsgewalt der Länder zu verstehen sein.“

<sup>1359</sup> Vgl. den Ansatz in BVerfGE 8, 143 (150) – Besch[us]gesetz; aus dem Schrifttum grundsätzlich in diese Richtung (beachte aber die Bemerkung in Fn. 1358) A. Schmelzer, Sicherheitsföderalismus im Ausnahmezustand, Baden-Baden 2015, S. 124 ff., m. w. N., zur „Vermutung“ einer allgemeinen Polizeihohheit der Länder“; vgl. insoweit auch die Deutung des „Grundsatzes“ „Polizei ist Ländersache!“ bei B. Frevel/H. Groß, in: A. Hildebrandt/F. Wolf (Hrsg.), Die Politik der Bundesländer, 2. Aufl., Wiesbaden 2016, S. 61 (62 f.).

Abs. 1 Nr. 9a GG) Kompetenzen eingeräumt werden, weshalb – so der Zweite Senat im Jahr 1958 im Beschluss zum Beschu[ss]gesetz – ein „Polizeirecht im engeren Sinne“ als „selbständige[r] Sachbereich“ identifiziert werden könne, der gemäß Art. 70 Abs. 1 GG „in die Zuständigkeit der Landesgesetzgebung fällt“.<sup>1360</sup> Dieser letztgenannte Zugriff liegt auf einer Linie mit dem eben zitierten Ansatz des Zweiten Senats zur ‚Kulturhoheit‘ in der Filmförderungsentscheidung: Im Kompetenzrecht ist primär (ggf. eng) die Reichweite der Bundeskompetenzen zu bestimmen, dann lassen sich sekundär (verbleibende) Zuständigkeitskerne der Länder identifizieren.<sup>1361</sup> Vereinzelt wird der Topos der ‚Polizeihoheit‘ im Sinn der letztgenannten Lesart zudem pluralisiert (und dadurch dekonstruiert); „Polizeihoheiten“ kommen dann im Plural daher: Sowohl die Länder wie auch der Bund sind dann Träger von „Polizeihoheiten“ (im Fall des Bundes für bestimmte „Sondergebiete“).<sup>1362</sup> Es fragt sich, was insoweit (aus kompetenzrechtlicher Sicht) dann noch (Polizei-), ‚Hoheit‘ von ‚Kompetenz‘ unterscheiden soll und zeigt die Überflüssigkeit des Topos im Bereich des Kompetenzrechts.

Der Topos der ‚Polizeihoheit‘ der Länder taucht (dennoch) in verschiedenen Argumentationszusammenhängen auf: (Vereinzelt) wird sogar für einen Überverfassungsrang der ‚Polizeihoheit‘ der Länder plädiert, welche demnach auch dem verfassungsändernden Gesetzgeber (bei Kompetenzänderungen) Grenzen setze (hierzu auch unten § 6, A. VII. 3. b)).<sup>1363</sup> Relevant sind zwei Konstellationen der Argumentation auf der Ebene der Kompetenzauslegung und -abgrenzung: *Eine* Konstellation betrifft das Abgrenzen von Kompetenzen von Bund und Ländern im Bereich des Rechts der öffentlichen Sicherheit.<sup>1364</sup> Hier hat der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts die „Entscheidung der Verfassung, die Polizeigewalt in die Zuständigkeit der Länder zu verweisen und aus Gründen der Rechtsstaatlichkeit, der Bundesstaatlichkeit und des Grundrechtsschutzes den Ausnahmefall einer Bundespolizei in der Verfassung zu begrenzen,“ betont: „Der Bundesgrenzschutz darf nicht zu einer allgemeinen, mit den Landespolizeien konkurrierenden Bun-

<sup>1360</sup> BVerfGE 8, 143 (150) – Beschu[ss]gesetz. Das Beschu[ss]gesetz unterfiel nach Auffassung des Senats *nicht* dem „Polizeirecht im engeren Sinne“, da die fraglichen Regelungen „in einem notwendigen Zusammenhang mit wirtschafts- und gewerberechtlichen Erwägungen“ gestanden hätten und insoweit die Bundesgesetzgebungskompetenz im Bereich des „Recht[s] der Wirtschaft“ bestanden hätte.

<sup>1361</sup> S. o. Fn. 1353.

<sup>1362</sup> A. Schmelzer, Sicherheitsföderalismus im Ausnahmezustand, Baden-Baden 2015, S. 127 ff.

<sup>1363</sup> So K. Merten, DVBl 1987, 395 (396); ausdrücklich dagegen G.-D. Schoen, DVBl 1988, 16 (17).

<sup>1364</sup> Für eine Begrenzung von ungeschriebenen Bundeskompetenzen (kraft Natur der Sache, kraft Sachzusammenhangs oder als Annex) durch die „Polizeihoheit“ der Länder: K. Merten, DVBl 1987, 395 (399, 402); ausdrücklich dagegen G.-D. Schoen, DVBl 1988, 16 (17 f.) – konkret ging es in der Kontroverse um die Frage, ob und inwieweit Bundes sicherheitsbehörden (früherer Bundesgrenzschutz, Bundeskriminalamt) auch Personenschutzaufgaben (bzgl. Personen, die mit Bundesbehörden in Zusammenhang stehen) übernehmen dürften.

despolizei ausgebaut werden und damit sein Gepräge als Polizei mit begrenzten Aufgaben verlieren.<sup>1365</sup> Eine *andere* Konstellation dreht sich – wie auch die meisten oben skizzierten Fälle zur ‚Kulturhoheit‘ – um die ‚Konkurrenz‘ zwischen (besonderen) ‚Sach‘-Kompetenzen des Bundes (etwa für das „Recht der Wirtschaft“) und (allgemeinen) *Polizeikompetenzen* der Länder: Die einschlägige Judikatur weist dabei unterschiedliche Tendenzen auf: Der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts nahm 1958 an, dass den Vorschriften des sog. Beschu[ss]gesetzes (Vorschriften für das gewerbsmäßige Inverkehrbringen von Handfeuerwaffen) neben sicherheitsrechtlichen auch „wirtschafts- und gewerberechtlichen Erwägungen“ zu Grunde liegen und diese daher der Bundesgesetzgebungskompetenz für das „Recht der Wirtschaft“ (Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG) unterfallen würden.<sup>1366</sup> Dagegen entschied der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts im Jahr 2004, dass die Bundesgesetzgebungskompetenz für den „Tierschutz“ (Art. 74 Abs. 1 Nr. 20 GG) dem Bundesgesetzgeber *nicht* erlaube, ein Verbot zu erlassen, Hunde zu züchten, damit bei den Nachkommen erblich bedingte Aggressionssteigerungen nicht auftreten.<sup>1367</sup> Dieses Verbot diene in erster Linie dem Schutz des Menschen und falle in „die Gesetzgebungszuständigkeit der Länder für das Recht der öffentlichen Sicherheit und Ordnung“; für „einen sicherheitsrechtlichen Annex zur Sachmaterie ‚Tierschutz‘ [... sei] deshalb [...] kein Raum.“<sup>1368</sup>

#### 4. Fazit und Ausblick: ‚kleine‘ ‚Kulturnationen‘ und ‚kleine‘ ‚Polizeistaaten‘

Die vorgestellten Argumentationen versuchen, den föderierten Einheiten in bestimmten sachpolitischen Bereichen legislativen Handlungsspielraum („Gesetzgebungsreservate“) zu garantieren. Im einschlägigen Fallrecht des *U.S. Supreme Court* und des Bundesverfassungsgerichts konnten insoweit unterschiedliche Mechanismen identifiziert werden, mit denen die „*historic police powers*“ der Einzelstaaten bzw. die ‚Kulturhoheit‘ und ‚Polizeihoheit‘ der Länder verbandskompetenziell abgesichert werden sollen. Beobachtbar ist dabei eine Tendenz, welche von starren, ausschließlichen Gesetzgebungsreservaten der föderierten Einheiten wegführt: Unter dem Grundgesetz schien in der Entscheidung zum Reichskonkordat und in der 1. Rundfunkentscheidung zwar noch eine starre Vorstellung der ‚Kulturhoheit‘ der Länder als ausschließliches Gesetzgebungsreservat vorzuherrschen.<sup>1369</sup> Diese Lesart wurde in den Entscheidungen zu den Kindergartengebühren und zum Filmförderungsgesetz zu Gunsten einer konsequenten Auslegung der Art. 30, 70 ff., 83 ff. GG

<sup>1365</sup> BVerfGE 97, 198 (218) – Bundesgrenzschutz.

<sup>1366</sup> BVerfGE 8, 143 (150) – Beschu[ss]gesetz.

<sup>1367</sup> BVerfGE 110, 141 (170 ff.) – Kampfhunde.

<sup>1368</sup> BVerfGE 110, 141 (173) – Kampfhunde.

<sup>1369</sup> Vgl. oben bei Fn. 1333 ff. u. 1338 ff.

aufgelöst<sup>1370</sup>. Insofern als ‚Ausreißer‘ mag man das Kampfhunde-Urteil des *Ersten* Senats (freilich zur ‚Polizeihoheit‘) aus dem Jahr 2004 werten können.<sup>1371</sup> In den USA hat sich das Fallrecht in den letzten einhundert Jahren *wegentwickelt* von der Annahme eines starren, ausschließlichen Gesetzgebungsreservats der Einzelstaaten im Bereich der „*historic police powers*“, in welchem die Bundesebene völlig von der Gesetzgebung ausgeschlossen wäre.<sup>1372</sup> Stattdessen hat der *U.S. Supreme Court* seine Kontrolle u. a. auf bestimmte Regeln der föderalismus-verfassungskonformen Auslegung von Bundesgesetzen zur Schonung des Handlungsspielraums des Einzelstaatengesetzgebers umgestellt: Konkret geht es um die Vermutung, dass es in den Gebieten der „*historic police powers*“ nicht zu einer Verdrängung (*preemption*) von parallelen Gesetzen der Staaten durch Bundesgesetzgebung kommt,<sup>1373</sup> und um die Vermutung, dass Bundesgesetze auf bestimmte einzelstaaten-nahe Sachverhalte nicht anwendbar sind.<sup>1374</sup>

Letztlich wirken, wie später im Zusammenhang mit dem nationalstaatlichen Föderalismus zu zeigen sein wird, in diesen Argumentationen v. a. ideologische Gehalte eines sachpolitischen (Sub-)Nationalismus und Etatismus: Föderierte Einheiten werden auf diese Weise als ‚kleine‘ ‚Kulturnationen‘ und ‚kleine‘ ‚Polizeistaaten‘ vorgestellt (näher hierzu unten § 11, B. I.). Zugleich zeigen die Argumentationen häufig Nähe zum Gedanken der ‚Subsidiarität‘<sup>1375</sup> sowie einen deutlichen (z. T. Pseudo-)Historismus und Traditionalismus<sup>1376</sup>, wie die Formel von den „*historic police powers*“ unterstreicht.<sup>1377</sup> Mit Blick auf den Etatismus-Aspekt interessant ist die Bemerkung des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts in der Filmförderungsentscheidung, wonach auch der Bund – nicht etwa nur die Länder – als „Kulturstaat“ zu qualifizieren sei.<sup>1378</sup> ‚Staatlichkeit‘ allein kann dann kein schlagendes Argument mehr für die (ausschließliche) Ansiedlung von Kulturkompetenzen bei den Ländern sein. Greift man den oben zitierten Satz „Souverän ist, wer

<sup>1370</sup> Vgl. oben bei Fn. 1347 u. 1349 ff.

<sup>1371</sup> Vgl. oben bei Fn. 1367 f.

<sup>1372</sup> Dieser Ansatz wurde in der inzwischen aufgehobenen Entscheidung *Hammer v. Dagenhart* noch vertreten (vgl. oben bei Fn. 1303); vgl. auch das Sondervotum von *Justice Harlan* zu *Roth v. U.S.* (oben bei Fn. 1323 f.).

<sup>1373</sup> Vgl. etwa *Rice v. Santa Fe Elevator Corp.* (oben bei Fn. 1305).

<sup>1374</sup> Vgl. etwa *Gonzales v. Oregon* (oben bei Fn. 1310 f.), *Bond v. U.S.* (oben bei Fn. 1308) und die Argumentation Mannheimers (oben bei Fn. 1316 ff.).

<sup>1375</sup> Deutlich etwa bei *M.-E. Geis*, DÖV 1992, 522 (526, 528).

<sup>1376</sup> Deutlich affirmativ zum Traditionalismus im Kompetenzrecht *M. Heintzen*, DVBl 1997, 689 (691), m. w. N.

<sup>1377</sup> *Rice v. Santa Fe Elevator Corp.*, 331 U.S. 218 (1947), 230; deutlich (pseudo-)traditionalistisch etwa auch *K. Merten*, DVBl 1987, 395 (396).

<sup>1378</sup> BVerfGE 135, 155 (197) – Filmförderungsgesetz. Vgl. auch die Rede von der „Kulturhoheit des Bundes“ bei *T. Köstlin*, Die Kulturhoheit des Bundes. Eine Untersuchung zum Kompetenz- und Organisationsrecht des Grundgesetzes unter Berücksichtigung der Staatspraxis in der Bundesrepublik Deutschland, Berlin 1989.

über die öffentliche Meinungsbildung verfügt“ (Darnstädt)<sup>1379</sup> auf und hält man die ‚Souveränität‘ im Bund – mit dem darin in Bezug genommenen Schmitt – für bewusst in Schwebe gehalten<sup>1380</sup> (s. o. § 2, C. II. 1. a) dd) (2)), so ist dieses Ergebnis der ‚Dekonstruktion‘ und Pluralisierung von ‚Kulturhoheit‘ auch insoweit ‚folgerichtig‘. In eine ähnliche Richtung geht Schmelzers ‚Dekonstruktion‘ der ‚Polizeihoheit‘ durch Pluralisierung in „Polizeihoheiten“<sup>1381</sup>.

Neben Etatismus und (Sub-)Nationalismus werden – v. a. in den USA<sup>1382</sup> – auch Aspekte des freiheitlichen Föderalismus in Gestalt des Grundrechtsföderalismus (vgl. insbesondere die Argumentationen von Mannheimer zum *capital punishment federalism*<sup>1383</sup> und von Justice Harlan im Sondervotum zu *Roth v. United States*<sup>1384</sup>; s. auch unten § 12, B. II. 3.) oder des demo(i)kratischen Föderalismus<sup>1385</sup> (vgl. insbesondere *Gonzales v. Oregon*<sup>1386</sup>, aber auch die Argumentation Mannheimers<sup>1387</sup>; s. auch unten § 8, C. I. 2. c) bb)) zur argumentativen Stützung der Behauptung von Gesetzgebungsreservaten der föderierten Einheiten ins Spiel gebracht.

## II. Funktionsreservate der föderierten Einheiten, insbesondere legislative ‚Personalhoheit‘

Neben diesen sachpolitischen Gesetzgebungsreservaten gibt es eine weitere Form sachlich-inhaltlicher Schranken von Bundesgesetzgebungskompetenzen, welche zum Schutz der föderierten Einheiten argumentativ in Stellung gebracht werden; diese Fallgruppe fragt weniger nach besonders geschützten *Sachpolitik*bereichen der Gesetzgebung der föderierten Einheiten als vielmehr nach besonders geschützten *Funktions*bereichen der föderierten Einheiten, welche der Bundesgesetzgebung Grenzen ziehen können:

<sup>1379</sup> T. Darnstädt, Verschlussache Karlsruhe. Die internen Akten des Bundesverfassungsgerichts, München 2018, S. 249.

<sup>1380</sup> Vgl. C. Schmitt, Verfassungslehre, München u. a. 1928, S. 371.

<sup>1381</sup> Vgl. oben bei Fn. 1362.

<sup>1382</sup> Vgl. aber auch für das Grundgesetz etwa die Ausführungen zum Zusammenspiel von Grundrechten und ‚Kulturhoheit‘ der Länder bei M.-E. Geis, DÖV 1992, 522 (525, 528).

<sup>1383</sup> Vgl. oben bei Fn. 1316 ff.

<sup>1384</sup> Vgl. oben bei Fn. 1323 f.

<sup>1385</sup> Beachte allerdings D. J. Merritt, Colum. L. Rev. 88 (1988), 1 (58 ff.), welche bei ihrem demokratietheoretisch fundierten Zugriff auf die *Guarantee Clause* (Art. IV, Sec. 4 USC) als Grenze von Bundeszuständigkeiten gerade *keine* sachlich-inhaltlichen Bundeskompetenzausübungsgrenzen (sondern im Wesentlichen nur Bundes*gerenzen*ausübungsschranken im Sinne der formellen Verfassungsautonomie – s. u. § 6, A. VI. – und der sog. *anti-commandeering*-Dogmatik – s. u. § 6, A. I. 2. u. II. 2.) finden will.

<sup>1386</sup> Vgl. oben bei Fn. 1310 f.

<sup>1387</sup> Vgl. oben bei Fn. 1316 ff.

### 1. „Politische Selbsterhaltung“ durch Schutz der legislativen ‚Personalhoheit‘

Bei dieser zweiten Fallgruppe geht es um Gesetzgebungsmaterien, welche – in den Worten des *U.S. Supreme Court* – „wesentliche Operationen in Bereichen traditioneller hoheitlicher Funktionen“<sup>1388</sup> betreffen. Es geht um föderale Grenzen für Bundesgesetze mit Außenwirkung gegenüber solchen Individuen, die von besonderer Relevanz für das Funktionieren der föderierten Einheiten als ‚Staaten‘ sind. Bei den in dieser Fallgruppe in Bezug genommenen Individuen handelt es sich um Menschen in bestimmten Rollen: Im Zentrum der Fallgruppe stehen bestimmte öffentlich Beschäftigte oder Beamte und öffentliche Funktionsträgerinnen und Funktionsträger der föderierten Einheiten; angedacht wurde (in den USA) die Ausdehnung der Fallgruppe auf Strafgefangene<sup>1389</sup>, denkbar (aber eher nur modellhaft-heuristisch aufschlussreich) wäre auch die Ausdehnung der Fallgruppe auf in den föderierten Einheiten Aktiv-Wahlberechtigte<sup>1390</sup> oder auf durch die Verfassungen der föderierten Einheiten (besonders) grundrechtsgeschützte Individuen<sup>1391</sup>.

<sup>1388</sup> *National League of Cities v. Usery*, 426 U.S. 833 (1976), 852: „integral operations in areas of traditional governmental functions“; vgl. zu dieser Formel als Fallgruppenbezeichnung auch *M. C. Dorf/T. Morrison*, Constitutional Law, New York, N.Y., U.S.A., 2010, S. 85, welche verknappend auch von „traditional areas of state sovereignty“ sprechen.

<sup>1389</sup> Vgl. *Pennsylvania Dept. of Corrections v. Yeskey*, 524 U.S. 206 (1998), 209: Hier wurde in Betracht gezogen, aber ausdrücklich *nicht* entschieden, ob die Anwendung des bundesrechtlichen Anti-Diskriminierungsgesetzes *Americans with Disabilities Act* auf Strafgefangene in Gefängnissen der Staaten an erhöhten föderalismusverfassungsrechtlichen Standards zu messen sein könnte. Jedenfalls waren die erhöhten föderalismusverfassungsrechtlichen Standards (aus *Gregory v. Ashcroft*; hierzu sogleich 2. b)) in diesem Fall erfüllt, sodass *Justice Scalia* die Frage offenließ.

<sup>1390</sup> Es wäre bedenkenswert, die hier vorgestellte Fallgruppe (Bundesgesetze adressieren Individuen, welche zu den föderierten Einheiten in besonderer Nähe stehen) auch auf Aktiv-Wahlberechtigte der föderierten Einheiten auszuweiten, soweit diese durch *bundesgesetzliche* Wahlrechtsregelungen als Aktiv-Wahlberechtigte bei Wahlen *auf der Ebene der föderierten Einheiten* adressiert werden. Mit Blick auf ihre aktive Wahlberechtigung bei Wahlen *auf der Ebene der föderierten Einheiten* stehen diese Individuen zur entsprechenden föderierten Einheit in besonderer Nähe. Während diese Konstellation unter dem Grundgesetz nicht relevant ist (keine bundesgesetzliche Regelung von Landtagswahlen), kennt die US-Verfassung durchaus die bundesgesetzliche Regelung von Aspekten der Wahlen in den Einzelstaaten (vgl. nur den zweiten Absatz des XV. Zusatzartikels zur US-Verfassung und den bundesgesetzlichen *Voting Rights Act*, welcher sich auch auf Wahlen auf Staatenebene bezieht; s.u. § 6, A. VI. 2. b)). Da die Regelungen des *Voting Rights Acts* aber primär die Staaten als ‚Organisatoren‘ der Wahlen adressieren (und nur mittelbar relevant für die Wahlberechtigten sind), ist es wirklichkeitsnäher, diese Regelungen als Verbandsingerenzen (denn als Verbandskompetenzen) zu begreifen (s.u. § 6, A. VI. 2. b)).

<sup>1391</sup> Die hier vorgestellte Fallgruppe (Bundesgesetze adressieren Individuen, welche zu den föderierten Einheiten in besonderer Nähe stehen) ließe sich auf Konstellationen des Grundrechtsföderalismus (näher § 12, B. II.) ausdehnen, wenn man betont, dass Bürgerinnen und Bürger, denen durch die *Verfassungen der föderierten Einheiten* Grundrechte garantiert werden (welche ggf. schutzintensiver sind als die Bundesgrundrechte), gegenüber *bundesgesetzlichen* Grundrechtseingriffen auch insoweit geschützt sein könnten.



Im Folgenden sollen öffentlich Beschäftigte und Beamte fokussiert werden. Diese stehen in ihrer Rolle besonders nahe<sup>1392</sup> an (oder gar ‚in‘) den förderierten Einheiten als ‚Staaten‘. Das Wirken dieser Menschen (als Rollenträgerinnen und Rollenträger) wird für die „politische Selbsterhaltung“ der förderierten Einheiten als wesentlich („integral“<sup>1393</sup>) erachtet. Rechtstechnisch-dogmatisch kommt die Fallgruppe in den beiden untersuchten Föderationen sehr unterschiedlich daher:

## 2. USA: öffentliches (Sonder-)Arbeitsrecht durch die Hintertür

### a) *Obsolete Dogmatik: Kompetenzwidrigkeit übergreifiger Bundesgesetze*

Eine obsoleete Subkategorie des Freihaltens bestimmter Funktionsbereiche der Staaten betraf das im 19. Jahrhundert judikativ entwickelte Verbot an den Bundessteuergesetzgeber, Funktionsträgerinnen und Funktionsträger der förderierten Einheiten (z. B. Einzelstaaten-Richterinnen und -Richter) bundesgesetzlichen Steueratbeständen (insbesondere der Einkommenbesteuerung) zu unterwerfen.<sup>1394</sup> Diesen Dogmatik-Komplex setzte der *U.S. Supreme Court* allerdings bereits 1939 ausdrücklich außer Geltung<sup>1395</sup> (s. allerdings die Ausführungen unten unter § 6, A. IV. 1. b) zur Abgabennimmunität föderaler Träger *selbst*, nicht ihrer Funktionsträger).

In der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts hat der *U.S. Supreme Court* eine Reihe von Fällen entschieden, in denen es um die (Nicht-)Anwendbarkeit des arbeitsrechtlichen Bundesgesetzes *Fair Labor Standards Act (FLSA)* auf Beschäftigte der Einzelstaaten ging. Der arbeitnehmerschützende *FLSA* enthält u. a. Regelungen zu Mindestarbeitsentgelten, zu Arbeitszeitbeschränkungen und zur Bezahlung von Überstunden. Eine entsprechende Bundesgesetzgebungskompetenz, gestützt auf die weite „commerce [...] among the several States“-Klausel (Art. I, Sec. 8, Cl. 3 USC), wurde (und wird auch heute) grundsätzlich allgemein anerkannt.<sup>1396</sup> Es handelte sich beim *FLSA* ursprünglich (1938) um ein Arbeitsrechtsgesetz, welches die Bundesebene, die Staaten und Kommunen als Arbeitgeber ausdrücklich von seinem An-

---

<sup>1392</sup> Das Adverb „nahe“ weist auf den metonymischen Gehalt der Argumentation in dieser Fallgruppe von Verbandsgrundrechtspositionen hin (‚Staatsbeamte‘/‚Staatsbeamter‘ steht für den ‚Staat‘ und reichert dessen ‚Würde‘-Position an); s. hierzu auch § 12, B. I. 3. a); allgemein zum vorliegend zu Grunde gelegten ‚Metonymie‘-Begriff § 10, B. IV. 2. b).

<sup>1393</sup> *National League of Cities v. Usery*, 426 U.S. 833 (1976), 852.

<sup>1394</sup> Vgl. *Collector v. Day*, 78 U.S. (11 Wall.) 113 (1871).

<sup>1395</sup> Ausdrücklich aufgehoben („overruled“) in *Graves v. New York ex rel. O’Keefe*, 306 U.S. 466 (1939), 486: „*Collector v. Day*, [...] and [...] another precedent] are overruled so far as they recognize an implied constitutional immunity from income taxation of the salaries of officers or employees of the national or a state government or their instrumentalities“.

<sup>1396</sup> Vgl. *United States v. Darby*, 312 U.S. 100 (1941), 115; *National League of Cities v. Usery*, 426 U.S. 833 (1976), 836.

wendungsbereich ausnahm.<sup>1397</sup> Durch eine *FLSA*-Novelle im Jahr 1974 wurden allerdings hinsichtlich bestimmter *FLSA*-Regelungen auch Staaten und Kommunen als Arbeitgeber adressiert. Insoweit wurde der *FLSA* – partiell – zu einem Gesetz, welches private und öffentliche Arbeitgeber gleichermaßen adressierte.

Der *U.S. Supreme Court* entschied in *National League of Cities v. Usery* (1976) in einer 5:4-Mehrheitsmeinung<sup>1398</sup> des späteren *Chief Justice* William Rehnquist<sup>1399</sup>, dass bestimmte Arbeitszeit- und Arbeitsentgeltregelungen des *Fair Labor Standards Act* nicht verbandskompetenzgemäß sind, soweit sie auf Beschäftigte der Staaten und Kommunen in Bereichen wie Gefahrenabwehr, Abfall- und Abwasserentsorgung, Gesundheitswesen und Parkbewirtschaftung anwendbar sind.<sup>1400</sup> Hierbei handele es sich um „integrale“ Kernbereiche souveränen Funktionierens der Staaten, welche von bundesgesetzlicher Beeinflussung freizuhalten seien.<sup>1401</sup>

Zwar hat der *U.S. Supreme Court* die Argumentation aus *Usery* zur ‚Personalhoheit‘ der Einzelstaaten etwas später in der Entscheidung *Garcia v. San Antonio Metro. Transit Auth.* (1985) mit 5:4 Stimmen ausdrücklich aufgegeben, *Usery* als

<sup>1397</sup> Vgl. die Sachverhaltsschilderung in *National League of Cities v. Usery*, 426 U.S. 833 (1976), 836.

<sup>1398</sup> Es wurden zwei abweichende Sondervoten (eines von *Justice* Brennan, dem sich *Justices* White und Marshall anschlossen, sowie eines von *Justice* Stevens) verfasst, welche bereits auf die spätere Aufhebung des Judikats (s. Fn. 1402) hindeuteten. Insoweit entscheidend war allerdings, dass sich *Justice* Blackmun in *Usery* zwar noch der Mehrheit angeschlossen hatte, aber bereits ein *concurrency*-Sondervotum verfasste und neun Jahre später, in *Garcia v. San Antonio Metro. Transit Auth.*, 469 U.S. 528 (1985), die Mehrheitsmeinung verfasste, mit der *Usery* aufgehoben werden würde (s. Fn. 1402).

<sup>1399</sup> Man mag hierin den Auftakt des föderalismusverfassungsrechtlich ‚aktivistischen‘ Projekts von Rehnquist, wie es sich insbesondere auch in der späteren Leitentscheidung *United States v. Alfonso D. Lopez, Jr.*, 514 U.S. 549 (1995), zu den Grenzen der „commerce“-Bundesgesetzgebungskompetenz zeigte, sehen. Jedenfalls wurde die Entscheidung schon zeitgenössisch als Beginn eines „*New Federalism*“ gedeutet: *D. L. Shapiro*, *Harv. L. Rev.* 90 (1976), 293 (306), vgl. dort in Fn. 45 den Hinweis auf einen Artikel mit dem Schlagwort „[...] *the New Federalism*“; Shapiro identifizierte schon 1976 folgende „ideologische Überzeugung“ im Urteilsverhalten von Rehnquist: „*Conflicts between state and federal authority, whether on an executive, legislative or judicial level, should, whenever possible, be resolved in favor of the states*“ (a.a.O. [294]); vgl. zu dieser frühen Einschätzung referierend *M. L. McCormick*, *U. Tol. L. Rev.* 40 (2009), 909; zu Rehnquists ‚Föderalismus‘-Projekt im Rückblick: *R. F. Nagel*, in: B. P. Wilson (Hrsg.), *The constitutional legacy of William H. Rehnquist*, St. Paul, Minn., U.S.A., 2015, S. 79 ff.

<sup>1400</sup> *National League of Cities v. Usery*, 426 U.S. 833 (1976), 851 f. Es hatte eine Reihe von einzelnen Städten und Staaten sowie entsprechenden Verbänden geklagt; *William Usery, Jr.* war in den Jahren 1976/77 Bundesarbeitsminister (*Secretary of Labor*) unter Präsident *Gerald Ford*.

<sup>1401</sup> Vgl. *National League of Cities v. Usery*, 426 U.S. 833 (1976), 851 f. Ähnliche Stoßrichtung der Argumentation bereits in *Sugarman v. Dougall*, 413 U.S. 634 (1973), 646 ff., mit der grundsätzlichen Anerkennung, dass die Staaten ein legitimes Interesse daran haben, zu bestimmen, wer in öffentlichen Positionen in den Staaten tätig sein darf; freilich wurde der generelle Ausschluss von Ausländerinnen und Ausländern vom öffentlichen Dienst durch ein Gesetz des Staats New York mit 8:1 Stimmen für verfassungswidrig erklärt.

geltendes Recht aufgehoben (*overruled*) und das Bundesarbeitsrechtsgesetz *FLSA* als auf Staaten und Kommunen als Arbeitgeber anwendbar behandelt,<sup>1402</sup> was im Schrifttum (später) als (zwischenzeitlicher) „Tod des Föderalismus“<sup>1403</sup> bezeichnet worden ist (s. auch unten § 8, C. I. 2. b) aa)). Teile des Schrifttums, so etwa Deborah J. Merritt, arbeiteten in den späten 1980er Jahren allerdings weiterhin an dem dogmatischen Projekt der justiziablen Absicherung von „*state autonomy*“ u. a. im Bereich der ‚Personalhoheit‘ der Einzelstaaten: Merritt argumentierte dabei mit einer Verankerung der betroffenen Schutzposition der Einzelstaaten in der *Guarantee Clause*, welche den Einzelstaaten eine „republikanische Regierungsform“ „garantiert“ (Art. IV, Sec. 4 USC).<sup>1404</sup>

### b) Geltende Dogmatik: föderalismus-verfassungskonforme Auslegung

Und im Jahr 1991 fand sich sodann auch wieder eine Mehrheit im *U.S. Supreme Court*, um – unter Zitierung von Merritts dogmatischem Vorstoß im Schrifttum – den Schutz von „integralen“ Funktionsbereichen der föderierten Einheiten vor Übergriffen des Bundesgesetzgebers zu bewerkstelligen und ein ‚Lebenszeichen‘ bezüglich der gerichtlichen Durchsetzbarkeit von Föderalismusverfassungsrecht zu geben: In der Entscheidung *Gregory v. Ashcroft* (1991) ging es um die Anwendbarkeit des antidiskriminierungsrechtlichen Bundesgesetzes *Age Discrimination in Employment Act (ADEA)* auf Richterinnen und Richter der Staaten; das Gericht führte hier keine direkte verfassungsrechtliche Kompetenzprüfung des *ADEA* durch, sondern verlegte sich – auch hier (ähnlich wie im Bereich der sachpolitischen Gesetzgebungsreserve; s. o. I. 2. b)) – auf eine föderalismus-verfassungskonforme Auslegung (hierzu auch unten § 8, C. I. 2. b) bb)). Der *ADEA* sei nicht auf die Einzelstaaten als Arbeitgeberinnen anwendbar, da er dies nicht hinreichend bestimmt ausdrücke („*plain statement rule*“; s. auch unten § 8, C. I. 2. b) bb)).<sup>1405</sup>

<sup>1402</sup> *Garcia v. San Antonio Metro. Transit Auth.*, 469 U.S. 528 (1985), 531. Das Mehrheitsvotum wurde von Justice Blackmun verfasst, der 1974 noch *Usery* mitgetragen hatte (s. o. Fn. 1398). *Joe G. Garcia* war Beschäftigter des damaligen öffentlich-rechtlichen Nahverkehrsbetreibers *San Antonio Metropolitan Transit Authority* und klagte auf Überstundenbezahlung nach dem *FLSA*.

<sup>1403</sup> A. C. Bryant, Cornell J. L. & Pub. Policy 17 (2007), 101 (103 f.), zählt *Garcia v. San Antonio Metro. Transit Auth.* als einen (von insgesamt drei) „*deaths of federalism*“ auf, womit freilich „Tod“ der gerichtlichen Durchsetzung von Föderalismus gemeint ist; s. u. § 8, C. I. 2. b).

<sup>1404</sup> Vgl. D. J. Merritt, Colum. L. Rev. 88 (1988), 1 (50 ff.), zu einer Begrenzung bundesgesetzlicher Vorgaben für die Zugangsvoraussetzungen zum öffentlichen Dienst der Einzelstaaten und a. a. O. (55 ff.) zur Begrenzung von bundesgesetzlichen Vorgaben für die Bezahlung von Einzelstaaten-Bediensteten – jeweils sofern die betroffenen Stellen Bezug zur „republikanischen Regierungsform“ in den Einzelstaaten haben, wozu Merritt neben Gouverneurinnen und Gouverneuren, Abgeordneten, Richterinnen und Richtern, etwa auch Polizeibeamte zählen möchte.

<sup>1405</sup> Vgl. *Gregory v. Ashcroft*, 501 U.S. 452 (1991), 460 f., mit Hinweisen auf *Rice v. Santa Fe Elevator Corp.*, 331 U.S. 218 (1947), 230; *Pennhurst State School and Hospital v. Hal-*

### 3. Deutschland: Landesbeamtenrecht als Feld föderaler Verfassungspolitik

Betrachtet man das Freihalten personaler Funktionsbereiche der deutschen Länder vor bundesgesetzlichen Übergriffen unter dem Grundgesetz, stellt sich bereits der Verfassungstextbefund mit den spezifischen Vorgaben des Grundgesetzes für das Beamtenrecht sehr anders dar als im Fall der US-Verfassung. Damit ist eine Verlagerung der Problematik in das Feld der Verfassungspolitik und förmlichen Verfassungsänderungen verbunden:

*a) ‚Personalhoheit‘ der Länder  
unter bundesverfassungsrechtlichem Vorbehalt*

Seit 1949 adressiert der Grundgesetztext die Gesetzgebungsmaterie des Landesbeamtenrechts ausdrücklich, sodass es hier nicht – wie in den USA – um die Auslegung und Begrenzung allgemeiner wirtschafts- und arbeitsrechtlicher Bundesgesetzgebungskompetenzen hinsichtlich ihrer Anwendbarkeit auf den öffentlichen Dienst, sondern unmittelbar um die verbandskompetenzielle Aufteilung der Spezialmaterie des Beamtenrechts geht. In seiner ursprünglichen Fassung enthielt das Grundgesetz (bis zur Föderalismusreform I im Jahr 2006) eine Rahmengesetzgebungskompetenz des Bundes zum Erlass von Rahmenvorschriften über „die Rechtsverhältnisse der im öffentlichen Dienste der Länder, Gemeinden und anderen Körperschaften des öffentlichen Rechtes stehenden Personen“ (Art. 75 Nr. 1 GG a. F.). Somit war von Beginn der Geltung des Grundgesetzes an klar, dass bestimmte Einflussnahmen des Bundesgesetzgebers auf das Landesbeamtenrecht dem Willen des Verfassungsgebers entsprachen.

Früh versuchte der Bund, über seine Rahmengesetzgebungskompetenz die Besoldung der Landesbeamten bundeseinheitlich zu regeln.<sup>1406</sup> Im Jahr 1954 urteilte der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts jedoch, dass auf Art. 75 Nr. 1 GG a. F. gestützte Bundesgesetze keine bundeseinheitlichen Höchstbeträge für die Besoldung von Landesbeamten festsetzen dürfen und dass ein Land die Besoldung seiner Landesbeamten günstiger als die Bundesbeamtenbesoldung regeln dürfe.<sup>1407</sup> Der Senat verwies auf die Bedeutung des Landesbeamtenrechts für die Eigenstaatlichkeit der Länder: „Die Beamtenschaft ist ein bedeutsames Element der eigenstaatlichen Organisation der Länder.“<sup>1408</sup> Insoweit hielt das Gericht zumindest im Bereich des Besoldungsrechts den Ländern legislativen Gestaltungsspielraum offen.<sup>1409</sup>

---

*derman*, 451 U.S. 1 (1984), 16; *Atascadero State Hosp. v. Scanlon*, 473 U.S. 234 (1985), 243, und *Will v. Michigan Dept. of State Police*, 491 U.S. 58 (1989), 65.

<sup>1406</sup> Gesetz zur Änderung und Ergänzung des Besoldungsrechts vom 6. Dezember 1951, BGBl. I S. 939.

<sup>1407</sup> BVerfGE 4, 115 – Besoldungsgesetz von Nordrhein-Westfalen.

<sup>1408</sup> BVerfGE 4, 115 (136) – Besoldungsgesetz von Nordrhein-Westfalen.

*b) Austarierung von föderalen Positionen im Landesbeamtenrecht  
durch Verfassungsänderungen*

1969 und 1971 reagierte der verfassungsändernde Gesetzgeber mit einer (zweistufigen<sup>1410</sup>) Grundgesetzänderung, in deren Folge der Bund die *konkurrierende* Gesetzgebungskompetenz zur Regelung der Besoldung von Landesbeamten (mit Zustimmung des Bundesrats) erhielt (Art. 74a Abs. 1 u. 2 GG a.F.), insoweit also nicht mehr auf bloße *Rahmensetzung* beschränkt war, sondern in einer Vollregelung u. a. auch Besoldungshöchstbeträge bundeseinheitlich festlegen konnte.

Von dieser neuen Kompetenz machte der Bundesgesetzgeber Gebrauch; hierdurch entstanden Normenkonflikte zwischen Bundesrecht und landesrechtlichen Besoldungsregeln u. a. in Hessen.<sup>1411</sup> Anlässlich eines abstrakten Normenkontrollantrags beschäftigte sich der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts im Jahr 1972 mit der Frage, ob die Schaffung der neuen Bundesgesetzgebungskompetenz für die Besoldung von Landesbeamten in Art. 74a Abs. 1 u. 2 GG a.F. mit den Grenzen des Art. 79 Abs. 3 GG vereinbar ist. Der Senat bejahte diese Frage (Näheres hierzu unten § 6, A. VII. 3. b) u. § 11, C. II. 4. a)), verwies aber darauf, dass der Bundesgesetzgeber bei der Kompetenzausübung nach dem Grundsatz des bundesfreundlichen Verhaltens Rücksicht darauf nehmen müsse, dass dem Landesgesetzgeber „die Möglichkeit offen bleibt, im Zuge von Reformen und strukturellen Änderungen ihrer Organisation Ämter mit neuem Amtsinhalt einschließlich ihrer der Struktur der Bundesbesoldungsordnung für Landesbeamte entsprechenden besoldungsrechtlichen Einstufung in eigener Verantwortung zu schaffen“.<sup>1412</sup>

Eine neue verbandskompetenzielle Verfassungslage besteht seit der Föderalismusreform I im Jahr 2006: Der Bund hat nun eine konkurrierende Gesetzgebungskompetenz (und keine bloße Rahmengesetzgebungskompetenz) bezüglich der „Statusrechte und -pflichten der Beamten der Länder, Gemeinden und anderen Körperschaften des öffentlichen Rechts“, freilich mit genereller Bundesratszustimmungsbedürftigkeit (Art. 74 Abs. 2 GG). Bemerkenswert ist die ausdrückliche „Ausnahme der Laufbahnen, Besoldung und Versorgung“ aus dieser Bundeskompetenz; insoweit wurde der beamtenrechtsbezogene Legislativföderalismus partiell –

<sup>1409</sup> Vgl. neben der skizzierten Entscheidung BVerfGE 4, 115 (136) – Besoldungsgesetz von Nordrhein-Westfalen – insoweit auch den Weihnachtsgeld-Neid-Fall BVerfGE 3, 52: Versagung eines Antrags der Bundesregierung auf Erlass einer einstweiligen Anordnung durch das Bundesverfassungsgericht mit dem Inhalt, den Landesregierungen von Bayern und Hessen zu untersagen, dass diese ihren Beamten Weihnachtsgeld zahlen.

<sup>1410</sup> Als Zwischenschritt war 1969 in Art. 75 GG a.F. ein Abs. 2 ergänzt worden, der (bundeseinheitliche) Besoldungsregelungen ausdrücklich im Rahmen der Rahmengesetzgebung des Bundes ermöglichen sollte. Die Überführung in die konkurrierende Bundesgesetzgebung zwei Jahre später war rechtstechnisch konsequenter, da es erkennbar gerade nicht um die Ermöglichung von Rahmengesetzgebung, sondern von Vollregelungen gehen sollte.

<sup>1411</sup> Vgl. die Sachverhaltsschilderung in BVerfGE 34, 9 (11 ff.) – Besoldungsvereinheitlichung.

<sup>1412</sup> BVerfGE 34, 9 (19 ff.) – Besoldungsvereinheitlichung.

und zudem u. a. gerade im Bereich der zuvor so umstrittenen Besoldung der Landesbeamten – (jedenfalls potenziell, nämlich kompetenziell) deutlich gestärkt.<sup>1413</sup>

Bilanzierend ließe sich in der vorliegend etablierten Terminologie davon sprechen, dass eine Verbandsgrundrechtsposition (die ‚Personalhoheit‘ der Länder) partiell in ausdrückliches Verbandskompetenzrecht umgeformt wurde; aus (ungeschriebenen) Kompetenzausübungsgrenzen wurden (geschriebene) Kompetenzzuteilungsregeln.

#### 4. Fazit und Ausblick: umstrittene etatistische Argumentation

Die beiden vorstehenden Länderberichte zur jeweiligen (vergangenen und aktuellen) Verfassungslage hinsichtlich der Möglichkeiten und Grenzen des Bundesgesetzgebers, auf Funktionsträgerinnen und Funktionsträger der föderierten Einheiten bundesgesetzlich zuzugreifen, haben sehr unterschiedliche Strukturen beschrieben. Gemeinsam ist beiden föderalen Ordnungen allerdings eine gewisse Sensibilität für die Wirkungen bundesgesetzlicher Gesetzgebung auf die Personalhoheit der föderierten Einheiten. Auch bei diesen Argumentationen (wie oben bei den sachpolitischen Reservaten – s. o. I. 4.) spielen etatistische<sup>1414</sup> Vorstellungen – hier: vom Schutz der ‚Staatsmaschinerie‘ – eine wichtige Rolle (ausführlich unten § 12, B. I. 3.).

Freilich ist bei den verbandskompetenziellen Funktionsreservaten zum Schutz der Personalhoheit der föderierten Einheiten (wiederum wie oben bei den sachpolitischen Reservaten – s. o. I. 4.) eine gewisse Prekariarität des aufgezeigten Argumentationsmusters auszumachen: In den USA fand – nach einer zwischenzeitlichen offensiven Teil-Invalidierung von bundesrechtlichen Arbeitsgesetzen durch den *U.S. Supreme Court* in den 1970er Jahren – ein Rückzug der Rechtsprechung auf einen Modus verfassungskonformer Auslegung statt. In Deutschland wird die föderale Relevanz, aber auch die weitgehende verfassungspolitische Beliebigkeit des bundespolitischen Zugriffs auf die Personalhoheit der Länder illustriert durch die einschlägigen Verfassungsänderungen in Bezug auf die Kompetenzmaterie des Landesbeamtenrechts.

---

<sup>1413</sup> Das hat auch der verfassungsändernde Gesetzgeber so gesehen: vgl. Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 22, 23, 33, 52, 72, 73, 74, 74a, 75, 84, 85, 87c, 91a, 91b, 93, 98, 104a, 104b, 105, 107, 109, 125a, 125b, 125c, 143c) v. 7. 3. 2006, BT-Drs. 16/813, S. 8, 14: Stärkung der „Personalhoheit“ der Länder.

<sup>1414</sup> Bei einer oben exkursorisch angedachten Ausdehnung der Fallgruppe auf Aktiv-Wahlberechtigte (s. o. Fn. 1390) oder auf Grundrechtsberechtigte der föderierten Einheiten (s. o. Fn. 1391) läge das Potential für eine demokratietheoretische bzw. eine grundrechtstheoretische („freiheitliche“) Anreicherung der Argumentation vor.

### III. Schutz vor bundesgesetzlicher ‚Haftbarkeit‘

Eine weitere Fallgruppe von Bundeskompetenzausübungsschranken zur Sicherung von Verbandsgrundrechtspositionen von förderierten Einheiten kreist um die Frage, ob und ggf. inwieweit sich der Bundesgesetzgeber bei der Ausübung seines Gesetzgebungsmessens bestimmter Instrumente nicht bedienen darf.

#### 1. „Politische Selbsterhaltung“ durch Immunität förderierter Einheiten gegenüber Ansprüchen von Individuen, v. a. im ‚Staatshaftungsrecht‘

Es geht bei dieser Fallgruppe also nicht um bestimmte (sach- oder personalpolitikbezogene) inhaltliche Gesetzgebungsmaterien (s. o. I. u. II.), die von Bundesgesetzgebung freigehalten werden sollen, sondern um den Ausschluss bestimmter ‚rechtstechnisch‘-instrumenteller Mittel aus dem Auswahlmessen des Bundesgesetzgebers.<sup>1415</sup> Verbandskompetenzen wurde oben (in Abgrenzung von Verbandsinhalten) u. a. durch ihr Gerichtetsein nach außen, insbesondere den Bürgerinnen und Bürgern gegenüber, charakterisiert (s. o. § 4, A. I.). Dementsprechend geht es bei den instrumentbezogenen Gesetzgebungskompetenzschranken um eine Drei-‚Personen‘-Konstellation von – *erstens* – Bundesgesetzgeber, *zweitens* förderierter Einheit und – *drittens* – Bürgerinnen und Bürgern. (Der Ausschluss bestimmter Instrumente im direkten Zwei-‚Personen‘-Verhältnis von Bundesebene und förderierter Einheit wird dagegen bei den Ingerenzausübungsschranken betrachtet; s. u. § 6, A.).

Die hier untersuchten instrumentbezogenen Gesetzgebungskompetenzschranken kreisen um eine Position der Immunität förderierter Einheiten gegenüber Individuen. Es geht im Folgenden um die Grenzen des Haftbar- und Verklagbarmachens förderierter Einheiten gegenüber Individuen *in Bundesgesetzen*,<sup>1416</sup> also letztlich um *einen Teil*<sup>1417</sup> des ‚Staatshaftungsrechts‘ (i. w. S.) (‚governmental liability‘<sup>1418</sup>), ‚Haftung‘

<sup>1415</sup> Vgl. M. C. Dorf/T. Morrison, Constitutional Law, New York, N.Y., U.S.A., 2010, S. 70, 84: „*Instead of finding that the predicate of some federal law falls outside the substantive scope of any congressional power, courts may invalidate a particular law because it operates in an impermissible manner.*“ Dorf und Morrison fassen freilich mehr als die vorliegend unter diesem Aspekt diskutierten Fälle, so etwa auch die eben angesprochenen Fälle zum Schutz „wesentlicher Vorgänge in Bereichen traditioneller hoheitlicher Funktionen“ (s. o. II.), unter diese Beschreibung.

<sup>1416</sup> Vgl. die prägnante Formel für diese Konstellation bei D. J. Meltzer, I•CON 4 (2006), 39: „*member state liability to private parties as a remedy for the violation of the law of the union*“.

<sup>1417</sup> Das Rechtsgebiet des Staatshaftungsrechts ist insgesamt freilich deutlich umfassender; vorliegend bleiben mangels besonderer föderalismusverfassungsrechtlicher Problematik etwa diejenigen Teile des Staatshaftungsrechts außer Betracht, deren Rechtsgrundlage im Recht der förderierten Einheiten (Einzelstaaten bzw. Länder) selbst liegt.

<sup>1418</sup> Auch: ‚public liability‘ (vgl. etwa O. Dörr, in: ders. [Hrsg.], Staatshaftung in Europa. Nationales und Unionsrecht, Berlin u. a. 2014, S. 1) oder ‚state liability‘. Zum Begriff der ‚governmental liability‘ als Begriff der Rechtsvergleichung etwa J. E. Pfander, Am. J. Comp. L. 51 (2003), 237; D. J. Meltzer, I•CON 4 (2006), 39: „*member state liability*“



soll dabei im Ausgangspunkt weit verstanden und nicht auf retrospektive, monetäre Ersatzansprüche beschränkt werden,<sup>1419</sup> auch wenn Letztere insoweit im Fokus stehen. Die Grenzen des Haftbarmachens föderierter Einheiten in Bundesgesetzen stellen sich in den USA und in Deutschland – jedenfalls in modaler Hinsicht – sehr unterschiedlich dar:

## 2. USA: „sovereign immunity“ auch bei bundesgesetzlichen Anspruchsgrundlagen

In den USA wird die insoweit wichtigste Fallgruppe<sup>1420</sup> durch einen bestimmten Ausschnitt aus dem insgesamt größeren Gesamtkomplex der *sovereign immunity*-Dogmatik gebildet:

### a) ‚Sovereign immunity‘ als (teilweise) föderalismusverfassungsrechtliche Frage

Die – verfassungstextlich prekäre<sup>1421</sup> und höchst unübersichtliche<sup>1422</sup> – *sovereign immunity*-Dogmatik besagt im Kern, dass Individuen<sup>1423</sup> grundsätzlich nicht un-

---

als Fall der „*governmental liability*“ (rechtsvergleichend zur bundesrechtlich angeordneten Staatshaftung der föderierten Einheiten in den USA und der Europäischen Union).

<sup>1419</sup> Vgl. für eine Fallkonstellation, in der es nicht um monetäre Ansprüche ging, den Fall *Seminole Tribe v. Florida*, 517 U.S. 44 (1996); hierzu unten bei Fn. 1433 ff.

<sup>1420</sup> Überhaupt wird die *sovereign immunity*-Dogmatik als Herzstück („*centerpiece*“) der Föderalismusverfassungsrechtsprechung des *U.S. Supreme Court* während der Gerichtspräsidenschaft von *Chief Justice Rehnquist* (1986–2005; vgl. hierzu oben Fn. 1399) gewertet, vgl. *E. A. Young*, N.Y.U. L. Rev. 77 (2002), 1612 (1660).

<sup>1421</sup> Die ungeschriebene Dogmatik ergänzt den geschriebenen XI. Zusatzartikel zur US-Verfassung von 1795; dieser besagt: „*The Judicial power of the United States shall not be construed to extend to any suit in law or equity, commenced or prosecuted against one of the United States by Citizens of another State, or by Citizens or Subjects of any Foreign State.*“ Während sich der XI. Zusatzartikel also lediglich auf Klagen bezieht, die von Ausländerinnen und Ausländern oder von Bürgerinnen und Bürgern eines US-Staates gegen einen anderen US-Staat vor einem Bundesgericht erhoben werden, ist die ungeschriebene, richterrechtliche Konstellation auch auf Klagen in Gerichten der Staaten, welche von Bürgern eines Staates gegen ebendiesen, d. h. den ‚eigenen‘ Staat eingebracht werden, anwendbar; vgl. zusammenfassend *M. C. Dorf/T. Morrison*, Constitutional Law, New York, N.Y., U.S.A., 2010, S. 89, welche auch darauf hinweisen, dass der *U.S. Supreme Court* die *sovereign immunity*-Dogmatik zuletzt nicht nur auf den XI. Zusatzartikel, sondern auch auf den X. Zusatzartikel (hierzu oben § 3, A. I. 1. u. § 4, B. I. 2. a)) gestützt hat. Die prekäre Verankerung der *sovereign immunity*-Dogmatik im XI. Zusatzartikel kritisiert ausführlich das abweichende Sondervotum von *Justice David Souter* in *Seminole Tribe*, 517 U.S. 44 (1996), 72, 116, dort in Fn. 13; sowie im Schrifttum etwa *J. F. Manning*, Yale L. J. 113 (2004), 1663, unter Betonung des Kompromisscharakters der Verfassungsänderung von 1795, die dem präzisen Wortlaut des deutlich enger gefassten XI. Zusatzartikel zu Grunde liegt. In der Entscheidung *Federal Maritime Comm’n v. South Carolina Ports Authority*, 535 U.S. 743 (2002), wurde die *sovereign immunity* noch weiter vom Wortlaut des XI. Zusatzartikels gelöst und auf Verfahren gegen Staaten

mittelbar<sup>1424</sup> gegen Staaten klagen dürfen, es sei denn, der verklagte Staat hat durch einen sog. ‚waiver‘<sup>1425</sup> auf seine prozessuale Immunität verzichtet.

Vorliegend interessieren lediglich solche *sovereign immunity*-Fälle, welche – im Sinne der eben beschriebenen Drei-‚Personen‘-Konstellation – zugleich im *verti-*

---

vor *verwaltungsbehördlichen* (nicht gerichtlichen) Streitentscheidungsorganen (*administrative tribunals*) ausgedehnt.

<sup>1422</sup> Bereits 1983 (seitdem kamen zahlreiche Differenzierungen und Ausnahmen hinzu) beschrieb *J. J. Gibbons*, *Columbia L. Rev.* 83 (1983), 1889 (1891), die Dogmatik als „Kudelmuddel“: „*The eleventh amendment today represents little more than a hodgepodge of confusing and intellectually indefensible judge-made law.*“; kritisch auch *E. Chemerinsky*, *Constitutional Law. Principles and Policies*, 5. Aufl., New York, N.Y., U.S.A., 2015, S. 188; sowie *M. C. Dorf/T. Morrison*, *Constitutional Law*, New York, N.Y., U.S.A., 2010, S. 90: „*remarkable array of exceptions and exceptions to exceptions*“.

<sup>1423</sup> Die Bundesebene als solche kann hingegen direkt gegen Staaten klagen, vgl. *United States v. Mississippi*, 380 U.S. 128 (1965), 140: „*But none of these cases decided or even suggested that Congress could not authorize the United States to institute legal proceedings against States to protect constitutional rights of citizens.*“ Auch können sich die Einzelstaaten untereinander verklagen, soweit es um ihre eigenen Interessen geht. Anderes gilt für Klagen indigener Stämme gegen Staaten; diese unterfallen der *sovereign immunity* (hierzu sogleich unten bei Fn. 1433 ff.).

<sup>1424</sup> Die *sovereign immunity*-Dogmatik bezieht sich auf Klagen von Bürgerinnen und Bürgern, welche sich *direkt gegen einen Staat* richten. Grundsätzlich nicht der *sovereign immunity*-Dogmatik unterfallen hingegen Klagen gegen ‚Kommunen‘ (*cities and counties*), vgl. *Mt. Healthy City School District v. Doyle*, 429 U.S. 274 (1977), und gegen die handelnden *state officials*: Zur praktisch bedeutsamen *Ex parte Young*-Dogmatik (Klagen gegen *state officials* statt gegen den Staat als solchen) näher unten c).

<sup>1425</sup> Besonders umstritten ist dabei die Frage, ob (und wann) ein *konkludenter Verzicht* (*constructive waiver*) angenommen werden kann: Ein solcher konkludenter Verzicht auf *sovereign immunity* wurde noch angenommen in *Parden v. Terminal R.R. Co. of Ala. Docks Dep’t*, 377 U.S. 184 (1964) – konkludenter Verzicht dadurch, dass der Staat im Angesicht von einklagbaren arbeitsschutzrechtlichen Vorgaben durch bundesrechtliche Regulierung im *Federal Employers’ Liability Act* sich ‚dennoch‘ dafür entschieden hat, eine Eisenbahn zu betreiben; gegen die Annahme eines konkludenten Verzichts (unter ausdrücklicher Aufhebung von *Parden*) hingegen: *College Savings Bank v. Florida Prepaid Postsecondary Ed. Expense Bd.*, 527 U.S. 666 (1999), 680: der Staat habe hinsichtlich eines Bundespatentrechtsgesetzes nicht dadurch konkludent auf seine *sovereign immunity* verzichtet, dass er (in Gestalt einer von ihm beherrschten Bank) mit Angeboten von patentierten Finanzprodukten am nationalen Finanzmarkt teilgenommen hat; vgl. für Details *E. Chemerinsky*, *Constitutional Law. Principles and Policies*, 5. Aufl., New York, N.Y., U.S.A., 2015, S. 227 ff. Auch die freiwillige Teilnahme eines Staats an Verwaltungsstrukturen des *cooperative federalism* (z. B. unter dem *Clean Air Act*; s. o. § 4, B. I. 3. c) aa)) oder die Annahme von inhaltlich bedingten Bundesfinanzhilfen (s. u. § 6, A. IV. 2.) durch einen Staat kann nicht ohne Weiteres als konkludenter *waiver der sovereign immunity* im einschlägigen Sachbereich verstanden werden; vgl. m. w. N. *H. M. Babcock*, *Or. L. Rev.* 83 (2004), 47 (78 f.); allerdings kann es gerade die Gegenleistung für Bundesfinanzhilfe sein, dass der Einzelstaat *ausdrücklich* auf seine *sovereign immunity* verzichtet, vgl. *M. L. McCormick*, *U. Tol. L. Rev.* 40 (2009), 909 (925): „*By obtaining states’ waivers of immunity in return for federal funding, Congress’s Spending Clause power avoids the Eleventh Amendment problem.*“

kalen<sup>1426</sup> föderalen Verhältnis zwischen Bundesebene und föderierten Einheiten, also mit Blick auf Verbandskompetenzen, relevant werden: Insoweit geht es um die Frage, ob der Bundesgesetzgeber Individuen in einfachen Bundesgesetzen Klage-rechte unmittelbar gegen Staaten einräumen darf, d. h. ob er die *sovereign immunity* der Staaten insoweit beseitigen darf.<sup>1427</sup>

b) *Leitentscheidungen zum „immunity federalism“*<sup>1428</sup>

In der zweiten Hälfte der 1990er Jahre machte eine (‚konservative‘) Mehrheit des *U.S. Supreme Court*<sup>1429</sup> diese Frage zu einem zentralen Ankerpunkt ihrer tendenziell staatenfreundlichen Rechtsprechung. Überhaupt wird die *sovereign immunity*-Dogmatik als Herzstück („*centerpiece*“) der Föderalismusverfassungsrechtsprechung des *U.S. Supreme Court* während der Gerichtspräsidentschaft von *Chief Justice* Rehnquist (1986–2005) gewertet.<sup>1430</sup> Verschiedene bundesgesetzliche Regelungen, welche Individuen (i. w. S.<sup>1431</sup>) mit einfach-gesetzlichen Klagerechten gegen Staaten ausstatteten, wurden für verfassungswidrig erklärt.<sup>1432</sup>

In *Seminole Tribe of Fla. v. Florida* (1996) entschied der *U.S. Supreme Court* mit einer 5:4-Mehrheit unter ausdrücklicher Aufhebung eines entgegenstehenden Präzedenzfalls<sup>1433</sup>, dass das glücksspielrechtliche Bundesgesetz *Indian Gaming Regu-*

<sup>1426</sup> Die vorliegend interessierende vertikal-föderale Konstellation ist u. a. zu trennen von *sovereign immunity*-Fällen, in denen es um die *horizontale* föderale Konstellation geht, in welcher ein Individuum aus Staat A in einem *state court* von Staat A gegen Staat B klagt (und zwar völlig unabhängig von Bundesgesetzen): für das Bestehen von *sovereign immunity* in dieser Konstellation nun *Franchise Tax Board of California v. Hyatt*, 587 U.S. \_\_\_\_ (2019), unter ausdrücklicher Aufhebung des *precedent* in *Nevada v. Hall*, 440 U.S. 410 (1979). D. h. das Individuum aus Staat A darf im *state court* von Staat A grundsätzlich nicht gegen Staat B klagen (selbst wenn alle übrigen Sachentscheidungsvoraussetzungen gegeben sein sollten).

<sup>1427</sup> Vgl. zur Differenzierung zwischen der *sovereign immunity*-Dogmatik als allgemeine Grenze der Zuständigkeit von Gerichten einerseits und als Grenze von Bundesgesetzgebungs-kompetenzen zur Einräumung von Klagerechten andererseits: *E. Chemerinsky*, Constitutional Law. Principles and Policies, 5. Aufl., New York, N.Y., U.S.A., 2015, S. 230, m. w. N.

<sup>1428</sup> *E. A. Young*, N.Y.U. L. Rev. 77 (2002), 1612 (1660).

<sup>1429</sup> Es handelte sich um die ‚konservative‘ Mehrheit um *Chief Justice* Rehnquist (vgl. zu diesem die Anm. in Fn. 1420 u. Fn. 1399): neben ihm *Justice* Thomas, *Justice* Scalia, *Justice* O’Connor und (noch) *Justice* Kennedy.

<sup>1430</sup> *E. A. Young*, N.Y.U. L. Rev. 77 (2002), 1612 (1660).

<sup>1431</sup> Zum vorliegend in Bezug genommenen weiten Begriff des ‚Individuums‘, der auch bestimmte Gruppen von Einzelnen umfasst, im Zusammenhang mit prozessualen Konstellationen unter dem Theorem ‚*Para*-Demokratie‘ näher unten § 8, B. II. u. C. I. 1. c).

<sup>1432</sup> Vgl. neben den im Fließtext genannten Entscheidungen (*Seminole Tribe* sowie *Alden*) etwa auch *Florida Prepaid Postsecondary Education Expense Board v. College Savings Bank*, 527 U.S. 627 (1999).

<sup>1433</sup> Vgl. *Seminole Tribe of Fla. v. Florida*, 517 U.S. 44 (1996), 66, zur Begründung der Aufhebung der Entscheidung *Pennsylvania v. Union Gas Co.*, 491 U.S. 1 (1989): In *Union Gas* hatte eine 5:4-Mehrheit entschieden, dass der Bundesgesetzgeber bundesgesetzliche

*latory Act (IGRA)* verfassungswidrig sei, soweit es indigenen Stämmen ein bestimmtes Klagerecht einräumte: Der *IGRA* sieht vor, dass glücksspielwirtschaftliche Unternehmungen eines indigenen Stamms nur nach näherer Maßgabe eines zu schließenden Vertrags zwischen dem Stamm und dem Staat, in dessen Gebiet die Tätigkeiten stattfinden sollen, erlaubt sein sollen;<sup>1434</sup> der Staat wird zur Verhandlung über einen solchen Vertrag gesetzlich verpflichtet<sup>1435</sup>; als prozessuale Absicherung sah der *IGRA* ein auf Verhandlung eines Vertrags gerichtetes Klagerecht des Stamms gegen den Staat vor einem Bundesgericht vor.<sup>1436</sup> Die letztgenannte Regelung erklärte der *U.S. Supreme Court* als Verletzung der *sovereign immunity* des Staats für verfassungswidrig.<sup>1437</sup>

Drei Jahre später wendete der *U.S. Supreme Court* in der Entscheidung *Alden v. Maine* (1999) den Topos ‚*sovereign immunity*‘ als instrumentelle Bundesgesetzgebungsschranke auch auf die Konstellation an, dass ein Individuum vor dem Gericht eines Einzelstaats (also nicht wie in *Seminole Tribe* vor einem Bundesgericht) klagt.<sup>1438</sup> Der *U.S. Supreme Court* erklärte das Bundesarbeitsrechtsgesetz *Fair Labor Standards Act (FLSA)* – hierzu bereits oben II. 2. a) für verfassungswidrig, soweit dieses öffentlich Beschäftigten der Einzelstaaten ein einfach-rechtliches Klagerecht gegen den Einzelstaat als Arbeitgeber (zur gerichtlichen Durchsetzung der Auszahlung von Überstundenentgelt) einräumte. Zentral für die Argumentation des Gerichts ist eine angebliche „Würde“-<sup>1439</sup>-Position des Staats Maine; *Alden v. Maine* wird daher später in einer rhetorikanalytischen Fallstudie näher untersucht (s. u. § 10, B. V. 1. b) cc)).

### c) Relativierungen der ‚*sovereign immunity*‘-Dogmatik

Die Einzelheiten zur Anwendbarkeit, zur Reichweite und zu (Gegen-)Ausnahmen der *sovereign immunity*-Dogmatik sind, wie bereits erwähnt wurde<sup>1440</sup>, komplex. Im hier interessierenden spezifischen Bereich der *sovereign immunity*-Dogmatik als Bundesgesetzgebungskompetenzausübungsgrenze ist darauf hinzuweisen, dass der

---

Klagerechte (im konkreten Fall: im Altlastengesetz *CERCLA*) gegen Staaten einräumen könne, falls er dies hinreichend bestimmt ausdrücke.

<sup>1434</sup> Vgl. 25 U.S.C. § 2710(d)(1)(C) und die entsprechende Sachverhaltsschilderung in *Seminole Tribe of Fla. v. Florida*, 517 U.S. 44 (1996), 47.

<sup>1435</sup> Vgl. 25 U.S.C. § 2710(d)(3)(A); hier stellt sich die – vom Gericht bewusst nicht adressierte (vgl. *Seminole Tribe of Fla. v. Florida*, 517 U.S. 44 [1996], 61 [dort in Fn. 10]) – Frage, ob insoweit nicht ‚ohnehin‘ verfassungswidriges *commandeering* (hierzu unten § 6, A. I. 2. a)) vorliegt.

<sup>1436</sup> Vgl. 25 U.S.C. § 2710(d)(7).

<sup>1437</sup> *Seminole Tribe of Fla. v. Florida*, 517 U.S. 44 (1996), 47.

<sup>1438</sup> *Alden v. Maine*, 527 U.S. 706 (1999).

<sup>1439</sup> *Alden v. Maine*, 527 U.S. 706 (1999), 709; dazu kritisch S. Sherry, *No-tre Dame* L. Rev. 75 (2000), 1121 (1126 f.).

<sup>1440</sup> S. o. Fn. 1422.

*U.S. Supreme Court* die Anwendbarkeit der Dogmatik gegenständlich beschränkt hat:

Die eben skizzierten Entscheidungen *Seminole Tribe* und *Alden* bezogen sich auf Bundesgesetze, die unter der ‚*interstate commerce*‘-Gesetzgebungskompetenz (Art. I, Sec. 8, Cl. 3 USC) erlassen wurden. Tatsächlich hat der *U.S. Supreme Court* die bundesgesetzgebungskompetenzbeschränkende Wirkung der *sovereign immunity*-Dogmatik im Wesentlichen auf die ‚*interstate commerce*‘-Gesetzgebungskompetenz aus Art. I, Sec. 8, Cl. 3 USC (und auf die Bundesgesetzgebungskompetenz für das Immaterialgüterrecht aus Art. I, Sec. 8, Cl. 8 USC<sup>1441</sup>) beschränkt, andere Kompetenzmaterien hingegen ausdrücklich von der Anwendbarkeit der ‚*immunity federalism*‘-Dogmatik ausgenommen: In *Central Virginia Community College v. Katz* (2006) entschied das Gericht mit knapper Mehrheit, dass der Bundesgesetzgeber unter der Gesetzgebungskompetenz für Insolvenzrecht (*bankruptcy clause*, Art. I, Sec. 8, Cl. 4 USC) die Staaten durchaus den (allgemeinen) Verfahren und Pflichten des bundesgesetzlichen Insolvenzrechts unterwerfen darf.<sup>1442</sup> Außerdem hat das Gericht die – seit einer Leitentscheidung im Jahr 1997 freilich eng ausgelegte<sup>1443</sup> – Bundesgesetzgebungskompetenz zur Durchsetzung von bestimmten Freiheits- und Gleichheitsrechten (vgl. Absatz 5 des XIV. Zusatzartikels zur US-Verfassung<sup>1444</sup>) als (enge) Grundlage für die Schaffung bundesgesetzlicher Klagerechte von Individuen gegen Staaten anerkannt: So billigte das Gericht ein Klagerecht im auf Geschlechtergerechtigkeit gerichteten Bundesgesetz *Family and Medical Leave Act* auch gegen Staaten als Arbeitgeber<sup>1445</sup> sowie Klagerechte im antidiskriminierungsrechtlichen Bundesgesetz *Americans with Disabilities Act* gegen Staaten, soweit sie als Verantwortliche für Gerichtsgebäude<sup>1446</sup> und Justizvollzugs-

<sup>1441</sup> Vgl. zur Anwendbarkeit der ‚*immunity federalism*‘-Dogmatik in der Kompetenzmaterie des Patentrechts *Florida Prepaid Postsecondary Education Expense Board v. College Savings Bank*, 527 U.S. 627 (1999); für das Urheberrecht: *Allen v. Cooper*, 589 U.S. \_\_\_\_ (2020).

<sup>1442</sup> *Central Virginia Community College v. Katz*, 546 U.S. 356 (2006), 378: „*In ratifying the Bankruptcy Clause, the States acquiesced in a subordination of whatever sovereign immunity they might otherwise have asserted in proceedings necessary to effectuate the in rem jurisdiction of the bankruptcy courts.*“ Es liege in der Natur des Insolvenzrechts als im Kern sachen-bezogene Materie („*in rem*“), dass die Staaten sich insoweit nicht auf ihre *sovereign immunity* berufen können.

<sup>1443</sup> Vgl. *City of Boerne v. Flores*, 521 U.S. 507 (1997), zur Verfassungs-, nämlich Kompetenzwidrigkeit des Bundesgesetzes *Religious Freedom Restoration Act (RFRA)* zur Stärkung der Religionsfreiheit, soweit er auf Staaten und Kommunen Anwendung finden sollte.

<sup>1444</sup> Absatz 5 des XIV. Zusatzartikels zur US-Verfassung lautet: „*The Congress shall have power to enforce, by appropriate legislation, the provisions of this article.*“ Zu den „Regelungen des Artikels“, welche das Bundesparlament durchsetzen darf, gehören u. a. die in Absatz 1 verbürgten Freiheits- und Gleichheitsrechte: „*nor shall any state deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.*“

<sup>1445</sup> *Nevada Department of Human Resources v. Hibbs*, 538 U.S. 721 (2003); vgl. zuvor bereits *Fitzpatrick v. Bitzer*, 427 U.S. 445 (1976).

<sup>1446</sup> *Tennessee v. Lane*, 541 U.S. 509 (2004).

anstellen<sup>1447</sup> Rücksichtnahmepflichten gegenüber Menschen mit Behinderung verletzen.<sup>1448</sup> Zur Begründung führte das Gericht aus, dass es gerade Sinn und Zweck der Schaffung des XIV. Zusatzartikels nach dem US-amerikanischen Bürgerkrieg (1861–1865) im Jahr 1868 war, Individualgrundrechte gegen Staaten bundesrechtlich durchzusetzen.<sup>1449</sup> Zuletzt hat das Gericht in der Entscheidung *PennEast Pipeline Co. v. New Jersey* (2021) für den Bereich der Enteignung (*eminent domain*) eine weitere Ausnahme vom Komplex des *immunity federalism* anerkannt.<sup>1450</sup>

Trotz dieser Einschränkungen des Anwendungsbereichs der *sovereign immunity*-Dogmatik bleibt sie als instrumentelle Bundesgesetzgebungskompetenzausübungsschranke v. a. im Bereich der wichtigen Kompetenz für *interstate commerce* praktisch bedeutsam. Doch auch insoweit sind zwei abschließende Hinweise notwendig, um die Wirkung der *sovereign immunity*-Dogmatik im Gesamtsystem des US-amerikanischen Föderalismusverfassungsrechts angemessen zu würdigen:

*Erstens* dürfen die vorstehenden Ausführungen keinesfalls dahingehend missverstanden werden, dass es in den USA keinerlei ‚Staatshaftung‘ der Einzelstaaten geben würde: Das ergibt sich bereits daraus, dass die Einzelstaaten auf der Grundlage von *einzelstaatenrechtlichen* Anspruchsgrundlagen in Gerichten der Staaten durchaus Individuen gegenüber haftbar sind.<sup>1451</sup>

*Zweitens* sind – auch bei Bundesrechtsverstößen der Staaten – *im Ergebnis* nur bestimmte Anspruchsziele (nämlich monetärer Ersatz) gesperrt: Zwar gilt der Haftungsausschluss der *sovereign immunity*-Dogmatik grundsätzlich unterschiedslos für alle bundesgesetzlich eingeräumten Anspruchsziele (also für monetäre wie für nicht-monetäre, für retrospektive wie für prospektive Ansprüche).<sup>1452</sup> Allerdings ist

<sup>1447</sup> *United States v. Georgia*, 546 U.S. 151 (2006).

<sup>1448</sup> Beachte freilich die Entscheidungen *Kimel v. Florida Board of Regents*, 528 U.S. 62 (2000), *Board of Trustees of the University of Alabama v. Garrett*, 531 U.S. 356 (2001), sowie *Coleman v. Court of Appeals of Md.*, 566 U.S. 30 (2012), in denen der *U.S. Supreme Court* die Kompetenzmäßigkeit von bundesgesetzlichen Klagerechten von Individuen gegen Staaten unter dem XIV. Zusatzartikel zur US-Verfassung verneinte; zum Ganzen *E. Chemerinsky*, *Constitutional Law. Principles and Policies*, 5. Aufl., New York, N.Y., U.S.A., 2015, S. 314 ff.

<sup>1449</sup> Vgl. *Nevada Department of Human Resources v. Hibbs*, 538 U.S. 721 (2003), 727, mit Hinweis auf *Fitzpatrick v. Bitzer*, 427 U.S. 445 (1976), 456, dort mit Hinweis auf *Ex Parte Virginia*, 100 U.S. 339 (1879), 346.

<sup>1450</sup> *PennEast Pipeline Co. v. New Jersey*, 594 U.S. \_\_\_\_ (2021): Ein bundesgesetzlich (bzw. durch die Verwaltungsentscheidung einer Bundesbehörde) hierzu ermächtigtes Privatrechtssubjekt dürfe gegen einen Einzelstaat (hier: New Jersey) klagen, um Enteignungen für Infrastrukturvorhaben (im Fall: Pipeline-Bau) gegenüber dem Einzelstaat geltend zu machen, da die Staaten bei der Verfassungsgebung insoweit ihre *sovereign immunity* implizit aufgegeben hätten: „*the States consented in the plan of the Convention to the exercise of federal eminent domain power, including in condemnation proceedings brought by private delegates*“.

<sup>1451</sup> Vgl. nur *J. E. Pfander*, *Am. J. Comp. L.* 51 (2003), 237 (260, dort insbes. in Fn. 116): „*While states enjoy broad immunity from federal claims in federal courts, the states have made remedies available in their own courts on the basis of state law*“.

<sup>1452</sup> Deutlich *Seminole Tribe of Fla. v. Florida*, 517 U.S. 44 (1996), 58: „*we have often made it clear that the relief sought by a plaintiff suing a State is irrelevant to the question*



es nach der *Ex parte Young*-Dogmatik grundsätzlich möglich, (anstatt gegen den Einzelstaat als solchen) gegen *state officials*, also gegen Bedienstete der Staaten mit Hoheitsfunktionen, zu klagen.<sup>1453</sup> Über diese Umstellung von Staatshaftung auf Amtshaftung im Rahmen der *Ex parte Young*-Ausnahme sind beispielsweise grundsätzlich auch bundesgesetzlich autorisierte *citizen suits* (insbesondere aufgrund von Bundes-Umweltgesetzen, etwa im Luftreinhalterecht oder im Gewässerschutzrecht) gegen Staaten-, Beamte‘ möglich.<sup>1454</sup> Allerdings können selbst über die *Ex parte Young*-Ausnahme mit Klagen gegen Staaten-, Beamte‘ grundsätzlich nur Feststellungsurteile oder die Unterlassung künftiger Rechtsverletzungen (*injunctive relief*) erreicht werden.<sup>1455</sup> Dagegen ist die Rechtslage hinsichtlich der Einklagbarkeit von monetären Anspruchszielen selbst gegen *state officials* stark eingeschränkt: Ausgeschlossen bleiben auch insoweit monetäre Anspruchsziele mit Vergangenheitsbezug<sup>1456</sup>. Dass monetärer Ersatz auch bei Klagen gegen Einzelstaatenbedienstete ausgeschlossen bleibt, schont mittelbar die Finanzen des jeweiligen Einzelstaats, da häufig im Innenverhältnis zwischen einem Einzelstaat und seinen Bediensteten eine Schadloshaltung (*indemnification*) greifen würde.<sup>1457</sup> Im Ergebnis

---

*whether the suit is barred by the Eleventh Amendment. [...] („It would be a novel proposition indeed that the Eleventh Amendment does not bar a suit to enjoin the State itself simply because no money judgment is sought“). We think it follows a fortiori from this proposition that the type of relief sought is irrelevant to whether Congress has power to abrogate States’ immunity.“*

<sup>1453</sup> Vgl. *Ex parte Young*, 209 U.S. 123 (1908). Die praktische Bedeutung dieser Ausnahme zu der *sovereign immunity*-Dogmatik wird als sehr groß eingeschätzt: *Ex parte Young* wird – neben *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803), und *Martin v. Hunter’s Lessee*, 14 U.S. (1 Wheat) 304 (1816) – zu den „drei wichtigsten Entscheidungen des U.S. Supreme Court überhaupt“ gezählt, so C. A. Wright/A. R. Miller/E. H. Cooper/V. D. Amar, *Federal Practice and Procedure*, Bd. 17 A, 3. Aufl., Eagan, Minn., U.S.A., 2007, § 4231, S. 134 (135).

<sup>1454</sup> Vgl. auch J. Salzman/B. H. Thompson, *Environmental Law and Policy*, 5. Aufl., St. Paul, Minn., U.S.A., 2019, S. 103 f.; insgesamt eher skeptisch hinsichtlich der Leistungsfähigkeit von *Ex parte Young* als belastbare Ausnahme von der *sovereign immunity*-Dogmatik für den Bereich von Umweltschutzklagen H. M. Babcock, *Or. L. Rev.* 83 (2004), 47 (79 ff.), unter Diskussion von zahlreichen Gegenausnahmen zur Ausnahme *Ex parte Young*.

<sup>1455</sup> Hierzu ausführlich E. Chemerinsky, *Constitutional Law. Principles and Policies*, 5. Aufl., New York, N.Y., U.S.A., 2015, S. 207 ff.; knapp M. L. McCormick, *U. Tol. L. Rev.* 40 (2009), 909 (912, 924); vgl. auch M. C. Dorf/T. Morrison, *Constitutional Law*, New York, N.Y., U.S.A., 2010, S. 90, welche unter Hinweis auf J. C. Jeffries Jr., *Yale L. J.* 109 (1999), S. 87 (105 ff.: „a bias in favor of the future“) andenken, dass in dieser Fokussierung auf die judizielle Sanktionierung andauernder oder künftiger Rechtsverletzungen ein gewisser Wert der Dogmatik liegen könnte; vgl. für den konkreten Bereich des Umweltschutzrechts J. Salzman/B. H. Thompson, *Environmental Law and Policy*, 5. Aufl., St. Paul, Minn., U.S.A., 2019, S. 103 f.

<sup>1456</sup> Vgl. *Edelman v. Jordan*, 415 U.S. 651 (1974), wonach ein Anspruchsteller keine Klage gegen einen Staatenbediensteten erheben durfte, um für einen in der Vergangenheit liegenden Zeitraum rechtswidrig vorenthaltene Sozialleistungen nachträglich gezahlt zu erhalten; vgl. zu dieser Rechtslage im Bereich monetärer Anspruchsziele etwa D. J. Meltzer, *I•CON* 4 (2006), 39 (46), m. w. N.

<sup>1457</sup> Vgl. D. J. Meltzer, *I•CON* 4 (2006), 39 (46).



drängt im Zusammenspiel von *sovereign immunity*- und *Ex parte Young*-Dogmatik damit der Aspekt der öffentlichen Finanzhoheit der Staaten in den Vordergrund: Geschützt werden soll v. a. die Kasse der Staaten vor bundesgesetzlich begründeten Haftungsgrundlagen gegenüber Individuen.<sup>1458</sup> Zwar wird die „*sovereign immunity*“ der Einzelstaaten vom *U.S. Supreme Court* als „Würde“-Frage präsentiert<sup>1459</sup>, letztlich dient sie – über die geschilderten Ausnahmen und Gegenausnahmen – aber v. a. fiskalischen Interessen.<sup>1460</sup>

### 3. Deutschland: „Staatshaftung“ der Länder als Feld föderaler Verfassungspolitik

Im föderalen Verschränkungs föderalismus des Grundgesetzes bewegen sich etwaige Grenzen für die Einräumung von Individualklagerechten gegen die Länder in Bundesgesetzen von vorneherein in einem anderen verbandskompetenzrechtlichen Gesamtzusammenhang:

#### a) ‚Staatshaftung‘ der Länder als (*sensibler*) Normalfall

Mit der Konzentration wichtiger Gesetzgebungskompetenzen beim Bund, die dann aber zu einem erheblichen Teil durch die Länder vollzogen werden (hierzu oben § 4, B. I. 3.), ist verbunden, dass in wichtigen Sachbereichen die Einräumung von Individualklagerechten von vorneherein nur durch *Bundesgesetze* und zwar gegen die *Länder* in Betracht kommt. Ein weitgehendes ‚Raushalten‘ des Bundesgesetzgebers aus dem ‚Staatshaftungsrecht‘ (i. w. S.)<sup>1461</sup> ist unter dem Grundgesetz – anders

<sup>1458</sup> Deutlich in diese Richtung die Bewertung bei A. Woolhandler/M. G. Collins, in: K. Orren/J. W. Compton (Hrsg.), *The Cambridge Companion to the United States Constitution*, Cambridge, U.K., 2018, S. 165 (184): „*sovereign immunity doctrine has retained its core treasury-protective function, with its continuing prohibitions on suits for collection of sovereign debt and for retrospective monetary relief that runs against the state treasury*“; vgl. auch D. J. Meltzer, *I-CON* 4 (2006), 39 (46); R. H. Fallon, *Implementing the Constitution*, Cambridge, Mass., U.S.A., u. a. 2001, S. 100; vgl. ferner auch den Hinweis bei M. C. Dorf/ T. Morrison, *Constitutional Law*, New York, N.Y., U.S.A., 2010, S. 84 f., darauf, dass bei der gerichtlichen Durchsetzung von Verbandsgrundrechtspositionen als Bundeskompetenzausübungsschranken auch „*fiscal considerations*“ relevant seien.

<sup>1459</sup> *Alden v. Maine*, 527 U.S. 706 (1999), 715.

<sup>1460</sup> Beachte allerdings die Ausführungen in *Seminole Tribe of Fla. v. Florida*, 517 U.S. 44 (1996), 58: „*The Eleventh Amendment does not exist solely in order to ‚prevent[t] federal-court judgments that must be paid out of a State’s treasury,‘ [...] ; it also serves to avoid ‚the indignity of subjecting a State to the coercive process of judicial tribunals at the instance of private parties‘*“. Tatsächlich geht die Schutzwirkung der *sovereign immunity* vereinzelt über Fiskalinteressen hinaus, so eben beispielsweise im eben zitierten und oben bei Fn. 1433 ff. vorgestellten Fall *Seminole Tribe*; hier wurde nicht nur Schadenersatz, sondern Rechtsschutz überhaupt ausgeschlossen. Den Kern-Telos der Dogmatik trifft das freilich nicht.

<sup>1461</sup> Mit ‚Staatshaftungsrecht‘ (i. w. S.) sind Rechtsmaterien gemeint, deren Verletzung durch Hoheitsträger dazu führen kann, dass Haftung – ggf. mittelbar über eigenständige An-

als im US-amerikanischen Trennungssystem – schwieriger denkbar. Hinzukommen die wesentlichen Unterschiede der beiden Föderationen im Hinblick auf die föderale Gerichtsorganisation (hierzu oben § 4, B. I. 4.): Der grundsätzlich einheitliche, ebenenübergreifende gerichtliche Instanzenzug in der Bundesrepublik Deutschland führt dazu, dass, wenn durch ungeschriebene Sachentscheidungsvoraussetzungen die Gerichte der föderierten Einheiten (Länder) von bestimmten ‚Staatshaftungsfragen‘ freigehalten werden sollten, insoweit dann gar keine Gerichte als alternative judikative Foren verfügbar wären; in den USA stellt sich dies aufgrund der selbstständigen Instanzenzüge von Staaten- und Bundesgerichten anders dar. Insoweit ist Staatshaftung im deutschen föderalen System zu einem großen Teil ‚notwendigerweise‘ Staatshaftung der Länder, die grundsätzlich vor Gerichten der Länder eingeklagt wird und häufig (freilich nicht notwendigerweise) mit der Verletzung von Bundesgesetzen zu tun hat.<sup>1462</sup>

### *b) ‚Staatshaftungs(-tatbestands-)relevantes Recht‘ des Bundes*

Wenn bislang die Rede davon war, dass Bundesrecht für die Staatshaftung (der Länder) relevant sein kann, soll damit *nicht* gesagt werden, dass staatshaftungsrechtliche *Anspruchsgrundlagen* als solche durchgehend in Bundesgesetzen zu finden seien. Das ist zum Teil gerade nicht der Fall. Zwar besteht mit der Haftung bei Amtspflichtverletzungen gem. Art. 34 GG i. V. m. § 839 BGB eine wichtige bundesgesetzliche *Anspruchsgrundlage*; viele weitere staatshaftungsrechtliche *Anspruchsgrundlagen* sind allerdings ungeschriebener Natur (so etwa die Institute des enteignenden und enteignungsgleichen Eingriffs, des Aufopferungsanspruchs und des aufopferungsgleichen Anspruchs).<sup>1463</sup>

Relevant können Bundesgesetze aber jedenfalls – unabhängig von der Frage nach der Natur der *Anspruchsgrundlage* – im haftungsbegründenden Tatbestand wer-

---

spruchsgrundlagen (wie etwa Art. 34 GG, § 839 BGB) – ausgelöst wird; es ließe sich auch von ‚staatshaftungs(-tatbestands-)relevantem Recht‘ sprechen (s. sogleich bei Fn. 1464).

<sup>1462</sup> Das gilt i. Ü. auch im Bereich der Bundesauftragsverwaltung: Nach außen, den Bürgerinnen und Bürgern gegenüber, haftet hier grundsätzlich das Land, selbst wenn der Bund die Sachkompetenz im Weisungsfall an sich gezogen haben sollte (hierzu oben § 4, A. II. 2. a)); vgl. etwa LG Bonn, EnWZ 2016, 426 (Amtshaftung des Landes, nicht des Bundes beim Vollzug des Atomgesetzes); vgl. T. Schmitt/S. Wohlrab, NVwZ 2015, 193. Freilich bleibt im *Binnenverhältnis* von Bund und Ländern ggf. ein Ausgleich gem. Art. 104a Abs. 2, Abs. 5 S. 1 GG.

<sup>1463</sup> Zur Frage, ob es sich bei den ungeschriebenen *Anspruchsgrundlagen* um Bundes- oder Landesrecht handelt (für die Rechtslage vor Schaffung von Art. 74 Abs. 1 Nr. 25 GG): BVerfGE 61, 149 (203 f.) – Amtshaftung: „Gewohnheitsrecht ist [...] dem Kompetenzbereich zuzuordnen, den es durch seine Übung aktualisiert. Wächst es auf einem Felde, das dem Gesetzgebungsrecht der Länder unterliegt, so verbleibt es auch dort, unbeschadet dessen, ob es bundesweit gilt“. Unterdessen wird das „Feld“ in Art. 74 Abs. 1 Nr. 25 GG freilich konkurrierend der Gesetzgebung des Bundes zugeordnet.

den:<sup>1464</sup> So setzt etwa der Anspruch aus Art. 34 GG i. V. m. § 839 BGB eine Amtspflichtverletzung, der Anspruch wegen enteignungsgleichem Eingriff die Rechtswidrigkeit des Eigentumseingriffs und der aufopferungsgleiche Eingriff die Rechtswidrigkeit des Eingriffs in eine bestimmte immaterielle Rechtsposition des Individuums voraus; solche Rechtsverletzungen können u. a. aus der Verletzung von Bundesgesetzen durch Stellen der Länder folgen.<sup>1465</sup> Bundesgesetze kommen hier als ‚staatshaftungs(-tatbestands-)relevantes Recht‘ daher, welches die Haftung der Länder nach sich ziehen kann.

*c) Austarierung von föderalen Positionen im ‚Staatshaftungsrecht‘  
durch Verfassungsänderungen*

Obschon die Staatshaftung der Länder (u.a. aufgrund von Verletzungen von Bundesrecht) im deutschen Verschränkungs föderalismus in gewisser Hinsicht also den ‚Normalfall‘ der Haftung der öffentlichen Hand darstellt,<sup>1466</sup> gilt ‚Staatshaftung‘ durchaus als föderal sensibler Bereich.

Ein Blick in die Entwicklungsgeschichte des Grundgesetzes verdeutlicht, dass das Thema – ähnlich wie die Kompetenzmaterie des ‚Landesbeamtenrechts‘ (s. o. II. 3.) – intensiv in den Dimensionen der Verfassungs(-rechts-)politik und der Verfassungsänderungen verhandelt wurde: In seiner ursprünglichen Fassung enthielt das Grundgesetz noch keine ausdrückliche Spezialgesetzgebungskompetenzzuordnung für die Materie ‚Staatshaftung‘. Mit dem Staatshaftungsgesetz vom 26. Juni 1981<sup>1467</sup> unternahm der Bundesgesetzgeber den Versuch, das zersplitterte Staatshaftungsrecht bundesgesetzlich zu bündeln, obschon nicht abschließend zu kodifi-

---

<sup>1464</sup> Vgl. allgemein zu einer kompetenzrechtlichen Unterscheidung zwischen Kompetenzen für Regelungen, welche die Pflichten der Verwaltung normieren, einerseits und Kompetenzen für Regelungen, welche die Rechtsfolgen von Rechtsverstößen bestimmen, andererseits: U. Stelkens, DÖV 2006, 770 (774 ff.).

<sup>1465</sup> Denkbar sind etwa Fälle, in denen bundesgesetzlich vorgesehene Genehmigungen in rechtswidriger Weise durch Landesbehörden versagt werden, vgl. BGHZ 146, 122 – Abfallrechtliche Genehmigung (mit der Besonderheit, dass die Landesbehörde zu Unrecht eine bundesgesetzliche Genehmigungspflichtigkeit angenommen hatte); Fälle, in denen bundesgesetzlich vorgesehene Maßnahmen (z. B. Untersagung des Betriebs eines Kernkraftwerks) in rechtswidriger Weise durch Landesbehörden angeordnet werden, vgl. (zum Bundesgesetz Atomgesetz) LG Bonn, EnWZ 2016, 426 – Atommoratorium (Anspruch i. E. freilich wegen Mitverschuldens des Betreibers gescheitert); Fälle, in denen es um die Rechtswidrigkeit von Bauleitplänen (und insoweit um Verletzungen des Bundesgesetzes Baugesetzbuch durch – staatsrechtlich den Ländern zuzuordnende – Kommunen) geht, vgl. etwa BGHZ 92, 34 – Schweinemästerfall.

<sup>1466</sup> Freilich ist, etwa beim Handeln von Bundesbehörden (hierzu § 4, B. I. 3. c) bb)), auch Staatshaftung des Bundes denkbar.

<sup>1467</sup> BGBl. I S. 553; Abriss der Gesetzgebungsgeschichte bei H.-J. Papier/F. Shirvani, in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 6, 7. Aufl., München 2017 [Altaufl.], § 839, Rn. 104 ff.; Nachfolgekommentierung ders./ders., in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 7, 8. Aufl., München 2020, § 839, Rn. 160 f., nur noch knapp zum „Scheitern der Reform“.

zieren.<sup>1468</sup> Die rechtswissenschaftlichen, politischen und ministerialbürokratischen Vorarbeiten zum Gesetz begannen um 1970 und nahmen über zehn Jahre in Anspruch; zwischenzeitlich wurde auch eine (begleitende) Verfassungsänderung diskutiert, aber als (partei-)politisch wenig erfolgversprechend verworfen.<sup>1469</sup> Die angestrebte Kodifikation in einem Bundesgesetz war insbesondere föderalismusverfassungsrechtlich umstritten: Zum einen wurde von der bundespolitischen Opposition (CDU/CSU) und einigen Landesregierungen bezweifelt, dass der Bund eine Verbandskompetenz zur Regelung des gesamten Staatshaftungsrecht hätte. Zum anderen stellte sich die Mehrheit des Bundesrats auf den Standpunkt, es handele sich jedenfalls um ein Zustimmungsgesetz und verweigerte diese Zustimmung. Der Gebrauch dieser *bottom-up*-Mitwirkungsingerenz der Länder (s.o. § 4, B. II. 1.) verhinderte das Gesetzgebungsprojekt allerdings zunächst nicht: Der Bundespräsident (*Carstens*) fertigte das Gesetz trotz „erhebliche[r] Zweifel an der Gesetzgebungskompetenz des Bundes“<sup>1470</sup> aus. Auf einen abstrakten Normenkontrollantrag einiger Landesregierungen hin entschied der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts im Jahr 1982, dass das Bundesgesetz Staatshaftungsgesetz verbandskompetenzwidrig und daher nichtig sei.<sup>1471</sup> Die Entscheidungsbegründung ist mit Blick auf die vorliegend interessierende Relevanz der ‚Staatshaftung‘ für Verbandsgrundrechtspositionen der Länder bemerkenswert: In einem verfassungshis-

<sup>1468</sup> §§ 1 ff. Staatshaftungsgesetz regelten die „Haftung der öffentlichen Gewalt“ für die Verletzung drittschützender öffentlich-rechtlicher Pflichten. §§ 14 ff. Staatshaftungsgesetz adressierten die Abstimmung mit anderen Haftungsgrundlagen, u.a. wegen Enteignung oder Aufopferung für das allgemeine Wohl, Gefährdungshaftung, bürgerlichem Recht, etc. – das Staatshaftungsgesetz sollte also keinesfalls eine Vollkodifikation des Staatshaftungsrechts i. w. S. darstellen.

<sup>1469</sup> Die öffentlich-rechtliche Abteilung des 47. Deutschen Juristentags beschäftigte sich bereits 1968 mit der Frage „Empfiehl es sich, die Folgen rechtswidrigen hoheitlichen Verwaltungshandelns gesetzlich zu regeln (Folgenbeseitigung – Folgenentschädigung)?“; zum Reformbedarf bereits zuvor *N. Luhmann*, Öffentlich-rechtliche Entschädigung rechtspolitisch betrachtet, Berlin 1965; in der ersten Hälfte der 1970er Jahre wurden ein Kommissions- und ein Referentenentwurf erarbeitet; auch das Gesetzgebungsverfahren im engeren Sinn war (partei-)politisch stark umkämpft und nahm mehrere Jahre in Anspruch; vgl. zum Ganzen die Sachverhaltsschilderung in BVerfGE 61, 149 (156) – Amtshaftung; sowie *H.-J. Papier/F. Shirvani*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 6, 7. Aufl., München 2017 [Altaufilage], § 839, Rn. 104.

<sup>1470</sup> So vom Bundespräsidenten ausgedrückt in einem Schreiben an den Präsidenten des Bundesrats, vgl. das Zitat in der Sachverhaltsschilderung bei BVerfGE 61, 149 (161) – Amtshaftung.

<sup>1471</sup> BVerfGE 61, 149 – Amtshaftung; die Prozessbevollmächtigten der Landesregierungen waren Peter Lerche und Hans-Hugo Klein. Der Senat entschied, dass die Bundesgesetzgebungskompetenz für „das bürgerliche Recht“ aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG zwar Regelungen zur Amtshaftung von Beamten, aber nicht zu einer unmittelbaren Staatshaftung trage; auch aus Art. 34 GG folge keine entsprechende Gesetzgebungskompetenz. Im Nachgang befasste sich Lerche in einem Festschriftenbeitrag für *Karl Carstens* (beachte die Bemerkung in und bei Fn. 1470) mit der Kompetenzproblematik, welche er wie folgt umriss: „ein[e] Erscheinung aus dem sehr heterogenen Korbe von eigenartigen Verzahnungen der Kompetenzordnungen des Bundes und der Länder“, *P. Lerche*, in: FS Carstens, Bd. 2, Berlin u. a. 1984, S. 687 (688).

torischen Exkurs deutet der Senat die Praxis unter der Reichsverfassung von 1871, unter welcher „das Reich“ [sic] durch Verfassungsänderung – unter relativ leichten Voraussetzungen – eine explizite Bundesgesetzgebungskompetenz für die Staatshaftung hätte schaffen können, dies aber nicht tat, als „Achtung vor der Eigenständigkeit der Bundesstaaten“.<sup>1472</sup> Der Senat richtet hier den Blick auf die Ebene der Verfassungspolitik und spricht eine – historische, aber auch unter dem Grundgesetz fortwirkende – faktisch-politische (keine rechtliche) Hürde für Verfassungsänderungen zu Lasten des Kompetenzbestands der föderierten Einheiten im Bereich der Staatshaftung an. In der Staatshaftung sieht er eine Angelegenheit mit (potenziell) erheblicher „finanzieller und verwaltungsmäßiger Tragweite“ für die Länder.<sup>1473</sup>

Im Jahr 1994 ist es dann tatsächlich zu einer – föderal fein justierten – Verfassungsänderung gekommen: Seitdem hat der Bund die konkurrierende Gesetzgebung für „die Staatshaftung“ (Art. 74 Abs. 1 Nr. 25 GG). Der Gebrauch dieser Kompetenz wird freilich doppelt eingeeht<sup>1474</sup>: *Erstens* besteht das Erfordernis einer Bundesratszustimmung gemäß Art. 74 Abs. 2 GG;<sup>1475</sup> *zweitens* darf der Bund nur gesetzgebend tätig werden, „wenn und soweit die Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet oder die Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse eine bundesgesetzliche Regelung erforderlich macht“ (Art. 72 Abs. 2 GG; hierzu auch § 8, B. III. 2. a) aa)). Wohl nicht zuletzt wegen dieser doppelten Kompetenzzurückführung haben die Bestrebungen zur Schaffung eines Staatshaftungsgesetzes des Bundes – trotz vielerorts weiterhin behaupteten Reformbedarfs<sup>1476</sup> – bislang nicht zu einem positiven Ergebnis geführt.<sup>1477</sup>

<sup>1472</sup> BVerfGE 61, 149 (185 f.). – Amtshaftung: „Obgleich das Reich nach damals praktizierter Ansicht befähigt gewesen wäre, Veränderungen der Verfassung im Wege der Gesetzgebung herbeizuführen, sofern sie nicht im Bundesrat eine Minderheit von 14 Stimmen gegen sich hatten (Art. 78 Abs. 1 RV; Arndt, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches 1901, S. 191), hat es diesen Versuch nicht unternommen. Die darin zum Ausdruck gekommene Achtung vor der Eigenständigkeit der Bundesstaaten besitzt unbeschadet des seitherigen Wandels der bundesstaatlichen Struktur einer Aussagekraft, die über die historische verfassungsrechtliche Situation hinausweist.“

<sup>1473</sup> BVerfGE 61, 149 (205 f.). – Amtshaftung: „Angelegenheiten von vergleichbarer finanzieller und verwaltungsmäßiger Tragweite“.

<sup>1474</sup> Hier lassen sich teilweise Parallelen zur ebenfalls durch Verfassungsänderung geschaffenen (unterdessen wieder abgeschafften) Bundesgesetzgebungskompetenz für die Besoldungsvereinheitlichung in Art. 74a Abs. 1 u. 2 GG a.F. erkennen, welche ebenfalls durch ein Zustimmungsbedürfnis des Bundesrats eingeeht wurde (hierzu oben II. 3. b)).

<sup>1475</sup> Die potenzielle Bedeutsamkeit der Zustimmung des Bundesrats wurde bereits in BVerfGE 61, 149 (205 f.). – Amtshaftung, angesprochen: „Nicht von ungefähr hat der Parlamentarische Rat auf eine echte Eigenständigkeit der Länder großen Wert gelegt und in Angelegenheiten von vergleichbarer finanzieller und verwaltungsmäßiger Tragweite die Interessen der Länder durch das Erfordernis der Zustimmung des Bundesrates umhegt [...]“. Zum Bundesratszustimmungserfordernis als „politisch durchaus bedeutsame[r] Hürde“ W. Höfling, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. III, 2. Aufl., München 2013, § 51, Rn. 117.

<sup>1476</sup> Statt vieler W. Höfling, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. III, 2. Aufl., München 2013, § 51, Rn. 115;

Damit bleibt hinsichtlich der föderalen Situation des Staatshaftungsrechts in der Bundesrepublik Deutschland festzuhalten, dass Bundesrecht zwar im haftungsbe gründenden Tatbestand auch für die Haftung der Länder relevant werden kann, hinsichtlich der staatshaftungsrechtlichen Anspruchsgrundlagen als solcher allerdings – abgesehen von § 839 BGB i. V. m. Art. 34 GG – bislang nicht bundesgesetzlich vereinheitlicht wurde.<sup>1478</sup> Letzteres liegt an den v. a. auch ‚politisch‘ wirkenden<sup>1479</sup> Schranken der neu geschaffenen Bundesgesetzgebungskompetenz für „die Staatshaftung“.

#### **4. Fazit und Ausblick: Immunität zwischen „Würde“ und Finanzhoheit**

Die beiden vorstehenden Länderberichte haben danach gefragt, inwieweit den jeweiligen föderierten Einheiten Haftungsimmunität gegenüber Individuen zugesprochen wird, welche sie davor ‚bewahrt‘, von Individuen aufgrund von Bundesgesetzen haftbar gemacht zu werden. Die Ergebnisse der Länderberichte sind sehr unterschiedlich, allerdings auf übergreifender Ebene dadurch miteinander verbunden, dass eine gewisse Schutzwürdigkeit der föderierten Einheiten, und zwar insbesondere unter den Gesichtspunkten der Finanzhoheit und Verwaltungshoheit der föderierten Einheiten im Spiel ist.<sup>1480</sup>

---

*B. Grzeszick*, ZRP 2015, 162, m. w. N.; *H.-J. Papier/F. Shirvani*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 6, 7. Aufl., München 2017 [Altaufl.], § 839, Rn. 104, m. w. N.; vgl. auch die Nachfolgekommentierung *ders./ders.*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 7, 8. Aufl., München 2020, § 839, Rn. 162 ff., weiterhin ausführlich zu den Reformzielen.

<sup>1477</sup> Dafür spricht beispielsweise die Tatsache, dass im Schrifttum durchaus umstritten ist, ob die Voraussetzungen des Art. 72 Abs. 2 GG für eine bundesrechtliche Kodifikation zu bejahen sind: dagegen etwa *W. Höfling*, in: *W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle* (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. III, 2. Aufl., München 2013, § 51, Rn. 117 (mit Hinweis auf die „weitgehend[e] inhaltlich[e] Einheitlichkeit des sog. Staatshaftungsrechts in der Bundesrepublik“); für die Erforderlichkeit hingegen *B. J. Hartmann*, *Öffentliches Haftungsrecht. Ökonomisierung – Europäisierung – Dogmatisierung*, Tübingen 2013, S. 351; *B. Grzeszick*, ZRP 2015, 162 (163, unter Hinweis auf „die föderalen Unterschiede im Recht der Staatshaftung“).

<sup>1478</sup> Vereinzelt – gegenständlich sehr eng beschränkte – bundesgesetzliche Anspruchsgrundlagen, welche die Länder als Dienstherrn von Beamten haftbar machen können, lassen sich im Bereich des Antidiskriminierungsrechts ausmachen: vgl. etwa § 15 Abs. 2, § 24 AGG und die Entscheidung BVerwGE 158, 344: Schadenersatz wegen Altersdiskriminierung bei der Besoldung eines Landesbeamten (Lebensalters- statt Erfahrungsstufenprinzip) – und zwar trotz ‚legislativen Unrechts‘ (wegen der Unionsrechtsprägung des AGG).

<sup>1479</sup> Art. 72 Abs. 2 GG wirkt freilich nicht lediglich in der Wirkungsdimension (hierzu unten § 8) der nicht-judikativen Praxis (hierzu unten § 8, B. I.), sondern wird seit den 1990er Jahren auch durch die Rechtsprechung durchgesetzt (hierzu auch unten § 8, B. III. 2. a) aa)).

<sup>1480</sup> Es ließe sich danach fragen, ob sich Unterschiede zwischen der Haftbarkeit von föderierten Einheiten in den USA und in Deutschland auf Unterschiede zwischen den Traditionen des *common law* und des *civil law* zurückführen lassen; freilich zeigen entsprechende Aussagen im Schrifttum zu einem Vergleich der Situationen in den USA und der Europäischen

Im US-Verfassungsrecht (s.o. 2.) finden sich instrumentbezogene Gesetzgebungskompetenzschränken für Bundesgesetzgebungskompetenzen wie insbesondere für die *interstate commerce*-Kompetenz. Diese Schranken sind verfassungstextlich ungeschrieben, firmieren als (Teil der) *sovereign immunity*-Dogmatik und werden häufig – wiederum v.a. in etatistischer Stoßrichtung – als „Würde“-Frage präsentiert, welche („aber“) über Ausnahmen und Gegenausnahmen v.a. fiskalischen Interessen der Einzelstaaten dient: Im Ergebnis sind häufig ‚nur‘ monetäre Anspruchsziele gespart.

In Deutschland (s.o. 3.) sind keine direkt ‚vergleichbaren‘ instrumentbezogenen Gesetzgebungskompetenzschränken für sachliche Kompetenztitel auszumachen. Der Verschränkungs föderalismus des Grundgesetzes kennt – ‚selbstverständlich‘ – zahlreiche materielle Handlungspflichten und -grenzen der Länderverwaltungen aufgrund von Bundesgesetzen, einschließlich entsprechendem verwaltungsgerichtlichem *Primärrechtsschutz*. Allerdings wird auch hier die *sekundäre* (v.a. monetäre) Haftung von Ländern gegenüber Individuen für (Bundes-)Rechtsverstöße insbesondere mit Blick auf die Finanzhoheit der Länder als föderal sensible Angelegenheit betrachtet. Der verfassungsändernde Gesetzgeber hat versucht, hier eine Lösung über die Spezialkompetenzmaterie „die Staatshaftung“ in Art. 74 Abs. 1 Nr. 25 GG mit den Absicherungen durch Erforderlichkeitsklausel (Art. 72 Abs. 2 GG) und Bundesratszustimmung (Art. 74 Abs. 2 GG) zu schaffen.

#### IV. Abstimmung von instrumentell definierten Gesetzgebungskompetenzen – „Rechtsregime“-Koordinierung

Eine letzte Fallgruppe zur bundeskompetenzbegrenzenden Wirkung von Verbandsgrundrechtspositionen der föderierten Einheiten betrifft die wechselseitige Abstimmung und Koordinierung von instrumentell definierten Gesetzgebungskompetenzen. Hierzu können insbesondere Gesetzgebungskompetenzen gezählt werden, die sich spezifisch auf das Privatrecht (insbesondere auf das bürgerliche Recht), auf das Strafrecht oder auf das Abgabenrecht (insbesondere auf das Steuerrecht) beziehen. Solche Gesetzgebungskompetenzen werden nicht themen-, lebensbereichs- und sachpolitikbezogen, sondern maßnahmetypbezogen (instrumentbezogen) definiert (zur Grunddefinition ‚Kompetenz‘ ausführlich oben § 4,

---

Union, dass insoweit keine einfache Zuordnung möglich ist; vgl. *D. Halberstam*, Virginia L. Rev. 90 (2004), 731 (801): „in the area of constituent state sovereign immunity, there are no relevant textual or structural differences at all to help justify the transatlantic difference in approach“; anders aber *D. J. Meltzer*, 1•CON 4 (2006), 39 (61, dort in Fn. 130): „the conception of governmental immunity as a constitutional principle, one that a government must waive by act of its own legislature, is a distinctive aspect of American law not replicated throughout European legal systems“.



A. I.<sup>1481</sup>). (Gewissermaßen stellt die eben vorgestellte Fallgruppe zur ‚Staatshaftung‘ einen spezifischen Unterfall dieser gesetzgeberischen Spezialinstrumente dar; hier treten aber – jedenfalls in den USA – so intensive und spezifische föderalismus-verfassungsrechtliche Probleme auf, dass diese Fragen gesondert behandelt wurden.)

### 1. „Politische Selbsterhaltung“ im Spannungsfeld von „Rechtsregimen“ (insbesondere Privatrecht und Steuerrecht)

Bei den genannten Kategorisierungen geht es um die Differenzierung entlang von instrumentbezogenen „Rechtsregimen“ (Martin Burgi)<sup>1482</sup>. Als ‚Rechtsregime‘ kann ein nach außen abgegrenztes<sup>1483</sup> Konglomerat von Rechtsnormen mit einer im Inneren verbindenden Qualität (etwa ein bestimmtes Regelungsthema, eine bestimmte Rechtsquelle oder ein bestimmter instrumenteller Ansatz) und mit einer im Inneren *herrschenden* Eigengesetzlichkeit (daher die metaphorische Rede vom ‚Regime‘) begriffen werden. Vorliegend geht es nicht um thematische oder rechtsquellenbezogene Rechtsregime<sup>1484</sup>, sondern um *instrumentelle* Rechtsregime mit besonderen Funktions- und Instrumental(-eigen-)logiken und -gesetzhelken, welche zu Friktionen mit den Funktions- und Instrumentallogiken anderer Rechtsregime führen können. Im Folgenden sollen die Dualismen von Abgabengesetzgebung und sog. Sachgesetzgebung sowie von öffentlichem Recht (Verwaltungsrecht) und Privatrecht fokussiert werden.

<sup>1481</sup> Oben (s. o. § 4, A. I. 3. a)) wurde der Begriff der ‚Kompetenz‘ so eingeführt, dass sich die damit bezeichnete Zuordnungsoption regelmäßig auf zwei Aspekte (sachlich-gegenständlicher Aufgabenbereich *und* technisch-instrumenteller Maßnahmetyp) bezieht. Vorliegend treten solche Kompetenznormen in den Vordergrund, welche primär hinsichtlich des Maßnahmetyps konturiert (und hinsichtlich des sachlich-gegenständlichen Bereichs grundsätzlich indifferent) sind. Außerdem geht es vorliegend bei ‚Maßnahmetyp‘ nicht nur um grobe (staatsfunktionenbezogene) Maßnahmetypen wie ‚formelle Gesetzgebung‘, ‚Vollzug von Gesetzen‘, etc., sondern um konkretere (Sub-)Maßnahmetypen, derer sich der (formelle) Gesetzgeber bedienen kann: so etwa ‚Steuergesetze‘, ‚bürgerlich-rechtliche Gesetze‘, ‚Strafgesetze‘, etc.

<sup>1482</sup> Zur Anwendung des Begriffs des „Rechtsregimes“ auf Privatrecht, öffentliches Recht, Strafrecht, Allgemeines Verwaltungsrecht und „Fachverwaltungsrecht“: M. Burgi, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl., München 2012, § 18, Rn. 2, 81, 96; ferner zu (Umwelt-)Privatrecht und (Umwelt-)Verwaltungsrecht M. Kloepper, Umweltrecht, 4. Aufl., München 2016, § 6, Rn. 1 ff.

<sup>1483</sup> Ausführlich zu dieser – teilweise problematischen – Trennungsperspektive (am Beispiel der Rechtsregime öffentliches Recht und Privatrecht) M. Burgi, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl., München 2012, § 18, Rn. 5.

<sup>1484</sup> Freilich werden thematische oder rechtsquellenbezogene Rechtsregime im Sprachgebrauch (etwa in Wendungen wie ‚das gewässerschutzrechtliche Regime der Wasserrahmenrichtlinie‘) wohl häufiger in Bezug genommen als instrumentelle Rechtsregime.

Mögliche Friktionen der Funktions- und Instrumentallogiken verschiedener instrumenteller Rechtsregime<sup>1485</sup> werden im Neben- und Gegeneinander von Abgaben- und Sachgesetzgebung besonders anschaulich: Die Kernlogik der Abgabengesetzgebung liegt – vereinfacht gesprochen – darin, Einnahmen zu generieren (Finanzierungsfunktion). Daneben kann die Abgabengesetzgebung aber auch indirekte Verhaltenssteuerung bezwecken, indem sie unerwünschtes (aber legales) Verhalten verteuert.<sup>1486</sup> Die Sachgesetzgebung will demgegenüber primär direkt und imperativ (ge- oder verbietend) Verhalten steuern, ist sekundär freilich auch offen für Elemente indirekter Verhaltenssteuerung<sup>1487</sup> (vgl. Spalten A und B in Abb. 5 unten). Friktionen sind nun denkbar, wenn indirekte Verhaltenssteuerung durch den Abgabengesetzgeber und (direkte) Verhaltenssteuerung durch den Sachgesetzgeber unterschiedliches Verhalten einfordern bzw. anreizen.

Auch im Dualismus von Verwaltungs- und Privatrechtsgesetzgeber können die jeweils verfolgten Funktions- und Instrumentallogiken kollidieren: Während ‚das Privatrecht‘ – (angesichts dessen hochkomplexer Binnenpluralisierung<sup>1488</sup>) freilich wiederum stark vereinfacht gesprochen – primär der Rahmung von Privatautonomie in Individualrechtsverhältnissen dient, stellt der Privatrechtsgesetzgeber das Prinzip der Privatautonomie doch vereinzelt auch erheblich zurück zu Gunsten von bestimmten sozialpolitischen Schutzziele<sup>1489</sup> (besonders deutlich im Wohnraum-

<sup>1485</sup> In der Diskussion zu solchen Friktionen unter dem Grundgesetz ist insoweit auch die Rede von „widersprüchlichen Regelungskonzeptionen“, s. S. Haack, Widersprüchliche Regelungskonzeptionen im Bundesstaat, Berlin 2002.

<sup>1486</sup> Vgl. die Bemerkung des *U.S. Supreme Court*: *Sonzinsky v. United States*, 300 U.S. 506 (1937), 513: „Every tax is in some measure regulatory“; für die Verfassungslage unter dem Grundgesetz *M. Kloepfer*, AöR 97 (1972), 232 (233 f.), m.w.N. zur seit Längerem finanz(-verfassungs-)rechtlich anerkannten Lenkungswirkung von Steuern und anschließend mit dem Vorschlag einer Ausweitung der Anerkennung von Lenkungswirkungen auch von Gebühren; ausführlich zum praktisch besonders wichtigen Beispiel der Umweltabgaben als Mittel der indirekten Verhaltenssteuerung *M. Kloepfer*, Umweltrecht, 4. Aufl., München 2016, § 5, Rn. 947 ff.

<sup>1487</sup> Etwa dann, wenn Behörden Handlungsmöglichkeiten für konsensuales Steuern in Kooperation mit den Bürgerinnen und Bürgern eröffnet werden, so etwa für den Abschluss (öffentlich-rechtlicher) Verträge oder informaler Absprachen.

<sup>1488</sup> Das Privatrecht zeichnet sich *bereits für sich betrachtet* in der „zweiten Moderne“ nach M. Auer, Der privatrechtliche Diskurs der Moderne, Tübingen 2014, S. 72 f., durch einen „Rechtspluralismus, in dem die ‚Privatrechtsgesellschaft‘ sich vom klassischen Nationalstaat der ersten Moderne ablöst und einen neuen Rechtsbegriff begründet, der von institutioneller Ausdifferenzierung, Reprivatisierung sowie Internationalisierung der Privatrechtsschöpfung geprägt ist“, aus. Eine vertiefende Frage wäre, wie sich dieser privatrechtliche Binnen-Rechtspluralismus sodann außen-pluralistisch zu konkurrierenden öffentlich-rechtlichen Normen verhält.

<sup>1489</sup> Für den Zweiten Senat des Bundesverfassungsgerichts bleibt dann kompetenzrechtlich dennoch „bürgerliches Recht“ gegeben – vgl. BVerfG, Beschl. d. Zweiten Senats v. 25.03.2021 – 2 BvF 1/20 u. a. – Berliner Mietendeckel, Rn. 139: „Der Gesetzgeber kann insbesondere mit der entsprechenden Ausgestaltung des bürgerlichen Rechts soziale und andere Ziele verfolgen, indem er für die Vertragsgestaltung Vorgaben macht und ihre Beachtung und Durchsetzung sichert.“

mietvertragsrecht, im Arbeitsvertragsrecht oder im Recht zum Schutz von Verbraucherinnen und Verbrauchern)<sup>1490</sup>. Eher perspektivisch steht auch die forcierte Verfolgung *umwelt*politischer Ziele durch Privatrecht im Raum.<sup>1491</sup> Wenn insoweit Verhalten in sozial- oder umweltpolitisch gerichteter Weise durch Privatrecht gesteuert werden soll, sind wiederum Friktionen mit der verwaltungsrechtlichen (direkten, imperativen) Verhaltenssteuerung denkbar (vgl. Spalten B und C in Abb. 5):

|                   | Abgaben- vs. Sachgesetzgeber                       |                                                          | Verwaltungs- vs. Privatrechtsgesetzgeber                    |
|-------------------|----------------------------------------------------|----------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------|
|                   | A) Abgabengesetzgebung                             | B) sachpolitikbezogene Verwaltungsrechtsgesetzgebung     | C) privatrechtsbezogene Gesetzgebung                        |
| I) Primärlogik    | Finanzierung                                       | direkte <i>Verhaltenssteuerung</i> durch Ge- und Verbote | (Rahmung von) Privatautonomie                               |
| II) Sekundärlogik | Indirekte <i>Verhaltenssteuerung</i> durch Anreize | (ggf. indirekte Verhaltenssteuerung)                     | <i>Verhaltenssteuerung</i> zur sozialpolitischen Gestaltung |

Abbildung 5: Funktionslogiken instrumenteller Rechtsregime

Die Friktionen von Abgabengesetzgebung und Sachgesetzgebung sowie von Privatrecht und Verwaltungsrecht können verbands(-gesetzgebungs-)kompetenzre-

<sup>1490</sup> Damit soll nicht verkannt werden, dass es in der Privatrechtstheorie schon längst eine „Autonomieskepsis auch jenseits derjenigen Autoren [... gibt], die typischerweise in der ‚Kritischen Justiz‘ publizieren“, so W. Zöllner, AcP 176 (1976), 221 (222 f.), der dann aber dennoch festhält, dass weiterhin von der „Grundpfeilernatur der Privatautonomie“ (wenn auch nicht im monistischen, sondern im pluralistischen Sinn neben anderen normativen Orientierungen) auszugehen sei (a. a. O. [223], m. w. N.). Referierend zu dieser heute „wohl herrschenden pluralistischen Version der Willenstheorie“: F. Rödl, *Gerechtigkeit unter freien Gleichen. Eine normative Rekonstruktion von Delikt, Eigentum und Vertrag*, Baden-Baden 2015, S. 330 (mit Hinweisen auf Werner Flume und Lon L. Fuller); Rödl selbst plädiert dafür, den „Grund vertraglicher Verbindlichkeit“ in der „Idee gleicher Freiheit“ zu suchen (a. a. O.). Marietta Auer beschreibt – im Anschluss an soziologische Arbeiten von Ulrich Beck – die Konkurrenz, das Neben-, aber auch das Ineinander von öffentlichem Recht und Privatrecht, die Konkurrenz des Denkens vom Staat her und des Denkens von der Gesellschaft her, als ein Signum der sog. „zweiten“ bzw. „reflexiven“ Moderne“, vgl. hierzu ausführlich den Abschnitt „Einbruch des Öffentlichen in das Privatrecht“ in: M. Auer, *Der privatrechtliche Diskurs der Moderne*, Tübingen 2014, S. 63 ff., als Teil des Kapitels „Die zweite Moderne I: Reflexivität als Dekonstruktion“.

<sup>1491</sup> Zum Konflikt zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht im Bereich der Klimagerechtigkeit knapp M. Klopfer/R. D. Neugärtner, in: W. Kahl/M.-P. Weller (Hrsg.), *Climate Change Litigation. Liability and Damages from a Comparative Perspective*, München u. a. 2021, S. 21 (24 f., 36 f., 41). Dort (a. a. O. [28 ff.]) auch dazu, dass die Grenzen zwischen sozialer und ökologischer Gerechtigkeit fließend sind.

levant und damit föderalismusverfassungsrechtsrelevant sein.<sup>1492</sup> Dies ist dann der Fall, wenn Grenzen zwischen diesen Rechtsregimen (teilweise) mit verbandskompetenziellen Grenzlinien zusammenfallen: Konflikte zwischen Abgabengesetzgeber und Sachgesetzgeber oder zwischen Privatrechtsgesetzgeber und öffentlich-rechtlichen Gesetzgeber (Burgi: „Verwaltungs-Gesetzgeber“<sup>1493</sup>) sind dann zugleich Verbandskompetenzkonflikte. Entsprechend der übergreifenden Fragestellung nach dem Schutz der „politischen Selbsterhaltung“ föderierter Einheiten geht es im Folgenden darum, zu skizzieren, wie die föderierten Einheiten als Gesetzgeber in den rechtsregimebezogenen Konfliktfeldern von – *erstens* – Abgabengesetzgebung und Sachgesetzgebung sowie – *zweitens* – Privatrechtsgesetzgebung und Verwaltungsgesetzgebung situiert sind.

## 2. USA: Regimekonflikte zwischen dogmatischer Ignoranz und Friktionstoleranz

### a) *Föderale Konflikte um Abgaben- und Sachgesetzgebung: dogmatisch weitgehend ignoriert*

In den USA lassen sich föderal relevante Friktionen zwischen direkter Verhaltenssteuerung durch sachpolitisch ausgerichtetes Verwaltungsrecht und indirekter Verhaltenssteuerung durch Abgaben beobachten; auch wenn solche Friktionen eher geringe (rechtspraktische und wissenschaftliche) Aufmerksamkeit bekommen.<sup>1494</sup>

In einer bestimmten verfassungshistorischen Phase im ersten Drittel des 20. Jahrhunderts erklärte der *U.S. Supreme Court* zwar einige bundesgesetzliche

<sup>1492</sup> S. nur – zur US-Verfassung – (für das Verhältnis von Sach- und Steuergesetzgebung) *R. Mason*, Calif. L. Rev. 99 (2011), 975 (993 f.), und – zum Grundgesetz – (für das Verhältnis von Sach- und Steuergesetzgebung): BVerfGE 98, 106 – Kommunale Verpackungsteuer; *R. Barthelmann*, Der gestaltende Steuergesetzgeber im Konflikt mit dem Sachgesetzgeber, Berlin 2006; beachte freilich (zu den Rechtsregimen öffentliches Recht und Privatrecht) die Feststellung von *M. Burgi*, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl., München 2012, § 18, Rn. 54: „[...] weitgehend regimeunabhängig ist die Kompetenzordnung der Art. 30, 70 ff., 83 ff. GG“; freilich weist Burgi dann durchaus auf verbandskompetenzielle Fragen hin, die sich aus der Aufteilung der Regime auf unterschiedliche Gesetzgebungskompetenztitel ergeben, so etwa: „Da der Bund mit dem BGB von seiner (konkurrierenden) Gesetzgebungsbefugnis für das ‚bürgerliche Recht‘ (Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG) Gebrauch gemacht hat, ist den Verwaltungs-Gesetzgebern auf Länderebene die Wahl des privatrechtlichen Regimes und die Herstellung regimeübergreifender Wirkungen verwehrt“.

<sup>1493</sup> *M. Burgi*, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl., München 2012, § 18, Rn. 54: „Verwaltungs-Gesetzgebe[r] auf Länderebene“ als Gegenspieler des Privatrechtsgesetzgebers Bund.

<sup>1494</sup> Vgl. *R. Mason*, Calif. L. Rev. 99 (2011), 975 (988, 1035) – das gelte nicht zuletzt relativ, nämlich im Vergleich mit der deutlich stärkeren Aufmerksamkeit für die föderalismusverfassungsrechtlichen Probleme der indirekten sachpolitischen Steuerung über Bundesfinanzhilfen (hierzu unten § 6, A. IV. 2.); vgl. für ein seltenes Gegenbeispiel aber etwa *J. J. Fishman*, Va. Tax Rev. 29 (2010), 545.

Lenkungsabgaben aus föderalismusverfassungsrechtlichen Gründen für nichtig: Unter anderem entschied das Gericht in *Bailey v. Drexel Furniture Co.* (1922), dass eine bundesgesetzliche Besteuerung des Gewinns von Unternehmen, welche Kinder als Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer beschäftigen, verfassungswidrig sei, da hier Verhaltenssteuerung in einem sachpolitischen Bereich unternommen werde, welcher den Einzelstaaten zugeordnet sei.<sup>1495</sup> Die Entscheidung reiht sich konsequent ein in die – oben vorgestellten – zu Beginn des 20. Jahrhunderts erlassenen Judikate, die einen (absoluten) Schutz bestimmter sachpolitischer Gesetzgebungsreservate der Einzelstaaten (hier: lokale Produktion) anstreben (s.o. I. 2. a)). Bei diesem absoluten Schutz der Einzelstaaten vor Zugriffen der Bundesebene als Abgabengesetzgeberin auf bestimmte Sachthemen geht es also um eine Parallelisierung von Kompetenzgrenzen für Sach- und Abgabengesetzgebung der Bundesebene<sup>1496</sup>, nicht aber um – in der vorliegend untersuchten Fallgruppe interessierende – spezifisch instrument- oder rechtsregimebezogene Koordinierungsfragen zwischen Sachgesetzgebung und Abgabengesetzgebung.

Der US-amerikanische ‚Föderalismus‘-Diskurs thematisiert einen solchen – gewissermaßen nur ‚relativen‘ – Schutz föderaler Träger als Abgaben- oder Sachgesetzgeber vor konterkarierten Regelungsimpulsen durch einen instrumentell anders arbeitenden Gesetzgeber nur vereinzelt. Zwar beschreiben Teile des Schrifttums die zu Grunde liegende Konfliktlage: Wenn die Bundesebene als Abgabengesetzgeberin indirekt Verhalten steuert, bestehe die Gefahr, dass die gesetzten Anreize lokale politische Präferenzen, also die Politik der Einzelstaaten, konterkarieren könnten.<sup>1497</sup> Als Beispiel wird die „*Nonprofit Corporate Governance Initiative*“ des *Internal Revenue Service* (Bundesfinanzverwaltung), eine strategische steuerrechtliche Beeinflussung von gemeinnützigen Organisationen, deren Rechtsrahmen staatenrechtlich ausgestaltet ist, genannt.<sup>1498</sup> Es stellt sich die Frage, ob den Bundesgesetzgeber als Abgabengesetzgeber hier eine (Selbst-)Beschränkungspflicht trifft, bei der Setzung von Anreizen in Abgabengesetzen auf das Recht der Einzelstaaten – also auf die Einzelstaaten als Sachgesetzgeber – Rücksicht zu nehmen. Soweit ersichtlich, wird eine solche Pflicht in den USA nicht oder allenfalls ansatzweise diskutiert.<sup>1499</sup>

<sup>1495</sup> Vgl. *Bailey v. Drexel Furniture Co.*, 259 U.S. 20 (1922), 39; referierend zu diesem und ähnlichen Fällen *R. Mason*, Calif. L. Rev. 99 (2011), 975 (999f.).

<sup>1496</sup> Während es im oben zitierten Fall *Hammer v. Dagenhart* um Kompetenzgrenzen für die direkte, imperative Verhaltenssteuerung durch die Bundesebene als Sachgesetzgeberin ging (s.o. I. 2. a)), beschäftigte sich das Gericht in *Drexel Furniture* mit – parallelen – Kompetenzgrenzen für indirekte Verhaltenssteuerung der Bundesebene als Steuergesetzgeberin.

<sup>1497</sup> Vgl. *R. Mason*, Calif. L. Rev. 99 (2011), 975 (993f.): „*those tax incentives may displace the expression of local values and local political preferences*“; vgl. auch *J. J. Fishman*, Va. Tax Rev. 29 (2010), 545 (586ff.), welcher von „*stealth preemption*“ spricht.

<sup>1498</sup> *J. J. Fishman*, Va. Tax Rev. 29 (2010), 545; vgl. auch *R. Mason*, Calif. L. Rev. 99 (2011), 975 (994; dort in Fn. 108).

<sup>1499</sup> *R. Mason*, Calif. L. Rev. 99 (2011), 975 (993f.), bleibt im Wesentlichen bei der Problembeschreibung stehen, diskutiert dann die Frage, ob die Abgabengesetzgebung des Bundes

*b) Föderale Konflikte um Privatrecht und öffentliches Recht:  
Friktionstoleranz*

Auch der zweite hier fokussierte potenzielle Rechtsregime-Konflikt (zwischen Verwaltungsrecht und – deutlich – sozialpolitisch ausgerichtetem Privatrecht) steht nicht im Zentrum der Aufmerksamkeit des Föderalismusverfassungsdiskurses der USA: Die Verbandskompetenzlage hinsichtlich des Kern-Privatrechts wird häufig als eindeutig (bei den Einzelstaaten liegend) unterstellt und Friktionen mit Bundesgesetzgebung kaum betrachtet.<sup>1500</sup>

Am ehesten hat diejenige Konstellation rechtspraktische und -wissenschaftliche Aufmerksamkeit erfahren, in welcher Deliktsrecht (*tort law*) der Einzelstaaten<sup>1501</sup> in Konflikt mit bundesrechtlichem Wirtschaftsverwaltungsrecht gerät:<sup>1502</sup> Eine Reihe von insoweit einschlägigen Entscheidungen ist zum Thema ‚Kennzeichnung von Medizinprodukten‘ ergangen. So hat der *U.S. Supreme Court* entschieden, dass das Deliktsrecht der Einzelstaaten durch das bundesgesetzliche Arzneimittelgenehmigungsrecht des *Food, Drug, and Cosmetic Act (FDCA)* nicht verdrängt wird, sofern es um Originalpräparate (d. h. nicht um Generika) geht: Demnach sind deliktsrechtliche Schadenersatzansprüche nach dem Recht der Einzelstaaten nicht dadurch ausgeschlossen, dass die Bundesbehörde *U.S. Food and Drug Administration (FDA)*

---

generell auf Sachgebiete begrenzt werden sollte, für welche er ohnehin eine Sachgesetzgebungskompetenz besitzt; auch *J. J. Fishman*, *Va. Tax Rev.* 29 (2010), 545 (586 ff.), welcher mit der „*Nonprofit Corporate Governance Initiative*“ ein konkretes Beispiel für Friktionen zwischen Bundessteuerrecht und Sachgesetzgebung der Einzelstaaten (kritisch) untersucht, widmet sich keinen föderalismusverfassungsrechtlichen Lösungen: „[i]ssues of federalism aside“, a. a. O. (589). Auch die Entscheidung des *U.S. Supreme Court* zur Gesundheitsreform des *Affordable Care Acts (Obamacare)* hat hierzu wohl nichts Unmittelbares beigetragen; der Konflikt zwischen Mehrheitsmeinung und Sondervotum bezog sich hier auf die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine bundesrechtliche Maßnahme (Zahlungspflicht von Individuen, welche nicht krankenversichert sind) überhaupt als Abgabe qualifiziert (und die entsprechende Verbandskompetenz dann aus Art. I, Sec. 8, Cl. 3 USC, der *taxing power*, genommen) werden kann oder aber insoweit eine Sachregelung (‚Strafe‘) vorliegt, vgl. das Sondervotum der Richter *Scalia*, *Kennedy*, *Thomas* und *Alito*: *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, 567 U.S. 519 (2012), 646 (661 ff.), welches – anders als die Mehrheitsmeinung – nicht von einer Abgabe ausgeht.

<sup>1500</sup> Vgl. (kritisch) *A. B. Overby*, *Temple Law Review* 76 (2003), 297 (297): „*When discussion turns to ‚Our Federalism,‘ traditional private law areas such as tort, contract, and property often receive limited attention. Those areas have been long considered the province of state governments. For example, in constitutional theory it is not uncommon to make the assumption that the historic powers of the states in those areas have remained largely intact.*“ Vgl. auch a. a. O. (301): „*The traditional framework suggests expansive state autonomy over commercial law issues [...].*“

<sup>1501</sup> Dazu, dass das Deliktsrecht überwiegend Recht der Einzelstaaten (überwiegend in Gestalt von *case law*) ist, vgl. nur *E. A. Farnsworth/S. Sheppard*, *An Introduction to the Legal System of the United States*, New York, N.Y., U.S.A., u. a. 2010, S. 139.

<sup>1502</sup> Vgl. etwa *Silkwood v. Kerr-McGee Corp.*, 464 U.S. 238 (1984); *English v. General Elec. Co.*, 496 U.S. 72 (1990); *Wyeth v. Levine*, 555 U.S. 555 (2009); *PLIVA, Inc., et al. v. Mensing*; *Actavis Elizabeth, LLC v. Mensing*; *Actavis, Inc., v. Demahy*, 564 U.S. 604 (2011).

Warnhinweise zu einem verschreibungspflichtigen Originalpräparat genehmigt hat.<sup>1503</sup> Zur Begründung verweist das Gericht auf den gebotenen „Respekt für die Staaten als unabhängige Souveräne in unserem föderalen System“, welcher erfordere, dass der Bundesgesetzgeber staatenrechtlich vorgesehene Ansprüche nicht „unbekümmert-herablassend“ („*cavalierly*“) verdränge.<sup>1504</sup> Friktionen zwischen bundesgesetzlicher direkter Verhaltenssteuerung (öffentlich-rechtliche Genehmigung des Warnhinweises) und einzelstaatenrechtlicher deliktsrechtlicher Verantwortlichkeit werden hier toleriert.

### 3. Deutschland: Friktionsauflösung oder Kollisionsvermeidung zu Lasten föderaler Gestaltungsvielfalt

Unter dem Grundgesetz begegnen rechtsregime-bezogene Kompetenzkonflikte durchaus rechtspraktischer und rechtswissenschaftlicher Aufmerksamkeit.

#### *a) Föderale Konflikte um Abgaben- und Sachgesetzgebung: Friktionsauflösung für rechtsstaatliche Widerspruchsfreiheit*

Das Verhältnis von indirekt-verhaltenssteuerndem Abgabengesetzgeber (konkret: Steuergesetzgeber) und direkt-verhaltenssteuerndem Sachgesetzgeber war Gegenstand der Entscheidung des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 1998 zur Kasseler Verpackungsteuer. Demnach darf ein „Gesetzgeber [...] aufgrund einer Steuerkompetenz nur insoweit lenkend und damit mittelbar gestaltend in den Kompetenzbereich eines Sachgesetzgebers übergreifen, als die Lenkung weder der Gesamtkonzeption der sachlichen Regelung noch konkreten Einzelregelungen zuwiderläuft.“<sup>1505</sup>

Der Zweite Senat begründet diese Kompetenzausübungsgrenze für die Steuergesetzgebung vor allem mit dem Rechtsstaatsprinzip (weshalb die Entscheidung unten als Anschauungsfall des freiheitlichen Föderalismus diskutiert wird – s. u. § 12, B. II. 3. c)): „Das Rechtsstaatsprinzip verpflichtet alle rechtsetzenden Organe des Bundes und der Länder, die Regelungen jeweils so aufeinander abzustimmen,

<sup>1503</sup> *Wyeth v. Levine*, 555 U.S. 555 (2009); beachte aber *PLIVA, Inc., et al. v. Mensing; Actavis Elizabeth, LLC v. Mensing; Actavis, Inc., v. Demahy*, 564 U.S. 604 (2011): Deliktsrecht der Staaten wird verdrängt, sofern es um Generika geht.

<sup>1504</sup> *Wyeth v. Levine*, 555 U.S. 555 (2009), 565 f. (dort in Fn. 3), mit Hinweis auf *Medtronic, Inc. v. Lohr*, 518 U.S. 470 (1996), 485: „respect for the States as independent sovereigns in our federal system leads us to assume that Congress does not cavalierly pre-empt state-law causes of action.“; vgl. auch die Argumentation im abweichenden Sondervotum von Justice Sotomayor im Generika-Fall *PLIVA, Inc., et al. v. Mensing; Actavis Elizabeth, LLC v. Mensing; Actavis, Inc., v. Demahy*, 564 U.S. 604 (2011), 626, 637 f.: „traditional matters of state interest – such as the failure-to-warn claims here“.

<sup>1505</sup> BVerfGE 98, 106 (119) – Kommunale Verpackungsteuer; ebenso BVerfGE 98, 83 (98) – Landesrechtliche Abfallabgabe.



daß den Normadressaten nicht gegenläufige Regelungen erreichen, die die Rechtsordnung widersprüchlich machen.“<sup>1506</sup> Föderalismusverfassungsrechtlich eingebettet wird dieses rechtsstaatsbezogene Argument in die Pflicht zum bundesfreundlichen Verhalten<sup>1507</sup>, also eine Forderung nach ‚föderaler Treue‘.

Das Gericht *löst* den Konflikt der Kompetenzen *auf*. Eine Friktionstolerierung komme vor allem aus rechtsstaatlichen Gründen *nicht* in Betracht. All dies setzt voraus, dass der Senat zunächst einmal anerkennt, dass das Grundgesetz in dieser Sonderkonstellation *nicht* von vorneherein den Grundsatz der Kollisionsvermeidung durch strenge Kompetenzalternativität (s. o. § 4, B. I. 2. b) u. c)) verwirklichen kann. Kurz gefasst folgt das Programm der Entscheidung zur Kasseler Verpackungsteuer somit der Formel ‚Friktionsauflösung (nach Anerkennung einer Kollision) statt Friktionstolerierung‘.

Bemerkenswert ist an der Lösung des Senats, dass zur Kollisionsentscheidung (Friktionsauflösung) nicht etwa ein genereller Vorrang des Bundesrechts (i. S. v. Art. 31 GG) angenommen wird, sondern ein grundsätzlicher Vorrang der Regelungskonzeption des Sachgesetzgebers gegenüber derjenigen des Steuergesetzgebers. Im konkreten Fall hat daher zwar der Bundes(-sach-)gesetzgeber ‚Vorrang‘ vor dem kommunalen<sup>1508</sup> Steuergesetzgeber: Die Anreize der Kasseler Verpackungsteuer widersprachen nach Auffassung des Senats der ausdifferenzierten sachlichen Regelungskonzeption des (damaligen) Bundesgesetzes Abfallgesetz und der Bundesrechtsverordnung Verpackungsverordnung.<sup>1509</sup> Allerdings – und das führte der Senat in einem *obiter dictum* ausdrücklich aus – gilt das Rücksichtnahmegebot des Abgabengesetzgebers gegenüber dem Sachgesetzgeber auch in Konstellationen, in welchen der Bund Abgabengesetzgeber und die Länder Sachgesetzgeber sind: „Würde der Bundesgesetzgeber etwa durch eine Lenkungssteuer mit Lenkungsdruck in einem vom Landesgesetzgeber geregelten Bereich des Kultusrechts gestaltend einwirken, überschritte er seine Steuerkompetenz, wenn er dadurch zu einer dem Regelungskonzept oder einer Einzelaussage des Landesgesetzgebers zuwiderlaufenden Verhaltensweise veranlassen würde.“<sup>1510</sup>

<sup>1506</sup> BVerfGE 98, 106 (118 f.) – Kommunale Verpackungsteuer.

<sup>1507</sup> BVerfGE 98, 106 (118) – Kommunale Verpackungsteuer: „Die Verpflichtung zur Beachtung der bundesstaatlichen Kompetenzgrenzen und zur Ausübung der Kompetenz in wechselseitiger bundesstaatlicher Rücksichtnahme [...] wird durch das Rechtsstaatsprinzip in ihrem Inhalt verdeutlicht und in ihrem Anwendungsbereich erweitert.“

<sup>1508</sup> Föderalismusverfassungsrechtlich sind die Kommunen Teil der Länder.

<sup>1509</sup> Laut R. Klinger/D. Krebs, ZUR 2015, 664 (666 ff.), würde die Argumentation des Gerichts nach zwischenzeitlichen Rechtsänderungen des bundesrechtlichen Kreislaufwirtschaftsrechts u. a. im Jahr 2012 unterdessen nicht mehr zur Annahme eines Widerspruchs führen – die Autoren lassen dabei offen, ob man 1998 einen solchen Widerspruch überzeugend annehmen konnte; an Letzterem zweifelt etwa H. Weber-Grellet, NJW 2001, 3657 (3662 f.).

<sup>1510</sup> BVerfGE 98, 106 (119 f.) – Kommunale Verpackungsteuer.

*b) Föderale Konflikte um Privatrecht und öffentliches Recht:  
Kollisionsvermeidung durch Stärkung des Privatrechtsgesetzgebers*

Ob dieser – im Schrifttum alles andere als kritikfrei gebliebene<sup>1511</sup> – Ansatz der Friktionsauflösung (nach Anerkennung einer Kollision), den der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts für das Verhältnis zwischen gestaltendem Steuergesetzgeber und Sachgesetzgeber entwickelt hat, auf das Verhältnis zwischen sozialgestaltendem Privatrechtsgesetzgeber und Verwaltungsrechtsgesetzgeber übertragbar sein könnte, ist eine Frage, die sich exemplarisch<sup>1512</sup> mit Blick auf die „zerrissenen[e] Kompetenzlage im Wohnungswesen“<sup>1513</sup> stellt:<sup>1514</sup>

---

<sup>1511</sup> Kritik an der *Anwendung* des gebildeten Maßstabs etwa bei *H. Weber-Grellet*, NJW 2001, 3657 (3662 f.); vgl. zur Kritik am *Maßstab* der Entscheidung *selbst* die bemerkenswerte Bündelung der über ein Jahrzehnt angehäuften Kritik bei *R. Wagner*, Die Konkurrenz der Gesetzgebungskompetenzen von Bund und Ländern, Berlin 2011, S. 252, m. w. N. („in erhöhter Weise unpräzise[r] Prüfungsmaßstä[b]“, „mehr oder weniger willkürlich[h]“, „Gefahr, die Grenze zwischen Legislative und Judikative in besorgniserregender Weise zu verwischen“); Bemühung um eine Betonung der sehr engen Grenzen des Anwendungsbezugs des vom Gericht gebildeten Maßstabs (Verortung im Feld föderaler Kompetenzkonflikte im Zusammenhang mit Kompetenzen aus Art. 105 GG) bei *M. Kloepfer/K. T. Bröcker*, DÖV 2001, 1 (6 ff.). Beachte allerdings etwa *U. Di Fabio*, NVwZ 1999, 1153 (1157), welcher die Entscheidung „in einem guten Sinne innovativ“ findet; vgl. auch *S. Haack*, Widersprüchliche Regelungskonzeptionen im Bundesstaat, Berlin 2002, S. 206 ff., welcher den Ansatz der Entscheidung – insbesondere auch mit Blick auf Verletzungen der ‚Bundestreue‘ durch (erheblich) widersprüchliche Regelungen – fortschreibt, aber ein Zurücktreten des später ergangenen Gesetzes fordert; s. a. a. O., S. 16 (dort in Fn. 9), die Aufzählung weiterer dem Gericht tendenziell oder partiell zustimmender Meinungen aus dem Schrifttum. Auch *R. Barthelmann*, Der gestaltende Steuergesetzgeber im Konflikt mit dem Sachgesetzgeber, Berlin 2006, S. 120 ff., trägt den Lösungsansatz über die ‚Bundestreue‘ grundsätzlich mit, kritisiert jedoch a. a. O., S. 108, die konkrete Formulierung des vom Gericht postulierten Widerspruchsverbots als zu weitgehend.

<sup>1512</sup> Weitere Konfliktsituationen sind vorstellbar zwischen öffentlich-rechtlichem und privatrechtlichem Immissionsschutz, soweit es um verhaltensbezogenen Lärm geht, da hier die Bundesgesetzgebungskompetenz aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG und die Landesgesetzgebungskompetenz für die Lärmbekämpfung zum „Schutz vor verhaltensbezogenem Lärm“ (vgl. die Ausnahme in Art. 74 Abs. 1 Nr. 24 GG) aufeinander treffen; insoweit strebt jedoch § 906 Abs. 1 S. 2 GG eine Abstimmung der Rechtsregime (unter [Selbst-]Zurücknahme des Abso-lutheitsanspruchs des bürgerlichen Rechts) an.

<sup>1513</sup> *M. Kloepfer*, NJW 2019, S. 1656 (1659); vgl. auch *P. Weber*, JZ 2018, 1022 (1027); beachte: BVerfG, Beschl. d. Zweiten Senats v. 25.03.2021 – 2 BvF 1/20 u. a. – Berliner Mietendeckel, ist intensiv bemüht, diese „Zerrissenheit“ zu leugnen und eine abschließende Verortung der Materie im „bürgerlichen Recht“ zu begründen.

<sup>1514</sup> Gerade anders als beim Mietrecht ist die Kompetenzlage beim Arbeitsrecht: Hier gibt es in Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG einen eigenständigen, Rechtsregime-indifferenten Kompetenztitel, dazu BVerfGE 149, 126 (140): „Der Kompetenztitel ‚Arbeitsrecht‘ begründet eine umfassende Kompetenz für privatrechtliche wie auch öffentlich-rechtliche Bestimmungen über die Rechtsbeziehungen im Arbeitsverhältnis (vgl. BVerfGE 7, 342 [351]; 77, 308 [329]; 106, 62 [132 f.]).“

## aa) Wohnraummiet(-vertrags-)recht als primär „bürgerliches Recht“

Der Bundesgesetzgeber hat im Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) in detaillierter Weise das Wohnraummietvertragsrecht als „soziales Mietrecht“<sup>1515</sup> geregelt (§§ 549 ff. BGB). Dabei hat er zum Teil deutliche Einschränkungen des Prinzips der Privatautonomie (beispielsweise beim Kündigungsrecht<sup>1516</sup> und bei der Mietpreisgestaltung<sup>1517</sup>) – bei grundsätzlicher Beibehaltung der Marktorientierung<sup>1518</sup> des Mietvertragsrechts – vorgesehen. Das sozialpolitische Anliegen des Schutzes von Mieterinnen und Mietern wurde in die im Kern bürgerlich-rechtlich-privatautonome Materie integriert. Schon bei der Schaffung des BGB Ende des 19. Jahrhunderts war die sozialpolitische Komponente des Mietvertragsrechts (im Sinne eines besonderen Schutzes von Wohnraummieterinnen und -mietern) ein rechtspolitisches Thema<sup>1519</sup>, obschon wesentliche Schübe der ‚Sozialpolitisierung‘ des Mietvertragsrechts in das 20. Jahrhundert mit der Wohnraumnotverschärfung durch die Bevölkerungsentwicklung und die Weltkriege fallen.<sup>1520</sup> Im Verlauf dieser Entwicklung changierten die Anteile privatrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Regulierung des Sachbereichs ‚Wohnraummiete‘, wobei seit der Frühphase der Bundesrepublik Deutschland eine weitgehende Überführung von Gestaltungsmitteln in das Privatrecht stattfand.<sup>1521</sup>

Angesichts dieser historischen Entwicklung wird man – insoweit mit dem Zweiten Senat des Bundesverfassungsgerichts und der allgemeinen Meinung – die besondere sozialpolitische Komponente des Mietvertragsrechts des BGB „herkömmlicherweise dem Zivilrecht zu[r]echne[n]“ und daher der konkurrierenden

<sup>1515</sup> Vgl. *P. Weber*, JZ 2018, 1022; BVerfG, Beschl. d. Zweiten Senats v. 25.03.2021 – 2 BvF 1/20 u. a. – Berliner Mietendeckel, Rn. 128 ff., unter Auswertung der Rechtsetzungsgeschichte.

<sup>1516</sup> Vgl. insbesondere § 573 Abs. 1 BGB, wonach der Vermieter (auch „ordentlich“) nur kündigen kann, wenn er ein „berechtigtes Interesse an der Beendigung des Mietverhältnisses“ hat, wobei die „Kündigung zum Zwecke der Mieterhöhung“ ausgeschlossen ist.

<sup>1517</sup> Vgl. insbesondere §§ 557 ff. BGB zu den Voraussetzungen für Mieterhöhungen während des Mietverhältnisses und die 2015 geschaffenen §§ 556d ff. BGB zur „Miethöhe bei Mietbeginn in Gebieten mit angespannten Wohnungsmärkten“ (sog. ‚Mietpreisbremse‘).

<sup>1518</sup> So sind die Begrenzungen der Preisfreiheit „marktorientiert“, insofern sie sich an der „örtlichen Vergleichsmiete“ (§ 558 Abs. 2 BGB) orientieren, hierzu *P. Weber*, JZ 2018, 1022 (1022, 1024).

<sup>1519</sup> Nämlich insbesondere im Streit um die Aufnahme der Regel ‚Kauf bricht nicht Miete‘ (in § 571 BGB a. F., heute § 566 BGB), dazu m. w. N. *M. Häublein* in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 5, 8. Aufl., München 2020, Vor § 535, Rn. 59.

<sup>1520</sup> Vgl. *M. Häublein* in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 5, 8. Aufl., München 2020, Vor § 535, Rn. 59 ff., m. w. N.; *M. Putzer*, NVwZ 2019, 283 (283 f.); zur Entwicklung nach 1945 *P. Weber*, JZ 2018, 1022 (1024); s. zur Rechtsetzungsgeschichte auch BVerfG, Beschl. d. Zweiten Senats v. 25.03.2021 – 2 BvF 1/20 u. a. – Berliner Mietendeckel, Rn. 117 ff., wo der Beginn der Entwicklung zum „sozialen Mietrecht“ allerdings im Wesentlichen erst mit dem Ersten Weltkrieg gesehen wird.

<sup>1521</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. d. Zweiten Senats v. 25.03.2021 – 2 BvF 1/20 u. a. – Berliner Mietendeckel, Rn. 128, 137 f., m. w. N.

Gesetzgebungskompetenz des Bundes nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG für „das bürgerliche Recht“ zuordnen können.<sup>1522</sup>

bb) Wohnraummiethöhenregulierung durch „öffentliches Recht“(?)

Nimmt man also – in einem *ersten* Schritt – das Bestehen der Gesetzgebungskompetenz des Bundes für ein deutlich sozialpolitisch geprägtes Mietvertragsrecht – freilich in Grenzen<sup>1523</sup> – grundsätzlich an, so ist doch – in einem *zweiten* Schritt – nach Schranken bei der *Kompetenzausübung* zu fragen: Muss der Privatrechtsgesetzgeber (also unter dem Grundgesetz in aller Regel<sup>1524</sup> der Bundesgesetzgeber) bei besonders deutlich sozialpolitisch gefährbter Privatrechtsgesetzgebung Rücksicht auf einschlägige *öffentlich-rechtlich ausgestaltete* Gesetzgebung der Länder nehmen?

Hierfür ist im Beispiel des Wohnraummietrechts zunächst zu klären, ob die Länder im Wohnraummietrecht überhaupt öffentlich-rechtliche Regelungen erlassen dürfen. Der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts hat diese Frage in seiner Entscheidung zur Verfassungswidrigkeit des sog. ‚Berliner Mietendeckels‘ im Jahr 2021 wohl *nicht* gänzlich abschließend beantwortet (freilich tendenziell nahegelegt, dass sie in *aller* Regel zu verneinen ist): Nach der Auffassung des Gerichts stellte das zu prüfende Gesetz zur Mietenbegrenzung im Wohnungswesen in Berlin (Mieten-

---

<sup>1522</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. d. Zweiten Senats v. 25.03.2021 – 2 BvF 1/20 u. a. – Berliner Mietendeckel, Rn. 111 ff.; so auch BayVerfGH, Entsch. v. 16.07.2020 – Vf. 32-IX-20, Rn. 56; vgl. zu diesem Ansatz („bürgerliches Recht“ „als Zusammenfassung aller Normen, die herkömmlicherweise dem Zivilrecht zugerechnet werden, also nicht als Gegensatz zum öffentlichen Recht“) bereits BVerfGE 11, 192 (199) – Beurkundungswesen: Unter Zugrundelegung dieses Ansatzes dürfe der Bundesgesetzgeber „die Frage regeln, welche Gerichte Beurkundungen vorzunehmen haben, und kraft Sachzusammenhangs die für diese Tätigkeit anfallenden Gebühren festsetzen“. Vgl. auch BVerfGE 142, 268 (283) – Bestellerprinzip: „Gegen die Zuordnung der Regelungen zur Gesetzgebungskompetenz für das bürgerliche Recht (Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG) spricht nicht, dass der Gesetzgeber mit dem Bestellerprinzip in Verfolgung sozialstaatlicher Zwecke ins Wirtschaftsleben eingreift.“

<sup>1523</sup> Unter dem Kompetenztitel des „bürgerlichen Rechts“ dürften – folgt man dem Ansatz aus BVerfGE 11, 192 (199) – Beurkundungswesen (s.o. Fn. 1522) – freilich nicht solche öffentlich-rechtlichen Regelungen geschaffen werden, die mit den traditionellen bürgerlich-rechtlichen Vorbildern brechen; vgl. auch die oben (s.o. III. 3. c)) vorgestellte Entscheidung BVerfGE 61, 149 – Amtshaftung. Insoweit wurden „leise Zweifel“ geäußert, ob der Bundesgesetzgeber die Mietpreisbremse der §§ 556d ff. BGB erlassen durfte: *M. Putzer*, NVwZ 2019, 283 (286); vgl. auch *P. Weber*, JZ 2018, 1022 (1026 f.); eine Kammer des Bundesverfassungsgerichts (Richter Harbarth, Richterinnen Baer, Ott) bestätigte im Jahr 2019 die Verfassungsmäßigkeit von § 556d Abs. 1 BGB – allerdings nur mit Blick auf außer-föderalismusverfassungsrechtliche Vorgaben: Geprüft wurden die Garantie des Eigentums, die Vertragsfreiheit und der allgemeine Gleichheitssatz, nicht aber die Kompetenzlage.

<sup>1524</sup> Der Bundesgesetzgeber hat sehr weitreichend, freilich nicht abschließend, von seiner konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz für das „bürgerliche Recht“ aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG und von Kompetenztiteln für das Wirtschaftsprivatrecht Gebrauch gemacht, sodass bürgerliches Recht und Wirtschaftsprivatrecht in Deutschland vor allem, freilich nicht ausschließlich, Bundesrecht sind.

WoG Bln 2020)<sup>1525</sup> kompetenzrechtlich nämlich seinerseits *ebenfalls* (wie das BGB-Mietrecht auch) „bürgerliches Recht“ dar,<sup>1526</sup> sodass ein Konflikt zwischen Privatrechtsgesetzgeber und öffentlich-rechtlichem Gesetzgeber gar nicht gegeben sei. Das Gericht ist bemüht, die Auslegung des Kompetenztitels „das bürgerliche Recht“ in Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG vom Dualismus der Rechtsregime Privatrecht/öffentliches Recht (beinahe vollständig?) zu entkoppeln und statt einer regelungstechnischen eine ‚rein‘ regelungsgegenständliche Betrachtung anzustellen: Es komme darauf an, ob „*der Sache nach* Regelungen der Rechtsverhältnisse zwischen Vermietern und Mietern“ getroffen würden (was für das Berliner Gesetz zu bejahen sei), und nicht auf das Bestehen oder Nichtbestehen einer „öffentlich-rechtliche[n] beziehungsweise ordnungswidrigkeitenrechtliche[n] *Einkleidung*“; „[b]ürgerliches Recht [als Kompetenzmaterie sei] nicht als Gegensatz zum öffentlichen Recht zu verstehen“<sup>1527</sup>. In Folge der Zuordnung des Berliner Gesetzes MietenWoG Bln 2020 zur Kompetenzmaterie „das bürgerliche Recht“ im Sinn von Art. 72, 74 Abs. 1 Nr. 1 GG war die Kompetenzfrage für das Gericht über die ‚herkömmlichen‘ Regeln zur Sperrwirkung bei der konkurrierenden Gesetzgebung (Art. 72 Abs. 1 GG) zu lösen – mit dem Ergebnis, dass das Berliner Gesetz angesichts des abschließenden Charakters der bundesrechtlichen Regelungen über die Miethöhe in den §§ 556 ff. BGB kompetenzwidrig sei<sup>1528</sup>. Das Gericht wählt hier also den Weg der Kollisionsvermeidung (indem es dem Landesgesetzgeber bereits die Kompetenz abspricht), sodass es nach seiner Lösung auf Fragen der Friktionsauflösung zwischen Rechtsregimen (wie im Fall der Kasseler Verpackungsteuer) oder der Friktionstoleranz nicht ankommt.

Mit diesen Ausführungen des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts in der Entscheidung von 2021 zum Berliner Miethöhenbegrenzungsgesetz ist freilich noch nicht gesagt, ob ein Landesgesetz, welches *in deutlicher(er) Weise* öffentlich-rechtlich ausgestaltet wäre, nicht doch außerhalb der Kompetenzmaterie des „bürgerlichen Rechts“ zu verorten wäre. Zwar führt das Gericht aus, dass es nichts an der von ihm vorgenommenen Kompetenzzuordnung geändert hätte, wenn im MietenWoG Bln 2020 – wie noch in dessen Referentenentwurf vorgesehen gewesen war – eine ausdrückliche Ermächtigung zum Erlass privatrechtsgestaltender Verwaltungsakte zur Herabsetzung überhöhter Mieten enthalten gewesen wäre.<sup>1529</sup> Allerdings stellt sich die Frage, ob es ab einem gewissen Grad der *Forcierung der öf-*

<sup>1525</sup> Gesetz zur Mietenbegrenzung im Wohnungswesen in Berlin (MietenWoG Bln) i. d. F. d. Art. 1 des Gesetzes zur Neuregelung gesetzlicher Vorschriften zur Mietenbegrenzung v. 11.02.2020, Gesetz- und Verordnungsblatt für Berlin v. 22.02.2020, S. 50.

<sup>1526</sup> BVerfG, Beschl. d. Zweiten Senats v. 25.03.2021 – 2 BvF 1/20 u. a. – Berliner Mietendeckel, Rn. 161 ff.

<sup>1527</sup> BVerfG, Beschl. d. Zweiten Senats v. 25.03.2021 – 2 BvF 1/20 u. a. – Berliner Mietendeckel, Rn. 169; Hervorh. R.D.N.

<sup>1528</sup> BVerfG, Beschl. d. Zweiten Senats v. 25.03.2021 – 2 BvF 1/20 u. a. – Berliner Mietendeckel, Rn. 160.

<sup>1529</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. d. Zweiten Senats v. 25.03.2021 – 2 BvF 1/20 u. a. – Berliner Mietendeckel, Rn. 169.

*fentlich-rechtlichen Form* der Wohnraummiethöhenregulierung in einem Landesgesetz noch haltbar wäre, die Kompetenzzuordnung weiterhin rein gegenstandsbezogen unter Ausblendung des vom Landesgesetzgeber gewählten Rechtsregimes des öffentlichen Rechts durchzuführen. Rückt der Landesgesetzgeber ein umfassendes Verwaltungsverfahren zur behördlichen Durchsetzung öffentlich-rechtlicher Ansprüche von Mieterinnen und Mietern auf hoheitlich festgesetzte Höchstmietsätze<sup>1530</sup> samt der Möglichkeit verwaltungsgerichtlicher Überprüfung in das Zentrum seines Regelungsansatzes, so spricht viel dafür, anzunehmen, dass (auch unter grundsätzlicher Anerkennung des Zuordnungsmaßstabs des Gerichts und unter Berücksichtigung der erwähnten instrumentell wechselvollen Regelungsgeschichte des Sachbereichs) keine „Normen, die herkömmlicherweise dem Zivilrecht zugerechnet werden“<sup>1531</sup>, und somit kompetenzrechtlich kein „bürgerliches Recht“ mehr vorliegen würden<sup>1532</sup>. Auch die (krypto-)normative Forderung des föderalen Prinzips nach Absicherung der „politischen Selbsterhaltung“ der föderalen Träger spricht dafür, den Bundesgesetzgebungskompetenztitel nicht über Gebühr auszudehnen und den Ländern aus Sicht des Kompetenzrechts Gestaltungsspielräume für demokratisch legitimierte Rechtsetzung in den Formen des öffentlichen Rechts zu belassen.

Erkennt man – wohl gegen den Zweiten Senat des Bundesverfassungsgerichts – die Möglichkeit öffentlich-rechtlich ausgestalteter Landesgesetzgebung im Bereich ‚Wohnraummiete‘, welche ab einem gewissen Grad nicht mehr kompetenzrechtlich „bürgerliches Recht“ darstellt, an, so würde sich die Folgefrage stellen, welche Kompetenzgrundlage einschlägig wäre: Zu denken ist insbesondere an Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG („Recht der Wirtschaft“) unter den Stichworten ‚Preisrecht‘ und ‚Verbraucherinnen- und Verbraucherschutz‘ oder an die Grundnorm des Art. 70 Abs. 1 GG (ggf. unter besonderer Berücksichtigung einschlägiger länderfreundlicher Veränderungen bei der Föderalismusreform von 2006<sup>1533</sup>).<sup>1534</sup>

<sup>1530</sup> Vgl. ansatzweise noch § 5 Abs. 1 des Entwurfs zum MietenWoG Bln: „Die für das Wohnungswesen zuständige Senatsverwaltung senkt auf Antrag der Mieterinnen und Mieter überhöhte Mieten durch Verwaltungsakt mit Wirkung ab dem auf den Tag der Antragstellung folgenden Kalendermonat ab“, vgl. Abgeordnetenhaus v. Berlin, Drucksache 18/2347 v. 28.11.2019. Der von BVerfG, Beschl. d. Zweiten Senats v. 25.03.2021 – 2 BvF 1/20 u. a. – Berliner Mietendeckel, invalidierte § 5 Abs. 2 MietenWoG Bln sah sodann (lediglich noch) vor: „Die für das Wohnungswesen zuständige Senatsverwaltung überwacht die Einhaltung des Verbots nach Absatz 1. Sie kann von Amts wegen alle Maßnahmen treffen, die insoweit zur Durchsetzung erforderlich sind.“

<sup>1531</sup> BVerfGE 11, 192 (199) – Beurkundungswesen.

<sup>1532</sup> Demgegenüber sieht BayVerfGH, Entschr. v. 16.07.2020 – Vf. 32-IX-20, Rn. 72 f., die Kompetenzgrenze von Art. 72, 74 Abs. 1 Nr. 1 GG zu Art. 70 Abs. 1 GG erst dann überschritten, wenn ein „öffentlich-rechtliches Gesamtkonzept“ des Landesgesetzgebers vorliegt wie eine „Zweckbindung von Wohnraum aufgrund der Förderung mit öffentlichen Mitteln“ oder „eine Wohnraumbewirtschaftung, die dem Eigentümer die freie Verfügungsgewalt über das Mietobjekt entzieht“.

<sup>1533</sup> Vor der Föderalismusreform 2006 stand dem Bund die konkurrierende Bundesgesetzgebungskompetenz für „das Wohnungswesen“ (Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG a. F.) zu; 2006 wurde dieser Kompetenztitel gestrichen, weshalb im Bereich „Wohnungswesen“ nunmehr von einer



cc) Lösungsmöglichkeiten:  
 Friktionsauflösung (durch Hierarchie oder Rücksichtnahme),  
 Friktionstoleranz oder Kollisionsvermeidung?

Kommt man – anders als der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts im Jahr 2021 für das MietenWoG Bln – zu einem potenziellen *kompetenziellen* Nebeneinander bürgerlich-rechtlich ausgestalteter Bundesgesetzgebung und öffentlich-rechtlich ausgestalteter Landesgesetzgebung im Bereich der Regulierung von ‚Wohnraummieten‘, ist damit freilich noch kein abschließendes Urteil über die Verfassungsmäßigkeit des Bundes- und des Landesgesetzes getroffen. Neben – hier ausgeblendet – individualgrundrechtlichen Fragen ist – nach dem Modell der Entscheidung zu Kasseler Verpackungsteuer – an Kompetenzausübungsregeln zu denken, welche die Friktionen zwischen den konkurrierenden Regelungskonzepten adressieren:

Friktionen zwischen sozialgestaltender bürgerlich-rechtlicher Wohnraummietvertragsrechtsetzung des Bundes und öffentlich-rechtlicher Wohnraummietregulierung der Länder sind durchaus vorstellbar: Zwar ist davon auszugehen, dass in der Regel wohl eher ein Aufstocken intensiveren Mieterschutzes durch Landesrecht über den BGB-Mieterschutz hinaus erfolgen wird,<sup>1535</sup> sodass man insoweit weniger von Friktionen, sondern eher von einer landesrechtlichen Ergänzung eines bundesgesetzlichen Mindeststandards ausgehen könnte.<sup>1536</sup> Diese Betrachtung ist freilich nicht alternativlos: Betrachtet man das Regelungskonzept des BGB als abschließend abgewogenen Interessenausgleich, so kommt weitergehender Mieterschutz sehr wohl als Friktion daher.<sup>1537</sup> Zudem ist nicht ausgeschlossen, dass künftig einmal ein

---

(alleinigen) Gesetzgebungskompetenz der Länder als *Verwaltungsrechtsgesetzgeber* auszugehen ist, vgl. *P. Weber*, JZ 2018, 1022 (1027); *M. Putzer*, NVwZ 2019, 283 (285 f.); *M. Klopfer*, NJW 2019, S. 1656 (1659) – was freilich nicht ausschließt, dass sozialpolitisch geprägtes Mietvertragsrecht nach dem oben Gesagten weiterhin durch den Bund als Teil des „bürgerlichen Rechts“ erlassen wird. Als Teil der Ländergesetzgebungskompetenz für das „Wohnungswesen“ kommen u.a. öffentlich-rechtliche Regelungen des Mietpreises in Betracht, vgl. *P. Weber*, JZ 2018, 1022 (1027); *M. Putzer*, NVwZ 2019, 283; *M. Klopfer*, NJW 2019, S. 1656 (1659): Länder können Regelungen zur „öffentliche[n] Wohnungsbewirtschaftung erlassen und dabei zum Beispiel hoheitliche Miethöchstgrenzen, aber auch eine behördliche Genehmigungspflicht für die Kündigungen durch Vermieter vorsehen“. Vgl. auch *P. Weber*, ZMR 2019, 389 ff.

<sup>1534</sup> Für das MietenWoG Bln 2020 hat BVerfG, Beschl. d. Zweiten Senats v. 25.03.2021 – 2 BvF 1/20 u. a. – Berliner Mietendeckel, Rn. 176 ff., die Einschlägigkeit dieser Kompetenznormen verneint. Auch hier stellt sich die Frage, ob bei einer forcierten öffentlich-rechtlichen Form eines hypothetischen Landesgesetzes im Wohnraummietenregulierungsbereich wieder so argumentiert werden könnte.

<sup>1535</sup> So im Berliner Beispiel aus dem Jahr 2020 (s. o. Fn. 1525).

<sup>1536</sup> In diese Richtung *A. Fischer-Lescano/A. Gutmann*, KJ 2020, 3 (9).

<sup>1537</sup> Vgl. etwa *H.-J. Papier*, Landeskompentenz zur Einführung eines sogenannten Mietendeckels?, unveröff. Gutachten, 2019, S. 4, 9, 12 f., welcher – unter Vernachlässigung der Rechtsregime-Problematik – das Verhältnis zwischen BGB-Wohnraummietvertragsrecht und mieterschutzintensiverem Landeswohnraummietrecht nicht als ein Verhältnis von Mindest-



Landesgesetzgeber weniger mieterschutzintensives Mietpreisrecht erlassen möchte, als der Bundesgesetzgeber im BGB vorgegeben hat.

Es stellt sich dann die Frage, ob und wie solche Friktionen aufzulösen sind; zu erwägen sind im Wesentlichen drei Lösungen:

Denkbar ist – *erstens* – die Lösung über ‚klassische‘ Kollisionsentscheidungs-normen<sup>1538</sup>, insbesondere über die Regel des Art. 31 GG (dazu oben § 4, B. I. 2. c)), sodass sich das BGB-Mietvertragsrecht gegenüber widersprechenden Landesgesetzen als höherrangige Norm im Kollisionsfall durchsetzen würde.

*Zweitens* ließe sich die Ratio der Entscheidung zur Kasseler Verpackungsteuer zum Vorrang der Regelungskonzeption des *Sachgesetzgebers* gegenüber dem Abgabengesetzgeber als ‚Sondergesetzgeber‘ übertragen.<sup>1539</sup> Die Ausgangslage ist ähnlich: Zwei Gesetzgeber handeln jeweils kompetenzgemäß, es kommt jedoch zu Steuerungsfriktionen. Einiges spricht dann dafür, die Stellung des Privatrechtsgesetzgebers – unter dem Oberbegriff des ‚Sondergesetzgebers‘ – mit derjenigen des Abgabengesetzgebers zu parallelisieren und von ihm besondere Rücksichtnahme gegenüber der vom (öffentlich-rechtlichen) Sachgesetzgeber vorgelegten Regelungskonzeption zu fordern. Zwingend ist diese Betrachtung nicht; für sie spricht aber, dass der Privatrechtsgesetzgeber wie der Abgabengesetzgeber, wenn sie sich von den primären Funktionslogiken der von ihnen gewählten Rechtsregimes (Privatautonomierahmung bzw. Finanzierung) entfernen, eher zur Zurückhaltung ver-

standard und Ergänzung qualifiziert, sondern „gegenläufig[e] gesetzlich[e] Regelungen“ und eine insoweit „widersprüchliche“ „Rechtsordnung“ ausmacht.

<sup>1538</sup> Eine Lösung über die Kollisionsentscheidungsregel *lex posterior derogat legi priori* ist demgegenüber wohl nur eine ‚theoretische‘ Alternative, da diese Norm – abgesehen von der Sonderkonstellation des Art. 72 Abs. 3 S. 2 GG – dem grundgesetzlichen Kompetenz- und Normenkollisionsrecht fremd ist.

<sup>1539</sup> Vgl. A. Fischer-Lescano/A. Gutmann, KJ 2020, 3 (8 ff.), unter ausdrücklichem Hinweis auf BVerfGE 98, 106, unter dem Stichwort „[f]öderalismusfreundliche Kompatibilisierungen“; vgl. zuvor das Rechtsgutachten A. Fischer-Lescano/A. Gutmann/C. Schmid, Landeskompetenzen für Maßnahmen der Mietpreisregulierung. Ein Rechtsgutachten im Auftrag der Rosa-Luxemburg-Stiftung, unveröff. Gutachten, 2019, S. 12; gegen eine solche Übertragbarkeit offenbar H.-J. Papier, Landeskompentenz zur Einführung eines sogenannten Mietendeckels?, unveröff. Gutachten, 2019, S. 12 f., welcher unter Rückgriff auf BVerfGE 98, 265 (301) – Bayerisches Schwangerenhilfegesetz, für einen Vorrang des Bundesrechts (Mietvertragsrecht des BGB) vor etwaigem Wohnraumrecht der Länder plädiert und sich nicht mit der Regime-Kollisions-Problematik auseinandersetzt. Terminologische Differenzierungen entlang der Grenze zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht seien irrelevant. Hierzu ist zu bemerken, dass die Entscheidung BVerfGE 98, 265 (301) – Bayerisches Schwangerenhilfegesetz, wonach „[k]onzeptionelle Entscheidungen eines zuständigen Bundesgesetzgebers [...] durch auf Spezialzuständigkeiten gründende Einzelentscheidungen eines Landesgesetzgebers nicht verfälscht werden“ dürfen, nicht per se gegen eine Übertragung der *ratio* von BVerfGE 98, 106 – Kommunale Verpackungsteuer – auf die Kompetenzlage im Mietrecht spricht, wenn man die Frage als Konkurrenz von Rechtsregimen (öffentliches Recht versus Privatrecht) formuliert. Das Bayerische Schwangerenhilfegesetz rief eben gerade keine Regimefrage auf, sondern stellte eine Ergänzung von *Sachgesetzgebung* zu *Sachgesetzgebung* dar.

pflichtet sein könnten als der von vorneherein explizit sozialgestaltende öffentlich-rechtliche Gesetzgeber<sup>1540</sup>. In diese Richtung geht im Übrigen der Gedanke des § 906 Abs. 1 S. 2 GG, welcher im privatrechtlichen Immissionsschutzrecht „in der Regel“ Wertungen des öffentlich-rechtlichen Immissionsschutzrechts respektiert und integriert.

*Drittens* kommt – in Anlehnung an das Vorbild des US-amerikanischen Föderalismus (s. o. 2.) – in Betracht, etwaige Friktionen der Regelungskonzepte bis zur Grenze der ‚rechtlichen Unmöglichkeit‘ des geregelten Verhaltens auszuhalten. Für eine solche Lösung im Sinne weitgehender Friktionstoleranz gibt es freilich keine dogmatische Basis im grundgesetzlichen Verfassungsrecht.

#### **4. Fazit und Ausblick: zwischen Gestaltungsfreiheit und rechtsstaatlicher Widerspruchsfreiheit**

Die vorstehenden Ausführungen zu rechtsregime-bezogenen Kompetenzkonflikten haben in den USA eher eine Tendenz zur Friktionstoleranz gezeigt (s. o. 2.), während das Bundesverfassungsgericht Friktionen ‚vermeiden‘ oder zumindest auflösen möchte – freilich wie erwähnt nicht *per se* zu Gunsten des Bundes (s. o. 3. a)). Für die jeweilige Position der förderierten Einheiten sind beide Zugänge – hohe wie niedrige Friktionstoleranz – ambivalent: Die hohe Friktionstoleranz in den USA kann dazu führen, dass sachkompetenzielle Gestaltungsentscheidungen der Einzelstaaten beispielsweise durch die indirekten Steuerungswirkungen von bundesrechtlichen Abgaben konterkariert werden.<sup>1541</sup> Andererseits behalten die Einzelstaaten, etwa im *tort law*, rechtsregime-spezifisches Gestaltungspotenzial neben dem ‚öffentlich-rechtlichen‘ Bundesrecht.<sup>1542</sup> Die geringere Friktionstoleranz in Deutschland kann dazu führen, dass die Landesgesetzgeber – folgt man der Ratio der Entscheidung zur Kasseler Verpackungsteuer – entweder Begünstigte oder eben negativ Betroffene der Friktionsauflösung durch das Bundesverfassungsgericht werden. Diese Ratio hat der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts in der Mietendeckel-Entscheidung freilich ignoriert, sodass sie dogmatisch nicht als anerkannt gelten kann; hier hat das Gericht vielmehr die (Bundes-)Kompetenz für „das bürgerliche Recht“ und deren Sperrwirkung gegenüber Landesrecht sehr weit ausgelegt.<sup>1543</sup>

Den unterschiedlichen Ansätzen zu rechtsregime-bezogenen Kompetenzkonflikten in den USA und Deutschland entsprechen Unterschiede bei den jeweils angeführten Begründungsmustern: Die Argumentation des Bundesverfassungsgerichts

<sup>1540</sup> Ähnlich A. Fischer-Lescano/A. Gutmann, KJ 2020, 3 (9f.), welche freilich davon ausgehen, dass es in der Regel keine aufzulösenden Friktionen (sondern Ergänzungen) der Ansätze geben würde.

<sup>1541</sup> Vgl. das Beispiel oben bei Fn. 1497 ff.

<sup>1542</sup> Vgl. das Beispiel oben bei Fn. 1503 f.

<sup>1543</sup> S. o. 3. b) bb).

in der Entscheidung zur Kasseler Verpackungsteuer ist deutlich rechtsstaatlich aufgeladen<sup>1544</sup> und wird daher im Zusammenhang mit dem freiheitlichen Föderalismus aufgegriffen (s. u. § 12, B. II. 3. c)). In den USA geht es demgegenüber eher um Fragen der jeweils möglichst weiten Gestaltungsfreiheit der einzelnen föderalen Träger, welche dann eben für eine hohe Friktionstoleranz spricht: Unterlegt wird dies teilweise mit etatistischen Versatzstücken („Souveränität“) und Traditionalismus.<sup>1545</sup>

## **B. Status positivus: Bundeskompetenzausübungspflichten**

Verbandsgrundrechtspositionen der föderierten Einheiten werden nicht nur zur (negativen) Begrenzung von Bundeskompetenzen, sondern auch dazu in Stellung gebracht, Kompetenzen der Bundesebene positiv im Sinne einer Handlungspflicht der Bundesebene zu modifizieren (s. bereits allgemein oben § 4, B. III. 3. b)).

### **I. „Politische Selbsterhaltung“ föderierter Einheiten bei Untätigkeit der Bundesebene**

Oben wurde das (Auf-)Geteiltsein hoheitlicher Gewalt auf mehrere räumlich-ebenenförmig unterschiedene Entitäten als Kern föderaler Ordnung ausgemacht (s. o. § 2, B.). Dieses (Auf-)Geteiltsein hoheitlicher Gewalt wird in föderalen Ordnungen durch die Verbandskompetenzordnung bewerkstelligt. Vergleicht man föderale Ordnung mit einer alternativen politischen Ordnungsform, dem nicht-föderalen Einheitsstaat, so zeigt sich, dass das (Auf-)Geteiltsein hoheitlicher Gewalt – aus etatistischer Sicht, beim Zugrundelegen eines Ideals des umfassend kompetenten Einheitsstaats – eine ‚Zumutung‘<sup>1546</sup> für die Hoheitsträger darstellt: Bestimmte Sachfragen oder Funktionen können von einzelnen föderalen Trägern jedenfalls nicht mit Ausschließlichkeitsanspruch, ggf. auch gar nicht behandelt bzw. ausgeübt werden, weil die Verbandskompetenzordnung diese Sachfragen oder Funktionen – auch oder gar ausschließlich – anderen föderalen Trägern zuordnet.

Vorliegend geht es um Konstellationen, in denen die Bundesverfassung der Bundesebene für bestimmte Sachbereiche oder Funktionen Kompetenzen einräumt, während die föderierten Einheiten insoweit gar nicht oder nur konkurrierend mit der Bundesebene tätig werden dürfen. Die eben beschriebene ‚Zumutung‘ für die fö-

<sup>1544</sup> Dazu näher oben 3. a).

<sup>1545</sup> Vgl. insbesondere *Wyeth v. Levine*; oben bei Fn. 1503 f.

<sup>1546</sup> Vgl. *J. R. Nash*, Notre Dame L. Rev. 85 (2010), 1015 (1055), welcher die Konstellation, in der die Bundesebene nicht handelt, obwohl sie insoweit (wegen *preemption* – s. o. § 4, B. I. 2. c) cc)) ausschließlich kompetent ist, als föderale „Würde“-Frage (ausführlich zu diesem Topos oben § 2, C. II. 3.) stilisiert: „*the offense to state dignity is surely heightened where the preemption is null preemption, and the federal government preempts state power to regulate without offering to do so on its own*“.

derierten Einheiten, welche in der Kompetenzteilung mit der Bundesebene bzw. gar im Kompetenzausschluss liegt, wird dann noch gesteigert, wenn die Bundesebene ihre Kompetenz gar nicht oder (angeblich) nicht effektiv nutzt (*federal inaction*),<sup>1547</sup> sodass die betreffende Sachfrage oder hoheitliche Funktion unter Umständen gar nicht – weder von der untätigen Bundesebene noch von den inkompetenten föderierten Einheiten – adressiert wird (bzw. werden darf). Bestimmte – im Einzelnen umstrittene – Argumentationslinien im Föderalismusverfassungsrecht begegnen dieser ‚Zumutung‘ damit, dass sie den föderierten Einheiten Verbandsgrundrechtspositionen im *status positivus* zubilligen, deren Inhalt darin besteht, von der Bundesebene die Ausübung von Kompetenzen (in mehr oder weniger bestimmter Weise) verlangen zu dürfen. Eine alternative Lösungsmöglichkeit besteht in der Stärkung der Handlungsoptionen der föderierten Einheiten; dies betrifft den *status activus* (hierzu unten C.).

## II. USA: Klagen von „quasi-souveränen“ Einzelstaaten gegen „*federal inaction*“

Argumentationen mit dem *status positivus* der Verbandsgrundrechtspositionen der föderierten Einheiten kommen also als Reaktion auf die Untätigkeit der Bundesebene daher.

### 1. „*Federal inaction*“ als potenziell föderaler Konflikt

Im US-amerikanischen Schrifttum erfährt das Phänomen exekutiver Untätigkeit insbesondere seit der Jahrtausendwende intensivere Aufmerksamkeit; es wird – je nach ‚untätigem‘ Akteur – unter den Stichworten „*executive inaction*“<sup>1548</sup>, „*presidential inaction*“<sup>1549</sup> oder „*agency inaction*“<sup>1550</sup> diskutiert. In anschaulicher Weise ist zum Teil auch von „exekutiver Trägheit“ („*executive inertia*“<sup>1551</sup>) die Rede, was aber verschleiern mag, dass die entsprechenden Akteure ggf. bewusst untätig bleiben, Untätigkeit also als politisches Mittel einsetzen<sup>1552</sup>, wozu sie ggf. im Rahmen der

<sup>1547</sup> Vgl. J. R. Nash, Notre Dame L. Rev. 85 (2010), 1015 (1055).

<sup>1548</sup> Etwa M. M. Cheh, Geo. Wash. L. Rev. 72 (2003), 253.

<sup>1549</sup> Etwa J. A. Love/A. K. Garg, Michigan L. Rev. 112 (2014), 1195; D. Stepanich, U. Pa. J. Const. L. 18 (2016), 1507.

<sup>1550</sup> Etwa A. Widman, Yale L. & Pol’y Rev. 29 (2010), 165 (209 ff.), zu „*implications of state enforcement in response to federal agency inaction*“.

<sup>1551</sup> J. A. Love/A. K. Garg, Michigan L. Rev. 112 (2014), 1195 (1201).

<sup>1552</sup> Zu *executive inaction* als „politischer Taktik“: M. M. Cheh, Geo. Wash. L. Rev. 72 (2003), 253 (265 ff.); vgl. auch D. Stepanich, U. Pa. J. Const. L. 18 (2016), 1507 (1508 ff.), mit Beispielen für den bewussten Einsatz von *executive inaction* unter Präsident Obama und dem Hinweis darauf, dass dieses Vorgehen auch bei den Präsidenten Reagan und G. W. Bush verbreitet war, a. a. O. (dort in Fn. 8), m. w. N.

Ermessensausübung auch berechtigt sind (negatives Entschließungsermessen, „*prosecutorial discretion*“ oder „*nonenforcement discretion*“) <sup>1553</sup>. Grundsätzlich ist *executive inaction* kein föderalismusverfassungsrechtsspezifisches Problem (sondern v.a. ein spezifisches Problem der *horizontalen* Gewaltenteilung im Verhältnis von Legislative und Exekutive <sup>1554</sup>).

Exekutive Untätigkeit *kann* allerdings zugleich föderalismusverfassungsrechtlich relevant werden: Unterlässt die *Bundesverwaltung* den Vollzug von Bundesgesetzen, kann es vorkommen, dass *Einzelstaaten* ein Interesse daran haben, gegen diese Untätigkeit vorzugehen. Dann werden Verbandsgrundrechtspositionen der Staaten im *status positivus* relevant und laufen auf die Begründung einer Klagebefugnis (*standing*) zur Mobilisierung der Gerichte zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit des Handelns der Bundesebene hinaus:

## 2. Fallbeispiele aus der Rechtsprechung

Das einschlägige Fallrecht ist insoweit freilich (noch) überschaubar <sup>1555</sup>:

### a) Klimaschutzrecht: Massachusetts v. Environmental Protection Agency

Eine vereinzelte, intensiv kommentierte Leuchtturm- und Ausnahme <sup>1556</sup>-Entscheidung stellt hier *Massachusetts v. Environmental Protection Agency* (2007) <sup>1557</sup>

<sup>1553</sup> Das gilt grundsätzlich für die Administrative wie auch für die Gubernative (freilich mit im Detail unterschiedlichen Maßstäben): In der Entscheidung *Heckler v. Chaney*, 470 U.S. 821 (1985), hat der *U.S. Supreme Court* einer Bundesbehörde einen weiten Spielraum für Inaktivität gegeben („*prosecutorial discretion*“); vgl. zu möglichen „legitimen Gründen für Inaktivität“ der Exekutive, insbes. des Präsidenten *J. A. Love/A. K. Garg*, Michigan L. Rev. 112 (2014), 1195 (1216 ff.), m.w.N.: u.a. Ressourcenallokation; Bereiche exekutiver Eigenverantwortung, etwa im Auswärtigen und in der Verteidigung.

<sup>1554</sup> Ausführlich zu „*presidential inaction and the separation of powers*“: *J. A. Love/A. K. Garg*, Michigan L. Rev. 112 (2014), 1195 ff.: die Autoren betrachten „*presidential inaction*“ als praktisch bedeutsame Form von „*presidential lawmaking*“ (a.a.O. [1250]), für deren Kontrolle durch Legislative und Judikative zurzeit noch nicht die passenden dogmatischen Grundlagen bereitstünden; vgl. insbes. a.a.O. (1201): „*judges are loath to review executive refusals to act, and Congress is often impotent (and, in some cases, unwilling) to step in to defend its preferred policies from executive inertia*“; ausführlich a.a.O. (1225 ff.): „*a problem without any checks*“. Zu diesen Schwierigkeiten, Inaktivität der Bundesexekutive gerichtlich zu adressieren, insbesondere zur insoweit zurückhaltenden Entscheidung *Heckler v. Chaney*, 470 U.S. 821 (1985), auch *A. Widman*, Yale L. & Pol’y Rev. 29 (2010), 165 (209 ff.).

<sup>1555</sup> *J. A. Love/A. K. Garg*, Michigan L. Rev. 112 (2014), 1195 (1201), stellen fest, dass die Gerichte abgeneigt seien, Bundesbehörden bei Untätigkeit zu verurteilen: „*judges are loath to review executive refusals to act*“.

<sup>1556</sup> Nach *J. A. Love/A. K. Garg*, Michigan L. Rev. 112 (2014), 1195 (1201), hat die Entscheidung *Massachusetts v. EPA*, 549 U.S. 497 (2007), einen deutlichen Ausnahmecharakter, vgl. a.a.O. (1227): Das Besondere an *Massachusetts v. EPA* sei die enorme öffentliche Aufmerksamkeit: „*Massachusetts v. EPA was extremely high profile – the agency’s overt policy statements and the explosiveness of environmental regulation during the Bush years combined*

dar. Sachverhalt und Kernaussage der Entscheidung wurden oben bei der Vorstellung des *status positivus* der Verbandsgrundrechtspositionen (s. o. § 4, B. III. 3. b)) bereits skizziert: Der *U.S. Supreme Court* bejahte ein Klagerecht des Staats Massachusetts, welches darauf gerichtet war, zu erwirken, dass die Bundesbehörde *EPA* ermessensfehlerfrei darüber entscheidet, ob Kohlenstoffdioxid mit Blick auf den Klimawandel unter dem geltenden Bundesgesetz *Clean Air Act* als Luftschadstoff zu bekämpfen sei (s. später auch § 8, C. I. 1. b) u. § 12, B. I. 3. b) cc)). Das Gericht entschied freilich nicht abschließend, dass die *EPA* eine entsprechende materielle Pflicht zur Regulierung von Kohlenstoffdioxid habe<sup>1558</sup>, wohl aber, dass Massachusetts gerichtlich verlangen könne, dass die *EPA* prüft, ob sie der *CAA* zur Regulierung von Kohlenstoffdioxid verpflichtet. (Zuvor war die *EPA* insoweit mit der Begründung, der *CAA* passe von vorneherein nicht auf die Regulierung von Kohlenstoffdioxid, untätig geblieben.)

Hervorhebung verdient die Tatsache, dass die ‚liberale‘ 5:4-Gerichtsmehrheit<sup>1559</sup> aus dem großen Kreis der Klägerinnen und Kläger – darunter befanden sich neben einigen Einzelstaaten auch Städte (wie Baltimore) sowie Interessengruppen und Verbände – für die Prüfung des Zugangs zu Gericht (Klagebefugnis, *standing*) bewusst einen Einzelstaat auswählte: Das Gericht spricht insoweit explizit von einer „besonderen Besorgnis“ („*special solicitude*“), die es bei der Prüfung der Klagebefugnis gerade dem Einzelstaat Massachusetts zukommen lasse, da dieser (anders als die Städte und Verbände) seine „quasi-souveränen Interessen“ verteidigen wolle.<sup>1560</sup> Massachusetts habe ein schutzwürdiges „Interesse an dem gesamten Boden und der gesamten Luft in seinem Herrschaftsbereich“.<sup>1561</sup>

Die Rede von den „quasi-souveränen“ Interessen Massachusetts’ kommt zunächst als etatistisches Argument daher. Shannon M. Roesler hat zu bedenken gegeben, dass diese „Quasi-Souveränität“ von Einzelstaaten wie Massachusetts letztlich ein bloßes

---

*to place the issue firmly in the limelight – and this publicity ultimately prompted the Court to step in.*“

<sup>1557</sup> *Massachusetts v. Environmental Protection Agency*, 549 U.S. 497 (2007).

<sup>1558</sup> Das heben etwa auch *J. A. Love/A. K. Garg*, Michigan L. Rev. 112 (2014), 1195 (1214, dort in Fn. 86; 1227), hervor.

<sup>1559</sup> *Justice* John Paul Stevens war Autor der Mehrheitsmeinung; abweichende Sondervoten wurden von den ‚konservativen‘ Richtern Roberts, Scalia, Thomas und Alito getragen.

<sup>1560</sup> *Massachusetts v. Environmental Protection Agency*, 549 U.S. 497 (2007), 520: „*Given [...] Massachusetts’ stake in protecting its quasi-sovereign interests, the Commonwealth [of Massachusetts] is entitled to special solicitude in our standing analysis.*“ *G. E. Metzger*, Duke L. J. 57 (2008), 2023 (2036), betont, dass der Fall eher durch die Hintertür zu einem Föderalismusverfassungsrechtsfall wurde; die Klägerinnen und Kläger (neben Massachusetts und weiteren Staaten auch Städte und Verbände) hatten sich vielmehr auf verwaltungsrechtliche Details konzentriert.

<sup>1561</sup> „*[T]he State has an interest [...] in all the earth and air within its domain*“, s. *Massachusetts v. Environmental Protection Agency*, 549 U.S. 497 (2007), 518 f., unter wörtlichem Zitat aus *Georgia v. Tennessee Copper Co.*, 206 U.S. 230 (1907), 237.

„Spielen“ von Souveränität in einer „post-souveränen Welt“ sei;<sup>1562</sup> der Einzelstaat verteidige seine – von vorneherein ja bereits relativierte – Position im Gefüge der föderalen *shared rule* (s. o. § 2, B. I. 4.), insbesondere in Verschränkungsstrukturen des kooperativen Föderalismus, wie sie unter dem *Clean Air Act* etabliert wurden (hierzu oben § 4, B. I. 3. c) aa)).<sup>1563</sup> Es lässt sich insoweit von ‚Gewaltenteilungsbewältigung‘ sprechen: Gemeint ist die Folgenbewältigung der Grundentscheidung für (vertikale) Gewaltenteilung. Weil die Einzelstaaten in der föderalen Ordnung unter der US-Verfassung und – in noch gesteigerter Weise – in bundesgesetzlich (etwa durch den CAA) etablierten föderalen Verschränkungsstrukturen nur eine begrenzte Rolle einnehmen dürfen, also nicht alle hoheitlichen Funktionen für alle Sachbereiche ausüben dürfen<sup>1564</sup>, verlagert sich ihr Interesse darauf, dass die Bundesebene in den Bereichen, in denen sie (ggf. ausschließlich) verbandskompetent ist, auch effektiv von diesen Kompetenzen Gebrauch macht.<sup>1565</sup>

<sup>1562</sup> S. Roesler, Wash. L. Rev. 91 (2016), 637 (677): „*When states challenge federal actions (or inaction) under these administrative schemes, they are playing the role of a sovereign state in a post-sovereignty world.*“

<sup>1563</sup> S. Roesler, Wash. L. Rev. 91 (2016), 637 (677): „*[States] are seeking to vindicate their interest in shared governance, the ideal at the heart of cooperative federalism.*“ Vgl. auch die Lesarten von *Massachusetts v. Environmental Protection Agency* bei J. R. Nash, Notre Dame L. Rev. 85 (2010), 1015 (1073 ff.), sowie bei G. E. Metzger, Duke L. J. 57 (2008), 2023 (2037 ff.), welche jedoch bemängelt, dass die Argumentation der Mehrheitsmeinung insoweit inkonsistent oder jedenfalls wenig deutlich sei: „*Despite taking the initiative to invoke federalism concerns, the majority was quite imprecise with respect to how Massachusetts’s sovereignty interests were implicated.*“ Kritik an den Details der Begründung auch bei J. R. Nash, Notre Dame L. Rev. 85 (2010), 1015 (1073).

<sup>1564</sup> Vgl. *Massachusetts v. Environmental Protection Agency*, 549 U.S. 497 (2007), 519: „*When a State enters the Union, it surrenders certain sovereign prerogatives. Massachusetts cannot invade Rhode Island to force reductions in greenhouse gas emissions, it cannot negotiate an emissions treaty with China or India, and in some circumstances the exercise of its police powers to reduce in-state motor-vehicle emissions might well be pre-empted.*“ Als Präzedenzfall für Klagerechte von Einzelstaaten beim Berührtsein quasi-souveräner Interessen führt die Mehrheitsentscheidung u. a. *Alfred L. Snapp & Son, Inc. v. Puerto Rico ex rel. Barez*, 458 U.S. 592, 607 (1982) an: In diesem Fall klagte das einzelstaaten-ähnliche US-Territorium Puerto Rico auf Einhaltung von immigrations- und arbeitsrechtlichem Bundesrecht, welches Bürger aus Puerto Rico gegenüber Arbeitskräften von außerhalb der USA bevorzugt, durch Unternehmen aus einem Einzelstaat (Virginia) – dieser Fall hat also auch eine horizontal-föderale Komponente (freilich aber auch eine vertikal-föderale Komponente, da es um den Vollzug eines Bundesgesetzes geht), zudem sind direkt Private (Unternehmen) beteiligt. Die Fallkonstellation ist also durchaus verschieden; in *Massachusetts v. EPA* zitiert die Mehrheit (a. a. O., 519) allerdings folgenden Satz aus der *Alfred L. Snapp & Son*-Entscheidung: „*One helpful indication in determining whether an alleged injury to the health and welfare of its citizens suffices to give the State standing to sue parens patriae is whether the injury is one that the State, if it could, would likely attempt to address through its sovereign lawmaking powers.*“

<sup>1565</sup> Deutliche Formulierung dieses Arguments unter Rückgriff auf die Kategorie der „Souveränität“ bei: J. R. Nash, Notre Dame L. Rev. 85 (2010), 1015 (1073): „*the states might reasonably expect that in return for the loss of sovereign prerogative (where the federal government chooses to divest the states of power to regulate by preemption) the federal government will regulate in their stead.*“



b) Aufenthaltsrecht: *Texas v. United States*

Neben der Ausnahme<sup>1566</sup>-Entscheidung *Massachusetts v. EPA* ist für eine kompetenzrechtliche Argumentation mit dem *status positivus* von Einzelstaaten auf die aufenthaltsrechtliche Rechtssache *Texas v. United States* (2015) hinzuweisen: Der *U.S. Court of Appeals for the Fifth Circuit*<sup>1567</sup> entschied, dass Einzelstaaten ein Klagerecht hätten, um gerichtlich gegen eine aufenthaltsrechtliche Verwaltungspraxis der damaligen *Obama*-Administration, die Vollzugs-policy *Deferred Action for Parents of Americans* (*DAPA*), vorzugehen: Die Bundesverwaltung wollte ausreisepflichtigen Personen, die Eltern von Kindern mit US-amerikanischer Staatsbürgerschaft oder mit Aufenthaltsrecht in den USA sind, im Wege von ‚*deferred action*‘ (in etwa: ‚aufgeschobener Vollzug‘) eine Art aufenthaltsrechtliche Duldung gewähren.

Das Bundesgericht entschied, dass die Einzelstaaten diese Verwaltungspraxis einer gerichtlichen Überprüfung unterziehen dürften,<sup>1568</sup> weil – so die ‚pragmatische‘ Argumentation – die „quasi-souveränen“ Interessen der Einzelstaaten dadurch berührt sein, dass die aufenthaltsrechtliche Duldung der betroffenen Personen durch die Bundesverwaltung zur Folge hätte, dass die Staaten diesen Personen unter Umständen Fahrerlaubnisse ausstellen müssten, was mit Kosten verbunden sei.<sup>1569</sup> Bei alledem zeigt die Entscheidung *Texas v. United States*, dass wegen der Komplexität einer bundesgesetzlich geregelten Materie, im konkreten Fall des Aufenthaltsrechts, im Rahmen der Ermessensausübung die Grenzen zwischen einem positivem bundesbehördlichem Handeln und einer schlichten Untätigkeit von Bundesbehörden –

---

<sup>1566</sup> Hierzu oben Fn. 1556.

<sup>1567</sup> Es handelt sich um das Appellations-Bundesgericht (zweite Instanz), welches für die südlichen Staaten Louisiana, Mississippi und Texas örtlich zuständig ist und seinen Sitz in New Orleans, Louisiana, hat.

<sup>1568</sup> Insoweit ging es also um die Zulässigkeit der Klage, genauer um das *standing*. Die Klage war nach Auffassung des Bundesgerichts zudem begründet: Das einschlägige aufenthaltsrechtliche Bundesgesetz erlaube die Praxis der Duldung („*deferred action*“) nicht, vgl. *Texas v. United States*, 809 F.3d 134 (5th Cir. 2015), 184: „*Even with ‚special deference‘ to the Secretary, the INA [i.e., the Immigration and Nationality Act.] flatly does not permit the reclassification of millions of illegal aliens as lawfully present and thereby make them newly eligible for a host of federal and state benefits, including work authorization.*“

<sup>1569</sup> *Texas v. United States*, 809 F.3d 134 (5th Cir. 2015), 151 ff., unter Anwendung des Maßstabs von *Massachusetts v. Environmental Protection Agency*, 549 U.S. 497 (2007); hierzu kritisch *D. Stepanicich*, U. Pa. J. Const. L. 18 (2016), 1507 (1509 f., 1542 ff.). Der Fall kam anschließend vor den *U.S. Supreme Court*: Das – zu diesem Zeitpunkt nach dem Tod von *Justice Scalia* im Februar 2016 mit nur acht statt neun Richterinnen und Richtern besetzte – Gericht hielt die Entscheidung des *Fifth Circuit* wegen eines 4:4-Patts (ohne sachliche Argumentation und Begründung) schlicht aufrecht; vgl. *United States v. Texas*, 579 U.S. 547 (2016). Unter Präsident *Trump* wurde die in Rede stehende immigrationsrechtliche Verwaltungspraxis *DAPA* im Jahr 2017 aufgehoben.

und korrespondierend die Betroffenheit des *status negativus* bzw. des *status positivus* der Einzelstaaten – verschwimmen können.<sup>1570</sup>

### III. Deutschland: ‚Staatlichkeit‘ als Anspruchstitel für effektiven Bundeskompetenzgebrauch(?)

Verbandsgrundrechtspositionen als Zuständigkeitsausübungspflichten werden auch für das grundgesetzliche Föderalismusverfassungsrecht diskutiert:

#### 1. Fehlen von einschlägigem Fallrecht

Zwar hat der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts ausdrücklich anerkannt, dass unter bestimmten Voraussetzungen aus dem Grundsatz bundesfreundlichen Verhaltens auch Handlungspflichten föderaler Träger (und korrespondierende Ansprüche anderer föderaler Träger) folgen können:<sup>1571</sup> Im Bereich der *Verbandsingerenzen* lassen sich der *Rechtsprechung* des Bundesverfassungsgerichts Beispiele für föderalismusverfassungsrechtliche Handlungspflichten (also Ingerenzausübungspflichten) von föderalen Trägern entnehmen (hierzu unten § 6, B. I. 3. u. II. 3.).<sup>1572</sup> Für den Bereich von *Verbandskompetenzen* gibt es allerdings – soweit ersichtlich – kein unmittelbar einschlägiges Fallrecht.

---

<sup>1570</sup> Vgl. *Texas v. United States*, 809 F.3d 134 (5th Cir. 2015), 169, wonach *DAPA* kein schlichtes Unterlassen von Vollzug, sondern vielmehr eine positive behördliche Handlung nach bestimmten Standards („*an affirmative agency action with meaningful standards against which to judge it*“) sei.

<sup>1571</sup> BVerfGE 21, 312 (326) – Wasser- und Schifffahrtsverwaltung: „zwischen dem Bund und dem Land ein konkretes verfassungsrechtliches Verhältnis [...], aus dem sich ein *Recht* des Bundes ergäbe, von dem der Bund in Rücksicht auf die Pflicht zu bundestreuem Verhalten einen bestimmten Gebrauch *nicht* machen darf oder auf Grund dessen der *Bund in bestimmter Weise vorgehen muß*“, Hervorh. i. Orig. – im zu entscheidenden Fall ging es freilich gerade *nicht* um eine Handlungspflichtenkonstellation im letztgenannten Sinn; vgl. zu solchen Konstellationen jedoch die Entscheidungen in Fn. 1572.

<sup>1572</sup> Vgl. BVerfGE 1, 117 (131) – Finanzausgleichsgesetz („Das bundesstaatliche Prinzip begründet seinem Wesen nach nicht nur Rechte, sondern auch Pflichten. Eine dieser Pflichten besteht darin, daß die finanzstärkeren Länder den schwächeren Ländern in gewissen Grenzen Hilfe zu leisten haben“ – hierzu unten § 6, B. I. 3. b)); sowie BVerfGE 8, 122 (138) – Volksbefragung Hessen (Anspruch des Bundes gegen ein Land, gegen eine Kommune einzuschreiten: „Pflicht [...], daß ein Land von einer ihm gegenüber einer Gemeinde zustehenden Befugnis Gebrauch macht, um eine Störung der grundgesetzlichen Ordnung zu beseitigen, zu deren Beseitigung der Bund mangels einer Kompetenz nicht imstande ist“; es ging um das Unterlassen der Hessischen Landesregierung, die Beschlüsse hessischer Gemeinden zur Durchführung von Volksbefragungen über Atomwaffen aufzuheben – hierzu unten § 6, A. VI. 3. b)).

## 2. Fallbeispiele aus dem Schrifttum

Allerdings werden im (Gutachten-)Schrifttum auch Vorschläge für *Kompetenzausübungspflichten* gemacht<sup>1573</sup>:

*a) Umweltschutz: „Kernkraftwerk und Staatsgrenze“  
(Kloepfer/Kohler)*

Zu Beginn der 1980er Jahre haben sich Michael Kloepfer und Christian Kohler mit föderalismusverfassungsrechtlichen Kompetenzausübungspflichten des Bundes und korrespondierenden Ansprüchen der Länder beschäftigt. Ihnen war die Gutachtenfrage<sup>1574</sup> gestellt worden, ob den Bund gegenüber (bestimmten) Ländern (und Kommunen) – also im Inneren der Föderation – eine Pflicht treffe, im außenpolitisch-völkerrechtlichen Verkehr – also nach außen hin – auch Länderinteressen (und Interessen der Kommunen) gegenüber Nachbarstaaten zu vertreten.<sup>1575</sup> Konkret ging es um die Pflicht des Bundes zur „Wahrnehmung völkerrechtlicher Positionen bei grenznahen Kernkraftwerken“<sup>1576</sup>.

Die Autoren bejahen eine grundsätzliche „Pflicht des Bundes zur Zuständigkeitswahrnehmung“ im Länderinteresse; „Inaktivitäten und Zuständigkeitsmi[ss]brauch können verfassungswidrig sein“, obschon insoweit ein weites Auswählmessen des Bundes gegeben sei.<sup>1577</sup> Kloepfer und Kohler begründen diese Pflicht des Bundes und den korrespondierenden Anspruch eines betroffenen Landes mit Erwägungen, welche vorliegend als Aspekte der ‚Gewaltenteilungsbewältigung‘ (s.o. II. 2. a)) bezeichnet werden: „Gerade aus der prinzipiellen Monopolisierung auswärtiger Zuständigkeiten beim Bund folgt nach innen, da[ss] dieser bei ihrer Wahrnehmung nicht frei, sondern verfassungsrechtlich gebunden ist“; der Kompetenzgebrauch auch im Länderinteresse sei eine „aus der Idee des Bundesstaates – in der konkretisierten Form des Bundestreueprinzips – folgende [...] Pflicht.“<sup>1578</sup>

---

<sup>1573</sup> Teilweise finden sich solche Überlegungen freilich auch außerhalb der Gutachtenliteratur; vgl. etwa die sehr grundsätzliche Vorstellung von föderalen Kompetenzausübungspflichten (abgeleitet aus einem Grundsatz der „bündischen Sorge für das Grundgesetz“ – zu dieser Formel näher unten § 6; B. II. 3. a)) bei K. Kruis, in: FS Lerche, München 1993, S. 475 (476).

<sup>1574</sup> Der Studie M. Kloepfer/C. Kohler, Kernkraftwerk und Staatsgrenze, Berlin 1981, liegt fast vollständig ein Gutachten im Auftrag von Kommunen aus Rheinland-Pfalz und dem Saarland zu Grunde (vgl. a. a. O., S. 5).

<sup>1575</sup> Vgl. M. Kloepfer/C. Kohler, Kernkraftwerk und Staatsgrenze, Berlin 1981, S. 101 f.

<sup>1576</sup> M. Kloepfer/C. Kohler, Kernkraftwerk und Staatsgrenze, Berlin 1981, S. 99.

<sup>1577</sup> M. Kloepfer/C. Kohler, Kernkraftwerk und Staatsgrenze, Berlin 1981, S. 101.

<sup>1578</sup> M. Kloepfer/C. Kohler, Kernkraftwerk und Staatsgrenze, Berlin 1981, S. 101.

*b) Asyl-, Migrations- und Aufenthaltsrecht:  
„Migrationskrise als föderales Verfassungsproblem“ (Di Fabio)*

Zum Jahreswechsel 2015/2016 – ein Streit um die Flüchtlingspolitik der Bundesrepublik Deutschland war seit Herbst 2015 in vollem Gange – wurde Udo Di Fabio die Gutachtenfrage<sup>1579</sup> gestellt, ob ein Land einen Anspruch gegen den Bund darauf habe, dass dieser – Zitat – „zur Begrenzung des massenhaften und unkontrollierten Zustroms von Flüchtlingen [...], insbesondere im Hinblick auf einen wirksamen Schutz der Grenze“<sup>1580</sup> – Zitatende – tätig werden müsse.

Ausgehend von der – nicht unmittelbar einschlägigen – Entscheidung des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts in der Rechtssache Kalkar II zu den Grenzen von Weisungen des Bundes an Länder im Rahmen der Bundesauftragsverwaltung (also zur einer Ingerenz-Frage; hierzu unten § 6, A. II. 3. b))<sup>1581</sup> denkt Di Fabio vier Argumentationsstränge<sup>1582</sup> an (ohne diese äußerlich so klar zu trennen), aus denen sich ein Anspruch der Länder ergeben könnte, vom Bund die Ausübung seiner einschlägigen Kompetenzen (in mehr oder weniger bestimmter Weise<sup>1583</sup>) verlangen zu dürfen. Zwei dieser Argumentationsstränge lehnt Di Fabio (im Anschluss an das Bundesverfassungsgericht) ab, zwei Stränge affirmiert er:

*Erstens* prüft und verneint er einen umfassenden Anspruch eines Landes auf (objektiv) rechtmäßiges Handeln des Bundes (krude-verkürzend: auf ‚Rechtsstaatlichkeit‘);<sup>1584</sup> ebenfalls nicht durchschlagen kann seiner Auffassung nach – *zwei-*

<sup>1579</sup> Es handelt sich um ein (als Insgesamt unveröffentlichtes, aber im Internet abrufbares) Gutachten im Auftrag des Freistaates Bayern: *U. Di Fabio*, Migrationskrise als föderales Verfassungsproblem, unveröff. Gutachten, 2016. Daneben erschien der (deutlich kürzere) Aufsatz *U. Di Fabio*, ZSE 2015, 517 ff. Zum (macht-)politischen Hintergrund des Gutachtenauftrags *S. Detjen/M. Steinbeis*, Die Zauberlehrlinge. Der Streit um die Flüchtlingspolitik und der Mythos vom Rechtsbruch, Stuttgart 2019, S. 118 ff.; vgl. auch die Schilderung der Wirkungen des Gutachtens in der Medienöffentlichkeit und des Beitrags, den Interpretinnen und Interpreten des Gutachtens zum ‚Rechtsbruch‘-Mythos leisteten, a. a. O., S. 128 ff.

<sup>1580</sup> *U. Di Fabio*, ZSE 2015, 517.

<sup>1581</sup> BVerfGE 81, 310 – Kalkar II.

<sup>1582</sup> Zu verschiedenen Argumentationslinien des Gutachtens auch *S. Detjen/M. Steinbeis*, Die Zauberlehrlinge. Der Streit um die Flüchtlingspolitik und der Mythos vom Rechtsbruch, Stuttgart 2019, S. 119 f. – vgl. zu deren Analyse der Argumentation Di Fabios unten Fn. 1586.

<sup>1583</sup> Di Fabio betont(e), dass dem Bund hinsichtlich der Grenzsicherungsmaßnahmen ein Ermessen zukomme, sodass nicht ohne Weiteres von einem Rechts- und Verfassungsbruch gesprochen werden könne; vgl. im Gutachten *U. Di Fabio*, Migrationskrise als föderales Verfassungsproblem, unveröff. Gutachten, 2016, S. 87: „Das Grundgesetz schreibt nicht vor, wo und wie der wirksame Grenzschutz der Republik verwaltungstechnisch unter [EU-]Integrationsbedingungen geleistet wird“; auch im medienöffentlichen Nachgang der Begutachtung hob Di Fabio diesen Aspekt in Interviews hervor, vgl. *S. Detjen/M. Steinbeis*, Die Zauberlehrlinge. Der Streit um die Flüchtlingspolitik und der Mythos vom Rechtsbruch, Stuttgart 2019, S. 120 ff., m. w. N.

<sup>1584</sup> *U. Di Fabio*, Migrationskrise als föderales Verfassungsproblem, unveröff. Gutachten, 2016, S. 43: „Es ist ersichtlich, dass das Bundesverfassungsgericht im Bund-Länder-Streitverfahren keine allgemeine Gesetzaufsicht über den Bund ausüben will und das auch er-

*tens* – ein Auftreten des Landes als „Sachwalter des Einzelnen bei der Wahrnehmung seiner [Individual-]Grundrechte“<sup>1585</sup>.

Demgegenüber bekräftigt Di Fabio den *dritten* von ihm angedachten Argumentationsstrang (und macht ihn zu seinem Hauptargument<sup>1586</sup>); es handelt sich dabei um eine Version der ‚Gewaltenteilungsbewältigung‘ (s. o. 2. a) u. II. 2. a)): Di Fabio beschreibt die Verbandskompetenzlage im Asyl-, Migrations- und Aufenthaltsrecht als Gemengelage von Bund- und Länderkompetenzen: „Die hier bestehende außerordentlich enge Verschränkung von Kompetenzen des Bundes und der Länder begründet eine besondere Abhängigkeit der Ebenen voneinander und vermittelt deshalb einen ganz spezifischen, ein Verfassungsrechtsverhältnis erzeugenden Charakter.“<sup>1587</sup>

Gewissermaßen hilfsweise-unterstreichend<sup>1588</sup> affirmiert Di Fabio auch den *vierten* von ihm angedachten Argumentationsstrang: Die „tragende Verfassungsvoraussetzung“<sup>1589</sup> Staatlichkeit erfordere effektiven Grenzschutz.<sup>1590</sup> Das etatisti-

---

sichtlich ein Missbrauch dieses speziellen Verfahrens wäre“, unter Hinweis auf BVerfGE 81, 310 (334) – Kalkar II.

<sup>1585</sup> U. Di Fabio, Migrationskrise als föderales Verfassungsproblem, unveröff. Gutachten, 2016, S. 43 f.: So „hat das Interesse am gesetzmäßigen und wirksamen Vollzug der anderen Ebene nichts mit [...] der Wahrnehmung der Rechte Dritter [...] zu tun“, wiederum unter Hinweis auf BVerfGE 81, 310 (334) – Kalkar II; (nicht im Zusammenhang mit der Diskussion um die Flüchtlingspolitik) für ein anderes Verständnis des Zusammenhangs zwischen dem föderalen Verhältnis von Bund und Ländern einerseits sowie Individualgrundrechtsschutz andererseits (freilich in einer Konstellation des *status negativus* der Verbandsgrundrechtspositionen der Länder) J. Lennartz, JZ 2016, 287, welcher „Grundrechtsbindung als Weisungsgrenze“ bei der Bundesauftragsverwaltung (vgl. Art. 85 Abs. 3 GG) diskutiert (s. auch unten § 6, A. II. 3. b)).

<sup>1586</sup> Insoweit offenbar a. A. S. Detjen/M. Steinbeis, Die Zauberlehrlinge. Der Streit um die Flüchtlingspolitik und der Mythos vom Rechtsbruch, Stuttgart 2019, S. 119 f., welche den Schwerpunkt der Argumentation Di Fabios bei den etatistischen Ausführungen sehen, welche vorliegend (im Fließtext) als vierter Argumentationsstrang geführt werden. Die – vorliegend (im Fließtext) als dritter Strang geführte – Gewaltenteilungsbewältigungs-Argumentation (Pflicht des Bundes zur Rücksichtnahme auf die Funktionsfähigkeit der Länder) sehen Detjen und Steinbeis dagegen eher als Nebensache in Di Fabios Gesamtargumentation, vgl. a. a. O., S. 119. Dem ist entgegenzuhalten, dass Di Fabio, a. a. O., S. 48, die Argumentationsstränge zueinander ins Verhältnis setzt und dabei das Funktionsfähigkeitsargument gegenüber dem Staatlichkeitsargument als tragende Basis kennzeichnet, wenn er schreibt, „dass vorliegend bereits aus der besonderen Verschränkung der Kompetenzräume in der Sachmaterie Migration eine Pflicht des Bundes gegenüber den Ländern besteht, seine Verantwortung auch im Hinblick auf die Funktionsfähigkeit der Länder auszuüben“ (sodass es auf die Staatlichkeitsfrage nicht unbedingt ankomme).

<sup>1587</sup> U. Di Fabio, Migrationskrise als föderales Verfassungsproblem, unveröff. Gutachten, 2016, S. 45.

<sup>1588</sup> Beachte insoweit jedoch die Bemerkung in Fn. 1586.

<sup>1589</sup> U. Di Fabio, Migrationskrise als föderales Verfassungsproblem, unveröff. Gutachten, 2016, S. 45.

sche Argument kommt im Gutachten in zwei Formen daher: einmal als *Gesamtstaatlichkeit*<sup>1591</sup> und einmal als *Eigenstaatlichkeit* der Länder<sup>1592</sup> (*id est*: Bayerns). Hinsichtlich der Gesamtstaatlichkeit rekurriert Di Fabio auf die Drei-Elemente-Lehre Georg Jellineks: „Keine Ebene im Bundesstaat und kein zur Staatsleitung berufenes Verfassungsorgan darf seine Kompetenzen so ausüben, dass die Staatlichkeit als Voraussetzung der demokratischen Selbstbestimmung des Volkes verletzt oder gefährdet wird. Nach der staatstheoretischen Drei-Elemente-Lehre hängt die Existenz eines Staates davon ab, ob er mit einem wirksamen Gewaltmonopol die Bevölkerung auf einem abgegrenzten Gebiet kontrollieren und beherrschen kann.“<sup>1593</sup> Diese etatistische Argumentation ist im Schrifttum auf deutliche Kritik<sup>1594</sup> (s. auch unten § 12, B. I. 3. b) cc)), aber auch auf tendenzielle Zustimmung<sup>1595</sup> und Nachahmung gestoßen: Markus Möstl, welcher für einen zwischenzeitlich von der Regierung Bayerns erwogenen Bund-Länder-Streit gegen den Bund als Prozessvertreter ins Auge gefasst worden war<sup>1596</sup>, hat sich das Argumentieren mit der ‚Staatlichkeit‘ der Länder für deren Ansprüche gegen den Bund auf „wirksame Grenzsicherung und Zuwanderungskontrolle“ zu eigen gemacht<sup>1597</sup> – und den Etatismus der Arguments zudem methodologisch expliziert und verteidigt: „Wenn nämlich das Grundgesetz die Bundesrepublik [Deutschland] als Staat konstituiert, so ist es auch prinzipiell berechtigt, zur Ermittlung wesentlicher Eigenarten dieses Staates an Erkenntnisse der Allgemeinen Staatslehre anzuknüpfen, denn was ‚Staat‘ im substantiellen Sinne bedeutet, sagt die Allgemeine Staatslehre“<sup>1598</sup> (zur Kritik an

<sup>1590</sup> Ähnliche Argumentation mit der ‚Staatlichkeit‘ der Länder bei *U. Di Fabio*, Migrationskrise als föderales Verfassungsproblem, unveröff. Gutachten, 2016, S. 45; *M. Möstl*, AöR 142 (2017), 175 (225 ff.).

<sup>1591</sup> Vgl. *U. Di Fabio*, Migrationskrise als föderales Verfassungsproblem, unveröff. Gutachten, 2016, S. 46, 48, wiederum unter Hinweis auf und mit wörtlichem Zitat aus BVerfGE 81, 310 (334) – Kalkar II: „[...] gemeinsame Verantwortung für den Bestand des Staates [...]“; Hervorh. R.D.N. – der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts und im Anschluss daran Di Fabio sprechen hier vom Staat im Singular.

<sup>1592</sup> Vgl. *U. Di Fabio*, Migrationskrise als föderales Verfassungsproblem, unveröff. Gutachten, 2016, S. 48: „gravierend[e] Auswirkungen auf die Möglichkeit zur eigenstaatlichen Aufgabenwahrnehmung der Länder“. Insoweit geht das etatistische Argument freilich über in den vorliegend als dritten Strang gezählten Aspekt der Gewaltenteilungsbewältigung.

<sup>1593</sup> *U. Di Fabio*, Migrationskrise als föderales Verfassungsproblem, unveröff. Gutachten, 2016, S. 49, an dieser Stelle ohne ausdrücklichen Hinweis auf Jellinek, beachte dann aber a. a. O., S. 64, den Hinweis auf „Georg Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 1900, S. 394 ff.“

<sup>1594</sup> *J. Bast/C. Möllers*, VerfBlog, 2016/1/16; *W. Ewer/T. Thienel*, NJW 2016, 376 (377).

<sup>1595</sup> Vgl. am Rande, knapp und vage *H. Tabbert/A. Wagenseil*, ZAR 2017, 429 (434); auch *J. F. Lindner*, BayRVR, Net-Dokument BayRVR2015111101, argumentiert mit der ‚Staatlichkeit‘ der Länder, äußert aber Zweifel hinsichtlich des Erreichens der Schwelle zur Annahme einer Verletzung derselben.

<sup>1596</sup> Vgl. *S. Detjen/M. Steinbeis*, Die Zauberlehrlinge. Der Streit um die Flüchtlingspolitik und der Mythos vom Rechtsbruch, Stuttgart 2019, S. 124.

<sup>1597</sup> Vgl. *M. Möstl*, AöR 142 (2017), 175 (183 f., 225 ff.).

<sup>1598</sup> *M. Möstl*, AöR 142 (2017), 175 (184).

etatistischen Argumentationen im Föderalismusverfassungsrecht unten § 12, B. I. 3.).

#### IV. Fazit und Ausblick: zwischen ‚Gewaltenteilungsbewältigung‘ und Etatismus

Die vorgestellten Argumentationen mit dem *status positivus* der förderierten Einheiten werden vor allem vom Gedanken einer (vertikalen) ‚Gewaltenteilungsbewältigung‘<sup>1599</sup>, aber teilweise auch von etatistischen Momenten<sup>1600</sup> getragen. Die Begründung mit der Gewaltenteilungsbewältigung verweist tendenziell stärker auf den Gedanken der *shared rule*, die etatistische Begründung tendenziell auf die *self-rule* (zu diesem Begriffspaar oben § 2, B. I. 4.).

Das etatistische Argument für einen *status positivus* hebt die besondere ‚Zumutung‘, welche die vertikale Gewaltenteilung durch das föderale Ordnungsprinzip und die darin liegende Etablierung der „post-souveränen Welt“ (Roesler) für die förderierten Einheiten als ‚Staaten‘ (mit – der Idee nach – Allzuständigkeitsanspruch) bedeuten könne, besonders heraus. Diese ‚Zumutung‘ wird umso stärker, wenn exekutive Untätigkeit (insbesondere in den USA) gar bewusst als politisches Mittel eingesetzt wird.<sup>1601</sup> Dabei zeigt das Beispiel des aufenthaltsrechtlichen ‚aufgeschobenen Vollzugs‘ (*deferred action*)<sup>1601</sup> welcher bereits eine gefestigte Handlungsform des Verwaltungshandelns geworden ist, wie schwierig Untätigkeit und (eingeschränktes) positives Handeln voneinander zu unterscheiden sein können (s. o. II. 2. b)).

Die etatistische Lesart mag erklären, weshalb der *status positivus* der förderierten Einheiten gerade in Sachbereichen ins Spiel gebracht wird, welche wie Umweltschutz und Migration – vage, unscharf und missbrauchsanfällig – als Schutz des ‚Staatsgebiets‘ und als Schutz des ‚Staatsvolks‘ re-formulierbar sind (dazu auch unten § 12, B. I. 3. b) cc)).

Bei alledem ist festzuhalten, dass der skizzierte Argumentationsmodus zwar in den USA, nicht aber in Deutschland Niederschlag in der Rechtsprechung gefunden hat.

<sup>1599</sup> Besonders deutlich zur Argumentation mit der ‚Gewaltenteilungsbewältigung‘ (als ausschließliches Argument) in der Argumentation von Kloepper/Kohler (s. o. III. 2. a)), aber auch (als ein Argument neben anderen) in *Massachusetts v. EPA* (s. o. II. 2. a)), *Texas v. U.S.* (s. o. II. 2. b)) und bei Di Fabio (s. o. III. 2. b)).

<sup>1600</sup> Vgl. *Massachusetts v. EPA* (s. o. bei Fn. 1560), *Texas v. U.S.* (s. o. bei Fn. 1569), Di Fabio (s. o. bei Fn. 1589) und Möstl (s. o. bei Fn. 1598); verdeckter bei Kloepper/Kohler in der Formel „aus der Idee des Bundesstaates“ s. o. bei Fn. 1578.

<sup>1601</sup> S. o. in Fn. 1552.



### **C. *Status activus*: Effektivierung der Kompetenzen der föderierten Einheiten**

Der *status activus* der Verbandsgrundrechtspositionen der föderierten Einheiten kann argumentativ zur Behauptung einer Kompetenz(-ausübungs-)effektivierungsregel – und zwar in Bezug auf Kompetenzen der föderierten Einheiten selbst – in Stellung gebracht werden. Während die Abwehrfunktion des *status negativus* (s.o. A.) und die Verpflichtungsfunktion des *status positivus* (s.o. B.) der Verbandsgrundrechtspositionen der föderierten Einheiten modifizierend auf *Bundeskompetenzen* einwirken, soll mit dem *status activus* der Verbandsgrundrechtspositionen der föderierten Einheiten schließlich eine Modifikation der Ausübung der Kompetenzen *der föderierten Einheiten selbst* vorgestellt werden:

#### **I. „Politische Selbsterhaltung“ durch effektives Gebrauchendürfen der eigenen Kompetenzen**

Im Folgenden wird vergleichend untersucht, wie in den USA und in Deutschland für eine Effektivierung (der Ausübung) von Kompetenzen der Einzelstaaten bzw. Länder argumentiert wird. Die Einzelstaaten bzw. Länder werden in einschlägigen Argumentationen – normativ – als starke Kompetenzträger vorgestellt, also als politische Wirkeinheiten, die (jedenfalls in bestimmten Bereichen) effektiv arbeiten können müssen: In bestimmten Situationen komme es besonders darauf an, dass die föderierten Einheiten die ihnen (,ohnehin‘) zustehenden (aber ggf. ,zugedeckten‘) Kompetenzen effektiv gebrauchen dürfen. Diese Argumentation wird an ihren Rändern freilich höchst problematisch, nämlich dann, wenn faktisch neue Kompetenzen der föderierten Einheiten behauptet werden.

Dabei unterscheiden sich die einschlägigen Argumentationen zum *status activus* der föderierten Einheiten im Detail erheblich; eine Differenzierung soll den beiden Länderberichten vorweggeschickt werden: Wird die Kompetenzeffektivierung absolut oder relativ gefordert? Mit dieser Frage ist gemeint, ob die föderierten Einheiten eher als Wirkeinheiten für sich (also insoweit ,absolut‘) betrachtet werden oder ob sie in ihrem Zusammenwirken mit anderen föderalen Trägern (also insoweit ,relativ‘) betrachtet werden<sup>1602, 1603</sup>. Der Aspekt der relativen Kompetenzeffektivierung basiert auf dem oben eingeführten Gedanken der ,Gewaltenteilungsbewälti-

<sup>1602</sup> Vgl. insoweit (Rolle des Zusammenwirkens bzw. Zusammenwirkenmüssens mehrerer föderaler Träger für Kompetenzeffektivierung) insbesondere die Argumentation in BVerfGE 33, 303 (357 f.) – *numerus clausus* I (näher sogleich III. 1.).

<sup>1603</sup> Deutlich wird diese Differenzierung nach der vorherrschenden *Perspektive* (absolut oder relativ) in folgendem Satz von P. Lerche, in: FS Maunz, München 1981, 215 (220): „Der – Bund und Ländern gemeinsam obliegende – Grundrechtsschutz fordert hier Aktivitäten heraus, die nicht einmal ins *Blickfeld* treten wollten, *sähe* man nur stets sein eigenes abgezirkeltes Kompetenzhäuschen vor sich“ (Hervorh. R.D.N.).

gung‘ (s.o. B. II. 2. a) u. B. III. 2. a)): In bestimmten Konstellationen kann es in besonderem Maße für eine funktionierende *shared rule* (s.o. § 2, B. I. 4.) auf ein effektives Handeln der föderierten Einheiten im Gefüge der vertikalen Gewaltenteilung, v.a. in Verschränkungsstrukturen, ankommen. Darüber hinaus kann der – nicht unproblematische – Gedanke einer ‚Kompetenzkompensation‘ im Sinne einer ‚Kompetenz(-nichtgebrauchs-)kompensation‘<sup>1604</sup> relevant werden: Damit ist die Konstellation gemeint, in welcher die Bundesebene von einer Bundeskompetenz gar nicht oder in (angeblich) nicht effektiver oder (angeblich) nicht rechtmäßiger Weise Gebrauch macht, und daher insoweit ein „Eintreten“<sup>1605</sup> der föderierten Einheiten an Stelle der Bundesebene gefordert wird.<sup>1606</sup> Insoweit stellt die Effektivierung der Kompetenzen föderierter Einheiten im *status activus* – neben den eben vorgestellten Bundeskompetenzausübungspflichten, also dem *status positivus* der Verbandsgrundrechtspositionen (s.o. B. I.) – eine weitere, gewissermaßen gesteigerte<sup>1607</sup> Reaktionsmöglichkeit der föderierten Einheiten auf die Untätigkeit der Bundesebene (*federal inaction* – s.o. B. II. 1.) dar.

---

<sup>1604</sup> Zu beachten ist, dass der Begriff „Kompetenzkompensation“ überwiegend anders als vorliegend gebraucht wird: Überwiegend wird damit *nicht* die vorliegend untersuchte Kompensation von Kompetenznichtgebrauch der Bundesebene durch Kompetenzgebrauchseffektivierung der föderierten Einheiten in Bezug genommen, sondern vielmehr dynamische Entwicklungen des Kompetenz-‚Verlusts‘ föderierter Einheiten im Wege der Unitarisierung (ausführlich § 6, C. III.), sei es durch förmliche Verfassungsänderungen, durch Rechtsprechung oder durch tatsächliche Entwicklungen, und die Folgefrage, ob solche Kompetenz-‚Verluste‘ durch Mitwirkungsbefugnisse (d.h. *bottom-up*-Ingerenzen; s.o. § 4, B. II. 1.) ausgeglichen (kompensiert) werden können; vgl. in diesem Sinn etwa die ‚Kompensationsthese‘ Konrad Hesses im Rahmen seiner ‚Theorie‘ des „unitarischen Bundesstaats“ (s.u. § 6, C. III. mit Nachweisen); zu einem solchen Verständnis von „Kompetenzkompensation“ ausführlich auch A. Voßkuhle, Das Kompensationsprinzip, Tübingen 1999, S. 31 ff. Für eine Begriffsverwendung von „Kompensation“ („*compensation*“), wie sie auch vorliegend eingesetzt wird, vgl. demgegenüber die Nachweise unten in Fn. 1608.

<sup>1605</sup> P. Lerche, in: FS Maunz, München 1981, 215 (218).

<sup>1606</sup> Hier mag es der Sache nach Überschneidungen mit der – oben unter dem Gesichtspunkt des *status negativus* der föderierten Einheiten – betrachteten Fallgruppe von „Rechtsregime“-Kollisionen geben, wenn die föderierten Einheiten gerade die Ergänzung der als unzulänglich empfunden Bundesmaßnahmen durch eigene Maßnahmen in einem anderen Rechtsregime wählen, so etwa im Beispiel des Berliner Mietendeckels die Ergänzung von als unzulänglich empfundenen Privatrecht durch die Schaffung von öffentlichem Recht – s.o. A. IV. 3. b).

<sup>1607</sup> Insoweit exemplarisch die Evolution der Argumentation bei U. Di Fabio, Migrationskrise als föderales Verfassungsproblem, unveröff. Gutachten, 2016, S. 39 ff.: Zunächst geht es um Bundeskompetenzausübungspflichten, dann wird – freilich als Gutachten-*obiter dictum* – übergeführt (ab S. 45 ff.) auf Kompetenzeffektivierung der Länder. Vgl. zu den beiden alternativen Reaktionsmöglichkeiten auf *federal inaction* auch J. R. Nash, Notre Dame L. Rev. 85 (2010), 1015 (1073).

## II. USA: Kompetenz(-nichtgebrauchs-)kompensation, effektivierende Supplementierung von und Gegenentwürfe zum Bundesrecht(?)

Wie oben skizziert wurde, zeichnet sich das Verbandskompetenzrecht der USA im Grundsatz dadurch aus, dass es Sachbereiche gibt, in denen parallele Gesetzgebung der beiden föderalen Ebenen denkbar ist (näher oben § 4, B. I. 2. b) bb)). Oben wurde aber auch darauf hingewiesen, dass die Reichweite dieser Gesetzgebungsparallelität letztlich eingedämmt wird durch die *preemption*-Dogmatik, welche darüber entscheidet, ob Bundesrecht für parallele Gesetzgebung der Einzelstaaten Platz lässt oder nicht (näher oben § 4, B. I. 2. c) cc)). Legislative Vielfalt und – auch vertikaler – legislativer Wettbewerb werden durch den Grundsatz der föderalen Gesetzgebungskompetenzparallelität gefördert.

### 1. Kompetenz(-nichtgebrauchs-)kompensation: Beispiel Klimaschutzrecht

Wird die Bundesebene in einem Politikfeld nicht oder (angeblich) nicht in ausreichendem Maße aktiv, so können die Einzelstaaten grundsätzlich ‚eintreten‘. Hierfür wurde (mit Blick auf Politikfelder wie soziale Sicherung und Klimaschutzpolitik) das Schlagwort „*compensatory federalism*“ geprägt.<sup>1608</sup> Es geht um ebenenübergreifende Kompetenz(-nichtgebrauchs-)kompensation<sup>1609</sup>.

Ein solches kompensatorisches Eintreten der Einzelstaaten bei (partieller) Inaktivität der Bundesebene kann völlig konfliktfrei verlaufen, es kommen insoweit aber durchaus auch Konflikte vor: Wegen der *preemption*-Dogmatik gilt der Grundsatz der Gesetzgebungskompetenzparallelität wie erwähnt letztlich nicht uneingeschränkt; daher treten Spannungen mit dem *status activus* der Einzelstaaten auf, wenn die Einzelstaaten legislativ aktiv werden, gegen dieses legislative Tätigwerden allerdings geltend gemacht wird, dass es durch einschlägiges einfaches Bundesrecht gesperrt werde (zu den Details s. o. § 4, B. I. 2. c) cc)).<sup>1610</sup>

<sup>1608</sup> F. J. Thompson, in: ders./J. J. DiIulio (Hrsg.), *Medicaid and Devolution. A View from the States*, Washington, D.C., U.S.A., 1998, S. 14 (51): „*the perspective rooted in compensatory federalism asserts that policy retreat at one level of the federal system often spurs new activism at another level*“; hieran anschließend: S. K. Pandey, *Journal of Aging & Social Policy* 14 (2002), 161 (162): „*The compensatory federalism thesis suggests that when government institutions at one level fail to address an important policy issue, corresponding institutions at another level rise up to the challenge and provide the necessary leadership and guidance*“; vgl. auch M. Derthick, in: B. G. Rabe (Hrsg.), *Greenhouse Governance. Addressing Climate Change in America*, Washington, D.C., U.S.A., 2010, 58 (59): „*when governments at one level of the system are able to compensate for weaknesses or defects at another level*“.

<sup>1609</sup> Beachte die Bemerkung in Fn. 1604.

<sup>1610</sup> Gewissermaßen lassen sich alle Streitigkeiten, bei denen es um die Reichweite der *preemption*-Dogmatik geht, als *status activus*-Fragen formulieren, da die Reichweite der

Den Extremfall bilden bundesgesetzliche Arrangements, bei denen die Bundesebene – häufig auch der untergesetzliche Rechtsetzer auf Bundesebene, also *federal agencies* – (bewusst) völlig untätig bleibt und zugleich ein Tätigwerden der Staaten durch oder aufgrund eines Bundesgesetzes untersagt (sog. „*null preemption*“<sup>1611</sup> oder „*preemption by inaction*“<sup>1612</sup>).<sup>1613</sup> Ein Beispiel bildet die eben schon angesprochene Verweigerung der *Environmental Protection Agency* in den 2000er Jahren, Treibhausgas-Emissionen von Kraftfahrzeugen zu regulieren – bei gleichzeitigem Ausschluss von einzelstaatenrechtlicher Tätigkeit (s. o. B. II. 2. a)).<sup>1614</sup> Jonathan Remy Nash hat weitere Beispiele für *null preemption* u. a. im Bankenaufsichtsrecht, im Arbeitsrecht oder im Fluggastrecht beschrieben.<sup>1615</sup> Nash qualifiziert *null preemption* als intensiven verbandsgrundrechtspositionsrelevanten Eingriff in die Sphäre der Einzelstaaten (als „Souveränitäts“-<sup>1616</sup> und gar als „*dignity*“-Frage).<sup>1617</sup> In Einzelfällen könnte *null preemption* freilich einmal gerechtfertigt sein, etwa wenn einzelstaatliche Gesetzgebung zu ungewollten Externalisierungseffekten führen würde, aber eine bundesrechtliche Regelung (ggf. vorübergehend) für nicht sinnvoll erachtet wird.<sup>1618</sup> Häufig gebe es für *null preemption* allerdings keine hinreichende Rechtfertigung. Nash verweist auf zwei potenzielle Lösungswege: Entweder dürfen Einzelstaaten – im *status positivus* – gegen die Inaktivität der Bundesebene vorgehen (s. zu dieser Konstellation die Leitentscheidung *Massachusetts v. EPA*; oben B. II. 2. a)) oder sie dürfen – im *status activus* – selbst legislativ aktiv wer-

*preemption*-Dogmatik letztlich über den legislativen Handlungsspielraum der Einzelstaaten entscheidet; insoweit ließen sich etwa auch die oben bei der *status negativus*-Fallgruppe zu den ‚Gesetzgebungsreservaten‘ diskutierten Fälle (s. o. A. I. 2. b) aa)) als *status activus*-Fragen diskutieren. Während aber bei der Fallgruppe zu den ‚Gesetzgebungsreservaten‘ der Aspekt der traditionellen „*police powers*“ im Vordergrund steht (s. o. A. I. 2.), geht es vorliegend um die besondere Konstellation des Eintretenwollens der Einzelstaaten für (partielle) Inaktivität der Bundesebene.

<sup>1611</sup> J. R. Nash, Notre Dame L. Rev. 85 (2010), 1015.

<sup>1612</sup> R. L. Glicksman, Va. Env'tl. L. J. 26 (2008), 5, mit dem Aufsatztitel „*Nothing is Real*“.

<sup>1613</sup> (Komparatistischer Exkurs:) vgl. für eine ähnliche Konstellation im deutschen Föderalismusverfassungsrecht die Ausführungen des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts in BVerfGE 98, 265 (300) – Bayerisches Schwangerenhilfegesetz: „Auch in dem absichtsvollen Unterlassen einer Regelung kann ein Gebrauchmachen von einer Bundeszuständigkeit liegen, das dann insoweit Sperrwirkung für die Länder erzeugt (vgl. BVerfGE 32, 319 [327 f.]). Zu einem erkennbar gewordenen Willen des Bundesgesetzgebers, zusätzliche Regelungen auszuschließen, darf sich ein Landesgesetzgeber nicht in Widerspruch setzen, selbst wenn er das Bundesgesetz – gemessen an höherrangigen Grundrechtsverbürgungen – wegen des Fehlens der Regelung für unzureichend hält (vgl. BVerfGE 32, 319 [327]; 36, 193 [211 f.]; 36, 314 [320 f.]; 85, 134 [147]).“

<sup>1614</sup> Vgl. J. R. Nash, Notre Dame L. Rev. 85 (2010), 1015 (1021 ff.).

<sup>1615</sup> Vgl. J. R. Nash, Notre Dame L. Rev. 85 (2010), 1015 (1029 ff.).

<sup>1616</sup> J. R. Nash, Notre Dame L. Rev. 85 (2010), 1015 (1020).

<sup>1617</sup> J. R. Nash, Notre Dame L. Rev. 85 (2010), 1015 (1072): „*the existence of null preemption may be seen to offend states' dignity and frustrate states' prerogative to see to the wellbeing of their citizens*“.

<sup>1618</sup> Vgl. J. R. Nash, Notre Dame L. Rev. 85 (2010), 1015 (1019, 1062).

den.<sup>1619</sup> Nash plädiert entsprechend dafür, dass Gerichte in Fällen, in denen kein sachlicher Grund für bundesgesetzliche *null preemption* besteht, den Einzelstaatengesetzgebern Raum für eigenes legislatives Tätigwerden lassen sollten, indem sie insoweit eine Sperrwirkung des Bundesrechts verneinen; Einzelstaaten sollten dies erleichtert einklagen können.<sup>1620</sup>

## 2. Effektivierende Supplementierung von Bundesrecht(?): Beispiel Aufenthaltsrecht

*Status activus*-Konflikte sind auch denkbar, wenn die Bundesebene in einem Sachbereich nicht völlig inaktiv bleibt, sondern ein gewisses Maß an legislativer Aktivität an den Tag legt, ein Einzelstaat aber abweichende, weitergehende, ‚schärfere‘ Gesetzgebung erlassen möchte. Es stellt sich die Frage, ob und in welchem Maß der Einzelstaat die bundesgesetzlichen Maßnahmen durch eigene Gesetzgebung ergänzen und effektivieren darf.<sup>1621</sup>

Diese Frage stand im Mittelpunkt der *U.S. Supreme Court*-Entscheidung *Arizona v. United States* (2012)<sup>1622</sup>. Der Gesetzgeber von Arizona hatte ein aufenthaltsrechtliches Gesetz erlassen, welches Menschen ohne US-amerikanische Staatsbürgerschaft bestimmten (teilweise straffbewehrten) Ge- und Verboten unterwarf: Eine Regelung sah vor, dass Menschen ohne US-amerikanische Staatsbürgerschaft verpflichtet seien, ständig Papiere, die ihren rechtmäßigen Aufenthaltsstatus nachweisen, mit sich zu führen; eine andere Regelung untersagte Menschen ohne Aufenthaltsberechtigung unter Strafandrohung, in Arizona entgeltliche Beschäftigungsverhältnisse einzugehen. Die 5:3-Mehrheit<sup>1623</sup> des Gerichts hielt diese (und andere) Regelungen des Einzelstaatengesetzes für bundesgesetzlich gesperrt (*pre-empted*): Der Bundesgesetzgeber habe das Politikfeld des Aufenthalts- und Immigrationsrechts umfassend geregelt. Damit sei die Registrierung von Nicht-Staatsbürgern (sowie entsprechende Dokumentations- und Ausweispflichten) abschließliche Bundesangelegenheit.<sup>1624</sup> Das Verbot der Arbeitssuche verstoße gegen

<sup>1619</sup> Vgl. *J. R. Nash*, *Notre Dame L. Rev.* 85 (2010), 1015 (1073 ff.); für eine enge Begrenzung der Möglichkeiten des Bundesgesetzgebers, Gesetzgebung der Einzelstaaten – trotz eigener Untätigkeit in der Sache – zu sperren auch *R. L. Glicksman*, *Va. Env'tl. L. J.* 26 (2008), 5 (9 f., 18 ff.). Sowohl Nash wie auch Glicksman differenzieren bei ihren konkreten dogmatischen Vorschlägen im Einzelnen danach, welcher Akteur (Bundesgesetzgeber oder Bundesbehörde?) die Entscheidungen über die eigene Inaktivität und das Sperren der Gesetzgebung der Einzelstaaten trifft.

<sup>1620</sup> Vgl. *J. R. Nash*, *Notre Dame L. Rev.* 85 (2010), 1015 (1020, 1072 ff.).

<sup>1621</sup> Vgl. den Hinweis in Fn. 1606 zu Überschneidungen mit den oben betrachteten „Rechtsregime“-Kollisionen, etwa beim Berliner Mietendeckel.

<sup>1622</sup> *Arizona v. United States*, 567 U.S. 387 (2012).

<sup>1623</sup> An der Entscheidung nahmen nur acht statt neun Richterinnen und Richter teil; *Justice Kagan* nahm (wohl wegen Besorgnis der Befangenheit) nicht daran teil.

<sup>1624</sup> *Arizona v. United States*, 567 U.S. 387 (2012), 401: „*the Federal Government has occupied the field of alien registration*“.

das Regelungsprogramm des Bundesgesetzgebers, welcher insoweit nur Arbeitgeber, nicht Arbeitnehmer belangen möchte.<sup>1625</sup>

Mit Blick auf den *status activus* Arizonas bemerkenswert ist das abweichende Sondervotum<sup>1626</sup> von Justice Scalia: In deutlich etatistischer Manier behauptet er ein „Recht [Arizonas], von seinem souveränen Territorium diejenigen Menschen auszuschließen, welche kein Recht haben, dort zu sein“; dies sei „das bestimmende Merkmal der Souveränität“.<sup>1627</sup> Zwar erkennt Scalia an, dass unter der föderalen Kompetenzverteilung der USA der Bundesgesetzgeber (nicht der Gesetzgeber von Arizona) weitgehend darüber entscheiden könne, welche Menschen das „Recht haben, dort zu sein“, allerdings bleibe dem Gesetzgeber von Arizona zumindest die Kompetenz, durch *ergänzende* Einzelstaatengesetzgebung die effektive Durchsetzung der bundesgesetzlichen Grundentscheidungen zu ermöglichen; die in Rede stehenden gesetzlichen Ge- und Verbote Arizonas würden den bundesgesetzlichen Rahmen nur ergänzen und sinnvoll an diesen anknüpfen.<sup>1628</sup> Arizona habe ein be-

<sup>1625</sup> *Arizona v. United States*, 567 U.S. 387 (2012), 406: „Congress decided it would be inappropriate to impose criminal penalties on aliens who seek or engage in unauthorized employment“.

<sup>1626</sup> Insgesamt gab es drei eigenständige abweichende Sondervoten: Justice Thomas argumentiert in seinem Sondervotum nicht etatistisch, sondern wendet schlicht andere (engere) Maßstäbe hinsichtlich der *preemption*-Dogmatik (s. allgemein o. § 4, B. I. 2. c) cc)) an und erkennt von vorneherein keinen Normkonflikt zwischen Bundes- und Staatenrecht, vgl. *Arizona v. United States*, 567 U.S. 387 (2012), 437 ff. Auch Justice Alito verfasste ein eigenständiges abweichendes Sondervotum, in welchem er – ähnlich wie das Gericht in der oben besprochenen Entscheidung *Rice v. Santa Fe Elevator Corp.*, 331 U.S. 218 (1947), s. o. A. I. 2. b) aa) – ein Bestimmtheitsgebot bei der Prüfung der *preemption*-Dogmatik hervorhebt, da „state police powers“ berührt seien, vgl. *Arizona v. United States*, 567 U.S. 387 (2012), 440 ff.

<sup>1627</sup> *Arizona v. United States*, 567 U.S. 387 (2012), 416, 417 (abw. Sondervotum Justice Scalia): „the defining characteristic of sovereignty: the power to exclude from the sovereign’s territory people who have no right to be there“. Beinahe obsessiv wiederholt Scalia diese Behauptung vielfach, vgl. etwa: „States’ power to exclude those they did not want“ (a. a. O., 418); „inherent power to protect their territory“ (419); „the core of state sovereignty: the power to exclude“ (423). (Immerhin) sucht Scalia auch nach Anhaltspunkten für dieses „Recht“ Arizonas im Verfassungstext, so etwa im *Privileges and Immunities Clause* (Art. IV, Sec. 2, Cl. 1 USC) mit dem Argument, dass dieser ja nur „citizens“ (also nicht Menschen ohne US-amerikanische Staatsbürgerschaft) gleiche Rechte in allen Staaten garantiere, sowie in Art. I, Sec. 10, Cl. 2 u. Cl. 3 USC (a. a. O., 418 f.). Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass Scalias Argumentation gewisse Überschneidungen mit der oben vorgestellten *status negativus*-Fallgruppe zu den Gesetzgebungsreservaten der Einzelstaaten hat: „States’ traditional role in regulating immigration – and [...] their sovereign prerogative to do so“ (a. a. O., 422); auch hier fordert Scalia eine *clear statement rule* (näher § 8, C. I. 2. b) bb)): „Like elimination of the States’ other inherent sovereign power; [...], elimination of the States’ sovereign power to exclude requires that Congress ... unequivocally expres[s] its intent to abrogate,“ (a. a. O., 423).

<sup>1628</sup> *Arizona v. United States*, 567 U.S. 387 (2012), 416, 437 (abw. Sondervotum Justice Scalia): „The laws under challenge here do not extend or revise federal immigration restrictions, but merely enforce those restrictions more effectively“.

rechtigtes Interesse, durch diese legislative Supplementierung des Bundesrechts drohenden Dysfunktionalitäten des Vollzugs zu begegnen.<sup>1629</sup>

### 3. Gegenentwürfe zum Bundesrecht(?): Beispiel ‚medical marijuana‘

Eine weitere graduelle Steigerung gegenüber der Supplementierung von Bundesrecht durch Einzelstaatenrecht stellen legislative Tätigkeiten der föderierten Einheiten dar, durch welche gegenüber dem Bundesrecht geradezu *gegenläufige* sachpolitische Entscheidungen auf Einzelstaatenebene etabliert werden.

Hier besteht eine gewisse Verwandtschaft mit einem Teil der Fälle, welche oben bei der *status negativus*-Fallgruppe zu den sachpolitischen Legislativreserven diskutiert wurden (s. o. A. I. 2. b)): In *Gonzales v. Oregon* (betreffe [Betäubungsmittel-] Strafbarkeit von *physician-assisted death*) und in den Aufsätzen von Michael J. Zydney Mannheimer (betreffe *federal death penalty*) wurde für Bundeskompetenzgrenzen im Modus der Nichtanwendbarkeit von Bundesrecht in Bereichen der *police powers* der Einzelstaaten argumentiert; in diesen Fällen waren zwar auch Einzelstaatengesetze zur Legalisierung von *physician-assisted death* bzw. zum Verbot der Todesstrafe vorhanden, letztlich ging es direkt aber um eine Begrenzung der Anwendbarkeit der einschlägigen Bundesgesetze in diesen Sachbereichen (also um den *status negativus*). Hier interessiert nunmehr vielmehr der *status activus* der föderierten Einheiten, also die Effektivierung ihrer Kompetenzen, während die Kompetenzgemäßheit und Anwendbarkeit von parallelem Bundesrecht außer Frage stehen. Die hier interessierenden Spannungslagen ergeben sich aus der Unschärfe der *preemption*-Dogmatik zum Vorrang von Bundesrecht gegenüber Einzelstaatenrecht (dazu einführend oben § 4, B. I. 2. c cc)). In den einschlägigen Fällen ist ungeklärt, ob oder inwieweit der Bundesgesetzgeber paralleles Einzelstaatenrecht verdrängen und verhindern möchte, sodass gegenläufige Regelungen auf den föderalen Ebenen zu Stande kommen können:

Der wichtigste Sachbereich für diese Art von Einzelstaatenaktivität in parallel-gegenläufiger Ausrichtung gegenüber dem Bundesrecht ist die Legalisierung von Marihuana bei medizinischer Indikation (oder darüber hinaus). Es bestehen keine ernsthaften Zweifel daran, dass der Bundesgesetzgeber im *Controlled Substances Act (CSA)* die Herstellung, den Vertrieb und den Besitz von Marihuana verboten hat<sup>1630</sup> –, und zwar grundsätzlich unabhängig von Fällen medizinischer Indikati-

<sup>1629</sup> Vgl. *Arizona v. United States*, 567 U.S. 387 (2012), 416, 431 (abw. Sondervotum *Justice Scalia*): „*What I do fear – and what Arizona and the States that support it fear – is that federal policies‘ of nonenforcement will leave the States helpless before those evil effects of illegal immigration*“.

<sup>1630</sup> 21 U.S.C. §§ 841(a), 844(a); deutlich zu diesem Befund der Gesetzeslage *R. A. Mikos, J. Health Care L. & Pol’y* 16 (2013), 5 (6); *J. H. Adler, Case W. Res. L. Rev.* 65 (2015), 505 (506); *B. P. Denning, FIU L. Rev.* 11 (2016), 349 (350); *E. Chemerinsky, B. C. L. Rev.* 58 (2017), 857.



on<sup>1631</sup>. Der *U.S. Supreme Court* hat ausdrücklich bestätigt, dass dem Bundesgesetzgeber die entsprechende Gesetzgebungskompetenz (aus der *commerce clause*) zusteht –, und zwar ausdrücklich unabhängig davon, ob in bestimmten Einzelstaaten Marihuana einzelstaatengesetzlich legalisiert ist.<sup>1632</sup> Die Verfassungsmäßigkeit und die (rechtliche<sup>1633</sup>) Anwendbarkeit des bundesgesetzlichen Verbots in der gesamten Föderation steht also – anders als in den oben behandelten *status negativus*-Fällen zum ärztlich begleiteten Sterben und zur Todesstrafe (s. o. A. I. 2. b)) – außer Frage.

Dennoch ergeben sich auch hier föderalismusverfassungsrechtliche Schwierigkeiten; diese entstehen deshalb, weil es in verschiedenen Einzelstaaten durchaus Gesetzgebung gibt, welche bestimmte Formen des Gebrauchs und ggf. auch der Herstellung und des Vertriebs von Marihuana legalisiert: Beginnend mit einer direkt-demokratischen Initiative<sup>1634</sup> in Kalifornien im Jahr 1996 (*California Proposition 215, Compassionate Use Act*) haben unterdessen etwa die Hälfte der Einzelstaaten bestimmte Formen des Gebrauchs von Marihuana de-pönalisiert oder legalisiert.<sup>1635</sup> Erwin Chemerinsky hat mehrere einschlägige föderalismusverfassungsrechtliche Problem-Cluster unterschieden, welche daraus herrühren<sup>1636</sup>: *Erstens* stellt sich die Frage nach der Bundesverfassungsmäßigkeit von Einzelstaatengesetzen, welche Marihuana-Konsum insbesondere zu medizinischen Zwecken schlicht legalisieren oder de-pönalisieren; Chemerinsky bejaht die Bundesverfassungsmäßigkeit solcher Gesetze, weist aber darauf hin, dass sie das Bundesgesetz *CSA* und das dort enthaltene Verbot intakt lassen.<sup>1637</sup> Komplexer sei die Lage, wenn Einzelstaatengesetze darüber hinaus die Produktion, den Vertrieb und den Konsum von Marihuana – aktiv – regulieren und besteuern: Hier könne die *preemption*-Dogmatik (s. o. § 4, B. I. 2. c) cc)) aktiviert sein, wenn der Gesetzeszweck des Bundesgesetzes *CSA* konterkariert werde, was im Einzelnen aber sehr umstritten sei.<sup>1638</sup> Es ist eben nicht

<sup>1631</sup> Vgl. *B. P. Denning*, FIU L. Rev. 11 (2016), 349 (350), mit Hinweis auf *United States v. Oakland Cannabis Buyers' Coop.*, 532 U.S. 483 (2001), 491 f.

<sup>1632</sup> *Gonzales v. Raich*, 545 U.S. 1 (2005), 29: „limiting the activity to marijuana possession and cultivation ‚in accordance with state law‘ cannot serve to place respondents' activities beyond congressional reach. The Supremacy Clause unambiguously provides that if there is any conflict between federal and state law, federal law shall prevail.“

<sup>1633</sup> Damit ist noch nicht gesagt, dass die *tatsächlichen* Ressourcen für den Vollzug des bundesgesetzlichen Verbots – unabhängig von einzelstaatlicher Unterstützung – flächendeckend zur Verfügung stehen; hierzu sogleich im Fließtext bei Fn. 1642.

<sup>1634</sup> Zu diesem *popular federalism*-Aspekt unten § 8, C. I. 2. c) bb).

<sup>1635</sup> Vgl. die exemplarische Auszählung von Einzelstaatengesetzen bei *E. Chemerinsky*, B. C. L. Rev. 58 (2017), 857 (857, dort in Fn. 3); vgl. zuvor (nicht mehr aktuell) *R. A. Mikos*, J. Health Care L. & Pol'y 16 (2013), 5.

<sup>1636</sup> Vgl. *E. Chemerinsky*, B. C. L. Rev. 58 (2017), 857 (859 ff.).

<sup>1637</sup> Vgl. *E. Chemerinsky*, B. C. L. Rev. 58 (2017), 857 (859): „A state may choose to have no law prohibiting marijuana, a law prohibiting marijuana with an exception for medical use, or a law allowing possession of small amounts of marijuana – essentially anything else it wants. Of course, the choice by a state to legalize marijuana does not have any effect on the federal law or federal enforcement of it.“

<sup>1638</sup> Vgl. *E. Chemerinsky*, B. C. L. Rev. 58 (2017), 857 (859 f.).

klar feststellbar, inwieweit der Bundesgesetzgeber solche Einzelstaatengesetze verdrängen oder verhindern möchte; die Frage ist weder gerichtlich noch in der Bundesexekutive<sup>1639</sup> geklärt.<sup>1640</sup> Schließlich seien – *drittens* – (vorliegend nicht zu vertiefende) Probleme des ‚horizontalen‘ Föderalismus zu beobachten, welche daher rühren, dass manche Einzelstaaten (wie die Bundesebene) Marihuana strikt verbieten, andere zunehmend jedoch eben nicht.<sup>1641</sup>

Die föderale Spannungslage lässt sich nur dann angemessen erfassen, wenn man sich vor Augen führt, dass die für das Betäubungsmittelstrafrecht und -polizeirecht zuständigen Bundesbehörden in weiten Teilen *faktisch* nicht ausreichend ausgestattet sind, um das strikte Verbot des Bundesgesetzes CSA umfassend selbst zu vollziehen: Die Bundesstellen sind auf die Zusammenarbeit mit den zuständigen Behörden der Einzelstaaten angewiesen, können diese Zusammenarbeit aber gerade nicht erzwingen (hierzu ausführlich unten § 6, A. II. 2.).<sup>1642</sup> Entsprechend konzentriert sich die Vollzugstätigkeit tendenziell auf die Einzelstaaten, in denen keine Legalisierung auf Einzelstaatenebene besteht. Im Ergebnis lässt sich hier ansatzweise ein *faktischer* (nicht rechtlicher) Vorrang des Einzelstaatenrechts gegenüber dem Bundesrecht<sup>1643</sup> konstatieren, auch wenn erhebliche Rechtsunsicherheiten verbleiben<sup>1644</sup>.

<sup>1639</sup> Zu diesem *departmentalist federalism*-Aspekt unten § 8, C. I. 2. c). bb; zu *departmentalist federalism* allgemein unten § 8, B. I. 2.

<sup>1640</sup> Vgl. R. A. Mikos, J. Health Care L. & Pol’y 16 (2013), 5 (7): „*No one has yet satisfactorily explained the extent of the states’ authority to adopt reforms in the face of the federal ban. Neither the United States Supreme Court, nor any federal appellate court, nor the United States Department of Justice (DOJ) has yet opined on Congress’s intent to preempt state marijuana reforms*“; die *preemption*-Frage ist unklar, zusammenfassend B. P. Denning, Case W. Res. L. Rev. 65 (2015), 567 (573 ff.); ders., FIU L. Rev. 11 (2016), 349 (352 ff.). Die Einstellung der Bundesverwaltung zu dieser Frage changiert: Am 29. August 2013 erließ der damalige *Deputy Attorney General James M. Cole* ein *Memorandum*, wonach es nicht Ziel der Bundesebene sei, den CSA so auszulegen, einzelstaatliche Legalisierungsbestrebungen zu unterbinden; hierzu J. H. Adler, Case W. Res. L. Rev. 65 (2015), 505 (507 f.). Nach dem Ende der *Obama*-Präsidentschaft und dem Wechsel zur *Trump*-Präsidentschaft hob der neue *Attorney General Jeff Sessions* das sog. *Cole Memorandum* auf.

<sup>1641</sup> Vgl. E. Chemerinsky, B. C. L. Rev. 58 (2017), 857 (860 f.).

<sup>1642</sup> Vgl. J. H. Adler, Case W. Res. L. Rev. 65 (2015), 505 (506 f.), m. w. N. Dass die eigenen Ressourcen der Bundesverwaltung insoweit unzureichend sind, wurde im oben (in Fn. 1640) erwähnten *Cole Memorandum* ausdrücklich eingeräumt.

<sup>1643</sup> Vgl. J. J. Dinan, Penn State L. Rev. 115 (2012), 1007 (1026): „*[some] states have therefore been effective in insulating their residents from prosecution for use of medical marijuana in the face of a contrary congressional statute*“.

<sup>1644</sup> Vgl. J. H. Adler, Case W. Res. L. Rev. 65 (2015), 505 (506): „*potential legal jeopardy*“ – hier wird Föderalismus als Zumutung greifbar; dazu ausführlich § 12, B. III. 2.

### III. Deutschland: Kompetenzeffektivierung zwischen Individualgrundrechtsschutz, Landesverfassungsidentität und Etatismus(?)

Der Modus der Effektivierung von Kompetenzen der Länder scheint für den grundgesetzlichen Föderalismus mit seinem Impetus zur Vermeidung von Kompetenzparallelität (dazu oben § 4, B. I. 2. b) aa)) von vorneherein fernliegend. Dennoch gibt es einige einschlägige – freilich überwiegend ungesicherte – Dogmatikangebote:

#### 1. Effektiver (Bundes-)Individualgrundrechtsschutz und Kompetenzeffektivierung: Beispiel Hochschulrecht

Wie die knappe Skizze zum ersten *numerus clausus*-Urteil des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts oben zeigen sollte, kann die Argumentation mit dem *status activus* der föderierten Einheiten ein individualgrundrechtstheoretisches Fundament besitzen: Das Gericht brachte eine Reservekompetenz<sup>1645</sup> der Länder zur Effektivierung des Individualgrundrechtsschutzes ins Spiel, sollte die primär zuständige Bundesebene nicht tätig werden (s. o. § 4, B. III. 3. c)). Zu beachten ist, dass es hier um *Bundes*-Individualgrundrechte (also in der Bundesverfassung Grundgesetz selbst verbürgte Grundrechte) geht; die weitergehende Frage, ob auch *Landes*-Individualgrundrechte oder andere landesverfassungsrechtliche Normen für die Auslegung der (bundesverfassungsrechtlichen) Kompetenzordnung eine Rolle spielen können (hierzu gleich 2.), wird insoweit also nicht gestellt.

Peter Lerche hat die Begründung des *numerus clausus*-Urteils argumentativ weiterentwickelt und zugespitzt: Die gemeinsame Verantwortung von Bund und Ländern für die Verwirklichung des Grundrechtsschutzes könne dazu führen, dass Bund und Länder „notfalls bis an die Grenze ihrer Kompetenzräume“ gehen müssten und insoweit ggf. „Eintretenspflichten der jeweils anderen Seite“ ausgelöst würden.<sup>1646</sup> An dieser Stelle mag man die Frage stellen, inwieweit es in der hier in Bezug genommenen Entscheidung überhaupt um eine *föderale* Verbandsgrundrechtsposition der Länder geht, schließlich steht hier die Verwirklichung von (Individual-) Grundrechtsschutz (aus Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG beim *numerus clausus* bzw. aus Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG bei Lerches Argumentation) im Vordergrund: Bei der späteren Auseinandersetzung mit dem ‚freiheitlichen Föderalismus‘ (genauer: Grundrechts-

<sup>1645</sup> Ebenfalls mit der Frage nach Verbands-Reservekompetenzen, allerdings im umgekehrten Verhältnis (also *top-down*) und nicht mit Blick auf Individualgrundrechtsschutz, sondern mit Blick auf europarechtliche Verpflichtungen, beschäftigt sich *M. Heintzen*, Die Kategorie der Kompetenz im Bundesstaatsrecht, Typoskript (Habilitationsschrift, Universität Bonn) 1993, S. 725 ff.: Frage, ob der Bund eine Kompetenzerweiterung erfahre, falls Länder EU-Recht nicht umsetzen; hierzu *U. Di Fabio*, Migrationskrise als föderales Verfassungsproblem, unveröff. Gutachten, 2016, S. 47.

<sup>1646</sup> *P. Lerche*, in: FS Maunz, München 1981, S. 215 (218, 220).

föderalismus) soll gezeigt werden, dass föderale Verbandsgrundrechtspositionen der föderierten Einheiten argumentativ auch durch Individualgrundrechte der in den föderierten Einheiten lebenden Personen (hier: Studienbewerberinnen und -bewerber bzw. Forschende) gestützt werden (können) (ausführlich § 12, B. II. 3. c)).

## 2. Landesverfassungsrecht und Kompetenzzuweisung(?): Beispiel Wohnungsmietrecht

Einer – dogmatisch ungesicherten – Argumentation (oder anders gefasst: einer klaren ‚Mindermeinung‘) zu Folge soll *Landesverfassungsrecht* Einfluss auf die Auslegung der *bundesverfassungsrechtlichen* Kompetenzordnung nehmen können: In einem Rechtsgutachten zum – bereits skizzierten – Problem der Kompetenzgemäßheit eines landesgesetzlichen Mietpreisregulierungsgesetzes (s. o. A. IV. 3. b)) vertreten Franz C. Mayer und Markus Artz die Auffassung, eine landesverfassungsrechtliche Staatszielbestimmung (das „Recht auf angemessenen Wohnraum“ gemäß Art. 28 Abs. 1 S. 1 der Verfassung von Berlin – VvB) könne – vermittelt über das Bundesstaatsprinzip des Grundgesetzes – die Gesetzgebungskompetenz des Landes „aktivieren“ oder sei jedenfalls ein zusätzlicher („hilfreich“<sup>1647</sup> – unterstützender) normativer Aspekt bei der Rechtfertigung dieser Kompetenzaktivierung.<sup>1648</sup> Mayer und Artz weisen darauf hin, dass länderverfassungsspezifische Staatszielbestimmungen wie Art. 28 Abs. 1 S. 1 VvB die ‚Verfassungsidentität‘ der Landesverfassungen prägen und daher – gerade wegen ihrer im Vergleich zum Normenkatalog des Grundgesetzes überschüssigen Gehalte – im föderalen Verfassungsverbund der Landesverfassung mit dem Grundgesetz normative Kraft entfalten würden<sup>1649</sup> (zur Argumentation mit dem Topos der ‚Verfassungsidentität‘ s. u. § 12, B. II. 3. d)).

<sup>1647</sup> So in einem unveröffentlichten Rechtsgutachten für die Fraktion der SPD im Abgeordnetenhaus von Berlin v. 16. März 2019: *F. C. Mayer/M. Artz*, Öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Aspekte eines „Mietendeckels“ für das Land Berlin, unveröff. Gutachten, 2019, S. 9: „hilfreich für die Begründung einer Kompetenz“.

<sup>1648</sup> *S. F. C. Mayer/M. Artz*, Öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Aspekte eines „Mietendeckels“ für das Land Berlin, unveröff. Gutachten, 2019, S. 14: „Aktivierung einer Residualkompetenz“, wobei „über das Bundesstaatsprinzip auch auf Ebene der Bundesverfassung für die Auslegung des Grundgesetzes [das] spürbare Gewicht des Rechts auf Wohnraum [nach Art. 28 Abs. 1 S. 1 VvB ...] bei der Frage nach möglichen Hindernissen für die Aktivierung einer Gesetzgebungskompetenz des Landes zu berücksichtigen sein“ wird; vgl. auch *F. C. Mayer*, WuM 2021, 209 (210); Art. 28 Abs. 1 S. 1 VvB „hat bei der Auslegung der Kompetenzordnung dann doch ein gewisses Gewicht, auch weil darin die vielfaltwahrende Dimension des Föderalismus zum Ausdruck kommt“.

<sup>1649</sup> Vgl. *F. C. Mayer/M. Artz*, Öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Aspekte eines „Mietendeckels“ für das Land Berlin, unveröff. Gutachten, 2019, S. 13 f.

Neben deutlich ablehnenden Stimmen im Schrifttum<sup>1650</sup> und in der Landesverfassungsgerichtsbarkeit<sup>1651</sup> hat im Jahr 2021 der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts in seiner Entscheidung zur Kompetenzwidrigkeit des Berliner Gesetzes zur Mietenbegrenzung im Wohnungswesen in knappen Worten und in deutlich unitaristischer Manier eine landesverfassungsrechtsfreundliche Auslegung der Bundesverfassung abgelehnt: „Eine Auslegung des Grundgesetzes im Lichte landesverfassungsrechtlicher Vorgaben stellte den Geltungsvorrang des Grundgesetzes [...] in Frage und beinhaltete das Risiko einer regionalen Fragmentierung der auf Einheit angelegten Bundesverfassung“<sup>1652</sup>. Die Entscheidung des Gerichts enthält keine Auseinandersetzung damit, ob die Bundesverfassung Grundgesetz in Art. 20 Abs. 1 GG über das Bundesstaatsprinzip – also in voller Behauptung seines „Geltungsanspruchs“ – die Landesverfassungsrechtsfreundlichkeit seiner *Auslegung* nicht ggf. ‚selbst‘ eingehe und einfordere, oder damit, dass eine Orientierung der Auslegung am Landesverfassungsrecht nicht notwendigerweise „Fragmentierung“ bedeuten muss<sup>1653</sup>.

### 3. Etatismus und Kompetenzeffektivierung(?): Beispiel Grenzschutz

Die Argumentation mit dem *status activus* der Verbandsgrundrechtspositionen von Ländern für die Effektivierung ihrer Kompetenzen wird nicht nur – wie bislang diskutiert – an bundes- oder landesverfassungsrechtlichen Normen des Landesverfassungsrechts, sondern vereinzelt auch an krypto-normativen, nämlich etatistischen Mustern orientiert:

---

<sup>1650</sup> Dass Landesverfassungsrecht Einfluss auf die Auslegung der bundesverfassungsrechtlichen Kompetenzordnung haben könne, wird von Rechtsanwälten in Zeitschriftenaufsätzen für unzutreffend erachtet: so etwa von C. Schede/J.-F. Schuldt, NVwZ 2019, 1572 (1576), im Anschluss an H.-J. Papier, Landeskompentenz zur Einführung eines sogenannten Mietendeckels?, unveröff. Gutachten, 2019 (Argumentation mit dem Wortlaut von Art. 70 Abs. 2 GG und damit, dass das Grundgesetz keine disparate Auslegung der Kompetenzordnung ‚wollen könne‘); daran anschließend auch J. Herrlein/P. Tuschl, NZM 2020, 217 (230), unter zusätzlichem Hinweis auf die Normenpyramide. Dass Mayer/Artz ihr Argument im Ausgangspunkt am grundgesetzlichen Bundesstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG) festmachen, nehmen diese Autoren nicht zur Kenntnis.

<sup>1651</sup> Zu Art. 106 BayVerf: BayVerfGH, Entsch. v. 16.07.2020 – Vf. 32-IX-20, Rn. 77, im Anschluss an C. Schede/J.-F. Schuldt, NVwZ 2019, 1572 (1576), mit dem Argument, die Auslegung der Kompetenzordnung müsse im Bundesgebiet einheitlich sein und könne deshalb nicht von landesverfassungsrechtlichen Wertungen abhängen.

<sup>1652</sup> BVerfG, Beschl. d. Zweiten Senats v. 25.03.2021 – 2 BvF 1/20 u. a. – Berliner Mietendeckel, Rn. 103, 174.

<sup>1653</sup> So könnte in einem föderalen Verfassungsverbund die Orientierung der Auslegung an landesverfassungsrechtlichen Normen, welche in nur einzelnen Landesverfassungen enthalten sind, durchaus als Argument verwendet werden, um die Auslegung der Bundesverfassung insoweit dann *insgesamt*, bezogen auf *alle* Länder länderfreundlich auszurichten, unabhängig davon, ob ihre jeweilige Verfassung ihrerseits eine parallele Klausel enthält oder nicht.

Hier ist wiederum auf das „Migrationskrise“-Gutachten von Udo Di Fabio (s. bereits oben B. III. 2. b)) aus dem Jahr 2016 hinzuweisen. In einem ‚Gutachten-*obiter dictum*‘<sup>1654</sup> fragt sich Di Fabio, ob „[i]m Fall einer über einen längeren Zeitraum anhaltenden unkontrollierten und massenhaften Einreise in das Bundesgebiet [...] im Blick auf die Drei-Elemente-Lehre, aber auch im Hinblick auf die gravierenden Auswirkungen auf die Möglichkeit zur eigenstaatlichen Aufgabewahrnehmung der Länder“ eine „Reservezuständigkeit eines Landes anstelle des Bundes, die Grenzsicherung mit eigenen Landespolizeikräften zu übernehmen“ gegeben sei.<sup>1655</sup> Er hält eine solche „Kompetenzdurchbrechung“ im „Grenzfall des groben Verfassungsverstößes“ für denkbar, lässt die Frage aber offen.<sup>1656</sup>

Im Jahr 2018 hat der bayerische Landesgesetzgeber ‚tatsächlich‘ eine „Bayerische Grenzpolizei“ (wieder<sup>1657</sup>) errichtet (vgl. Art. 5 BayPOG<sup>1658</sup>) und mit Befugnissen zur Wahrnehmung grenzpolizeilicher Aufgaben (vgl. Art. 29 BayPAG a.F.<sup>1659</sup>) ausgestattet. Schon zuvor, seit 2014, hatte die Bayerische Landespolizei zudem landesgesetzlich die Befugnis zur automatisierten Kennzeichenkontrolle unter anderem zur Ermöglichung von Identitätsfeststellungen im Grenzgebiet „zur Verhütung oder Unterbindung der unerlaubten Überschreitung der Landesgrenze“ erhalten (Art. 33 Abs. 2 S. 2 i. V. m. Art. 13 Abs. 1 Nr. 5 BayPAG a.F.<sup>1660</sup>). Im Jahr 2018 entschied der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts, dass der Landesgesetzgeber zwar grundsätzlich die Kompetenz zur Regelung einer automatisierten Kennzeichenkontrolle zur Gefahrenabwehr nach Art. 70 Abs. 1 GG habe, die Schaffung einer solchen Befugnis im Landesrecht allerdings teilweise bundesverfassungswidrig sei, *soweit* sie sich – wie die genannte bayerische Norm – unmittelbar auf den Sachbereich des „Grenzschutzes“ („Verhütung oder Unterbindung der unerlaubten Überschreitung der Landesgrenze“) beziehe; hierin liege ein Verstoß gegen

<sup>1654</sup> Di Fabio macht den *obiter dictum*-Charakter der diesbezüglichen Ausführungen explizit: Die Frage nach der „Reservezuständigkeit eines Landes anstelle des Bundes, die Grenzsicherung mit eigenen Landespolizeikräften zu übernehmen, ist thematisch vom vorliegenden Gutachten nicht erfasst“, U. Di Fabio, Migrationskrise als föderales Verfassungsproblem, unveröff. Gutachten, 2016, S. 48.

<sup>1655</sup> U. Di Fabio, Migrationskrise als föderales Verfassungsproblem, unveröff. Gutachten, 2016, S. 47 f.

<sup>1656</sup> U. Di Fabio, Migrationskrise als föderales Verfassungsproblem, unveröff. Gutachten, 2016, S. 48.

<sup>1657</sup> Bereits von 1945 bis 1997 hatte es eine Bayerische Grenzpolizei gegeben; dazu mit Nachw. T. Kingreen/S.-C. Schönberger, NVwZ 2018, 1825 (1825).

<sup>1658</sup> Gesetz über die Organisation der Bayerischen Polizei (Polizeiorganisationsgesetz – POG) v. 10.08.1976, BayRS II S. 263, BayRS 2012-2-1-I, zul. geändert durch G. v. 23.07.2021, GVBl. S. 418; Art. 5 wurde eingefügt durch das G. zur Errichtung der Bayerischen Grenzpolizei v. 24.07.2018, BayGVBl. Nr. 14/2018, 607.

<sup>1659</sup> Polizeiaufgabengesetz (PAG) in d. Fassung d. Bekanntm. v. 14.09.1990, GVBl. S. 397, BayRS 2012-1-1-I, geändert durch G. v. 10.12.2019 (GVBl. S. 691); für nichtig erklärt durch Entsch. d. BayVerfGH – Vf. 10-VIII-19; Vf. 12-VII-19 v. 28.8.2020, GVBl. S. 558.

<sup>1660</sup> Art. 13 Abs. 1 Nr. 5 PAG i. d. F. d. Änd. v. 22.7.2014 durch Beschl. des BVerfG v. 18.12.2018 – 1 BvR 142/15, BGBl. 2019 I S. 192, für nichtig erklärt.

Art. 71 i. V. m. Art. 73 Abs. 1 Nr. 5 GG, welcher dem Bund die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz für den „Grenzschutz[z]“ zuteilt.<sup>1661</sup> Der Bayerische Verfassungsgerichtshof hat im Jahr 2020 dann auch die weiteren Regelungen im Bayerischen Polizeiaufgabengesetz, welche selbstständige *materielle Befugnisse* der Bayerischen Grenzpolizei im Bereich „Grenzschutz“ regeln (Art. 29 BayPAG a. F.), wegen ihres „offensichtlichen und schwerwiegenden Verstoßes gegen die Kompetenzordnung des Grundgesetzes“ – vermittelt über das in der Bayerischen Verfassung enthaltene Rechtsstaatsprinzip – für landesverfassungsrechtswidrig erklärt.<sup>1662</sup> Hingegen seien die *organisationelle* Entscheidung zur Einrichtung der Bayerischen Grenzpolizei als Teil der Bayerischen Landespolizei sowie die Zuordnung grenzpolizeilicher *Aufgaben* (eben nicht Befugnisse) an die Bayerische Grenzpolizei (Art. 5 BayPOG) landesverfassungsgemäß.<sup>1663</sup> Die Bayerische Grenzpolizei könne auch weiterhin verfassungsgemäß auf der Grundlage dieser landesgesetzlichen Organisations- und Aufgabennormen in Verbindung mit einer sich aus dem Bundesrecht ergebenden Befugnis(-verweis-)norm tätig werden. So sieht das Bundespolizeigesetz in § 2 Abs. 1, Abs. 4, § 64 BPolG<sup>1664</sup> vor, dass die Länder im Einvernehmen mit dem Bund Aufgaben des „grenzpolizeilichen Einzeldienstes mit eigenen Kräften“ wahrnehmen können: Durch den Verweis des Bundesrechts (§ 2 Abs. 4 bzw. § 64 Abs. 2 BPolG) auf das „für die Polizei des Landes geltend[e] Recht“ folgen die entsprechenden Einzelbefugnisnormen (z. B. für die Standardmaßnahme der Identitätsfeststellung etc.) für die Bayerische Grenzpolizei im Einzelnen letztlich aus dem *allgemeinen* Landespolizeirecht (nicht etwa aus spezifischem Landesgrenzschutzrecht).<sup>1665</sup>

Der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts und der Bayerische Verfassungsgerichtshof legen Art. 71, 73 Abs. 1 Nr. 5 GG streng als „*ausschließlich*“ aus und räumen dem Landesgesetzgeber auch in denjenigen Bereichen, in denen das Bundesrecht in den genannten Normen des Bundespolizeigesetzes zu grenzpolizeilichem Tätigwerden der Landespolizeien ermächtigt, keine Kompetenz zur ergänzenden Schaffung *materiellen* Grenzschutzrechts ein. Dies wird von einer vereinzelt<sup>1666</sup> Stimme im Schrifttum als eine „restriktive Linie“<sup>1667</sup> und „holz-

<sup>1661</sup> BVerfGE 150, 244 (270 f.) – Kennzeichenkontrollen Bayern.

<sup>1662</sup> BayVerfGH, Entsch. v. 28.08.2020, Vf. 10-VIII-19, Vf. 12-VII-19, Rn. 72 ff.

<sup>1663</sup> BayVerfGH, Entsch. v. 28.08.2020, Vf. 10-VIII-19, Vf. 12-VII-19, Rn. 55 ff.

<sup>1664</sup> Gesetz über die Bundespolizei (Bundespolizeigesetz – BPolG) v. 19.10.1994, BGBl. I S. 2978 zul. geänd. durch G. v. 23.06.2021, BGBl. I S. 1982.

<sup>1665</sup> Vgl. BayVerfGH, Entsch. v. 28.08.2020, Vf. 10-VIII-19, Vf. 12-VII-19, Rn. 67.

<sup>1666</sup> Anders als Möstl, sondern wie die Rechtsprechung *gegen* eine Landesgesetzgebungskompetenz für das materielle Grenzschutzrecht demgegenüber u. a. *T. Kingreen/S.-C. Schönbberger*, NVwZ 2018, 1825 (1826 ff.); und wohl auch *B. Walter*, DÖV 2019, 845 (848 ff.), welcher aber darum bemüht ist, die Grenzen der Entscheidung des BVerfG zu betonen (nicht das gesamte Aufgabenspektrum der Bayerischen Grenzpolizei sei auf den Vollzug materiellen Grenzschutzrechts gerichtet – vgl. dazu bereits oben bei Fn. 1661).



schnittartige Behandlung“<sup>1668</sup> kritisiert: Markus Möstl spricht sich stattdessen für das Bestehen einer „umfassende[n] Auffang- und subsidiäre[n] Allzuständigkeit“ der Länder „zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung“ aufgrund ihrer „allgemeinen Polizeigewalt“<sup>1669</sup> – und konkreter: für das Bestehen einer „prinzipiell subsidiäre[n] Auffangzuständigkeit der Landespolizeien gegenüber allen sonderpolizeilichen Funktionen (auch des Bundes)“<sup>1670</sup> – aus. Dies solle auch die Gesetzgebungskompetenz zum Erlass „entsprechender Regelungen“ (des materiellen Grenzschutzrechts) mit sich ziehen, „zumindest solange das BPolG diesbezüglich auf das Landesrecht verweist“.<sup>1671</sup> Der „sonst gültige Grundsatz des Kompetenzrechts, dass es Doppelzuständigkeiten nicht geben kann [...], gelte] im Polizeibereich [...] gerade nicht“.<sup>1672</sup> Wenn Möstl diese „Auffangzuständigkeit“ des Landesgesetzgebers als „Ausdruck der alten bundesstaatlichen Tradition, dass der Verfassungsauftrag der Gefahrenabwehr möglichst nicht an Zuständigkeitsgrenzen scheitern darf“, deutet<sup>1673</sup>, so relativiert er in traditionalistisch-etatistischer Stoßrichtung offen die normative Kraft der geschriebenen Zuständigkeitsordnung im Sachbereich ‚Gefahrenabwehr‘.

#### IV. Fazit und Ausblick: Drang zur Kompetenzparallelität(?)

Die referierten – überwiegend dogmatisch ungesicherten – Dogmatik-Vorschläge zum *status activus* föderierter Einheiten zeigen starke Parallelen zu den zuvor skizzierten *status positivus*-Fällen (s. o. B.): Auch hier geht es in beiden Föderationen wieder um den Gedanken der Gewaltenteilungsbewältigung (zwischen „wechselseitigem Helfen“ der föderalen Träger und gegenseitiger ‚Kompetenz[-]nichtge-

---

<sup>1667</sup> M. Möstl, in: ders./T. Schwabenbauer, BeckOK Polizei- und Sicherheitsrecht Bayern, 16. Ed., München 2021, Systematische und begriffliche Vorbemerkungen zum Polizeirecht in Deutschland, Rn. 63.

<sup>1668</sup> M. Möstl, GSZ 2019, 101 (108).

<sup>1669</sup> M. Möstl, GSZ 2019, 101 (107 f.).

<sup>1670</sup> M. Möstl, in: ders./T. Schwabenbauer, BeckOK Polizei- und Sicherheitsrecht Bayern, 16. Ed., München 2021, Systematische und begriffliche Vorbemerkungen zum Polizeirecht in Deutschland, Rn. 63.

<sup>1671</sup> M. Möstl, in: ders./T. Schwabenbauer, BeckOK Polizei- und Sicherheitsrecht Bayern, 16. Ed., München 2021, Systematische und begriffliche Vorbemerkungen zum Polizeirecht in Deutschland, Rn. 63.

<sup>1672</sup> M. Möstl, in: ders./T. Schwabenbauer, BeckOK Polizei- und Sicherheitsrecht Bayern, 16. Ed., München 2021, Systematische und begriffliche Vorbemerkungen zum Polizeirecht in Deutschland, Rn. 63; vgl. auch ders., GSZ 2019, 101 (108), weshalb die Auffassung von T. Kingreen/S.-C. Schönberger, NVwZ 2018, 1825, „[s]chon im Ausgangspunkt fragwürdig“ sei – so Möstl, a. a. O. (dort in Fn. 77).

<sup>1673</sup> M. Möstl, in: ders./T. Schwabenbauer, BeckOK Polizei- und Sicherheitsrecht Bayern, 16. Ed., München 2021, Systematische und begriffliche Vorbemerkungen zum Polizeirecht in Deutschland, Rn. 63.

brauchs-]kompensation‘)<sup>1674</sup> sowie (teilweise) um traditionalistisch-etatistische Hintergrundvorstellungen (insbesondere auf den Gebieten des Aufenthalts- und Gefahrenabwehrrechts)<sup>1675</sup>.

Vor allem in der deutschen Diskussion tritt beim *status activus* zudem der Aspekt des Individualgrundrechtsschutzes hervor,<sup>1676</sup> welcher beim *status positivus* weniger relevant war. Mayer und Artz haben im Rahmen ihres Plädoyers für eine Landesgesetzgebungskompetenz im Wohnraummietrecht zudem einen – vereinzelt bleibenden – Versuch gemacht, landesverfassungsrechtliche Grundentscheidungen unter dem Stichwort der ‚Landesverfassungsidentität‘ als einen Aspekt bei der Auslegung der bundesverfassungsrechtlichen Kompetenzordnung im föderalen Verfassungsverbund zu berücksichtigen.<sup>1677</sup> In den USA trifft man, soweit ersichtlich, in diesem Zusammenhang – sieht man einmal von dem Sonderproblem der Reichweite der Verdrängung von Einzelstaatenrecht durch Bundesgesetze (*preemption*) ab<sup>1678</sup> – zwar nicht auf parallele Vorschläge, immerhin aber auf den (etwas anders ausgerichteten) dogmatik-methodologischen Vorschlag, dass Gerichte – im Sinn eines intraföderalen Verfassungsrechtsvergleichs – bei der Auslegung der US-Bundesverfassung auf dogmatische Gehalte, welche zum Verfassungsrecht der Einzelstaaten entwickelt worden sind, argumentativ jedenfalls als Auslegungshilfe

<sup>1674</sup> Für das Grundgesetz besonders konturiert bei P. Lerche, in: FS Maunz, München 1981, S. 215 (222), zum Aspekt des föderalen „Aufeinander-Angewiesenseins“, zur Bundestreue als „föderale[s] Prinzi[p] des wechselseitigen Helfens“ (zu Gunsten von Individualgrundrechtsträgerinnen u. -trägern). Vgl. für die USA insbesondere die Ausführungen zur ‚Kompetenz-(nichtgebrauchs-)kompensation‘ oben II. 1.

<sup>1675</sup> Besonders konturiert bei Scalia (s.o. II. 2.), Di Fabio und Möstl (s.o. III. 3.).

<sup>1676</sup> Vgl. insoweit (also zur Rolle des Individualgrundrechtsschutzes für Kompetenzzertifizierung) insbesondere die Argumentation in BVerfGE 33, 303 (357 f.) – *numerus clausus* I (s.o. III. 1.); vgl. auch – noch etwas grundlegender – zur Sorge der förderierten Einheiten um „das Wohlbefinden ihrer Bürgerinnen und Bürger“ als Argument für den *status activus* der Verbandsgrundrechtspositionen: J. R. Nash, Notre Dame L. Rev. 85 (2010), 1015 (1055, 1072). Vgl. ferner die Vorstellung der „shared constitutional interpretation“ von M. C. Dorf/ B. Friedman, Supreme Court Review 2000, 61, welche das (horizontal und vertikal) gewaltenteilungsübergreifende Zusammenwirken von hoheitlichen Stellen zur Effektivierung von Individualgrundrechtsschutz am Beispiel der strafprozessrechtlichen Leitentscheidung *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966), und ihrer Aktualisierung in *Dickerson v. United States*, 530 U.S. 428 (2000) untersuchen: Hier lasse sich verdeutlichen, wie der U.S. Supreme Court und die Legislativen sowie Exekutiven, und zwar jeweils auf Bundesebene und Einzelstaatenebene, zusammenwirken, um ein Grundrecht von im Strafprozess Beschuldigten zu interpretieren und effektivieren (s. auch unten bei § 12, B. II. 3. c)).

<sup>1677</sup> S.o. III. 2.

<sup>1678</sup> Hier wird vereinzelt argumentiert, dass (insbesondere auch direkt-demokratisch getroffene) normative Entscheidungen in den Rechtsordnungen der Einzelstaaten (nicht zwingend auf Einzelstaatenverfassungsebene) bei der Bestimmung der Reichweite der Verdrängung von Einzelstaatenrecht durch Bundesgesetze zu beachten seien; s. zum Beispiel der *California Proposition 215 (Compassionate Use Act)* oben II. 3.

(„*persuasive authority, and perhaps even as something more*“) zurückgreifen sollten.<sup>1679</sup>

Aus komparatistischer Sicht ist es bemerkenswert, dass trotz des – im Ausgangspunkt bestehenden – Gegensatzes zwischen dem Prinzip der Gesetzgebungskompetenzparallelität in den USA und dem Prinzip der Gesetzgebungskompetenzalternativität in Deutschland (ausführlich oben § 4, B. I. 2. b)) mit Blick auf den *status activus* der förderierten Einheiten letztlich teilweise ähnliche Konstellationen erwachsen: Das liegt vor allem daran, dass der Grundsatz der Gesetzgebungskompetenzparallelität in den USA wegen der *preemption*-Dogmatik weitgehend zu einem Prinzip der Gesetzgebungsalternativität werden kann (näher oben § 4, B. I. 2. c) cc)). Mit Blick auf den *status activus* können sich dann ähnliche Fragen nach dem Bestehen einer Reservezuständigkeit der Einzelstaaten<sup>1680</sup> stellen, wie sich für die deutschen Länder unter dem Grundgesetz im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz<sup>1681</sup> oder im Bereich von verschränkten Vollzugskompetenzen<sup>1682</sup> stellen können.

#### **D. *Status aequalis*: Bundeskompetenzausübung und föderale Gleichheit**

Aus den Verbandsgrundrechtspositionen der förderierten Einheiten können sich schließlich *gleichheitsbezogene* Bundeskompetenzausübungsregeln ergeben. Hier

---

<sup>1679</sup> Vgl. z.B. J. Blocher, Penn State Law Review 115 (2011), 1035 (1049 f.): „*Federal courts should, at least occasionally, use state constitutional law at least as persuasive authority, and perhaps even as something more*“. Diese Vorschläge beziehen sich aber wohl eher auf Verfassungsfragen, welche sich in den Verfassungsordnungen parallel stellen (z.B. Reichweite der Schutzbereiche der Individualgrundrechte), und weniger auf die Auslegung der bundesverfassungsrechtlichen Kompetenzordnung im Licht der Einzelstaatenverfassungen; vgl. a.a.O. (1038): „*There is [...] no reason why federal courts could not engage in the same kind of borrowing when, for example, they confront constitutional issues on which state constitutional law is well-developed and federal constitutional law is not. After all, federal constitutional law is no more (or less) bound by state constitutional law than state constitutional law is bound by federal law. Federal judges are therefore just as free as their state counterparts to use the other's law as guidance, and occasionally issues arise for which the states have a relatively uniform and well-developed jurisprudence on a question with which the federal courts have little or no experience.*“

<sup>1680</sup> Vgl. insoweit insbes. das Sondervotum Scalia zu *Arizona v. United States* (s.o. II. 2.).

<sup>1681</sup> Vgl. insoweit insbes. die *numerus clausus* I-Entscheidung (s.o. III. 1.): Damals ging es freilich noch um den Bereich der Rahmengesetzgebungskompetenz aus Art. 75 Abs. 1 Nr. 1a GG a.F. (für „die allgemeinen Grundsätze des Hochschulwesens“); heute ist diese Kompetenz (teilweise) eine konkurrierende Bundesgesetzgebungskompetenz (Art. 74 Abs. 1 Nr. 33 GG: „Hochschulzulassung und die Hochschulabschlüsse“) in Gestalt einer Abweichungsgesetzgebungskompetenz (Art. 72 Abs. 3 S. 1 Nr. 6 GG) und somit dem Grundsatz der Gesetzgebungparallelität sogar besonders angenähert.

<sup>1682</sup> Vgl. insoweit insbes. das Gutachten von Di Fabio (s.o. III. 3.).

wirkt der *status aequalis* der föderierten Einheiten (s.o. § 2, C. II. 1. b) u. § 4, B. III. 3. d)) in das Verbandskompetenzrecht hinein.

### **I. Durchgriff auf – gleiche – Individuen in den föderierten Einheiten**

Gleichheitsbezogene Bundeskompetenzausübungsregeln adressieren die Frage, ob Stellen der Bundesebene (insbesondere der Bundesgesetzgeber, aber etwa auch Bundesbehörden) bei der Ausübung ihrer Kompetenzen nach der ‚Zugehörigkeit‘<sup>1683</sup> der geregelten Sachverhalte oder der betroffenen Rechtssubjekte (etwa Individuen oder Unternehmen) zu einer bestimmten föderierten Einheit differenzieren dürfen: Darf eine Bundesstelle Sachverhalte in bestimmten föderierten Einheiten anders regeln als in anderen föderierten Einheiten? Gleichheitsbezogene Bundeskompetenzausübungsregeln betreffen Gleichheitsaspekte beim ‚Durchgriff‘ von Bundesstellen auf normenunterworfenen Rechtssubjekte in den föderierten Einheiten.<sup>1684</sup> Dieses Moment des ‚Durchgriffs‘ ergibt sich aus dem oben definierten Begriff der ‚Verbandskompetenz‘: Verbandskompetenzen betreffen – anders als die im ‚Staatsinneren‘ verbleibenden Verbandsingerenzen – das Handeln der föderalen Träger unmittelbar den Bürgerinnen und Bürgern gegenüber (s.o. § 4, A. I. 4. a) bzw. § 4, A. II. 2.).

### **II. Grundtendenz: Egalisierung durch Bundeskompetenzausübung**

Im Schrifttum wird regelmäßig betont, dass die Einräumung von Verbandskompetenzen an die Bundesebene tendenziell auf eine bundesweite Gleichbehandlung von Individuen – über die Grenzen von föderierten Einheiten hinweg – gerichtet sei: Sigrid Boysen spricht insoweit für das grundgesetzliche Föderalismusverfassungsrecht und dort mit Blick auf Gesetzgebungskompetenzen von einem „antizipierte[n] egalisierende[n] Grundrechtsschutz durch die Kompetenzordnung des Grundgesetzes“.<sup>1685</sup> Die Normierung von Bundesgesetzgebungskompetenzen impliziere die Aussage des Verfassungsgebers, dass die entsprechenden „Materien vereinheitlichungsbedürftig sind“<sup>1686</sup>, die „Zuordnung einer Materie zum Bund oder zu den Ländern“ komme „als ein[e] Entscheidung für Einheitlichkeit oder Vielfalt“ daher.<sup>1687</sup> Diese Aussagen implizieren, dass Bundes(-gesetzgebungs-)kompetenzen (jedenfalls in aller Regel) auch föderal gleichförmig, also unterschiedslos mit Blick auf Sachverhalte in den einzelnen föderierten Einheiten *ausgeübt* werden. Die „Zu-

<sup>1683</sup> Der Begriff ‚Zugehörigkeit‘ ist hier bewusst weit und ‚untechnisch‘ gewählt.

<sup>1684</sup> Vgl. für die USA: T. B. Colby, Duke L. J. 65 (2016), 1087 (1153).

<sup>1685</sup> S. Boysen, Gleichheit im Bundesstaat, Tübingen 2005, S. 123.

<sup>1686</sup> S. Boysen, Gleichheit im Bundesstaat, Tübingen 2005, S. 124.

<sup>1687</sup> S. Boysen, Gleichheit im Bundesstaat, Tübingen 2005, S. 127.

ordnung einer Materie zum Bund“ wird mit „einer Entscheidung für Einheitlichkeit“ assoziiert.<sup>1688</sup>

### III. Erscheinungsformen föderaler Disparitäten bei der Bundeskompetenzausübung

Diese Grundtendenz einer Kopplung zwischen der Einräumung von Bundes(-gesetzgebungs-)kompetenzen und der föderalen Einheitlichkeit oder Gleichförmigkeit der Ausübung dieser Kompetenzen durch die Bundesebene gilt aber nicht absolut: Stellen der Bundesebene können bei der Ausübung ihrer Kompetenzen föderale Disparitäten hervorrufen, indem sie normenunterworfenen Rechtssubjekte aufgrund räumlicher Aspekte unterschiedlich adressieren oder – trotz gleichmäßiger Adressierung – unterschiedlich affizieren (betreffen).

#### 1. „*Disparate treatment*“ oder „*disparate impact*“

Föderale Disparitäten bei der Bundeskompetenzausübung können durch die Bundesebene intentional bezweckt sein oder implizit-faktisch hervorgerufen werden<sup>1689</sup>: So kommt es vor, dass Stellen des Bundes bei der Kompetenzausübung explizit (und somit aller Voraussicht nach intentional) nur Sachverhalte in ganz bestimmten föderierten Einheiten adressieren („*disparate treatment*“<sup>1690</sup>)<sup>1691</sup> oder aber durch eine an sich föderal unterschiedslos ausgerichtete Kompetenzausübung – aufgrund von vorgefundenen geographischen, klimatischen, sozio-ökonomischen, ‚kulturellen‘ oder anderen Unterschieden der föderierten Einheiten untereinander – (gewissermaßen zufällig) letztlich nur Sachverhalte in ganz bestimmten föderierten Einheiten affizieren („*disparate impact*“<sup>1692</sup>).<sup>1693</sup>

Bezüglich der erstgenannten Form der föderalen Disparitäten („*disparate treatment*“) wird für den Bereich der Gesetzgebung (Rechtsetzung)<sup>1694</sup> im deutschspra-

<sup>1688</sup> Ähnlich C. Waldhoff, in: H.-G. Henneke (Hrsg.), Gleichwertige Lebensverhältnisse bei veränderter Statik des Bundesstaates? Stuttgart 2019, S. 11 (18): Art. 72 Abs. 2 GG betreffe „normative Homogenität in Form von Zulässigkeit von Bundesgesetzgebung“; vgl. auch (beschreibend) zu dieser Kopplung (Bundesgesetzgebungskompetenzen und Einheitlichkeit der Kompetenzausübung) R. Robra, NJW 2001, 633 (634).

<sup>1689</sup> Ähnliche Differenzierung („*disparate treatment*“ v. „*disparate impact*“) bei D. Sharma, Hastings WestNorthwest J. of Env'tl. L. & Pol'y 22 (2016), 247 (259).

<sup>1690</sup> D. Sharma, Hastings WestNorthwest J. of Env'tl. L. & Pol'y 22 (2016), 247 (259).

<sup>1691</sup> Vgl. rechtsvergleichend D. Schindler, in: FS Häfelin, Zürich, Schweiz, 1989, S. 371 (379 f.), insbesondere zu Beispielen aus Indien, Kanada und der Schweiz.

<sup>1692</sup> D. Sharma, Hastings WestNorthwest J. of Env'tl. L. & Pol'y 22 (2016), 247 (259).

<sup>1693</sup> Vgl. G. L. Neuman, U. Pa. L. Rev. 135 (1987), 261 (344).

<sup>1694</sup> Bei Verwaltungskompetenzen müsste man insoweit die Vollzugspraxis in Betracht nehmen und darauf untersuchen, ob nach föderierten Einheiten differenziert wird.

chigen Diskurs von „partielllem Bundesrecht“<sup>1695</sup>, „Partikularrecht des Bundes“<sup>1696</sup> oder „Rechtszersplitterung im Bundesrecht“<sup>1697</sup> gesprochen. Hier ließe sich noch weiter danach differenzieren, ob das partielle Bundesrecht bestimmte föderierte Einheiten in „benannter“ Form oder aber in „unbenannter“ (gewissermaßen mehr oder weniger ‚versteckter‘) Form über geographische Merkmale o.Ä. herausgreift.<sup>1698</sup>

So ergeben sich – im Bereich der Gesetzgebung<sup>1699</sup> – insgesamt drei Formen föderaler Disparitäten bei der Bundeskompetenzausübung: *erstens* partielles Bundesrecht mit Benennung von föderierten Einheiten, *zweitens* partielles Bundesrecht ohne ausdrückliche Benennung von föderierten Einheiten und – *drittens* – (föderal) an sich unterschiedsloses Bundesrecht, welches föderierte Einheiten im Ergebnis in disparater Weise betrifft.

## 2. Beispiele

In beiden vorliegend untersuchten Föderationen lassen sich jeweils Beispiele für alle drei Formen föderaler Disparitäten bei der Ausübung von Bundes(-gesetzgebungs-)kompetenzen finden: Partielles Bundesrecht (*disparate treatment*) mit Benennung von föderierten Einheiten liegt beispielsweise vor beim US-Bundesgesetz zur Erhebung der *Harbor Maintenance Tax* betreffend Küstenhäfen in den USA mit benannter Ausnahme von Alaska und Hawaii<sup>1700</sup> sowie beim deutschen Altschuldenhilfegesetz, welches ausdrücklich nur in den Ländern Brandenburg, Mecklen-

<sup>1695</sup> H. Grziwotz, AöR 116 (1991), 588; M. C. F. Pleyer, Föderative Gleichheit, Berlin 2005, S. 40 f.

<sup>1696</sup> R. Robra, NJW 2001, 633.

<sup>1697</sup> M. C. F. Pleyer, Föderative Gleichheit, Berlin 2005, S. 40 f.

<sup>1698</sup> Terminologie „benannt“/„unbenannt“ in Anlehnung an M. C. F. Pleyer, Föderative Gleichheit, Berlin 2005, S. 157 f., welcher sich insoweit jedoch auf „benanntes“ bzw. „unbenanntes Sonderrecht“ im Rahmen von Verbandsingerenzen (s. u. § 6, D.) bezieht.

<sup>1699</sup> Beachte den Hinweis in Fn. 1694.

<sup>1700</sup> 26 U.S.C. § 4462(b); vgl. hierzu Thomson Multimedia, Inc. v. U.S., 340 F.3d 1355 (Fed. Cir. 2003) – die Differenzierung sei gerechtfertigt mit Blick auf die relativ exzeptionelle geographische Lage von Hawaii und Alaska; der U.S. Supreme Court hat den Fall nicht zur Entscheidung angenommen: 541 U.S. 1040: *certiorari denied*. Weitere Beispiele für benanntes partielles Bundesrecht sind aufgezählt bei G. L. Neuman, U. Pa. L. Rev. 135 (1987), 344 (dort in Fn. 352) – sie betreffen Sachbereiche wie Versicherungsrecht, öffentliches Sachenrecht (*federal land law*) und Sozialversicherungsrecht. Auffällig ist die relativ häufige ‚Aussonderung‘ von Alaska und/oder Hawaii. G. L. Neuman, U. Pa. L. Rev. 135 (1987), 344 ff., untersucht darüber hinaus eine Sonderkonstellation partiellen US-Bundesrechts: Bundesrecht, welches in differenzierter (kuratierter) Weise Rechtsnormen von Einzelstaaten „inkorporiert“ und in den Rang von (benanntem partiellem) Bundesrecht versetzt.

burg-Vorpommern, Sachsen, Sachsen-Anhalt, Thüringen und (teilweise) Berlin gilt<sup>1701</sup>.

Als partielles Bundesrecht (*disparate treatment*) ohne direkte Benennung von förderierten Einheiten kann ein – inzwischen aufgehobenes – US-Bundesgesetz zur Erhebung einer Abgabe auf die Förderung von Rohöl in den USA mit Ausnahme von (u. a.) Öl, welches „nördlich des nördlichen Polarkreises“ („*north of the Arctic Circle*“) gefördert wurde<sup>1702</sup>, betrachtet werden. Hier wird nicht ausdrücklich der Bundesstaat Alaska benannt, aber (teilweise) durch geographische Merkmale ausgesondert. In Deutschland kann Art. 141 i. V. m. Art. 7 Abs. 3 S. 1 GG, die sog. „Bremer Klausel“, als Paradebeispiel für unbenanntes partielles Bundesrecht gelten: Vom Grundsatz des Art. 7 Abs. 3 S. 1 GG („Religionsunterricht“ als „ordentliches Lehrfach“) wird gerade *nicht ausdrücklich* für Bremen eine Ausnahme ausgesprochen, sondern für „ei[n] Lan[d], in dem am 1. Januar 1949 eine andere landesrechtliche Regelung bestand“ (*grandfathering*) – dies betrifft der Sache nach (wohl) nur Berlin und Bremen.<sup>1703</sup> Art. 141 GG ist freilich mit Blick auf seinen Bundesverfassungsrang ein besonderes Beispiel; zudem sind hier nicht nur Fragen der Verbandskompetenzen, also das Außenverhältnis gegenüber Bürgerinnen und Bürgern, sondern auch Fragen der Verbandsingerenzen betroffen (Erweiterung des Hoheitsbereichs<sup>1704</sup>, nämlich des legislativen Gestaltungsspielraums der erfassten Länder – s. u. § 6, D. I.).

Die dritte Kategorie föderaler Disparitäten, also (föderal) unterschiedslos formuliertes Bundesrecht, welches förderierte Einheiten im Ergebnis in disparater Weise betrifft (*disparate impact*), liegt etwa vor beim bereits erwähnten US-Bundesgesetz zur Erhebung der *Harbor Maintenance Tax*, da diese lediglich Küstenhäfen (und somit ausschließlich Sachverhalte in Küstenstaaten der USA) betrifft<sup>1705</sup>. Ein Beispiel für (föderal) unterschiedslos formuliertes deutsches Bundesrecht, welches deutsche Länder im Ergebnis in disparater Weise (nämlich nur Brandenburg und Sachsen) betrifft, ist der im Jahr 2006 in § 184 S. 2 GVG angefügte Satz: „Das Recht

<sup>1701</sup> § 1 S. 1 AltSchuldHilfG i. V. m. Art. 3 Einigungsvertrag; Gesetz über Altschuldenhilfen für Kommunale Wohnungsunternehmen, Wohnungsgenossenschaften und private Vermieter in dem in Artikel 3 des Einigungsvertrages genannten Gebiet, v. 23.06.1993, BGBl. I S. 944, 986.

<sup>1702</sup> 26 U.S.C. § 4994(e) a.F.; vgl. hierzu *United States v. Ptasynski*, 462 U.S. 74 (1983) – die Differenzierung sei gerechtfertigt mit Blick auf die klimatisch-geographischen Besonderheiten (Härten) der Förderung von Öl in den (geographisch) definierten Gebieten. Im Ergebnis wurde v. a. – obschon nicht ausschließlich – ein Teil des Öls, das im Bundesstaat Alaska gefördert wurde, von der Abgabe ausgenommen; daneben waren auch bestimmte Gebiete außerhalb der Hoheitsgebiete von US-Bundesstaaten ausgenommen, dazu *United States v. Ptasynski*, 462 U.S. 74 (1983), 77 f.

<sup>1703</sup> Umstritten ist die Anwendbarkeit des Art. 141 GG auf das Land Brandenburg, vgl. *M. C. F. Pleyer*, *Föderative Gleichheit*, Berlin 2005, S. 159 f., m. w. N.

<sup>1704</sup> Vgl. *M. C. F. Pleyer*, *Föderative Gleichheit*, Berlin 2005, S. 158.

<sup>1705</sup> 26 U.S.C. §§ 4461 f.



der Sorben, in den Heimatkreisen der sorbischen Bevölkerung vor Gericht sorbisch zu sprechen, ist gewährleistet.“

### 3. Unterfall allgemeiner Raumbezogenheit von Recht

Die Beispiele zeigen, dass die Grenzziehung insbesondere zwischen partiellem Bundesrecht (*disparate treatment*) ohne ausdrückliche Benennung von förderierten Einheiten und (föderal) an sich unterschiedslosem Bundesrecht, welches förderierte Einheiten im Ergebnis in disparater Weise betrifft (*disparate impact*), im Einzelfall schwierig sein kann. Zu bemerken ist schließlich, dass sich die letztgenannte Kategorie des *disparate impact* denkbar weit ausdehnen lässt: So ließen sich darunter beispielsweise auch Bundesgesetze fassen, welche Umweltschutzstandards vorgeben und dabei – der Sache nach – förderierte Einheiten mit historisch ‚gewachsener‘ umweltbelastungsintensiver Industrie quantitativ stärker betreffen.<sup>1706</sup> Während Fälle von (benanntem oder unbenanntem) partiellen Bundesrecht (*disparate treatment*) in den USA und (insbesondere) in Deutschland eher selten sind,<sup>1707</sup> kommen standortbedingte Disparitäten in der Wirkung von an sich föderal unterschiedslos formulierten Bundesgesetzen (*disparate impact*) häufig vor; ihre Qualität und Quantität hängt von der geographischen, sozioökonomischen und ‚kulturellen‘ Binnendiversität innerhalb der Föderation ab.

Letztlich bilden föderale Disparitäten einen (bloßen) Unterfall des größeren Themenfelds territorialer oder ‚geographischer‘, also räumlicher Differenzierungen und Effekte bei der Ausübung von Hoheitsgewalt.<sup>1708</sup> Menschliches Denken versucht regelmäßig, die soziale, ökonomische, politische und ‚kulturelle‘ (Freiheits-)Entfaltung von Menschen ebenso wie ihre ökologischen Lebensbedingungen in räumlichen Kategorien zu erfassen und entsprechend auch mit Blick auf räumliche Kategorien und Merkmale normativ zu adressieren.<sup>1709</sup> Insoweit ist es eine Selbstver-

<sup>1706</sup> Vgl. *Hodel v. Indiana*, 452 U.S. 314 (1981), 331 ff. (zur verfassungsrechtlichen Rechtfertigungsbedürftigkeit, aber auch ‚leichten‘ Rechtfertigungsfähigkeit eines bergbau-rechtlichen Bundesgesetzes, welches Bergbautätigkeiten in Einzelstaaten in unterschiedlicher Weise affiziert und Staaten des *Midwest* angeblich benachteiligt – freilich ging es hier nicht um Umweltschutz, sondern Sicherung von Land für Landwirtschaft); vgl. die insoweit etwas missverständliche Rede von „*disparate treatment*“ bei *A. B. Molitor*, U. Chi. L. Rev. 81 (2014), 1839 (1871); passender scheint insoweit die Rede von „*disparate impact*“ – vgl. für die vorliegend bevorzugte Begriffsverwendung *D. Sharma*, Hastings WestNorthwest J. of Envtl. L. & Pol’y 22 (2016), 247 (259) – s. o. 1.

<sup>1707</sup> Laut *D. Schindler*, in: FS Häfelin, Zürich, Schweiz, 1989, S. 371 (388), kommen *disparate treatment* und andere Formen von „differenziertem Föderalismus“ v. a. in Föderationen mit relativ geringer Zahl von förderierten Einheiten wie Kanada und Australien vor.

<sup>1708</sup> Umfassend zu „*territorial discrimination*“ und „*geographical discrimination*“ im US-amerikanischen (Verfassungs-)Recht: *G. L. Neuman*, U. Pa. L. Rev. 135 (1987), 261 ff.; dort auf S. 344 ff. zu „*federal discrimination along state boundary lines*“ als einem Unterfall des allgemeineren Problems.

<sup>1709</sup> Vgl. die Ausf. und Nachw. bei bzw. in Fn. 509.

ständigkeit, dass die Ausgestaltung und die Anwendung von Rechtssätzen eine lokale, räumliche, ortsbezogene Dimension aufweisen können; sei es weil die Rechtssätze – auf Tatbestands- oder Rechtsfolgenseite – zwischen Personen oder Sachverhalten mit Bezug auf räumlichen Koordinaten differenzieren (*disparate treatment*), sei es weil sie – auf ‚Wirkungsseite‘ – räumlich disparate Effekte aufgrund von unterschiedlichen Vorgegebenheiten mit sich bringen (*disparate impact*).<sup>1710</sup>

#### IV. Zur Rechtfertigung föderaler Disparitäten bei der Ausübung von Bundeskompetenzen

Föderale Disparitäten bei der Ausübung von Bundeskompetenzen werden durch die US-Verfassung und das Grundgesetz – anders als im Föderalismusverfassungsrecht Indiens und (partiell) Kanadas<sup>1711</sup> – nicht ausdrücklich zugelassen. Umgekehrt fordern die US-Verfassung und das Grundgesetz jedoch auch keine strikte föderale Gleichförmigkeit der Ausübung von Bundeskompetenzen. Vielmehr ist die bundesverfassungsrechtliche Zulässigkeit von föderal disparater Bundeskompetenzausübung anhand sonstiger bundesverfassungsrechtlicher Gehalte zu prüfen:

##### 1. Primärer Maßstab: Individualgleichheitsgrundrechte

Bei gleichheitsbezogenen Bundeskompetenzausübungsregeln geht es wie erwähnt um Gleichheitsaspekte beim ‚Durchgriff‘ von Bundesstellen auf normenunterworfenen Rechtssubjekte in den föderierten Einheiten (s. o. I.). Die bundesrechtlich adressierten Rechtssubjekte gehören nun aber nicht nur jeweils einer föderierten Einheit an, sondern sind zugleich Angehörige der politischen (Gesamt-)Gemeinschaft, welche von der Bundesebene und der Bundesverfassung überwölbt wird. Daher sind räumliche Disparitäten bei der Kompetenzausübung durch Stellen der Bundesebene (s. o. III.) primär an den Individualgleichheitsgrundrechten (aus der

<sup>1710</sup> (Zunehmend) ausgeprägt ist die Aufmerksamkeit für räumliche Unterschiede in den Regelungsansätzen von Rechtssätzen, für deren Anwendung und insbesondere für deren Wirkungen im Bereich des Umweltrechts; hier besteht mit dem Bezugssystem *environmental justice* (‚Umweltgerechtigkeit‘) ein primär lokal-spatial orientierter Gerechtigkeitstypus; zusammenfassend hierzu M. Kloepfer/R. D. Neugärtnner, in: W. Kahl/M.-P. Weller (Hrsg.), *Climate Change Litigation. Liability and Damages from a Comparative Perspective*, München u. a. 2021, S. 21 (28 ff.).

<sup>1711</sup> Siehe Art. 245 Abs. 1 der Indischen Verfassung („*Subject to the provisions of this Constitution, Parliament may make laws for the whole or any part of the territory of India*“); siehe den kanadischen *Constitution Act* v. 1867, § 95 („[...] *the Parliament of Canada may from Time to Time make Laws in relation to Agriculture in all or any of the Provinces, and to Immigration into all or any of the Provinces [...]*“); vgl. hierzu D. Schindler, in: FS Häfelin, Zürich, Schweiz, 1989, S. 371 (380).

jeweiligen Bundesverfassung), also an der impliziten *equal protection*-Garantie des V. Zusatzartikels zur US-Verfassung<sup>1712</sup> bzw. am allgemeinen Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG<sup>1713</sup> zu messen.

Grundsätzlich ist der verfassungsrechtliche Prüfungsmaßstab insoweit in beiden Föderationen ‚nachsichtig‘ (gegenüber der kompetenzausübenden Bundesstelle): In einer Entscheidung aus dem Jahr 1961 stellte der damalige *Chief Justice* Earl Warren für die Mehrheit des *U.S. Supreme Court* fest, dass sich der allgemeine Gleichheitssatz auf die „Gleichheit von Personen als solchen und nicht von Gebieten“ beziehe und dass „territoriale Gleichförmigkeit keine verfassungsrechtliche Anforderung“ an die Kompetenzausübung darstelle.<sup>1714</sup> Räumlich disparate Kompetenzausübung wird grundsätzlich nur – unter der US-Verfassung – mit dem sog. „*rational basis*“-Test bzw. – unter dem Grundgesetz – anhand des Willkürverbots zu prüfen sein: Das bedeutet, räumliche Disparitäten bei der Bundeskompetenzausübung sind nur dann verfassungswidrig, wenn sich keine „rationale Basis“<sup>1715</sup> bzw. kein „sachlicher Grund“<sup>1716</sup> für die Herbeiführung der Disparität finden lässt. Beispielsweise hat der *U.S. Supreme Court* das Vorliegen einer solchen „rationalen

<sup>1712</sup> Der Gleichheitssatz („*equal protection of the laws*“), an den die US-Verfassung im XIV. Zusatzartikel ausdrücklich nur die Einzelstaaten bindet, wird in den V. Zusatzartikel, welcher die Bundesebene adressiert, als Teil der rechtsstaatlich-individualgrundrechtlichen „*due process*“-Verpflichtung hineingelesen; vgl. *Hodel v. Indiana*, 452 U.S. 314 (1981), 331 ff., m. w. N. (Überprüfung und Rechtfertigung eines bergbaurechtlichen Bundesgesetzes, welches Bergbautätigkeiten in Einzelstaaten in unterschiedlicher Weise affiziert und Staaten des *Midwest* angeblich benachteiligt – *disparate impact* (s.o. Fn. 1706) – an der impliziten *equal protection*-Garantie des V. Zusatzartikels der US-Verfassung); hierzu knapp *G. L. Neuman*, *U. Pa. L. Rev.* 135 (1987), 344.

<sup>1713</sup> Nach allgemeiner Auffassung lässt sich Art. 3 Abs. 1 GG über die Rechtsanwendungsgleichheit hinaus auch die Rechtsetzungsgleichheit entnehmen, vgl. nur *M. Klopfer*, *Verfassungsrecht*, Bd. II, München 2010, § 59, Rn. 60. Vgl. zur Anwendbarkeit des Individualgleichheitssatzes aus Art. 3 Abs. 1 GG zur Prüfung von föderalen Disparitäten bei der Ausübung von Bundeskompetenzen etwa *R. Robra*, *NJW* 2001, 633 (639), mit Hinweis auf BGHZ 139, 152 – West- und Osteigentümer im Kriegsfolgenrecht; beachte freilich *M. C. F. Pleyer*, *Föderative Gleichheit*, Berlin 2005, S. 40 f., welcher (freilich nur am Rande seiner Studie) auch insoweit auf die „Gleichheit der Länder“ („föderative Gleichheit“) als verfassungsrechtlichen Maßstab abstellt.

<sup>1714</sup> *McGowan v. Maryland*, 366 U.S. 420 (1961), 427: „*we have held that the Equal Protection Clause relates to equality between persons as such, rather than between areas, and that territorial uniformity is not a constitutional prerequisite*“ – die Entscheidung ist für den vorliegenden Untersuchungsgegenstand nur mittelbar einschlägig; Anlass war die räumliche Differenzierung in Rechtsnormen eines Einzelstaats (nicht der US-Bundesebene). Für die Bundesebene hat das Gericht freilich parallele Maßstäbe ausgesprochen *Secretary of Agriculture v. Central Roig Refining Co.*, 338 U.S. 604 (1950); *Hodel v. Indiana*, 452 U.S. 314 (1981), 332.

<sup>1715</sup> *Hodel v. Indiana*, 452 U.S. 314 (1981), 331 ff., mit Hinweisen auf *Currin v. Wallace*, 306 U.S. 1 (1939); *Secretary of Agriculture v. Central Roig Refining Co.*, 338 U.S. 604 (1950).

<sup>1716</sup> *R. Robra*, *NJW* 2001, 633 (639), mit Hinweis auf BGHZ 139, 152 – West- und Osteigentümer im Kriegsfolgenrecht.

Basis“ in einem Fall bejaht, in welchem es um die Verfassungsmäßigkeit eines (übertragene-)bergbaurechtlichen Bundesgesetzes ging, welches föderal disparate Wirkungen hatte: An Bergbautätigkeiten, welche landwirtschaftlich nutzbares Land beeinträchtigen, wurden strengere Anforderungen (besondere Nachsorge- und Rekultivierungspflichten) gestellt als an Bergbautätigkeiten außerhalb von landwirtschaftlich nutzbaren Gebieten – eine Differenzierung, welche aufgrund von unterschiedlichen geographisch-ökonomischen Vorbedingungen die Bergbauaktivität in den Staaten des *Midwest* in besonders intensiver Weise betraf<sup>1717</sup> (*disparate impact* – s. o. III. 1.). Das Gericht entschied, dass der Bundesgesetzgeber keine irrationale Differenzierung getroffen habe, da er sich auf das legitime Ziel, das landwirtschaftliche Produktionspotential zu sichern, stützen dürfe. „Willkür“ ergebe sich jedenfalls nicht schon „allein aus einem Fehlen von gleichförmiger geographischer Wirkung eines Gesetzes“.<sup>1718</sup>

Ausnahmsweise sind räumliche Disparitäten bei der Bundeskompetenzausübung an einem strengeren Prüfungsmaßstab zu messen, falls sie mit bestimmten personenbezogenen Differenzierungen („*suspect classifications*“) zusammenfallen oder besonders (freiheits-)grundrechtsintensive Lebenssachverhalte (wie den Bereich des Strafrechts) betreffen.<sup>1719</sup>

## 2. Spezifisch föderalismusverfassungsrechtliche Anforderungen?

Ansichts der beschriebenen Maßgeblichkeit der Individualgleichheitsgrundrechte für die verfassungsrechtliche Bewertung von föderalen Disparitäten bei der Bundeskompetenzausübung bleibt die Frage, ob insoweit überhaupt gleichheitsbezogene Rechtspositionen der föderierten Einheiten als solcher, also *spezifisch föderalismusverfassungsrechtliche* Gleichheitsforderungen eine dirigierende Rolle für die Bundeskompetenzausübung spielen können.<sup>1720</sup>

### a) *Verfassungstextbefunde: steuerungsschwach bis unergiebig*

Die US-Verfassung und das Grundgesetz enthalten vereinzelte Aussagen über spezifisch föderale Gleichheitsaspekte bezüglich der Bundeskompetenzausübung. Diese sind für die hier interessierende Frage der Begrenzung föderal disparater

<sup>1717</sup> Vgl. *Hodel v. Indiana*, 452 U.S. 314 (1981), 331 ff.

<sup>1718</sup> *Hodel v. Indiana*, 452 U.S. 314 (1981), 332: „*A claim of arbitrariness cannot rest solely on a statute's lack of uniform geographic impact.*“

<sup>1719</sup> Vgl. *Hodel v. Indiana*, 452 U.S. 314 (1981), 331; vgl. auch *G. L. Neuman*, U. Pa. L. Rev. 135 (1987), 348 ff., welcher jedoch vorschlägt, auch bei freiheitsgrundrechtsrelevanten Disparitäten einen weniger strengen Prüfungsmaßstab an die Rechtfertigung von föderalen Disparitäten im Bundesrecht anzulegen, falls sich die Disparitäten daraus ergeben sollten, dass der Bundesgesetzgeber auf lokale *policy*-Entscheidungen in den Einzelstaaten Rücksicht nimmt.

<sup>1720</sup> Dafür *M. C. F. Pleyer*, *Föderative Gleichheit*, Berlin 2005, S. 40 f.

Bundeskompetenzausübung im Ergebnis aber eher steuerungsschwach bis unergiebig:

aa) US-Verfassung: *Uniformity Clause* und *Port Preference Clause*(?)

Der Katalog der Bundesgesetzgebungskompetenzen in der US-Verfassung (Art. I, Sec. 8 USC) enthält in zwei seiner insgesamt 18 Kompetenztitel explizite gleichheitsbezogene Anforderungen: *erstens* föderale „Gleichförmigkeit“ der Abgabengesetzgebung (Cl. 1 – sog. *Uniformity Clause*)<sup>1721</sup> und *zweitens* „einheitliche“ Gesetzgebung zum Einbürgerungsrecht sowie zum Insolvenzrecht (Cl. 4)<sup>1722</sup>. Außerdem spricht Art. I, Sec. 9, Cl. 6 USC (die sog. *Port Preference Clause*) ein Verbot an den Bundesgesetzgeber aus, bei der Regelung von „Handel“ oder Abgaben die Häfen eines Staates gegenüber den Häfen anderer Staaten zu bevorzugen.<sup>1723</sup>

Freilich haben die *Uniformity Clause* und die *Port Preference Clause* in der Rechtsprechung deutliche Relativierungen erfahren: So billigte der *U.S. Supreme Court* als Einschränkung der *Uniformity Clause* beispielsweise das bereits erwähnte Bundesgesetz zur Erhebung von Abgaben auf die Förderung von Rohöl, obwohl das Gesetz Erdölförderung in Alaska teilweise vom Abgabentatbestand ausnahm (s.o. III. 2.).<sup>1724</sup> Auch die *Port Preference Clause* gilt nach der Rechtsprechung keinesfalls absolut: Die ebenfalls bereits erwähnte bundesgesetzliche Abgabe *Harbor Maintenance Tax* auf Küstenhäfen mit benannter Ausnahme von Alaska und Hawaii (s.o. III. 2.) wurde von einem Bundesgericht mit Blick auf die relativ exzeptionelle geographische Lage von Alaska und Hawaii als verfassungsgemäß gebilligt.<sup>1725</sup>

bb) Grundgesetz: Art. 72 Abs. 2 GG?

Auch das Grundgesetz behandelt spezifisch föderale Gleichheitsaspekte der Bundeskompetenzausübung vereinzelt in ausdrücklicher Form: Art. 72 Abs. 2 GG knüpft das Bestehen des „Gesetzgebungsrechts“ des Bundes in bestimmten Sach-

<sup>1721</sup> Art. I, Sec. 8, Cl. 1 USC lautet: „*The Congress shall have Power To lay and collect Taxes, Duties, Imposts and Excises [...]; but all Duties, Imposts and Excises shall be uniform throughout the United States.*“

<sup>1722</sup> Art. I, Sec. 8, Cl. 4 USC lautet: „*The Congress shall have Power [...] To establish an uniform Rule of Naturalization, and uniform Laws on the subject of Bankruptcies throughout the United States.*“

<sup>1723</sup> Art. I, Sec. 9, Cl. 6 USC lautet: „*No Preference shall be given by any Regulation of Commerce or Revenue to the Ports of one State over those of another [...].*“

<sup>1724</sup> *United States v. Ptasynski*, 462 U.S. 74 (1983); vgl. hierzu *D. Sharma*, *Hastings WestNorthwest J. of Envtl. L. & Pol’y* 22 (2016), 247 (254 ff.).

<sup>1725</sup> *Thomson Multimedia, Inc. v. U.S.*, 340 F.3d 1355 (Fed. Cir. 2003); vgl. hierzu *A. B. Molitor*, *U. Chi. L. Rev.* 81 (2014), 1839 (1871).

bereichen<sup>1726</sup> an die Erforderlichkeit einer bundesgesetzlichen Regelung zur „Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet“ oder zur „Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse“. Mit den „gleichwertigen Lebensverhältnissen“ und der „Rechts- oder Wirtschaftseinheit“ nimmt die Norm Tatbestandsmerkmale in Bezug, welche ‚föderale Gleichheit‘ i. w. S. betreffen.

Christian Waldhoff hat betont, dass diese Tatbestandsmerkmale Fragen (oder „Erwartungen“) einer „faktischen Gleichheit“ im Bundesgebiet (bezogen auf die realen Lebensverhältnisse), nicht aber Fragen der „normativen Gleichheit“ (im Sinne einer bundesweiten Gleichförmigkeit von Rechtsnormen) betreffen.<sup>1727</sup> Überhaupt hat Art. 72 Abs. 2 GG eine andere verbandskompetenzrechtliche Funktion als die föderalen Anti-Diskriminierungsregeln *Uniformity Clause* und *Port Preference Clause*: Es geht in Art. 72 Abs. 2 GG nicht primär und nicht ausdrücklich um die Frage der Gleichförmigkeit und Diskriminierungsfreiheit der Bundeskompetenzausübung. Art. 72 Abs. 2 GG regelt als „materielles Kompetenzzuweisungsrecht“ (Christian Waldhoff)<sup>1728</sup> vielmehr die grundlegende Frage der Kompetenzzuweisung – eine Frage, welche denklogisch der Frage nach der (föderal gleichförmigen oder ungleichförmigen) Ausübung der Kompetenz vorgelagert ist. Und tatsächlich ist es denkbar, dass der Bund nur durch partielles, also föderal disparat formuliertes Bundesrecht die „Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet“ adressieren (und dergestalt seine Gesetzgebungskompetenz überhaupt erst ‚aktivieren‘) kann.

Daher lässt sich Art. 72 Abs. 2 GG *kein* Gebot gleichförmiger Ausübung der Bundesgesetzgebungskompetenz und *kein* Verbot der Differenzierung zwischen (Sachverhalten in einzelnen) Ländern entnehmen. Dies gilt jedenfalls für Art. 72 Abs. 2 *Var. 1* GG (die Erforderlichkeit zur „Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet“)<sup>1729</sup> und auch für die „Wahrung der Wirtschaftseinheit“ (Art. 72 Abs. 2 *Var. 2 Subvar. 2* GG). Bei der Variante der „Wahrung der Rechts-einheit“ (Art. 72 Abs. 2 *Var. 2 Subvar. 1* GG) liegt die Annahme eines impliziten

<sup>1726</sup> Gemäß Enumeration in Art. 72 Abs. 2 GG.

<sup>1727</sup> C. Waldhoff, in: H.-G. Henneke (Hrsg.), Gleichwertige Lebensverhältnisse bei veränderter Statik des Bundesstaates? Stuttgart 2019, S. 11 (18 f.).

<sup>1728</sup> C. Waldhoff, in: H.-G. Henneke (Hrsg.), Föderalismusreform in Deutschland, Stuttgart 2005, S. 55; *ders.*, in: H.-G. Henneke (Hrsg.), Gleichwertige Lebensverhältnisse bei veränderter Statik des Bundesstaates? Stuttgart 2019, S. 11 (18).

<sup>1729</sup> Deutlich (für Art. 72 Abs. 2 *Var. 1* GG) etwa H. Rybak/H. Hofmann, NVwZ 1995, 230 (233): Art. 72 Abs. 2 *Var. 1* GG „erfaßt damit auch die Fälle partikularen Bundesrechts. [...] differenzierende Regelungen zur Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse“; R. Robra, NJW 2001, 633 (639): „Gerade die Inkaufnahme uneinheitlicher Rechtsverhältnisse kann – so paradox dies scheinen mag – dazu beitragen, dem Verfassungsgebot, einheitliche Lebensverhältnisse zu schaffen, gerecht werden zu können“; A. Uhle, in: G. Dürig/R. Herzog/R. Scholz (Hrsg.), Grundgesetz, 76. Ergänzungslieferung, München 2015, Art. 72, Rn. 137.

Gebots zur gleichförmigen Ausübung der Bundesgesetzgebungskompetenz dagegen der Sache nach näher.<sup>1730</sup>

*b) Ungeschriebene Grenzen wegen Beeinträchtigungen  
der „politischen Selbsterhaltung“ der föderierten Einheiten?*

Auch ungeschriebene föderalismusverfassungsrechtliche Grenzen für föderal disparate Bundeskompetenzausübung – letztlich also aufgrund von Verbandsgrundrechtspositionen der föderierten Einheiten – werden nur in Ausnahmefällen diskutiert:

aa) Regelfall:  
keine Beeinträchtigung der „politischen Selbsterhaltung“  
bei Kompetenzausübungsdisparitäten

Anders als bei den unten gesondert zu untersuchenden Gleichheitsfragen bei der Ausübung von *Verbandsingerenzen* (s. u. § 6, D.) sind bei den gleichheitsbezogenen Bundeskompetenzausübungsregeln Rechtspositionen der föderierten Einheiten *als solcher* (d. h. als selbstständige politische Wirkungseinheiten) regelmäßig nicht in spezifischer Weise berührt.<sup>1731</sup>

Der *status aequalis* der föderierten Einheiten ist im Bereich der *Verbandsingerenzen* wichtiger; dort tritt die prozedurale Variante des *status aequalis* (Gleichbehandlung der föderierten Einheiten als formal gleiche Wirkungseinheiten – s. o. § 6, D. I.) hervor,<sup>1732</sup> da die Bundesebene dort unmittelbar die föderierten Einheiten als

---

<sup>1730</sup> Beachte allerdings C. Waldhoff, in: H.-G. Henneke (Hrsg.), Gleichwertige Lebensverhältnisse bei veränderter Statik des Bundesstaates? Stuttgart 2019, S. 11 (19), welcher auch für die Subvariante der „Wahrung der Rechtseinheit“ betont, dass diese nicht auf „normative Gleichheit“ (normative Gleichförmigkeit) gerichtet ist, sondern „eine faktische Grenze von Regelungsvielfalt mit funktionalen Elementen“ („unerträgliche Rechtszersplitterung“) betrifft. Es scheint nicht von vorneherein ausgeschlossen (obschon eher fernliegend), dass in Einzelfällen einer „unerträglichen Rechtszersplitterung“ letztlich nur durch partielles Bundesrecht begegnet werden kann.

<sup>1731</sup> Vgl. für die USA: T. B. Colby, Duke L. J. 65 (2016), 1087 (1153): „Congress might well regulate individuals in different states in a discriminatory manner – even explicitly along state lines – without raising equal sovereignty concerns.“

<sup>1732</sup> Vgl. für die USA: D. Sharma, Hastings WestNorthwest J. of Env'tl. L. & Pol'y 22 (2016), 247 (254 ff.); der a. a. O. angesprochene Fallkanon zur „equal sovereignty“-Dogmatik betrifft überwiegend Konstellationen im Bereich der *Verbandsingerenzen*. Vgl. für das Grundgesetz: C. Waldhoff, in: H.-G. Henneke (Hrsg.), Gleichwertige Lebensverhältnisse bei veränderter Statik des Bundesstaates? Stuttgart 2019, S. 11 (13, 28 f.), welcher mit Hinweisen auf P. Lerche, VVDStRL 21 (1964), 66 (85 ff.), eine „Entmaterialisierung der Bundesstaatlichkeit und ihr[e] Rückführung auf Kompetenz- und Verfahrensregime“ sowie „Homogenität im Verfahren als Mittel der Autonomiesicherung im Mehrebenensystem“ beschreibt. Damit sind nach vorliegender Kategorisierung vor allem Fragen der Ausübung von *Verbandsingerenzen* angesprochen.



solche adressiert, beispielsweise indem sie ihnen in disparater Weise Rechtsetzungsmöglichkeiten einräumt oder verschließt (s.u. § 6, D. II. 3. c) u. III. 2.). Grundsätzlich ist nur im Falle föderal disparater Bundesingerenzausübung die politische Selbstbestimmung der föderierten Einheiten betroffen und folglich eine besondere verfassungsrechtliche Rechtfertigung am Maßstab der Verbandsgrundrechtspositionen der föderierten Einheiten erforderlich (s.u. § 6, D. I.).<sup>1733</sup>

#### bb) Ausnahmen: disparate Kompetenzausübung zugleich als Ingerenzausübung

Völlig trennscharf ist diese Unterscheidung zwischen verbandsgrundrechtspositions-irrelevanten Kompetenzfragen und verbandsgrundrechtspositions-relevanten Ingerenzfragen im Bereich ‚föderaler Gleichheit‘ freilich nicht. Dies zeigt sich unter anderem<sup>1734</sup> an folgender Sonderkonstellation, in welcher Kompetenzausübung und Ingerenzausübung zusammenfallen und im Fall ihrer föderal disparaten Handhabung durchaus die „politische Selbsterhaltung“ von föderierten Einheiten tendenziell tangieren können:

So mag es – sehr vereinzelt – vorkommen, dass die Bundesebene ihre Kompetenzen zielgerichtet föderal disparat ausübt, etwa den Einwohnerinnen und Einwohnern einer bestimmten föderierten Einheit bestimmte Vorteile legislativ oder exekutiv vorenthält, *gerade um* politischen Druck auf diese föderierte Einheit aufzubauen. In der Endphase der *Trump*-Administration (2017–2021) änderte die zuständige Bundesbehörde (das *U.S. Department of Homeland Security*) die Vollzugspraxis der sog. *Trusted Traveler*-Programme<sup>1735</sup>, wonach bestimmte Personen, welche vorab (kostenpflichtig) überprüft und registriert werden, bei Sicherheits-

<sup>1733</sup> Vgl. *T. B. Colby*, *Duke L. J.* 65 (2016), 1087 (1154); *D. Sharma*, *Hastings WestNorthwest J. of Envtl. L. & Pol’y* 22 (2016), 247 (259 ff.).

<sup>1734</sup> Weitere Beispiele sind vorstellbar: So mag es vorkommen, dass die Bundesebene die Rechtsetzungsmöglichkeiten der föderierten Einheiten durch Bundesgesetzgebung – in den USA durch die *preemption*-Dogmatik (hierzu oben § 4, B. I. 2. c) cc)), in Deutschland durch die Sperrwirkung i. S. v. Art. 72 Abs. 1 GG beim Gebrauchmachen von konkurrierenden Bundesgesetzgebungskompetenzen (hierzu oben § 4, B. I. 2. b) aa)) – in disparater Weise verdrängt. Ein Ausschluss von Rechtsetzungsmöglichkeiten durch die *preemption*-Dogmatik bzw. durch die Sperrwirkung i. S. v. Art. 72 Abs. 1 GG, der *nur für bestimmte* föderierte Einheiten gilt, würde nicht nur eine Kompetenzausübung, sondern *zugleich* eine Ingerenzausübung darstellen. Zu einer solchen Konstellation *T. B. Colby*, *Duke L. J.* 65 (2016), 1087 (1154): Colby nennt das Beispiel des US-Bundesgesetzes *Employee Retirement Income Security Act (ERISA)*, welches im Regelungsbereich der Alters-Gesundheitsvorsorge zwar grundsätzlich zu einer Sperrwirkung (*preemption*) gegenüber Einzelstaatengesetzen in diesem Sachbereich führt, allerdings den Staat Hawaii explizit von einer solchen Sperrwirkung ausnimmt. Hinsichtlich der Wirkung einer solchen disparaten Kompetenzausübung (zugleich) als Ingerenz besteht dann auch eine spezifisch föderalismusverfassungsrechtliche Rechtfertigungsbedürftigkeit mit Blick auf die Verbandsgrundrechtspositionen der betroffenen föderierten Einheiten (dazu näher unten § 6, D. II. 3. c)); dort auch zu weiteren ähnlichen Beispielen.

<sup>1735</sup> *Z. B. Global Entry, NEXUS, SENTRI und FAST*; bundesgesetzliche Rechtsgrundlage für den Vollzug: 8 U.S.C. § 1365b (k) (3) (A).

kontrollen u. a. an Flughäfen schneller abgefertigt werden, in föderal disparater Weise: Einwohnerinnen und Einwohner des Staates New York durften nicht mehr am *Trusted Traveler*-Programm teilnehmen<sup>1736</sup>. Im Hintergrund dieser Maßnahme stand der föderale Konflikt zwischen der *Trump*-Administration auf Bundesebene und dem Staat New York um den Erlass eines – von der *Trump*-Administration unerwünschten – Einzelstaatengesetzes von New York, welches freilich nicht im Zusammenhang mit dem *Trusted Traveler*-Programmstand<sup>1737</sup>. Letztlich war erkennbar, dass es der Bundesexekutive darauf ankam, vermittelt über eine Benachteiligung der Bevölkerung New Yorks im Reiseverkehr, politischen Druck auf den Staat ‚selbst‘ auszuüben, ihn politisch für den Erlass eines unerwünschten Einzelstaatengesetzes zu ‚sanktionieren‘.<sup>1738</sup> Hier sollte die disparate *Kompetenzausübung* einer Bundesbehörde also mittelbar als eine informell-faktische *Verbandsingerenz* wirken. Die angestrebte Ingerenzwirkung hat somit auf eine Beeinträchtigung der politischen Selbstbestimmung New Yorks gerade abgezielt. Es ließe sich daher argumentieren, dass die Verbandsgrundrechtspositionen New Yorks im *status aequalis* berührt (und ggf. verletzt) wurden, sodass hier – ausnahmsweise – disparate *Kompetenzausübung* an spezifisch *föderalismusverfassungsrechtliche* Grenzen stieß.<sup>1739</sup>

Das Beispiel der föderal disparaten *Trusted Traveler*-Status-Vorenthaltung zu Ingerenzzwecken stellt angesichts der offenen Willkür<sup>1740</sup> und Sachferne der Dif-

<sup>1736</sup> Vgl. den Artikel „*On Mr. Trump’s Revenge List: New York*“, in: The New York Times, 7. Februar 2020, S. 28.

<sup>1737</sup> Es handelt sich um das sog. *Green Light Law (Driver’s License Access and Privacy Act* von 2019, Sess. Laws of N.Y., ch. 37 [A. 3675-B]): Mit diesem Einzelstaatengesetz wird es Migrantinnen und Migranten ohne dokumentierten Aufenthaltstitel (*undocumented immigrants*) ermöglicht, in New York Fahrerlaubnisse zu erhalten, um sie aus der ‚straßenverkehrsrechtlichen Illegalität‘ herauszuholen. Dafür wurde es aus Anreizgründen für notwendig erachtet, die einzelstaatlichen Behörden im *Green Light Law* zu verpflichten, die Daten der *undocumented immigrants*, welche Fahrerlaubnisse beantragen, – anders als nach bisheriger Praxis – nicht an die für den Aufenthaltsrechtsvollzug zuständigen Bundesbehörden weiterzugeben.

<sup>1738</sup> Vgl. den Artikel „*On Mr. Trump’s Revenge List: New York*“, in: The New York Times, 7. Februar 2020, S. 28.

<sup>1739</sup> Nämlich u. a. an das ungeschriebene „*equal sovereignty*“-Prinzip (hierzu ausführlich bei den gleichheitsbezogenen *Ingerenzausübungsregeln* unten § 6, D. II. 1.), vgl. die Klageschrift des Staates New York im Fall *State of New York v. Wolf et al.*, No. 1:2020cv01127 – Document 1 (S.D.N.Y. 2020), S. 4: „*The State of New York now brings this suit to vacate and enjoin Defendants’ unlawful decision, which violates the Tenth Amendment’s guarantee of equal sovereignty among the states; the Tenth Amendment’s prohibition on coercive federal action; the Fifth Amendment’s equal protection guarantee; and the Administrative Procedure Act.*“ Für das angerufene untere Bundesgericht, den *U.S. District Court for the Southern District of New York*, kam es auf die föderalismusverfassungsrechtliche Argumentation nicht an; es erklärte die bundesbehördliche Verwaltungsentscheidung für willkürlich („*arbitrary and capricious*“) und daher bereits nach allgemeinem Verwaltungsrecht (*Administrative Procedure Act* – APA) für rechtswidrig, s. *State of New York v. Wolf et al.*, No. 1:2020cv01127 – Document 124 (S.D.N.Y. 2020), S. 11 f.

<sup>1740</sup> *State of New York v. Wolf et al.*, No. 1:2020cv01127 – Document 124 (S.D.N.Y. 2020), S. 12.

ferenzierung aber einen Ausnahmefall dar; insgesamt bleibt es dabei, dass föderal disparate Bundeskompetenzausübung die politische Selbstbestimmung der föderierten Einheiten grundsätzlich unberührt lässt.

### c) Föderale Anreicherung der Individualgleichheitsdogmatik?

Insgesamt wird deutlich, dass – abgesehen von Extremfällen willkürlicher Diskriminierung entlang föderaler Grenzen – in beiden untersuchten Föderationen spezifisch föderalismusverfassungsrechtliche Anforderungen an die Gleichförmigkeit der Bundeskompetenzausübung neben den *individualgleichheitsrechtlichen* Vorgaben (s. o. IV. 1.) kaum auszumachen bzw. – in den Fällen der *Uniformity Clause* und *Port Preference Clause* (s. o. IV. 2. a)) – normativ wenig streng sind.

Nur exkursorisch verwiesen sei auf einen – letztlich nicht erfolgreichen – Versuch in der US-amerikanischen Rechtsprechung, die Dogmatik der *Individualgleichheitsrechte* mit *spezifisch föderalismusverfassungsrechtlichen* Gehalten zu verbinden und dergestalt in ihren Anforderungen zu schärfen: In der Vorinstanz der oben erwähnten Entscheidung des *U.S. Supreme Court* zu dem bergbaurechtlichen Bundesgesetz mit föderal disparaten Wirkungen zu Lasten der *Midwest*-Staaten<sup>1741</sup> (s. o. IV. 1.) hatte der *U.S. District Court for the Southern District of Indiana* einen schärferen Maßstab („*overriding national interest*“ statt irgendeiner „*rational basis*“) im Rahmen der Prüfung am – im Fünften Zusatzartikel zur US-Verfassung implizierten<sup>1742</sup> – Individualgleichheitssatz gefordert und dessen Erfüllung verneint.<sup>1743</sup> Das Gericht verwies u. a. darauf, dass es kein ausreichendes Bundesinteresse an den räumlichen Differenzierungen durch das bergbaurechtliche Bundesgesetz gebe, da Entscheidungen über die „Landnutzung“ („*land use*“) – auch mit Blick auf den Zehnten Zusatzartikel zur US-Verfassung (s. o. § 4, B. I. 2. a)) – den Einzelstaaten zugewiesen seien. Außerdem verwies die untere Instanz – ohne nähere Begründung<sup>1744</sup> – auf eine frühere Entscheidung des *U.S. Supreme Court*, in welcher hinsichtlich einer Diskriminierung gegenüber *Individuen* ohne US-amerikanische Staatsbürgerschaft im (untergesetzlichen) öffentlichen Dienstrecht ein erhöhter Rechtfertigungsmaßstab („*overriding national interest*“) angewandt worden war<sup>1745</sup>.

<sup>1741</sup> Vgl. *Hodel v. Indiana*, 452 U.S. 314 (1981).

<sup>1742</sup> S. hierzu die Bemerkung oben in Fn. 1712.

<sup>1743</sup> *State of Ind. v. Andrus*, 501 F. Supp. 452 (S.D. Ind. 1980), 468 f.

<sup>1744</sup> Denkbar ist, dass das Gericht unausgesprochen von einem Erst-recht-Schluss (oder einer Analogie) ausgegangen sein könnte oder einen solchen insinuierten wollte: Wenn (schon) bei Differenzierungen zwischen Staatsbürgerinnen bzw. -Staatsbürgern einerseits und Nicht-Staatsbürgerinnen bzw. Nicht-Staatsbürgern andererseits ein erhöhter Rechtfertigungsmaßstab gelte, müsse dies ‚erst recht‘ (oder: auch) bei Differenzierung zwischen Angehörigen verschiedener US-Einzelstaaten gelten.

<sup>1745</sup> Vgl. *Hampton v. Mow Sun Wong*, 426 U.S. 88 (1976); zu den Limitationen dieser Entscheidung (es ging um kein formelles Gesetz, sondern um untergesetzliche Rechtsetzung durch eine Behörde) *E. Chemerinsky*, *Constitutional Law. Principles and Policies*, 5. Aufl., New York, N.Y., U.S.A., 2015, S. 808. Der Hinweis des *U.S. District Court for the Southern*

Der *U.S. Supreme Court* lehnte eine solche Anhebung des Rechtfertigungsmaßstabs für den Fall des bergbaurechtlichen Bundesgesetzes ab.<sup>1746</sup>

Übertragen auf die Dogmatik zu Art. 3 Abs. 1 GG würde sich die Frage stellen, ob für föderal relevante Differenzierungen und Disparitäten – gemäß oder in Ergänzung zu der sog. ‚neuen Formel‘ des Bundesverfassungsgerichts bei personenbezogenen und freiheitsintensiven Ungleichbehandlungen – ein strengerer Rechtfertigungsmaßstab als das Willkürverbot zu gelten habe; im Wesentlichen liefe das auf mehr oder weniger verschärfte Abwägungsoperationen („Übermaß“- oder Verhältnismäßigkeitserwägungen) hinaus.<sup>1747</sup>

## V. Weitere Fragen ‚föderaler Gleichheit‘ bei der Ausübung von Bundeskompetenzen (zwei Exkurse)

Bislang wurden die Erscheinungsformen und verfassungsrechtlichen Grenzen föderal disparater Bundeskompetenzausübung untersucht. Gleichheitserwägungen bei der Ausübung von Bundeskompetenzen können aber auch anders dimensioniert bzw. gerichtet sein; dies sollen zwei weitere Konstellationen exkursorisch verdeutlichen:

### 1. Exkurs I: Pflichten zur föderal disparaten Ausübung von Bundeskompetenzen?

Zum einen sei darauf verwiesen, dass das Bundesverfassungsrecht eine föderal-disparate Ausübung von Bundeskompetenzen unter Umständen – obschon nur in Ausnahmefällen – *erfordern* kann. Denkbar ist das – unter dem Grundgesetz (nicht aber unter der US-Verfassung) – mit Blick auf *individual*grundrechtliche Gehalte:

In der grundgesetzlichen Grundrechtsdogmatik sind – anders als in der Grundrechtsdogmatik zur US-Verfassung<sup>1748</sup> – (individual-)grundrechtliche Schutz-

---

*District of Indiana* auf *Mow Sun Wong* ist somit (auch) im Hinblick auf die Rechtsquellenlehre unpassend.

<sup>1746</sup> Vgl. *Hodel v. Indiana*, 452 U.S. 314 (1981), 331 ff. – s. o. bei Fn. 1718.

<sup>1747</sup> Zur ‚neuen Formel‘ (oder auch ‚Art und Gewicht‘-Formel) vgl. nur BVerfGE 129, 49 (68 f.) – Mediziner BAFöG, m. w. N.; referierend aus dem Schrifttum *M. Klopfer*, Verfassungsrecht, Bd. II, München 2010, § 59, Rn. 83 ff., welcher freilich ‚ohnehin‘ (stets) „Übermaß“-Erwägungen in die Dogmatik von Art. 3 Abs. 1 GG einpflegen möchte (vgl. a. a. O., Rn. 8 ff.), die dann im Einzelfall bereichsspezifisch zu prüfen seien.

<sup>1748</sup> Der *U.S. Supreme Court* hat individualgrundrechtlichen Schutzpflichten – außerhalb von Sondersituationen (Strafgefangene oder wegen psychischer Krankheiten zwangsweise untergebrachte Personen) – eine Absage erteilt: vgl. *DeShaney v. Winnebago County*, 489 U.S. 189 (1989); *Webster v. Reproductive Health Services*, 492 U.S. 490 (1989); vgl. referierend *E. Chemerinsky*, Constitutional Law. Principles and Policies, 5. Aufl., New York, N.Y., U.S.A., 2015, S. 576 ff.; rechtsvergleichend (US-Verfassung/Grundgesetz) hierzu

pflichten als Teil der „objektiven Wertordnung“, welche nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts durch die Individualgrundrechte (und zwar: v.a. durch die *Freiheitsrechte*<sup>1749</sup>) des Grundgesetzes gebildet wird, anerkannt<sup>1750</sup>. Aufgrund von unterschiedlichen tatsächlichen Bedingungen im Bundesgebiet können Maßnahmen des Bundes zum Schutz von Individualgrundrechten nur in einem Teil des Bundesgebiets erforderlich werden. Man denke etwa an Schutzmaßnahmen bei Naturkatastrophen wie Flutkatastrophen. Fällt die Ausdehnung des betroffenen Gebiets ‚zufälligerweise‘ (im Wesentlichen) mit den Grenzen bestimmter föderierter Einheiten zusammen, so ist demgemäß eine föderal dispartate Bundeskompetenzausübung – unter dem Grundgesetz – sogar verfassungsrechtlich gefordert.<sup>1751</sup>

## 2. Exkurs II: Pflichten zur Beseitigung vorgefundener föderaler Disparitäten durch die Ausübung von Bundeskompetenzen?

Zum anderen könnte Bundesverfassungsrecht erfordern, dass Stellen der Bundesebene vorgefundene tatsächliche (insbesondere sozioökonomische) föderale Disparitäten durch die Ausübung ihrer Kompetenzen zu beseitigen – und dergestalt ‚föderale Homogenität‘ der Lebensbedingungen<sup>1752</sup> herzustellen – haben. In den Worten von Christian Waldhoff geht es hier um Erwartungen „faktischer Gleichheit“<sup>1753</sup>. Gibt es normative Ansprüche auf die Herstellung faktischer Gleichheit in den untersuchten Föderationen? Antworten können wiederum im Bereich der In-

---

G. L. Neuman, *The American Journal of Comparative Law* 43 (1995), 273 – mit dem Fazit, dass der Ansatz des *U.S. Supreme Court* gegenüber dem „*judicial activism*“ des Bundesverfassungsgerichts grundsätzlich vorzugswürdig sei.

<sup>1749</sup> Dazu, dass Art. 3 Abs. 1 GG hingegen keine Schutzpflichten entnommen werden: W. Kahl, „Gleichwertige Lebensverhältnisse“ unter dem Grundgesetz – Eine kritische Analyse, Heidelberg 2016, S. 44 ff.

<sup>1750</sup> Vgl. BVerfGE 39, 1 (41) – Schwangerschaftsabbruch I; BVerfGE 88, 203 (251 ff.) – Schwangerschaftsabbruch II; BVerfGE 142, 313 (337) – Zwangsbehandlung.

<sup>1751</sup> Ob es in solchen Fällen gerechtfertigt ist, wenn die Bundesebene ausdrücklich nach der Zugehörigkeit zu (faktisch besonders betroffenen) föderierten Einheiten (*disparate treatment* – s.o. III. 1.) differenziert oder ob sie darauf zu verweisen ist, ihre Maßnahmen – föderal indifferent – in abstrakt-genereller Weise mit Blick auf die Schutzbedürftigkeit der betroffenen Individuen zu formulieren und hierdurch nur reflexartig Sachverhalte in bestimmten föderierten Einheiten zu affizieren (*disparate impact* – s.o. III. 1.), mag dahinstehen. Denkbar sind hier auch gleichheitsbezogene Implikationen für *Bundesingerenzenzen* (hierzu am Beispiel des Flutopfersolidaritätsgesetzes 2002 unten § 6, D. III. 3.).

<sup>1752</sup> Damit ist nicht etwa die von Art. 28 Abs. 1, Abs. 3 GG geforderte (fundamentale normative) Homogenität gemeint; vgl. nur C. Waldhoff, in: H.-G. Henneke (Hrsg.), *Gleichwertige Lebensverhältnisse bei veränderter Statik des Bundesstaates?* Stuttgart 2019, S. 11 (14 f.).

<sup>1753</sup> Vgl. zur Begrifflichkeit C. Waldhoff, in: H.-G. Henneke (Hrsg.), *Gleichwertige Lebensverhältnisse bei veränderter Statik des Bundesstaates?* Stuttgart 2019, S. 11 ff., der entsprechende verfassungsrechtliche Pflichten freilich ablehnt.

dividualgrundrechte wie auch im Bereich des spezifischen Föderalismusverfassungsrechts gesucht werden:

Individualgrundrechtlich liefen Ansprüche auf die Herstellung faktischer Gleichheit von Individuen im gesamten Bundesgebiet auf grundrechtliche Schutzpflichten aus dem allgemeinen Gleichheitssatz hinaus (gewissermaßen als verfassungsrechtlich gebotene föderale ‚affirmative action‘<sup>1754</sup>). Wie oben erwähnt wurde, ist die Konstruktion positiver grundrechtlicher Schutzpflichten dem US-Verfassungsrecht (sogar) im Bereich der Freiheitsrechte grundsätzlich fremd (s.o. V. 1.); dies gilt auch (erst recht) im Bereich des – grundsätzlich konturenschwächeren – Gleichheitssatzes der US-Verfassung.<sup>1755</sup> Und auch unter dem Grundgesetz, unter welchem grundrechtliche Schutzpflichten im Bereich der Freiheitsrechte anerkannt sind (s.o. V. 1.), werden herkömmlicherweise keine gleichheitsbezogenen Schutzpflichten aus Art. 3 Abs. 1 GG abgeleitet.<sup>1756</sup>

Spezifisch föderalismusverfassungsrechtliche Pflichten zur Herstellung faktischer Gleichheit im Bundesgebiet werden von einer Mindermeinung u.a. Art. 72 Abs. 2 GG entnommen.<sup>1757</sup> Die ganz herrschende Auffassung unter den Interpretinnen und Interpreten des Grundgesetzes geht dagegen zutreffend davon aus, dass eine solche verfassungsrechtliche Pflicht nicht besteht.<sup>1758</sup> Für das US-amerikanische Verfassungsrecht wird eine parallele Diskussion – soweit ersichtlich – nicht geführt.

<sup>1754</sup> Unter *affirmative action* werden Maßnahmen verstanden, welche faktische Ungleichheiten (z.B. ungleiche Chancen von Menschen unterschiedlichen Geschlechts u.a. im Ausbildungs- oder Berufskontext) ausgleichen oder mindern sollen; vgl. nur E. Chemerinsky, *Constitutional Law. Principles and Policies*, 5. Aufl., New York, N.Y., U.S.A., 2015, S. 764.

<sup>1755</sup> Von der Frage nach der verfassungsrechtlichen Gebotenheit von *affirmative action* zu unterscheiden ist die Frage nach der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit (der verfassungsrechtlichen Rechtfertigbarkeit) von *affirmative action*: *Affirmative action*-Maßnahmen sind u. U. verfassungsrechtlich rechtfertigbar; ausführlich zur begrenzten Zulässigkeit E. Chemerinsky, *Constitutional Law. Principles and Policies*, 5. Aufl., New York, N.Y., U.S.A., 2015, S. 764 ff. (*affirmative action* im Bereich „race“); S. 798 (*affirmative action* im Bereich „Geschlecht“).

<sup>1756</sup> Vgl. nur W. Kahl, „Gleichwertige Lebensverhältnisse“ unter dem Grundgesetz – Eine kritische Analyse, Heidelberg 2016, S. 44 ff., m.w.N. Beachte freilich den föderal indifferenten Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG, welcher „de[m] Staat [...] die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern“ aufträgt; den Ausnahmecharakter dieser Norm hebt etwa C. Waldhoff, in: H.-G. Henneke (Hrsg.), *Gleichwertige Lebensverhältnisse bei veränderter Statik des Bundesstaates?* Stuttgart 2019, S. 11 (23), hervor.

<sup>1757</sup> Vgl. H.-W. Arndt, JuS 1993, 360 (362) – entnommen aus dem Normzusammenhang von Art. 72 Abs. 2 GG mit dem Bundesstaatsprinzip und unter Betonung einer restriktiven Interpretation des Pflichtenmoments des ermittelten „Verfassungsauftrags“; (am Rande auch) W. Reutter, APuZ 50 (2006), 12 (17): „verfassungsrechtlicher Auftrag“; vorsichtig auch P. Badura, *Staatsrecht. Systematische Erläuterung des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland*, 7. Aufl., München 2018, F. Rn. 36: „konkludenter Verfassungsauftrag“.

<sup>1758</sup> Dagegen sprechen Wortlaut, Systematik und Entwicklungsgeschichte von Art. 72 Abs. 2 GG; vgl. zur ganz h.M. nur W. Kahl, „Gleichwertige Lebensverhältnisse“ unter dem Grundgesetz – Eine kritische Analyse, Heidelberg 2016, S. 25, 48; C. Waldhoff, in:

## VI. Fazit und Ausblick: föderal weitgehend indifferente Maßgeblichkeit der Rechtspositionen von Individuen

Die Gegenüberstellung des *status aequalis* der föderierten Einheiten im Verbandskompetenzrecht hat eine bestimmende Rolle der *Individualgrundrechte* ergeben: Es sind selten Rechtspositionen der föderierten Einheiten selbst, sondern in erster Linie Rechtspositionen der normbetroffenen Individuen innerhalb der föderierten Einheiten, welche Gleichheitsaspekte bei der Bundeskompetenzausübung normativ in Stellung bringen. Dies gilt sowohl bezüglich der Grenzen föderal disparater Bundeskompetenzausübung (s. o. IV.) wie auch – im Fall des Grundgesetzes – mit Blick auf verfassungsrechtliche Pflichten zur föderalen Differenzierung (s. o. V. 1.).

Dabei besteht im Grundsatz ein weiter Spielraum (bloßer *rational basis*-Test bzw. bloße Willkürkontrolle). Anderes gilt nur, falls die föderalen Disparitäten (zufällig) mit Diskriminierungen zusammenfallen, welche auch ohne Rücksicht auf eine föderale Dimension der entsprechenden Differenzierung oder Disparität den verfassungsrechtlichen Rechtfertigungsmaßstab erhöhen würden (personenbezogene Merkmale oder freiheitsintensive Betätigungen – s. o. IV. 1.). Eine unmittelbare ‚Anreicherung‘ der individualgrundrechtlichen Gleichheitsdogmatik mit Blick auf die Zugehörigkeit eines grundrechtsberechtigten Individuums zu einer bestimmten föderierten Einheit findet nach herrschender Meinung dagegen nicht statt: Die Differenzierung nach der Zugehörigkeit eines grundrechtsberechtigten Individuums zu einer bestimmten föderierten Einheit stellt m. a. W. – anders als beispielsweise die Merkmale ‚Geschlecht‘ oder ‚Staatsangehörigkeit‘, etc. – kein Differenzierungskriterium dar, welches die verfassungsrechtlichen Rechtfertigungsanforderungen verschärfen würde (s. o. IV. 2. c)).

Zwar sind im Text der US-Verfassung mit der *Uniformity Clause* und der *Port Preference Clause* auch spezifisch föderalismusverfassungsrechtliche Gleichheitsgehalte enthalten; diese schärfen den Rechtfertigungsmaßstab für föderale Disparitäten nach der Rechtsprechung im Ergebnis allerdings nicht merklich (s. o. IV. 2. a) aa)). Ähnliches gilt im Ergebnis auch für die – anders gelagerte – Formel des Art. 72 Abs. 2 GG (s. o. IV. 2. a) bb)).

Ungeschriebene Bundeskompetenzausübungsregeln aus dem *status aequalis* der föderierten Einheiten sind wegen der grundsätzlichen Irrelevanz von föderal disparater Bundeskompetenzwahrnehmung für die „politische Selbsterhaltung“ der föderierten Einheiten dogmatisch nicht konturiert – abgesehen von Extremfällen wie dem willkürlichen Ausschluss von New Yorkern aus den *Trusted Traveler*-Programmen aus sachfremden Gründen im Jahr 2020 (s. o. IV. 2. b) bb)).

Festzuhalten bleibt der Befund einer primären – obschon im Ergebnis in der Regel normativ schwachen – Bedeutung von *Individualgrundrechten* im Rahmen norma-

---

H.-G. Henneke (Hrsg.), Gleichwertige Lebensverhältnisse bei veränderter Statik des Bundesstaates? Stuttgart 2019, S. 11 (22f.).



tiver Forderungen nach ‚föderaler Gleichheit‘ (i. w. S.) bei der Bundeskompetenzausübung. In den bereits zitierten Worten von Earl Warren muss sich die (Bundes-) *Kompetenzausübung* an Forderungen einer (Rechts-)„Gleichheit von Personen als solchen und nicht von Gebieten“<sup>1759</sup> messen lassen (s. o. IV. 1.). Der *status aequalis* der föderierten Einheiten (als solcher) ist im *Kompetenzrecht* somit vernachlässigbar. Bei der Ausübung von *Verbandsingerenzen* ergibt sich freilich ein anderes Bild (hierzu unten § 6, D.).

## **§ 6 Strukturelemente III (Vertiefung): Verbandsgrundrechtspositionen als Ingerenzausübungsregeln**

Auch die Modifikation von *Verbandsingerenzen* zur Sicherung der *Verbandsgrundrechtspositionen* der föderierten Einheiten tritt in vier Grundkonstellationen auf: Die ersten beiden und die vierte Konstellation betreffen die (negative, positive bzw. gleichheitsbezogene) Modifikation von *top-down*-Ingerenzen der Bundesebene (s. u. A., B. u. D.), bei der dritten Konstellation geht es um eine aktivierende Modifikation der *bottom-up*-Ingerenzen der föderierten Einheiten (s. u. C.).

### **A. *Status negativus*: Bundesingerenzausübungsschranken**

Der *status negativus* der *Verbandsgrundrechtspositionen* der US-amerikanischen Staaten bzw. der deutschen Länder kann als Argument für die Beschränkung von *top-down*-Bundesingerenzen dienen: Zur Sicherung von Legitimationsstrukturen, Funktionen und Autonomiepositionen der föderierten Einheiten werden den Möglichkeiten der Einflussnahme (Einmischung) der Bundesebene im ‚Kompetenzvorfeld‘ (hierzu oben § 4, A. II. 2. b)) der föderierten Einheiten Grenzen gesetzt. In Orientierung an den verschiedenen Arten und Anwendungsfeldern von Bundesingerenzen<sup>1760</sup> lassen sich – ohne Anspruch auf Vollständigkeit<sup>1761</sup> – in einem integrierten Vergleich einige Fallgruppen für Bundesingerenzausübungsschranken

---

<sup>1759</sup> *McGowan v. Maryland*, 366 U.S. 420 (1961), 427: „we have held that the Equal Protection Clause relates to equality between persons as such, rather than between areas.“

<sup>1760</sup> Vgl. für das Grundgesetz die Aufzählung der *Verbandsingerenzen* des Bundes gegenüber den Ländern bei R. Herzog, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. III, 3. Aufl., Heidelberg 2005, § 57, Rn. 10; vgl. auch V. Mehde, in: G. Dürig/R. Herzog/R. Scholz (Hrsg.), *Grundgesetz*, 76. Ergänzungslieferung, München 2015, Art. 28 Abs. 3, Rn. 9.

<sup>1761</sup> So ließe sich z.B. eine weitere Fallgruppe ‚Ingerenzen im Bereich der auswärtigen Gewalt‘ bilden und dort u.a. die jeweilige Dogmatik zu den Zustimmungsvorbehalten in Art. I, Sec. 10, Cl. 3 USC bzw. in Art. 32 Abs. 3 GG vergleichen – ein Vergleich im Sachbereich der ‚auswärtigen Gewalt‘ ist freilich aufgrund der Besonderheiten dieses Sachbereichs besonders voraussetzungs-voll.

konturieren: Es bestehen Grenzen für das Einmischen der Bundesebene in die Legislative (s. u. I.), die Exekutive (s. u. II.) und die Judikative (s. u. III.) der föderierten Einheiten. Außerdem gibt es Ingerenzausübungsgrenzen hinsichtlich der Faktoren Finanzen (s. u. IV.) und Personal (s. u. V.) der föderierten Einheiten. Schließlich sind Bundesingerenzen und entsprechende Grenzen zu betrachten, welche das ‚Staats‘-Organisationsrecht (einschließlich des Wahlrechts) der föderierten Einheiten (s. u. VI.) oder Bundesverfassungsänderungen als *top-down*-Meta-Ingerenzen (s. u. VII.) betreffen.

## I. Grenzen von Einmischungen in die Legislative

Unterscheidet man Bundesingerenzausübungsschranken nach den betroffenen hoheitlichen Funktionen, stellt sich u. a. die Frage nach *legislativ*bezogenen Bundesingerenzausübungsschranken:

### 1. „Politische Selbsterhaltung“ durch selbstständige Gesetzgebung

Für die Sicherung der Autonomie und des eigenständigen Funktionierens der Einzelstaaten bzw. der Länder als politische Einheiten ist ihre Gesetzgebungsfunktion von hervorragender Bedeutung. Nach dem oben Gesagten sind die eigenen Legislativkompetenzen der föderierten Einheiten – angesichts tendenziell expandierender Bundesgesetzgebungskompetenzen – in beiden Föderationen prekär (s. o. § 4, B. I. 2. d)). Umso wichtiger ist es, dass die föderierten Einheiten diejenigen Legislativkompetenzen, die ihnen ‚noch‘ verbleiben, dann auch ‚selbstbestimmt‘ nutzen können. Vor diesem Hintergrund sind Argumentationen zu würdigen, die einen Schutz der legislativen Autonomie<sup>1762</sup> der föderierten Einheiten vor Einmischungen durch die Bundesebene einfordern.

Während die Fallgruppe zu den Gesetzgebungskompetenzreservaten der föderierten Einheiten (*police powers* bzw. ‚Kulturhoheit‘ und ‚Polizeihoheit‘ – s. o. § 5, A. I.) und die Fallgruppe zu den Kompetenzzuweisungsregeln (s. o. § 5, C.) um das Freihalten bzw. Effektivieren legislativer Handlungsspielräume der föderierten Einheiten in bestimmten sachpolitischen Bereichen kreisen, geht es im Folgenden um Argumentationen für den Schutz der Integrität des (demokratischen) Gesetzgebungsverfahrens der föderierten Einheiten (als ‚freies‘ ‚Entscheidungs‘-Verfahren).<sup>1763</sup>

<sup>1762</sup> F. Tolson, Vanderbilt L. Rev. 65 (2012), 1195 (1242 ff.): „*autonomy*“.

<sup>1763</sup> Vgl. zu dieser Differenzierung auch F. Tolson, Vanderbilt L. Rev. 65 (2012), 1195 (1242 ff.), welche in diesem Zusammenhang zwischen „*sovereignty*“ (im Sinn von legislativer Letztentscheidungsgewalt) und „*autonomy*“ (im Sinn von unter dem Vorbehalt anderweitiger Regelung stehender Regelungsmacht) unterscheidet. Demnach geht es im folgenden Abschnitt also um „*autonomy*“.

## 2. USA: *anti-commandeering doctrine* (I) – Kern des ‚Würde‘-Föderalismus

Das Grundmodell des US-amerikanischen Föderalismus wurde oben als Trennungsmodell vorgestellt: Bundesebene und Einzelstaaten führen grundsätzlich jeweils alle drei hoheitlichen Funktionen („Gewalten“) parallel nebeneinander selbstständig aus („*dual federalism*“ – näher oben § 2, B. IV. 1. u. § 4, B. I. 2. b) bb)). Auf den Bereich der Gesetzgebung angewendet, bedeutet das Trennungsmodell, dass die Einzelstaatengesetzgeber – innerhalb ihrer Kompetenzen – selbstständig (autonom), ohne ge- oder verbietende Beeinflussung durch die Bundesebene arbeiten können müssen. Der *U.S. Supreme Court* hat in der Vergangenheit bereits Bundesgesetze deshalb für verfassungswidrig erklärt, weil sie die legislative Gestaltungsfreiheit der Einzelstaatengesetzgeber durch bundesgesetzliche Vorgaben zur einzelstaatlichen Gesetzgebung verletzt hätten (*anti-commandeering doctrine* – s. u. a)); es gibt aber auch bundesgesetzliche Einflussnahmen auf die Gestaltungsfreiheit der Einzelstaatengesetzgeber, deren Verfassungsmäßigkeit höchstgerichtlich bestätigt wurde (s. u. b)).

### a) Die *anti-commandeering doctrine* im Legislativbereich

Im Jahr 1992 entschied der *U.S. Supreme Court* in *New York v. United States*<sup>1764</sup> mit einer 6:3-Mehrheit<sup>1765</sup>, dass der US-Bundesgesetzgeber beim Erlass eines Gesetzes über die Entsorgung radioaktiver Abfälle zwar – unter der Kompetenz für „*interstate commerce*“ – grundsätzlich verbandskompetenzgemäß gehandelt<sup>1766</sup>, allerdings in der konkreten Ausgestaltung des Gesetzes ein föderalismusverfassungsrechtlich unzulässiges Regelungsschema etabliert hatte: Das Bundesgesetz dürfe die Einzelstaaten nicht vor die „Wahl“<sup>1767</sup> stellen, entweder nach den näheren Vorgaben des Bundesgesetzes im Bereich des Atommüllrechts gesetzgeberisch tätig zu werden oder aber die Sachherrschaft und Haftbarkeit für den radioaktiven Abfall auf dem Gebiet des jeweiligen Einzelstaats übernehmen zu müssen.<sup>1768</sup> In dieser Programmierung des gesetzgeberischen Gestaltungs- bzw. Entscheidungsspielraums liege ein föderalismusverfassungswidriges „*commandeering*“ der Bundes-

<sup>1764</sup> *New York v. United States*, 505 U.S. 144 (1992).

<sup>1765</sup> Mehrheitsvotum durch die tendenziell ‚konservative‘ Richterin O’Connor; abweichendes Sondervotum von den tendenziell ‚liberalen‘ Richtern White, Blackmun und Stevens.

<sup>1766</sup> *New York v. United States*, 505 U.S. 144 (1992), 159: „*Regulation of the [...] interstate market in waste disposal is therefore well within Congress’ authority under the Commerce Clause.*“

<sup>1767</sup> *New York v. United States*, 505 U.S. 144 (1992), 175: „*choice*“ – auch im Orig. ironisiert.

<sup>1768</sup> *New York v. United States*, 505 U.S. 144 (1992), 174 ff.

ebene gegenüber dem Einzelstaat.<sup>1769</sup> ‚(To) commander‘ lässt sich mit ‚beschlagnahmen‘, aber auch mit ‚zum Dienst einziehen‘ übersetzen.

Dieser in *New York v. United States* letztlich gerichtlich durchgesetzte – aber bereits zuvor im Schrifttum diskutierte<sup>1770</sup> und in der Rechtsprechung in Erwägung gezogene<sup>1771</sup> – Dogmatik-Komplex wird in der US-amerikanischen Rechtswissenschaft im Anschluss an diese Begriffsverwendung des Gerichts als „*anti-commandeering doctrine*“<sup>1772</sup> oder (seltener) auch als „*anti-conscription doctrine*“<sup>1773</sup> bezeichnet. Er hat Bedeutung über den Bereich des *Legislativföderalismus* hinaus: Es gibt auch ein „*commandeering*“-Verbot im Bereich des *administrativen Handelns* der Einzelstaaten (s. sogleich II. 2. a)).

Die Begründung der Mehrheitsmeinung in *New York v. United States* von Justice Sandra Day O’Connor beruht auf mehreren Strängen: Zum einen führt sie – grundsätzlich und apodiktisch – aus, dass das „*commandeering*“ die „föderale Struktur“ der USA verletze.<sup>1774</sup> Hierin könne zugleich eine Verletzung der „Sou-

<sup>1769</sup> *New York v. United States*, 505 U.S. 144 (1992), 161: „Congress may not simply commandeer the legislative processes of the States by directly compelling them to enact and enforce a federal regulatory program“; a.a.O., 175: „Either type of federal action would commandeer state governments into the service of federal regulatory purposes“.

<sup>1770</sup> Vgl. insbesondere *D. J. Merritt*, Colum. L. Rev. 88 (1988), 1 (60 ff.): Merritt verweist zur Begründung v.a. auf demokratietheoretische Erwägungen (s. auch das Zitat unten in Fn. 1779) und bindet diese an den Verfassungstext, insbesondere an Art. IV, Sec. 4 USC zurück: „The United States shall guarantee to every state in this union a republican form of government [...]“.

<sup>1771</sup> Das Gericht hatte die in *New York v. United States* eingesetzte Dogmatik in früheren Fällen zwar bereits angesprochen und geprüft, aber noch kein Bundesgesetz wegen eines Verstoßes gegen die Dogmatik aufgehoben: vgl. *Hodel v. Virginia Surface Mining & Reclamation Assn., Inc.*, 452 U.S. 264 (1981), 288; *FERC v. Mississippi*, 456 U.S. 742 (1982), 761 f.

<sup>1772</sup> Vgl. aus dem Schrifttum nur *E. H. Caminker*, Colum. L. Rev. 95 (1995), 1001; zusammenfassend *M. C. Dorf/T. Morrison*, Constitutional Law, New York, N.Y., U.S.A., 2010, S. 86 f.; rechtsvergleichende Rezeption etwa bei *R. Schütze*, in: L. Azoulai (Hrsg.), The Question of Competence in the European Union, New York, N.Y., U.S.A., u.a. 2014, S. 215 (222 f.).

<sup>1773</sup> ‚(To) conscript‘ lässt sich mit ‚(zum Wehrdienst) einberufen‘ übersetzen. Auch der *U.S. Supreme Court* verwendet das Wort „*conscript*“ zur Kennzeichnung dieser Dogmatik, wenngleich seltener als das Wort „*commandeer*“, vgl. etwa: *New York v. United States*, 505 U.S. 144 (1992), 178: „Where a federal interest is sufficiently strong to cause Congress to legislate, it must do so directly; it may not conscript state governments as its agents.“; sowie *Printz v. United States*, 521 U.S. 898 (1997), 935: „We held in *New York* that Congress cannot compel the States to enact or enforce a federal regulatory program. Today we hold that Congress cannot circumvent that prohibition by conscripting the State’s officers directly.“ Vgl. zur Verwendung von „*conscript(ing)*“ im Schrifttum etwa *A. R. Light*, *BYU J. Pub. L.* 13 (1998), 49 (51); freilich mit Bezug auf die Entscheidung *Printz v. United States* (hierzu unten II. 2. a)).

<sup>1774</sup> *New York v. United States*, 505 U.S. 144 (1992), 175, 177: „the provision is inconsistent with the federal structure of our Government established by the Constitution“.

veränität“ der Einzelstaaten gesehen werden.<sup>1775</sup> Dies unterfüttert O'Connor mit einem historischen Argument: Bei Schaffung der US-Verfassung sei bewusst – in Abkehr von den ineffektiven *Articles of Confederation* (s. o. § 1, B. II.) – die Entscheidung für eine föderale Ordnung getroffen worden, in welcher die Bundesebene unmittelbar anwendbare Rechtsetzungsgewalt gegenüber den Individuen, nicht aber gegenüber den Einzelstaaten habe.<sup>1776</sup> Diese föderale Struktur sei zudem kein Selbstzweck, sondern diene der individuellen Freiheitssicherung durch vertikale Gewaltenteilung.<sup>1777</sup> Schließlich sichere die *anti-commandeering doctrine* repräsentativ-demokratische ‚accountability‘-Strukturen: Das *commandeering* könne dazu führen, dass politische Akteure in den Einzelstaaten die politische ‚Verantwortung‘ gegenüber den Wählerinnen und Wählern („accountability“) für Entscheidungen, welche der Sache nach bereits auf Bundesebene getroffen wurden, tragen müssten, während die inhaltlich entscheidungsbefugten Akteure auf Bundesebene nicht politisch ‚verantwortlich‘ wären, da ihnen die Maßnahme der Sache nach nicht zugerechnet werde.<sup>1778</sup> An dieser Stelle zitiert O'Connor Vorarbeiten aus dem Schrifttum, unter anderem von Deborah J. Merritt, welche dieses demokratietheoretische *accountability*-Argument bereits zuvor deutlich herausgearbeitet hatte.<sup>1779</sup> O'Connors Begründung der *anti-commandeering doctrine* ist insgesamt vielschichtig und basiert neben systematischen, historischen und estatistischen Argumenten auch auf Argumenten für einen freiheitlich-gewaltenteilerisch-individualschützenden und einen repräsentativ-demokratischen Föderalismus. Die Argumentation ist in den abweichenden Sondervoten und im Schrifttum („dennoch“) auf deutliche Kritik gestoßen (ausführlich hierzu unten § 11, B. I. 1.).

Dass die (gesetzgebungsbezogene) *anti-commandeering doctrine* im *U.S. Supreme Court* weiterhin Unterstützung findet, zeigte sich im Jahr 2018 in der – innerhalb des Gerichts relativ unumstrittenen<sup>1780</sup> – Rechtssache *Murphy v. National*

<sup>1775</sup> *New York v. United States*, 505 U.S. 144 (1992), 177: „*infringing upon the core of state sovereignty reserved by the Tenth Amendment*“. Mit F. Tolson, Vanderbilt L. Rev. 65 (2012), 1195 (1242 ff.), ließe sich hier kritisch anmerken, dass es weniger um „sovereignty“, sondern um „autonomy“ geht.

<sup>1776</sup> *New York v. United States*, 505 U.S. 144 (1992), 166: „*In providing for a stronger central government, therefore, the Framers explicitly chose a Constitution that confers upon Congress the power to regulate individuals, not States*“.

<sup>1777</sup> Vgl. *New York v. United States*, 505 U.S. 144 (1992), 181.

<sup>1778</sup> Vgl. *New York v. United States*, 505 U.S. 144 (1992), 168 f., 182 f.

<sup>1779</sup> *New York v. United States*, 505 U.S. 144 (1992), 169, unter Verweis D. J. Merritt, Colum. L. Rev. 88 (1988), 1 (61 f.); Merritt hatte: s. dies., a.a.O. (61): „*If the federal government forces the states to adopt a statute, it destroys this relationship between state voters and their representatives; state legislators become accountable to Congress, rather than to their constituents*“.

<sup>1780</sup> Die Entscheidung erging mit 7:2 Stimmen; dabei bezog sich das abweichende Sondervotum der („liberalen“) Richterinnen Ginsburg und Sotomayor nur auf die Anwendung der *anti-commandeering doctrine* auf den konkreten Fall, indem es in Zweifel zog, inwieweit im konkreten Fall der Aspekt des repräsentativ-demokratischen Föderalismus (Klarheit von *ac-*

*Collegiate Athletic Association*.<sup>1781</sup> Das Gericht erklärte ein Bundesgesetz auf dem Gebiet der Sportwettenregulierung unter Rückgriff auf die *anti-commandeering doctrine* für verfassungswidrig: Das Bundesgesetz enthielt ein Verbot für Einzelstaaten (mit einigen spezifischen Ausnahmen für traditionell glücksspielfähige Staaten wie Nevada – hierzu unten D. II. 3. c)), Sportwetten selbst anzubieten oder privaten Unternehmen das Angebot von Sportwetten durch Einzelstaatengesetze zu erlauben. Im Jahr 2014 erlaubte der Staat New Jersey bestimmte Formen von Sportwetten.<sup>1782</sup> Das Einzelstaatengesetz wurde vor Gericht wegen angeblicher Bundesrechtswidrigkeit angegriffen, letztlich wurde vom *U.S. Supreme Court* jedoch das Bundesgesetz wegen Verstoßes gegen die *anti-commandeering doctrine* für nichtig erklärt. Der Defekt des Bundesgesetzes lag aus Sicht der Gerichtsmehrheit darin, dass es nicht ‚selbst‘ (also unmittelbar) Sportwetten bundesrechtlich verbot (was verfassungsmäßig wäre),<sup>1783</sup> sondern dem Einzelstaatengesetzgeber verbot, Sportwetten einzelstaatenrechtlich zu legalisieren.<sup>1784</sup> Darin liege eine verfassungswidrige Befehlsgewalt der Gestaltungsfreiheit des Einzelstaatengesetzgebers. Zur Begründung verweist das Gericht – wie schon in *New York v. U.S.* auf Freiheitssicherung durch vertikale Gewaltenteilung und auf demokratische *accountability*-Klarheit sowie – zusätzlich – auf die Frage der Finanzierungsklarheit.<sup>1785</sup>

#### b) Preclearance – Gesetzgebung unter Genehmigungsvorbehalt

Unterhalb der Schwelle des *commandeering* sind bundesgesetzliche Einschränkungen der legislativen Gestaltungsfreiheit der Einzelstaaten freilich vorstellbar. Das betrifft zunächst einmal die (insoweit dann ‚totale‘) Einschränkung der Einzelstaatengesetzgeber durch einen etwaigen Vorrang von direkt regulierender Bundesgesetzgebung nach der *Supremacy Clause* und der *preemption*-Dogmatik (s.o. § 4, B. I. 2. c) cc)). Dies stellt aber keine Ingerenzfrage i.e.S., sondern primär eine Kompetenzfrage dar, welche daher bei der Wirkung von Verbandsgrundrechtspositionen als Kompetenzausübungsregeln thematisiert wurde (s.o. § 5, A. I. 2. b) u. § 5, C. II. 1.).

---

*countability*) betroffen sei, *Murphy v. National Collegiate Athletic Association*, 584 U.S. \_\_\_\_ (2018) \_\_\_, *slip op.*, 2 f.

<sup>1781</sup> *Murphy v. National Collegiate Athletic Association*, 584 U.S. \_\_\_\_ (2018).

<sup>1782</sup> Komplexitätssteigernd, aber im Ergebnis nicht entscheidungserheblich war der Fakt, dass New Jersey in dem Gesetz keine ausdrückliche Legalisierung von Sportwetten statuierte, sondern ein früheres einzelstaatengesetzliches Verbot von Sportwetten partiell *aufhob*; *Murphy v. National Collegiate Athletic Association*, 584 U.S. \_\_\_\_ (2018), *slip op.*, 18 f.

<sup>1783</sup> (Nur) dann hätten sich Fragen nach dem Vorrang von Bundesrecht über Einzelstaatenrecht nach der *Supremacy Clause* und *preemption*-Dogmatik (s.o. § 4, B. I. 2. c) cc)) gestellt, vgl. *Murphy v. National Collegiate Athletic Association*, 584 U.S. \_\_\_\_ (2018), *slip op.*, 21 ff.

<sup>1784</sup> *Murphy v. National Collegiate Athletic Association*, 584 U.S. \_\_\_\_ (2018), *slip op.*, 18 ff.

<sup>1785</sup> *Murphy v. National Collegiate Athletic Association*, 584 U.S. \_\_\_\_ (2018), *slip op.*, 17 f.

Ein echtes Ingerenz-Arrangement im Legislativbereich, welches vom *U.S. Supreme Court* ausdrücklich gebilligt wurde, fand sich dagegen im *Voting Rights Act* von 1965: Dort war ein Genehmigungsvorbehalt (sog. „*preclearance*“<sup>1786</sup>) für bestimmte Änderungen des lokalen Wahlrechts durch bestimmte Stellen der Bundesebene (*Attorney General* oder Bundesgericht in Washington, D.C.) vorgesehen.<sup>1787</sup> Dieser Vorbehalt betraf die einzelstaatenrechtliche Ausgestaltung von Wahlen auf Bundes-, Einzelstaaten- und lokaler Ebene. Sinn und Zweck des Genehmigungsvorbehalts war es, Diskriminierungen „*on account of race or color*“<sup>1788</sup> durch lokale Wahlpraktiken (z.B. bestimmte Tests als Voraussetzung für die Teilnahme an Wahlen) zu verhindern. Der *U.S. Supreme Court* billigte den Genehmigungsvorbehalt im Jahr 1966 in *South Carolina v. Katzenbach* mit acht zu einer Stimme als „ungewöhnliche“, aber aufgrund „außergewöhnlicher Umstände“ gerechtfertigte Ausübung einer Bundesingerenz.<sup>1789</sup> Als verfassungsrechtliche Grundlage für die Ingerenz dient der XV. Zusatzartikel zur US-Verfassung<sup>1790</sup>; dieser ermächtigt das Bundesparlament zu Anti-Diskriminierungsmaßnahmen im Wahlrecht (s.a. unten VI. 2. b)). Aus föderalismusverfassungsrechtlicher Sicht bemerkenswert ist das abweichende Sondervotum des Verfassungsrichters Hugo Black in *South Carolina v. Katzenbach*: Black wertete das *preclearance*-Erfordernis als eine zu starke Relativierung der verfassungsrechtlichen Unterscheidung zwischen einzelstaatlicher Gewalt und Bundesgewalt.<sup>1791</sup> Es sei unzulässig, eine Vorabkontrolle der legislativen Tätigkeit der Staaten durch die Bundesebene einzuführen; zulässig und ausreichend sei es, wenn Bundesstellen *nachträglich* gegen *bereits inkraftgetretenes* Einzelstaatenrecht gerichtlichen Rechtsschutz suchen könnten.<sup>1792</sup> Rhetorisch auffällig sind folgende Wendungen in Blacks Sondervotum: Die Einzelstaaten müssten bei Bun-

<sup>1786</sup> Zum Begriff (kein Gesetzesbegriff): *Shelby County v. Holder*, 570 U.S. 529 (2013), 537; vgl. auch *F. Tolson*, *Vanderbilt L. Rev.* 65 (2012), 1195 (1203).

<sup>1787</sup> *VRA* § 5 = 52 U.S.C. § 10304.

<sup>1788</sup> *VRA* § 1 = 52 U.S.C. § 10301.

<sup>1789</sup> *South Carolina v. Katzenbach*, 383 U.S. 301 (1966), 334: „*an uncommon exercise of congressional power; [...] but the Court has recognized that exceptional conditions can justify legislative measures not otherwise appropriate.*“

<sup>1790</sup> So auch das Gericht: vgl. *South Carolina v. Katzenbach*, 383 U.S. 301 (1966), 334.

<sup>1791</sup> *South Carolina v. Katzenbach*, 383 U.S. 301 (1966), 358 – Sondervotum Justice Black: „*Section 5 [...] so distorts our constitutional structure of government as to render any distinction drawn in the Constitution between state and federal power almost meaningless.*“

<sup>1792</sup> Vgl. *South Carolina v. Katzenbach*, 383 U.S. 301 (1966), 360 – Sondervotum Justice Black; Black verweist a.a.O., 358 ff., außerdem auf den Zehnten Zusatzartikel zur US-Verfassung (s. § 3, A. I. 1. u. § 4, B. I. 2. a)), auf die *Guarantee Clause* (s. § 3, A. I. 1.) und auf ein verfassungsgeschichtliches Argument: Legislative Genehmigungsvorbehalte der Englischen Krone gegenüber den Amerikanischen Kolonien seien bei der Unabhängigkeitsbewegung der (Proto-)USA gerade entschieden abgelehnt worden.



desstellen darum „betteln“, dass ihre Regelungen genehmigt werden;<sup>1793</sup> eine solche „Behandlung“ der Staaten rücke sie in die Nähe bloßer „eroberter Provinzen“.<sup>1794</sup>

Das *preclearance*-Erfordernis wurde über 45 Jahre später im Jahr 2013 aus anderen Gründen (Verstoß gegen das föderale Gleichbehandlungsgebot) vom *U.S. Supreme Court* für verfassungswidrig erklärt: Das Genehmigungserfordernis als solches wurde vom Gericht nicht beanstandet, sondern seine föderal disparate Anwendbarkeit auf nur bestimmte Einzelstaaten<sup>1795</sup> (hierzu näher unten VI. 2. b) u. D. II. 1. u. 3.). In den Entscheidungen zur *anti-commandeering*-Dogmatik (s. o. a)) wurde die Billigung der *VRA-preclearance* aus *South Carolina v. Katzenbach* nicht argumentativ aufgegriffen.<sup>1796</sup> Setzt man die beiden Dogmatikkomplexe – verfassungswidriges *commandeering* einerseits und verfassungsgemäßes *preclearance*-Erfordernis andererseits – in Beziehung, so ergeben verschiedene Möglichkeiten, den (scheinbaren) Widerspruch aufzulösen: Einmal lässt sich vertreten, dass es beim *Voting Rights Act* mit dem Wahlrecht um ein besonderes Sachgebiet geht, in welchem intensivere Bundesingerenzen als in anderen Sachbereichen (wie dem Wirtschafts- oder Umweltschutzrecht) zulässig sind<sup>1797</sup>; andererseits lässt sich argumentieren, dass ein *preclearance*-Erfordernis schlicht weniger intensiv in die Legislativautonomie der Staaten eingreift als *commandeering* (und daher ggf. auch außerhalb des Wahlrechtskontexts, z. B. im Bereich des Wirtschafts- und Umweltschutzrechts vorstellbar wäre).

### 3. Deutschland: Autonomie der Landesgesetzgebung als Refugium im Verschränkungs föderalismus

Der grundgesetzliche Föderalismus folgt dem Grundsatz nach nicht dem föderalen Trennungsmodell, sondern dem Verschränkungsmodell (s. o. § 2; B. IV. 2. u. § 4, B. I. 3. b)). Verschränkung im Legislativbereich bedeutet dabei vor allem eine intensive Einbindung der Länder (über die Länderexekutiven) in die Bundesgesetzgebung (s. o. § 4, B. II. 1. a)). Umgekehrt – also in Betreff auf den Einfluss des

<sup>1793</sup> *South Carolina v. Katzenbach*, 383 U.S. 301 (1966), 358 – Sondervotum *Justice Black*: „States cannot pass state laws or adopt state constitutional amendments without first being compelled to beg federal authorities to approve their policies“.

<sup>1794</sup> *South Carolina v. Katzenbach*, 383 U.S. 301 (1966), 360 – Sondervotum *Justice Black*: „create the impression that the State or States treated in this way are little more than conquered provinces“.

<sup>1795</sup> *Shelby County v. Holder*, 570 U.S. 529 (2013).

<sup>1796</sup> Eine gewisse Ausnahme stellt das abweichende Sondervotum von *Justice White* in *New York v. United States*, 505 U.S. 144 (1992), 208 (dort in Fn. 3), dar: White führt *South Carolina v. Katzenbach* – am Rande – als Argument dafür an, dass sich dem Fallrecht des *U.S. Supreme Court* Präzedenzfälle entnehmen lassen, die für die Einschränkung der Legislativautonomie der Staaten und somit gegen die *anti-commandeering*-Dogmatik sprechen.

<sup>1797</sup> Hierfür spricht die Existenz des XIV. und XV. Zusatzartikels zur US-Verfassung, welche Anti-Diskriminierungsanforderungen an Wahlen formulieren (und insoweit über die bloßen Kompetenztitel in Art. I, Sec. 8 USC hinausgehen).

Bundes auf die Landesgesetzgebung – lassen sich Rechtsprechung und Schrifttum hingegen Stimmen entnehmen, die für eine Trennung der Sphären von Bund und Ländern argumentieren. Diese Stimmen plädieren dafür, die ‚Entscheidungsfreiheit‘ der Landesgesetzgeber von bundesgesetzlicher Programmierung freizuhalten. Dies betrifft insbesondere drei dogmatische Bereiche: *erstens* – nur noch verfassungshistorisch – die Grenzen der früheren Bundesrahmengesetzgebung (Art. 75 GG a.F. – s.u. a)), *zweitens* die Frage, ob der Bundesgesetzgeber im Bereich seiner ausschließlichen oder konkurrierenden Gesetzgebung die Länder zur Gesetzgebung verpflichten darf (s.u. b)) und – *drittens* – die analoge Frage nach Pflichten zum Erlass von Rechtsverordnungen durch Landesregierungen auf bundesgesetzlicher Grundlage (s.u. c)).

### a) Frühere Rahmengesetzgebung

Bis zur Föderalismusreform I im Jahr 2006 kannte das Grundgesetz die Kompetenzkategorie der Rahmengesetzgebungskompetenz (Art. 75 GG a.F.): Danach durfte der Bund in bestimmten Sachbereichen (u.a. im Landesbeamtenrecht, im Hochschulrecht oder im Presserecht) „Rahmenvorschriften“ erlassen. Einzelne „Rahmenvorschriften“ des Bundes konnten entweder als „unmittelbar für die [Bürgerinnen und Bürger] geltendes Bundesrecht“ (sog. ‚Vollregelungen‘) oder aber als umsetzungsbedürftige „Richtlinien für den Landesgesetzgeber“ formuliert werden.<sup>1798</sup> Dieser Dichotomie von Vollregelungen und „Richtlinien“ entsprachen im Wesentlichen zwei Problemkreise: Zum einen entstanden Streitigkeiten über die zulässige Dichte von Vollregelungen des Bundes<sup>1799</sup>, zum anderen – und dies ist vorliegend von Interesse – ergaben sich Streitigkeiten über die Grenzen für das Programmieren des Landesgesetzgebers durch den Bund in „Richtlinien für den Landesgesetzgeber“ (gewissermaßen also parallel zum oben vorgestellten US-amerikanischen ‚commandeering‘ – s.o. 2. a)).<sup>1800</sup>

Zu letztgenannter Frage entschied der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts mehrfach, dass die bundesgesetzlichen „Richtlinien“ „dem Landesgesetzgeber Raum für Willensentscheidungen in der sachlichen Rechtsgestaltung übrig lassen [müssen] und [...] ihn nicht darauf beschränken [dürfen], nur zwischen vorgege-

<sup>1798</sup> Zu dieser Unterscheidung: BVerfGE 4, 115 (130) – Besoldungsgesetz von Nordrhein-Westfalen.

<sup>1799</sup> Beispiel-Judikate für diese Konstellation: BVerfGE 38, 1 (10) – Richteramtsbezeichnungen; BVerfGE 43, 291 (343) – *numerus clausus* II; BVerfGE 66, 270 (285) – Schleswig-Holsteinisches Hochschulgesetz (dort Umstellung der Kontrolle auf eine Auslegungsregel – hierzu allgemein unten § 8, C. I. 2. b) bb)). Im Jahr 1994 wurde in Art. 75 GG a.F. folgender zweiter Absatz ergänzt: „Rahmenvorschriften dürfen nur in Ausnahmefällen in Einzelheiten gehende oder unmittelbar geltende Regelungen enthalten.“

<sup>1800</sup> Diese Problem-Konstellationen mögen im Einzelfall schwer unterscheidbar sein. So scheint das abweichende Sondervotum der Richterinnen Osterloh, Lübke-Wolff und des Richters Gerhardt, zu BVerfGE 111, 226 (274 ff.) – Juniorprofessur, die „Richtlinien“-Konstellation weitgehend als ‚Vollregelungs‘-Problematik zu behandeln.

benen rechtlichen Möglichkeiten zu wählen“.<sup>1801</sup> Einen Verstoß gegen diesen Maßstab nahm der Zweite Senat im Jahr 1954 mit Blick auf die Vorgabe des damaligen Bundesrahmenrechts für die Besoldung von Landesbeamten an: Unzulässigerweise war den Ländern durch das einschlägige Bundesgesetz „bei der Ordnung der Landesbesoldung nur die Freiheit [belassen worden], ihre Beamten schlechter zu stellen als die entsprechenden Bundesbeamten“.<sup>1802</sup> Im Jahr 2004 erklärte der Senat ein Änderungsgesetz zum Hochschulrahmengesetz des Bundes für verfassungswidrig, soweit dieses den Landesgesetzgebern „das Institut der Juniorprofessur [...] als verpflichtende Regelqualifikation“ und „nicht als Angebot eines von mehreren möglichen Qualifikationswegen vorgeschrieben“ hatte.<sup>1803</sup> In den beiden Urteilsbegründungen bündelt der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts jeweils die Topoi ‚Willensfreiheit‘, ‚Gestaltungsfreiheit‘, ‚Wahlfreiheit‘ des Landesgesetzgebers<sup>1804</sup> in der Formel von der „gesetzgeberische[n] Freiheit der Länder“ und bringt sie mit der „Sicherung des eigenstaatlichen Bereichs der Länder“ in Verbindung.<sup>1805</sup> Das Gericht ergänzte im späteren Judikat zur Juniorprofessur, dass der Landesgesetzgeber „nicht darauf beschränkt werden [dürfe], wie eine nachgeordnete Instanz lediglich eine Bundesregelung zu exekutieren“.<sup>1806</sup> Hier wird v. a. etatistisch argumentiert und es klingt deutlich eine Degradierungs- und Entwürdigungsrhetorik an, wie sie oben auch im funktional-äquivalenten US-Fallrecht nachgewiesen wurde (s. o. 2. a)). Eine vertiefte demokratietheoretische Argumentation (betreffend die *accountability*-Problematik s. o. 2. a)), welche die Länder als eigenständig demokratisch legitimierte Einheiten mit eigenständigem Parlamentarismus in den Vordergrund rücken würde, sucht man in den Judikaten dagegen vergeblich.<sup>1807</sup>

<sup>1801</sup> BVerfGE 4, 115 (130) – Besoldungsgesetz von Nordrhein-Westfalen; daran anschließend: BVerfGE 111, 226 (249) – Juniorprofessur.

<sup>1802</sup> BVerfGE 4, 115 (137) – Besoldungsgesetz von Nordrhein-Westfalen.

<sup>1803</sup> BVerfGE 111, 226 (264) – Juniorprofessur; dagegen das abweichende Sondervotum der Richterinnen Osterloh, Lübke-Wolff und des Richters Gerhard, BVerfGE 111, 226 (274 ff.).

<sup>1804</sup> BVerfGE 4, 115 (130) – Besoldungsgesetz von Nordrhein-Westfalen; daran anschließend: BVerfGE 111, 226 (249) – Juniorprofessur: „Der Landesgesetzgeber kann Raum für Willensentscheidungen in der sachlichen Rechts*gestaltung* beanspruchen, er darf nicht darauf beschränkt werden, nur zwischen engen vorgegebenen rechtlichen Möglichkeiten zu wählen“, Hervorh. R.D.N.

<sup>1805</sup> BVerfGE 4, 115 (139) – Besoldungsgesetz von Nordrhein-Westfalen.

<sup>1806</sup> BVerfGE 111, 226 (249) – Juniorprofessur.

<sup>1807</sup> In BVerfGE 4, 115 (140) – Besoldungsgesetz von Nordrhein-Westfalen, erwähnt der Senat den Aspekt der (politisch-demokratischen) „Verantwortung“ immerhin am Rande: „Gegenüber den Wünschen der Beamtenschaft müssen [die Länder] selbst verantworten, was der Finanzkraft des Landes entspricht. Dieser Pflicht genügen sie nicht, wenn sie den Bund veranlassen, seinerseits durch gesetzgeberische Maßnahmen die Freiheit ihrer Entscheidung zu beschränken.“ Beachte auch die apodiktische, nicht demokratietheoretisch unterfütterte, Erwähnung von „Verantwortungssphären“ in BVerfGE 111, 226 (274) – Juniorprofessur. Auch die Verfassungsänderung im Jahr 1994, welche Art. 75 GG a.F. einen neuen Absatz 3 anfügte („Erläßt der Bund Rahmenvorschriften, so sind die Länder verpflichtet, innerhalb einer durch das Gesetz bestimmten angemessenen Frist die erforderlichen Landesgesetze zu

*b) Bundesgesetzliche Pflichten der Landesparlamente zur Gesetzgebung(?)*

Eine weitere – und anders als Art. 75 GG a.F. noch geltend-rechtliche – Konstellation zu Landesgesetzgebungsprogrammierungsgrenzen betrifft die Legislativermächtigung des Art. 71 GG: Im Bereich der ausschließlichen Bundesgesetzgebungskompetenzen darf der Bund die Länder demnach in einem Bundesgesetz zur Gesetzgebung ermächtigen. Hier ergibt sich die verfassungstextlich nicht eindeutig beantwortete Folgefrage, ob sich hieraus *Pflichten* des Landesgesetzgebers zur Gesetzgebung entsprechend bundesgesetzlicher Programmierung ergeben können. Nach herrschender Auffassung darf der Bundesgesetzgeber die Landesgesetzgeber *nicht* zur Gesetzgebung verpflichten (sondern lediglich ermächtigen).<sup>1808</sup> Zur Begründung wird auch hier – wie bei den Grenzen der Regelungsdichte bei der früheren Rahmengesetzgebung (s.o. a)) – etatistisch auf die „Staatsqualität“ der Länder verwiesen.<sup>1809</sup> Daneben finden sich Argumentationen mit der Systematik der

erlassen.“), wies insoweit keine Sensibilität auf. Die Begründung zum Gesetzentwurf des Bundesrats, BT-Drs. 12/7109, S. 10, betont hier vielmehr, dass „[d]ie kompetentielle Regelungsmöglichkeit der Länder [...] gestärkt werden“ solle, ohne darauf zu reflektieren, dass eine bundesgesetzlich *programmierte* Landesgesetzgebung ebenfalls problematisch sein könnte. Immerhin lässt sich insoweit auf den ebenfalls 1994 eingefügten Art. 75 Abs. 2 Var. 1 GG a.F. hinweisen: „Rahmenvorschriften dürfen nur in Ausnahmefällen in Einzelheiten gehende [...] Regelungen enthalten“.

<sup>1808</sup> Zur h. M. W. Rudolf, AöR 88 (1963), 159(183); W. Zitzelsberger, Die Pflicht der Länder zur Gesetzgebung, München 1969, S. 83 ff. (gegen eine Gesetzgebungspflicht der Länder unmittelbar aus Art. 71 GG im Fall einer Ermächtigung) u. S. 90 ff. (gegen die Möglichkeit der bundesgesetzlichen Statuierung einer Gesetzgebungspflicht der Länder auf Grundlage von Art. 71 GG); H. Maurer, in: FS Rudolf, München 2001, S. 337 (340); H.-W. Rengeling, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), HdbStR, Bd. VI, 3. Aufl., Heidelberg 2008, § 135, Rn. 87; sowie m.w.N. A. Uhle, in: G. Dürig/R. Herzog/R. Scholz (Hrsg.), Grundgesetz, 49. Ergänzungslieferung, München 2007, Art. 71, Rn. 51; a.A. M. Bothe, in: E. Denninger/W. Hoffmann-Riem/H.-P. Schneider/E. Stein (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Bd. 2, 3. Aufl., 2. Aufbaulieferung, Neuwied u.a. 2002, Art. 71, Rn. 7 (Verpflichtung des Landesgesetzgebers zur Gesetzgebung als *minus* zur Selbsteintrittsmöglichkeit des Bundesgesetzgebers); gewissermaßen vermittelnd R. Broemel, in: I. v. Münch/P. Kunig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 2, 7. Aufl., München 2021, Art. 71, Rn. 17, welcher auf eine mögliche Verpflichtung zur Gesetzgebung aus der Bundestreue hinweist; so vorsichtig („[a]llenfalls“) auch noch C. Degenhart, in: M. Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 4. Aufl., München 2007, Art. 71, Rn. 12 a.E.; implizit anders nun *ders.*, in: M. Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 9. Aufl., München 2021, Art. 71, Rn. 12: keine Erwähnung einer etwaigen Pflicht aus der Bundestreue.

<sup>1809</sup> Deutlich etatistisch W. Zitzelsberger, Die Pflicht der Länder zur Gesetzgebung, München 1969, S. 88 f.: „Weiter ist die gesetzgebende Gewalt im Land eigenständig und unabhängig und sie mu[ss] es auch sein, wenn die Länder Staatsqualität besitzen sollen“; leichter Etatismus am Rande auch bei W. Rudolf, AöR 88 (1963), 159(183): „Dies folgt aus der Eigenständigkeit und Unabhängigkeit der gliedstaatlichen Gesetzgebung im Bundesstaat.“ Mit Blick auf das etatistische Argument bemerkenswerter Gedanke bei H. Maurer, in: FS Rudolf, München 2001, S. 337 (340): die „Eigenstaatlichkeit der Länder“ könnte sogar *dafür* sprechen, die Ermächtigung des Art. 71 GG häufiger zu gebrauchen – freilich spricht Maurer insoweit *nicht* von einem Gebrauch des Art. 71 GG in einer die Länder *verpflichtenden* Weise (die Möglichkeit hierzu lehnt er a.A. ab).

Art. 70 ff. GG.<sup>1810</sup> Auch hier wird kaum mit Blick auf Demokratietheorie und *accountability* argumentiert.

Die Ermächtigung des Art. 71 GG ist auf den Bereich der ausschließlichen Bundesgesetzgebungskompetenzen beschränkt und nicht etwa analog im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenzen anwendbar.<sup>1811</sup> Allerdings wird es auch für den Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung überwiegend für grundsätzlich verfassungsgemäß gehalten, wenn der Bund sog. ‚Länder-Öffnungsklauseln‘ in Bundesgesetzen vorsieht.<sup>1812</sup> ‚Technisch‘ gesehen handelt es sich dabei dann allerdings nicht um eine Ermächtigung der Länder zur Gesetzgebung, sondern um den gestaltenden Umgang mit der Sperrwirkung des Art. 72 Abs. 1 GG: Der Bundesgesetzgeber formt bewusst-intentional die Reichweite (Stichwort: „soweit“) der bundesgesetzlichen Regelung so aus, dass den Ländern ein bestimmter legislativer Handlungsspielraum (unmittelbar aus Art. 30, Art. 70 Abs. 1 GG) verbleibt.<sup>1813</sup> Eine bundesgesetzliche *Verpflichtung* der Länder zum legislativen Tätigwerden ist daher im Bereich von Art. 72 Abs. 1 GG von vorneherein nicht konstruierbar, da die Länder aus eigenem Recht gesetzgebend tätig werden. Freilich können sich entsprechende Pflichten aus höherrangigem Recht (etwa grundrechtlichen Schutzpflichten oder Unionsrecht) ergeben.

---

<sup>1810</sup> Vgl. den Hinweis auf Art. 75 GG (Abs. 3) a.F. als Ausnahmenvorschrift (interföderale Kompetenzwahrnahmungsverpflichtungen als Ausnahme, die nur in der Rahmengesetzgebung galt) bei M. Heintzen, in: H. v. Mangoldt/F. Klein/C. Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 2, 7. Aufl., München 2018, Art. 71, Rn. 42 (dort bei und in Fn. 25).

<sup>1811</sup> Vgl. W. Rudolf, AöR 88 (1963), 159 (162 f.), sowie m.w.N. A. Uhle, in: G. Dürig/R. Herzog/R. Scholz (Hrsg.), Grundgesetz, 49. Ergänzungslieferung, München 2007, Art. 71, Rn. 44; ders., in: G. Dürig/R. Herzog/R. Scholz (Hrsg.), Grundgesetz, 76. Ergänzungslieferung, München 2015, Art. 72, Rn. 91.

<sup>1812</sup> Im Einzelnen ist bezüglich der Verfassungsmäßigkeit von ‚Länder-Öffnungsklauseln‘ zu differenzieren, etwa danach, ob es sich um eine konkurrierende Gesetzgebungskompetenz handelt, für welche Art. 72 Abs. 2 GG anwendbar ist – im Anwendungsbereich des Art. 72 Abs. 2 GG könnten ‚Länder-Öffnungsklauseln‘ gerade gegen die „Erforderlichkeit“ einer bundesgesetzlichen Regelung sprechen, vgl. beispielhaft für die Diskussion um ‚Länder-Öffnungsklauseln‘ bei der Neuregelung der Grundsteuer, H. Greve, NVwZ 2019, 701 (704) – noch zur Verfassungslage vor Änderung von Art. 105 Abs. 2, Art. 72 Abs. 3 S. 1 Nr. 7 GG im November 2019.

<sup>1813</sup> Vgl. H. Grziwotz, AöR 116 (1991), 588 (599 f.), m.w.N.; A. Uhle, in: G. Dürig/R. Herzog/R. Scholz (Hrsg.), Grundgesetz, 76. Ergänzungslieferung, München 2015, Art. 72, Rn. 91 f., m.w.N. u. dem Hinweis darauf, dass häufig (auch in der Rechtsprechung) ungenau auch im Bereich von Art. 72 GG von „Ermächtigungen“ gesprochen wird. Uhle differenziert freilich zwischen „schlichten“ und „qualifizierten Ermächtigungen“: Letztere, bei ihnen werden die Länder zur Abweichungen von bundesgesetzlichen Regelungen ‚ermächtigt‘, seien verfassungswidrig.

*c) Bundesgesetzliche Pflichten der Landesregierungen  
zum Erlass von Rechtsverordnungen*

Eine parallele Fragestellung nach einer Pflicht der Länder zur Gesetzgebung kann sich im Anwendungsbereich des Art. 80 Abs. 1 S. 1 Var. 3 GG – dann freilich für die nur-materielle Gesetzgebung durch Landesregierungen in Form von *Rechtsverordnungen* – ergeben. Nach allgemeiner Auffassung darf der Bundesgesetzgeber Landesregierungen – ausdrücklich oder implizit – verpflichten, Rechtsverordnungen zu erlassen: Zwar bestehe grundsätzlich ein Entschließungsermessen des Ermächtigungsadressaten, ob er von der Ermächtigung Gebrauch macht, jedoch könne sich nicht nur aus höherrangigem Recht (Grundrechte, Unionsrecht), sondern auch aus der einfach-bundesgesetzlichen Lage selbst eine Pflicht zum Verordnungserlass ergeben.<sup>1814</sup> Dabei wird regelmäßig die föderal besonders relevante Konstellation der ebenenübergreifenden Verpflichtung nach *Variante 3* des Art. 80 Abs. 1 S. 1 GG nicht gesondert gewürdigt, sondern wie die Variante 1 und 2 der Norm (Rechtsverhältnisse zwischen Organen auf Bundesebene) behandelt.<sup>1815</sup> Verfassungsrechtlich problematisch sollen Verpflichtungen zum Verordnungserlass aber ‚immerhin‘ dann sein, wenn sie mit – nach umstrittener Auffassung grundsätzlich für verfassungsgemäß erachteten<sup>1816</sup> – parlamentarischen Änderungsvorbehalten kombiniert werden.<sup>1817</sup>

---

<sup>1814</sup> Vgl. BVerfGE 78, 249 (272 ff.) – Fehlbelegungsabgabe: „der Gesetzgeber [muss] dem Verordnungsgeber hinreichende normative Anhaltspunkte für seine Entscheidung an die Hand geben [...], ob von einer solchen Verordnungsermächtigung Gebrauch zu machen ist oder nicht“ (a. a. O. [274]); ferner BVerfGE 34, 165 (194) – Förderstufe (dort ging es freilich um eine landesgesetzliche Verpflichtung der Landesregierung zum Verordnungserlass, also nicht um einen föderal relevanten Fall); im Schrifttum wird i. a. R. knapp die Möglichkeit der bundesgesetzlichen Verpflichtung zum Verordnungserlass bejaht, vgl. nur *M. Kloepfer*, Verfassungsrecht, Bd. I, München 2011, § 21, Rn. 363, m. w. N.; *A. Uhle*, in: W. Kluth/G. Krings (Hrsg.), Gesetzgebung, Heidelberg 2014, § 24, Rn. 63, m. w. N.

<sup>1815</sup> Vgl. etwa *M. Kloepfer*, Verfassungsrecht, Bd. I, München 2011, § 21, Rn. 363; *A. Uhle*, in: W. Kluth/G. Krings (Hrsg.), Gesetzgebung, Heidelberg 2014, § 24, Rn. 63.

<sup>1816</sup> Ausführliche Darstellung der Streitfrage m. w. N. bei *A. Uhle*, Parlament und Rechtsverordnung, München 1999, S. 491 ff., welcher die h. M. des Schrifttums zwar noch beim Diktum der Verfassungswidrigkeit der Änderungsvorbehalte sieht, aber einen Trend zur Gegenauffassung (Verfassungsmäßigkeit der Änderungsvorbehalte) erkennt und sich Letzterem – unter Benennung von Rechtsgrenzen (etwa ‚Verfassungsorgantreue‘) – anschließt; kompakt auch *ders.*, in: W. Kluth/G. Krings (Hrsg.), Gesetzgebung, Heidelberg 2014, § 24, Rn. 92, m. w. N. pro und contra; a. A. aber z. B. *K.-P. Sommermann*, JZ 1997, 434 (441), u. wohl *M. Kloepfer*, Verfassungsrecht, Bd. I, München 2011, § 21, Rn. 359.

<sup>1817</sup> So – insoweit ohne ausdrücklichen Bezug auf Art. 80 Abs. 1 S. 1 Var. 3 – *K.-P. Sommermann*, JZ 1997, 434 (437 f., 440 f.) – beachte, dass *ders.*, a. a. O. (439, dort in Fn. 61), das föderale Problem der Var. 3 ausdrücklich aus seiner Untersuchung ausschließt; vgl. ebenso (also ebenfalls für Verfassungswidrigkeit bei Kombination von Änderungsvorbehalt und Verordnungserlassverpflichtung) *A. Uhle*, Parlament und Rechtsverordnung, München 1999, S. 495; *ders.*, in: W. Kluth/G. Krings (Hrsg.), Gesetzgebung, Heidelberg 2014, § 24, Rn. 92, m. w. N.; a. A. *J. Saurer*, NVwZ 2003, 1176 (1181).



Eine für die Lage des grundgesetzlichen Legislativföderalismus aufschlussreiche Beobachtung im Zusammenhang mit interföderalen Verordnungsermächtigungen lässt sich schließlich mit Blick auf Art. 80 Abs. 4 GG machen: Die Norm erlaubt den Ländern, soweit ihre Regierungen gem. Art. 80 Abs. 1 S. 1 Var. 3 GG bundesgesetzlich zum Verordnungserlass ermächtigt werden, stattdessen formell-gesetzgebend, d. h. über den parlamentarischen Landesgesetzgeber, tätig zu werden. Ziel der Einführung von Art. 80 Abs. 4 GG im Jahr 1994 war es, den Landesparlamentarismus zu stärken.<sup>1818</sup> Im Schrifttum wird kritisch bemerkt, dass es jedoch höchst fraglich ist, ob dieses Ziel erreichbar ist, wenn die Landesparlamente gem. Art. 80 Abs. 4 GG in formellen Landesgesetzen letztlich nur „die einer Landesrechtsverordnung zukommende Entlastungsfunktion zugunsten des Bundestages übernehmen“ können und dabei den engen Bindungen des Parlamentsvorbehalts sowie von Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG unterworfen sind.<sup>1819</sup> Letztlich können sich die Landesparlamente hier wohl allenfalls in eine ‚freiwillige‘ *commandeering*-Situation ohne echten politischen Gestaltungsgewinn begeben. Dies mag die geringe praktische Relevanz von Art. 80 Abs. 4 GG<sup>1820</sup> teilweise erklären. Im Zuge der COVID-19-Pandemie seit 2020 hat Art. 80 Abs. 4 GG freilich einen gewissen diskursiven – kaum aber rechtsetzungspraktischen – Aufschwung erlebt: So wurde vermehrt gefordert, die Landesparlamente sollten anstelle der Landesregierungen die Ermächtigung in § 32 IfSG<sup>1821</sup> zum Erlass von Geboten und Verboten zur Bekämpfung übertragbarer Krankheiten nutzen.<sup>1822</sup>

<sup>1818</sup> Vgl. Bericht der Gemeinsamen Verfassungskommission v. 5.11.1993, BT-Drs. 12/6000, 38.

<sup>1819</sup> Vgl. B. Remmert, in: G. Dürig/R. Herzog/R. Scholz (Hrsg.), Grundgesetz, 70. Ergänzungslieferung, München 2013, Art. 80, Rn. 201, mit Hinweisen auf S. Dette/T. Burfeind, ZG 1998, 257 (268). In deren Satz „Landesparlamente [dürfen sich] nunmehr auch mit solchen Angelegenheiten beschäftigen [...], die dem Bundestag als zu unbedeutend erscheinen, um sich selbst damit zu befassen“ klingt an, dass sich die Konstellation des Art. 80 Abs. 4 GG häufig auf eine einem Parlament ‚unwürdige‘ Aufgabe beziehen wird. Von „Dignität“ spricht in einem eng verwandten Zusammenhang (Kombination von Art. 80 Abs. 4 GG mit parlamentarischen Änderungsvorbehalten zu Rechtsverordnungen zu Gunsten des Bundestags) auch K.-P. Sommermann, JZ 1997, 434 (440).

<sup>1820</sup> Vgl. B. Remmert, in: G. Dürig/R. Herzog/R. Scholz (Hrsg.), Grundgesetz, 70. Ergänzungslieferung, München 2013, Art. 80, Rn. 199 ff.

<sup>1821</sup> Für das Normzitat zum Infektionsschutzgesetz IfSG s. sogleich Anm. 1844.

<sup>1822</sup> Ausführlich auf der Grundlage eines Gutachtens für den Thüringer Landtag: A. Klafki, NVwZ 2020, 1718 ff.; vgl. auch C. Brüning/F. Thomsen, NVwZ 2021, 1183 (1185 ff.), m. w. N. – Letztere werten auch die Praxis der Landtage aus und kommen zu dem Fazit, dass insgesamt weiterhin (Stand Frühjahr 2021) eine „legislatorische Selbstaufgabe der Länder“ zu beobachten sei. Vgl. auch C. Waldhoff, NJW 2021, 2772 (2776), welcher einen Grund für den weitgehenden Nichtgebrauch des Art. 80 Abs. 4 GG-Hebels durch die Landtage in der COVID 19-Pandemie darin sieht, dass angesichts der in dynamischen Pandemiezeiten hohen „Änderungsfrequenz“ von Rechtsetzung ein „reguläres Gesetzgebungsverfahren im Wochenrhythmus [...] realitätsfern“ wäre; Waldhoff verweist aber a. a. O. m. w. N. auf sog. „Parlamentsbeteiligungsgesetze“ einiger Länder, welche dem jeweiligen Landesparlament Informationsrechte und andere prozedurale Ingerenzen hinsichtlich der exekutiven Normsetzung durch die jeweilige Landesregierung einräumen.



#### 4. Fazit und Ausblick: legislative ‚Willensfreiheit‘ zwischen Etatismus und Demokratietheorie

Die vorgestellten Dogmatikkomplexe zu den verfassungsrechtlichen Grenzen für Einmischungen des Bundesgesetzgebers in den legislativen Gestaltungsspielraum der föderierten Einheiten in den USA und in der Bundesrepublik Deutschland sind teilweise parallel strukturiert. Im Zentrum steht der Schutz der legislativen ‚Willensfreiheit‘ der föderierten Einheiten – dieser ist freilich in keiner der beiden Föderationen absolut, wird in Deutschland aber deutlich stärker relativiert: Mit der früheren Rahmengesetzgebungskompetenz aus Art. 75 GG a. F. war das ‚Ob‘ einer bundesgesetzlichen Programmierbarkeit der Landesgesetzgeber bis 2006 in den einschlägigen Sachbereichen durch die Verfassung selbst positiv beantwortet; die dogmatische Aufmerksamkeit wurde insoweit auf das ‚Wie‘ – d. h. auf die Dichte der bundesgesetzlichen Programmierung – gelenkt.<sup>1823</sup> Seit dem Wegfall der Rahmengesetzgebung in Deutschland im Jahr 2006 fehlt der praktisch wichtigste Anwendungsfall für verfassungsrechtliche Dogmatik zum Schutz der Gestaltungsfreiheit der Landesgesetzgeber. Überdies besteht im politischen System Deutschlands die Besonderheit, dass die Länder (wie der Bund) in das Mehrebenensystem der Europäischen Union eingebunden sind; hier können (Bundes- und) Landesgesetzgeber durch EU-Richtlinien ‚programmiert‘ werden (vgl. Art. 288 AEUV). Insoweit ist ein ebenenübergreifendes Programmieren von Gesetzgebung in der Europäischen Union eine Normalität.<sup>1824</sup> ‚Immerhin‘ hält das Schrifttum bundesgesetzliche Verpflichtungen der Länder zur Rechtsetzung auf Grundlage von Art. 71 f. GG – anders als bei Art. 80 Abs. 1 S. 1 Var. 3 GG (s. o. 3. c)) – für verfassungswidrig (s. o. 3. b)). Demgegenüber ist in den USA ein ‚commandeering‘ der Einzelstaatengesetzgeber in Bundesgesetzen überhaupt verboten (s. o. 2. a)). Andere (mildere) Instrumente bundesgesetzlicher Einflussnahme wie das *preclearance*-Erfordernis des *Voting Rights Acts* wurden freilich auch in den USA verfassungsgerichtlich gebilligt (s. o. 2. b)).

Argumentativ wird in den einschlägigen Fällen in beiden Föderationen die legislative ‚Willensfreiheit‘ der föderierten Einheiten als – wenn auch nicht absolut, so doch – schutzwürdig herausgestellt.<sup>1825</sup> Die vorgebrachten Begründungen sind in der US-Dogmatik tendenziell elaborierter: Über einen kruden Etatismus hinaus ist der *U.S. Supreme Court* bemüht, auf gewaltenteilerische, demokratietheoretische (*accountability*) und finanzverfassungsrechtliche Argumente einzugehen.<sup>1826</sup> In Deutschland ist die argumentative Bandbreite geringer; Sensibilität v. a. für demokratietheoretische Implikationen wird hier kaum gezeigt.<sup>1827</sup> Dem entspricht die

<sup>1823</sup> S. o. bei Fn. 1799.

<sup>1824</sup> Vgl. hierzu komparatistisch aus US-amerikanischer Perspektive: *Printz v. U.S.*, 521 U.S. 898 (1997), 976 ff. (Sondervotum Justice Breyer).

<sup>1825</sup> S. o. bei Fn. 1767 bzw. 1804.

<sup>1826</sup> S. o. bei Fn. 1785.

<sup>1827</sup> S. o. bei Fn. 1807.

Feststellung von Christoph Möllers, dass die „normative Demokratiefähigkeit“ der deutschen Länder (als ‚Staaten‘) in den herrschenden Argumentationsmustern der deutschen Föderalismusverfassungsrechtsdogmatik normativ unergiebig daherkomme, als ob sie der Zuständigkeitsordnung nichts hinzufüge.<sup>1828</sup>

Komparatistisch bemerkenswert ist die Degradierungs- und Entwürdigungsrhetorik zur Unterminierung der Schutzwürdigkeit der ‚Willensfreiheit‘ der Gesetzgeber der föderierten Einheiten, welche für beide Verfassungsordnungen beobachtbar ist: Verwiesen sei auf die Warnungen vor einem „Zum-Dienst-Einziehen“ („*commandeering*“)<sup>1829</sup> der Einzelstaatengesetzgeber, vor einer Degradierung der Einzelstaaten zu „eroberten Provinzen“ („*conquered provinces*“)<sup>1830</sup> oder der deutschen Landesgesetzgeber zu „nachgeordnete[n] Instanz[en]“ der ‚Exekutive‘<sup>1831</sup>. Positiver und weniger martialisch gewendet – aber nicht minder anthropomorph – beschreibt *Justice* Samuel Alito in *Murphy v. NCAA* die (schutzwürdige) ‚Entscheidung‘ des Gesetzgebers von New Jersey, bestimmte Formen des Glücksspiels – anders als zuvor – künftig zu legalisieren, in den Worten: „*the State had a change of heart*“<sup>1832</sup>.

## II. Grenzen von Einmischungen in die Exekutive

Blickt man auf Begrenzungen von *top-down*-Ingerenzen im Bereich der ausführenden Gewalt, so kommen in beiden vorliegend untersuchten Föderationen vielfältige Erscheinungen in Betracht:

### 1. „Politische Selbsterhaltung“ durch ‚autonome‘ und verantwortungsklare Verwaltung

Auch im Bereich des Exekutivföderalismus kann es v.a. zu *accountability*-Problemen kommen, welche den eben vorgestellten *accountability*-Problemen im Legislativföderalismus zum Teil verwandt sind (s. u. b)). Außerdem sind im Exekutivbereich – dies soll nur knapp skizziert werden – tiefergehende Relativierungen der ‚Autonomie‘ der föderierten Einheiten v.a. in ‚Notstands‘-Situationen möglich (s. u. a)):

<sup>1828</sup> Vgl. C. Möllers, Staat als Argument, 2. Aufl., Tübingen 2011, S. 365.

<sup>1829</sup> S. o. bei Fn. 1769.

<sup>1830</sup> S. o. in Fn. 1794.

<sup>1831</sup> S. o. bei Fn. 1806.

<sup>1832</sup> *Murphy v. National Collegiate Athletic Association*, 584 U.S. \_\_\_\_ (2018), *slip op.*, 6.

*a) Vorbemerkung und Exkurs: zum status negativus  
bei ‚Störfällen‘ und in ‚Krisen‘*

In bestimmten – exzeptionellen – Konstellationen des Exekutivföderalismus sind tiefgreifende Relativierungen der ‚Autonomie‘ föderierter Einheiten möglich. Dabei ist zu bedenken, dass – wie oben näher diskutiert wurde – die Verortung von Verbandsingerenzen auf einem ‚Alltag-Störfall-Krisen‘-Spektrum eher fließend und stets einzelfallabhängig ist (s. o. § 4, A. II. 4. b)); allerdings weisen die im Folgenden skizzierten Ingerenzen jedenfalls einen deutlichen ‚Störfall‘-Bezug auf, da sie überwiegend bereits *tatbestandlich* an außergewöhnliche Umstände („innere Unruhen“, „besonders schwere Unglücksfälle“ etc.) anknüpfen, welche potenziell geeignet sind, das föderale politische Gleichgewicht zu berühren. Teilweise sind es aber auch primär die exzeptionellen *Rechtsfolgen* der nachfolgend diskutierten Ingerenzen, welche die „politische Selbsterhaltung“ föderaler Träger (Schmitt) besonders herausfordern.<sup>1833</sup> Angesprochen sind einerseits Maßnahmen im ‚Notstand‘ und andererseits Maßnahmen des ‚Bundeszwangs‘<sup>1834</sup>:

aa) ‚Notstand‘ (i. w. S.)

In ‚Krisen‘-Lagen kann die „politische Selbsterhaltung“ der föderierten Einheiten im Administrativbereich – anders ausgedrückt: ihre ‚Verwaltungshoheit‘ – durch unterschiedliche Handlungsformen der Bundesebene unter Druck gesetzt werden:

Die Herausforderung der ‚Verwaltungshoheit‘ der föderierten Einheiten erfolgt – *erstens* – und insoweit recht offensichtlich durch ‚Notstands‘-Maßnahmen i. e. S., also durch notstandsverfassungsrechtlich gerahmte Maßnahmen<sup>1835</sup> mit regelmäßiger

<sup>1833</sup> Auch K.-A. Schwarz/L. Sairinger, NVwZ 2021, 265 (269), deuten auf eine tendenziell ähnliche Ambivalenz im Verhältnis von ‚Notstand‘ und ‚Föderalismus‘, wenn sie schreiben, durch ‚Notstands‘-Maßnahmen werde „[v]erstärkt eingegriffen [...] in die Eigenstaatlichkeit der Länder, deren mögliches Versagen oder Unvermögen unter Umständen gar geeignet ist, einen Anwendungsfall zu bilden.“

<sup>1834</sup> Auch A.-B. Kaiser, Ausnahmeverfassungsrecht, Tübingen 2020, S. 65, rechnet den Bundeszwang (des Grundgesetzes gem. Art. 37 GG) bereits dem „einfachen Krisenrecht“ und nicht mehr dem „Recht der reinen Normallage“ – näher zu diesem Spektrum oben § 4, A. II. 4. a).

<sup>1835</sup> ‚Notstand‘ wird hier als komparatistischer Begriff verwendet – unter Anknüpfung an die für das grundgesetzliche Verfassungsrecht gebräuchliche „Notstandsverfassung“: ausführlich M. Kloepfer, Verfassungsrecht, Bd. I, München 2011, § 28; für das US-amerikanische Verfassungsrecht wird insoweit u. a. von „*constitution of necessity*“ gesprochen: vgl. etwa den – in der Sache zweifelhaften (dazu unten Fn. 1840) – Ansatz von M. S. Paulsen, Notre Dame L. Rev. 79 (2004), 1257; vgl. auch F. E. Guerra-Pujol, UALR L. Rev. 41 (2019), 211 (231): „*the laws of constitutional necessity*.“ Bei alledem ist zu berücksichtigen, dass – abgesehen von komparatistischen Überlegungen – schon im grundgesetzlichen Verfassungsrecht als solchem der Begriff ‚Notstand‘ unscharf ist; vgl. etwa K.-A. Schwarz/L. Sairinger, NVwZ 2021, 265 (269): „Eine generelle Ausgangslage ‚Notstand‘ kennt das Grundgesetz nicht, differieren die Tatbestandsvoraussetzungen doch im Verhältnis zur konkreten Wirkungsweise.“

punktuellen, also zeitlich und örtlich fokussiertem Zugriff: Punktuelle ‚Notstands‘-Maßnahmen weisen häufig eine recht explizite föderalismusverfassungsrechtliche Komponente auf. Das zeigt ein Blick auf die oben bereits exemplarisch erwähnten ‚Notstands‘-Maßnahmen gemäß der *Domestic Violence Clause* (Art. IV, Sec. 4 a. E. USC) bzw. im Staatsnotstand gem. Art. 91 Abs. 2 GG (s. o. § 4, B. III. 2. b) cc)). Durch diese Normen wird die Bundesebene ermächtigt (und ggf. verpflichtet[?]<sup>1836</sup>), in besonders qualifizierten Gefahrenlagen mit Sicherheitskräften des Bundes in einzelnen förderierten Einheiten tätig zu werden. Solche Maßnahmen sind – wie oben skizziert wurde (s. o. § 4, B. III. 2. b) cc)) – an formelle und materielle Voraussetzungen gebunden, welche zugleich dem Schutz der Verbandsgrundrechtspositionen der förderierten Einheiten im *status negativus* dienen: Das gilt insbesondere für das Erfordernis der Beantragung („*Application*“) des Eingreifens der Bundesebene durch den betroffenen Einzelstaat<sup>1837</sup> bzw. das Bundesratzustimmungserfordernis. Die grundgesetzliche Notstandsverfassung kennt weitere Rechtsgrundlagen für *top-down*-Ingerenzen des Bundes gegenüber einem Land oder mehreren Ländern; diese sind ebenfalls formell und materiell verbandsgrundrechtspositionssichernd ausgestaltet (vgl. neben Art. 91 Abs. 2 GG außerdem Art. 35 Abs. 3 GG sowie Art. 87a Abs. 4 GG). Und auch im (Verfassungs-)Recht der USA gibt es neben der *Domestic Violence Clause* weitere Rechtsgrundlagen für föderalismusverfassungsrechtlich relevante Notstandsmaßnahmen: Als entsprechende Rechtsgrundlagen diskutiert werden u. a. die *Guarantee Clause* (Art. IV, Sec. 4 USC – s. o. § 4, A. II. 4. b) bb))<sup>1838</sup>, die *Take Care Clause* (Art. II, Sec. 3 USC – s. o. § 4, B. I. 3. a))<sup>1839</sup> und der Amtseid des Präsidenten (Art. II, Sec. 1, Cl. 8 USC)<sup>1840</sup> sowie einfach-rechtliche Normen

<sup>1836</sup> Hierzu unten B. I. 2. a).

<sup>1837</sup> Vgl. J. S. Bybee, Geo. Wash. L. Rev. 66 (1997), 1 (76 f., 79), welcher die Funktion der *Domestic Violence Clause* als *procedural safeguard* betont und sie zudem als Anhaltspunkt für ein grundsätzlicheres Argument verwendet: Die *Domestic Violence Clause* verdeutliche, dass der US-amerikanische Föderalismus eine primäre Verantwortung der Einzelstaaten für die öffentliche Sicherheit garantiere und in diesem Bereich nur eine sekundäre, an weitere Voraussetzungen geknüpfte, Verantwortung der Bundesebene anerkenne.

<sup>1838</sup> Vgl. C. C. Ferguson, Rutgers L. Rev. 13 (1959), 407 (413 f.); kritisch gegenüber der Ableitung von (justiziablen) *top-down*-Rechten aus der *Guarantee Clause* hingegen R. Williams, Harv. L. Rev. 132 (2018), 602 (681).

<sup>1839</sup> Vgl. H. H. Klein, in: G. Dürig/R. Herzog/R. Scholz (Hrsg.), Grundgesetz, 57. Ergänzungslieferung, München 2010, Art. 37, Rn. 32; eher skeptisch F. E. Guerra-Pujol, UALR L. Rev. 41 (2019), 211 (220).

<sup>1840</sup> Vgl. – ohne ausdrücklichen Bezug zu föderal relevanten Notstandsmaßnahmen – M. S. Paulsen, Notre Dame L. Rev. 79 (2004), 1257 (1260 ff.), welcher die *Presidential Oath Clause* als „Zentrum“ einer holistischen „*constitution of necessity*“ ausmacht: Es sei primär die Aufgabe und Pflicht des Präsidenten, die „Erhaltung“ der Verfassungsordnung als Ganzes – auch zu Lasten vereinzelter verfassungsrechtlicher Spezialbestimmungen – zu gewährleisten; Kritik an Paulsens Ansatz der „Selbsterhaltung“ der (nationalen) politischen Gemeinschaft unter Verwendung der ironisierenden Metapher von der Verfassung als „*suicide pact*“ bei S. Prakash, Notre Dame L. Rev. 79 (2004) 1299 ff.; a. a. O. (1301) wendet sich Prakash konkret gegen Paulsens Amtseid-Argument; a. a. O. (1318) dann eine Argumentation mit dem *föderalen* Prinzip gegen Paulsens totalisierenden nationalen Ansatz; s. ferner unten in und bei

(insbesondere die sog. *Militia Acts*<sup>1841</sup>). Die zitierten Normen sind mit Blick auf die Verbandsgrundrechtspositionen der betroffenen föderierten Einheiten teilweise weniger schutzintensiv. Soweit es nicht nur um die Beseitigung von Aufständen in Einzelstaaten, sondern (zugleich) um die Abwendung von Verletzungen von Bundesrecht (durch Individuen) geht, kann der Präsident gestützt auf 10 U.S.C. § 252 (zuvor: § 332), einem Teil der *Militia Acts*, auch ohne Zustimmung des Einzelstaats militärisch tätig werden. Das wohl bekannteste<sup>1842</sup> Beispiel für eine föderalismusverfassungsrechtlich relevante Notstandsmaßnahme war das Eingreifen der Bundesebene (unter Einsatz von Militär) unter Präsident *Dwight D. Eisenhower* im Konflikt um die Desegregation in einer Schule in Little Rock im Staat Arkansas im Jahr 1957.<sup>1843</sup>

*Zweitens* mögen ‚Krisen‘ – falls sie nicht nur kurzfristig andauern und nicht nur punktuellen Charakter aufweisen – den Bundesgesetzgeber zu einem intensiven

---

Fn. 2777 zur teilweise verwandten Diskussion um einen (präsidenten-zentrierten) strikten *departmentalism*.

<sup>1841</sup> Zur Geschichte und zum Inhalt der *Militia Acts*, welche zurzeit in 10 U.S.C. §§ 251 ff. (2016) kodifiziert sind (zuvor: 10 U.S.C. §§ 331 ff.), vgl. *F. E. Guerra-Pujol*, UALR L. Rev. 41 (2019), 211 (221 ff.). Im Einzelnen geht es um den *Militia Act of 1792*, den *Militia Act of 1795*, den *Insurrection Act of 1807*, den *Suppression of Rebellion Act of 1861* und den *Enforcement Act of 1871*. Die Verbandsgesetzgebungszuständigkeit für diese Normen wird in Art. I, Sec. 8, Cl. 13 („to raise and support armies“) und Cl. 15 („to provide for calling forth the militia“) gesehen, vgl. a. a. O. (222).

<sup>1842</sup> Vgl. für weitere Beispiele *C. C. Ferguson*, Rutgers L. Rev. 13 (1959), 407 (413).

<sup>1843</sup> Das zuständige Schulamt hatte beschlossen, dass an der *Central High School* in Little Rock auch einige ‚*African American*‘ Schülerinnen und Schüler am Unterricht teilnehmen sollten; dieser Desegregationsplan wurde von einem Bundesgericht (*United States District Court for the Eastern District of Arkansas*) bestätigt. In Teilen der Bevölkerung trafen die angestrebten Maßnahmen auf heftigen Widerstand. Der Gouverneur von Arkansas, *Orval Faubus*, hatte Sicherheitskräfte des Staats Arkansas angewiesen, die Teilnahme der ‚*African American*‘ Schülerinnen und Schülern am Unterricht zu unterbinden. Daraufhin untersagte das Bundesgericht – auch auf Betreiben des *Justice Departments* der Bundesebene als *amicus curiae* (hierzu unten § 7, A. IV. 1. a)) – diese vom Gouverneur angeordneten Maßnahmen, was die Sicherheitskräfte auch befolgten. In den nächsten Tagen machte allerdings ein Mob von Privatpersonen den ‚*African American*‘ Schülerinnen und Schülern den Besuch der Schule unmöglich; die Schülerinnen und Schüler wurden von Sicherheitskräften in Gewahrsam genommen. Zwei Tage darauf ließ *Eisenhower* Truppen des Bundes neun Schülerinnen und Schüler (die Gruppe der *Little Rock Nine*) in die Schule eskortieren. Zusammenfassend zum Sachverhalt: *J. Blackman*, Geo. L.J. 107 (2019), 1135 (1145 ff., insbes. 1148 f.), m. w. N.; vgl. auch die Sachverhaltsschilderung in *Cooper v. Aaron*, 358 U.S. 1 (1958). *Eisenhower* begründete die Bundesintervention damit, dass er dafür Sorge trage, dass die Anordnung des Bundesgerichts (zur Teilnahme der Schülerinnen und Schüler am Unterricht) durchgesetzt werde. Als Rechtsgrundlage verwies er – unspezifiziert – auf die (Bundes-)„Verfassung“ und auf einfach-rechtliche Vorschriften (10 U.S.C. §§ 332, 333, 334 [a. F.; seit 2016: §§ 252–254] – also einen Teil der sog. *Militia Acts* – sowie 3 U.S.C. § 301), vgl. *Exec. Order No. 10,730*, 22 Fed. Reg. 7628 (Sept. 23, 1957); hierzu *F. E. Guerra-Pujol*, UALR L. Rev. 41 (2019), 211 (217 f.). *Guerra-Pujol* bezeichnet das Vorgehen *Eisenhowers* als „domestic constitutional violence“, worunter „the use of military force to enforce existing constitutional rules within an existing legal system“ verstanden werden soll, vgl. a. a. O. (211, dort in Fn. 3).

Gebrauch von Bundeskompetenzen bringen. Dies betrifft zunächst Bundesgesetzgebungskompetenzen und untergesetzliche *Rechtsetzungskompetenzen*: Man denke etwa an die sukzessive Verdichtung des Regelungsregimes des deutschen (Bundes-) Infektionsschutzgesetzes (IfSG)<sup>1844</sup> einschließlich der einschlägigen untergesetzlichen Rechtsetzung durch Rechtsverordnungen (vgl. insbesondere § 5 Abs. 2 IfSG<sup>1845</sup>) während der COVID-19-Pandemie seit 2020.<sup>1846</sup> Mit einer Verdichtung der Regelungsintensität des ‚krisen‘-relevanten Bundesrechts werden dann tendenziell auch die Handlungsspielräume der föderierten Einheiten eingengt: Dieser Effekt ergibt sich im grundgesetzlichen Verschränkungs föderalismus (s. o. § 2, B. IV. 2.) daraus, dass die Länder für den Vollzug des Infektionsschutzgesetzes und des einschlägigen untergesetzlichen Rechts gemäß Art. 83 f. GG zuständig sind<sup>1847</sup>, aber eben zunehmend konkretere bundesrechtlich determinierte Handlungsprogramme vorgegeben bekommen, welche ihnen geringe Spielräume beim Vollzug lassen.<sup>1848</sup>

<sup>1844</sup> Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen (Infektionsschutzgesetz – IfSG) v. 20.07.2000, BGBl. I S. 1045, zul. geänd. durch G. v. 22.11.2021 (BGBl. I S. 4906).

<sup>1845</sup> § 5 Abs. 2 IfSG räumt dem Bundesministerium für Gesundheit verschiedene Rechtsverordnungsermächtigungen, u. a. zur Bewirtschaftung von Arzneimitteln, einschließlich Impfstoffen, sowie Medizinprodukten ein. Näheres zu dieser Norm sowie zu Bedenken an ihrer Verfassungsmäßigkeit (u. a. mit Blick auf Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG) etwa bei *T. Mayen*, NVwZ 2020, 828 (830 ff.).

<sup>1846</sup> Überblick über die einfachrechtlichen Rechtsentwicklungen durch die Änderungen des IfSG im Verlauf des ersten Pandemiejahrs bei *M. Kloepper*, VerwArch 112 (2021), 169 (179 ff.). Zur Qualifizierung der geänderten IfSG-Regelungen als „Notstandsrecht in der Pandemie“: *A. Sangs*, NVwZ 2020, 1780 (1780); auch *T. Mayen*, NVwZ 2020, 828 (829), erblickt darin ein „Notstandsgesetz“.

<sup>1847</sup> Ausführliche Begründung m. w. N. bei *H. Dreier*, in: A. W. Lohse (Hrsg.), Infektionen und Gesellschaft, Berlin 2021, S. 90 (99 f.).

<sup>1848</sup> Die Verringerung der Gestaltungsspielräume der Länder durch Verdichtung der Bundesgesetzgebung steht unter kryptonormativem Rechtfertigungsdruck mit Blick auf ihre Verbandsgrundrechtspositionen (insbesondere ihre ‚Eigenstaatlichkeit‘). In gewisser Hinsicht besonders intensiv fiel die Beeinträchtigung der ‚Verwaltungshoheit‘ der Länder durch die – gegen die ‚dritte Welle‘ der COVID-19-Pandemie im Frühjahr 2021 gerichtete – sog. Bundesnotbremse aus, welche von vorneherein befristet vom 23.04.2021 bis 30.06.2021 in § 28b IfSG a. F. geregelt war (eingef. m. W. v. 23.04.2021 durch G. v. 22.04.2021, BGBl. I S. 802): In dieser Norm wurden unmittelbar wirkende (*self-executing*) Verhaltensgebote für Bürgerinnen und Bürger statuiert, deren Eingreifen lediglich von der Überschreitung einer bestimmten Zahl von Neuinfektionen (sog. Inzidenz) im jeweiligen Landkreis abhängig war. Die Rolle der „nach Landesrecht zuständige[n] Behörde“ beschränkte sich darauf, „in geeigneter Weise die Tage bekannt [zu machen], ab [denen] die jeweiligen Maßnahmen [...] in einem Landkreis [...] gelten“ (§ 28b Abs. 1 S. 3 IfSG a. F.). Die erhebliche Beeinträchtigung der Länderpositionen wurde im Bundesrat durchaus explizit zur Sprache gebracht; dennoch billigte der Bundesrat das Gesetz als Einspruchsgesetz ohne Anrufung des Vermittlungsausschusses (vgl. BR-Drs. 315/21); vgl. hierzu *C. Brüning/F. Thomsen*, NVwZ 2021, 1183 (1185); kritisch auch *K.-A. Schwarz*, COVur 2021, 257 (259), welcher in der *self-executing*-Regelungswirkung des Bundesgesetzes einen „substantielle[n] und schwergewichtige[n] Eingriff in die prinzipielle Verwaltungszuständigkeit der Länder“ erblickt, für den der „Hinweis auf das pandemische Geschehen und die Notwendigkeit seiner effektiven Bekämpfung“



(Freilich belässt der Bundesgesetzgeber den Landesexekutiven aber auch beachtliche eigene untergesetzliche Rechtsetzungs- und damit Gestaltungsmacht über die Ermächtigung zum Erlass von Landesrechtsverordnungen in § 32 IfSG<sup>1849</sup>, wählt also im Wesentlichen eine föderalistisch-unitaristisch-abgewogene Lösung.) In den USA stellt sich der verfassungsrechtliche Rahmen insoweit von vorneherein anders da: Hier liegen Gesetzgebungskompetenzen etwa – um im aufgeworfenen Beispiel zu bleiben – mit Relevanz für die operative Pandemiebekämpfung überwiegend bei den Einzelstaaten<sup>1850</sup>, was freilich flankierende koordinierende und unterstützende Maßnahmen auch der US-Bundesebene nicht von vorneherein ausschließen muss<sup>1851</sup> (dazu unten B. I. 2. a)). Auch kann die ‚*interstate commerce*‘-Gesetzgebungskompetenz der Bundesebene (Art. I, Sec. 8, Cl. 3 USC) nach zutreffender (aber umstrittener) Auffassung bundesgesetzliche Regelungen zu Infektionsschutzmaßnahmen am Arbeitsplatz tragen, sofern diese sich an Arbeitgeber richten.<sup>1852</sup> Die Her-

---

als Rechtfertigung nicht genüge. Der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts lehnte Anträge auf Erlass einstweiliger Anordnungen gegen die Bundesnotbremse (mit föderalismusverfassungsrechtlich indifferenter Begründung) ab, vgl. etwa BVerfG, Beschl. v. 20.05.2021, 1 BvR 900/21. Im Herbst 2021 bestätigte der Senat die Verfassungsmäßigkeit der ‚Bundesnotbremse‘ in mehreren Hauptsacheverfahren und führte zur föderalen Spannungslage knapp wie folgt aus (s. BVerfG, Beschl. v. 19.11.2021, 1 BvR 781/21 u.a. – Bundesnotbremse I, Rn. 145): „Für die Ausgestaltung der [„Bundesnotbremse“-Vorschriften] als selbstvollziehende Regelungen bestanden auch hinreichende sachliche Gründe. Der Gesetzgeber stützte sich für seine Annahme, die Gesetzeszwecke des Schutzes von Leben und Gesundheit sowie der Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems ließen sich bei einer Fortsetzung des föderalen Vorgehens durch Landesrechtsverordnungen erheblich weniger gut erreichen (vgl. BTDrucks 19/28444, S. 1, 8 f.), auf tragfähige tatsächliche Umstände. Zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der angegriffenen Regelungen konnte der Bundesgesetzgeber von einem nicht lediglich regional begrenzten Infektionsgeschehen ausgehen, [...]. Die weitere Annahme des Gesetzgebers, es bestehe eine Schutzlücke, die aus einer nicht bundesweit einheitlich erfolgenden Auslegung und Umsetzung der in der Konferenz der Ministerpräsidentinnen und Ministerpräsidenten getroffenen Beschlüsse resultiere und die bundeseinheitliche Regelung erfordere (vgl. BTDrucks 19/28444, S. 8 f.), lag innerhalb des ihm zu den sachlichen Gründen zustehenden Beurteilungs- und Einschätzungsspielraums. Das gilt [... auch] für die Einschätzung, dem ausgemachten Schutzdefizit durch bundeseinheitlich geltende, nicht von länderspezifischen Handhabungen abhängige gesetzliche Regelungen begegnen zu können.“

<sup>1849</sup> Vgl. K.-A. Schwarz/L. Sairinger, NVwZ 2021, 265 (266), wonach „die Verordnungs-ermächtigung des § 32 IfSG [...] den Ländern ein weitgehend individuelles und anlassbezogenes sowie autonomes Vorgehen“ erlaube, aber eben zunehmend im Verlauf der Rechtsentwicklungen während der COVID-19-Pandemie unter Druck geraten sei („vom Bund ins Visier genommene[s] Einfallstor in die Eigenstaatlichkeit der Länder“).

<sup>1850</sup> Vgl. nur J. Kincaid/J. W. Leckrone, State and Local Government Review 52 (2020), 298 (298 f., 305); D. F. Kettl, Public Admin. Rev. 80 (2020), 595 (599).

<sup>1851</sup> Vgl. B. A. Cigler, Publius 2021 [online], 1 (3 f.); vgl. D. F. Kettl, Public Admin. Rev. 80 (2020), 595 (599).

<sup>1852</sup> Vgl. hierzu die Debatte über die Kompetenzgemäßheit einer untergesetzlichen Norm der Bundesbehörde *Occupational Safety and Health Administration (OSHA)*, wonach Arbeitgeber mit mindestens 100 Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern von diesen *wahlweise* die Vorlage von COVID-19-Impfnachweisen oder regelmäßige COVID-19-Tests verlangen müssen (*COVID-19 Vaccination and Testing Emergency Temporary Standard* v. 05.11.2021,



ausforderung der ‚Verwaltungshoheit‘ der föderierten Einheiten in längerfristigen ‚Krisen‘ kann neben der Intensivierung von Bundesrechtsetzung auch aus der Ausdehnung bestehender oder der Schaffung neuer Bundesverwaltungs Kompetenzen folgen (zu dieser grundsätzlichen Tendenz, welche sich in Krisen noch verschärfen mag, bereits oben § 4, B. I. 3. d) bb) (1)). Auch hierfür liefert die Bekämpfung der COVID-19-Pandemie unter dem Grundgesetz Anschauungsmaterial: Im Zuge der Novellierungen des Infektionsschutzgesetzes hat der Bundesgesetzgeber in § 5 Abs. 2 IfSG dem Bundesministerium für Gesundheit bei „epidemischen Lage[n] von nationaler Tragweite“ neben Rechtssetzungs- auch verschiedene unmittelbare Vollzugsbefugnisse (Erlass von „Anordnungen“, also Verwaltungsakten und Allgemeinverfügungen, unter anderem zur Bewirtschaftung von Arzneimitteln, einschließlich Impfstoffen, und Medizinprodukten) eingeräumt.<sup>1853</sup> Im Schrifttum werden diese – zwischenzeitlich durch Bundesgesetzesänderung teilweise wieder aufgehobenen<sup>1854</sup> – Vollzugskompetenzen überwiegend als verfassungswidriger Verstoß gegen den Grundsatz des Vollzugs von Bundesrecht durch die Länder gemäß Art. 83 f. GG (ausführlich oben § 4, B. I. 3. b)) eingeordnet.<sup>1855</sup>

86 Fed. Reg. 61402): Die Vollziehbarkeit der Norm wurde am 12.11.2021 durch den *U.S. Court of Appeals for the Fifth Circuit (Case No. 21–60845)* ausgesetzt; das Gericht verwies neben (primären) Einwänden hinsichtlich der Auslegung und Anwendung der bundesgesetzlichen Grundlage für den Erlass der untergesetzlichen Norm u.a. darauf, dass auch die Bundesgesetzgebungskompetenz insoweit fehle: „*the Mandate likely exceeds the federal government’s authority under the Commerce Clause because it regulates noneconomic inactivity that falls squarely within the States’ police power*“; a.A. (also für das Bestehen der ‚interstate commerce‘-Bundesgesetzgebungskompetenz, da in der OSHA-Norm auf ein Handeln der Arbeitgeber, mithin *economic activity*, abgestellt werde) *M. C. Dorf*, „*The Spurious Constitutional Issues in the OSHA Vaccine Mandate Litigation*“, auf Dorf on Law, 13.11.2021 (<http://www.dorfonlaw.org/2021/11/the-spurious-constitutional-issues-in.html>; letzter Abruf am 01.12.2021).

<sup>1853</sup> S. § 5 Abs. 2 S. 1 Nr. 6 i. V. m. Nr. 4 IfSG (Stand der berücksichtigten Rechtslage: IfSG nach G. v. 22.11.2021 (BGBl. I S. 4906).

<sup>1854</sup> Zwischenzeitlich hatten § 5 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 u. Nr. 2 IfSG a. F. (vom 28.03.2020 bis 18.11.2020) dem Bundesgesundheitsministerium auch Vollzugsbefugnisse in der Kontrolle des internationalen Reisverkehrs eingeräumt. Die Befugnis nach Nr. 6 blieb bestehen.

<sup>1855</sup> *T. Mayen*, NVwZ 2020, 828 (832 f.); *H. Dreier*, in: A. W. Lohse (Hrsg.), *Infektionen und Gesellschaft*, Berlin 2021, S. 90 (99 f.), m. w. N.; *C. Waldhoff*, NJW 2021, 2772 (2773 f.), m. w. N., welche jeweils auch Art. 87 Abs. 3 GG sowie ungeschriebene Vollzugskompetenzen als Grundlagen für die Ermächtigungen verneinen; a. A. hinsichtlich Art. 87 Abs. 3 GG hingegen (RegDir) *A. Sangs*, NVwZ 2020, 1780 (1781), mit einem *argumentum a maiore ad minus*: Wenn das Grundgesetz dem Bundesgesetzgeber die Schaffung selbstständiger Bundesoberbehörden und neuer bundesunmittelbarer Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts (mit Vollzugskompetenzen) erlaube (dazu oben § 4, B. I. 3. c) bb)), so müsse es dem Bundesgesetzgeber erst recht erlaubt sein, den obersten Bundesbehörden entsprechende Vollzugskompetenzen einzuräumen. Gegen einen solchen Schluss spricht das systematische Gefüge von Art. 83, 86 GG, der enge – bewusst ausdifferenzierte – Wortlaut von Art. 87 Abs. 3 S. 1 GG und die Tatsache, dass es aus ‚Gewaltenteilungsgründen‘ (verstanden i. w. S. – also i. S. e. Macht-Streuung auch innerhalb der Exekutiv[en]) einen qualitativen Unterschied macht, ob Vollzugsbefugnisse direkt den Spitzen der unmittelbaren Bundesverwaltung (Ministerien) oder aber ausgelagerten Bundesbehörden eingeräumt werden.

‚Notstand‘ mag freilich nicht nur den *status negativus*, sondern gerade auch den *status positivus* der Verbandsgrundrechtspositionen betreffen; im ‚Notstand‘ kann neben, statt oder vor föderalen Zwangsmaßnahmen vor allem auch föderale Kooperation gefragt sein: Darauf wird bei der Untersuchung des verbandsingerenziellen *status positivus* einzugehen sein, wenn gefragt wird, ob föderierten Einheiten auch *Ansprüche* gegen die Bundesebene auf die Vornahme von Notstandsmaßnahmen oder auf die Moderation von Maßnahmen im föderalen Verbund durch die Bundesebene als koordinierende Instanz geben kann (s. u. B. I. 2. a) u. B. I. 3. a)). Solche Kooperations- und Moderationselemente sind für die Abwehrposition, den *status negativus* der Verbandsgrundrechtspositionen der föderierten Einheiten ambivalent: Die föderierten Einheiten behalten Einfluss auf die Koordinierung der Maßnahmen in der Föderation insgesamt, werden aber ihrerseits stark koordinierend-moderierend beeinflusst und ggf. überstimmt.

#### bb) ‚Bundeszwang‘

Ähnliches wie für ‚Notstands‘-Maßnahmen gilt auch für Maßnahmen des ‚Bundeszwangs‘ (i. w. S.)<sup>1856</sup>, also für Maßnahmen zur zwangsweisen Durchsetzung von bundesrechtlichen Pflichten der föderierten Einheiten – auch diese sind an formelle und materielle Voraussetzungen zum Schutz der Positionen der föderierten Einheiten gebunden: Deutlich ist das bei Art. 37 GG, welcher u. a. die Zustimmung des Bundesrats als formelle Voraussetzung des „Bundeszwangs“ vorsieht.

In den USA ist die Verfassungslage insoweit komplizierter: Die bereits angesprochene Notstandsregelung der *Domestic Violence Clause* ist für die Konstellation der zwangsweisen Durchsetzung von Bundesrecht in den föderierten Einheiten nicht unmittelbar einschlägig; sie betrifft die Unterstützung von Einzelstaaten bei inneren Unruhen auf deren Verlangen. Maßnahmen des ‚Bundeszwangs‘, also Maßnahmen gegen den ‚Willen‘ der (Organe oder Beamten) der Einzelstaaten, können u. a. aber wohl wiederum auf die einfach-gesetzliche Norm 10 U.S.C. § 252 (zuvor: § 332), einem Teil der *Militia Acts*, gestützt werden.<sup>1857</sup> Die Grenzen zwischen ‚Bundeszwang‘ und Notstandsmaßnahmen sind in den USA insoweit fließend.<sup>1858</sup>

<sup>1856</sup> ‚Bundeszwang‘ wird hier – freilich inspiriert und getrieben durch Art. 37 Abs. 1 GG – als komparatistischer Begriff verstanden. Mit Peter Lerche und Konrad Kruis ließe sich auch von einer „Vorstellung von Bundesaufsicht im weiteren Sinne des Wortes“ sprechen; vgl. K. Kruis, in: FS Lerche, München 1993, S. 475 (476), mit Verweis auf P. Lerche, in: T. Maunz/G. Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, 24. Ergänzungslieferung [Altaufg.], München 1985, Art. 84, Rn. 126.

<sup>1857</sup> Wenn man davon ausgeht, dass „*unlawful obstructions [...] against the authority of the United States*“ auch durch die Einzelstaaten als Hoheitsträger hervorgerufen werden können: Offenbar deutet *F. E. Guerra-Pujol*, UALR L. Rev. 41 (2019), 211 (229 f.), den oben in Fn. 1843 geschilderten Fall (Streit um Desegregation in Little Rock, Ark.) als eine solche Konstellation. Dem muss man aber wohl entgegenhalten, dass die Sicherheitskräfte des Staats Arkansas bereits vor Eingreifen der Bundesebene ihr Einschreiten gegen die Desegregation

b) *Fokus: Eigenständigkeit der Arbeit der Exekutiven – trotz Verschränkungsstrukturen*

Neben diesen – exzeptionellen – Sonderbereichen ‚Notstand‘ und ‚Bundeszwang‘ gibt es systemprägende (obschon auch nicht durchweg ‚alltägliche‘)<sup>1859</sup> Konstellationen der Einflussnahme der Bundesebene auf die föderierten Einheiten im Bereich der exekutiven Gewalt: Damit sind vor allem die Einflussnahmemöglichkeiten von Bundesstellen (Bundesgesetzgeber und Bundesbehörden) gegenüber Behörden der föderierten Einheiten beim Vollzug von Gesetzen angesprochen.

Diese Einflussnahmemöglichkeiten auf Behörden der föderierten Einheiten sind nicht grenzenlos; das Wirken der föderierten Einheiten als selbstständige politische Entitäten soll auch bestimmte Autonomiepositionen im Bereich der exekutiven Gewalt nach sich ziehen. Mit Blick auf den Status der föderierten Einheiten als eigenständige politische Entitäten soll diesen ein selbstständiges Tätigwerden ‚ihren‘ Bürgerinnen und Bürgern gegenüber *grundsätzlich* garantiert werden. Treten Stellen der föderierten Einheiten Individuen gegenüber verwaltend auf, so soll dieses Auftreten zudem *grundsätzlich* in der eigenen ‚Entscheidungsfreiheit‘ der föderierten Einheiten wurzeln und nicht (vollständig) durch die Bundesebene programmiert sein. Hier geht es neben etatistischen Einsprengseln wiederum um den Gedanken der – v. a. auch demokratietheoretisch grundierten – *accountability*, also um transparente Verantwortlichkeiten, die bereits bei den Legislativstrukturen angesprochen wurden (s. o. I. 2. a)).

Bei alledem ergeben sich Unterschiede zwischen dem US-amerikanischen Trennungsföderalismus und dem deutschen Verschränkungsföderalismus (näher zu den Modellen oben § 2, B. IV. u. § 4, B. I. 3.). Im Ergebnis stellt sich für beide

---

abgebrochen hatten und die Maßnahmen der Bundesebene dann nur noch gegen das Verhalten des Mobs aus Privatpersonen gerichtet waren.

<sup>1858</sup> Beachte aber *H. H. Klein*, in: G. Dürig/R. Herzog/R. Scholz (Hrsg.), Grundgesetz, 57. Ergänzungslieferung, München 2010, Art. 37, Rn. 32, welcher davon ausgeht, dass es in den USA gar keinen „Bundeszwang“ geben könne. Klein (über-[]?)betont, dass nicht die Einzelstaaten „als solche“, sondern nur Individuen (rebellierende Bürgerinnen und Bürger oder aber Beamte und Organwalter des Einzelstaats) durch Zwangsmaßnahmen der US-Bundesebene adressiert werden könnten; vgl. a. a. O., mit Hinweisen auf *H. Triepel*, Die Reichsaufsicht. Untersuchungen zum Staatsrecht des Deutschen Reiches, Berlin 1917, S. 80: „der Gliedstaat als solcher kann kein Rebell sein“; und *K. Loewenstein*, Verfassungsrecht und Verfassungspraxis der Vereinigten Staaten, Berlin u. a. 1959, S. 110 ff., welcher freilich – unter Berücksichtigung von funktionalen Äquivalenten zu einer ‚Bundesexekution‘ nach deutscher Tradition – letztlich von einer nur „scheinbaren Verfassungslücke“ spricht. Vgl. auch *J. Frowein*, Die selbstständige Bundesaufsicht nach dem Grundgesetz, Bonn 1961, S. 47, mit dem Fazit, dass letztlich eben doch auch unter der US-Verfassung der Bundesebene „das Recht zusteht, die Verfassung gegen Störungen aus dem Bereich der Einzelstaaten zu schützen“ (Hervorh. R.D.N.), also „das Recht der selbstständigen Aufsicht zu[komme], dessen schärfstes Mittel der Zwang gegen den Einzelstaat ist.“

<sup>1859</sup> Zu den Schwierigkeiten, Verbandsingerenzen klar auf einem Spektrum von ‚Alltag-Störfall-Krise‘ zu verorten, ausführlich oben § 4, A. II. 4. b)).

Föderationen jeweils – *erstens* – die Frage nach dem Ob der Programmbarkeit des Verwaltungshandelns der förderierten Einheiten durch die Bundesebene wie auch – *zweitens* – die Frage nach dem Wie dieser Programmierbarkeit:

## **2. USA: *anti-commandeering doctrine* (II) sowie Autonomie im *cooperative federalism***

Die Frage, *ob* die US-Bundesebene das Verwaltungshandeln der Einzelstaaten programmieren darf, wird in der Rechtsprechung des *U.S. Supreme Court* am Merkmal der ‚Freiwilligkeit‘ der Entgegennahme eines solchen bundesrechtlichen ‚Programms‘ durch die Einzelstaaten festgemacht.

### *a) Die anti-commandeering doctrine im Exekutivbereich*

Maßgeblich ist hier – bei einigen Vorläufern im Fallrecht, welche allerdings nur ansatzweise einschlägig sind<sup>1860</sup> – die relativ junge Entscheidung *Printz v. United States* aus dem Jahr 1997:<sup>1861</sup> Ein Waffenkontrollgesetz des Bundes aus dem Jahr 1993<sup>1862</sup> sah vor, dass örtliche Stellen (die den Kommunen als Untereinheiten der Einzelstaaten zuzuordnen sind)<sup>1863</sup> bestimmte Aufgaben bei der Waffenkontrolle auszuführen haben: Menschen, die planen, bestimmte Schusswaffen zu erwerben, sollten sich zuvor einem „background check“ durch örtliche Sicherheitsbehörden unterziehen müssen; dieses Arrangement – Kontrollaufgaben für örtliche Stellen auf bundesgesetzlicher Grundlage – war als Übergangslösung bis zur Einrichtung eines

---

<sup>1860</sup> Um eine strafprozessuale Sonderkonstellation ging es in *Kentucky v. Dennison*, 65 U.S. 66 (1860) – hier entschied das Gericht, dass der Gouverneur eines Einzelstaats durch Bundesgerichte nicht verpflichtet werden könne, einen Strafverfolgten an einen anderen Einzelstaat auszuliefern (hierzu sogleich B. II. 2. a)). Diese Entscheidung wurde in *Puerto Rico v. Branstad*, 483 U.S. 219 (1987) aufgehoben; vgl. zu diesen beiden Entscheidungen und zu der Tatsache, dass die Mehrheitsmeinung in *Printz* nicht auf die Entscheidungen einging, die Kritik bei *J. P. Stevens*, *Six Amendments*, New York, N.Y., U.S.A., u. a. 2014, S. 20 ff. Im Schrifttum wurde bereits vor der Entscheidung *Printz v. United States*, 521 U.S. 898 (1997) auf einschlägige Konstellationen der bundesgesetzlichen Programmierung der Staatenexekutiven eingegangen, vgl. nur *A. N. Holcombe*, *Sw. Pol. Sci. Q.* 1 (1921), 307 (312 ff.): „*the States may act as agents of the Nation [i.e., when] the Congress imposes duties of a character not prohibited, though not explicitly authorized, by the federal Constitution*“; ausführlich (und kritisch) *D. J. Merritt*, *Colum. L. Rev.* 88 (1988), 1 (60 ff.).

<sup>1861</sup> *Printz v. United States*, 521 U.S. 898 (1997).

<sup>1862</sup> *Brady Handgun Violence Prevention Act* von 1993 – ein Gesetz zur Änderung (Verschärfung) des *Gun Control Act of 1968* (GCA), benannt nach *James Scott Brady*, dem Pressesprecher des früheren US-Präsidenten *Ronald Reagan*, welcher im Jahr 1981 bei einem Attentat schwer verletzt worden war.

<sup>1863</sup> Nämlich die örtlichen „chief law enforcement officers“ (CLEOs).

durch die Bundesverwaltung getragenen Kontrollsystems gedacht.<sup>1864</sup> In einer 5:4-Entscheidung wurde diese Übergangslösung für verfassungswidrig erklärt. Die von Justice Antonin Scalia verfasste Mehrheitsmeinung dehnte die fünf Jahre zuvor in der oben skizzierten Entscheidung *New York v. U.S.* für den Bereich der Gesetzgebung aufgestellte *anti-commandeering*-Regel (s. o. I. 2. a)) auch auf den Bereich der Exekutive aus: Es sei dem Bundesgesetzgeber nicht nur verboten, die Gesetzgebung, sondern auch die Verwaltungstätigkeit der Einzelstaaten (und ihrer lokalen Unter-einheiten) zu programmieren.<sup>1865</sup> Einzelstaatenbehörden dürften nicht „in den Dienst“ der Bundesebene „eingezogen“ werden.<sup>1866</sup> Scalia präsentiert zwei Begründungspfade: Der erste ist spezifisch föderalismusverfassungsrechtlich und schreibt die in *New York v. U.S.* eingeführte Logik (s. o. I. 2. a)) fort: *Accountability*, individuelle Freiheitssicherung durch vertikale Gewaltenteilung und Finanzierungs-klarheit würden verlangen, dass der Bundesgesetzgeber sich nicht der Staaten als Exekutivstellen bedienen dürfe.<sup>1867</sup> Der zweite Begründungspfad bewegt sich im Bereich der ‚horizontalen‘ Gewaltenteilung (zwischen Legislative und Exekutive auf Bundesebene): Es sei Aufgabe des Präsidenten, den ordnungsgemäßen Vollzug von Bundesgesetzen zu gewährleisten (vgl. Art. II, Sec. 3 USC) – dies sei jedoch nicht möglich, wenn andere Stellen als Stellen der Bundesverwaltung mit bundesgesetzlichen Vollzugsaufgaben betraut würden.<sup>1868</sup>

Im Vergleich mit dem Verbot des *commandeering* im Gesetzgebungsbereich aus *New York v. U.S.* (s. o. I. 2. a)) ist das Verbot des *commandeering* im Exekutivbereich

<sup>1864</sup> Vgl. die Sachverhaltsschilderung in *Printz v. United States*, 521 U.S. 898 (1997), 902 ff. Das durch die Bundesverwaltung getragene Kontrollsystem (*National Instant Criminal Background Check System – NICS*) ist seit 1998 in Anwendung.

<sup>1865</sup> *Printz v. United States*, 521 U.S. 898 (1997), 933. Freilich hatte *New York v. United States*, 505 U.S. 144 (1992), 188, diese Ausdehnung bereits – in einem *obiter dictum* – vorweggenommen: „*The Federal Government may not compel the States to enact or administer a federal regulatory program.*“ (Hervorh. R.D.N.).

<sup>1866</sup> *Printz v. United States*, 521 U.S. 898 (1997), 907: „*impress the state executive into its service*“ – ‚(to) impress‘ hat u. a. eine Bedeutung als Synonym von ‚(to) commandeer‘ (zum Militärdienst einziehen) – zu Letzterem oben bei und in Fn. 1773.

<sup>1867</sup> Vgl. *Printz v. United States*, 521 U.S. 898 (1997), 920 f. u. 926 ff. Deutlich zum *accountability*-Argument a. a. O., 920: „*The Constitution thus contemplates that a State’s government will represent and remain accountable to its own citizens*“. Zum *accountability*-Argument im Exekutivbereich aus dem Schrifttum bereits zuvor *D. J. Merritt*, Colum. L. Rev. 88 (1988), 1 (60 ff.), a. a. O. (61): „*if the national government compels the states to enforce federal regulatory programs, state budgets and executive resources reflect federal priorities rather than the wishes of local citizens.*“ Und tatsächlich wird – wie schon bei *Gregory v. Ashcroft* (s. o. § 5, A. II. 2. b)) und *New York v. United States* (s. o. I. 2. a)) – auch in *Printz* in diesem Zusammenhang wiederum ein (neuerer) Aufsatz von Deborah J. Merritt zitiert: *Printz v. United States*, a. a. O., 930, zitiert *D. J. Merritt*, Vand. L. Rev. 47 (1994), 1563 (1580, Fn. 65). Außerdem referiert Scalia ausführlich zur – uneindeutigen – Staatspraxis der letzten 200 Jahre und zu einschlägigen Stellen aus den *Federalist Papers* (vgl. a. a. O., 905 ff.; zur Auseinandersetzung mit den *Federalist Papers* im Widerstreit mit *Justice Souter* s. o. § 1, C. II. 2.).

<sup>1868</sup> Vgl. *Printz v. United States*, 521 U.S. 898 (1997), 922 ff.

aus *Printz v. U.S.* dogmatisch weniger gefestigt: Anders als *New York v. U.S.* wurde *Printz v. U.S.* bislang nicht durch das Gericht dergestalt bestätigt, dass dieses erneut ein Bundesgesetz wegen eines Verstoßes gegen das Verbot des *commandeering* im Exekutivbereich für verfassungswidrig erklärt hätte. Im Schrifttum wird gemutmaßt, dass es Richterinnen und Richter geben könnte, die zwar *legislatives*, nicht aber *administratives commandeering* für verfassungswidrig halten könnten.<sup>1869</sup>

Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass das Gericht in *Reno v. Condon* im Jahr 2000 das Anwendungsfeld der *anti-commandeering*-Dogmatik für den Administrativbereich verengt (oder konturiert) hat: Kein verfassungswidriges *commandeering* liege vor, wenn im *Driver's Privacy Protection Act*, einem datenschutzrechtlichen Bundesgesetz, (neben bestimmten privaten Akteuren) auch bestimmte Behörden der Einzelstaaten dazu verpflichtet werden, personenbezogene Daten von Kraftfahrzeugführerinnen und -führern geheim zu halten<sup>1870</sup> – letztlich geht es hier vor allem um den Unterschied zwischen der *Befolgung* und dem *Vollzug* von Bundesrecht durch Einzelstaatenbehörden.<sup>1871</sup>

---

<sup>1869</sup> So M. C. Dorf, „*The Political Stakes of Commandeering in Murphy v. NCAA*“, Dorf on Law, 16.05.2018 (<http://www.dorfonlaw.org/2018/05/the-political-stakes-of-commandeering.html>; letzter Abruf am 01. 12. 2021) in einer Diskussion der Entscheidung *Murphy v. National Collegiate Athletic Association*, 584 U.S. \_\_\_\_ (2018), welche *New York v. United States*, 505 U.S. 144 (1992), teilweise auch mit den Stimmen tendenziell ‚liberaler‘ Richterinnen und Richter bestätigte. Die Mutmaßungen betreffen insbesondere die Position von Justice Stephen Breyer (dieser hatte in *Printz* gegen die *anti-commandeering*-Dogmatik im Administrativbereich, in *Murphy* aber für die *anti-commandeering*-Dogmatik im Legislativbereich gestimmt). Justice Scalia war in *Printz v. United States*, 521 U.S. 898 (1997), 926 ff., darum bemüht, eine solche Differenzierung zwischen verfassungswidrigem *legislative* und verfassungsgemäßigem *administrative commandeering* zu entkräften. Ein weiterer Einwand gegen die *anti-commandeering*-Dogmatik im Administrativbereich wird mit Blick auf etwaige Widersprüche zur *sovereign immunity*-Dogmatik (ausführlich oben § 5, A. III. 2.) vorgebracht: Vergleicht man die *anti-commandeering doctrine* im Administrativbereich mit der *sovereign immunity doctrine*, so zeigt sich eine Inkongruenz insoweit, als dass sich Erstere auch auf das *commandeering* gegenüber den Bediensteten der Staaten bezieht (s.o. bei Fn. 1863), während sich Letztere grundsätzlich nur auf Klagen unmittelbar gegen die Staaten bezieht (dazu oben § 5, A. III. 2. c)); vgl. zu dieser Inkongruenz zwischen den beiden Fallgruppen des „Etikette“-Föderalismus“ die abweichende Meinung von Justice Stevens in *Printz v. United States*, 521 U.S. 898 (1997), 939 (955, dort in Fn. 16); sowie A. R. Light, *BYU J. Pub. L.* 13 (1998), 49 (52 ff.); Justice Scalia war in *Printz v. United States*, 521 U.S. 898 (1997), 930, darum bemüht, diesen Aspekt als irrelevant herauszustellen.

<sup>1870</sup> Vgl. *Reno v. Condon*, 528 U.S. 141 (2000); hierzu E. Chemerinsky, *Constitutional Law. Principles and Policies*, 5. Aufl., New York, N.Y., U.S.A., 2015, S. 339 f.

<sup>1871</sup> Beachte freilich, dass verfassungswidriges *commandeering* vorliegen kann (und zwar *legislative*, nicht *administrative commandeering*), wenn den Einzelstaaten bundesgesetzlich vorgeschrieben wird, wie sie die einzelstaatenrechtlichen Normen zum Informationsverhalten ihrer Behörden (nicht) auszugestalten haben. So argumentiert etwa I. Somin, *Tex. L. Rev.* 97 (2019), 1247 (1273 ff.), dass die bundesgesetzliche Norm in 8 U.S.C. § 1373 verfassungswidriges *commandeering* darstelle, da dieses ausführt: „*Notwithstanding any other provision of Federal, State, or local law, a Federal, State, or local government entity or official may not prohibit, or in any way restrict, any government entity or official from sending to, or receiving*



b) *Autonomiepositionen im cooperative federalism*

Bei der Skizzierung der Strukturen der Verteilung der Verwaltungskompetenzen in den USA und in Deutschland wurde dargestellt, dass im Ergebnis durchaus auch in den USA im Exekutivbereich (einfachrechtliche) Verschränkungsarrangements insbesondere im Umweltschutzrecht und im Sozialrecht vorkommen – *cooperative federalism* (s.o. § 2, C. III. 3. b) cc) u. § 4, B. I. 3. c) aa)). Föderalismusverfassungsrechtlich zulässig sind diese Arrangements, sofern die entsprechenden Bundesgesetze den Einzelstaaten die Wahl lassen, sich ‚freiwillig‘ daran zu beteiligen (oder eben nicht).<sup>1872</sup>

Innerhalb solcher einfachgesetzlich eingerichteten Verschränkungsstrukturen stellt sich also die Frage, *wie* die Bundesebene das Verwaltungshandeln der Einzelstaaten programmieren darf. Lassen sich die Einzelstaaten ‚freiwillig‘ (obschon häufig aufgrund von finanziellen Anreizen) darauf ein, an bundesrechtlich vordisponierten Programmen mitzuwirken, so ergeben sich durchaus *Rechtspflichten*, welche zudem gerichtlich durchsetzbar sind: Der Bundesgesetzgeber kann den Stellen der Einzelstaaten – mehr oder weniger bestimmte – Vorgaben für deren Verwaltungshandeln im entsprechenden Sachbereich machen. Häufig sehen die einschlägigen Bundesgesetze zudem vor, dass Bundesbehörden (im Umweltschutzbereich etwa die *Environmental Protection Agency*) das Handeln der Einzelstaatenbehörden überprüfen können und ggf. genehmigen müssen oder ersetzen können, also eine gewisse Form von Aufsicht führen. Inhaltliche Vorgaben und Weisungsbefugnisse sind freilich – wegen des *status negativus* der Verbandsgrundrechtspositionen der förderierten Einheiten – *nicht* unbegrenzt möglich: So müssen den Einzelstaaten gewisse Umsetzungsspielräume in der konkreten Ausgestaltung der Programme verbleiben. Diese Gestaltungsfreiheit der Einzelstaaten trifft freilich auf die Pflicht, grundsätzliche Leitlinien des Bundes umzusetzen (s. bereits oben § 2, C. III. 3. b) cc)).<sup>1873</sup>

Ein Streit um die Grenzen bundesbehördlicher Aufsichtsmaßnahmen lag der Entscheidung *Alaska Department of Environmental Conservation v. Environmental Protection Agency* (2004) zu Grunde: Das Luftreinhaltegesetz *Clean Air Act* sieht vor, dass Behörden der Einzelstaaten die Genehmigungsanforderungen an bestimmte

---

*from, the Immigration and Naturalization Service information regarding the citizenship or immigration status, lawful or unlawful, of any individual.“*

<sup>1872</sup> Unter Umständen kann die Bundesverfassungswidrigkeit solcher Arrangements aber aus Verstößen gegen den Grundsatz *horizontaler* Gewaltenteilung auf Bundesebene folgen; dazu oben in Fn. 1155 in § 4, B. I. 3. c) aa).

<sup>1873</sup> Vgl. für das Beispiel des „*Aid to Families With Dependent Children Program*“: *King v. Smith*, 392 U.S. 309 (1968), 318, 320: „*no question that States have considerable latitude in [administering a cooperative federalism program]“*, but may not „*plainly conflict with federal law and policy*“; das Gericht bejahte Umsetzungsspielräume der Einzelstaaten etwa hinsichtlich der Höhe von Bedürftigkeitsschwellen und Regelsätzen, nicht aber hinsichtlich der Frage, unter welchen Voraussetzungen Kindern in Familien, die nicht dem klassischen Familienideal entsprechen, Leistungen verweigert werden dürfen (s.o. § 2, C. III. 3. b) cc)).



schadstoffemissionsintensive Anlagen näher ausgestalten und dabei u. a. die bundesgesetzliche Genehmigungsvoraussetzung, wonach die „beste verfügbare Kontrolltechnologie“ („*best available control technology*“ – *BACT*) zu verwenden ist, konkretisieren dürfen. Streitig war, unter welchen Voraussetzungen die Bundesbehörde *EPA* entsprechende Entscheidungen der Einzelstaatenbehörden (im konkreten Fall: der Umweltschutzbehörde Alaskas) überprüfen und aufheben darf.<sup>1874</sup> Die (überwiegend ‚liberale‘) 5:4-Mehrheit<sup>1875</sup> des Gerichts billigte der *EPA* eine starke Aufsichtsposition zu. Demgegenüber betonte *Justice* Anthony Kennedy im abweichenden Sondervotum die „Souveränität“ und „Würde“ des Staats Alaska<sup>1876</sup> und damit dessen verbandsgrundrechtlichen *status negativus*; Bundesbehörden dürften die Behörden der Einzelstaaten nicht auf die Rolle bloßer Informationssammel- und Beratungsstellen reduzieren, während sie sich selbst die abschließenden Entscheidungen vorbehalten.<sup>1877</sup> Wiederum – wie schon bei den Grenzen für Legislativingenzen (s. o. I. 2. a)) – wird hier auf Degradierungs- und Entwürdigungsrhetorik zurückgegriffen. Zu bemerken ist allerdings, dass die *EPA* der Umweltschutzbehörde Alaskas vor ihrer Entscheidung wiederholt Zweifel an deren Lösung der streitigen Frage (*BACT*-Festsetzung) mitgeteilt und diese zur Begründung des abweichenden Problemzugriffs aufgefordert hatte;<sup>1878</sup> funktionell hatte somit eine Anhörung stattgefunden, was man als prozedurale Absicherung der Verbandsgrundrechtsposition Alaskas stilisieren könnte.

### 3. Deutschland: bundesrechtliche Programmierung der Länderverwaltungen als Regelfall – mit letzten etatistischen(?) Grenzen

Im deutschen Verschränkungs föderalismus (näher oben § 2, B. IV. 2. u. § 4, B. I. 3. b)) ist es von vorneherein systemprägend und üblich, dass Behörden der Länder Bundesgesetze ausführen und dabei bestimmten Ingerenzen des Bundes ausgesetzt sind (vgl. Art. 83 ff. GG).

---

<sup>1874</sup> Vgl. die Sachverhaltsschilderung bei *ADEC v. EPA*, 540 U.S. 461 (2004), 468 ff.; vgl. auch *G. E. Metzger*, *Duke L. J.* 57 (2008), 2023 (2031 f.).

<sup>1875</sup> Das Mehrheitsvotum wurde verfasst von *Justice* Ruth Bader Ginsburg; neben dem ‚liberalen‘ Block (Ginsburg, Stevens, Souter, Breyer) schloss sich auch *Justice* Sandra Day O’Connor der Mehrheit an.

<sup>1876</sup> *ADEC v. EPA*, 540 U.S. 461 (2004), 502, 518: „*coequal sovereigns entitled to the same dignity and respect*“.

<sup>1877</sup> *ADEC v. EPA*, 540 U.S. 461 (2004), 502, 518: „*federal agencies cannot consign States to the ministerial tasks of information gathering and making initial recommendations, while reserving to themselves the authority to make final judgments under the guise of surveillance and oversight*“.

<sup>1878</sup> Diesen Aspekt betont auch *G. E. Metzger*, *Duke L. J.* 57 (2008), 2023 (2032, dort in Fn. 25), mit Hinweis auf die Sachverhaltsschilderung bei *ADEC v. EPA*, 540 U.S. 461 (2004), 478 ff.

### a) Exekutive Verschränkungen als Regelfall

Damit verschiebt sich das Interesse auf die Frage, *wie* der Bund das Verwaltungshandeln der Länder programmieren darf: Die Ingerenzen des Bundes in diesem Bereich unterscheiden sich im Einzelnen danach, ob ein Fall der Ausführung der Bundesgesetze durch die Länder als eigene Angelegenheit (sog. Bundesaufsichtsverwaltung – Art. 83, 84 GG) oder ein Fall der Ausführung der Bundesgesetze durch die Länder im Auftrag des Bundes (sog. Bundesauftragsverwaltung – Art. 85 GG) vorliegt. So führt der Bund bei der Bundesaufsichtsverwaltung (nur) die Rechtsaufsicht aus und kann nur unter engen Voraussetzungen Einzelweisungen an die Länderverwaltung erlassen (Art. 84 Abs. 3, Abs. 5 GG). Demgegenüber steht dem Bund bei der Bundesauftragsverwaltung auch die Fachaufsicht zu (Art. 85 Abs. 3, Abs. 4, Art. 108 Abs. 3 GG). Bei beiden Modi ist vorgesehen, dass der Bund allgemeine Verwaltungsvorschriften erlassen darf (Art. 84 Abs. 2, Art. 85 Abs. 2 S. 1 GG). Diese *top-down*-Ingerenzen sind freilich nicht grenzenlos, sondern – zum Schutz des *status negativus* der Verbandsgrundrechtspositionen der Länder – formellen und materiellen Grenzen unterworfen. Diese Grenzen ergeben sich teilweise aus dem Text des Grundgesetzes, teilweise aus dem Fallrecht. Eine grundgesetzlich geschriebene Grenze bzw. Voraussetzung liegt beispielsweise darin, dass der Erlass allgemeiner Verwaltungsvorschriften durch den Bund an die Zustimmung des Bundesrats (also an die Ausübung einer *bottom-up*-Mitwirkungsingerenz der Länder; s. o. § 4, B. II. 1.) gebunden wird.

### b) Paradigmatisches Beispiel:

#### *Grenzen von Weisungen im Rahmen der Auftragsverwaltung*

Grundgesetzlich *ungeschriebene* Grenzen von Aufsichtsmaßnahmen des Bundes, konkret: einer Weisung nach Art. 85 Abs. 3 GG in der Bundesauftragsverwaltung<sup>1879</sup>, waren Gegenstand der Entscheidung des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts in der Rechtssache *Kalkar II* aus dem Jahr 1990: Nach dem Reaktorunglück von Tschernobyl im Jahr 1986 (und wegen einer grundsätzlich kernkraftskeptischen politischen Haltung) tendierte das zuständige Landesministerium Nordrhein-Westfalens in den Jahren 1987/88 dazu, die Erteilung einer weiteren Teilgenehmigung (betrifft Einlagerung des Reaktorkerns) für das bereits Anfang der 1970er Jahren begonnene Vorhaben der Errichtung eines (letztlich nie in Betrieb genommenen) Kernkraftwerks im niederrheinischen Kalkar abzulehnen (bzw. von umfangreichen auch externen gutachterlichen Prüfungen abhängig zu machen). Der Bundesminister für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit teilte die Bedenken des Landesministeriums nicht und forderte dieses in einer Weisung gem. Art. 85 Abs. 3 GG auf,

<sup>1879</sup> Das für den Fall maßgebliche Atomgesetz wird gem. Art. 87c GG i. V. m. § 24 Abs. 1 AtG von den Ländern im Auftrag des Bundes ausgeführt.

bei der Genehmigungsentscheidung andere Maßstäbe<sup>1880</sup> zu Grunde zu legen: Unter anderem sei nicht davon auszugehen, dass der Störfall in Tschernobyl die Sicherheitsbewertung des Reaktors in Kalkar ändere.<sup>1881</sup>

Gegen diese Weisung klagte die Landesregierung von Nordrhein-Westfalen in einem Bund-Länder-Streit vor dem Zweiten Senat des Bundesverfassungsgerichts. Das Gericht hielt die Weisung im Ergebnis für verfassungsmäßig und konnte keine Verletzung verfassungsmäßiger Rechte des Landes feststellen. Allerdings konturierte das Gericht einige ungeschriebene Anforderungen an Weisungen gem. Art. 85 Abs. 3 GG: Es statuierte das spezifische Bestimmtheitsgebot der „Weisungsklarheit“ und leitete aus dem Grundsatz der Bundestreue eine Pflicht des Bundes ab, „– außer bei Eilbedürftigkeit – vor Weisungserla[ss] dem Land Gelegenheit zur Stellungnahme [zu] geben, dessen Standpunkt [zu] erwägen und dem Land zu erkennen [zu] geben, da[ss] der Erla[ss] einer Weisung in Betracht gezogen werde.“<sup>1882</sup> Diese Voraussetzungen seien im konkreten Fall erfüllt gewesen. Neben dieser Fokussierung des Prüfungsprogramms auf *Prozedurales* übte sich das Gericht hinsichtlich materieller Fragen in Zurückhaltung: Insbesondere komme es nicht auf die (einfachrechtliche) Rechtmäßigkeit des Weisungsinhalts an; m. a. W.: das Land müsse grundsätzlich auch einfachrechtlich rechtswidrige Weisungen vollziehen. Allerdings erkannte das Gericht – als *materielle Prüfungsreserve* – an, dass die materielle Verfassungswidrigkeit der Weisung ausnahmsweise „in dem äußersten Fall [vorliege], da[ss] eine zuständige oberste Bundesbehörde unter grober Mi[ss]achtung der ihr obliegenden Obhutspflicht zu einem Tun oder Unterlassen anweist, welches im Hinblick auf die damit einhergehende allgemeine Gefährdung oder Verletzung bedeutender Rechtsgüter schlechterdings nicht verantwortet werden kann“.<sup>1883</sup>

In gewissem Maße greift das Gericht hier die etatistische Behauptung Nordrhein-Westfalens auf, dass durch die Weisung im sensiblen Bereich der Kernkraftnutzung „die Existenz des Landesstaatsvolks und damit des Landes selbst gefährdet“ sei.<sup>1884</sup> (Und später sollte die *Kalkar II*-Entscheidung als Argumentationsmaterial in etatistischen Argumentationen verzerrend aufgegriffen werden, so etwa in Udo Di Fabio's Argumentation mit dem *status positivus* der Länder im Migrationsrecht – ausführlich oben § 5, B. III. 2. b)). Freilich hält das Gericht<sup>1885</sup> in *Kalkar II* die etatistische Argumentation in Grenzen: Zwar spricht es davon, dass der „Eigenstaatlichkeit“ des Landes eine „Pflicht des Bundes gegenübersteht, von ihm, dem Land, nicht zu fordern, was schlechthin außerhalb des von einem Staat Verant-

<sup>1880</sup> Vgl. die Sachverhaltsschilderung in BVerfGE 81, 310 (311 ff.) – *Kalkar II* (mit Abdruck des Texts der Weisung).

<sup>1881</sup> Vgl. die Sachverhaltsschilderung in BVerfGE 81, 310 (319) – *Kalkar II*.

<sup>1882</sup> BVerfGE 81, 310 (337 f.) – *Kalkar II*.

<sup>1883</sup> BVerfGE 81, 310 (334) – *Kalkar II*.

<sup>1884</sup> So das Vorbringen des Landes, vgl. BVerfGE 81, 310 (320) – *Kalkar II*.

<sup>1885</sup> Berichterstatter war Konrad Kruis, vgl. die Pressemitteilung Nr. 97/1998 vom 02.09.1998 (zum Amtsende von Kruis).

wortbaren gelegen ist“.<sup>1886</sup> Im Kern geht es allerdings um die Abwendung von „grobe[n] Verfassungsverst[ö]ß[en]“ und von „Gefährdung[en] der *Allgemeinheit*“<sup>1887</sup> – insoweit spricht das Gericht (bewusst?) weder von ‚Staat‘ noch ‚Volk‘. Soweit die Rede auf das Konstrukt der ‚Staatlichkeit‘ fällt, wird „Staat“ – abgesehen von der Formel der „Eigenstaatlichkeit“ der Länder – im Singular und mit Bezug auf das gesamte Gemeinwesen der Föderation insgesamt verwendet: „Bund und Länder [... tragen] eine gemeinsame Verantwortung für den Bestand *des* Staates und seiner Verfassungsordnung sowie für die Abwehr kollektiver Existenzgefährdungen“.<sup>1888</sup> Ein „grober Verfassungsverstoß“ oder eine „Gefährdung der *Allgemeinheit*“ durch den Weisungsinhalt liege im konkreten Fall allerdings nicht vor. Hervorhebung verdient schließlich, dass das Gericht bei der Herleitung der materiellen Prüfungsreserve nicht auf Individualgrundrechte und individualgrundrechtliche Schutzpflichten rekurriert; vielmehr lehnt das Gericht es ausdrücklich ab, dass sich die Länder auf Individualgrundrechte berufen, um die Verfassungswidrigkeit der Weisung eines Bundesministers im Rahmen der Bundesauftragsverwaltung zu rügen.<sup>1889</sup>

Der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts hat seine Rechtsprechung zu den ungeschriebenen Anforderungen an Weisungen gem. Art. 85 Abs. 3 GG in der Folge in der Rechtssache *Schacht Konrad* bestätigt.<sup>1890</sup> Darüber hinaus hat der Senat in der Rechtssache *Biblis A* im Jahr 2002 erneut betont, dass im Rahmen der Bundesauftragsverwaltung die sog. ‚Wahrnehmungskompetenz‘, also die Kompetenz für das Handeln nach außen hin, den Bürgerinnen und Bürgern gegenüber, „unentziehbar“ dem Land zusteht.<sup>1891</sup> Selbst in den Fällen, in denen der Bund das Verwaltungshandeln in der Sache durch Weisung programmiert, treten die Landesverwaltungen nach außen hin auf.

---

<sup>1886</sup> BVerfGE 81, 310 (334) – Kalkar II.

<sup>1887</sup> BVerfGE 81, 310 (334) – Kalkar II; Hervorh. v. R.D.N.

<sup>1888</sup> BVerfGE 81, 310 (334) – Kalkar II; Hervorh. v. R.D.N.

<sup>1889</sup> BVerfGE 81, 310 (334) – Kalkar II: „Die Länder sind nicht Träger von Grundrechten. Sie können auch nicht deshalb, weil sie Aufgaben im Interesse der Allgemeinheit wahrnehmen, ‚Sachwalter‘ des Einzelnen bei der Wahrnehmung seiner Grundrechte sein“; a.A. J. Lennartz, JZ 2016, 287, zur „Grundrechtsbindung als Weisungsgrenze“ bei der Bundesauftragsverwaltung.

<sup>1890</sup> Vgl. BVerfGE 84, 25 (33) – Schacht Konrad. Auch in diesem Fall genügte die Weisung den verfassungsrechtlichen Anforderungen.

<sup>1891</sup> Allerdings einen Verfassungsverstoß im konkreten Fall mehrheitlich verneint, vgl. BVerfGE 104, 249 (266) – Biblis A; beachte jedoch das in der Handhabung des Maßstabs schärfere abweichende Sondervotum der Richter Di Fabio und Mellinghoff a. a. O. (273 ff.) – Biblis A.

*c) Ausnahmekonstellationen: bundesgesetzlich mandatierte Rücksicht auf politische Gestaltung durch die Länder*

Vereinzelte Bundesgesetze<sup>1892</sup> eine von vornherein aktivere, gestaltungsstärkere Rolle<sup>1893</sup> der Länder beim Vollzug von Bundesrecht vor; gerade hier kann es zu besonderen Spannungslagen mit *top-down*-Ingerenzen des Bundes kommen:

Ein prägnantes Beispiel bildet die humanitäre Landesaufnahme<sup>1894</sup> von Ausländerinnen und Ausländern nach § 23 Abs. 1 S. 1 AufenthG: Demnach können „[d]ie oberste[n] Landesbehörde[n] [...] aus völkerrechtlichen oder humanitären Gründen oder zur Wahrung politischer Interessen der Bundesrepublik Deutschland anordnen, dass Ausländern aus bestimmten Staaten oder in sonstiger Weise bestimmten Ausländergruppen eine Aufenthaltserlaubnis erteilt wird.“ Das Bundesverwaltungsgericht hat hervorgehoben, dass den Landesregierungen hier ein erheblicher politischer Ermessensspielraum eingeräumt wird, welcher weitgehend gerichtlich kontrollfrei ist.<sup>1895</sup> Allerdings wird die Position der Länder bundesgesetzlich dadurch relativiert, dass § 23 Abs. 1 S. 3 AufenthG die humanitäre Landesaufnahme unter die Voraussetzung des Einvernehmens mit dem Bundesinnenministerium stellt. Hierdurch erlangt das Exekutiv-Arrangement des § 23 Abs. 1 AufenthG eine föderalismus-

---

<sup>1892</sup> Davon zu unterscheiden ist die Sonderkonstellation, welche der Entscheidung des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts in BVerfGE 139, 321 – Zeugen Jehovas Bremen, zu Grunde lag: Hier ging es um Verfassungspositionen der Länder bei der (Zweit-) Verleihung des Körperschaftsstatus an eine Religionsgemeinschaft, welche sich *unmittelbar aus der Bundesverfassung* (Art. 4 Abs. 1, Abs. 2, Art. 140 GG in Verbindung mit Art. 137 Abs. 5 Weimarer Reichsverfassung) sowie aus ihrer „Eigenstaatlichkeit“ ergeben würden. Der Senat betont, dass insoweit gerade kein Vollzug von Bundesgesetzen durch die Länder, sondern unmittelbar von Landesrecht vorliege. Aus der „Eigenstaatlichkeit“ folge eine *jeweils* eigenständige Prüfkompetenz eines jeden Lands hinsichtlich der materiellen Voraussetzungen der mit der Verleihung des Körperschaftsstatus an eine Religionsgemeinschaft verbundenen Rechte. Kritik an der Lösung der Gerichtsmehrheit im abw. Sondervotum Voßkuhle, Hermanns, Müller (a. a. O. [371 ff.]) sowie bei C. Möllers, JZ 2015, 1103, welcher a. a. O. (1105), davon ausgeht, dass ein Fall des „Verfassungsvollzugs“ von Bundesverfassungsrecht (nicht von Landesrecht) durch die Länder vorliege, sodass die Verleihung des Körperschaftsstatus in einem Land auch in anderen Ländern wirke und die „Eigenstaatlichkeit“ der Länder von vornherein unberührt lasse, da diese – anders als von der Gerichtsmehrheit angenommen – sich das Handeln der Religionsgemeinschaftskörperschaft nicht etwa zurechnen lassen müsse.

<sup>1893</sup> Insoweit reichen diese Fälle auch in den Bereich des *status activus* der Verbandsgrundrechtspositionen der Länder hinein.

<sup>1894</sup> Vgl. für diese Begriffsverwendung etwa W. Hertel/U. Karpenstein, ZAR 2015, 373.

<sup>1895</sup> Vgl. BVerfGE 112, 63 (bei Rn. 14); vgl. auch W. Hertel/U. Karpenstein, ZAR 2015, 373 (375), welche von dem „[w]eitestmögliche[n] politische[n] Gestaltungsspielraum der Länder“ sprechen; vgl. auch R. Göbel-Zimmermann/L. Hupke, in: B. Huber/J. Mantel (Hrsg.), Aufenthaltsgesetz/Asylgesetz, München, 3. Aufl. 2021, § 23, Rn. 8, 12, bei welchen die Rede von einer „kaum überprüfbar[en ...] weite[n] politische[n] Einschätzungsprärogative“ und einem „weiten politischen Ermessen“ der Länder ist.

verfassungsrechtliche Dimension, welche (sach-, tages- und partei-)politisches Konfliktpotential trägt.<sup>1896</sup>

Das Erfordernis des „Einvernehmens“ des Bundesinnenministers gem. § 23 Abs. 1 S. 3 AufenthG ist als *top-down*-Bundesingerenz gegenüber der Länderbefugnis aus § 23 Abs. 1 S. 1 AufenthG zu qualifizieren. Diese Bundesingerenz ist ihrerseits aber nicht grenzenlos: Bereits wörtlich wird das „Einvernehmen[s]“-Erfordernis an den Zweck der „Wahrung der Bundeseinheitlichkeit“ geknüpft. Dahinter steht der Gedanke des Bundesgesetzgebers, dass die humanitäre Landesaufnahme in einem bestimmten Land „erhebliche Auswirkungen auch auf die anderen Länder“ haben könne.<sup>1897</sup> In der Praxis folgen Landesaufnahmeprogramme gem. § 23 Abs. 1 AufenthG daher häufig einem Beschluss der informellen Innenministerkonferenz der Länder, welcher im Einvernehmen mit dem Bundesinnenminister gefasst wird; in solchen Fällen kann vom vorweggenommenen Einvernehmen des Bundesinnenministers ausgegangen werden.<sup>1898</sup> Zu föderalismusverfassungsrechtlichen Spannungen kann es insbesondere kommen, wenn Landesaufnahmeprogramme außerhalb dieses informalen Verfahrens durch einzelne Länder – gleichsam ‚eigenmächtig‘ – initiiert werden. Hier kann streitig werden, unter welchen Voraussetzungen der Bundesinnenminister das Einvernehmen verweigern darf. Entsprechend der Bindung an die „Wahrung der Bundeseinheitlichkeit“ muss die „Einvernehmen[s]“-Klausel auf Problemlagen hin ausgelegt werden, welche die „Bundeseinheitlichkeit“ berühren, wobei keine bundesweite Uniformität erforderlich ist.<sup>1899</sup> Im Schrifttum wird vereinzelt darauf gedrungen, dass das „Einvernehmen[s]“-Erfordernis – teilweise über diese geschriebene Einschränkung hinausgehend – überhaupt eng auszulegen sei: Begründet wird dies mit einer Verbandsgrundrechtsposition der aufnahmewilligen Länder, namentlich mit ihrer „Eigenstaatlichkeit“ und „politische[n] Entscheidungsfreiheit“<sup>1900</sup> sowie mit der „Ländertreue“ des Bundes<sup>1901</sup>.

<sup>1896</sup> Das zeigte sich beispielsweise im Sommer 2020, als Bundesminister *Horst Seehofer* (CSU) das Einvernehmen im Hinblick auf Aufnahmeprogramme der („rot-rot-grünen“) Landesregierungen von Berlin und Thüringen ablehnte; dazu *H. Heuser*, ZAR 2020, 305 (306 f.).

<sup>1897</sup> So – pauschal – die Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 15/420, S. 77.

<sup>1898</sup> Vgl. *R. Göbel-Zimmermann/L. Hupke*, in: B. Huber/J. Mantel (Hrsg.), Aufenthaltsgesetz/Asylgesetz, München, 3. Aufl. 2021, § 23, Rn. 14, m. w. N.

<sup>1899</sup> Vgl. *R. Göbel-Zimmermann/L. Hupke*, in: B. Huber/J. Mantel (Hrsg.), Aufenthaltsgesetz/Asylgesetz, München, 3. Aufl. 2021, § 23, Rn. 12, welche ableiten, dass „die Anordnung über die Aufnahme von Personengruppen aus dem Ausland im Wesentlichen den gleichen Grundsätzen folg[en]“ muss.

<sup>1900</sup> *W. Hertel/U. Karpenstein*, ZAR 2015, 373 (375); die Autoren betrachten es daher beispielsweise als rechtswidrig, wenn der Bund sein „Einvernehmen“ daran knüpft, dass die Länder sich verpflichten, ihn von etwaigen Folgekosten aus der humanitären Landesaufnahme freizustellen und entsprechende finanzielle Vorsorge zu leisten, vgl. a. a. O. (375 f.); ebenso *R. Göbel-Zimmermann/L. Hupke*, in: B. Huber/J. Mantel (Hrsg.), Aufenthaltsgesetz/Asylgesetz, München, 3. Aufl. 2021, § 23, Rn. 12.

#### 4. Fazit und Ausblick: föderale ‚Würde‘ und ‚Treue‘ in Verschränkungsstrukturen

Obwohl sich die verfassungsrechtlichen Strukturen zum Vollzug von Bundesgesetzen in den USA und in Deutschland mit dem Trennungs- bzw. Verschränkungssystem im Grundsatz deutlich unterscheiden, zeigen sich in bestimmten Konstellationen doch tendenziell strukturähnliche Positionen der föderierten Einheiten.

Dies gilt zunächst für föderalismusverfassungsrechtliche Grenzen von ‚Notstands‘-Maßnahmen der Bundesebene und von Mitteln des ‚Bundeszwangs‘: Hier werden, soweit es um punktuelle, verfassungsrechtlich explizit geregelte Maßnahmen geht, die Belange der föderierten Einheiten – mehr oder weniger intensiv – durch formelle oder materielle Voraussetzungen der einschlägigen Bundesingerenzen berücksichtigt (s.o. 1. a)). Schwieriger zu erfassen sind Herausforderungen der Verwaltungshoheit der föderierten Einheiten durch die Intensivierung des Gebrauchs von Bundeskompetenzen in längerfristigen Krisensituationen wie Pandemien (s.o. 1. a) aa)).

Außerhalb dieser Sonderbereiche unterscheidet sich das Verhältnis zwischen Bundesebene und föderierten Einheiten in den beiden Föderationen im Ausgangspunkt ganz deutlich: Was in Deutschland der verfassungsrechtliche Normalfall der Art. 83 ff. GG ist, die bundesrechtliche Programmierung der Behörden der föderierten Einheiten, ist in den USA nach der – umstrittenen – *anti-commandeering*-Dogmatik verboten, sofern die Einzelstaaten die Verwaltungsaufgaben nicht ‚freiwillig‘ übernehmen (s.o. 2. a)). Im letzteren Fall handelt es sich um *cooperate federalism*, welcher dann ‚doch‘ mit bestimmten bundesgesetzlichen Pflichten der Staaten einhergeht (s.o. 2. b)). Insoweit ist die (Normal-)Lage der Länder unter den Art. 83 ff. GG mit der Lage der Einzelstaaten innerhalb der Strukturen des *cooperative federalism* tendenziell vergleichbar: In den vorgestellten Argumentationen geht es dann darum, bestimmte Positionen der föderierten Einheiten als Exekutivakteure trotz der insoweit bestimmenden Rolle der Bundesebene zu sichern (s.o. 1. b), 2. b) u. 3. b)). Dies kann in prozeduraler wie in materieller Dimension erfolgen: Die *Kalkar II*-Entscheidung des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts legt den Schwerpunkt auf eine Prozeduralisierung (Weisungsklarheit; Anhörungsrechte der Länder), benennt aber auch eine letzte materielle Prüfungsreserve (kollektive Existenzgefährdung als letzte Grenze).<sup>1902</sup> In den USA gibt es insoweit wenig belastbares dogmatisches Material; das oben vorgestellte abweichende Sondervotum zu *ADEC v. EPA* gibt immerhin Anhaltspunkte, welche aber eben kein

<sup>1901</sup> Vgl. R. Göbel-Zimmermann/L. Hupke, in: B. Huber/J. Mantel (Hrsg.), Aufenthaltsgesetz/Asylgesetz, München, 3. Aufl. 2021, § 23, Rn. 20, mit dem Hinweis auf ein unveröffentl. Gutachten (im Auftrag der Rosa-Luxemburg-Stiftung): H. Heuser, Rechtsgutachten zur Zulässigkeit der Aufnahme von Schutzsuchenden durch die Bundesländer aus EU-Mitgliedstaaten, 15.01.2020, S. 29.

<sup>1902</sup> S.o. bei Fn. 1882 ff.



„good law“ darstellen: Es plädiert für den Schutz einer materiellen Einschätzungsprärogative der Einzelstaaten innerhalb der Strukturen des *cooperative federalism*.<sup>1903</sup> Demgegenüber wird im Schrifttum auch hier eher auf prozedurale Sicherungen der Positionen der föderierten Einheiten verwiesen.<sup>1904</sup>

Sucht man näher nach der Schutzrichtung der im Fallrecht gesicherten Positionen der föderierten Einheiten innerhalb der föderal verschränkten Vollzugsstrukturen, so werden unterschiedliche Tendenzen sichtbar: In Deutschland steht hier – angesichts der unhintergehbaren Grundentscheidung für die föderale Verschränkung (Art. 83 GG) – die Sicherung eines arbeitsteiligen Funktionierens der föderalen Träger im Vordergrund: Die Länder sollen ihre Rolle beim Vollzug der Bundesgesetze effektiv ausfüllen können – auch dann, wenn der Bund seine einschlägigen Ingerenzrechte wahrnimmt. Dem dienen dann vor allem prozedurale Sicherungen wie das Anhörungserfordernis vor Weisungserlass in der Bundesauftragsverwaltung.<sup>1905</sup> Diesem prozeduralen Schwerpunkt der einschlägigen Dogmatik entspricht die Argumentation mit den Topoi der föderalen ‚Treue‘ und ‚Freundlichkeit‘.<sup>1906</sup> Die in *Kalkar II* vorbehaltene materielle Prüfungsreserve für kollektive Existenzgefährdungen weist demgegenüber Ausnahmecharakter auf; hier wird tendenziell auch etatistisch argumentiert, obschon der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts bemüht war, einen Rückschluss auf die Verfassung zu finden (in der Formel des „groben Verfassungsverstoßes“).<sup>1907</sup> In den USA stellt sich die einschlägige Argumentation vielfältiger dar: Das Verbot der zwangsweisen Übertragung von Vollzugsaufgaben an die Einzelstaaten wird u. a. mit Hinweis auf demokratietheoretische *accountability*, auf gewaltenteiligerische Freiheitssicherung und auf finanzverfassungsrechtliche Aspekte fundiert.<sup>1908</sup> Beim rhetorisch aufmerksamen Lesen der einschlägigen Entscheidungen begegnet teilweise wiederum die – schon aus dem Legislativbereich bekannte – Entwürdigungs- und Degradierungsrhetorik: Die Staaten dürften nicht zum Dienst eingezogen oder zu bloßen Informationssammel- und Beratungsstellen degradiert werden.<sup>1909</sup> Hier steht also der Topos der föderalen ‚Würde‘ im Vordergrund der Argumentation, welcher in Deutschland eher nur im Rahmen der materiellen Prüfungsreserve relevant und somit subsidiär ist.

---

<sup>1903</sup> S. o. bei Fn. 1876 f.

<sup>1904</sup> S. o. in Fn. 1878.

<sup>1905</sup> S. o. bei Fn. 1882.

<sup>1906</sup> S. o. bei Fn. 1882.

<sup>1907</sup> S. o. bei Fn. 1887.

<sup>1908</sup> S. o. bei Fn. 1867.

<sup>1909</sup> S. o. bei Fn. 1866 u. 1877.

### III. Exkurs: Grenzen von Einmischungen in die Judikative

Neben den dargestellten (Grenzen von) Einflussnahmemöglichkeiten der Bundesebene auf die föderierten Einheiten in den Bereichen der Legislative und Exekutive (s. o. I. bzw. II.) gibt es auch (Grenzen von) Einflussnahmemöglichkeiten der Bundesebene auf die föderierten Einheiten im Bereich der Judikative. Entsprechend der oben begründeten Entscheidung, Verbandszuständigkeiten im Bereich der Judikative (rechtsprechungsbezogene Verbandszuständigkeiten) weitgehend aus dem Untersuchungsgegenstand auszugrenzen (s. o. § 4, B. I. 4. b)) werden diese Aspekte nicht untersucht. Exkursorisch ist lediglich darauf hinzuweisen, dass hier erhebliche strukturelle Unterschiede zwischen den beiden untersuchten Föderationen bestehen: Diese ergeben sich daraus, dass in Deutschland eine Ergänzung der Funktionen von Landes- und Bundesgerichten in einem gemeinsamen Instanzenzug besteht und das Gerichtsverfassungsrecht weitgehend Bundesrecht ist, während in den USA ein eigenständiger Instanzenzug der Gerichte der Einzelstaaten neben dem System der Bundesgerichte nach dem Trennungssystem besteht (s. o. § 4, B. I. 4.).

Schließlich ist an dieser Stelle verweisend zu bemerken, dass eine föderalismusverfassungsrechtliche Fragestellung, die den Bereich der Judikative betrifft, oben als *Kompetenz*problematik (in der Fallgruppe ‚Haftbarkeit von föderierten Einheiten‘) diskutiert wurde: Die *sovereign immunity*-Dogmatik betrifft unter anderem die Frage, ob der Bundesgesetzgeber Individuen in Bundesgesetzen Klage-rechte unmittelbar gegen Staaten einräumen darf, d.h. ob er die „souveräne Immunität“ der Staaten insoweit beseitigen darf.<sup>1910</sup> Diese Fragestellung steht an der Grenze zwischen (haftungsbezogenen) Verbandskompetenzen und (justizbezogenen) Verbandsingerenzen<sup>1911</sup>, ließe sich folglich auch an der vorliegenden Stelle diskutieren (ausführlich oben § 5, A. III. 2.).

### IV. Grenzen von Einmischungen im Finanzverfassungsrecht

„Geld ist Macht“<sup>1912</sup>: Für das Verhältnis zwischen Bundesebene und föderierten Einheiten folgt daraus die Gefahr, dass sich die (relativ) finanzstarke Bundesebene über den strategischen Umgang mit Finanzmitteln in die politischen und funktionalen Sphären der föderierten Einheiten ‚einmischen‘ kann.

<sup>1910</sup> Vgl. zur Differenzierung zwischen der *sovereign immunity*-Dogmatik als allgemeine Grenze der Zuständigkeit von Gerichten einerseits und als Grenze von Bundesgesetzgebungskompetenzen zur Einräumung von Klagerechten andererseits: E. Chemerinsky, Constitutional Law. Principles and Policies, 5. Aufl., New York, N.Y., U.S.A., 2015, S. 230, m. w. N.

<sup>1911</sup> Jedenfalls soweit es um die Verklagbarkeit von Einzelstaaten in Gerichten der Staaten (also nicht in Bundesgerichten) geht; zu dieser Differenzierung oben bei Fn. 1438.

<sup>1912</sup> M. Kloepfer, Verfassungsrecht, Bd. I, München 2011, § 26, Rn. 1; vgl. auch C. Waldhoff, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, 3. Aufl., Heidelberg 2007, § 116, Rn. 3: „Geld und Finanzen erweisen sich als erstklassiges Machtinstrument des Staats“.

## 1. „Politische Selbsterhaltung“ durch Finanzverantwortung, insbesondere durch Ausgabenverantwortung

Damit fällt der Blick auf die föderalismusverfassungsrechtlichen Gehalte der US-amerikanischen und der deutschen Finanzverfassung als „verfassungsrechtlicher Teilordnung“ (Michael Kloepper)<sup>1913</sup>.

### *a) Schnittpunkte von Föderalismusverfassungsrecht und Finanzverfassungsrecht*

Aus föderalismusverfassungsrechtlicher<sup>1914</sup> Sicht werden öffentliche Finanzmittel (‘öffentliche Gelder’) als besondere Gegenstände von Verbandskompetenzen und Verbandsingerenzen behandelt: Die Einnahme, die Verteilung und die Verwendung von öffentlichen Finanzmitteln ist Gegenstand von Kompetenz- und Ingerenznormen.<sup>1915</sup>

Im Rahmen der Untersuchung von Bundesgesetzgebungskompetenzgrenzen wurde bereits eine finanzwesensspezifische Konstellation erörtert: Unter dem Gesichtspunkt der verbandskompetenziellen ‚Rechtsregime‘-Koordinierung ging es um das Verhältnis von Abgabengesetzgebungskompetenzen und Sachgesetzgebungskompetenzen im Föderalismus (ausführlich oben § 5, A. IV.). Dort war ‚Geld‘ als Mittel indirekter Verhaltenssteuerung von Bürgerinnen und Bürgern von Interesse.

Im Folgenden sollen nun verbandsingerenzielle Spezialprobleme des Finanzverfassungsrechts untersucht werden. Hier tritt ‚Geld‘ als Instrument der interföderalen Einmischung zwischen föderalen Trägern auf. Interföderale ‚Einmischun-

---

<sup>1913</sup> Zur grundgesetzlichen Finanzverfassung als „verfassungsrechtliche Teilordnung“: M. Kloepper, Verfassungsrecht, Bd. I, München 2011, § 24, Rn. 2 f., 6 f., § 26, Rn. 8 ff. Das Grundgesetz behandelt wichtige Aspekte des öffentlichen Finanzwesens schon äußerlich erkennbar in separierter Form in den Art. 104a ff. GG in einem eigenständigen Abschnitt „Das Finanzwesen“. Damit soll keinesfalls gesagt werden, dass die Art. 104a ff. GG das öffentliche Finanzwesen verfassungsrechtlich mit einem Anspruch auf Abgeschlossenheit regeln würden; vielmehr tritt die verfassungsrechtliche Teilordnung in ein Verhältnis der partiellen Ergänzung, Modifikation und Variierung allgemeiner verfassungsrechtlicher Strukturen. In der US-Verfassung gibt es im Unterschied zum Grundgesetz zwar keinen eigenständigen Abschnitt für das Verfassungsrecht der öffentlichen Finanzen, jedoch gibt es auch hier vereinzelte spezifische Regelungen für diesen Sachbereich (vgl. insbesondere Art. I, Sect. 8, Cl. 1 u. Cl. 2; Art. I, Sect. 10, Cl. 1 u. Cl. 2 USC und den XVI. Zusatzartikel). Insoweit geht es auch hier um die Ergänzung, Modifikation und Variierung allgemeiner verfassungsrechtlicher Strukturen.

<sup>1914</sup> Daneben hält die Finanzverfassung als „verfassungsrechtliche Teilordnung“ auch individualgrundrechtlichen Besonderheiten (individualgrundrechtliche Grenzen von Abgabenbelastungen und -ausgestaltungen) bereit, die hier nicht relevant sind.

<sup>1915</sup> Ein Ziel der Finanzverfassung ist insoweit die Aufteilung von Finanzmacht zwischen den föderalen Ebenen; zum engen Verhältnis von Finanzverfassung und Föderalismusverfassungsrecht im Grundgesetz, dessen Finanzverfassung gar „Eckstein des Bundesstaates“ sei: C. Waldhoff, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, 3. Aufl., Heidelberg 2007, § 116, Rn. 57.

gen‘ können in den drei Bereichen der Einnahme (s.u. b)), der Verteilung (s.u. b)) und der Ausgabe (s.u. c)) von öffentlichen Finanzmitteln auftreten<sup>1916</sup>. Diese Einmischungen erfolgen insbesondere in einer *top-down*-Stoßrichtung, also durch die Bundesebene, und treffen in diesem Fall ggf. auf Grenzen, welche durch Verbandsgrundrechtspositionen der föderierten Einheiten im *status negativus* gezogen werden:

*b) Exkurs: Verbandsingerenzgrenzen beim Einnehmen  
und Verteilen von Finanzmitteln*

Finanzbezogene Verbandsingerenzen treten – tief im ‚Kompetenzvorfeld‘ (dazu oben § 4, A. II. 2. b)) – bereits dort auf, wo die Entscheidungsbefugnisse der föderalen Träger über die Einnahme und die Verteilung von öffentlichen Finanzmitteln geregelt werden. Exemplarisch sollen hier drei anschauliche Aspekte genannt werden, welche das föderalismusrelevante Steuerungspotential im öffentlichen Finanzwesen verdeutlichen: *erstens* die Abgabenbelastung (insbesondere Besteuerung) von Hoheitsträgern, *zweitens* föderale Haushaltsvorgaben, einschließlich Schuldenbremse und – drittens – der föderale Finanzausgleich. Diesen drei Beispielen ist gemeinsam, dass hier jeweils Verbandsgrundrechtspositionen der föderierten Einheiten im *status negativus* ins Spiel gebracht werden, um diese Ingerenzen zu begrenzen:

Auf der Einnahmenseite sind Einmischungen dadurch denkbar, dass ein föderaler Träger (etwa die Bundesebene) andere föderale Träger (etwa die föderierten Einheiten) mit einer Abgabe belastet.<sup>1917</sup> Eine solche interföderale Abgabenbelastung (insbesondere Besteuerung) wird in den USA grundsätzlich<sup>1918</sup> als Verletzung der

<sup>1916</sup> Für eine weiter ausdifferenzierte Unterscheidung von Kriterien der Verteilung von Entscheidungsbefugnissen im öffentlichen Finanzwesen von ‚Mehr-Ebenen-Gebilden‘: D. C. Ehmke, Institutional Congruence. The Riddle of Leviathan and Hydra, Baden-Baden 2019, S. 74: (1a) Ausfallhaftung (*bailout*)?, (1b) ‚Schuldenbremse‘?, (2) Haushalts-, insbesondere Ausgabenautonomie?, (3a) Steuerhoheit?, (3b) föderaler Finanzausgleich? Außer im Bereich (2) Haushalts-, insbesondere Ausgabenautonomie verortet Ehmke die USA und die Bundesrepublik Deutschland jeweils auf unterschiedlichen Polen dieser Kriterien, vgl. a. a. O., S. 114.

<sup>1917</sup> Denkbar ist neben der exemplarisch genannten *top-down*-Abgabenbelastung freilich auch eine *bottom-up*-Abgabenbelastung oder eine horizontale *peer-to-peer*-Belastung unter föderierten Einheiten. Vgl. zur Verfassungswidrigkeit einer *bottom-up*-Abgabenbelastung der Bundesebene (der *Bank of the United States*) durch Einzelstaatenabgaben (des Staats Maryland) die Leitentscheidung *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. (4 Wheat.) 316 (1819).

<sup>1918</sup> Eine Ausnahme gilt nach *Massachusetts v. United States*, 435 U.S. 444 (1978), für Beiträge zur Finanzierung bestimmter durch die Bundesebene bereitgestellter Leistungen, etwa in der Luftfahrtverwaltung: Entsprechende Beiträge darf die Bundesebene auch von den Staaten verlangen, wenn sie die besonderen Leistungen der Bundesebene in Anspruch nehmen (können), etwa wenn sie Flugzeuge besitzen und Maßnahmen der Luftfahrtverwaltung in Anspruch nehmen („*nondiscriminatory federal revenue measure which operates only to ensure that each member of a class of special beneficiaries of a federal program pays*

Verbandsgrundrechtspositionen des abgabenbelasteten föderalen Trägers betrachtet, sofern die Abgabe direkt den föderalen Träger als solchen (und nicht etwa einen Amtsträger des föderalen Trägers als Privatperson) adressiert.<sup>1919</sup> Aus Verbandsgrundrechtspositionen wird hier also eine Abgabenimmunität föderaler Träger abgeleitet.<sup>1920</sup>

Als verbandsgrundrechtspositionsrelevant werden auch ebenenübergreifende Vorgaben für die Einnahmemöglichkeiten föderaler Träger erachtet: So wird die im Jahr 2009 durch Verfassungsänderung in das Grundgesetz eingefügte *bundesverfassungsrechtliche* ‚Schuldenbremse‘ für die *Länder* (Art. 109 Abs. 3 GG)<sup>1921</sup> von Teilen des Schrifttums wegen Verstoßes gegen Verbandsgrundrechtspositionen der Länder („Eigenstaatlichkeit“) sogar als verfassungswidriges Verfassungsrecht (Art. 79 Abs. 3 GG) betrachtet (s. u. VII. 3. b)).<sup>1922</sup>

Mit sehr wirkmächtigen Ingerenzen ist schließlich das grundgesetzliche System des föderalen Finanzausgleichs (Art. 107 GG)<sup>1923</sup> verbunden: Hier geht es gewissermaßen um einen schonenden Ausgleich zwischen dem *status negativus* von ‚Geberländern‘, dem *status positivus* von ‚Nehmerländern‘ und dem *status aequalis*

---

*a reasonable approximation of its fair share of the cost of the program to the Federal Government“).*

<sup>1919</sup> Vgl. hierzu für die USA *E. Chemerinsky*, Constitutional Law. Principles and Policies, 5. Aufl., New York, N.Y., U.S.A., 2015, S. 441, m. w. N. Verfassungsrechtlich zulässig soll dagegen die Abgabenbelastung von Amtsträgern eines föderalen Trägers als Privatpersonen sein (hierzu m. w. N. oben § 5, A. II. 2. a)).

<sup>1920</sup> Folge der Abgabenimmunität ist es, dass *insoweit* auch keine indirekte Steuerung der Einzelstaaten über Abgaben denkbar ist; freilich wurde in der Rechtsprechung ein Umweg gebilligt, welcher darin besteht, dass Bundesabgaben *Individuen* (z. B. Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber) belasten, sollten ‚ihre‘ Staaten nicht nach Bundesmaßgabe handeln (z. B. ein Sozialversicherungsprogramm aufstellen) – gebilligt in *Steward Mach. Co. v. Collector*, 301 U.S. 548 (1937). Beachte außerdem, dass eine Aushöhlung der Abgabenimmunität vorstellbar ist, wenn man Abgaben als negative *conditional grants* (s. u. 2.) – gewissermaßen als Entzug von Verschonungssubventionen – betrachtet bzw. stilisiert.

<sup>1921</sup> Dem US-amerikanischen Finanzverfassungsrecht ist eine solche *bundesverfassungsrechtlich* festgesetzte Schuldenbremse für die Einzelstaaten fremd; hierzu („*borrowing autonomy*“ statt „*top-down borrowing constraints*“) *D. C. Ehmke*, Institutional Congruence. The Riddle of Leviathan and Hydra, Baden-Baden 2019, S. 115. Allerdings gibt es in fast allen Einzelstaaten durchaus (selbstaufgelegte) einzelstaatenverfassungsrechtliche oder einzelstaatengesetzliche „*balanced-budget requirements*“, vgl. *F. Palermo/K. Kössler*, Comparative Federalism. Constitutional Arrangements and Case Law, Portland, Ore., U.S.A., 2017, S. 238.

<sup>1922</sup> Auflistung von Nachw. unten in Fn. 2183.

<sup>1923</sup> Dem US-amerikanischen Finanzverfassungsrecht ist ein solches Finanzausgleichssystem fremd (es gibt freilich inhaltlich konditionierte Bundesfinanzhilfen – s. u. 2.); hierzu *D. C. Ehmke*, Institutional Congruence. The Riddle of Leviathan and Hydra, Baden-Baden 2019, S. 104, 116.

der Länder innerhalb der „bundesstaatlichen [...] Solidargemeinschaft“<sup>1924</sup> (näher unten B. I. 3. b) sowie D. III. 3.).<sup>1925</sup>

c) Fokus: *Verbandsingerenzgrenzen beim Ausgeben von Finanzmitteln*

Während die bisher vorgestellten finanzbezogenen Ingerenzgrenzen (auf Einnahmen- und Verteilungsseite) eher nur in jeweils einer der beiden vorliegend untersuchten Föderationen relevant sind, gibt es auf der Ausgabenseite ein Problemfeld der Verbandsingerenzgrenzen, welches in beiden Föderationen große praktische Relevanz hat: In den USA und in Deutschland nutzt die jeweilige Bundesebene das Gewähren von bedingten Bundesfinanzhilfen an die förderierten Einheiten, um sachlich-inhaltlichen Einfluss auf Politikbereiche zu nehmen. Der Erhalt von Bundesmitteln wird an bestimmte legislative oder exekutive Handlungen der förderierten Einheiten geknüpft. Dieser Praxis des politisch-gestaltenden Ausnutzens von Finanzierungszuständigkeiten („Finanzierungsbefugnissen“<sup>1926</sup>) werden in beiden Föderationen Grenzen aufgrund des *status negativus* der Verbandsgrundrechtspositionen der förderierten Einheiten gesetzt:

## 2. USA: *conditional grants* als richterrechtlich unscharf verbotenes faktisches „*commandeering*“?

Grundsätzlich ist es der US-Bundesebene erlaubt, den Einzelstaaten inhaltlich bedingte Finanzhilfen (*conditional grants*) zu erteilen. Als Rechtsgrundlage für *conditional grants* ist die sog. *spending power* (Art. I, Sec. 8, Cl. 1 USC)<sup>1927</sup> höchstgerichtlich anerkannt.

<sup>1924</sup> Zum „bundesstaatlichen Gedanken einer Solidargemeinschaft“: BVerfGE 72, 330 (386) – Finanzausgleich I; BVerfGE 86, 148 (264) – Finanzausgleich II; BVerfGE 101, 158 (221) – Finanzausgleich III; BVerfGE 116, 327 (380) – Berliner Haushalt.

<sup>1925</sup> Nach BVerfGE 72, 330 (386) – Finanzausgleich I, hat „[d]er Länderfinanzausgleich [...] die richtige Mitte zu finden zwischen der Selbständigkeit, Eigenverantwortlichkeit und Bewahrung der Individualitäten der Länder [= *status negativus*] auf der einen und der solidargemeinschaftlichen Mitverantwortung für die Existenz und Eigenständigkeit der Bundesgenossen [= *status positivus*] auf der anderen Seite.“

<sup>1926</sup> Zum – nur auf den ersten Blick widersprüchlichen – Begriff „Finanzierungsbefugnis“ (und dem ihm innewohnenden Moment des *Dürfens*): H. H. v. Arnim, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VI, 3. Aufl., Heidelberg 2008, § 138, Rn. 10; vgl. a. a. O., Rn. 16, zum Ingerenzcharakter von „Finanzierungsbefugnissen“ („Finanzierungskompetenz [...] auch ein mögliches Instrument der Einflußnahme“); vgl. hierzu auch C. Waldhoff, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, 3. Aufl., Heidelberg 2007, § 116, Rn. 72; ders., KritV 2008, 213 (216); M. Klopfer, Finanzverfassungsrecht, München 2014, § 3, Rn. 2.

<sup>1927</sup> Art. I, Sec. 8, Cl. 1 USC lautet: „*The Congress shall have Power To lay and collect Taxes, Duties, Imposts and Excises, to pay the Debts and provide for the common Defence and general Welfare of the United States*“ – der Teil „*provide for the common Defence and general Welfare of the United States*“ wird als *spending power* bezeichnet. Die *spending power* dient

a) *Unscharfes, instrumentalisierbares Fünf-Elemente-Prüfprogramm*

In der Entscheidung *South Dakota v. Dole* (1987) fasste der *U.S. Supreme Court* die Voraussetzungen (bzw. Grenzen) für *conditional grants* zusammen<sup>1928</sup>:

- *Erstens* muss die Ausgabe – nach dem weiten Ermessen des Bundesgesetzgebers – „dem allgemeinen Wohl“ („*the general welfare*“) dienen,
- *zweitens* müssen die inhaltlichen Bedingungen für die Gewährung der Finanzhilfe – im Sinne einer *clear-statement rule* – parlamentsgesetzlich hinreichend bestimmt („unzweideutig“ – „*unambiguously*“) sein,
- *drittens* müssen die Bedingungen in einem sachlichen Zusammenhang mit dem Zweck des finanzierten Vorhabens stehen („*germaneness*“, „*relatedness*“),
- *viertens* dürfen die Bedingungen nicht gegen sonstiges (vor allem auch außerföderales) Verfassungsrecht (insbesondere Individualgrundrechte) verstoßen, weil das angereizte Verhalten seinerseits verfassungswidrig wäre („*the power may not be used to induce the States to engage in activities that would themselves be unconstitutional*“), und –
- *fünftens* – dürfen die Bedingungen nicht die Grenze zwischen einem bloßen Anreiz und faktischem Zwang überschreiten.

Die erstgenannte Voraussetzung ergibt sich ausdrücklich aus dem Text der *Spending Clause* (Art. I, Sec. 8, Cl. 1 USC), hat aber angesichts der Weite des Tatbestandsmerkmals „allgemeines Wohl“ und der Rücksicht auf das einschlägige Gestaltungsermessen des Bundesgesetzgebers<sup>1929</sup> letztlich keine begrenzende Wirkung<sup>1930</sup>.

Das zweitgenannte Erfordernis, die *clear-statement rule*, stellt das Prüfprogramm – wie bei anderen Fallgruppen von Verbandszuständigkeitsausübungsregeln auch<sup>1931</sup> – partiell von materiellen auf *prozedurale* Grenzen um: Das Bundesparlament *Congress* muss die Bedingungen grundsätzlich selbst hinreichend bestimmt fassen. Allerdings ist die Anwendung dieses Bestimmtheitsgebots mit Tendenzen zu

---

nicht nur als verfassungsrechtliche Zuständigkeitsnorm für (inhaltlich bedingte) Bundesfinanzhilfen, sondern auch als Kompetenzgrundlage für Rechtsnormen mit Außenwirkung gegenüber Bürgerinnen und Bürgern, welche im sachlichen Zusammenhang mit dem Einsatz von Bundesmitteln stehen: So bejahte der *U.S. Supreme Court* die Kompetenzgemäßheit eines Bundesgesetzes, welches die Bestechung von Amtsträgerinnen und Amtsträgern unter Strafe stellte, welche für Dienststellen arbeiten, welche in bestimmtem Umfang durch Bundesmittel finanziert werden: *Sabri v. United States*, 541 U.S. 600 (2004).

<sup>1928</sup> *South Dakota v. Dole*, 483 U.S. 203 (1987), 207 ff., teilweise mit Hinweisen auf *Pennhurst State School and Hospital v. Halderman*, 451 U.S. 1 (1981), und weitere Judikate.

<sup>1929</sup> Besonders hervorgehoben in *South Dakota v. Dole*, 483 U.S. 203 (1987), 207.

<sup>1930</sup> So auch die Einschätzung von *I. Somin*, *Tex. L. Rev.* 97 (2019), 1247 (1251).

<sup>1931</sup> S.o. § 5, A. I. 2. b) und § 5, A. II. 2. b) zu Bundeskompetenzausübungsgrenzen zum Schutz von Sachgesetzgebungskompetenzinseln bzw. legislativer Personalhoheit der Einzelstaaten sowie allgemein zu diesem Modus unten § 8, C. I. 2. b) bb).



einem Parlamentsvorbehalt im Einzelnen umstritten: Hinsichtlich der Strenge der Bestimmtheitsanforderungen werden durchaus variable Positionen vertreten, woraus sich ein gewisses Instrumentalisierungspotential der Dogmatik ergibt. Unsicherheiten erwachsen insbesondere daraus, dass nicht geklärt ist, wozu die Anreicherung des Bestimmtheitsgebots mit einem Parlamentsvorbehalt im Einzelnen führt und wie groß der Spielraum der Bundesexekutive bei der Konkretisierung der Bedingungen für die Vergabe von Bundesmitteln letztlich doch ist. So wird es von Berufungsgerichten teilweise gebilligt, wenn die Bundesexekutive die Vergabe von Bundesmitteln nach Bundesfinanzhilfeprogrammen an die Einhaltung von sonstigen Bundesgesetzen knüpft, welche nicht im unmittelbaren Regelungszusammenhang mit dem parlamentsgesetzlichen Bundesfinanzhilfeprogramm stehen: Der *U.S. Court of Appeals for the Second Circuit* hat es im Jahr 2020 für bundesverfassungsgemäß befunden, dass die vom damaligen US-Präsidenten *Trump* geführte Bundesexekutive im Jahr 2017 durch untergesetzliche, exekutive Rechtsetzung<sup>1932</sup> das parlamentsgesetzliche Gefüge des Bundesfinanzhilfeprogramms *Byrne Memorial Justice Assistance Grant Program – JAG* – von 2005/06 zur finanziellen Unterstützung von einzelstaatlichen Sicherheitsbehörden und Justizkräften aus Bundesmitteln neu so ausgelegt und angewendet hatte, dass diese Finanzhilfen künftig solchen Einzelstaaten und Kommunen (sog. ‚*sanctuary jurisdictions*‘<sup>1933</sup>) vorzuenthalten seien, welche nicht in Gemäßheit mit – bestimmten weiteren, allenfalls lose durch das *JAG*–

<sup>1932</sup> S. die *Executive Order* mit dem Titel ‚*Enhancing Public Safety in the Interior of the United States*‘, *E.O. 13,768 of Jan 25, 2017, Sect. 9*; aufgehoben durch *E.O. 13,993 of January 20, 2021*. Kritik an der Unbestimmtheit von *E.O. 13,768* bei *I. Somin*, *Tex. L. Rev.* 97 (2019), 1247 (1251). *E.O. 13,768* wurde für das *Byrne-JAG*-Programm anschließend (im Juli 2017) durch Leitlinien des US-Bundesjustizministeriums konkretisiert und ergänzt, referierend zu diesen *I. Somin*, a. a. O. (1252 f.).

<sup>1933</sup> Zum Begriff ‚*sanctuary*‘ (im Sinn von ‚Zuflucht‘), zu der – vor allem auch religiös geprägten – Begriffs(-vor-)geschichte (‚Kirchenasyl‘ etc.), vor allem aber zu aktuellen Anwendungsfällen in den USA, Westeuropa und anderswo, insbesondere seit den 1980er Jahren (aber auch zu früheren Beispielen) s. die Beiträge in *R. K. Lippert/S. Rehaag* (Hrsg.), *Sanctuary Practices in International Perspectives. Migration, citizenship and social movements*, Abingdon, U.K., u. a. 2013. Die vom früheren US-Präsidenten *Trump* erlassene *E.O. 13,768 of Jan 25, 2017, Sect. 9*, definiert – von ihm ‚bekämpfte‘ – „*sanctuary jurisdictions*“ als diejenigen Einzelstaaten und Kommunen, welche dem an sie gerichteten bundesgesetzlichen Verbot, die informationelle Kooperation ihrer Stellen mit Bundesmigrationsbehörden zu behindern (8 U.S.C. § 1373 – s. auch sogleich Fn. 1934), willentlich zuwiderhandeln; Überblick über Maßnahmen von *sanctuary jurisdictions* sowie entsprechende Gegenmaßnahmen der *Trump Administration* Ende der 2010er Jahre mit zahlreichen weiteren Nachweisen bei *I. Somin*, *Tex. L. Rev.* 97 (2019), 1247 ff. Bemerkenswerterweise sind Konflikte um *sanctuaries* allerdings nicht auf das Verhältnis Bundesebene-Einzelstaaten beschränkt: Zunehmend treten Konflikte im Verhältnis zwischen Einzelstaaten und Kommunen auf, so etwa in Alabama, Indiana, Iowa, Mississippi, North Carolina, Tennessee oder Texas, wo Einzelstaatengesetze erlassen wurden, welche Kommunen verpflichten, mit Bundesmigrationsbehörden zu kooperieren; vgl. dazu mit Nachweisen *P. Gulasekaram/R. Su/R. Cuisson-Villazor*, *Colum. L. Rev.* 119 (2019), 837, welche von „einer neuen Front im Krieg gegen *sanctuary cities* sprechen“ und gegen solche einzelstaatlichen *top-down*-Maßnahmen Forderungen nach ‚*immigration localism*‘ ins Feld führen.

Gesetz in Bezug genommenen – Bundesgesetzen mit Bundesmigrationsbehörden kooperieren, u. a. indem sie den Bundesbehörden Daten über Menschen ohne Aufenthaltstitel weitergeben<sup>1934</sup> und ihnen Zugang zu diesen Menschen gewähren.<sup>1935</sup> Zuvor waren andere Bundesgerichte, darunter auch andere Berufungsgerichte, jedenfalls hinsichtlich eines Teils der Bedingungen zum umgekehrten Ergebnis (Verfassungswidrigkeit) gekommen.<sup>1936</sup>

*Materiell* effektiv beschränkendes *Potential* kommt neben diesem primär prozeduralen Element der – mehr oder eher weniger scharf gestellten – Bestimmtheit im Wesentlichen nur dem dritten bis fünften Punkt zu. Da die viertgenannte Voraussetzung keine spezifische Grenze der *conditional grants* (sondern eher eine verfassungsrechtliche Selbstverständlichkeit) darstellt, sollen im Folgenden der dritte Aspekt (Gebot eines sachlichen Nexus) und fünfte Aspekt (Verbot von faktischem Zwang) näher betrachtet werden. Diese Elemente des dogmatischen Prüfprogramms sind höchst unscharf, in ihrer Handhabung schwach determiniert und deshalb besonders leicht argumentativ instrumentalisierbar:

Das Erfordernis eines sachlichen Zusammenhangs zwischen den bundesgesetzlich vorgesehenen Bedingungen und dem Zweck des finanzierten Vorhabens wurde in *South Dakota v. Dole* von der Gerichtsmehrheit wenig stringent geprüft und im Ergebnis bejaht: Der Bund dürfe die Vergabe von Bundesmitteln für den Bau von *highways* durch Einzelstaaten an die Bedingung knüpfen, dass die Einzelstaaten verbieten, dass Menschen unter 21 Jahren alkoholische Getränke kaufen dürfen. Als Nexus genüge die Kette, wonach junge Menschen (unterstützt durch föderal evoziertes ‚Alkoholkonsumpendlertum‘ zwischen Einzelstaaten) besonders anfällig für Alkoholmissbrauch seien, Alkohol im Straßenverkehr ein Sicherheitsrisiko darstelle und die Bundesebene ein berechtigtes Interesse daran habe, dass die mit ihren Mittel errichteten Straßen sicher genutzt werden.<sup>1937</sup> In ihrem abweichenden Sondervotum

<sup>1934</sup> S. hierzu die bundesgesetzliche Norm 8 U.S.C. §1373 („*Communication between government agencies and the Immigration and Naturalization Service*“). Die Verfassungsmäßigkeit dieser Norm ist ihrerseits – losgelöst von den Fragen der sich darauf beziehenden bedingten Bundesfinanzhilfen – als solche höchst umstritten, hierzu m. w. N. pro und contra *I. Somin*, Tex. L. Rev. 97 (2019), 1247 (1273 ff.), welcher in 8 U.S.C. §1373 eine Verletzung des oben skizzierten *anti-commandeering*-Prinzips im Legislativbereich (s. o. I. 2.) entdeckt (s. bereits oben in Fn. 1871).

<sup>1935</sup> Für die Verfassungsmäßigkeit *New York v. U.S. Department of Justice*, No. 19–267 (2d Cir. 2020); der Fall kam letztlich nicht mehr vor den *U.S. Supreme Court*, da die Parteien im Jahr 2021, nach dem Ende der Präsidentschaft *Trump*s, übereinstimmend auf eine Entscheidung durch das Gericht verzichteten.

<sup>1936</sup> Vgl. etwa *City of Philadelphia v. Attorney General of the U.S.*, No. 18–2648 (3d Cir. 2019); *City of Chicago v. Barr*, No. 19–3290 (7th Cir. 2020); vgl. auch *I. Somin*, Tex. L. Rev. 97 (2019), 1247 (1251 f.).

<sup>1937</sup> Vgl. *South Dakota v. Dole*, 483 U.S. 203 (1987), 208 f. Eine gewisse Pointe liegt darin, dass ein Grund für den gehäuftten Alkoholmissbrauch in der Altersgruppe der Unter-21-Jährigen darin gesehen wurde, dass unterschiedliche Alkoholkonsum-Mindestaltersgrenzen in den Einzelstaaten einen ‚Alkoholkonsumtourismus‘ bewirken würden: „*the lack of uniformity*

kritisierte *Justice* Sandra Day O'Connor diese weite Handhabung der Nexus-Frage durch die Mehrheit und verneinte das Vorliegen eines inneren Zusammenhangs zwischen dem Bau von *highways* und einem Mindestalter für den Kauf alkoholischer Getränke.<sup>1938</sup>

Die oben an fünfter Stelle genannte Voraussetzung, wonach die mit dem *conditional grant* gesetzten Anreize keinen faktischen Zwang auf die Einzelstaaten ausüben dürfen, ist mit Blick auf den *status negativus* der Verbandsgrundrechtspositionen der Einzelstaaten von hervorgehobener Bedeutung: Geschützt wird die ‚Willensfreiheit‘ der Einzelstaaten. Dabei äußerte das Gericht in *South Dakota v. Dole* grundsätzliche Zweifel hinsichtlich der Sinnhaftigkeit und der Handhabbarkeit dieses Kriteriums und sah in der Rede von faktischem Zwang durch Anreize „mehr Rhetorik als Fakten“ („*more rhetoric than fact*“<sup>1939</sup>). Jedenfalls verneinte das Gericht das Vorliegen von faktischem Zwang für den konkreten Fall: Es liege vielmehr nur eine „relativ schwache Ermunterung“ („*relatively mild encouragement*“<sup>1940</sup>) vor, da die Einzelstaaten bei Nichteinhaltung der Bedingung lediglich fünf Prozent der Bundesfinanzhilfen für den *highway*-Bau einbüßen würden.

*b) Insbesondere: Schutz einzelstaatlicher ‚Willensfreiheit‘  
vor faktischem „Zwang“ als ‚Würde“-Frage(?)*

Insgesamt wurde der fünfgliedrige dogmatische Test für die Zulässigkeit von *conditional grants* nach *South Dakota v. Dole* (1987) für eine lange Zeit als lax charakterisiert.<sup>1941</sup> Allerdings erklärte der *U.S. Supreme Court* im Jahr 2012 in der Entscheidung *National Federation of Independent Business v. Sebelius* (2012) zur Gesundheitsreform nach dem *Patient Protection and Affordable Care Act* (PPACA – ‚*Obamacare*‘) von 2010 dann ‚doch‘ ein Bundesgesetz, das die Gewährung von

---

*in the States’ drinking ages created, an incentive to drink and drive’ because ‚young persons’ commut[e] to border States where the drinking age is lower [...].“*

<sup>1938</sup> Vgl. *South Dakota v. Dole*, 483 U.S. 203 (1987), 212, 215 (Sondervotum *Justice* O'Connor).

<sup>1939</sup> *South Dakota v. Dole*, 483 U.S. 203 (1987), 211; mit Hinweis auf die Entscheidung *Steward Mach. Co. v. Collector*, 301 U.S. 548 (1937), 589 f. (verfasst von *Justice* Benjamin N. Cardozo), in welcher die Handhabbarkeit der Formel vom ‚faktischen Zwang‘ grundsätzlich in Frage gestellt wird: „[...] *to hold that motive or temptation is equivalent to coercion is to plunge the law in endless difficulties. The outcome of such a doctrine is the acceptance of a philosophical determinism by which choice becomes impossible. Till now, the law has been guided by a robust common sense which assumes the freedom of the will as a working hypothesis in the solution of its problems.*“

<sup>1940</sup> *South Dakota v. Dole*, 483 U.S. 203 (1987), 211.

<sup>1941</sup> Vgl. nur *M. C. Dorf/T. Morrison*, Constitutional Law, New York, N.Y., U.S.A., 2010, S. 84: „[s]ubject only to the most theoretical limits“; vgl. *E. Chemerinsky*, Constitutional Law. Principles and Policies, 5. Aufl., New York, N.Y., U.S.A., 2015, S. 290: (selbst nach der nachfolgend diskutierten *Obamacare*-Entscheidung ‚noch immer‘) „*expansive power*“.

inhaltlich bedingten Bundesfinanzhilfen vorsah, wegen Verstoßes gegen Ingerenzausübungsgrenzen für verfassungswidrig:

Der Finanzierungsmechanismus des *PPACA* verstoße gegen den fünften Punkt des oben skizzierten dogmatischen Tests zur Bestimmung der Verfassungsmäßigkeit von inhaltlich bedingten Bundesfinanzhilfen aus *South Dakota v. Dole* (s.o. a)), das Verbot der Ausübung von faktischem Zwang der Bundesebene gegen die Einzelstaaten.<sup>1942</sup> 25 Jahre nach der Entscheidung *South Dakota v. Dole* (1987) wurde insoweit bloße „Rhetorik“ also gewissermaßen doch zu „Fakten“.<sup>1943</sup> Die Mehrheit des Gerichts<sup>1944</sup> betrachtete in einem von *Chief Justice* John G. Roberts verfassten Votum den ‚*Obamacare*‘-Finanzierungsmechanismus – im Unterschied zur „relativ schwachen Ermunterung“, welche durch die inhaltlich bedingte Finanzhilfe in *South Dakota v. Dole* gesetzt worden war (s.o. a)) – als faktischen Zwang (in den Worten Roberts’: „*a gun to the head*“<sup>1945</sup> – zu diesem rhetorischen Mittel näher unten § 10, A. I. u. § 10, B. III. 2. b)). Die faktische Zwangswirkung der Finanzhilfe ergebe sich aus ihrer faktischen Unverzichtbarkeit: Die Staaten seien auf die Bundesfinanzhilfe in einem Ausmaß angewiesen, welches eine Ablehnung derselben faktisch ausschließen würde.<sup>1946</sup>

Für die Bewertung der Frage nach der faktischen Unverzichtbarkeit der ‚*Obamacare*‘-Finanzhilfe ist eine Gesamtbetrachtung der Finanzbeziehungen im US-amerikanischen öffentlichen Gesundheitswesen erforderlich: Die ‚*Obamacare*‘-Gesundheitsreform von 2010 zielte u. a. auf die Intensivierung und Ausdehnung des ursprünglich im Jahr 1965 eingeführten Programms *Medicaid*. Mit diesem Gesundheitsversorgungsprogramm werden u. a. Menschen mit Behinderung und bestimmte einkommensschwache Bevölkerungsteile adressiert. Die bundesgesetzlichen Regelungen setzten hier nur einen Rahmen; die Einzelstaaten haben bei der genaueren Ausgestaltung von Anspruchsvoraussetzungen und Leistungsinhalten gewisse Gestaltungsspielräume (*cooperative federalism* – s.o. § 2, C. III. 3. b) cc) u. § 4, B. I. 3. c) aa)). Hinter ‚*Obamacare*‘ stand u. a. das Ziel, den Kreis der durch *Medicaid* abgedeckten Personen auszudehnen. Um dies zu erreichen, setzte der Bundesgesetzgeber auf das Instrument einer inhaltlich bedingten Finanzhilfe: Der *PPACA* sieht u. a. vor, dass die US-Bundesebene den Einzelstaaten Finanzhilfen zur Finanzierung des Programms *Medicaid* gewähren kann. Solche Finanzhilfen gab es auch schon vor dem Jahr 2010. Im *PPACA* wurde nun aber vorgesehen, dass die künftige Zahlung dieser Finanzhilfen der Bundesebene an die Einzelstaaten an die

<sup>1942</sup> *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, 567 U.S. 519 (2012), 588.

<sup>1943</sup> Um die Formel „*more rhetoric than fact*“ aus *South Dakota v. Dole*, 483 U.S. 203 (1987), 211, umzukehren.

<sup>1944</sup> *Justice* Ruth Bader Ginsburg verfasste ein abweichendes Sondervotum, welchem sich *Justice* Sonia Sotomayor anschloss; s. u. bei Fn. 1955 ff.

<sup>1945</sup> *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, 567 U.S. 519 (2012), 581.

<sup>1946</sup> *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, 567 U.S. 519 (2012), 582: „*The threatened loss of over 10 percent of a State's overall budget [...] leaves the States with no real option but to acquiesce in the Medicaid expansion.*“

Bedingung geknüpft wird, dass die Staaten das Programm so ausgestalten, dass alle erwachsenen Personen, deren Einkommen innerhalb von 133 % der bundesweiten Armutsgrenze liegt, erfasst sind. Dies würde in einigen Staaten eine nicht unerhebliche Ausweitung des Programms bedeuten. Sollten einzelne Staaten diese Bedingung nicht erfüllen, würden sie die *Medicaid*-bezogenen Finanzhilfen künftig *vollständig* verlieren: Nicht nur die künftige Aufstockung der Finanzhilfen, sondern auch die künftige Weiterzahlung der bisher etablierten Finanzhilfen standen zur Disposition.<sup>1947</sup>

Die Mehrheit des *U.S. Supreme Court* entschied, dass es verfassungswidrig sei, künftig die Bundesfinanzhilfen in der bisherigen, also vor den Neuerungen durch den *PPACA* 2010 etablierten Höhe vorzuenthalten, wenn Einzelstaaten das neue 133 %-Ziel nicht einhalten.<sup>1948</sup> Hier liege kein leichter Anreiz, sondern Zwang vor, da es um Beträge gehe, die ca. zehn Prozent des Gesamtbudgets eines durchschnittlichen Einzelstaats ausmachen würden.<sup>1949</sup>

Das Mehrheitsvotum in *Sebelius* lässt sich als konsequentes Fortdenken der *anti-commandeering*-Dogmatik (ausführlich hierzu I. 2. a) u. II. 2. a)) lesen.<sup>1950</sup> Tatsächlich galten in der Phase zwischen den Entscheidungen *Dole* (1987) und *Sebelius* (2012) *conditional grants* angesichts der Laxheit des entsprechenden dogmatischen Tests als eine leichte Möglichkeit für den Bundesgesetzgeber, die *anti-commandeering*-Dogmatik zu umgehen.<sup>1951</sup> Das Verbot, die Einzelstaaten im imperativen Modus zu verpflichten, in bestimmter Weise legislativ oder exekutiv tätig zu werden, könne die Bundesebene – sofern sie es sich ‚leisten‘ kann – ohne Weiteres durch das Setzen von Anreizen mit *conditional grants* umgehen. Ob diese Umgehungsmöglichkeit nach der Entscheidung in *Sebelius* noch in dieser Einfachheit offensteht, ist allerdings zu bezweifeln. Wie schon bei der *anti-commandeering*-Dogmatik steht in *Sebelius* argumentativ und rhetorisch wiederum der Topos der ‚föderalen Würde‘ im Vordergrund: Roberts’ Mehrheitsmeinung stellt zentral auf die Vorstellung der ‚Entscheidungsfreiheit‘ der Einzelstaaten ab. Zur argumentativen Unterfütterung nennt er im Wesentlichen drei Aspekte, welche aus den Begründungen zur *anti-commandeering*-Dogmatik bekannt sind (s. o. I. 2. a) u. II. 2. a)): *Erstens* seien die

<sup>1947</sup> Vgl. die Sachverhaltsschilderung in *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, 567 U.S. 519 (2012), 542.

<sup>1948</sup> Vgl. *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, 567 U.S. 519 (2012), 586: „we determine [...] that §1396c is unconstitutional when applied to withdraw existing Medicaid funds from States that decline to comply with the expansion“.

<sup>1949</sup> *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, 567 U.S. 519 (2012), 581 f. Im Präzedenzfall *South Dakota v. Dole*, 483 U.S. 203 (1987), 211, ging es lediglich um fünf Prozent der Finanzmittel, die für den Ausbau von *highways* vorgesehen waren, also nicht etwa um fünf Prozent des Gesamthaushalts des Staats South Dakota.

<sup>1950</sup> Und stellt sich auch selbst ausdrücklich in diese Reihe: vgl. die entspr. Zitate in *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, 567 U.S. 519 (2012), 577.

<sup>1951</sup> Vgl. nur *M. C. Dorf/T. Morrison*, *Constitutional Law*, New York, N.Y., U.S.A., 2010, S. 87 (freilich unter Hinweis auf „fiscal constraints“).

Einzelstaaten „unabhängige Souveräne“, *zweitens* diene das Verbot des Zwangs gegenüber den Einzelstaaten vermittelt über Gewaltenteilung letztlich der Sicherung der (negativen) Freiheit der Individuen und – *drittens* – diene es der Herstellung politischer Rechenschaftsstrukturen („*accountability*“) und ermögliche dergestalt informierte Wahlentscheidungen.<sup>1952</sup> Auch rhetorisch bewegt sich Roberts in ähnlichen ‚Bild‘-Welten, wie sie in den Judikaten zur *anti-commandeering*-Dogmatik eröffnet wurden: Nicht nur greift er die militärbezogene Sprache des ‚*commandeering*‘ u. a. im Wort „*dragooning*“<sup>1953</sup> auf; mit der Charakterisierung der Bundesmaßnahme als „*a gun to the head*“<sup>1954</sup> fügt er ein noch zugespitzteres ‚Bild‘ zur Untermalung des Topos der ‚Willensfreiheit‘ und föderalen Würde der Einzelstaaten hinzu (näher unten § 10, A. I. u. § 10, B. III. 2. b)).

Deutliche Kritik an der Position der Mehrheit äußerte *Justice* Ruth Bader Ginsburg in einem abweichenden Sondervotum, welchem sich *Justice* Sonia Sotomayor anschloss: Sie hält darin die bedingten Finanzhilfen nach dem *PPACA* für verfassungsmäßig. Zwar erkennt Ginsburg an, dass bedingte Bundesfinanzhilfen nicht völlig grenzenlos zulässig seien, und zitiert den oben vorgestellten Test aus *South Dakota v. Dole* (s. o. a)).<sup>1955</sup> Allerdings lehnt sie das (fünfte) Kriterium dieses Tests, die Abgrenzung zwischen zulässigem Anreiz und unzulässigem Zwang, ab:<sup>1956</sup> Diese Abgrenzung sei praktisch nicht sinnvoll operationalisierbar. Hinter ihr würden sich (finanz-)politische Entscheidungen verbergen, die nicht durch das Gericht entschieden werden sollten: „*The coercion inquiry [...] appears to involve political judgments that defy judicial calculation.*“<sup>1957</sup> Weiterhin versucht Ginsburg, Roberts’ *accountability*-Argument zu entkräften: Sie fragt, ob „der Zwang, den Verantwortliche in den Einzelstaaten fürchten“, nicht vielleicht in der drohenden „Abstrafung an der Wahlurne“ liege, welche von Wählerinnen und Wählern als demo-

<sup>1952</sup> Vgl. *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, 567 U.S. 519 (2012), 577 f.

<sup>1953</sup> *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, 567 U.S. 519 (2012), 582.

<sup>1954</sup> *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, 567 U.S. 519 (2012), 581.

<sup>1955</sup> Vgl. *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, 567 U.S. 519 (2012), 632 – Sondervotum *Justice* Ginsburg: Im Anschluss an den Präzedenzfall *South Dakota v. Dole*, 483 U.S. 203 (1987), 207 ff., zieht Ginsburg die Grenzen wie folgt: „*The conditions placed on federal grants to States must (1) promote the ‚general welfare,‘ (2) ‚unambiguously‘ inform States what is demanded of them, (3) be germane ‚to the federal interest in particular national projects or programs,‘ and (4) not ‚induce the States to engage in activities that would themselves be unconstitutional.*“

<sup>1956</sup> Jedenfalls habe die Mehrheitsmeinung insoweit den Test auch falsch angewendet: Bezüglich der bereits vor 2010 bestehenden *Medicaid*-Finanzierungsmechanismen (Bundesfinanzhilfen für die Versorgung auch unterhalb des 133 %-Ziels) bestehe kein Bestandsschutz, sodass dieser Aspekt nicht in Betracht komme, vgl. *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, 567 U.S. 519 (2012), 624 ff., 644 – Sondervotum *Justice* Ginsburg. Der Bundesgesetzgeber hätte das Programm auch zunächst vollständig aufheben und dann unter den im *PPACA* vorgesehenen Bedingungen neu erlassen können, vgl. a. a. O., 636 f.

<sup>1957</sup> *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, 567 U.S. 519 (2012), 644 – Sondervotum *Justice* Ginsburg.



kratische Antwort darauf gegeben werden könnte, dass die Verantwortlichen in den Einzelstaaten „eine populäre Bundesfinanzhilfe ablehnen“.<sup>1958</sup> Ginsburg geht offenbar davon aus, dass der Wahlbevölkerung im jeweiligen Einzelstaat zugetraut (und: zugemutet<sup>1959</sup>) werden könne, die finanzpolitischen Entscheidungen der Verantwortlichen des Einzelstaats und deren Umgang mit (bedingten) finanziellen Angeboten von Seiten der Bundesebene einzuschätzen und eine entsprechende Bewertung dann in ihre Wahlentscheidung einfließen zu lassen. Im Geist von *judicial self-restraint* (s. u. § 8, C. I. 2.) bejaht Ginsburg die Verfassungsmäßigkeit der bedingten Bundesfinanzhilfe und überantwortet die Auseinandersetzung über die Annahme oder Ausschlagung der Finanzhilfe durch die Verantwortlichen der Einzelstaaten dem demokratischen Prozess.

### 3. Deutschland: Bundesfinanzhilfen als ‚goldene Zügel‘ im Verfassungsänderungssog

Auch im grundgesetzlichen Föderalismus ist die *indirekte* Steuerung des legislativen und exekutiven Handelns der föderierten Einheiten durch die Bundesebene durch inhaltlich bedingte Bundesfinanzhilfen üblich. Im deutschsprachigen Föderalismusdiskurs wird von „goldenen Zügeln“ gesprochen<sup>1960</sup> (welche ein Pferd – Seneca zu Folge – aber *nicht* besser machen<sup>1961</sup>). Die verfassungsrechtlichen und insbesondere auch die *verfassungstextlichen* Rahmenbedingungen für Bundesfinanzhilfen haben sich im zeitlichen Verlauf seit 1949 vielfach geändert; ähnlich wie bei den verbandskompetenziellen Konflikten um das Landesbeamtenrecht (s. o. § 5, A. II. 3.) und um das Staatshaftungsrecht der Länder (s. o. § 5, A. III. 3.) wurden die

<sup>1958</sup> *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, 567 U.S. 519 (2012), 643 f. – Sondervotum Justice Ginsburg: „Or that the coercion state officials in fact fear is punishment at the ballot box for turning down a politically popular federal grant?“

<sup>1959</sup> Zur repräsentativen Demokratie im Föderalismus als qualifizierter ‚Zumutung‘: s. u. § 12, B. III. 2. Dort auch Hinweise auf C. Möllers, Demokratie – Zumutungen und Versprechen, Berlin 2008.

<sup>1960</sup> Vgl. nur C. Waldhoff, KritV 2008, 213 (218); M. Klopfer, Finanzverfassungsrecht, München 2014, § 3, Rn. 2, m. w. N. Eine Variation des Bilds findet sich bei Peter Bung im Haiku „Digitalpakt“: „Eine Leimrute / für föderale Vögel, / goldener Käfig!“, s. P. Bung, Reale Bildung in Rheinland-Pfalz, 2019, H. 1/2, 36.

<sup>1961</sup> „Non faciunt meliorem equum aurei freni“, L. A. Seneca, Epistulae morales ad Lucilium, hrsg. v. G. Fink, Bd. I, Düsseldorf 2007, S. 220 (Brief 41); a. a. O., S. 221, mit „goldener Zaum“ übersetzt. Senecas 41. Brief an Lucilius fragt nach dem „Göttliche[n] [...] in uns“, also ‚im Menschen‘, und findet es im „Geist“ und in der „Vernunft, die sich im Geist verwirklicht“, nicht hingegen in materiellen Besitztümern oder in äußerem, wirtschaftlichem Erfolg. Er fragt in diesem Zusammenhang a. a. O., S. 218 f.: „Quid enim est stultius quam in homine aliena laudare?“ („Was wäre denn auch törichter, als an einem Menschen ihm Fremdes zu loben?“). Man mag das vor einer demokratietheoretischen Folie als Plädoyer für *accountability* lesen; im föderalen Pluralismus demokratischer Wirkorte geht es darum, das jedem Wirkort ‚Eigene‘ (als jeweils ‚freie‘ politische Entscheidungen) erkennen und würdigen zu können.



verfassungsrechtlichen Grenzen von Bundesfinanzhilfen nicht zuletzt auch durch förmliche Verfassungsänderungen geprägt:

*a) Versuch einer verfassungstextlichen Formalisierung  
der „Fondswirtschaft“ in den 1960er Jahren*

Bis Ende der 1960er Jahre verhielt sich der Grundgesetztext nicht ausdrücklich zur Frage der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit von Finanzhilfen des Bundes an die Länder. Zwar ging man 1949 implizit und seit 1955 in Folge einer eher entlegenen Verfassungsänderung<sup>1962</sup> auch ausdrücklich verfassungstextlich vom finanzverfassungsrechtlichen Konnexitätsprinzip aus. Nach dem Konnexitätsprinzip folgt die Finanzierungszuständigkeit der Verwaltungszuständigkeit. Das Konnexitätsprinzip wurde aber nicht etwa als striktes Verbot für Finanzhilfen des Bundes zur Finanzierung von Länderaufgaben verstanden. Vielmehr herrschte in der Praxis eine „Fondswirtschaft“ unter ausgreifendem Gebrauch von Bundesfinanzhilfen.<sup>1963</sup> In großen Teilen des rechtswissenschaftlichen Schrifttums und Teilen der politischen Praxis (nicht nur der Opposition) stieß diese undurchsichtige „Fondswirtschaft“ auf intensive Kritik.<sup>1964</sup>

1967/69 zielte dann die ‚Große Finanzreform‘ auf eine „Verrechtlichung [dieses] parakonstitutionellen Zustands“<sup>1965</sup> durch detaillierte Verfassungsänderungen: Insbesondere wurde der Grundsatz der Konnexität an prominenter(er) Stelle (an der Spitze der Finanzverfassung) in Art. 104a Abs. 1 GG normiert; damit waren Bundesfinanzhilfen an die Länder – *im Grundsatz* – verfassungswidrig. Zugleich wurden allerdings in Art. 104a Abs. 4 GG a.F., der Vorgängerregelung der heutigen Art. 104b bis Art. 104d GG, ausdrückliche – obschon wenig restriktive<sup>1966</sup> – formelle

<sup>1962</sup> Art. 106 Abs. 4 S. 2 Nr. 1 GG a.F. (in der von 1955 bis 1970 geltenden Fassung) lautete: „Der Bund und die Länder tragen gesondert die Ausgaben, die sich aus der Wahrnehmung ihrer Aufgaben ergeben“; hierzu C. Waldhoff, KritV 2008, 213 (216).

<sup>1963</sup> A. Kötten, Fondsverwaltung in der Bundesrepublik, Stuttgart 1965; vgl. auch C. Waldhoff, KritV 2008, 213 (216 f.). Zum Begriff auch BVerfGE 39, 96 (110) – Städtebauförderungsgesetz.

<sup>1964</sup> Referierend S. Oeter, Integration und Subsidiarität im deutschen Bundesstaat, Tübingen 1998, S. 275 ff., m. w. N.; ebenfalls referierend C. Waldhoff, KritV 2008, 213 (217); vgl. auch den Rückblick in BVerfGE 39, 96 (110) – Städtebauförderungsgesetz: „Art. 104a Abs. 4 GG hat eine ungeregelte und deshalb umstrittene Praxis des Bundes – sog. Fondswirtschaft – abgelöst“.

<sup>1965</sup> C. Waldhoff, KritV 2008, 213 (217).

<sup>1966</sup> Art. 104a Abs. 4 S. 1 GG a.F. schrieb die zulässigen Anwendungsfelder und Ziele der Bundesfinanzhilfen fest: „Finanzhilfen für besonders bedeutsame Investitionen der Länder und Gemeinden (Gemeindeverbände) [...], die zur Abwehr einer Störung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts oder zum Ausgleich unterschiedlicher Wirtschaftskraft im Bundesgebiet oder zur Förderung des wirtschaftlichen Wachstums erforderlich sind“. Art. 104a Abs. 4 S. 2 GG a.F. sah Regelungen zur gebotenen Handlungsform („Bundesgesetz, das der Zustimmung des Bundesrates bedarf, oder auf Grund des Bundeshaushaltsgesetzes durch Verwaltungsvereinbarung“ mit den Ländern) vor.

und sachliche Voraussetzungen und Grenzen für die Erteilung von Bundesfinanzhilfen an die Länder als *Ausnahme* vom Konnexitätsgrundsatz normiert. Mittels der Normierung eines Regel-Ausnahme-Verhältnisses wurde versucht, die Praxis der Bundesfinanzhilfen zwar einzuhegen, nicht jedoch völlig zu verbieten. Weitere Ausnahmen (oder Modifikationen) vom Konnexitätsgrundsatz ergaben sich bei einigen der neu geschaffenen und später ausgedehnten „Gemeinschaftsaufgaben“ (Art. 91a f. GG), u. a. für die Sachbereiche Hochschulinfrastrukturförderung und Förderung der regionalen Wirtschafts- und Agrarstruktur.

*b) Schärfung der Anforderungen durch das Bundesverfassungsgericht  
in den 1970er Jahren*

Der Bund machte in der Folgezeit vom Ausnahmeverbehalt des Art. 104a Abs. 4 GG a. F. Gebrauch und testete dessen – ohnehin bereits textlich eher lose gefasste<sup>1967</sup> – Grenzen durch den Erlass von Bundesfinanzhilfeprogrammen aus; Mitte der 1970er Jahre gelangten – was keinesfalls selbstverständlich war<sup>1968</sup> – Streitigkeiten über die Verfassungsmäßigkeit von Bundesfinanzhilfen vor den Zweiten Senat des Bundesverfassungsgerichts:

Im Jahr 1975 entschied der Senat, dass die bundesgesetzlichen Grundlagen für Bundesfinanzhilfen zur Förderung städtebaulicher Sanierungs- und Entwicklungsmaßnahmen aufgrund des Städtebauförderungsgesetzes von 1971 (nur) im Wege verfassungskonformer Auslegung mit dem Grundgesetz vereinbar seien.<sup>1969</sup> So müsse das Städtebauförderungsgesetz u. a. so ausgelegt werden, dass es hinsichtlich der konkreten „Auswahl der zu förmernden Einzelprojekte“ vor Ort „keine Mitplanungs- und sonstigen Mitwirkungsbefugnisse des Bundes nach bundeseinheitlichen Gesichtspunkten [...] begründe“. <sup>1970</sup> Für die Auswahl der konkreten Projekte seien die Länder zuständig. Die im Städtebauförderungsgesetz vorgesehene Beratung zwischen dem zuständigen Bundesministerium und den zuständigen Landesministerien über die Bemessung der einzusetzenden Finanzmittel müssten auf den vorgelagerten, unabhängigen sachlich-inhaltlichen Entscheidungen der Länder über konkrete städtebauliche Projekte aufbauen. <sup>1971</sup> Der Senat ist hier also bemüht, durch feingliedrige Differenzierungen hinsichtlich der jeweiligen Entscheidungsbefug-

---

<sup>1967</sup> S. o. Fn. 1966.

<sup>1968</sup> Dass das Gericht über die Verfassungsmäßigkeit von Bundesfinanzhilfen entscheiden konnte, ist nicht selbstverständlich, wenn man sich vor Augen führt, dass die Länder häufig ein (zumindest kurzfristiges) Interesse an den Bundesmitteln haben und Verfassungsklagen daher häufig nicht zugeneigt sein werden. Hier nahm der Freistaat Bayern allerdings eine besondere Rolle ein: BVerfGE 39, 96 – Städtebauförderungsgesetz, lag ein abstrakter Normenkontrollantrag der Bayerischen Landesregierung zu Grunde; in BVerfGE 41, 291 – Strukturförderung, hatte dieselbe in einem Bund-Länder-Streit geklagt.

<sup>1969</sup> Vgl. BVerfGE 39, 96 (106) – Städtebauförderungsgesetz.

<sup>1970</sup> BVerfGE 39, 96 (122) – Städtebauförderungsgesetz.

<sup>1971</sup> BVerfGE 39, 96 (125 f.) – Städtebauförderungsgesetz.

nisse von Bund und Ländern im mehrstufigen Verfahren nach dem Städtebauförderungsgesetz zu erreichen, dass der sachlich-inhaltliche Einfluss des Bundes begrenzt wird. Er rückt argumentativ – eher schlagwortartig-pauschal – die Haushaltshoheit und die „Entscheidungsfreiheit der Gliedstaaten“ als Schutzgüter in den Fokus und verweist auf die „Staatlichkeit des Bundes und der Länder“.<sup>1972</sup> Demokratietheoretische Erwägungen finden sich allenfalls am Rande: So stellt der Senat fest, dass die Länder bei der Mittelverwendung „der parlamentarischen Kontrolle und der Kontrolle des Rechnungshofes des Landes [unterliegen], während die parlamentarische Kontrolle des Bundestages und die des Bundesrechnungshofes nur bis zur Hingabe der Finanzhilfen der Länder reicht“<sup>1973</sup> (beachte freilich die insoweit einschlägigen Verfassungsänderungen aus dem Jahr 2017 – hierzu unten c)).

Im Folgejahr 1976 stärkte der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts im Beschluss zur Verfassungswidrigkeit des „Einmaligen Sonderprogramms für Gebiete mit speziellen Strukturproblemen“ aus dem Jahr 1974 die in Art. 104a Abs. 4 S. 2 GG a.F. (heute: Art. 104b Abs. 2 S. 1 GG) vorgesehenen formellen Voraussetzungen für die Gewährung von Bundesfinanzhilfen: Das Sonderprogramm sei verfassungswidrig, weil es weder durch ein Bundesgesetz mit Bundesratszustimmung noch durch eine förmlich („in einem gehörigen Verfahren [...] ausgehandelt[e]“ und schriftlich) gefasste Verwaltungsvereinbarung zwischen Bund und Ländern geschaffen wurde.<sup>1974</sup> Wie im Fallrecht zum *conditional spending* in den USA zeigen sich auch hier Tendenzen zu einem ‚föderalen Parlamentsvorbehalt‘ – mit den Unterschieden, dass sich dies im Fall des Grundgesetzes bereits ausdrücklich aus dem Text der Verfassung ergibt und dass die Alternative einer förmlich gefassten Verwaltungsvereinbarung offensteht.

Trotz dieser Bemühungen des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts, die in Art. 104a Abs. 4 GG a.F. normierten formellen und materiellen Voraussetzungen für Bundesfinanzhilfen zu schärfen, konnte der Bund weiterhin von der Steuerung über ‚goldene Zügel‘ Gebrauch machen.<sup>1975</sup>

### *c) Verfassungsänderungen im neuen Jahrtausend: „goldene Zügel“ und der lockere Zaum der Föderalismusreformen*

Im neuen Jahrtausend setzte mit der Föderalismusreform (I) von 2006 ein Wechselspiel von unterschiedlich ausgerichteten Verfassungsänderungen ein: Im Jahr 2006 standen die Zeichen zunächst auf einer deutlichen Verengung der verfassungsrechtlichen Möglichkeiten für Bundesfinanzhilfen: Im neuen Art. 104b GG

<sup>1972</sup> BVerfGE 39, 96 (107 f.) – Städtebauförderungsgesetz.

<sup>1973</sup> BVerfGE 39, 96 (127) – Städtebauförderungsgesetz. Zu den demokratietheoretischen Problemen etwa C. Waldhoff, KritV 2008, 213 (218), m. w. N., insbesondere zur impliziten „Entmachtung der Landesparlamente“.

<sup>1974</sup> BVerfGE 41, 291 (305 ff.) – Strukturförderung.

<sup>1975</sup> Vgl. C. Waldhoff, KritV 2008, 213 (218).

wurden Regelungen zur Befristung und degressiven Ausgestaltung der Finanzhilfen sowie eine Beschränkung der Finanzhilfen auf Sachbereiche, für welche der Bund eine Gesetzgebungskompetenz hat, vorgesehen.<sup>1976</sup> Die Bindung der Bundesfinanzhilfen an Gebiete der Bundesgesetzgebungskompetenz zog es insbesondere nach sich, dass Bundesfinanzhilfen im Bereich der Bildungspolitik – letztlich nur vorübergehend – grundsätzlich verfassungswidrig waren.

Die Föderalismusreform II (2009) und weitere Verfassungsänderungen in den Jahren 2017 („kleine Föderalismusreform III“) und 2019 dehnten die verfassungsrechtlichen Möglichkeiten für Bundesfinanzhilfen dann allerdings wiederum aus: 2009 wurde die Kopplung an Bereiche der Bundesgesetzgebungskompetenz für Notlagen gelockert (Art. 104b Abs. 1 S. 2 GG); 2017 bzw. 2019 wurden mit Art. 104c bzw. Art. 104d GG spezifische Rechtsgrundlagen für bestimmte Bundesfinanzhilfen im Bildungsbereich (Grundlage für den sog. ‚Digitalpakt Schule‘) bzw. im Bereich des sozialen Wohnungsbaus (somit also ‚doch‘ außerhalb von Bundesgesetzgebungskompetenzen) neu geschaffen.<sup>1977</sup>

Neben diesen *gegenständlichen* Ausweitungen von Bundesfinanzhilfen sehen die Art. 104b ff. GG nach einigen Verfassungsänderungen auch *instrumentell* tiefgehende „Ex-Ante-Gestaltungs- und [...] Ex-Post-Prüfungsrechte des Bundes“<sup>1978</sup> gegenüber den Ländern im Zusammenhang mit der Gewährung von Bundesfinanzhilfen vor: So enthält das Grundgesetz seit 2017 eine ausdrückliche Rechtsgrundlage dafür, „Bestimmungen über die Ausgestaltung der jeweiligen Länderprogramme zur Verwendung der Finanzhilfen“ – *ex ante* – bundesgesetzlich (oder durch Verwaltungsvereinbarung) festzulegen (Art. 104b Abs. 2 S. 2 GG). Als *ex post*-Befugnisse wurden – ebenfalls 2017 – das Recht der Bundesregierung, „Bericht und Vorlage der Akten zu verlangen und Erhebungen bei allen Behörden“ der Länder durchzuführen (Art. 104b Abs. 2 S. 4 GG), und das Recht des Bundesrechnungshofs, im Bereich der Bundesfinanzhilfen „auch bei Stellen außerhalb der Bundesverwaltung Erhebungen vor[z]unehmen“ (Art. 114 Abs. 2 S. 2 GG), neu in das Grundgesetz aufgenommen. Jedenfalls partiell hat der formelle Verfassungsänderungsgesetzgeber mit der Ermächtigung zu solchen Begleit-Ingerenzen die oben skizzierten Versuche des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts aus den

<sup>1976</sup> Art. 104b GG wurde 2006 (als modifizierende Ausgliederung des früheren Art. 104a Abs. 4 GG) neu in Grundgesetz eingefügt (G. v. 28. 8. 2006, BGBl. I S. 2034). Vgl. C. Waldhoff, KritV 2008, 213 (220).

<sup>1977</sup> Art. 104b GG wurde geändert durch G. v. 29. 7. 2009, BGBl. I S. 2248; durch G. v. 13. 7. 2017, BGBl. I S. 2347, und durch G. v. 28. 3. 2019, BGBl. I S. 404. Art. 104c GG wurde durch das G. v. 13. 7. 2017, BGBl. I S. 2347, ins Grundgesetz eingefügt und durch das G. v. 28. 3. 2019, BGBl. I S. 404, neu gefasst. Art. 104d GG wurde durch G. v. 28. 3. 2019, BGBl. I S. 404, ins Grundgesetz eingefügt. Vgl. zu Art. 104c GG, der Grundlage des ‚Digitalpakts Schule‘, in lyrisch-epideiktischer Form das Haiku „Digitalpakt“ von Peter Bung: „Eine Leimrute / für föderale Vögel, / goldener Käfig!“, s. P. Bung, Reale Bildung in Rheinland-Pfalz, 2019, H. 1/2, 36.

<sup>1978</sup> G. Speiser, Recht und Politik 53 (2017), 473 (477), welcher daher von einem „Paradigmenwechsel“ spricht.

1970er Jahren, die Beeinträchtigung der sachpolitischen ‚Entscheidungsfreiheit‘ der Länder durch inhaltlich bedingte Bundesfinanzhilfen zu beschränken (s. o. b)), bewusst konterkariert (s. zu diesem akteursbezogenen Aspekt auch unten § 8, C. I. 3. b)). Mit der Einführung der eben genannten Kontrollingerenzen von Bundesregierung und Bundesrechnungshof hat der verfassungsändernde Gesetzgeber außerdem unmittelbar auf eine Entscheidung des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 2010 reagiert, in welcher solche Kontrollingerenzen auf *einfach*-rechtlicher Grundlage (im Zukunftsinvestitionsgesetz) noch teilweise für verfassungswidrig erklärt worden waren.<sup>1979</sup>

*d) Umgehung durch „vertraglich konditionierte, aufschiebend bedingte Umsatzsteuerneuverteilung“?*

Überdies sind in der politischen Praxis Versuche beobachtbar, die letztlich darauf hinauslaufen, die Voraussetzungen der Art. 104b bis Art. 104d GG – wiederum „parakonstitutionell“<sup>1980</sup>, obschon in umständlich formalisierter Weise – zu umgehen: Konstruktionen einer „vertraglich konditionierte[n], aufschiebend bedingte[n] Umsatzsteuerneuverteilung“ (Hanno Kube)<sup>1981</sup> können auf funktional äquivalente Steuerungsziele gerichtet sein wie die – eng begrenzten – Art. 104b ff. GG für projektbezogen bedingte Bundesfinanzhilfen an die Länder.

Nach der grundgesetzlichen Finanzverfassung sind die Einnahmen der „Gemeinschaftsteuer“ Umsatzsteuer auf den Bund und die Ländergesamtheit nach näheren verfassungsrechtlichen Maßgaben aufzuteilen (vgl. Art. 106 Abs. 3 S. 3 bis S. 6, Abs. 4 GG). Die Umsatzsteuerverteilung stellt eine „Flexibilitätsreserve, d. h. ein bewegliches Instrumentarium dar, mit dem auf politische und wirtschaftliche Veränderungen reagiert werden kann“.<sup>1982</sup> Darüber ist im Einzelnen „durch Bundesgesetz, das der Zustimmung des Bundesrates bedarf“, das Finanzausgleichsgesetz (FAG), zu entscheiden. Über die *bottom-up*-Mitwirkungsingerenz der Bundesratsbeteiligung in Form eines Zustimmungsgesetzes wird eine breite föderale Kompromissfindung erforderlich gemacht; es kommt zu intensiven Aushandlungsprozessen zwischen Bund und Ländern über die Umsatzsteuerverteilung. Diese Aushandlungen müssen sich aber im Rahmen der verfassungsrechtlichen Vorgaben gem.

<sup>1979</sup> BVerfGE 127, 165 – Informationsbeschaffung bei Bundesfinanzhilfen; ähnlich zuvor J. Porzucek, DÖV 2010, 838 ff.; zur neuen Rechtslage seit 2017 und zum Wechselspiel zwischen Verfassungsgericht und verfassungsänderndem Gesetzgeber M. Mähring/D. Schulte, NVwZ 2018, 279 (282 ff.).

<sup>1980</sup> Zum Begriff im anderen Zusammenhang (Lage vor 1967/69) C. Waldhoff, KritV 2008, 213 (217); s. o. a).

<sup>1981</sup> H. Kube, in: H.-G. Henneke (Hrsg.), Gleichwertige Lebensverhältnisse bei veränderter Statistik des Bundesstaates? Stuttgart 2019, S. 127 (127, 139 ff.).

<sup>1982</sup> M. Klopfer, Finanzverfassungsrecht, München 2014, § 5, Rn. 53; vgl. auch H. Kube, in: R. Zöhlhörer/T. Saalfeld (Hrsg.), Zwischen Stillstand, Politikwandel und Krisenmanagement. Eine Bilanz der Regierung Merkel 2013–2017, Wiesbaden 2019, S. 373 (378).

Art. 106 Abs. 3 S. 3 bis S. 6, Abs. 4 GG halten: Maßgeblich für die Umsatzsteuer-einnahmenverteilung zwischen Bund und Ländergesamtheit ist insbesondere die „Deckung [der] notwendigen Ausgaben“ von Bund und Ländern unter Berücksichtigung des (dynamischen) „Verhältnis[ses] zwischen den Einnahmen und Ausgaben des Bundes und der Länder“ (vgl. Art. 106 Abs. 3 S. 4 Nr. 1, Abs. 4 S. 1 GG). Erwachsen einer föderalen Ebene neue Aufgaben oder werden die Aufgaben einer föderalen Ebene kostenintensiver, so ist dies bei der Verteilung zu berücksichtigen.<sup>1983</sup> Die nach dem FAG auf die föderalen Träger verteilten Umsatzsteuereinnahmen stehen dann allerdings nach dem Prinzip der Non-Affektation dem Bund und den Ländern jeweils „voraussetzungslos als Eigenes“ zu;<sup>1984</sup> eine Bindung der zugewiesenen Umsatzsteueranteile an die Verwendung für bestimmte Ausgaben besteht nicht. Folglich ist es system- und verfassungswidrig, wenn der Bundesgesetzgeber im FAG Änderungen der Umsatzsteuerverteilung unter konkrete inhaltlich-sachpolitische Bedingungen stellt; dies kommt einer Umgehung der Differenzierungen in Art. 104a Abs. 1, Art. 104b ff., Art. 106 Abs. 3 u. Abs. 4 GG gleich.

Aus diesen Gründen wird beispielsweise<sup>1985</sup> das sog. ‚Gute-KiTa-Gesetz‘<sup>1986</sup> aus dem Jahr 2018 im Schrifttum teilweise als – verfassungswidrige – Umgehungs-konstruktion beschrieben:<sup>1987</sup> Die (potenzielle) Umgehung beruht auf der Kombi-

<sup>1983</sup> Vgl. *H. Kube*, in: R. Zohlnhöfer/T. Saalfeld (Hrsg.), *Zwischen Stillstand, Politikwandel und Krisenmanagement. Eine Bilanz der Regierung Merkel 2013–2017*, Wiesbaden 2019, S. 373 (378, 388).

<sup>1984</sup> *H. Kube*, in: H.-G. Henneke (Hrsg.), *Gleichwertige Lebensverhältnisse bei veränderter Statik des Bundesstaates?* Stuttgart 2019, S. 127 (140, 142).

<sup>1985</sup> Ein weiteres, freilich letztlich nicht Gesetz gewordenes Beispiel für „bedingte Umsatzsteuerneuverteilung“ war die rechtspolitische Diskussion über eine Alternative zur Schaffung der neuen Bundesfinanzhilfe-Rechtsgrundlage in Art. 104c GG für den sog. ‚Digitalpakt Schule‘ (hierzu näher oben c)). Dazu, dass eine inhaltlich bedingte Umsatzsteuerneuverteilung zur Finanzierung des ‚Digitalpakts Schule‘ verfassungswidrig wäre, vgl. *H. Kube*, in: H.-G. Henneke (Hrsg.), *Gleichwertige Lebensverhältnisse bei veränderter Statik des Bundesstaates?* Stuttgart 2019, S. 127 (140). Von der Frage der Verfassungsmäßigkeit einer inhaltlich bedingten Neuverteilung der Umsatzsteuereinnahmen zwischen Bund und Ländern zu unterscheiden ist freilich die Frage, ob es der Systematik der Finanzverfassung nach nicht der vorrangige Weg wäre, Aufgaben wie die Digitalisierung von Schulen durch *unbedingte* Berücksichtigung bei der Umsatzsteuerverteilung gem. Art. 106 Abs. 3, Abs. 4 GG zu würdigen, so *H. Kube*, in: R. Zohlnhöfer/T. Saalfeld (Hrsg.), *Zwischen Stillstand, Politikwandel und Krisenmanagement. Eine Bilanz der Regierung Merkel 2013–2017*, Wiesbaden 2019, S. 373 (388).

<sup>1986</sup> Genauer: das (Artikel-)Gesetz zur Weiterentwicklung der Qualität und zur Teilhabe in der Kindertagesbetreuung v. 19. 12. 2018, BGBl. I S. 2696. Das Artikelgesetz enthält neben dem neuen KiQuTG (Art. 1 – s. u. Fn. 1989) auch Änderungen des FAG (Art. 3 u. 4 – s. u. Fn. 1988) und des SGB VIII (Art. 2).

<sup>1987</sup> So wohl *H. Kube*, in: H.-G. Henneke (Hrsg.), *Gleichwertige Lebensverhältnisse bei veränderter Statik des Bundesstaates?* Stuttgart 2019, S. 127 (141 f.): „verfassungsrechtlich hochproblematisch“; vorsichtiger *S. Rixen*, NVwZ 2019, 432 (434, 438), welcher eine Verfassungswidrigkeit wegen eines Verstoßes gegen „die strenge Formenbindung des Finanzverfassungsrechts“ nur dann bejahen würde, *falls* Vereinbarungen nach dem KiQuTG als *rechtlich* verbindlich interpretiert würden – dies sei aber wohl nicht zwingend (es handle sich

nation eines Änderungsgesetzes zum Finanzausgleichsgesetz, welches die Bund-Länder-Umsatzsteuerverteilung „zum Ausgleich für Belastungen der Länder aus dem [„Gute-KiTa-Gesetz“]“ zu Gunsten der Länder verschiebt,<sup>1988</sup> mit einem verwaltungsaufgabenbezogenen Gesetz (dem KiQuTG<sup>1989</sup>), welches die Zusammenarbeit von Bund und Ländern bei der Förderung der KiTa-Qualität näher regelt. Letzteres soll durch verschiedene Instrumente der Bund-Länder-Kooperation erreicht werden, so u. a. durch Bund-Länder-Verträge zu Handlungs- und Finanzierungskonzepten der Länder, durch informationellen Austausch, Beratung, Monitoring und *top-down*-Evaluationen.<sup>1990</sup> Einen Konnex zwischen diesen beiden Teilelementen (Umsatzsteuerneuverteilung einerseits und Bund-Länder-Kooperations-Instrumente des KiQuTG zur Förderung der KiTa-Qualität andererseits) wird durch das Institut der aufschiebenden Bedingung hergestellt<sup>1991</sup>: Die Verschiebung der Umsatzsteuerverteilung zu Gunsten der Ländergesamtheit steht unter der Bedingung, dass alle(!)<sup>1992</sup> Länder (jeweils) einen Kooperationsvertrag mit dem Bund

---

vielmehr um „bloß politisch verpflichtende Verträge“), sodass Rixen (wohl) zur Verfassungsmäßigkeit der Konstruktion kommt, andererseits aber eben doch deutliche „Zweifel“ formuliert; dagegen wiederum *H. Kube*, a. a. O. (140): „Selbst durch rechtlich unverbindliche, politische Absichtserklärungen dürfte diese Verfassungsrechtslage nicht umgangen werden.“ Vgl. auch *G. Kirchhof*, ZG 2019, 139 (143 ff.), welcher außerdem die bundesgesetzliche Verpflichtung der Länder zum Abschluss von Verträgen mit dem Bund (§ 4 KiQuTG) als verfassungswidrig ansieht; außerdem hält er das KiQuTG in großen Teilen für nicht gesetzgebungskompetenzgemäß, da die Erforderlichkeit i. S. d. Art. 72 Abs. 2 GG (i. V. m. Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG) nur teilweise zu bejahen sei; hinsichtlich dieser Kompetenzfrage a. A. *S. Rixen*, NVwZ 2019, 432 (437 f.). Die Entwicklung des Konzepts des ‚Gute-KiTa-Gesetzes‘ reklamiert Joachim Wieland für sich; vgl. die Bemerkung im „Professorengespräch des Deutschen Landkreistags“ 2019 – dort soll Wieland in der Diskussion über die „neuen Instrument[e] des Gute-KiTa-Gesetzes „augenzwinkernd“ geäußert haben: „Ich habe mir das ausgedacht“, so die Dokumentation von *H.-G. Henneke*, in: ders. (Hrsg.), Gleichwertige Lebensverhältnisse bei veränderter Statik des Bundesstaates? Stuttgart 2019, S. 145 (150).

<sup>1988</sup> Vgl. § 1 Abs. 5 FAG; angef. m. W. v. 01.01.2020 durch G. v. 19.12.2018, BGBl. I S. 2696.

<sup>1989</sup> Gesetz zur Weiterentwicklung der Qualität und zur Verbesserung der Teilhabe in Tageseinrichtungen und in der Kindertagespflege – KiTa-Qualitäts- und -Teilhabeverbesserungsgesetz – KiQuTG, verkündet als Art. 1 G zur Weiterentwicklung der Qualität und zur Teilhabe in der Kindertagesbetreuung v. 19.12.2018, BGBl. I S. 2696.

<sup>1990</sup> Vgl. §§ 1 ff. KiQuTG; Näheres bei *S. Rixen*, NVwZ 2019, 432 (432 f.).

<sup>1991</sup> So *H. Kube*, in: *H.-G. Henneke* (Hrsg.), Gleichwertige Lebensverhältnisse bei veränderter Statik des Bundesstaates? Stuttgart 2019, S. 127 (141, dort in Fn. 60): „strikte[r] Bedingungszusammenhang“; bemerkenswert ist der Hinweis a. a. O. (unter Hinweis auf BT-Drs. 19/4947, S. 31), dass in der Gesetzesbegründung versucht werde, diesen Zusammenhang zu verschleiern.

<sup>1992</sup> Die hier bundesgesetzlich erzeugte ‚peer pressure‘ auf die einzelnen Länder mag man als etwas – ebenfalls verfassungswidriges – Reziprokes zum in BVerfGE 12, 205 (255) – I. Rundfunkentscheidung – aufgestellten Verbot des „*divide et impera*“ des Bundes gegenüber den Ländern (s. o. § 4, B. III. 3. d) bb)) begreifen.



i. S. v. § 4 KiQuTG schließen.<sup>1993</sup> Tatsächlich haben unterdessen alle 16 Länder jeweils einen solchen Vertrag mit dem Bund geschlossen und dadurch die aufschiebende Bedingung eintreten lassen. Insoweit ist vorerst nicht mit einer Verfassungsklage gegen die übergreifende *föderale*<sup>1994</sup> Ingerenz des ‚Gute-KiTa-Gesetzes‘ zu rechnen.

#### 4. Fazit und Ausblick: (wiederum) ‚Willensfreiheit‘ zwischen Etatismus und Demokratietheorie; prekärer Status des Arguments

Zwar unterscheiden sich die föderalen Strukturen im öffentlichen Finanzwesen der USA von jenen in Deutschland in weiten Teilen – insbesondere hinsichtlich der Dimensionen Einnahme und Verteilung von öffentlichen Finanzmitteln – deutlich.<sup>1995</sup> Eine weitere Divergenz zwischen den beiden föderalen Finanzverfassungen, die Frage nach der (Un-)Zulässigkeit von *bailout*-Maßnahmen der Bundesebene zur Rettung von föderierten Einheiten in extremen Haushaltslagen wird – als Frage des *status positivus* der Verbandsgrundrechtspositionen der föderierten Einheiten – später gesondert behandelt (s. u. B. I. 2. b) bzw. 3. b)). Für die vorliegend als wichtiges Problem des *status negativus* der Verbandsgrundrechtspositionen der föderierten Einheiten fokussierten Grenzen für inhaltlich bedingte Finanzhilfen der Bundesebene an die föderierten Einheiten ergibt sich allerdings für beide Föderationen eine in weiten Teilen ähnliche Grundkonstellation: Wie schon bei den oben vorgestellten Grenzen für Legislativingerenzen (s. o. I. 4.) steht die ‚Willensfreiheit‘ der föderierten Einheiten in Rede, wenn die finanzstärkere Bundesebene den ‚helfenden‘ Einsatz ihrer Finanzkraft mit sachlich-inhaltlichen Einflussnahmen auf die föderierten Einheiten verbindet.

Sowohl die einschlägige Rechtsprechung des *U.S. Supreme Court* wie auch des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts kreisen um den Topos der ‚Willensfreiheit‘ (oder „Entscheidungsfreiheit“).<sup>1996</sup> Und wiederum – auch dies ähnlich wie bei den Grenzen für Legislativingerenzen (s. o. I. 4.) – fällt die argumentative Unterfütterung dieses Topos unterschiedlich aus: In den USA wird neben knappen Verweisen auf die „Souveränität“ der Einzelstaaten und auf die (negativ-)freiheits-sichernde Funktion vertikaler Gewaltenteilung das Hauptaugenmerk auf das Argu-

<sup>1993</sup> Gem. Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 des Gesetzes zur Weiterentwicklung der Qualität und zur Teilhabe in der Kindertagesbetreuung v. 19. 12. 2018, BGBl. I S. 2696.

<sup>1994</sup> Anderes mag für Klagen von Individuen oder Kommunen gegen Details der Länderregelungen zur Umsetzung des sachpolitischen Programms gelten.

<sup>1995</sup> S. exemplarisch zu Divergenzen (in Hinsicht auf den Finanzausgleich u. die föderale Schuldenbremse) oben 1. b). In der komparatistischen Übersicht bei D. C. Ehmke, *Institutional Congruence. The Riddle of Leviathan and Hydra*, Baden-Baden 2019, S. 114, sind die USA ein Beispiel für das finanzverfassungsrechtliche „*autonomy model*“ und die Bundesrepublik Deutschland ganz überwiegend für das „*integration model*“.

<sup>1996</sup> S. o. bei Fn. 1953 f. bzw. bei Fn. 1972.

ment erkennbarer ‚*accountability*‘ gelegt.<sup>1997</sup> Bemerkenswert ist hier freilich das abweichende Sondervotum von *Justice Ginsburg*, welches eine ‚Dekonstruktion‘ des ‚*accountability*‘-Arguments vorlegt<sup>1998</sup> und in seinem rhetorischen Wechselspiel mit der Mehrheitsmeinung von *Chief Justice Roberts* noch näher betrachtet werden wird (s. u. § 10, B. V. 1. c) cc), d) cc), § 11, C. II. 1. u. § 12, B. III. 3. c) cc)). In Deutschland wird die „Entscheidungsfreiheit“ der Länder eher pauschal etatistisch mit Hinweis auf ihre Staatlichkeit sowie (immerhin) ihre Haushaltshoheit untermauert.<sup>1999</sup> Eine nähere Auseinandersetzung mit demokratietheoretischen Erwägungen (Stichworte: *accountability*-Klarheit oder Entmachtung der Landesparlamente) findet im Fallrecht in expliziter Form nicht statt (mag freilich unausgesprochen mitgedacht sein).<sup>2000</sup> Im Ergebnis ist der Topos der ‚Willensfreiheit‘ der förderierten Einheiten in beiden Föderationen durchaus umstritten – es bleibt die Frage, ob er nicht „eher Rhetorik als Fakten“ („*more rhetoric than fact*“<sup>2001</sup>) betrifft (s. unten § 11, C. II. 1. u. § 12, B. III. 3. c) cc)).

Der Sache nach sind im Ergebnis in beiden Föderationen trotz dogmatischer Bemühungen um eine Restriktion der Steuerungsmöglichkeiten der Bundesebene durch bedingte Finanzhilfen dann doch auch Aufweichungen beobachtbar; jeweils ist die Verfassungslage dynamisch. Komparatistisch bemerkenswert sind insoweit die unterschiedlichen Dynamisierungsmechanismen, derer sich die beiden Verfassungsordnungen bedienen (s. auch unten § 8, A. II. 3.): In den USA steht hier die Fortentwicklung, Konkretisierung und Re-Definition des Fallrechts des *U.S. Supreme Court* im Vordergrund (s. o. 2. a) u. b)). Insgesamt bleibt der fünfgliedrige dogmatische Test zur Verfassungsmäßigkeit des *conditional spending* dabei allerdings höchst unscharf und gerade deshalb verschiedentlich instrumentalisiert (s. o. 2. a)), wie neben der *Obamacare*-Entscheidung auch die sich widersprechenden berufungsgerichtlichen Entscheidungen zu den *conditional-spending*-Maßnahmen der *Trump*-Regierung gegen *sanctuary cities* gezeigt haben<sup>2002</sup>. In der Bundesrepublik Deutschland ist ein Wechselspiel zwischen verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung und förmlichen Verfassungsänderungen beobachtbar (s. o. 3. a), b) u. c)). Komparatistisch bemerkenswert ist ferner die in beiden Föderationen zu beobachtende Tendenz zu einem ‚föderalen Parlamentsvorbehalt‘ für inhaltlich bedingte Finanzhilfen – unter US-Verfassung ‚ungeschrieben‘ und in der Reichweite stark umstritten (s. o. 2. a)), unter dem Grundgesetz geschrieben, aber durch förmliche Verwaltungsvereinbarungen ersetzbar (s. o. 3. b)).

<sup>1997</sup> S. o. bei Fn. 1952.

<sup>1998</sup> S. o. bei Fn. 1955 ff.

<sup>1999</sup> S. o. bei Fn. 1972.

<sup>2000</sup> S. o. bei Fn. 1973; beachte aber *C. Waldhoff*, KritV 2008, 213 (218), m. w. N., insbesondere zur impliziten „Entmachtung der Landesparlamente“.

<sup>2001</sup> *South Dakota v. Dole*, 483 U.S. 203 (1987), 211; s. o. in Fn. 1939.

<sup>2002</sup> S. o. bei Fn. 1932 ff.

Bei alledem ist freilich im Hinterkopf zu behalten, dass das Verfassungsproblem der inhaltlich bedingten Finanzhilfen in beiden Föderationen vor allem auch ein Symptom für tieferliegende Probleme bei der vorgelagerten Frage der Verteilung der Finanzmassen unter den föderalen Trägern darstellt<sup>2003</sup>; erst ein signifikantes, aufgabenunangemessenes Gefälle in der jeweiligen Finanzmacht macht föderierte Einheiten gegenüber der Bundesebene ‚erpressbar‘.

### V. Exkurs:

#### Grenzen von Einmischungen im öffentlichen Dienstrecht

Neben dem eben untersuchten Faktor der ‚öffentlichen Finanzen‘ bildet auch das ‚öffentliche Personal‘ (Beamtentum und sonstiger öffentlicher Dienst) einen wichtigen praktischen Faktor für das effektive Handeln von Hoheitsträgern (s. auch unten § 8, B. I. 2. d)). In Föderationen ist der Faktor ‚öffentliches Personal‘ für alle föderalen Träger ein wesentlicher Machtfaktor. Entsprechend sind ebenenübergreifende Einflussnahmen eines föderalen Trägers (etwa der Bundesebene) auf die öffentlichen Beschäftigten eines anderen föderalen Trägers (etwa der föderierten Einheiten) mit Blick auf den *status negativus* der Verbandsgrundrechtspositionen problematisch. Folglich können bundesgesetzliche Vorgaben für das öffentliche Dienstrecht in den föderierten Einheiten wegen Verstoßes gegen Verbandsgrundrechtspositionen der föderierten Einheiten verfassungswidrig sein.

Diese Problematik ließe sich dogmatisch-systematisch als Frage von *Ingenzen*ausübungsgrenzen betrachten, da es um die föderalismusverfassungsrechtlichen Grenzen der *Einflussnahme* der Bundesebene auf die Hoheitsapparate der föderierten Einheiten (gewissermaßen auf deren ‚Staatsinneres‘ und auf das ‚Kompetenzvorfeld‘ – hierzu oben § 4, A. II. 2. b)) geht. In der vorliegenden Studie wurde die Problematik der bundesgesetzlichen Einflussnahme auf den öffentlichen Dienst der föderierten Einheiten allerdings als eine Frage von *Kompetenzausübungsgrenzen* betrachtet (s. ausführlich oben § 5, A. II.): Das föderalismusverfassungsrechtlich gerahmte öffentliche Dienstrecht wird als Rechtsmaterie eines Drei-‚Personen‘-Verhältnisses (Bundesebene, föderierte Einheit, Bedienstete) begriffen; öffentliches Dienstrecht hat insoweit durchaus eine Dimension der *Außenwirkung* gegenüber Bürgerinnen und Bürgern (in der besonderen Rolle als öffentlich Bedienstete), kommt insoweit also als *Kompetenzfrage* (nicht als Ingerenzfrage) daher.

---

<sup>2003</sup> So für das Grundgesetz ‚bereits‘ BVerfGE 39, 96 (108) – Städtebauförderungsgesetz.

## VI. Grenzen von Einmischungen in die ‚Staats‘-Organisation und ‚Willens‘-Bildung der föderierten Einheiten, einschließlich Wahlrechtsföderalismus

Die bisher angestellten Betrachtungen zu Verbandsingerenzausübungsgrenzen betrafen Bereiche, die – mehr oder weniger – im unmittelbaren Vorfeld der Kompetenzausübung (hierzu oben § 4, A. II. 2. b)) der föderierten Einheiten einsetzen: Es ging um direkte *top-down*-Einflussnahmen der Bundesebene auf das legislative (s.o. I.), das administrative (s.o. II.) und das judikative (s.o. III.) Handeln der föderierten Einheiten sowie – etwas weiter ins Vorfeld verlagert – um *top-down*-Einflussnahmen der Bundesebene auf oder über die Faktoren ‚öffentliche Finanzen‘ (s.o. IV.) und ‚öffentliches Personal‘ (s.o. V.) der föderierten Einheiten. Im Folgenden soll der Blick nun gewissermaßen noch tiefer in das Kompetenzvorfeld (noch tiefer in das ‚Staatsinnere‘) der föderierten Einheiten gelenkt werden: Es werden solche *top-down*-Ingerenzen betrachtet, welche auf die ‚staats‘-organisationelle Verfasstheit der föderierten Einheiten gerichtet sind:

### 1. „Politische Selbsterhaltung“ durch ‚staats‘-organisationsbezogene ‚Verfassungsautonomie‘

In den USA wie auch in der Bundesrepublik Deutschland werden die föderierten Einheiten als politische Gemeinwesen mit jeweils eigenständigen Verfassungen, als autonome ‚Verfassungsstaaten‘ betrachtet.<sup>2004</sup>

#### *a) Zum ‚staats‘-organisationsbezogenen Teil der Verfassungsautonomie*

Die US-Einzelstaaten und die deutschen Länder genießen Verfassungsautonomie: Der Begriff „Verfassungsautonomie“ (seltener auch „Verfassungshoheit“<sup>2005</sup>) der Länder ist für den grundgesetzlichen Föderalismus gebräuchlich.<sup>2006</sup> In den USA

---

<sup>2004</sup> Das ist komparatistisch nicht selbstverständlich und insoweit signifikant; vgl. Fn. 2008 a. E.

<sup>2005</sup> Zur „Verfassungshoheit“ der deutschen Länder: *J. Isensee*, in: ders./P. Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. VI, 3. Aufl., Heidelberg 2008, § 126, Rn. 80; zur Konkurrenz der Begriffe ‚Verfassungsautonomie‘ und ‚Verfassungshoheit‘ m. w. N. *C. Möllers*, *Staat als Argument*, 2. Aufl., Tübingen 2011, S. 370, mit dem Hinweis darauf, dass die Rede von der ‚Verfassungsautonomie‘ in bestimmten etatistischen Argumentationsmustern missverständlich oder inkonsequent sein könnte, da ‚Autonomie‘ „eine Kategorie der Selbstverwaltung“ darstelle (und deutsche Kommentatorinnen und Kommentatoren ja häufig gerade bemüht sind, die Länder als Staaten, nicht aber als [bloße] Selbstverwaltungskörperschaften vorzustellen).

<sup>2006</sup> Vgl. *M. Klopfer*, *Verfassungsrecht*, Bd. I, München 2011, § 9, Rn. 81, mit Hinweis auf BVerfGE 36, 342 (361) – Niedersächsisches Landesbesoldungsgesetz; vgl. auch BVerfGE 34, 9 (20) – Besoldungsvereinheitlichung; referierend zum Topos in der Rechtsprechung *C. Möllers*, *Staat als Argument*, 2. Aufl., Tübingen 2011, S. 353 f., analysierend dann a. a. O., S. 365 ff.

wird insoweit häufig weniger schlagwortartig, sondern stärker regelungsgegenstandsorientiert formuliert, etwa wenn davon gesprochen wird, dass den Einzelstaaten die Selbstbestimmung über ihre Staatsorganisation garantiert werde.<sup>2007</sup> Im verfassungsvergleichenden Schrifttum trifft man vereinzelt auf die begriffliche Kategorie der sub-nationalen „*constitutional autonomy*“.<sup>2008</sup>

Kerngegenstand der Verfassungsautonomie (der föderierten Einheiten) ist – in den Worten des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts – die „freie Bestimmung über [die eigene] Organisation einschließlich der in der Landesverfassung enthaltenen organisatorischen Grundentscheidungen“.<sup>2009</sup> Dieser „originäre“<sup>2010</sup> Kernbereich<sup>2011</sup> der Verfassungsautonomie der föderierten Einheiten soll vorliegend als ihre ‚staats‘-organisationsbezogene Verfassungsautonomie bezeichnet und im Folgenden fokussiert werden.

Unter den Begriff der ‚Verfassungsautonomie‘ der föderierten Einheiten werden freilich noch anderweitige Gehalte gefasst: insbesondere selbstständige (Individual-) Grundrechtsverbürgungen sowie selbstständige Gemeinschaftswertvorstellungen und ‚Staats‘-Ziele der föderierten Einheiten.<sup>2012</sup> Diese außer-organisationsrechtli-

<sup>2007</sup> D. J. Merritt, Colum. L. Rev. 88 (1988), 1 (40): „*the structure and mechanics of state governments*“.

<sup>2008</sup> F. Palermo/K. Kössler, Comparative Federalism. Constitutional Arrangements and Case Law, Portland, Ore., U.S.A., 2017, S. 126 ff., diskutieren die Kategorie „*constitutional autonomy*“ vergleichend für die föderalen und quasi-/proto-föderalen Verfassungsordnungen der USA, Deutschlands sowie Australiens, Belgiens, Indiens, Italiens, Kanadas, Malaysias, Österreichs, Russlands, der Schweiz und Südafrikas. Die Grunddefinition ist dabei „*[the constituent units'] power to adopt their own constitution – or at least to have their constitutions guaranteed by the national constitution*“. Die Autoren identifizieren freilich sehr unterschiedliche (v. a. auch abgeschwächte) Erscheinungsformen von „*constitutional autonomy*“ föderierter Einheiten: Teilweise gebe es – anders als in den USA und in Deutschland – keine eigenständigen Verfassungen der föderierten Einheiten, sondern lediglich bestimmte bundesverfassungsrechtliche Garantien der organisatorischen Autonomie der föderierten Einheiten (so im Wesentlichen etwa in Belgien). Der Sache nach sind die tatsächlichen Unterschiede in der Ausgestaltung der Staatsorganisation dann aber insbesondere in den deutschen Ländern (tendenziell aber auch in den US-Einzelstaaten) letztlich – gerade auch im Vergleich mit anderen (quasi-/proto-)föderalen Ordnungen – gering, vgl. C. Möllers, Staat als Argument, 2. Aufl., Tübingen 2011, S. 367, dort in Fn. 110 (zum Beispiel Spanien).

<sup>2009</sup> BVerfGE 34, 9 (20) – Besoldungsvereinheitlichung; ähnlich für die USA: D. J. Merritt, Colum. L. Rev. 88 (1988), 1 (41): „*The guarantee clause [...] restricts the federal government's power to interfere with the organizational structure and governmental processes chosen by a state's residents.*“

<sup>2010</sup> M. Sachs, in: FS Stern, München 1997, S. 475 (508).

<sup>2011</sup> M. Sachs, in: FS Stern, München 1997, S. 475 (488 f.), spricht hinsichtlich der „Grundsatzfragen der staatlichen Organisation des Landes“ vom „notwendige[n] Gegenstand materiellen Landesverfassungsrechts“, „[e]inschlägige Regelungen [seien] unabdingbar, wenn überhaupt ein geordnetes Staatswesen vorliegen soll.“

<sup>2012</sup> Vgl. für die deutschen Länder M. Sachs, in: FS Stern, München 1997, S. 475 (491 f.), zur „grundsätzlichen Stellung des [E]inzeln gegenüber der Staatsgewalt“ und zur „Verankerung materialer Wertvorstellungen und Zielsetzungen des Staates“ als Materien des „materiellen Landesverfassungsrechts“; nach BVerfG, Beschl. d. Zweiten Senats v. 25.03.2021 –

chen Gehalte von Verfassungen der föderierten Einheiten werden vorliegend an anderen Stellen behandelt, da sie in erster Linie nicht mit Blick auf *Verbandsingerenz*-fragen, sondern mit Blick auf *Verbandskompetenz*-fragen argumentativ in Stellung gebracht werden (so etwa die oben skizzierte – dogmatisch ungesicherte – Argumentation von Franz C. Mayer und Markus Artz, wonach eine landesverfassungsrechtliche Staatszielbestimmung – das „Recht auf angemessenen Wohnraum“ gem. Art. 28 Abs. 1 S. 1 VvB – vermittelt über das Bundesstaatsprinzip die Gesetzgebungskompetenz des Landes „aktivieren“ könnte; s. o. § 5, C. III. 2.).<sup>2013</sup>

Im Folgenden geht es um die ‚staats‘-*organisationsbezogene* Verfassungsautonomie der föderierten Einheiten als Aspekt der *Verbandsingerenz*ordnung. Der Sache nach legen die Texte der beiden hier untersuchten Bundesverfassungen die ‚staats‘-*organisationsbezogene* Verfassungsautonomie der föderierten Einheiten mehr oder weniger deutlich nahe: So heißt es in Art. IV, Sec. 4 USC, dass den Einzelstaaten eine „republikanische Regierungsform garantiert“ werde, was als implizite Anerkennung der föderierten Einheiten als selbstständig legitimierte, republikanisch-demokratische Verfassungs-‚Staaten‘ gelesen werden kann (s. bereits oben § 4, B. III. 2. b) aa)).<sup>2014</sup> Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG erkennt ausdrücklich an, dass es in den Ländern eine „verfassungsmäßige Ordnung“ gibt, macht dieser dann freilich bestimmte bundesverfassungsrechtliche Rahmen-Homogenitätsvorgaben (s. bereits oben § 4, A. II. 4. b) bb)).<sup>2015</sup>

---

2 BvF 1/20 u. a. – Berliner Mietendeckel, Rn. 103, unter Verweis auf BVerfGE 147, 185 (210, Rn. 46) – Kinderförderungsgesetz Sachsen-Anhalt, „ist es den Ländern unbenommen, im Rahmen ihrer Verfassungsautonomie Staatsziele festzulegen, die das Grundgesetz nicht kennt“; vgl. für die US-Einzelstaaten *R. F. Williams*, *The Law of American State Constitutions*, New York, N.Y., U.S.A., 2009, S. 30 ff. (zum Aspekt der Gemeinschaftswertvorstellungen und zu „sogar moralischen“ Gehalten in den Einzelstaatenverfassungen) sowie S. 111 ff. (zu Individualgrundrechtsgarantien in den Einzelstaatenverfassungen und zum sog. *New Judicial Federalism*).

<sup>2013</sup> Die Argumentation von Mayer und Artz wurde oben beim verbandskompetenziellen *status activus* der Länder angesprochen. Darüber hinaus mag (zumindest in den USA) ggf. auch der *status negativus* der Verbandsgrundrechtspositionen von föderierten Einheiten betroffen sein, wenn bestimmte (häufig durch direkt-demokratische Verfassungsänderungen getroffene) Verfassungsentscheidungen in den föderierten Einheiten als Argumente dafür herangezogen werden, dass widersprechendes Bundesrecht insoweit in diesen föderierten Einheiten nicht anwendbar ist – s. oben § 5, A. I. 2. b) zu den Beispielen *death penalty*, *medical marijuana* und *physician-assisted death*.

<sup>2014</sup> Ausführlich *D. J. Merritt*, *Colum. L. Rev.* 88 (1988), 1 (40 ff.).

<sup>2015</sup> Vgl. dazu, dass „schon der Wortlaut von Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG zeigt, da[ss] die Länder befugt sind, grundsätzliche Regelungen ihrer Organisation zu treffen“, *C. Möllers*, *Staat als Argument*, 2. Aufl., Tübingen 2011, S. 366; vgl. dort auch Nachweise zur Auffassung, die Verfassungsautonomie der Länder folge aus ihrer ‚Staatlichkeit‘.

*b) Relativität der ‚staats‘-organisationsbezogenen Verfassungsautonomie*

Die ‚staats‘-organisationsbezogene Verfassungsautonomie der föderierten Einheiten lässt sich als eine Ausprägung ihrer Verbandsgrundrechtspositionen lesen (s. bereits oben § 4, B. III. 2. b) aa)). Als Verbandsgrundrechtsposition weist die ‚staats‘-organisationsbezogene Verfassungsautonomie der föderierten Einheiten einen *status negativus* auf, welcher *bestimmten* Formen der Einflussnahme auf die Verfassungsräume der föderierten Einheiten durch die Bundesebene Grenzen setzt. Freilich gilt die Verbandsgrundrechtsposition der Verfassungsautonomie der föderierten Einheiten in *keiner* der beiden hier untersuchten Föderationen absolut;<sup>2016</sup> vielmehr sehen u. a. die bundesverfassungsrechtlichen Homogenitätsgebote (vgl. Art. IV, Sec. 4 USC u. den XIII. bis XV. Zusatzartikel zur US-Verfassung sowie Art. 28 Abs. 1 u. Abs. 3 GG), aber auch andere bundesverfassungsrechtliche Normen (etwa die Verbandszuständigkeitsnormen) bestimmte Einschränkungen der Verfassungsautonomie der föderierten Einheiten vor und ermächtigen die Bundesebene u. U. zu bestimmten staatsorganisationsrelevanten *top-down*-Ingerenzen (hierzu bereits oben § 4, A. II. 4. b) bb)). Diese *top-down*-Ingerenzen werden dann an der Verfassungsautonomie der föderierten Einheiten als Grenze gemessen.

Für den grundgesetzlichen Föderalismus hat Christoph Möllers hervorgehoben, dass die Verfassungsautonomie der Länder eine (im Wesentlichen nur) *formelle* Verfassungsautonomie darstelle, da sie auf den Erlass von Verfassungen im *formellen* Sinn, *nicht* aber auf die Gebung (vollwertiger) Verfassungen im *materiellen* Sinn gerichtet sei. Das Grundgesetz würde mit den Homogenitätsvorgaben des Art. 28 Abs. 1 GG, aber auch mit seinen unmittelbar auch die Länder verpflichtenden Individualgrundrechtsverbürgungen (vgl. Art. 1 Abs. 3 GG) sowie mit den Verbandszuständigkeitsnormen die (materielle) „Gesamtverfassung“ so dicht regeln, dass das den Ländern Verbleibende *keine* ‚Verfassung im materiellen Sinne‘ (im Sinn einer „eigene[n] politische[n] Grundentscheidung“) sei.<sup>2017</sup> Dieser Befund ist – je-

<sup>2016</sup> Für die USA: *D. J. Merritt*, Colum. L. Rev. 88 (1988), 1 (44 f.); *R. F. Williams*, *The Law of American State Constitutions*, New York, N.Y., U.S.A., 2009, S. 99 ff.; für Deutschland vgl. nur *M. Kloepfer*, *Verfassungsrecht*, Bd. I, München 2011, § 9, Rn. 87.

<sup>2017</sup> Den Ländern stehe angesichts dieser engen bundesverfassungsrechtlichen Prägung „keine eigene politische Grundentscheidung“ mehr offen, vgl. *C. Möllers*, *Staat als Argument*, 2. Aufl., Tübingen 2011, S. 367 f.; allerdings a. a. O. den Hinweis darauf, dass sich bei Zugrundelegung eines weiter gefassten Begriffs des ‚materiellen Verfassungsrechts‘ durchaus von ‚materiellem Landesverfassungsrecht‘ sprechen ließe, mit Verweis auf *M. Sachs*, in: FS Stern, München 1997, S. 475 ff.; nach Sachs umfasst „materielles Verfassungsrecht“ auch (Detail-)Regelungen zur Staatsorganisation, zu den Grundrechten und zu Staatszielen (vgl. a. a. O. [488 ff.]) – gleichzeitig erkennt Sachs an, dass Landesgrundrechte und Landesstaatsziele (anders als Landesstaatsorganisationsregelungen) „nur bei formeller Verfassungsgesetzgebung auf die Kompetenz für das materielle Landesverfassungsrecht gestützt werden“ dürfen (vgl. a. a. O. [499 f.]) – und sich an die Kompetenzordnung des Grundgesetzes halten müssen (vgl. a. a. O. [503 ff.]); weiterreichender Begriff des ‚materiellen Verfassungsrechts‘ föderierter Einheiten auch bei *F. Palermo/K. Kössler*, *Comparative Federalism. Constitutional Arrangements and Case Law*, Portland, Ore., U.S.A., 2017, S. 128 f.; und (implizit) bei *M. Kloepfer*, *Verfassungsrecht*, Bd. I, München 2011, § 3.



denfalls im hier interessierenden Bereich der Staatsorganisation<sup>2018</sup> – der Tendenz nach durchaus auch auf den US-amerikanischen Föderalismus übertragbar, obschon insgesamt wohl etwas größere Gestaltungsspielräume der Einzelstaaten bestehen<sup>2019</sup>.

Freilich ist hier im Einzelnen danach zu unterscheiden, ob den föderierten Einheiten aus bundesverfassungsrechtlichen Gründen kein Spielraum zur Ausgestaltung ihrer staatsorganisatorischen Verfassungsordnung bleibt oder ob sie etwaige Spielräume schlicht *faktisch* nicht nutzen.<sup>2020</sup> *Tatsächlich* ist die staatsorganisatorische Vielfalt unter den föderalen Trägern im Ergebnis sowohl in den USA wie auch in Deutschland – abgesehen von einer gewissen (freilich teilweise auch wiederum prekären<sup>2021</sup>) Vielfalt im Bereich direkt-demokratischer Elemente<sup>2022</sup> – sehr begrenzt: Das gilt insbesondere für die Grundentscheidung für ein präsidentielles bzw. für ein parlamentarisches Regierungssystem; so gibt es in keinem US-amerikanischen Einzelstaat eine Wahl der Regierungschefin oder des Regierungschefs durch das Parlament<sup>2023</sup> und in keinem der deutschen Länder eine Direktwahl der Regierungschefin oder des Regierungschefs durch die Wahlbevölkerung<sup>2024</sup>.<sup>2025</sup> Diese

<sup>2018</sup> Fragen des Grundrechtsföderalismus und eines etwaigen ‚Staatsziel‘-Föderalismus bleiben an dieser Stelle ausgeklammert.

<sup>2019</sup> Zum Beispiel fordert die US-Verfassung (insbesondere über die *Guarantee Clause*) von der Staatsorganisation der Einzelstaaten, dass dort ein gewisses Mindestmaß an (horizontaler) Gewaltenteilung herrscht, wobei hinsichtlich der konkreten Umsetzung durchaus Gestaltungsspielräume für die Einzelstaaten bestehen, vgl. *M. C. Dorf*, Roger Williams University L. Rev. 4 (1998), 51 (52): anlässlich Kontroverse in Rhode Island um „*legislative appointments to executive commissions*“: „*some measure of separation of powers in state government is [...] a structural requirement of the federal Constitution*“, „[y]et even if the Constitution contains some justiciable separation-of-powers requirement applicable to the states, that requirement is likely satisfied by a wide range of arrangements“.

<sup>2020</sup> Vgl. *F. Palermo/K. Kössler*, Comparative Federalism. Constitutional Arrangements and Case Law, Portland, Ore., U.S.A., 2017, S. 136: „*the [...] subnational governments, on the other hand, do not always exploit the entire potential of their constitutional autonomy*“.

<sup>2021</sup> S. die Ausführungen zu Grenzen von Volksbefragungen 3. b) sowie den Hinweis zum diskutierten „Volkseinwand“ in Sachsen in Fn. 2109 a.E.

<sup>2022</sup> Die größere Verfügbarkeit direktdemokratischer Instrumente auf der ‚unteren‘ föderalen Ebene ist typisch für föderale Ordnungen, vgl. *F. Palermo/K. Kössler*, Comparative Federalism. Constitutional Arrangements and Case Law, Portland, Ore., U.S.A., 2017, S. 137.

<sup>2023</sup> In den meisten Einzelstaaten wird zudem – anders als auf Bundesebene – nicht nur die Exekutivspitze (der Gouverneur) direkt von der Wahlbevölkerung gewählt, sondern darüber hinaus – im Sinne einer sog. „*plural, fragmented, or, unbundled*“ executive“ – auch bestimmte weitere exekutive Funktionsträger wie *state attorneys general*, vgl. *R. F. Williams*, The Law of American State Constitutions, New York, N.Y., U.S.A., 2009, S. 303 f., m. w. N. Eine weitere Strukturparallele zur Bundesebene gibt es bei der Struktur der Legislativen der Einzelstaaten: Mit Ausnahme des Staats Nebraska wird in allen US-Einzelstaaten (wie auf der Bundesebene) der Bikameralismus verwirklicht, vgl. *F. Palermo/K. Kössler*, Comparative Federalism. Constitutional Arrangements and Case Law, Portland, Ore., U.S.A., 2017, S. 137.

<sup>2024</sup> *J. L. Backmann*, Direktwahl der Ministerpräsidenten. Als Kern einer Reform der Landesverfassungen, Berlin 2006, S. 50; Backmann widmet sich ausführlich der verfassungspolitischen Möglichkeit einer Einführung der „Direktwahl der Ministerpräsidenten“; s. auch Fn. 2026 a.E.

tatsächliche strukturelle Homogenität wird insoweit (also bezüglich der Entscheidung für ein parlamentarisches oder ein präsidentielles Regierungssystem) zwar nicht durch die Homogenitätsklauseln der jeweiligen Bundesverfassung erzwungen,<sup>2026</sup> ist aber historisch gefestigt.

Sind also insgesamt – in einer groben Gesamtschau – beide vorliegend untersuchte Föderationen durch eine weitreichende strukturelle staatsorganisatorische Homogenität der föderalen Träger untereinander geprägt, so treten in Details und vereinzelt Konstellationen doch Konflikte zwischen subnationaler Verfassungsautonomie und nationaler Einflussnahme auf. Die Lösung solcher Konflikte erfordert ein Austarieren zwischen der Verfassungsautonomie der föderierten Einheiten einerseits und den Homogenitätsvorgaben oder sonstigen bundesverfassungsrechtlichen Rahmungen sowie entsprechenden *top-down*-Ingerenzen der Bundesebene andererseits:

## 2. USA: Einzel-‚Staatlichkeit‘ und Wahlrechtsföderalismus unter Vorbehalt

### a) Einzel-‚Staatlichkeit‘ unter Vorbehalt („conditions on statehood“)

Dass die Verfassungsautonomie der US-Einzelstaaten nicht absolut gilt, zeigt ein Blick in die Verfassungsgeschichte: Die Mehrzahl der heutigen US-Einzelstaaten wurde im Verlauf des 19. und des beginnenden 20. Jahrhunderts in die Union aufgenommen. Hierzu erließ das Bundesparlament *Congress* auf Grundlage der Bundesgesetzgebungszuständigkeit in Art. IV, Sec. 3, Cl. 1 USC<sup>2027</sup> jeweils spezifische Bundesgesetze (sog. *Enabling Acts*, *Statehood Acts* oder *Admission Acts*) zur Aufnahme neuer Staaten in die Union. Die Aufnahme erfolgte regelmäßig nicht be-

---

<sup>2025</sup> Wie F. Palermo/K. Kössler, *Comparative Federalism. Constitutional Arrangements and Case Law*, Portland, Ore., U.S.A., 2017, S. 137, hervorheben, wird ‚die Entscheidung‘ für ein parlamentarisches bzw. für ein präsidentielles Regierungssystem typischerweise föderal homogen getroffen, selbst wenn diese Homogenität nicht von der Bundesverfassung erzwungen sein sollte.

<sup>2026</sup> So für die US-Verfassung: R. F. Williams, *The Law of American State Constitutions*, New York, N.Y., U.S.A., 2009, S. 233: „*There are virtually no federal requirements for how the states structure their governments and distribute powers within them*“; F. Palermo/K. Kössler, *Comparative Federalism. Constitutional Arrangements and Case Law*, Portland, Ore., U.S.A., 2017, S. 137; für das Grundgesetz: J. L. Backmann, *Direktwahl der Ministerpräsidenten*. Als Kern einer Reform der Landesverfassungen, Berlin 2006, S. 377 ff., m. w. N. pro (h.M.) und contra, dort auch der Hinweis auf „das echt[e] obiter dictum“ des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts in BVerfGE 9, 268 (281) – Bremer Personalvertretung: „So wird durch Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG die Form des parlamentarischen Regierungssystems, in dem die parlamentarische Verantwortlichkeit der Regierung gegenüber dem Parlament im Mißtrauensvotum Ausdruck findet, für die Landesverfassungen nicht zwingend vorgeschrieben.“

<sup>2027</sup> Art. IV, Sec. 3, Cl. 1 USC beginnt mit: „*New States may be admitted by the Congress into this Union; [...]*“.

dingungslos, vielmehr sprach das Bundesparlament regelmäßig „als Preis für die Aufnahme“ der neuen Staaten in die Union bestimmte – auf nationale Homogenisierung („*Americanization*“) gerichtete<sup>2028</sup> – „Bedingungen für die Staatlichkeit“ („*conditions on statehood*“) <sup>2029</sup> in bundesgesetzlicher Form aus. Hier zeigen sich die oben angedeuteten Überblendungen der politischen Modelle ‚Bund‘ und ‚Imperium‘ (s. o. § 2, B. I. 3. b)).

Zwei Beispiele<sup>2030</sup> sollen dies veranschaulichen (wobei das erste Beispiel aus dem Bereich der *materiellen* Verfassungsautonomie kommt, aber mittelbar Bedeutung für die ‚*staats‘-organisationsbezogene* Verfassungsautonomie hat): So schrieben zu Beginn des 20. Jahrhunderts die Bundesgesetze zur Aufnahme der Staaten Arizona, New Mexico, Oklahoma, and Utah vor, dass in diesen Staaten jeweils einzelstaatenverfassungsrechtlich normiert wird, dass Polygamie, welche seit Mitte des 19. Jahrhunderts unter sog. ‚Mormonen‘ teilweise verbreitet war,<sup>2031</sup> verboten ist.<sup>2032</sup> Ein anderes Beispiel zeigt allerdings, dass „*conditions on statehood*“ nicht grenzenlos (bundes-)verfassungsrechtlich zulässig sind: Das Bundesgesetz aus dem Jahr 1906, welches die Aufnahme von Oklahoma in die Union ermöglichte, legte fest, dass der Regierungssitz des Staats Oklahoma bis zum Jahr 1913 die Stadt Guthrie sein sollte.<sup>2033</sup> Bereits 1910 sah – in Folge eines Referendums in Oklahoma – ein

<sup>2028</sup> E. Biber, The American Journal of Legal History 46 (2004), 119 (120 – zum Stichwort „*Americanization*“, 132).

<sup>2029</sup> E. Biber, The American Journal of Legal History 46 (2004), 119: „*conditions imposed on states entering the union*“ als „*the price of admission*“.

<sup>2030</sup> Weitere Beispiele stellt in ausführlicher historischer Kontextualisierung E. Biber, The American Journal of Legal History 46 (2004), 132 ff., vor: U. a. wurde durch „*conditions on statehood*“ v. a. in den neuen südlichen Einzelstaaten auf eine einzelverfassungsrechtliche Verankerung von Sprachpolitik hingewirkt (Englisch neben Spanisch und Französisch als Amts- und Schulsprache).

<sup>2031</sup> Hierzu E. Biber, The American Journal of Legal History 46 (2004), 119 (150 ff.), welcher das Verbot der Polygamie als Teil des politischen Kampfes (v. a. der Republikanischen Partei) gegen einen zu starken politischen Einfluss der ‚Mormonen‘ v. a. im Staat Utah einordnet. Biber betont a. a. O. (154), dass die ‚Mormonen‘ auch mit Blick auf andere Lebensbereiche (kooperatives Wirtschaften, keine Trennung von Staat und Religion) häufig als ‚unamerikanisch‘ eingeordnet und als politische Bedrohung für die Nation empfunden wurden. Der Kampf gegen Polygamie wurde zudem immer wieder auch mit der Bekämpfung von Sklaverei parallelisiert – Polygamie und Sklaverei wurden als „*twin relics of barbaric multiculturalism*“ verstanden, s. J. Kincaid, Publius 33 (2003), 75 (75, 82).

<sup>2032</sup> Hierzu näher L. A. Baker/E. A. Young, Duke Law Journal 51 (2001), 75 (118 f.), dort auch Nachw. der einschlägigen Bundesgesetze und Einzelstaatenverfassungsbestimmungen; E. Biber, The American Journal of Legal History 46 (2004), 119 (150 ff.); J. E. Pfander, Am. J. Comp. L. 51 (2003), 237 (266, dort in Fn. 141 a. E.): Pfander hebt a. a. O. hervor, dass die Vorgabe, Polygamie einzelstaatenverfassungsrechtlich zu verbieten, bemerkenswert ist, da Familienrecht um 1900 nicht als Bundesgesetzgebungsmaterie in Betracht kam.

<sup>2033</sup> Laut A. M. Gibson, The History of Oklahoma, Norman, Okla., U.S.A., u. a. 1984, S. 134, hatte die umstrittene Hauptstadtfrage (Guthrie oder Oklahoma City) auch parteipolitische Gründe: Das kleinere, aber historisch administrativ bedeutsame Guthrie galt als Republikanische Hochburg, insbesondere auch hinsichtlich seiner Zeitungslandschaft, das größere und boomende Oklahoma City wurde von Vertretern der Demokratischen Partei bevorzugt.

Einzelstaatengesetz Oklahomas die Verlegung des Regierungssitzes von Guthrie nach Oklahoma City vor. In *Coyle v. Smith* (1911) entschied der *U.S. Supreme Court*, dass es zu den „essentiellen“ Zuständigkeiten eines Einzelstaats (und nicht etwa des Bundesparlaments) gehöre, über seinen Regierungssitz zu entscheiden und hielt die Verlegung aufrecht.<sup>2034</sup> Diese Zuständigkeit stehe – nach der *equal footing doctrine* – den bereits bestehenden (Gründungs-)Einzelstaaten wie auch neu aufgenommenen Einzelstaaten *gleichermaßen* zu.<sup>2035</sup> Der vom Gericht fokussierte Aspekt der Gleichheit der Staaten wird im Rahmen der Betrachtung des *status aequalis* näher betrachtet (s. u. D. II. 2.). Vorliegend dient *Coyle v. Smith* als Illustration dafür, dass der *status negativus* der Staaten bundesrechtlichen Vorgaben im Bereich der staatsorganisationsrechtlichen Verfassungsautonomie der Staaten Grenzen zieht. Insoweit ist es rhetorisch bemerkenswert, dass das Gericht ausdrücklich die „Würde“ der Staaten durch bundesgesetzliche Vorgaben zum Regierungssitz als berührt ansieht.<sup>2036</sup>

Die Problematik der *conditions on statehood* trat in abgewandelter Form außerdem in der Phase der sog. *Reconstruction* nach dem *American Civil War* (1861–65) auf: Hier ging es nicht um die Ausgestaltung der Einzelstaatenverfassungen als solcher, sondern um die Ratifikation des XIV. Zusatzartikels zur US-(Bundes-)Verfassung, welcher eine staatenverpflichtende Rechtsstaatsklausel („*due process of law*“) und einen staatenverpflichtenden (Individual-)Gleichheitssatz („*equal protection of the laws*“) einführt. Die Annahme dieses Bundesverfassungsänderungsvorschlags durch die im *Civil War* unterlegenen Staaten des Südens wurde bundesgesetzlich in den *Reconstruction Acts* zur Bedingung dafür gemacht, dass diese wieder als Bundesstaaten in die Union aufgenommen werden.<sup>2037</sup>

---

<sup>2034</sup> *Coyle v. Smith*, 221 U.S. 559 (1911), 565: „*The power to locate its own seat of government and to determine when and how it shall be changed from one place to another, and to appropriate its own public funds for that purpose, are essentially and peculiarly state powers*“; vgl. J. E. Pfander, Am. J. Comp. L. 51 (2003), 237 (266).

<sup>2035</sup> Vgl. *Coyle v. Smith*, 221 U.S. 559 (1911), 566, 579.

<sup>2036</sup> Vgl. *Coyle v. Smith*, 221 U.S. 559 (1911), 568, 579.

<sup>2037</sup> Dergestalt wollte das Bundesparlament sicherstellen, dass das Quorum von Art. V USC für die Ratifikation von Bundesverfassungsänderungen (Annahme in drei Vierteln der Einzelstaaten – ausführlich unten VII. 2. a)), erreicht wird: dazu E. Chemerinsky, *Constitutional Law. Principles and Policies*, 5. Aufl., New York, N.Y., U.S.A., 2015, S. 152 f., welcher – rhetorisch bemerkenswert – davon spricht, dass die südlichen Staaten „gezwungen“ worden seien, die Bundesverfassungsänderung anzunehmen.

*b) Tendenzen zum Wahlrechtsunitarismus  
bei der aktiven Wahlberechtigung*

Aktuellere Fälle mit Bezug zur Verfassungsautonomie der Einzelstaaten finden sich v. a. im Wahlrecht.<sup>2038</sup> Im Ausgangspunkt ist der US-Verfassung ein deutlicher Impetus zu Gunsten eines Wahlrechtsföderalismus (im Sinn eines föderalen Wahlrechtsverbunds<sup>2039</sup>) zu entnehmen: Dies geht soweit, dass die Einzelstaaten nicht nur einen weiten Spielraum bezüglich der Ausgestaltung der Modalitäten der Wahlen auf Einzelstaatenebene haben<sup>2040</sup>, sondern auch Modalitäten der Wahlen auf *Bundesebene* mitbestimmen. Grundlage hierfür sind teils (dynamische) Verweisungen in der Bundesverfassung auf das einschlägige Wahlrecht der Einzelstaaten<sup>2041</sup>, teils ausdrückliche Zuständigkeitsvorschriften, insbesondere die – oben bereits erwähnte – sog. *Elections Clause* (Art. I, Sec. 4, Cl. 1 USC – s. o. § 4, B. II. 2.). In diesem Zusammenhang ist auch Art. II, Sec. 1, Cl. 2 USC zu nennen, worin den Einzelstaatengesetzgebern die Zuständigkeit für die Ausgestaltung der Vorgaben zur Bestimmung der „*Electors*“ im *Electoral College* zur Wahl des US-Präsidenten eingeräumt wird. Diese Zuständigkeitslage führt zu einem intrikaten Gemenge von Bundes- und Einzelstaatenrecht im Bereich des Wahlrechts mit – auch föderal geprägten – Streitigkeiten um Einzelheiten der passiven Wahlberechtigung (v. a. Wiederwählbarkeitsbegrenzungen – *term limits*)<sup>2042</sup>, um das sog. *gerrymandering*<sup>2043</sup> und um Einflussnahmemöglichkeiten der Einzelstaaten auf die Wahlleute im *Electoral College* (v. a. sog. *faithless electors*)<sup>2044</sup>. Besonders anschaulich werden

<sup>2038</sup> Vgl. den Überblick bei *D. J. Merritt*, Colum. L. Rev. 88 (1988), 1 (36 ff.); für eine aktuellere Entscheidung vgl. *Shelby County v. Holder*, 570 U.S. 529 (2013) – hierzu unten bei Fn. 2054.

<sup>2039</sup> Hierzu – als *bottom-up*-Ingerenzfrage in den USA (im Rahmen der *Elections Clause*) – bereits knapp oben bei Fn. 1229.

<sup>2040</sup> Vgl. *J. B. Raskin*, U. Pa. L. Rev. 141 (1993), 1391 (1420), mit Hinweisen auf *Lassiter v. Northampton County Bd. of Elections*, 360 U.S. 45, 50 (1959); *Oregon v. Mitchell*, 400 U.S. 112, 124–25 (1970).

<sup>2041</sup> Art. I, Sec. 2, Cl. 1 USC bindet die aktive Wahlberechtigung bei Wahlen zum US-Repräsentantenhaus an die Wahlberechtigung, welche für Wahlen zum jeweils „größten“ Haus der Einzelstaatenlegislativen (also i. a. R. zum Unterhaus) gilt. Der XVII. Zusatzartikel von 1913 wiederholt diese Vorgabe für die Wahlen zum US-Senat.

<sup>2042</sup> Besonders bemerkenswert das abweichende Sondervotum von *Justice Clarence Thomas* zu *U.S. Term Limits, Inc. v. Thornton*, 514 U.S. 779 (1995), wonach den Einzelstaatenvölkern das Recht zustehe, „ihre“ Abgeordneten und Senatoren des Bundesorgans(!) *U.S. Congress* mit Wiederwählbarkeitsbegrenzungen (*term limits*) auszustatten. Die Gerichtsmehrheit hat ein solches Recht verneint; die Vorgaben der US-Bundesverfassung zur passiven Wahlberechtigung bei Wahlen zum Bundesorgan *U.S. Congress* seien abschließend.

<sup>2043</sup> Hierzu unten in Fn. 2071.

<sup>2044</sup> In *Chiafalo v. Washington*, 591 U.S. \_\_\_\_ (2020), entschied eine lager-übergreifende Mehrheit des *U.S. Supreme Court*, dass den Einzelstaaten das Recht zukomme, sog. *faithless electors*, also Wahlleute im *Electoral College* zur Wahl des US-Präsidenten, welche sich nicht an das Ergebnis der Wahl in dem betreffenden Einzelstaat halten möchten, zu verpflichten, dies doch zu tun und die Präsidentschafts-Kandidatin oder den -Kandidaten mit den meisten

föderale Spannungen aber bei den Vorgaben zum *aktiven* Wahlrecht, welches daher im Folgenden fokussiert wird: Seit dem 20. Jahrhundert sind insoweit sowohl hinsichtlich der Wahlen auf Bundesebene wie auch hinsichtlich der Wahlen auf Einzelstaatenebene deutliche Unitarisierungstendenzen zu verzeichnen – freilich in Grenzen, die durch den *status negativus* der Verbandsgrundrechtspositionen der Einzelstaaten gezogen werden:

Ein anschauliches Beispiel bildet die innerhalb des Gerichts stark umstrittene Entscheidung *Oregon v. Mitchell* (1970)<sup>2045</sup>. In den bundesgesetzlichen *Voting Rights Act Amendments of 1970* wurde u. a. das Wahlalter von 21 auf 18 Jahre herabgesetzt.<sup>2046</sup> Soweit dies nicht nur für die Wahlen von Bundesverfassungsorganen, sondern auch für Wahlen von Verfassungsorganen der Einzelstaaten gelten sollte, geht die ‚*plurality*‘-Meinung<sup>2047</sup> des Richters Hugo Black von der Verfassungswidrigkeit des Bundesgesetzes aus. Black führt zur Begründung aus, dass es „essentiell für die eigenständige und unabhängige Existenz der Staaten“ sei, dass sie die Voraussetzungen der aktiven Wahlberechtigung für Wahlen auf einzelstaatlicher und lokaler Ebene selbst bestimmen können.<sup>2048</sup> Diese Position habe sogar schon den nordamerikanischen Kolonien (den *Thirteen Colonies*) zugestanden.<sup>2049</sup> Der Vergleich mit den früheren Kolonien bewegt sich zwischen verfassungshistorischem Argument und Entwürdigungsrhetorik. Die Entscheidung war innerhalb des Gerichts stark umstritten; in zwei der vier Sondervoten wurde die bundesgesetzliche Regelung des Wahlalters für Wahlen von einzelstaatlichen Organen für verfassungsgemäß gehalten.<sup>2050</sup> Kurz nach der Entscheidung in *Oregon v. Mitchell* wurde die US-Verfassung mit dem XXVI. Zusatzartikel geändert; dieser schreibt auch den Einzelstaaten unmittelbar in der Bundesverfassung vor, dass die aktive Wahlberechtigung

---

Stimmen in dem betreffenden Einzelstaat zu wählen; *Justice* Thomas hob in seiner *concurrency* hervor, dass dieses Recht der Einzelstaaten nicht etwa erst aus der Bundesverfassung folge, sondern aus bereits aus der Machtvollkommenheit der Einzelstaaten selbst.

<sup>2045</sup> *Oregon v. Mitchell*, 400 U.S. 112 (1970).

<sup>2046</sup> Das Gesetz enthielt weitere Regelungen, etwa ein Verbot von Alphabetisierungstests als Voraussetzung für die aktive Wahlberechtigung.

<sup>2047</sup> Eine ‚*plurality opinion*‘ stellt keine ‚*majority opinion*‘ dar, da sie zwar bezogen auf das Ergebnis, nicht aber auch auf die unmittelbar tragenden Gründe (‚*holding*‘, ‚*rationale*‘) eine Mehrheit der Richterinnen und Richter auf sich vereinigen kann; vgl. zur gespaltenen Stimmungslage innerhalb des Kollegiums im Fall *Oregon v. Mitchell*, 400 U.S. 112 (1970): *E. S. Fish*, Yale L. J. 121 (2012), 1168 (1192 f.).

<sup>2048</sup> *Oregon v. Mitchell*, 400 U.S. 112 (1970), 125: „*No function is more essential to the separate and independent existence of the States and their governments than the power to determine, within the limits of the Constitution, the qualifications of their own voters for state, county, and municipal offices and the nature of their own machinery for filling local public offices.*“

<sup>2049</sup> *Oregon v. Mitchell*, 400 U.S. 112 (1970), 124: „*the power that even the Colonies had*“.

<sup>2050</sup> Vgl. die Sondervoten der Richter Douglas und Brennan (Letzteres mitgetragen von White und Marshall) *Oregon v. Mitchell*, 400 U.S. 112 (1970), 135 ff., bzw. 229 ff.; vgl. zur Stimmungslage innerhalb des Kollegiums: *E. S. Fish*, Yale L. J. 121 (2012), 1168 (1192 f.).



Menschen ab dem 18. Lebensjahr nicht aus Altersgründen vorenthalten werden dürfe (hierzu auch § 12, B. III. 3. a) bb)).

Der XXVI. Zusatzartikel ist Teil einer Reihe von Zusatzartikeln, die den Einzelstaaten einen verbindlichen bundesverfassungsrechtlichen Rahmen für die Ausgestaltung von Wahlen machen: Daneben verbieten der XV. Zusatzartikel von 1870, der XIX. Zusatzartikel von 1920 und der XXIV. Zusatzartikel von 1964 Diskriminierungen bei der aktiven Wahlberechtigung hinsichtlich „*race, color, or previous condition of servitude*“, hinsichtlich des Geschlechts bzw. hinsichtlich einer Zahlung von Abgaben („*poll tax[es] or other tax[es]*“)<sup>2051</sup>. Die genannten Artikel räumen dem Bundesparlament zudem jeweils ausdrücklich die Zuständigkeit ein, durch „angemessene Gesetzgebung“ („*appropriate legislation*“) die Diskriminierungsgebote „durchzusetzen“ („*enforce*“). So hat das Bundesparlament im *Voting Rights Act* (VRA) insbesondere Maßnahmen zur Bekämpfung von „*race*“-basierter Diskriminierung bei Wahlen normiert. Beispielsweise wurden im VRA Tests der Lese- und Schreibfähigkeit (*literacy tests*) als Bedingung des aktiven Wahlrechts bundesgesetzlich restringiert. Noch 1959 hatte der *U.S. Supreme Court* in *Lassiter v. Northampton County Board of Elections* solche Tests anlässlich einer Klage gegen eine entsprechende Vorschrift in der Verfassung von North Carolina für verfassungsmäßig befunden, sofern sie unterschiedslos auf alle Bevölkerungsgruppen angewendet werden.<sup>2052</sup> Sechs Jahre später verbot das Bundesparlament im *Voting Rights Act* solche *literacy tests* in Einzelstaaten mit besonders geringer Wahlbeteiligung. Zwar bestätigte der *U.S. Supreme Court* die Verfassungsmäßigkeit dieses bundesgesetzlichen Verbots von *literacy tests* im VRA als zulässige Ausübung der Bundesgesetzgebungszuständigkeit aus dem XV. Zusatzartikel für die Durchsetzung des Verbots von „*race*“-basierter Diskriminierung bei Wahlen.<sup>2053</sup> Eine aktuellere Entscheidung des *U.S. Supreme Court* aus dem Jahr 2013 verdeutlicht jedoch, dass das Gericht u.U. bereit ist, der bundesgesetzlichen Rahmung des Wahlrechts in den Einzelstaaten auch judikative Grenzen zu ziehen: In *Shelby County v. Holder* erklärte das Gericht eine Vorschrift des VRA deshalb für verfassungswidrig, weil sie (auf veralteter Tatsachengrundlage) zwischen Einzelstaaten differenzierte, nur bestimmte Einzelstaaten höheren bundesgesetzlichen Anforderungen unterwarf und dergestalt gegen das Gebot der Gleichheit der Einzelstaaten („*equal sovereignty*“) verstoße (ausführlich unten beim *status aequalis* D. II. 1.).<sup>2054</sup>

Insgesamt steht hinter dieser Gemengelage im Wahlrecht aus formellen Änderungen der Bundesverfassung, darauf aufsetzender „*enforcement*“-Gesetzgebung des Bundesparlaments und teilweise relativierend-„temperierender“ Rechtsprechung des *U.S. Supreme Court* eine komplexe Ausbalancierung zwischen *top-down*-In-

<sup>2051</sup> Der XXIV. Zusatzartikel zum Verbot von „*poll tax[es] or other tax[es]*“ als Wahlrechtsvoraussetzung bezieht sich nur auf Wahlen zu Bundesverfassungsorganen.

<sup>2052</sup> *Lassiter v. Northampton County Board of Elections*, 360 U.S. 45 (1959).

<sup>2053</sup> *South Carolina v. Katzenbach*, 383 U.S. 301 (1966).

<sup>2054</sup> *Shelby County v. Holder*, 570 U.S. 529 (2013).



gerenzen der Bundesebene und der Verfassungsautonomie der Einzelstaaten als Verbandsgrundrechtsposition im *status negativus*.

*c) (Selbstgewählt uniformer) Wahlrechtsföderalismus:  
non-citizen voting*

In bestimmten – durchaus bedeutsamen – Detailfragen des Wahlrechts behalten die Einzelstaaten trotz des beschriebenen Unitarisierungstrends nicht unerhebliche Gestaltungsspielräume. Ein Beispiel stellt das aktive Wahlrecht für Menschen ohne US-amerikanische Staatsbürgerschaft (*non-citizen voting*) dar:

Bis in das 20. Jahrhundert hinein durften in vielen US-Einzelstaaten auch Menschen ohne US-amerikanische Staatsangehörigkeit<sup>2055</sup> (freilich zunächst nur Männer eines bestimmten ‚Status‘) an Wahlen teilnehmen.<sup>2056</sup> Zwischen den 1880er und 1920er Jahren wurde *non-citizen voting* dann – nach und nach – zumeist durch entsprechende Änderungen der Einzelstaatenverfassungen aufgrund verfassungspolitischer Entscheidungen in allen Staaten abgeschafft; einer der Gründe hierfür lag in einem politischen Ressentiment des politischen Establishments gegenüber (angeblichen, befürchteten) verstärkten sozialdemokratischen bis sozialistischen Tendenzen v. a. unter (süd- und ost-)europäischen Migrantinnen und Migranten.<sup>2057</sup> Überhaupt ist der Aufstieg und Fall des *non-citizen votings* in den Einzelstaaten eng mit sich wandelnden Einstellungen zu Migration verbunden – phasenweise deutlich affirmative Anreizung von Einwanderung als wichtiger Teil

---

<sup>2055</sup> Bei alledem ist freilich in Betracht zu ziehen, ob nicht die Ausgestaltung des Staatsangehörigkeitsrechts (insbesondere hinsichtlich des Zeitaufwands für den Erwerb der Staatsangehörigkeit) als funktionales Äquivalent zu *non-citizen voting* daherkommen kann. Zu berücksichtigen ist zudem, dass *non-citizen voting* in einigen Staaten auf Menschen, die zumindest „ihre Absicht, US-Bürger zu werden, erklärt“ hatten, beschränkt war; s. dazu *Minor v. Happersett*, 88 U.S. 162 (1874), 177: „[C]itizenship has not in all cases been made a condition precedent to the enjoyment of the right of suffrage. Thus, in Missouri, persons of foreign birth, who have declared their intention to become citizens of the United States, may under certain circumstances vote. The same provision is to be found in the constitutions of Alabama, Arkansas, Florida, Georgia, Indiana, Kansas, Minnesota, and Texas.“ Jedenfalls illustriert *non-citizen voting* die Auftrennung (bzw. Auftrennbarkeit) zwischen der Rolle ‚Bürgerin‘/ ‚Bürger‘ einerseits und ‚Wahlberechtigte‘/ ‚Wahlberechtigter‘ andererseits: Es handelt sich um zwei sich schneidende Kreise, vgl. zur historischen Situation *G. M. Rosberg*, Mich. L. Rev. 75 (1977), 1092 (1993); dazu, dass dies auch in der Gegenwart (in abgeschwächter Form) so bleibt: *J. B. Raskin*, U. Pa. L. Rev. 141 (1993), 1391 (1429): „citizenship and suffrage continue to be distinct legal categories: not all citizens get to vote, and not all voters are citizens“.

<sup>2056</sup> Vgl. *R. Hayduk*, Journal of International Migration and Integration 16 (2015), 99 (102 ff.); ausführlich *ders.*, Democracy for All. Restoring Immigrant Voting Rights in the United States, New York, N.Y., U.S.A., u. a. 2006, S. 15 ff.

<sup>2057</sup> Vgl. *R. Hayduk*, Journal of International Migration and Integration 16 (2015), 99 (104 ff.); ausführlich *ders.*, Democracy for All. Restoring Immigrant Voting Rights in the United States, New York, N.Y., U.S.A., u. a. 2006, S. 25 ff.

des „*nation-building process*“<sup>2058</sup>, phasenweise (jedenfalls gefühlte) Überforderung mit Integrationsaufgaben.<sup>2059</sup>

Bemerkenswert ist die schwache Rolle des Bundesrechts bei diesem Aufstieg und Fall des *non-citizen votings* im 19. und 20. Jahrhundert. Obwohl die Entscheidung der Einzelstaaten, das aktive Wahlrecht auf Nicht-Staatsangehörige zu erstrecken (oder auch nicht) wegen der oben erwähnten Verweisklauseln in der Bundesverfassung (s.o. § 4, B. II. 2.) auch unmittelbaren Einfluss auf die aktive Wahlberechtigung bei den Wahlen von Bundesverfassungsorganen hat,<sup>2060</sup> lässt sich<sup>2061</sup> der Bundesverfassung nach allgemeiner Auffassung weder ein Verbot noch ein Gebot von *non-citizen voting* entnehmen.<sup>2062</sup> Insbesondere liegt nach allgemeiner Auffassung im *non-citizen voting* kein Verstoß gegen die *Guarantee Clause* (Art. IV, Sec. 4 USC), welche (u.a.) als föderale Homogenitätsklausel mit Blick auf das Republikprinzip fungiert.<sup>2063</sup> Hier unterscheidet sich die Verfassungslage also erheblich von der Situation unter dem Grundgesetz (s.u. 3. c)). Der einfache Bundesgesetzgeber hatte die Etablierung von *non-citizen voting* im 19. Jahrhundert teilweise sogar forciert, etwa indem er für die Verfassungskonventionen neu zu schaffender Einzelstaaten entsprechende Regeln vorgab.<sup>2064</sup>

Verfassungshistorisch ist *non-citizen voting* somit ein Beispiel für die gelebte Verfassungsautonomie der Einzelstaaten. Allerdings ist bemerkenswert, dass diese Autonomie dann doch in einer – selbstgewählt-zwanglosen – bundesweiten Uniformität mündete: In der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts hatte sich die deutliche Mehrheit der Einzelstaaten für *non-citizen voting* entschieden; heute gibt es in keinem der Einzelstaaten auf Staatenebene *non-citizen voting* – lediglich auf der lokalen Ebene gibt es sehr vereinzelt *non-citizen voting*, so etwa in manchen

<sup>2058</sup> J. B. Raskin, U. Pa. L. Rev. 141 (1993), 1391 (1395).

<sup>2059</sup> Vgl. G. L. Neuman, Mich. J. Int'l L. 13 (1992), 259 (292 ff.); R. Hayduk, Democracy for All. Restoring Immigrant Voting Rights in the United States, New York, N.Y., U.S.A., u.a. 2006, S. 25 f., 30 ff., dort auch zu Konjunkturen von Nativismus und Rassismus.

<sup>2060</sup> Vgl. J. B. Raskin, U. Pa. L. Rev. 141 (1993), 1391 (1420).

<sup>2061</sup> Oder – mit J. B. Raskin, U. Pa. L. Rev. 141 (1993), 1391 (1429) – im Aktiv (akteurs-d. h. gerichtsbezogen) ausgedrückt: „[...] in the voting area, where the judiciary has traditionally deferred to the plenary power of the states, interfering only to expand – not contract – the circle of democratic inclusion [...]. It would be extraordinary for a court to strike down a state law extending the vote to state residents.“

<sup>2062</sup> Vgl. G. L. Neuman, Mich. J. Int'l L. 13 (1992), 259 (292): „it appears to be settled doctrine that, so far as the federal Constitution is concerned, alien suffrage is entirely discretionary – neither constitutionally compelled nor constitutionally forbidden“. Argumentation für die bundesverfassungsrechtliche Gebotenheit von *non-citizen voting* hingegen bei G. M. Rosberg, Mich. L. Rev. 75 (1977), 1092; a. A. (in unmittelbarer Auseinandersetzung mit Rosberg) J. B. Raskin, U. Pa. L. Rev. 141 (1993), 1391 (1431 ff.).

<sup>2063</sup> Vgl. J. B. Raskin, U. Pa. L. Rev. 141 (1993), 1391 (1421 ff.).

<sup>2064</sup> Vgl. J. B. Raskin, U. Pa. L. Rev. 141 (1993), 1391 (1423, dort in Fn. 174).

Kommunen in Maryland<sup>2065</sup>. Insoweit zeigt die Verfassungsgeschichte einen Wechsel von (nicht verfassungsrechtlichen, sondern politischen) ‚Selbstverständlichkeiten‘, welche die Staaten jeweils untereinander teil(t)en, und insoweit eine intensive bundesweite Homogenität trotz Verfassungsautonomie.<sup>2066</sup>

*d) Toleranz gegenüber direkt-demokratischer ‚Staatswillensbildung‘  
in den Einzelstaaten*

Ebenfalls Bezug zum Wahlrechtsföderalismus weist die *U.S. Supreme Court*-Entscheidung *Arizona State Legislature v. Arizona Independent Redistricting Commission* (2015)<sup>2067</sup> auf; vorliegend bemerkenswert ist dieses Judikat allerdings auch wegen seiner darüber hinausreichenden demokratietheoretischen Dimension: Das Urteil ist lesbar als ein gerichtliches Einfordern von bundesverfassungsrechtlicher Toleranz gegenüber direkt-demokratischer ‚Staatswillensbildung‘ in den Einzelstaaten. Angesprochen ist eine dynamische und operative Komponente der Verfassungsautonomie der Einzelstaaten, nämlich die Entscheidung der Einzelstaaten darüber, wie (also in welchen Verfahren) die Einzelstaaten ihre freie politische Willensbildung ins Werk setzen. Das von Ruth Bader Ginsburg verfasste Mehrheitsvotum war keinesfalls selbstverständlich, wie bereits die drei (‚konservativen‘) abweichenden Sondervoten zeigen<sup>2068</sup>; zudem bestand mit der Entscheidung *U.S. Term Limits, Inc. v. Thornton* (1995) Fallrecht, welches zwar nicht unmittelbar einschlägig war, aber tendenziell doch in eine andere Richtung wies<sup>2069</sup>.

---

<sup>2065</sup> Vgl. R. Hayduk, *Journal of International Migration and Integration* 16 (2015), 99 (109).

<sup>2066</sup> Vgl. einerseits J. K. Cogan, *Yale L. J.* 107 (1997), 473 (494): „*The 19th century, on the whole, felt comfortable enfranchising aliens*“; und J. B. Raskin, *U. Pa. L. Rev.* 141 (1993), 1391 (1423): „*mainstream history of alien suffrage*“, sowie andererseits dann zur Gegenwart ders., a. a. O. (1394): „*As a marker at the perimeter of the American body politic, the citizenship qualification carries the aura of inevitability that once attached to property, race, and gender qualifications.*“

<sup>2067</sup> 576 U.S. 787 (2015).

<sup>2068</sup> Von *Chief Justice* Roberts (mitgetragen von *Justices* Scalia, Thomas und Alito), von *Justice* Scalia (mitgetragen von *Justice* Thomas) und von *Justice* Thomas (mitgetragen von *Justice* Scalia).

<sup>2069</sup> Dies betont auch das abweichende Sondervotum von *Chief Justice* Roberts, vgl. *Arizona State Legislature v. Arizona Independent Redistricting Commission*, 576 U.S. 787 (2015), 824 (847); dagegen das Mehrheitsvotum a. a. O., 816 (dort in Fn. 24). In *U.S. Term Limits, Inc. v. Thornton*, 514 U.S. 779 (1995), hatte eine (ebenfalls ‚liberale‘) 5:4-Mehrheit des Gerichts entschieden, dass die Vorgaben der US-Bundesverfassung zur *passiven* Wahlberechtigung bei Wahlen zum Bundesorgan *U.S. Congress* abschließend seien; daher wurden einzelstaatenrechtliche Amtszeitbegrenzungen für Kandidaten bei Bundesparlamentswahlen für bundesverfassungswidrig erklärt – auch solche Amtszeitbegrenzungen, die durch direkt-demokratische Rechtsetzung in Einzelstaaten ins Werk gesetzt worden waren. In *U.S. Term Limits, Inc.* ging es nicht um die Organzuständigkeit auf Einzelstaatenebene (Parlament gegen ‚Volks‘-Gesetzgeber) sondern um die Verbandszuständigkeit (Bundesebene gegen Einzelstaaten); schon Letztere wurde verneint.

Das Gericht entschied, dass eine in Arizona im Wege *direkt*-demokratischer Rechtsetzung geschaffene Kommission, die *Arizona Independent Redistricting Commission* (AIRC), bundesverfassungsgemäß sei. Aufgabe der AIRC ist die regelmäßige Neubestimmung der Wahlkreise in Arizona für Wahlen zum Einzelstaatenparlament sowie – und dies ist der Bezug des Falls zum Wahlrechtsföderalismus – für Wahlen zum *Bundesparlament*.<sup>2070</sup> Ziel der Einrichtung der unabhängigen Kommission zur Wahlkreiseinteilung ist die Bekämpfung der Praxis von *partisan gerrymandering* (des parteipolitisch motivierten Wahlkreisumschnitts)<sup>2071</sup>).<sup>2072</sup> Das Parlament von Arizona hat gegen die Zuständigkeit der AIRC zur Wahlkreiseinteilung geklagt, soweit es um Wahlen zum Bundesparlament geht: Die Bundesverfassung räume in der – oben bereits erwähnten – *Elections Clause* (Art. I, Sec. 4, Cl. 1 USC – s. o. b u. § 4, B. II. 2.) ausschließlich den Einzelstaatenparlamenten, nicht aber dem direkt-demokratischen Gesetzgeber („Volk“) in den Einzelstaaten die Zuständigkeit ein, die Modalitäten für Wahlen zum Bundesparlament zu regeln.<sup>2073</sup> Das Parlament von Arizona bringt die Bundesverfassung insoweit also als eine sich selbst exekutierende (*self-executing*) *top-down*-Ingerenz gegen direkt-demokratische Rechtsetzung auf Einzelstaatenebene in Stellung. Die Gerichtsmehrheit „verteidigte“ demgegenüber die Zuständigkeit der direkt-demokratisch geschaffenen AIRC zum Wahlkreisumschnitt auch für Wahlen zum Bundesparlament gegen den Vorwurf der Bundesverfassungswidrigkeit (der Organkompetenzwidrigkeit). Das Votum der Gerichtsmehrheit ist als gerichtliche Sanktionierung einer Verbandsgrundrechtsposition des Einzelstaats Arizona lesbar – und wird aus-

<sup>2070</sup> Vgl. die Sachverhaltsschilderung in *Arizona State Legislature v. Arizona Independent Redistricting Commission*, 576 U.S. 787 (2015), 792: „*Proposition 106 amended Arizona’s Constitution to remove redistricting authority from the Arizona Legislature and vest that authority in an independent commission, the Arizona Independent Redistricting Commission (AIRC [...]). [...] the AIRC adopted redistricting maps for congressional as well as state legislative districts.*“

<sup>2071</sup> Als ‚*gerrymandering*‘ wird das Problem des räumlich verzerrten, insbesondere parteipolitisch motivierten Wahlkreisumschnitts bezeichnet. Zur Etymologie von ‚*gerrymander*‘ als Portmanteau vgl. *Arizona State Legislature v. Arizona Independent Redistricting Commission*, 576 U.S. 787 (2015), 791 (dort in Fn. 1): „*The term ‚gerrymander‘ is a portmanteau of the last name of Elbridge Gerry, the eighth Governor of Massachusetts, and the shape of the electoral map he famously contorted for partisan gain, which included one district shaped like a salamander.*“ Unterdessen, also nach der Entscheidung zur AIRC, hat der U.S. Supreme Court in *Rucho v. Common Cause*, 588 U.S. \_\_\_\_ (2019), entschieden, dass *partisan gerrymandering* eine *nicht-justiziable political question* darstelle. Im Bundesparlament gibt es Bestrebungen, bundesgesetzlich durch die Einführung von unabhängigen *Redistricting Commissions* auf Einzelstaatenebene gegen *partisan gerrymandering* vorzugehen, vgl. für einen ersten – zwar im Repräsentantenhaus erfolgreichen, jedoch im Senat erfolglosen – Versuch den *For the People Act of 2019* des 116th Congress (2019–2020); und dann erneut den *For the People Act of 2021* des 117th Congress (2021–2022), welcher nach Annahme durch das Repräsentantenhaus im Sommer 2021 im Senat blockiert wurde.

<sup>2072</sup> So jedenfalls auch die Deutung der Mehrheit des Gerichts, vgl. *Arizona State Legislature v. Arizona Independent Redistricting Commission*, 576 U.S. 787 (2015), 791.

<sup>2073</sup> So auch das abweichende Sondervotum von Chief Justice Roberts: *Arizona State Legislature v. Arizona Independent Redistricting Commission*, 576 U.S. 787 (2015), 824 (825 ff.).

drücklich mit den Topoi „Autonomie“ und „Souveränität“ gestützt<sup>2074</sup> (dazu näher die Rhetorikanalyse unten § 12, B. III. 3. b) bb)). Diese Verbandsgrundrechtsposition wird argumentativ als Abwehrposition des Einzelstaats gegenüber der Bundesverfassung als *self-executing top-down*-Ingerenz in Stellung gebracht.<sup>2075</sup> Das Gericht fordert damit Toleranz der Bundesverfassung gegenüber direkt-demokratischer ‚Staatswillensbildung‘ in den Einzelstaaten ein – und dies ausdrücklich auch in einem Bereich mit unmittelbarer *Relevanz für die Bundesebene*, nämlich im Bundeswahlrecht.<sup>2076</sup>

### 3. Deutschland: ‚Staat‘ und ‚Volk‘ unter Bundesverfassungsvorbehalt; Wahlrechtsunitarismus

#### a) Grundlegung im Südweststaat-Urteil: „Die Länder sind [...] Staaten [unter Vorbehalt]“

Für den grundgesetzlichen Föderalismus hat der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts die Verfassungsautonomie der Länder bereits im Jahr 1951 im Südweststaat-Urteil<sup>2077</sup> in ihren Grundlagen, Wirkungen und v. a. Grenzen entfaltet:

Anfang der 1950er Jahre war der Südwesten der Bundesrepublik Deutschland – aber auch der Bund – mit der Neugliederung der dort situierten Länder (Baden, Württemberg-Baden und Württemberg-Hohenzollern) befasst: Durch ein Bundesgesetz (das „Erste Neugliederungsgesetz“ gem. Art. 118 S. 2 GG<sup>2078</sup>) wurden zur Abwicklung der Neugliederung u. a. die Wahlperioden der Landtage Badens und

---

<sup>2074</sup> *Arizona State Legislature v. Arizona Independent Redistricting Commission*, 576 U.S. 787 (2015), 816 f., mit Hinweisen auf *Gregory v. Ashcroft*, 501 U.S. 452 (1991), und *Alden v. Maine*, 527 U.S. 706 (1999), 715; zu diesen Entscheidungen s. § 5, A. II. 2. b) bzw. § 5, A. III. 2. b).

<sup>2075</sup> In einer alternativen Lesart ließe sich die Verbandsgrundrechtsposition von Arizona als Position im verbandsingerenziellen *status activus* (dazu unten C.) stilisieren: Das Recht des Einzelstaats Arizona, über eine *bottom-up*-Ingerenz in selbstbestimmter Art und Weise auf die Bundesebene einzuwirken, wird gerichtlich gestützt.

<sup>2076</sup> Zu bemerken ist allerdings, dass das Mehrheitsvotum die Grenzen seiner Reichweite deutlich selbst benennt: Nach *Arizona State Legislature v. Arizona Independent Redistricting Commission*, 576 U.S. 787 (2015), 808 (dort in und bei Fn. 17), verlangt die Bundesverfassung Toleranz gegenüber direkt-demokratischen Prozessen in Einzelstaaten, zwar soweit es um *Rechtsetzung* geht, nicht aber, wenn andere (ingerenzielle) Funktionen (wie die Ratifizierung von Bundesverfassungsänderungen – dazu sogleich VII. 2.) geht. Hinzu kommt, dass es durchaus Bereiche gibt, in denen der Gestaltungsspielraum der Einzelstaaten von vorneherein mangels *Verbandszuständigkeit* bundesverfassungsrechtlich gesperrt ist; so etwa bei der passiven Wahlberechtigung bei Bundesparlamentswahlen, vgl. *U.S. Term Limits, Inc. v. Thornton* (s. o. in Fn. 2069).

<sup>2077</sup> BVerfGE 1, 14 (34 f.) – Südweststaat.

<sup>2078</sup> Erstes Gesetz zur Durchführung der Neugliederung in dem die Länder Baden, Württemberg-Baden und Württemberg-Hohenzollern umfassenden Gebiete gemäß Artikel 118 Satz 2 des Grundgesetzes vom 4. 5. 1951, BGBl. I S. 283.

Württemberg-Hohenzollerns verlängert. Der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts erklärte im ersten Teil des Südweststaat-Urteils das Erste Neugliederungsgesetz insoweit für verfassungswidrig. In der Begründung finden sich Ausführungen dazu, dass in der „Demokratie, wie sie das Grundgesetz will, [...] den Wahlberechtigten das Wahlrecht nicht auf einem in der Verfassung nicht vorgesehenen Wege entzogen oder verkürzt“ werden dürfe.<sup>2079</sup> Neben der Argumentation mit dem Demokratieprinzip verweist der Senat auch auf die ‚Staatlichkeit der Länder‘: „Die Länder sind als Glieder des Bundes Staaten mit eigener [...] staatlicher Hoheitsmacht. In ihren Bereich gehört die Gestaltung der verfassungsmäßigen Ordnung im Lande [...]. Dazu gehören auch die Vorschriften darüber, wie oft und bei welchen Gelegenheiten der Bürger von seinem Stimmrecht Gebrauch machen kann, und wann und unter welchen Voraussetzungen ein gewählter Landtag sein Ende findet. Solange die Länder bestehen [...], kann der Bund ohne Verletzung des im Grundgesetz garantierten bundesstaatlichen Prinzips in ihre Verfassungsordnung nicht eingreifen.“<sup>2080</sup> Diesem etatistischen Rückgriff des Zweiten Senats auf die ‚Staatlichkeit der Länder‘ zur Fundierung ihrer Verfassungsautonomie korrespondiert eine traditionell weit verbreitete Auffassung im Schrifttum, welche freilich nicht unhinterfragt geblieben ist.<sup>2081</sup> So hat etwa Christoph Möllers darauf hingewiesen, dass die „Fähigkeit der Länder zur Verfassungsgebung“ auch ohne Rückgriff auf ihre angebliche ‚Staatlichkeit‘ unmittelbar dem Grundgesetz entnommen werden könne.<sup>2082</sup>

<sup>2079</sup> BVerfGE 1, 14 (33) – Südweststaat.

<sup>2080</sup> BVerfGE 1, 14 (34) – Südweststaat.

<sup>2081</sup> In weiten Teilen des Schrifttums wird die Verfassungsautonomie (oder „Verfassungshoheit“ – s.o. in Fn. 2005) der Länder traditionell als „Emanation“ oder „Ausweis“ der Länderstaatlichkeit“ betrachtet, deutlich etwa *J. Isensee*, in: ders./P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VI, 3. Aufl., Heidelberg 2008, § 126, Rn. 80, m.w.N.; umgekehrt gelte jedoch: „Die Existenz einer Landesverfassung ‚beweist‘ noch nicht, da[ss] ihr Substrat Staatscharakter besitzt“, *J. Isensee*, a.a.O., Rn. 81; a.A. aber etwa *W. Hempel*, Der demokratische Bundesstaat, Berlin 1969, welcher a.a.O., S. 203, die „Verfassungsautonomie der Länder“ bejaht und a.a.O., S. 181, davon ausgeht, dass es unterscheidbare „Verfassungsrechtskreise des Bundes und der einzelnen Länder“ gibt, denen jeweils Teile der „politischen Leitungsgewalt“ zugeteilt sind, welcher aber a.a.O., S. 180, die Länder einer „einheitliche[n] Staatlichkeit“ im Gesamtstaat untergliedert; a.A. wohl auch *S. Storr*, Verfassungsgebung in den Ländern. Zur Verfassungsgebung unter den Rahmenbedingungen des Grundgesetzes, Stuttgart u.a. 1995, S. 58: „Verfassungshoheit [...] ist aber weder Voraussetzung noch Folge von Staatlichkeit [... sondern] lediglich Teil [des] Machtmonopols [des Staates]“, beachte dann freilich a.a.O., S. 83: „jeder Staat hat notwendigerweise eine Verfassung“; referierend-kritisch zur verbreiteten „Ausweis“-Formel der wohl h.M. sowie zu den beiden zitierten Gegenmeinungen von Storr und Hempel *C. Möllers*, Staat als Argument, 2. Aufl., Tübingen 2011, S. 365 f., m.w.N.; vgl. dort die Hinweise darauf, dass die Verfassungsautonomie der Länder (verzichtbarerweise) regelmäßig der Abgrenzung von bloßen Selbstverwaltungskörperschaften (mit bloßer gesetzlich gerahmter Satzungsgewalt) diene und auch ohne Rückgriff auf die ‚Staatlichkeit‘ dem Grundgesetz entnommen werden könne.

<sup>2082</sup> Vgl. *C. Möllers*, Staat als Argument, 2. Aufl., Tübingen 2011, S. 366; zuvor etwa auch der bei Möllers genannte *W. Hempel*, Der demokratische Bundesstaat, Berlin 1969, S. 180 f., 203.



Für den Zweiten Senat des Bundesverfassungsgerichts fungiert die ‚Staatlichkeit der Länder‘ jedoch neben dem Demokratieprinzip als ein „argumentative[r] Ausgangspunkt, vor dessen Hintergrund sich bundesverfassungsrechtliche Einschränkungen rechtfertigen müssen“ (Möllers)<sup>2083</sup> – und nach Auffassung des Gerichts u. U. auch durchaus rechtfertigen lassen: Die Position der Verfassungsautonomie gilt – wie bereits erwähnt – nicht absolut, sondern wird u. a. durch das Homogenitätsprinzip des Art. 28 Abs. 1, Abs. 3 GG sowie Spezialvorschriften wie Art. 118 GG begrenzt. Zwar hat der Senat im Südweststaat-Urteil keine bundesverfassungsrechtliche Rechtfertigung für die Verkürzung der Wahlperioden der Landtage ausfindig machen können. Allerdings hat Möllers darauf hingewiesen, dass der Senat die bundesgesetzliche Regelung der Landtagswahlperioden wohl durchaus als bundesverfassungsmäßige Einschränkung aufrechterhalten hätte, wenn das Grundgesetz hierzu eine klarere Ermächtigung als diejenige des Art. 118 S. 2 GG enthalten hätte.<sup>2084</sup> Insoweit stehen die ‚Staatlichkeit der Länder‘ und ihre ‚Verfassungsautonomie‘ nach der Rechtsprechung also unter Bundesverfassungsvorbehalt. Das gilt sogar für die (Fort-)‚Existenz‘ eines Landes-,Staatsvolks‘: Im zweiten Teil der Südweststaat-Entscheidung<sup>2085</sup> hat der Zweite Senat das Badische Staatsvolk zwar anerkannt, aber letztlich nicht gegen seine ‚Auflösung‘ im neuen ‚Staatsvolk‘ Baden-Württembergs geschützt, da die Bundesverfassung diese ‚Auflösung‘ im Wege des direkt-demokratischen Neugliederungsverfahrens nach Art. 118 S. 2 GG ermögliche.<sup>2086</sup>

### *b) Relativierungen der freien ‚Staatswillensbildung‘ der Länder*

Im Südweststaat-Urteil wurde die Bundesverfassungsrelativität der ‚Staatlichkeit der Länder‘ deutlich ausbuchstabiert. Freilich ging es um die außergewöhnliche Konstellation der Neugliederung bestimmter Länder, für welche in Art. 118 GG zudem eine spezifische bundesverfassungsrechtliche Regelung vorlag. Alltägli-

<sup>2083</sup> So die Charakterisierung der Funktion der ‚Staatlichkeit der Länder‘ bei C. Möllers, Staat als Argument, 2. Aufl., Tübingen 2011, S. 370.

<sup>2084</sup> Vgl. C. Möllers, Staat als Argument, 2. Aufl., Tübingen 2011, S. 353 f.

<sup>2085</sup> Vgl. BVerfGE 1, 14 (40 ff.) – Südweststaat. Im zweiten Teil der Entscheidung ging es um die Verfassungsmäßigkeit des Zweiten Gesetzes über die Neugliederung in den Ländern Baden, Württemberg-Baden und Württemberg-Hohenzollern v. 4.5.1951, BGBl. I S. 284 ff. Das Zweite Neugliederungsgesetz bestimmt „das Nähere über die Durchführung einer Volksabstimmung, macht von dem Ergebnis der Volksabstimmung abhängig, welche neue staatliche Ordnung an die Stelle der bisherigen tritt, und regelt im einzelnen die Überführung der alten in die neue Ordnung“, vgl. a. a. O. (40).

<sup>2086</sup> Vgl. BVerfGE 1, 14 (50) – Südweststaat: „Das Land Baden ist als Glied des Bundes ein Staat, zu dem notwendigerweise ein Staatsvolk gehört. Dieses Staatsvolk [...] besitzt in der Demokratie jenes Selbstbestimmungsrecht. Entscheidend ist aber, daß Baden als Gliedstaat des Bundes nicht selbständig und unabhängig, sondern in die bundesstaatliche Ordnung einbezogen ist, die seine Hoheitsmacht in verschiedener Richtung beschränkt.“ Oder, in den Worten von C. Möllers, Staat als Argument, 2. Aufl., Tübingen 2011, S. 354: „Die Identifikation der einzugliedernden Bevölkerung mit einem Staatsvolk hilft diesem [sic!] nicht weiter.“



chere, aus der operativen Verfassungspraxis der ‚Staatswillensbildung‘ erwachsende Fragestellungen der Länder waren Gegenstand zweier Urteile des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 1958<sup>2087</sup>:

Das Gericht erklärte konsultative ‚Volks‘-Befragungen „über Atomwaffen“ in den Ländern Hamburg und Bremen sowie in Kommunen des Landes Hessen für bundesverfassungswidrig, da die Sachfrage in den ausschließlichen Verbandskompetenzbereich des Bundes für die „Gesamtaufgabe ‚Verteidigungswesen‘“<sup>2088</sup> falle.<sup>2089</sup> Direkt-demokratische Vorgänge in den Ländern werden hier vom Senat unter einen eingriffsintensiven Bundesverfassungsvorbehalt gestellt, insbesondere unter einen Verbandskompetenzvorbehalt: Intensiv ist dieser Vorbehalt, da ein Verbandskompetenzverstoß nach der Auffassung des Senats bereits dann vorliegen kann, wenn eine Materie der Bundeskompetenzen – wie vorliegend „Verteidigung“ – zwar nicht unmittelbar durch die Länder im Wege der (‚Volks‘-)Gesetzgebung geregelt wird, jedoch durch Volksbefragungen politischer Druck evoziert wird, welcher – in den Worten des Senats – einen „Landesstaatswillen bilden [soll], um ihn dem verfassungsmäßig gebildeten Bundesstaatswillen entgegenzusetzen“.<sup>2090</sup> Von einer etwaigen Verbandsgrundrechtsposition der Länder in Gestalt eines allgemein-politischen Mandats, sei dieses nun etatistisch (als Ausfluss der ‚virtuellen Allzuständigkeit des Staates‘)<sup>2091</sup> oder ‚demokratie‘-theoretisch (als Ausdruck von parlamentarisch-demokratischer „Ko-Responsivität“ – Alexis v. Komorowski<sup>2092</sup> – oder „normativer Demokratiefähigkeit“ – Christoph Möllers<sup>2093</sup>) grundiert, kann angesichts dieser Rechtsprechung zur Einschränkung von ‚Volks‘-Befragungen durch bundesverfassungsrechtliche Kompetenznormen kaum noch die Rede sein. Die

<sup>2087</sup> Vgl. BVerfGE 8, 104 (116 ff.) – Volksbefragung; BVerfGE 8, 122 (138) – Volksbefragung Hessen.

<sup>2088</sup> BVerfGE 8, 104 (116) – Volksbefragung.

<sup>2089</sup> BVerfGE 8, 104 (116 ff.) – Volksbefragung; BVerfGE 8, 122 (138) – Volksbefragung Hessen. In der Entscheidung zu den Volksbefragungen in Hessischen Kommunen stellte sich die zusätzliche Problematik, dass nur die Länder, nicht aber der Bund im Rahmen der Kommunalaufsicht gegen die rechtswidrigen Befragungen vorgehen durfte; das Gericht stellte jedoch eine Pflicht des Landes aus dem Grundsatz bundesfreundlichen Verhaltens fest, zur Wahrung der grundgesetzlichen Verbandskompetenzordnung gegen die rechtswidrigen Befragungen in ‚seinen‘ Kommunen einzuschreiten.

<sup>2090</sup> BVerfGE 8, 104 (118) – Volksbefragung.

<sup>2091</sup> In diese Richtung etwa H. Eicher, Der Machtverlust der Landesparlamente, Berlin 1988, S. 47 f.; referierend zum etatistischen Argument J. Masing, Parlamentarische Untersuchungen privater Sachverhalte, Tübingen 1998, S. 117 – hierzu unten § 12, B. I. 3. b) bb).

<sup>2092</sup> A. v. Komorowski, Der Staat 37 (1998), 122 (138 f.), mit Hinweisen auf Konrad Hesse und Karl Marx; daran anschließend M. Boewe, Die parlamentarische Befassungskompetenz unter dem Grundgesetz. Eine Untersuchung zum allgemeinpolitischen Mandat von Volksvertretungen, Berlin 2001, S. 24, 85 ff. – näher dazu unten § 12, B. III. 3. c) bb).

<sup>2093</sup> C. Möllers, Staat als Argument, 2. Aufl., Tübingen 2011, S. 363 f. – dazu auch unten § 12, B. III. 3. c) bb).

Entscheidungen des Zweiten Senats sind daher im Schrifttum auf Kritik gestoßen<sup>2094</sup>, was später im Zusammenhang mit den Ausführungen zur föderalen Demoikratie des Grundgesetzes aufzugreifen ist (s. u. § 12, B. III. 3. c) bb)).

Das Urteil zur Kompetenzwidrigkeit der konsultativen Atomwaffen-Volksbefragungen in den norddeutschen Stadtstaaten ist aus einem weiteren Grund bemerkenswert: Der Zweite Senat setzt sich außerdem – in einem *obiter dictum*<sup>2095</sup> – mit der Frage auseinander, ob die Volksbefragung deshalb verfassungsgemäß sein könnte, weil sie auf eine „Instruktion“ der Bundesratsmitglieder des betreffenden Landes – und damit auf die Ausübung einer dem Land durch das Grundgesetz eingeräumten *bottom-up*-Mitwirkungsingerenz gerichtet sein könnte. Das Gericht verneint diese Frage: „Eine ‚Instruktion‘ der Mitglieder der Landesregierung im Bundesrat durch das Landesvolk, auch eine bloß rechtlich unverbindliche in der Weise, daß sich die Vertreter im Bundesrat daran orientieren und sie zur Richtschnur ihres Handelns im Bundesrat machen, ist nach der Struktur des Bundesrats ausgeschlossen.“<sup>2096</sup> Hier greift der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts erheblich in die Modalitäten der ‚Willensbildung‘ in den Ländern im Vorfeld der Ausübung ihrer *bottom-up*-Mitwirkungsingerenzen ein. Ein Vergleich mit der oben geschilderten Entscheidung *Arizona State Legislature v. Arizona Independent Redistricting Commission* (2015 – s. o. 2. d)) unterstreicht aus komparatistischer Sicht, dass ein solcher Eingriff keinesfalls ‚selbstverständlich‘ ist. Bei einer Mindermeinung im Schrifttum ist die Rechtsprechung des Zweiten Senats u. a. mit Verweis auf ‚demokratie‘-theoretische Erwägungen auf Kritik gestoßen<sup>2097</sup>; diese Kritik wird ebenso wie vereinzelt neuere landesverfassungsrechtliche Korrektur- und Relativierungsversuche für den Bereich des Europaverfassungsrechts (Art. 34a BWVerf, Art. 70 Abs. 4 BayVerf) später im Kontext einer Theorie der ‚Demoikratie‘ aufgegriffen (s. dazu unten § 12, B. III. 3. b) bb)).

Damit hat das Bundesverfassungsgericht bereits in den 1950er Jahren den im Südweststaat-Urteil grundgelegten tiefgehenden Bundesverfassungsvorbehalt für die ‚staats‘-organisationsbezogene Verfassungsautonomie und die ‚Staatswillensbildung‘ der Länder bestätigt.

<sup>2094</sup> Hierzu (und zu Gegenstimmen) die ausf. Nachw. unten in Fn. 4341 ff. (in § 12, B. III. 3. c) bb) im Abschnitt zur föderalen Demoikratie).

<sup>2095</sup> Im Schrifttum werden diese Ausführungen des Gerichts zum Teil als bloßes *obiter dictum* qualifiziert: R. Streinz, in: FS Vedder, Baden-Baden 2017, S. 770 (778); ebenso W. Schwanengel, DÖV 2014, 93 (102). Zur Begründung für die Einordnung als *obiter dictum* führt Streinz, a. a. O., aus, dass bereits die Verbandskompetenz der Länder fehle (und es daher auf die Frage nach der [Nicht-]Instruierbarkeit der Bundesratsmitglieder für die Entscheidung nicht ankomme). Der Zweite Senat leitet das *obiter dictum* auch relativ explizit als solches ein, wenn er schreibt: „Unabhängig davon gilt folgendes: Der Bundesrat ist ein Verfassungsorgan des Bundes [...]“, BVerfGE 8, 104 (120) – Volksbefragung.

<sup>2096</sup> BVerfGE 8, 104 (121) – Volksbefragung.

<sup>2097</sup> S. die ausführlichen Nachweise unten in Fn. 2335 (in C. III. 1. zum *status activus*) u. Fn. 4320 (in § 12, B. III. 3. b) bb) im Abschnitt zur föderalen Demoikratie).

c) *Wahlrechtsunitarismus (Wahlrechtsnationalismus):  
kein Wahlrecht für Ausländerinnen und Ausländer*

Jahrzehnte später<sup>2098</sup> bekräftigten zwei Entscheidungen des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 1990 den tiefgehenden Bundesverfassungsvorbehalt für die ‚staats‘-organisationsbezogene Verfassungsautonomie der Länder im Bereich des Wahlrechts: Der Senat sprach die Verfassungswidrigkeit der Öffnung des Wahlrechts für Ausländerinnen und Ausländer bei Kommunal- bzw. Bezirksversammlungenwahlen in den Ländern Schleswig-Holstein bzw. Hamburg aus.<sup>2099</sup>

Um zu diesem Ergebnis zu kommen, behauptete<sup>2100</sup> der Senat erstens, dass die „Staatsgewalt in der Bundesrepublik Deutschland [...] nach dem Grundgesetz von den Deutschen, also den deutschen Staatsangehörigen“<sup>2101</sup> ausgehe, und – zweitens – dass diese nationalistische<sup>2102</sup> Staatsvolksdemokratiekonzeption über Art. 28 Abs. 1 GG auch für Länder und Kommunen föderal verbindlich sei, da das Grundgesetz für „alle Gebietskörperschaften auf dem Territorium der Bundesrepublik Deutschland die Einheitlichkeit der demokratischen Legitimationsgrundlage“ fordere.<sup>2103</sup> Wahlrecht für Ausländerinnen und Ausländer wird von der herrschenden Meinung dergestalt für alle föderalen Ebenen einem (gewissermaßen selbst-exekutierenden) Bundesverfassungsvorbehalt unterworfen. Teilweise wird gar ein *Über-Bundes-*

---

<sup>2098</sup> In den 1970er und 1980er Jahren ergingen Entscheidungen zur Verfassungsautonomie der Länder mit *verfassungsprozessualen* Implikationen, betreffend einer Zuständigkeitsrücknahme des Bundesverfassungsgerichts zu Gunsten der Zuständigkeit der Landesverfassungsgerichte, vgl. aus dem Jahr 1974: BVerfGE 36, 342 – Niedersächsisches Landesbesoldungsgesetz (zur Abgrenzung der Zuständigkeiten von Landesverfassungsgerichten und Bundesverfassungsgericht bei gleichlautendem außer-individualgrundrechtlichem Verfassungsrecht); sowie aus dem Jahr 1982: BVerfGE 60, 175 – Startbahn West (der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts überprüft aufgrund einer Individualverfassungsbeschwerde eine Entscheidung des Landesverfassungsgerichts von Hessen über die Zulassung eines Volksbegehrens *nicht* – außer mit Blick auf die Justizgrundrechte).

<sup>2099</sup> BVerfGE 83, 37 – Ausländerwahlrecht I (zum schleswig-holsteinischen Kommunalwahlrecht); BVerfGE 83, 60 – Ausländerwahlrecht II (zum Bezirksversammlungenwahlrecht in Hamburg).

<sup>2100</sup> H. Meyer, JZ 2016, 121 (121 f.), spricht – kritisch – von einer „fixen Idee“ und einer Suspendierung der Regeln der Verfassungenauslegung. Meyers Augenmerk liegt freilich nicht auf dem föderalen Aspekt, sondern auf dem demokratietheoretischen Aspekt, also auf der ersten der im Fließtext unterschiedenen Fragen.

<sup>2101</sup> BVerfGE 83, 37 (51) – Ausländerwahlrecht I.

<sup>2102</sup> Deutlich (kritisch) zum nationalistischen Impetus der Argumentation H. Meyer, JZ 2016, 121 (122): Das Bundesverfassungsgericht (und ihm folgend StGH Bremen, Urt. v. 21.01.2014 – St 1/13) „wandeln das Demokratieprinzip unzulässig und zugleich gegen Art. 79 Abs. 3 GG verstoßend in ein das Demokratieprinzip absolut dominierendes Nationalstaatsprinzip um.“

<sup>2103</sup> BVerfGE 83, 37 (53) – Ausländerwahlrecht I.

verfassungsrang (i. S. v. Art. 79 Abs. 3 GG) behauptet;<sup>2104</sup> jedenfalls eine solche Argumentation erscheint ‚demokratie‘-theoretisch sehr fragwürdig – hier gibt es Parallelen zur aktuellen Diskussion um die Einführung von Parité-Vorgaben im Wahlrecht (dazu näher unten im Kontext einer Theorie föderaler ‚Demoikratie‘ – s. u. § 12, B. III. 3. a) ee)).

Dass dieses starre nationalistisch-unitaristische Einheitlichkeitspostulat mit Blick auf das demokratische Legitimationssubjekt Alternativen hat, wird etwa bei einem Blick in die US-amerikanische Verfassungsgeschichte mit der – zeitweilig – ausgeprägten Praxis des *non-citizen votings* deutlich (s. o. 2. c)).

#### 4. Fazit und Ausblick: ‚Staats‘-Organisation und autonome Demokratieverwirklichung unter Vorbehalt

Ein Austarieren zwischen der ‚staats‘-organisationsbezogenen Verfassungsautonomie föderierter Einheiten und Homogenitätsbestrebungen der Bundesebene findet in den beiden Föderationen insbesondere in folgenden Bereichen des ‚Staats‘-Organisationsrechts statt<sup>2105</sup>: im Wahlrecht (s. o. 2. b) u. c) sowie 3. c))<sup>2106</sup> und bei anderen Fragen der Kreation von Verfassungsorganen der föderierten Einheiten (s. o. 3. a)), bei Vorgaben für die Wahrnehmung von *bottom-up*-Mitwirkungsingenzen durch die föderierten Einheiten auf Bundesebene (s. o. 2. d) sowie 3. b)), bei der Ausgestaltung und den Grenzen der ‚Staatswillensbildung‘ der föderierten Einheiten, insbesondere hinsichtlich direkt-demokratischer Abstimmungen in den föderierten Einheiten (s. o. 2. d) sowie 3. b))<sup>2107</sup>, sowie bei organisatorischen Fragen

<sup>2104</sup> Nach S. Huster/J. Rux, in: V. Epping/C. Hillgruber, BeckOK Grundgesetz, 48. Ed., München 2021, Art. 20, Rn. 68, dürfe auch der verfassungsändernde Gesetzgeber kein Wahlrecht für Nicht-Staatsangehörige einführen. Huster und Rux verweisen in diesem Zusammenhang auf BVerfGE 83, 37 (52) – Ausländerwahlrecht I; die zitierte Stelle gibt diese Aussage aber (jedenfalls) nicht (eindeutig) her. Zutreffend ist freilich der ebenfalls a. a. O. gemachte Hinweis auf die Möglichkeit, statt einer Ausweitung des Legitimationssubjekts in der Verfassung als funktionales Äquivalent das Staatsangehörigkeitsrecht einfach-rechtlich zu ändern (dazu für die USA auch schon oben in Fn. 2055).

<sup>2105</sup> Vgl. für die USA die Aufzählung von Einzelaspekten der Verfassungsautonomie der Einzelstaaten bei D. J. Merritt, Colum. L. Rev. 88 (1988), 1 (41), m. w. N.; vgl. für einige Beispielaspekte der Verfassungsautonomie der deutschen Länder am Beispiel der Niedersächsischen Verfassung die lehrbuchartige Aufzählung in BVerfGE 36, 342 (361 f.) – Niedersächsisches Landesbesoldungsgesetz.

<sup>2106</sup> Dazu, dass bundesrechtliche Vorgaben für Wahlen in den föderierten Einheiten auch als Verbandskompetenzprobleme (und nicht nur als Verbandsingenzenprobleme) begriffen werden können: s. o. § 5, A. II. 1. – dort in Fn. 1390.

<sup>2107</sup> Vgl. für die USA insbesondere *Arizona State Legislature v. Arizona Independent Redistricting Commission*, 576 U.S. 787 (2015) – s. o. 2. d; für das Grundgesetz vgl. etwa BVerfGE 8, 104 (116 ff.) – Volksbefragung, BVerfGE 8, 122 – Volksbefragung Hessen, s. o. 3. b), zur Bundesverfassungswidrigkeit (Kompetenzwidrigkeit) von geplanten konsultativen Volksbefragungen in Ländern und Kommunen einerseits sowie BVerfGE 60, 175 (207 ff.) – Startbahn West, s. o. bei Fn. 2098, zur Bundesverfassungsmäßigkeit (und zur zu-

im engen Sinn wie beispielsweise der Einrichtung von Behörden<sup>2108</sup> oder der Entscheidung über den Regierungssitz (s.o. 2. a)) von föderierten Einheiten. In den vorstehenden Ausführungen wurde ‚Verfassungsautonomie‘ der föderierten Einheiten also weit verstanden und über Fragen der Kreation von Organen und des Wahlrechtsföderalismus hinaus auch eine dynamische operative Komponente mitbetrachtet: Die Verfassungsautonomie der föderierten Einheiten setzt sich durch die fortgesetzte ‚Staatswillensbildung‘ überhaupt erst ins Werk; auch hier entfalten Verbandsgrundrechtspositionen der föderierten Einheiten normative Wirkungen.

Strukturell gemeinsam ist beiden föderalen Verfassungsordnungen dabei eine mehr oder weniger intensive Bundesverfassungsrechtsrelativität der ‚staats‘-organisationsrechtlichen Verfassungsautonomie der föderierten Einheiten: Zwar wird im Ausgangspunkt die Verfassungsautonomie der Einzelstaaten und Länder festgestellt und gewürdigt, dann aber unter den einschlägigen Voraussetzungen der Bundesverfassung als – freilich wiederum begrenzt – einschränkbar behandelt (s.o. 1. b), 2. a) u. 3. a)). Die Einschränkung ist zum Teil sehr weitgehend, so etwa im Wahlrecht: Vor allem unter dem Grundgesetz, seit dem 20. Jahrhundert aber immer stärker auch unter der US-Verfassung lässt sich von einem intensiven Wahlrechtsunitarismus sprechen (s.o. 2. c) u. 3. c)). Unterschiedlich ist das Maß der bundesverfassungsrechtlichen Toleranz gegenüber direkt-demokratischer ‚Staatswillensbildung‘ in den föderierten Einheiten mit Bezug zu bundesweit bedeutsamen Fragen – diese steht unter dem Grundgesetz teilweise unter einem strengen Bundesverfassungsvorbehalt (s.o. 3. b)); in den USA gibt es hier tendenziell mehr Spielraum für die Einzelstaaten (s.o. 2. d) – hierzu näher unten beim ‚demokratischen Föderalismus‘ – s.u. § 12, B. III. 3. b) bb)).

Hinzu kommt die tatsächlich – jedenfalls partiell ‚überobligatorisch‘ (also nicht rechtlich erzwungen, sondern ‚frei‘ gewählt) – geringe Gestaltungsvielfalt unter den Verfassungen der föderierten Einheiten im ‚staats‘-organisationsbezogenen Bereich (s.o. 1. b)). Hier könnten sich zwar gerade gewisse Gegentendenzen verfestigen (vgl. u. a. die Wahlrechtsvorschlags-Parité-Gesetzgebung in einigen Ländern)<sup>2109</sup>, aller-

---

rückgenommenen Prüfungsdichte des Bundesverfassungsgerichts hinsichtlich) eines Volksbegehrens in einem Land andererseits.

<sup>2108</sup> Vgl. etwa *Highland Farms Dairy, Inc. v. Agnew*, 300 U.S. 608 (1937).

<sup>2109</sup> Man betrachte weiterhin beispielsweise die – vorerst (im Jahr 2018) freilich (an der damaligen parlamentarischen Opposition im Landtag) gescheiterte – Initiative zu einer Änderung der Bayerischen Verfassung mit Blick auf eine Amtszeitbegrenzung für die Ministerpräsidentin oder den Ministerpräsidenten, hierzu A. Gorskiy, DÖV 2019, 21 ff. Außerdem ist auf geänderte bzw. neue landesverfassungsrechtliche Normen wie Art. 34a BWVerf oder Art. 70 Abs. 4 S. 2 BayVerf hinzuweisen, welche für Angelegenheiten der Europäischen Union eine Einflussnahme des Landesparlaments auf das Verhalten der Vertreterinnen und Vertreter des Landes im Bundesrat vorsehen; hierzu R. Streinz, in: FS Vedder, Baden-Baden 2017, S. 770 ff., sowie näher unten in und bei Fn. 2336 (in C. III. 1. zum *status activus*). Schließlich ist im Bereich direkt-demokratischer, partizipatorischer Elemente eine behutsame Verselbstständigung landesverfassungsrechtlicher ‚Demokratie‘-Konzeptionen auszumachen, so etwa bei der Entkopplung der (rechtlich unverbindlichen) ‚Einwohnerinitiative‘ nach der

dings werden diese Bemühungen nicht selten an bundesverfassungsrechtliche Grenzen – z. T. mit angeblichem Über-Verfassungsrang – verwiesen<sup>2110</sup> (zur Parité näher unten im Kontext mit föderaler ‚Demoikratie‘ – s. u. § 12, B. III. 3. a) ee)).

Wird die Verfassungsautonomie der föderierten Einheiten als Grenze von Bundesingenzenzen stark gemacht, so erfolgt dies in beiden Föderationen häufig mit Hinweis auf eine etatistische Fundierung (‚statehood‘<sup>2111</sup>; ‚Staatlichkeit‘<sup>2112</sup>, ‚Souveränität‘<sup>2113</sup>). Stellenweise wird – additiv oder substitutiv<sup>2114</sup> – auf die eigenständige demokratische Legitimation der föderierten Einheiten und ihre „normative Demokratiefähigkeit“ (Möllers) verwiesen.<sup>2115</sup> Aus rhetorischer Sicht begegnet in den USA der Topos der „Würde“ der Einzelstaaten und wird – im Sinne der Entwürdigungsrhetorik – mit den früheren Kolonien als Negativfolie gearbeitet.<sup>2116</sup> In Deutschland herrschen die prosaische Rede von der ‚Eigenstaatlichkeit der Länder‘ oder demokratietheoretische Argumente vor (näher unten bei der Rhetorikanalyse § 12, B. III. 3.).

Aus akteurs- und wirkungsdimensionsbezogener Perspektive (hierzu allgemein oben § 3, C. u. später § 8) fällt ins Auge, dass in den USA zur Ingerenzausübung im Bereich der Verfassungsautonomie häufig ‚immerhin‘ *bundesgesetzgeberisches Handeln (enforcement)* erforderlich ist<sup>2117</sup>, während in Deutschland die Bundes-

---

Verfassung von Berlin (1995) von der Staatsangehörigkeit, vgl. Art. 61 VvB. In Sachsen wird im schwarz-grün-roten Koalitionsvertrag für die Zeit von 2019 bis 2024 die Absicht erklärt, „zu prüfen, wie das System der Volksgesetzgebung sinnvoll durch das weitere Instrument eines Volkseinwands ergänzt werden kann“, Erreichtes bewahren. Neues ermöglichen. Menschen verbinden. Gemeinsam für Sachsen, Koalitionsvertrag 2019 bis 2024, S. 111; hierzu (kritisch) *H. K. Heußner/A. Pautsch*, NJ 2020, 89 ff. (dazu sogleich auch in Fn. 2110 a. E.).

<sup>2110</sup> Zu Art. 79 Abs. 3 GG beim Wahlrecht für Ausländerinnen und Ausländer s. o. bei Fn. 2104; bei Vorgaben zur Geschlechter-Parité bei Wahlvorschlägen s. bei Fn. 4290. Ein aktuelleres Beispiel dafür, dass Innovationen in Landesverfassungen schnell mit über-verfassungsrechtlichen Bedenken konfrontiert werden: *H. K. Heußner/A. Pautsch*, NJ 2020, 89 (92 f.), zur Über-Landesverfassungswidrigkeit des geplanten ‚Volkseinwands‘ in der Sächsischen Verfassung (gemessen an der landesverfassungsrechtlichen Ewigkeitsklausel in Art. 74 Abs. 1 S. 2 SächsVerf).

<sup>2111</sup> S. o. 2. a).

<sup>2112</sup> S. o. 3. a).

<sup>2113</sup> S. o. 2. d).

<sup>2114</sup> Anschaulich wird das Changieren zwischen Etatismus und Demokratietheorie etwa in der Diskussion über das ‚allgemein-politische Mandat‘ der deutschen Länder, welches zum Teil mit der ‚virtuellen Allzuständigkeit eines Staats‘, zum Teil mit der „normativen Demokratiefähigkeit“ (Möllers) der Länder fundiert wird – s. o. 3. b).

<sup>2115</sup> S. o. 2. d) (USA) bzw. 3. a) u. b) (Deutschland).

<sup>2116</sup> S. o. Fn. 2036 u. 2049.

<sup>2117</sup> S. insbesondere die Beispiele zum *Voting Rights Act*: s. o. 2. b); beachte andererseits freilich die Konstellationen, in denen Streit darüber bestand, inwieweit die US-Bundesverfassung *self-executing* als Grenze von (etwaigen) Verbandsgrundrechtspositionen der Einzelstaaten wirkt, so in *U.S. Term Limits, Inc. v. Thornton*, 514 U.S. 779 (1995), und in *Arizona State Legislature v. Arizona Independent Redistricting Commission*, 576 U.S. 787 (2015) – s. o. 2. d).

verfassung selbst-vollziehend (bzw. gerichtlich sanktioniert) Grenzen zieht<sup>2118</sup>. In den USA bildet sich dergestalt im Wahlrecht eine Gemengelage aus formellen Änderungen der Bundesverfassung, darauf aufsetzender „*enforcement*“-Gesetzgebung des Bundesparlaments und teilweise relativierend-temperierender<sup>2119</sup> Rechtsprechung des *U.S. Supreme Court*<sup>2119</sup> (hierzu ferner § 8, C. I. 3. b)).

## VII. Grenzen von Einmischungen durch Bundesverfassungsänderungen als Meta-Ingerenzen

Im Wege der förmlichen Bundesverfassungsänderung gemäß Art. V USC und Art. 79 GG können u. a.<sup>2120</sup> föderalismusverfassungsrechtliche Regelungen zu Verbandskompetenzen, Verbandsingerenzen und Verbandsgrundrechtspositionen verändert werden, was daher oben – rhetorisch überspitzt – als potenzielle föderalismusverfassungsrechtliche „*nuclear option*“ bezeichnet wurde (s. o. § 4, A. II. 4. b) cc)). Bundesverfassungsänderungen sind insoweit ihrerseits Ingerenzen auf einer föderalismusverfassungsrechtlichen *Meta*-Ebene (s. bereits oben a. a. O.). Daher wurden Bundesverfassungsänderungen in den vorstehenden Ausführungen bei einigen Fallgruppen bereits vereinzelt angesprochen.<sup>2121</sup> Änderungen des Verbandskompetenz- oder Verbandsingerenzbestands durch Bundesverfassungsänderungen können zu ‚Lasten‘ der Bundesebene oder zu ‚Lasten‘ der föderierten Einheiten gehen. Je nachdem, in welche Richtung die Bundesverfassungsänderung weist, lässt sich die Bundesverfassungsänderung als *bottom-up*- bzw. als *top-down*-Meta-Ingerenz begreifen. Im Folgenden sollen *top-down*-Meta-Ingerenzen – also die Einflussnahme auf den Kompetenz- oder Ingerenzbestand der föderierten Einheiten – sowie etwaige Grenzen dieser Meta-Ingerenzen, welche sich aus den Verbandsgrundrechtspositionen der föderierten Einheiten ergeben, betrachtet werden:

<sup>2118</sup> S. insbesondere die Beispiele zum Wahlrecht für Ausländerinnen und Ausländer, s. o. 3. c) sowie zur Geschlechter-Parité bei der passiven Wahlberechtigung, s. § 12, B. III. 3. a) ee).

<sup>2119</sup> S. o. 2. b).

<sup>2120</sup> Änderungen der Bundesverfassung können gegenständlich freilich auch den außer-föderalismusverfassungsrechtlichen Teil der Bundesverfassung, etwa die Organisation der Bundesebene, Individualgrundrechte oder Staatsziele betreffen.

<sup>2121</sup> So etwa bei den Verbandskompetenzen zum Recht der Landesbeamten als funktionales Gesetzgebungsreservat (vgl. Art. 74 Abs. 1 Nr. 27 GG n. F.; s. o. § 5, A. II. 3. b)), bei den Verbandskompetenzen zum Recht der Staatshaftung der Länder (vgl. Art. 74 Abs. 1 Nr. 25 GG n. F.; s. o. § 5, A. III. 3. c)), bei den Rechtsgrundlagen für inhaltlich bedingte Bundesfinanzhilfen (vgl. Art. 104b ff. GG n. F.; s. o. IV. 3. c)) und bei Fragen des US-amerikanischen Wahlrechtsunitarismus (vgl. u. a. den XV. Zusatzartikel zur US-Verfassung; s. o. VI. 2. b)).



### 1. „Politische Selbsterhaltung“ durch Bundesverfassungsänderungsgrenzen

Föderalismusverfassungsrechtlich relevante Bundesverfassungsänderungen in Gestalt von *top-down*-Meta-Ingerenzen, beispielsweise die ‚Hochzonung‘ von Verbandskompetenzen von den föderierten Einheiten zur Bundesebene können in beiden hier untersuchten Föderationen nicht grenzenlos erfolgen, sondern werden durch Verbandsgrundrechtspositionen der föderierten Einheiten begrenzt. Hierin mag man eine ‚letzte‘ Sicherung der „politischen Selbsterhaltung“ der föderierten Einheiten erblicken:

#### *a) (Unscharfes) Vertragsdenken*

Schon das allgemeine Modell des Bundes und die darin implizierte heuristische Vorstellung von der Bundesverfassung als Bundesvertrag (s. hierzu § 2, C. III. 1. c) u. § 3, B. I. 2. c)) spricht für das Vorhandensein von Begrenzungen von Bundesverfassungsänderungen: Änderungen der Bundesverfassung dürfen nicht den Vertragszweck, die „politische Selbsterhaltung“ der föderalen Träger und der Föderation, vereiteln und nicht einseitig durch die Bundesebene erfolgen, sondern bedürfen der (ggf. bundesinstitutionell vermittelten) Mitwirkung der föderierten Einheiten als Vertragspartnerinnen.<sup>2122</sup>

Freilich weicht die konkrete Ausgestaltung der Bundesverfassungsänderungsverfahren zum Teil erheblich von einem so verstandenen (kruden) ‚Vertrags‘-Modell ab – der Einfluss der föderierten Einheiten auf Bundesverfassungsänderungen ist zum Teil, insbesondere unter dem Grundgesetz, nur stark vermittelter Art (im Einzelnen s. u. 2. a) u. 3. a)). Tatsächlich verdeutlicht damit gerade das Feld der Verfassungsänderungen die *Grenzen* der Erklärungskraft eines kruden ‚Vertrags‘-Modells. Illustrativer könnte – gewissermaßen als Modifikation des allgemeinen Modells des Bundes – das Modell eines Stiftungsgeschäfts (mit Stiftermehrheit) oder einer Genossenschaft sein, welches gerade auf dynamische Veränderungen in der Zukunft angelegt ist (s. dazu knapp bereits o. § 2, C. II. 1. c)); dieser Gedanke wird am Ende dieser Studie im Zusammenhang mit dem Theorem der föderalen ‚Demoikratie‘ noch einmal aufzugreifen sein, da es weniger die – an dieser Stelle fokussierte – herrschende Dogmatik, sondern eher deren Alternativen ergreift (s. unten § 12, B. III. 2. a) cc)).

---

<sup>2122</sup> Dies gilt umso mehr, wenn man Carl Schmitts Vorstellung folgen sollte, dass die Bundesverfassung stets unmittelbar „ein Bestandteil der Verfassung jedes Gliedstaats“ sei (C. Schmitt, Verfassungslehre, München u. a. 1928, S. 368), sodass entsprechend Änderungen der Bundesverfassung ‚automatisch‘ Änderungen der Verfassungen der föderierten Einheiten darstellen und ihre politische Selbsterhaltung potenziell – gewissermaßen unmittelbar ‚von innen heraus‘ – gefährden könnten.

*b) Prozedurale und materielle, geschriebene und ungeschriebene  
Bundesverfassungsänderungsgrenzen*

Verbandsgrundrechtspositionen der föderierten Einheiten bewahren etwas – ggf. nur fingiertes (s.o. § 2, C. II. 3. c)) – Vorgefundenes, nämlich die politische Selbstständigkeit der föderierten Einheiten, und setzen hierzu sogar Bundesverfassungsänderungen entsprechende Grenzen. Entsprechend der allgemeinen – und teilweise unscharfen – Vorstellung von ‚verfassungswidrigem Verfassungsrecht‘<sup>2123</sup> oder „*unconstitutional constitutional amendments*“<sup>2124</sup> gibt es für den vorliegend untersuchten Bereich ‚föderalismusverfassungswidriges Föderalismusverfassungsrecht‘. Bundesverfassungsänderungsgrenzen können formeller (prozeduraler)<sup>2125</sup> oder materieller Natur sein.<sup>2126</sup> Entsprechend kann ‚föderalismusverfassungswidriges Föderalismusverfassungsrecht‘ aus formellen oder materiellen Gründen vorliegen.

Die prozeduralen und die materiellen Bundesverfassungsänderungsgrenzen sind in den USA und in Deutschland wie in zahlreichen anderen Verfassungen auch<sup>2127</sup> den Bundesverfassungstexten – zumindest teilweise – ausdrücklich entnehmbar (Art. V USC, s.u. 2. a) u. b), bzw. Art. 79 GG, s.u. 3. a) u. b)). Insoweit mag man von *geschriebenen* oder expliziten Bundesverfassungsänderungsgrenzen („*explicit*

<sup>2123</sup> Im deutschen Diskurs wirkmächtig *O. Bachof*, Verfassungswidrige Verfassungsnormen?, Tübingen 1951.

<sup>2124</sup> Aus komparatistischer Perspektive *O. Doyle*, in: R. Albert/X. Contiades/A. Fotiadou (Hrsg.), *The Foundations and Traditions of Constitutional Amendment*, Oxford, U.K., 2017, S. 73 (74 ff.); *Y. Roznai*, *Unconstitutional Constitutional Amendments. The Limits of Amendment Powers*, New York, N.Y., U.S.A., u.a. 2017.

<sup>2125</sup> *F. Palermo/K. Kössler*, *Comparative Federalism. Constitutional Arrangements and Case Law*, Portland, Ore., U.S.A., 2017, S. 178 f.: „*Through participation in the amending power, the very existence of subnational entities, their legislative powers, etc, in short, all constitutional elements of the federal system, are protected against unilateral modifications.*“

<sup>2126</sup> Vgl. *O. Doyle*, in: R. Albert/X. Contiades/A. Fotiadou (Hrsg.), *The Foundations and Traditions of Constitutional Amendment*, Oxford, U.K., 2017, S. 73 (83): „*process or content*“; vgl. auch *O. Bachof*, Verfassungswidrige Verfassungsnormen?, Tübingen 1951, S. 35; vgl. ferner *Y. Roznai*, *Unconstitutional Constitutional Amendments. The Limits of Amendment Powers*, New York, N.Y., U.S.A., u.a. 2017, S. 168 ff., 175, welcher die Spannungslage zwischen substantiellen und prozeduralen Verfassungsverständnissen im Zusammenspiel von Verfahrensanforderungen und materiellen Grenzen für Verfassungsänderungen wiederfindet („*linking unamendability and amendment procedures*“, „*attempts to harmonize substance and procedure*“); Roznais Hauptaugenmerk liegt insoweit auf einer Stärkung des Einflusses des demokratischen Souveräns auf Verfahren der Verfassungsänderungen, insbesondere soweit tiefgreifende Verfassungsänderungen („*large-scale revisions*“) in Rede stehen, vgl. a.a.O., S. 174.

<sup>2127</sup> Nach *Y. Roznai*, *Unconstitutional Constitutional Amendments. The Limits of Amendment Powers*, New York, N.Y., U.S.A., u.a. 2017, S. 38, stellen Vorgaben zur „expliziten materiellen Unabänderbarkeit“ („*explicit material unamendability*“) eine wachsende, obschon nicht wesensnotwendige Komponente des weltweiten ‚Konstitutionalismus‘ dar. Explizite prozedurale Vorgaben dürften freilich noch häufiger vorkommen.

*constitutional unamendability*<sup>2128</sup>) sprechen. Ob über diese expliziten Vorgaben hinaus *ungeschriebene* Bundesverfassungsänderungsgrenzen bestehen, wird für unterschiedliche Verfassungsordnungen unterschiedlich intensiv diskutiert – für die US-Verfassung hat diese Diskussion angesichts des überschaubaren Befunds an geschriebenen materiellen Bundesverfassungsänderungsgrenzen vielleicht eine größere Bedeutung (s. u. 2. b)) als für das Grundgesetz (s. u. 3. b)).<sup>2129</sup> Bei den ungeschriebenen Bundesverfassungsänderungsgrenzen ließe sich nochmals danach differenzieren, ob diese in der Verfassung impliziert sind („*implicit constitutional unamendability*“<sup>2130</sup>) oder ob sie ‚von außen‘, insbesondere naturrechtlich, die gesetzte Verfassung überwölben („*super-constitutional unamendability*“<sup>2131</sup>).

Schließlich ist – zur Problemabgrenzung – auf die Unterscheidung zwischen dem Modus der (mehr oder weniger ‚regulären‘) Verfassungsänderung und dem Modus der (exzeptionell-‚revolutionären‘) Verfassungs(-*neu*-)gebung (‚Verfassungsablösung‘, ‚Totalrevision‘) hinzuweisen.<sup>2132</sup> Im Folgenden soll nur der Modus ‚regulärer‘ Verfassungsänderung mit Blick auf seine föderalismusverfassungsrechtlichen Implikationen vergleichend untersucht werden:

---

<sup>2128</sup> Y. Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments. The Limits of Amendment Powers*, New York, N.Y., U.S.A., u. a. 2017, S. 21 f. (Roznai bezieht diesen Term freilich nur auf *materielle* Grenzen; zur prozeduralen Dimension bei Roznai s. aber die Bemerkung in Fn. 2126 a.E.); vgl. für eine ähnliche Differenzierung H. Ehmke, *Grenzen der Verfassungsänderung*, Berlin 1953, S. 100 f.: Verfassungsänderungsgrenzen „kraft positiver Vorschrift“ (also etwa Art. 79 Abs. 3 GG) versus Verfassungsänderungsgrenzen, welche sich „aus dem materialen Zusammenhang der Verfassung“ als Insgesamt ergeben, in Betreff auf die „Gewährleistung eines freien politischen Lebens“.

<sup>2129</sup> Womit keinesfalls in Abrede gestellt werden soll, dass die wissenschaftliche Diskussion um ungeschriebene Verfassungsänderungsgrenzen in Deutschland eine starke Tradition hat (welche auch andere Verfassungsordnungen wie die indische oder die portugiesische inspiriert hat), vgl. dazu Y. Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments. The Limits of Amendment Powers*, New York, N.Y., U.S.A., u. a. 2017, S. 42, 75 ff., mit Hinweisen auf Carl Schmitt, Gustav Radbruch und Otto Bachof.

<sup>2130</sup> Y. Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments. The Limits of Amendment Powers*, New York, N.Y., U.S.A., u. a. 2017, S. 39.

<sup>2131</sup> Y. Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments. The Limits of Amendment Powers*, New York, N.Y., U.S.A., u. a. 2017, S. 71; vgl. auch O. Bachof, *Verfassungswidrige Verfassungsnormen?*, Tübingen 1951, S. 43 ff.

<sup>2132</sup> Ähnlich die Unterscheidung zwischen „*primary and secondary constituent powers*“ bei Y. Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments. The Limits of Amendment Powers*, New York, N.Y., U.S.A., u. a. 2017, S. 120 ff.; Roznai referiert verwandte begriffliche Unterscheidungen wie ‚*framing power*‘/ ‚*amendment power*‘ oder ‚*pouvoir constituant originaire*‘/ ‚*pouvoir constituant dérivé*‘ oder ‚Verfassungsgebung‘/ ‚Verfassungsänderung‘ – hier zeigt sich, dass ‚*nuclear option*‘ steigerungsfähig ist.

## 2. USA: hohe Änderungsfestigkeit der Verfassung und starke Prozeduralisierung

### a) Formelle Verfassungsänderungsgrenzen: Prozeduralisierung von Verbandsgrundrechtspositionen

Für die US-Verfassung regelt Art. V USC formelle Bundesverfassungsänderungsgrenzen: Dort wird das Verfahren der Verfassungsänderung als zweiphasiger Prozess strukturiert; auf eine Initiativphase folgt eine Ratifikationsphase.<sup>2133</sup>

In der *Initiativphase* gibt es zwei Möglichkeiten, wie Initiativen für verfassungsändernde Gesetze wirksam auf den Weg gebracht werden können – als Kongressinitiative oder als Konventinitiative (wobei in der Staatspraxis freilich bislang noch gar keine Verfassungsänderung über den letztgenannten Weg der Konventinitiative durchgesetzt wurde<sup>2134</sup>). Bei der letztgenannten *Konventinitiative* wird der Verfassungsänderungsvorschlag von einem nationenweiten Konvent (*convention*) ausgearbeitet, welcher zuvor zu diesem Zweck von zwei Dritteln der Volksvertretungen der Einzelstaaten beantragt worden sein muss<sup>2135</sup>. Das Konventinitiativverfahren ist jedenfalls an seinem Beginn sehr stark am föderalen Prinzip orientiert: Bundesverfassungsorgane sind hier – im Wesentlichen<sup>2136</sup> – nicht beteiligt. Das föderale Prinzip wird bei Konventinitiativen lediglich dadurch relativiert, dass kein Einstimmigkeits-, sondern ein qualifiziertes Mehrheitsprinzip (zwei Drittel) gilt und die qualifizierte Mehrheit der Einzelstaaten als zentrales Entscheidungsgremium einen *nationenweiten* Konvent einsetzt. Wegen des letztgenannten Aspekts gilt das Konventverfahren als unattraktiv für die Einzelstaatenparlamente, überantworten sie doch das Schicksal der Initiative der konkreten Ausarbeitung im Konvent.<sup>2137</sup> Beim alternativen Weg einer *Kongressinitiative* beschließen die beiden Kammern des *U.S. Congress* mit jeweiliger Zwei-Drittel-Mehrheit eine Verfassungsänderungsinitiative. Kongressinitiativen werden also vom *U.S. Congress* als Bundesverfassungsorgan auf

<sup>2133</sup> Vgl. J. Goossens, in: R. Albert/X. Contiades/A. Fotiadou (Hrsg.), *The Foundations and Traditions of Constitutional Amendment*, Oxford, U.K., 2017, S. 343 (344): „*proposing phase*“ und „*ratification stage*“.

<sup>2134</sup> Vgl. M. B. Rappaport, *Virginia Law Review* 96 (2010), 1509 (1512), welcher die Variante der Konventinitiative als „*broken*“ bezeichnet; J. Goossens, in: R. Albert/X. Contiades/A. Fotiadou (Hrsg.), *The Foundations and Traditions of Constitutional Amendment*, Oxford, U.K., 2017, S. 343 (345).

<sup>2135</sup> Im Fall der Konventinitiative gibt es also eine *Vor-Initiativ-Phase*; der Gesamtprozess ist dann also sogar dreistufig: *erstens* Beantragung des Konvents durch die Einzelstaatenvolksvertretungen, *zweitens* Arbeit des Konvents und – *drittens* – Ratifikationsphase (hierzu sogleich).

<sup>2136</sup> Freilich sieht Art. V USC vor, dass bei der Konventinitiative das Bundesparlament *Congress* den nationenweiten Konvent einberuft; maßgeblich ist jedoch, dass zwei Drittel der Einzelstaatenvolksvertretungen diese Einberufung beantragen.

<sup>2137</sup> Vgl. M. B. Rappaport, *Virginia Law Review* 96 (2010), 1509 (1512).

den Weg gebracht.<sup>2138</sup> Der Präsident hat in beiden Konstellationen (Konventinitiative und Kongressinitiative) – anders als bei der einfachen Gesetzgebung (Art. I, Sec. 7 USC) – *kein* Vetorecht.<sup>2139</sup>

In der an diese Initiativphase anschließenden *Ratifikationsphase* liegt das Letztentscheidungsrecht über die (Nicht-)Annahme der vorgeschlagenen Verfassungsänderung bei der qualifizierten Mehrheit der Einzelstaaten. Das Bundesverfassungsorgan *U.S. Congress* ist in der Ratifikationsphase nur vorbereitend an der Entscheidung beteiligt: Es kann bestimmen, ob die Ratifikationsfrage entweder durch drei Viertel der Einzelstaatenparlamente oder aber durch einzelne *Konvente* in drei Vierteln der Einzelstaaten entschieden werden soll. In jedem Fall ist die Ratifikationsphase somit sehr stark durch das föderale Prinzip geprägt; die Verbandsgrundrechtspositionen der Einzelstaaten werden insoweit intensiv prozeduralisiert (Verbandsgrundrechtspositionsschutz durch Verfahren – s. oben § 4, B. III. 2. b) cc)).

Die mehrfachen – nämlich sowohl für die Initiativphase wie auch für die Ratifikationsphase vorgesehenen, insgesamt also ‚in Reihe geschalteten‘ – qualifizierten Mehrheitserfordernisse führen zu einer besonders hohen Änderungsfestigkeit der US-Verfassung;<sup>2140</sup> die Änderungsfestigkeit der US-Verfassung ist verfassungsrechtsvergleichend signifikant hoch.<sup>2141</sup> Dies drückt sich auch darin aus, dass die US-Verfassung insgesamt relativ selten geändert wurde (s. sogleich b)). Damit soll nicht gesagt werden, dass es neben den verfahrensrechtlichen nicht auch weitere, etwa verfassungs-„soziokulturelle“ Gründe für die geringe Änderungsfrequenz gibt.<sup>2142</sup>

---

<sup>2138</sup> Insoweit wirken mittelbar das föderale bzw. das demokratische Kurationsprinzip der beiden Kammern bei der Verabschiedung der Verfassungsänderungsinitiative fort – hinsichtlich des Senats v. a. das föderale Kurationsprinzip und hinsichtlich des Repräsentantenhauses v. a. das demokratische Kurationsprinzip. Dabei fällt der – am Maßstab des demokratischen Individualbezugs gemessen unproportional hohe – Einfluss der bevölkerungsschwachen Staaten im Senat bei Verfassungsänderungsinitiativen wegen des qualifizierten Mehrheitserfordernisses gemäß Art. V USC besonders ins Gewicht, vgl. *J. Goossens*, in: R. Albert/X. Contiades/A. Fotiadou (Hrsg.), *The Foundations and Traditions of Constitutional Amendment*, Oxford, U.K., 2017, S. 343 (344).

<sup>2139</sup> Ausdrücklich bestätigt in *Hollingsworth v. Virginia*, 3 U.S. (3 Dall.) 378 (1798).

<sup>2140</sup> Vgl. *D. S. Lutz*, in: S. Levinson (Hrsg.), *Responding to Imperfection. The Theory and Practice of Constitutional Amendment*, Princeton, N.J., U.S.A., 1995, S. 237 (265); *J. Goossens*, in: R. Albert/X. Contiades/A. Fotiadou (Hrsg.), *The Foundations and Traditions of Constitutional Amendment*, Oxford, U.K., 2017, S. 343 (345).

<sup>2141</sup> Vgl. die entspr. Ausführungen zum Grundgesetz unten bei Fn. 2167.

<sup>2142</sup> Vgl. *V. C. Jackson*, I•CON 13 (2015), 575 (576, 584 ff.): „[I] suggest[t] that sociocultural beliefs in the difficulty of amendment, as well as the impact of normative arguments and cultural attitudes against frequent constitutional change, may contribute to the difficulty of amendment today.“

*b) Materielle Verfassungsänderungsgrenzen: (gescheiterte) Argumentation für verfassungsänderungsfeste Verbandsgrundrechtspositionen*

Neben den vorgestellten formellen Anforderungen enthält Art. V USC zwei<sup>2143</sup> – sehr spezifische – sachlich-inhaltliche Grenzen für Bundesverfassungsänderungen, welche bemerkenswerterweise jeweils einen föderalismusverfassungsrechtlichen Bezug aufweisen: Die erste dieser Grenzen ist nur noch verfassungsgeschichtlich von Interesse, da sie – gewissermaßen als nur ‚temporäre Ewigkeitsklausel‘ – befristet war: Die ‚temporäre Ewigkeitsklausel‘ sah vor, dass bestimmte in Art. I, Sec. 9, Cl. 1 u. Cl. 4 USC geregelte föderalismusverfassungsrechtliche Kompetenzfragen in den Sachbereichen Migration und Sklaverei<sup>2144</sup> sowie Steuern<sup>2145</sup> bis 1808 nicht geändert oder beeinträchtigt werden durften. Weiterhin – unbefristet, also ‚ewig‘ – Bestand hat dagegen die zweite Klausel, wonach die egalitäre Vertretung eines jeden Einzelstaats im Senat nur mit dessen Einverständnis beseitigt werden kann.<sup>2146</sup> Den Einzelstaaten wird ihr gleicher Einfluss über die *bottom-up*-Mitwirkungsingerenz im Bundesorgan Senat (s. o. § 4, B. II. 1.) zugesichert.

In der Vergangenheit gab es unter den bislang insgesamt 27<sup>2147</sup> förmlichen Änderungen der Bundesverfassung einige der Sache nach *unmittelbar*<sup>2148</sup> föderalis-

<sup>2143</sup> Zum gescheiterten *Corwin Amendment*, welches auf die Einfügung einer weiteren geschriebenen ‚Ewigkeitsklausel‘ in die Bundesverfassung gerichtet war, s. u. Fn. 2151.

<sup>2144</sup> Vgl. Art. V i. V. m. Art. I, Sec. 9, Cl. 1 USC (die sog. *Migration or Importation Clause*): „*The Migration or Importation of such Persons as any of the States now existing shall think proper to admit, shall not be prohibited by the Congress prior to the Year one thousand eight hundred and eight, but a Tax or duty may be imposed on such Importation, not exceeding ten dollars for each Person.*“

<sup>2145</sup> Vgl. Art. V i. V. m. Art. I, Sec. 9, Cl. 4 USC: „*No [...] direct [...] Tax shall be laid, unless in Proportion to the Census or Enumeration herein before directed to be taken.*“

<sup>2146</sup> Vgl. Art. V USC a. E. „*no state, without its consent, shall be deprived of its equal suffrage in the Senate.*“

<sup>2147</sup> Zuletzt wurde die US-Verfassung im Jahr 1992 geändert (XXVII. Zusatzartikel zur Einführung einer Sperrfrist für das Inkrafttreten von Änderungen des Entschädigungsrechts für Abgeordnete und Senatoren des *U.S. Congress* bis nach der jeweils nächsten Abgeordnetenwahl); bemerkenswerterweise stammt die Initiative für diesen Zusatzartikel bereits aus dem Jahr 1789, wurde aber – anders als die zeitgleich vorgeschlagene *Bill of Rights* – über 200 Jahre lang nicht von der erforderlichen Zahl von Einzelstaatenparlamenten ratifiziert. Zurzeit befinden sich mehrere Zusatzartikel im Ratifikationsprozess, nachdem sie die Initiativphase (hierzu oben a) bereits durchlaufen haben. Umstritten ist, ob unterdessen (im Januar 2020) das sog. *Equal Rights Amendment* (ein besonderer Gleichheitssatz gegen Geschlechter-Diskriminierung) ratifiziert wurde: Im Januar 2020 nahm Virginia als 38. Staat die Vorlage an (was das qualifizierte Mehrheitserfordernis in Art. V USC erfüllt), allerdings hatte das Bundesparlament die Initiative mit einer siebenjährigen Annahmefrist ab 1972 verknüpft. Vgl. in diesem Zusammenhang den Rechtsstreit *Virginia et al. v. David S. Ferriero, in his official capacity as Archivist of the United States*, Civil Action No.: 20–242 (RC) (D.D.C. Mar. 5, 2021) vor einem unteren Bundesgericht: Ablehnung der Klage von u. a. Virginia gegen den *Archivist of the United States*, das Amendment zu „veröffentlichen und zu zertifizieren“, da die begehrte Maßnahme keinen Rechtscharakter habe; im Spätsommer 2021 stand eine berufungsgerichtliche Entscheidung hierzu noch aus.

musverfassungsrechtsrelevante Verfassungsänderungen: So erweiterten einige (frühe) Verfassungsänderungen den Rechtskreis der Einzelstaaten (vgl. insbesondere den X.<sup>2149</sup> und XI.<sup>2150</sup> Zusatzartikel aus den 1790er Jahren).<sup>2151</sup> Die große Mehrzahl der föderalismusverfassungsrechtsrelevanten Verfassungsänderungen zielte dagegen auf eine Stärkung des Rechtskreises der Bundesebene. Dies gilt insbesondere für die als *Reconstruction Amendments* bezeichneten Zusatzartikel XIII bis XV (1865–70) nach dem US-amerikanischen Bürgerkrieg (1861–65).<sup>2152</sup> Später waren der XVII. Zusatzartikel von 1913 zur Direktwahl der Senatoren (s. auch oben § 4, B. II. 1. a) aa)) und der XVIII. Zusatzartikel von 1919 zur bundesweiten *Prohibition* föderalismusverfassungsrechtlich von Interesse. Die Wahlrechtsänderungen im XIX. Zusatzartikel (Frauenwahlrecht) und im XXVI. Zusatzartikel (Wahlrecht ab dem 18. Lebensjahr) von 1920 bzw. 1971 vertieften den im XV. Zusatzartikel (1870) grundgelegten Wahlrechtsunitarismus (näher oben VI. 2. b)).

Von den genannten föderalismusrelevanten Verfassungsänderungen wurden um 1920 gegen Ende der sog. *Progressive Era*<sup>2153</sup> der XVIII. Zusatzartikel zur nationalen

---

<sup>2148</sup> Manche Zusatzartikel sind mittelbar relevant für das Föderalismusverfassungsrecht: Beispielsweise sind die individualgrundrechtlichen Gehalte der *Bill of Rights* (erste zehn Zusatzartikel) zwar nicht ausdrücklich an die Einzelstaaten adressiert, allerdings sind sie nach der *incorporation*-Lehre (über den XIV. Zusatzartikel) mittelbar (teilweise) auch gegenüber diesen anwendbar.

<sup>2149</sup> Durch den X. Zusatzartikel (1791) wurde das verbandskompetenzrechtliche Enumerationsprinzip textlich expliziert.

<sup>2150</sup> Durch den XI. Zusatzartikel (1795) wurde die *state sovereign immunity*-Dogmatik (hierzu ausführlich oben § 5, A. III. 2.) partiell textlich expliziert.

<sup>2151</sup> (Bislang) nicht ratifiziert wurde hingegen das sog. *Corwin Amendment* (initiiert im Jahr 1861 – am ‚Vorabend‘ des *Civil War*), welches ausdrücklich auf eine (über-)verfassungsrechtliche Sicherung der Sphäre der Einzelstaaten gegenüber der Bundesregierung gerichtet wäre: „*No amendment shall be made to the Constitution which will authorize or give to Congress the power to abolish or interfere, within any State, with the domestic institutions thereof, including that of persons held to labor or service by the laws of said State.*“ Das *Corwin Amendment* war erkennbar, obschon in gewisser Hinsicht unausgesprochen, gegen den Abolitionismus (Verbot der Sklaverei) gerichtet.

<sup>2152</sup> Durch den XIII. Zusatzartikel (1865) wurde Sklaverei verboten, durch den XIV. Zusatzartikel (1868) wurde u. a. ein die Einzelstaaten verpflichtender Individual-Gleichheitssatz (*equal protection of the laws*) und ein die Einzelstaaten verpflichtendes (auch materielles) Rechtsstaatsgebot (*due process of law*) eingeführt und durch den XV. Zusatzartikel (1870) wurden Diskriminierungen bei der aktiven Wahlberechtigung hinsichtlich „*race, color, or previous condition of servitude*“ verboten (s. bereits oben VI. 2. b)).

<sup>2153</sup> Dass die Argumentation für materielle Verfassungsänderungsgrenzen zum Schutz von Positionen der Einzelstaaten gerade gegen Ende der sog. *Progressive Era* (1890er bis 1920er Jahre) intensiver wurde, lässt sich damit erklären, dass – nach dem deutlichen Nationalisierungs- und Unitarisierungsschub der *Reconstruction Era* nach dem *Civil War* – die Vertreterinnen und Vertreter von ‚Staatenrechten‘ (*‘states’ rights*) nunmehr in der Hoffnung auf eine gewisse Rekonsolidierung auf der Suche nach einem Mittelweg („*middle ground*“) zwischen starker Nationalisierung einerseits und einer seit dem *Civil War* unrealistisch gewordenen starken Subsidiarität andererseits waren; zur dieser These S. Beienburg, *American Political Thought* 7 (2018), 271 ff., welcher von „*centrist federalism*“ spricht.



Prohibition alkoholischer Getränke (1919) und der XIX. Zusatzartikel zum Frauenwahlrecht (1920) intensiver mit Blick auf ihre sachlich-inhaltliche Zulässigkeit diskutiert; bei dieser Diskussion spielten Verbandsgrundrechtspositionen der Einzelstaaten eine hervorgehobene Rolle.<sup>2154</sup> Zwar widersprechen der XVIII. und der XIX. Zusatzartikel erkennbar *nicht* den beiden eben skizzierten geschriebenen ‚Ewigkeitspostulaten‘ in Art. V USC a. E. Allerdings wurden jeweils Verstöße gegen angebliche *ungeschriebene* materielle Verfassungsänderungsgrenzen (s. o. 1. b)) behauptet:

Der XVIII. Zusatzartikel von 1919 verbot – bis zu seiner Aufhebung durch den XXI. Zusatzartikel von 1933 – die Herstellung, den Verkauf, den Transport sowie den Import und Export von alkoholischen Getränken. Außerdem ermächtigte der Artikel das Bundesparlament sowie die Einzelstaaten, dieses Verbot durch nähere gesetzgeberische Ausgestaltung durchzusetzen. Gegen die Rechtmäßigkeit dieser Verfassungsänderung wurden im Schrifttum verschiedene Bedenken vorgetragen<sup>2155</sup>; der Schwerpunkt der vorgebrachten Bedenken lag auf spezifisch föderalismusverfassungsrechtlichen Argumenten: So hat beispielsweise Justin DuPratt White vorgetragen, dass die Klausel zum gleichen Stimmgewicht aller Staaten im Senat in Art. V USC a. E. zwar nicht ihrem Wortlaut nach verletzt sei, allerdings sei diese Klausel weitergehend als Ausdruck der ungeschriebenen Regel zu lesen, dass kein Einzelstaat ohne seine Zustimmung durch Bundesverfassungsänderung um seine „souveränen Kompetenzen“ („*sovereign powers*“) gebracht werden dürfe; White plädiert daher für ein Einstimmigkeitserfordernis bei der Hochzonung von Verbandskompetenzen auf die Bundesebene.<sup>2156</sup> Dies gelte in besonderem Maß für Bereiche der sog. ‚*police powers*‘, also für die Aufrechterhaltung von Sicherheit und

<sup>2154</sup> Vgl. W. L. Marbury, Harv. L. Rev. 33 (1919), 223 ff.; J. D. White, The Virginia Law Register, New Series 6 (1920), 573 ff.; referierend zu den föderalismusrelevanten Einwänden gegen den XVIII. Zusatzartikel W. F. Dodd, Yale L. J. 30 (1921), 321 (330, 335 f.), m. w. N.

<sup>2155</sup> So wurde beispielsweise ein grundsätzlicher Verstoß gegen den ‚liberalen Geist‘ der US-amerikanischen Verfassung sowie gegen höhere naturrechtliche Prinzipien („*inalienable rights*“) ausgemacht (so E. V. Abbot, Colum. L. Rev. 20 (1920), 183 ff.) sowie die Regelung von sich selbst-exekutierenden sachpolitischen Verboten – im Sinne eines „negativen Verfassungsvorbehalts“ – als einer verfassungsrechtlichen Normierung unzugänglich erachtet; W. L. Marbury, Harv. L. Rev. 33 (1919), 223 (229 f.); referierend zu diesem Argument W. F. Dodd, Yale L. J. 30 (1921), 321 (332 f.). Allgemein (ohne Bezug zur US-Verfassung) zum „negativen Verfassungsvorbehalt“: C. Waldhoff, Der positive und der negative Verfassungsvorbehalt. Überlegungen zu einer Regelungstheorie im Grenzbereich von Verfassungsrechtsdogmatik und Verfassungstheorie, Baden-Baden 2016, S. 15; dort näher zur Frage der bei der Prohibition interessierenden „Problematik der normenhierarchischen Hochzonung inhaltlicher Festlegungen“ (freilich ohne Bezug zur Prohibition), a. a. O., S. 73 ff., unter der Perspektive einer „Verfassungsfunktionenlehre“.

<sup>2156</sup> J. D. White, The Virginia Law Register, New Series 6 (1920), 573 (577 f.): „*without such unanimous consent no state may be lawfully deprived of any of the sovereign powers which it has never surrendered, but has affirmatively reserved to itself or to the people*“; ähnlich auch W. L. Marbury, Harv. L. Rev. 33 (1919), 223 (228 f.); referierend zu diesem Argument W. F. Dodd, Yale L. J. 30 (1921), 321 (330).

Ordnung vor Ort (hierzu bereits oben § 5, A. I. 2.), welche im Fall des Verbots des Wirtschaftens mit alkoholischen Getränken vor Ort berührt sei.<sup>2157</sup> White ist der Auffassung, dass entsprechende Bundesverfassungsänderungen nicht als Verfassungsänderung *im Sinn von Art. V USC* zu verstehen seien und daher nicht schon beim Erreichen der dort vorgesehenen qualifizierten Mehrheitserfordernisse, sondern – in einem exceptionellen (ungeschriebenen) Verfahren – erst bei einstimmiger Zustimmung aller Einzelstaaten (und zwar nach Willensbildung jeweils auf direktdemokratischem Weg in den einzelnen Staaten) rechtmäßig seien.<sup>2158</sup> Der *U.S. Supreme Court* hat diesen Einwänden – ohne eine nähere Auseinandersetzung – in den *National Prohibition Cases* (1920) keine Zustimmung gegeben und die Verfassungsmäßigkeit des XVIII. Zusatzartikels bestätigt.<sup>2159</sup>

Auch die Einfügung des XIX. Zusatzartikels im Jahr 1920 zur bundesverfassungsrechtlichen Verankerung des Frauenwahlrechts auf beiden föderalen Ebenen war Gegenstand verfassungsgerichtlicher Überprüfung: In *Leser v. Garnett* (1922) setzte sich der *U.S. Supreme Court* – sehr knapp – u. a. mit zwei Argumenten auseinander, welche als Ausprägungen der Verbandsgrundrechtspositionen der Einzelstaaten gelesen werden können: Das Gericht lehnte – *erstens* – das Argument ab, bundesverfassungsrechtliche Regelungen zum aktiven Wahlrecht auf der Ebene der Einzelstaaten seien kein zulässiger Inhalt einer *Bundesverfassungsänderung*, da sie die Verfassungsautonomie der Einzelstaaten („*autonomy as a political body*“ – näher oben VI.) verletzen würden.<sup>2160</sup> Außerdem sei es – *zweitens* – unschädlich, wenn in bestimmten Einzelstaaten Frauen einzelstaatenverfassungsrechtlich vom Wahlrecht ausgeschlossen sind; solche Vorgaben in den *Einzelstaatenverfassungen* würden die Parlamente der betreffenden Einzelstaaten nicht bei der Entscheidung über die Annahme des *Bundesverfassungsänderungsvorschlags* binden.<sup>2161</sup> Wie beim

<sup>2157</sup> J. D. White, The Virginia Law Register, New Series 6 (1920), 573 (578 f.); ablehnend zu diesem Argument W. F. Dodd, Yale L. J. 30 (1921), 321 (336): „*The argument that the police power is a state power is merely a play upon words*“; vgl. zudem den Hinweis a. a. O. (335), bei der Verfassungsgebung sei eine entsprechende *geschriebene* Verfassungsänderungsgrenze in Betracht gezogen, aber letztlich verworfen worden.

<sup>2158</sup> Vgl. J. D. White, The Virginia Law Register, New Series 6 (1920), 573 (574): „*intra-state prohibition cannot be the subject of a valid constitutional amendment in the sense in which amendments are referred to in the constitution*“ und „*such consent cannot be given by the legislatures of the states, but must come from conventions duly convened in accordance with a specific vote of a majority of the enfranchised citizens of the states respectively*“.

<sup>2159</sup> Ohne nähere Begründung stellte das Gericht fest: „*The prohibition of the manufacture, sale, transportation, importation, and exportation of intoxicating liquors for beverage purposes, as embodied in the Eighteenth Amendment, is within the power to amend reserved by Article V of the Constitution*“, *National Prohibition Cases*, 253 U.S. 350 (1920), 386.

<sup>2160</sup> Vgl. *Leser v. Garnett*, 258 U.S. 130 (1922), 136. Als einzigen Grund führt das Gericht an, dass der XV. Zusatzartikel von 1870 ähnliche Regelungen enthalte und dessen Wirksamkeit anerkannt sei, sodass dies auch für den XIX. Zusatzartikel gelten müsse.

<sup>2161</sup> Vgl. *Leser v. Garnett*, 258 U.S. 130 (1922), 136 f. Die Einzelstaatenparlamente handelten insoweit in „*federal capacity*“.

XVIII. Zusatzartikel stellte das Gericht somit auch beim XIX. Zusatzartikel keinen Verstoß gegen etwaige materielle Bundesverfassungsänderungsgrenzen fest.

c) (Non-)Justiciability – (k)eine Frage für die Gerichte(?)

Dass sich der *U.S. Supreme Court* in den *National Prohibition Cases* (1920) und in *Leser v. Garnett* (1922) – wenn auch sehr zurückhaltend, begründungsarm und letztlich ablehnend – in der Sache mit etwaigen materiellen Verfassungsänderungsgrenzen auseinandersetzte (s.o. b)), ist auch deshalb bemerkenswert, weil das Gericht bezüglich der Einhaltung der *formellen* Anforderungen an Bundesverfassungsänderungen (s.o. a)) immer wieder einmal von einer gerichtlichen Nicht-Überprüfbarkeit ausgegangen ist und diese Fragen abschließend dem politischen Prozess überantwortet hat (*non-justiciability*, *political question doctrine* – näher unten § 8, C. I. 2. b) aa))<sup>2162</sup>: Insgesamt ist in der Rechtsprechung bislang ungeklärt, ob die Einhaltung von formellen Verfassungsänderungsregeln (insbesondere die [Nicht-]Einhaltung und die Verlängerbarkeit von Ratifikationsfristen) gerichtlich überprüfbar ist oder eine gerichtlich nicht überprüfbare *political question* darstellt.<sup>2163</sup>

<sup>2162</sup> Hierzu aus komparatistischer Sicht *Y. Roznai*, *Unconstitutional Constitutional Amendments. The Limits of Amendment Powers*, New York, N.Y., U.S.A., u.a. 2017, S. 179 ff. Für *B. A. Ackerman*, *Yale L. J.* 99 (1989), 453 (492 ff.), ist die Tatsache, dass das Gericht u. a. in *Coleman v. Miller*, 307 U.S. 433 (1939), von der Nicht-Justiziabilität formeller Verfassungsänderungsregeln ausging, von großer Bedeutung für sein Argument, dass ‚Verfassungsänderungen‘ in einem weit gefassten Sinn auch außerhalb des Verfahrens nach Art. V USC denkbar seien (sein sollten).

<sup>2163</sup> Im frühen Fallrecht ist die Justiziabilität von Art. V USC-Verfahrensfragen durch den *U.S. Supreme Court* wiederholt bejaht worden: so in *Hollingsworth v. Virginia*, 3 U.S. (3 Dall.) 378 (1798) – zum Nichtbestehen eines Vetorechts des Präsidenten; in *Hawke v. Smith*, 253 U.S. 221 (1920) – zur Nichtanwendbarkeit direkt-demokratischer Verfahrensvorgaben aus den Einzelstaatenverfassungen auf das Bundesverfassungsänderungsverfahren; in den *National Prohibition Cases*, 253 U.S. 350 (1920) – zur Auslegung der qualifizierten Mehrheitserfordernisse im Bundesparlament; und in *Dillon v. Gloss*, 256 U.S. 368 (1921) – zur Verfassungsmäßigkeit von Fristen für die Ratifikation durch die Einzelstaaten. In *Leser v. Garnett*, 258 U.S. 130 (1922), 137, zum Verfahren der Annahme in den Einzelstaatenparlamenten (beim Frauenwahlrecht-Zusatzartikel) und in *Coleman v. Miller*, 307 U.S. 433 (1939), zur (Nicht-)Einhaltung von Ratifikationsfristen (beim letztlich gescheiterten *Child Labor Amendment*) ging der *U.S. Supreme Court* dann allerdings von einer gerichtlichen Nicht-Überprüfbarkeit des Verfahrens der Verfassungsänderung aus (vgl. hierzu die vertiefenden Ausführungen von *B. A. Ackerman*, *Yale L. J.* 99 (1989), 453 [492 ff.]). In *Idaho v. Freeman*, 529 F. Supp. 1107 (D. Idaho 1981), bejahte ein Bundesgericht dagegen ‚zuletzt‘ wiederum die gerichtliche Überprüfbarkeit bestimmter Verfahrensfragen ([Nicht-]Einhaltung und nachträgliche Verlängerbarkeit von Ratifikationsfristen zur Annahme des *Equal Rights Amendments*); zur ungeklärten Dogmatiklage *E. Chemerinsky*, *Constitutional Law. Principles and Policies*, 5. Aufl., New York, N.Y., U.S.A., 2015, S. 153 f. Die Frage wird ggf. – erneut – mit Blick auf das *Equal Rights Amendment* aufgegriffen werden; s.o. in Fn. 2147.

### 3. Deutschland: hohe Änderungsfrequenz, inoperable materielle Grenzen

#### a) Formelle Verfassungsänderungsgrenzen: *weitgehend unitarisiertes, änderungsaffines Verfahren*

Änderungen des Grundgesetzes sind einem spezifischen Verfahren unterworfen: Art. 79 Abs. 2 GG sieht vor, dass ein verfassungsänderndes Gesetz die Zustimmung von zwei Dritteln der Mitglieder des Bundestages und zwei Dritteln der Stimmen des Bundesrats erfordert. Die Entscheidung über Änderungen des Grundgesetzes werden also durch die *Bundesverfassungsorgane* Bundestag und Bundesrat getroffen<sup>2164</sup>; anders als bei der US-Verfassung (s. o. 2. a)) gibt es keine unmittelbare Beteiligung der föderierten Einheiten als solcher an Änderungen der Bundesverfassung. Ihren Einfluss üben die Länder vielmehr vermittelt über eine *bottom-up*-Mitwirkungsinterferenz im föderalen Bundesorgan Bundesrat (s. o. § 4, B. II. 1.) aus.

Die qualifizierten Mehrheitserfordernisse des Art. 79 Abs. 2 GG (zwei Drittel) sind geringer als die qualifizierten Mehrheitserfordernisse in der Ratifikationsphase nach Art. V USC (drei Viertel); zudem kennt das Grundgesetz – anders als die US-Verfassung (s. o. 2. a)) – keine Staffelung von *jeweils* mit qualifizierten Mehrheitserfordernissen ausgestatteten Phasen des Änderungsverfahrens (Initiative<sup>2165</sup>, Ratifikation). Insgesamt ist das Verfahren nach Art. 79 Abs. 2 GG damit weniger rigide als das Verfahren nach Art. V USC.<sup>2166</sup> Das Grundgesetz ist relativ änderungsaffin.

Dies zeigt sich in der hohen Änderungsfrequenz von über 60 Grundgesetzänderung(-spaket-)en in 70 Jahren – verglichen mit den unter 30 Änderungen der US-Verfassung in 230 Jahren.<sup>2167</sup> Die leichtere Abänderbarkeit des Grundgesetzes hat Einfluss auf die Inhalte der Verfassungsänderungen: Auch konkretere, tagesaktuelle

---

<sup>2164</sup> Mittelbar wirken das föderale und das demokratische Kurationsprinzip bei der Entscheidung über die Grundgesetzänderung durch die Bundesverfassungsorgane Bundestag und Bundesrat fort: Hinsichtlich des Bundesrats ist dies v. a. – obschon deutlich gebrochen durch die Stimmgewichtung – das föderale Kurationsprinzip und hinsichtlich des Bundestags v. a. das demokratische Kurationsprinzip mit Individualbezug.

<sup>2165</sup> Selbstverständlich setzt auch das Verfahren nach Art. 79 Abs. 2 GG eine Initiative voraus – insoweit bleibt es aber bei der allgemeinen Vorschrift in Art. 76 Abs. 1 GG, welche eben keine qualifizierten Quoren vorsieht.

<sup>2166</sup> Beachte aber *V. C. Jackson, I·CON 13 (2015), 575 (582 f.)*, welche zwar ebenfalls auf die komparatistisch besonders hohen Mehrheitserfordernisse in Art. V USC hinweist, dann aber auch darauf aufmerksam macht, dass es in manchen Verfassungsordnungen (Australien und Kanada) noch partiell rigidere formelle Vorschriften gibt, soweit für direkt-demokratische Verfassungsänderungsverfahren auch Mindestbeteiligungsquoten hinsichtlich der an den Abstimmungen (Referenden) teilnehmenden Abstimmungsberechtigten bestehen.

<sup>2167</sup> Es ließen sich hier Quotienten bilden: Beim Grundgesetz erhalte man so im Sommer 2021 65 Änderungen/72 Jahre = 0,9 Änderungen pro Jahr; bei der US-Verfassung erhalte man 27 Änderungen/232 Jahre = 0,12 Änderungen pro Jahr. Bei alledem ist außerdem noch zu berücksichtigen, dass die Änderungen des Grundgesetzes zum Teil als sehr umfangreiche Änderungspakete daherkommen, vgl. nur die Föderalismusreform I von 2006 mit der Änderung von 25 Artikeln des Grundgesetzes.

sowie ‚technische‘ Probleme und Folgeprobleme werden durch förmliche Verfassungsänderungen adressiert und in ausführlichen, kompromisspiegelnden Verfassungstexten beantwortet.<sup>2168</sup>

*b) Materielle Verfassungsänderungsgrenzen: kaum operabler Schutz eines (etatistischen) „Hausguts“ der Länder*

Die bislang beschlossenen Grundgesetzänderungen, insbesondere auch die größeren ‚Reformpakete‘, betrafen häufig auch föderalismusverfassungsrechtliche Regelungen zum Verhältnis von Bund und Ländern (vgl. etwa das „Finanzreformgesetz“ 1969<sup>2169</sup> – s. o. IV. 3. a), große Teile der Verfassungsreform von 1994<sup>2170</sup>, die Föderalismusreformen I<sup>2171</sup> und II<sup>2172</sup> sowie die Reformen 2017<sup>2173</sup> und 2019<sup>2174</sup> – s. o. IV. 3. c)). Dass Grundgesetzänderungen häufig föderalismusverfassungsrechtliche Regelungen betreffen, liegt schon daran, dass dem Grundgesetz ein – verglichen mit der US-Verfassung – intensiver (obschon nicht absoluter) – „förderativer Vorbehalt der Verfassung“ (Matthias Jestaedt – näher oben § 3, B. I. 2. a)) zu Grunde liegt. Schon in seiner ursprünglichen Fassung von 1949 regelte das Grundgesetz föderalismusverfassungsrechtliche Fragen in ausführlicher, dichter und bestimmter Form, sodass entsprechende Änderungen nach dem Modus und der Form der förmlichen Verfassungsänderung verlangen<sup>2175</sup>; ein gewisser Steigerungs-, Ver-

<sup>2168</sup> Vgl. C. Waldhoff, Der positive und der negative Verfassungsvorbehalt. Überlegungen zu einer Regelungstheorie im Grenzbereich von Verfassungsrechtsdogmatik und Verfassungstheorie, Baden-Baden 2016, S. 53 f., m. w. N. Freilich adressieren auch vereinzelte Zusatzartikel der US-Verfassung eher konkrete Probleme, vgl. nur den XVIII. und XXI. Zusatzartikel zur Prohibition des Verkaufs alkoholischer Getränke (näher oben 2. b)).

<sup>2169</sup> Einundzwanzigstes Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (Finanzreformgesetz) v. 12.05.1969, BGBl. I S. 359, zur Einfügung von Art. 91a, 91b, 104a sowie Änderung von Art. 105, 106, 107, 108, 115c, 115k.

<sup>2170</sup> Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 3, 20a, 28, 29, 72, 74, 75, 76, 77, 80, 87, 93, 118a und 125a) v. 27.10.1994, BGBl. I S. 3146.

<sup>2171</sup> Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 22, 23, 33, 52, 72, 73, 74, 74a, 75, 84, 85, 87c, 91a, 91b, 93, 98, 104a, 104b, 105, 107, 109, 125a, 125b, 125c, 143c) v. 28.08.2006, BGBl. I S. 2034.

<sup>2172</sup> Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 91c, 91d, 104b, 109, 109a, 115, 143d) v. 29.07.2009 BGBl. I S. 2248.

<sup>2173</sup> Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 90, 91c, 104b, 104c, 107, 108, 109a, 114, 125c, 143d, 143e, 143 f, 143 g) v. 13.07.2017, BGBl. I S. 2347.

<sup>2174</sup> Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 104b, 104c, 104d, 125c, 143e) v. 28.03.2019, BGBl. I S. 404.

<sup>2175</sup> Dies könnte man als „abgeleiteten Verfassungsvorbehalt“ (Christian Waldhoff) bezeichnen, welcher als „normativer, rechtsdogmatischer Vorbehalt“ daherkommt und vom „originären Verfassungsvorbehalt“ (bei der ursprünglichen Verfassungsgebung i. e. S.) zu unterscheiden sei, C. Waldhoff, Der positive und der negative Verfassungsvorbehalt. Überlegungen zu einer Regelungstheorie im Grenzbereich von Verfassungsrechtsdogmatik und Verfassungstheorie, Baden-Baden 2016, S. 23. Auch hier ‚gelten‘ (s. bereits in anderem Zusammenhang oben Fn. 700) die drei Mephistopheles-Verse: „’s ist ein Gesetz der Teufel und

schiebungs- und Spiraleffekt ist die Folge: Kompromisse relativieren (und bestätigen) Prinzipien, Prinzipien verkomplizieren Kompromisse, Änderungen machen Folgeänderungen erforderlich, Ausnahmen machen GegenAusnahmen erforderlich. Die obigen Ausführungen zu Verfassungsänderungslösungen bei den Fallgruppen zu Verbandskompetenzausübungsgrenzen hinsichtlich des Rechts der Landesbeamten (vgl. Art. 74a GG a.F., Art. 74 Abs. 1 Nr. 27 GG – s.o. § 5, A. II. 3. b)) und des Rechts der Staatshaftung der Länder (vgl. Art. 74 Abs. 1 Nr. 25 GG – s.o. § 5, A. III. 3. c)) sowie zu Verbandsingrenzenausübungsgrenzen bei Bundesfinanzhilfen (vgl. Art. 104b ff. GG – s.o. IV. 3. c)) bieten hierfür Anschauungsmaterial.

Im Angesicht der höheren Frequenz von Änderungen des Grundgesetzes stellt sich die Frage nach materiellen Bundesverfassungsänderungsgrenzen hier mit stärkerer praktischer Dringlichkeit als in den USA. Wie die US-Verfassung (s.o. 2. b)) spricht auch das Grundgesetz materielle Verfassungsänderungsgrenzen (sogar in stärkerem Umfang) ausdrücklich aus (Art. 79 Abs. 3 GG). Dabei nimmt Art. 79 Abs. 3 GG u. a. auch föderalismusverfassungsrechtliche Strukturen – und zwar nach überwiegender Auffassung gleich dreifach – als Schutzgegenstände in Bezug: *Erstens* wird „die Gliederung des Bundes in Länder“, *zweitens* „die grundsätzliche Mitwirkung der Länder bei der Gesetzgebung“ des Bundes und nach überwiegender Auffassung<sup>2176</sup> auch – *drittens* – das Bundesstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG) als einer der „in den Artikeln 1 und 20 niedergelegten Grundsätze“ als verfassungsänderungsfest garantiert.

Einschlägige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gibt es (nur) zu Art. 79 Abs. 3 Var. 1 GG (freilich in Verbindung mit dem – ungeschriebenen – etatistischen Topos der „Eigenstaatlichkeit“ der Länder)<sup>2177</sup>: In der – bereits oben im

---

Gespenster: / Wo sie hereingeschlüpft, da müssen sie hinaus. / Das erste steht uns frei, beim zweiten sind wir Knechte“ (Goethe; Nachweis s.o. Fn. 700).

<sup>2176</sup> Vgl. statt vieler nur K. Hesse, AöR 98 (1973), 6; dagegen jedoch M. Jestaedt, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. II, 3. Aufl., Heidelberg 2004, § 29, Rn. 48 ff., welcher auf dem Weg einer „entstehungsgeschichtlich begründete[n] – subjektiv-teleologische[n] – Reduktion des Normtextes von Art. 79 Abs. 3 3. Alt. GG“ (a. a. O., Rn. 57) zu dem Ergebnis kommt, dass in Art. 79 Abs. 3 Var. 3 GG lediglich das Republik-, das Demokratie und das Rechtsstaatsprinzip (als eine „rechtsstaatlich-demokratische Sicherungsklausel“), nicht aber das Bundes- oder Sozialstaatsprinzip in Bezug genommen werden soll(t)en. Dafür würde sprechen, dass in Entwurfsfassungen zum Grundgesetz noch deutlich zwischen einer (bloßen) Erschwerung von Verfassungsänderungen bezüglich bestimmter föderalismusverfassungsrechtlicher Fragen (schließlich übergeleitet in die Unantastbarkeitsklauseln Art. 79 Abs. 3 Var. 1 u. 2 GG) einerseits und einer rechtsstaatlich-demokratischen Sicherung mit Überverfassungsrang (späterer Art. 79 Abs. 3 Var. 3 GG) unterschieden worden sei.

<sup>2177</sup> Der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts beginnt die Prüfung in BVerfGE 34, 9 (19 f.) – Besoldungsvereinheitlichung, ausgehend von Art. 79 Abs. 3 Var. 1 GG, stellt dann aber – textfern – im Wesentlichen auf den Topos der „Eigenstaatlichkeit“ um. Vgl. für einen – offengelegten – integrativen Prüfungsansatz aller drei Varianten des Art. 79 Abs. 3 GG: K. Hesse, AöR 98 (1973), 14 ff., welcher über Art. 79 Abs. 3 Var. 3 GG zudem demokratietheoretische Aspekte in den Maßstab einfließen lässt. Zum Ganzen (Verfassungsänderungs-



Rahmen der Darstellung von Bundeskompetenzausübungsgrenzen in der Fallgruppe der ‚legislativen Personalhoheit‘ skizzierten (s. o. § 5, A. II. 3. b)) – Entscheidung zur Besoldungsvereinheitlichung (Art. 74a GG a.F.) beschäftigte sich der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts mit der Frage, ob die Schaffung der Bundesgesetzgebungskompetenz zur Regelung der Besoldung von Landesbeamten (Art. 74a GG a.F.) gegen Art. 79 Abs. 3 Var. 1 GG verstoße. Für den Senat lag insoweit *kein* verfassungswidriges Verfassungsrecht vor. Es ließe sich *kein* absolut geschützter Kompetenzbestand der Länder „formal [...] bestimmen“; vielmehr gebe es einen sachlich nicht näher bestimmten „Kern eigener Aufgaben als „Hausgut“, der den Ländern, ebenso wie „die freie Bestimmung über [ihre] Organisation [...] sowie die Garantie der verfassungskräftigen Zuweisung eines angemessenen Anteils am Gesamtsteueraufkommen im Bundesstaat“, verbleiben müsse.<sup>2178</sup> Außerdem müsse der Bund seine neue Kompetenz – gemäß des Grundsatzes länderefreundlichen Verhaltens mit Rücksicht auf Gestaltungsspielräume der Länder ausüben (dazu oben § 5, A. II. 3. b)).

Mit der „Hausgut“-Formel liefert der Senat einen nur schwer operablen Maßstab für die Grenzen von Kompetenzhochzonen von den Ländern zum Bund. Ein wirksamer „Schutz vor Kompetenzanzuehrung“ der Länder durch Verfassungsänderungen ist damit nicht erreichbar.<sup>2179</sup> Christoph Möllers führt dies u.a. darauf zurück, dass sich dem Grundgesetz keine „materielle Theorie föderaler Aufgaben-

---

schutz für das föderale Prinzip mit oder ohne Rückgriff auf ‚Staatlichkeit‘, Letzteres ausgehend von Grundgesetznormen wie Art. 79 Abs. 3 GG selbst sowie Art. 30, 70, 83, 92 GG): referierend C. Möllers, Staat als Argument, 2. Aufl., Tübingen 2011, S. 371, m.w.N. – u.a. mit Verweis auf H. Ehmke, Grenzen der Verfassungsänderung, Berlin 1953, S. 101 f., sowie auf Stimmen aus der Kommentarliteratur. Ehmke unterscheidet a.a.O., S. 100 f., zwischen Verfassungsänderungsgrenzen „kraft positiver Vorschrift“ (also Art. 79 Abs. 3 GG) und materiellen Verfassungsänderungsgrenzen, welche sich „aus dem materialen Zusammenhang der Verfassung“ als Insgesamt ergeben – durch Letztere werde die föderale Ordnung unter dem Grundgesetz Ehmke zu Folge *nicht* vor Verfassungsänderungen geschützt, da bei Abschaffung des Föderalismus nicht die „Gewährleistung eines freien politischen Lebens“ zur Debatte stehe.

<sup>2178</sup> BVerfGE 34, 9 (19 f.) – Besoldungsvereinheitlichung; aufgegriffen in BVerfGE 87, 181 (196) – 7. Rundfunkentscheidung, jew. unter Rückgriff auf den (verfassungstextlich ungeschriebenen) Topos der „Staatlichkeit“ der Länder; referierend hierzu K. Hesse, AöR 98 (1973), 1 (7).

<sup>2179</sup> Vgl. C. Möllers, Staat als Argument, 2. Aufl., Tübingen 2011, S. 371; ebenso K. Pabel, Grundfragen der Kompetenzordnung im Bereich der Kunst, Berlin 2003, S. 12. Möllers stellt diesen Befund in eine verfassungsgeschichtliche Kontinuitätslinie zur Reichsverfassung von 1871: vgl. ders., a.a.O., 351 (dort in Fn. 8): Im Kaiserreich habe es nach h.M. „keine Grenzen der Verfassungsänderung zu Gunsten der Gliedstaaten“ gegeben. Es ließe sich ergänzen, dass Art. 78 Abs. 2 der RV zwar keinen absoluten materiellen Verfassungsänderungsschutz zu Gunsten der Gliedstaaten vorsah, aber ‚immerhin‘ statuierte: „Diejenigen Vorschriften der Reichsverfassung, durch welche bestimmte Rechte einzelner Bundesstaaten in deren Verhältnis zur Gesamtheit festgestellt sind, können nur mit Zustimmung des berechtigten Bundesstaates abgeändert werden.“



verteilung“ entnehmen lasse.<sup>2180</sup> Das sieht ein (kleiner) Teil der (wenigen) Stimmen der oben vorgestellten Mindermeinung, welche unter den Topoi der ‚Kulturhoheit‘ und der ‚Polizeihoheit‘ der Länder – mit etatistischem und (sub-)nationalistischem Impetus – für bestimmte Aufgaben-Reservate der Länder plädieren (ausführlich oben § 5, A. I. 3.), freilich anders: So wird vereinzelt unter Hinweis auf eine dem Grundgesetz angeblich vorgelagerte (Eigen-) ‚Staatlichkeit‘ der Länder für die Verfassungsänderungsfestigkeit der ‚Polizeihoheit‘ der Länder plädiert, welche demnach selbst dem verfassungsändernden Gesetzgeber (bei Kompetenzänderungen) Grenzen setze.<sup>2181</sup> Dieser Mindermeinung zu Folge würde die Schaffung von umfassenden Bundeskompetenzen im Bereich der öffentlichen Sicherheit verfassungswidriges Verfassungsrecht darstellen. Insgesamt sind Schrifttumsäußerungen zur Verfassungswidrigkeit von Kompetenzhochzonungen freilich sehr selten.<sup>2182</sup>

Vereinzelt wird das Diktum vom verfassungswidrigen Verfassungsrecht aber für den Bereich der Begründung oder Erweiterung von *Ingerenzen* durch Verfassungsänderung geäußert, so etwa hinsichtlich der ‚Schuldenbremse‘ für die Länder in Art. 109 Abs. 3 GG (s. bereits oben IV. 1. b)).<sup>2183</sup> Auch im Ingerenzbereich sind entsprechende Argumente aber insgesamt selten.<sup>2184</sup>

<sup>2180</sup> Vgl. C. Möllers, Staat als Argument, 2. Aufl., Tübingen 2011, S. 372.

<sup>2181</sup> So K. Merten, DVBl 1987, 395 (396); ausdrücklich dagegen G.-D. Schoen, DVBl 1988, 16 (17). Tendenziell ähnlich für die ‚Kulturhoheit‘ der Länder als verfassungsänderungsfestem Identitätskern der ‚Eigenstaatlichkeit‘ der Länder M. Klopfer, ZRP 1978, 121 (123); M.-E. Geis, DÖV 1992, 522 (528); M. Heintzen, DVBl 1997, 689 (692).

<sup>2182</sup> Zwar lässt sich in paralleler Weise eine Verbindung zwischen dem Topos der ‚Kulturhoheit‘ der Länder und Art. 79 Abs. 3 GG herstellen: referierend dazu K. Pabel, Grundfragen der Kompetenzordnung im Bereich der Kunst, Berlin 2003, S. 11 f. Jedoch werden ganz überwiegend (im Anschluss an BVerfGE 34, 9 (19 f.) – Besoldungsvereinheitlichung; s. eben bei Fn. 2177 f.) keine durchgreifenden, operablen Verfassungsänderungsgrenzen abgeleitet: vgl. dies., a. a. O. Ähnlich zurückhaltend F. Hufen, BayVBl. 1985, 1 (4), welcher in seiner Diskussion von „Gefährdungsmustern“ des Kulturföderalismus nur eine „besonders kritisch[e] Beurteilung“ von „Erweiterungsversuchen“ (bzgl. des Bundeskompetenzbestands) fordert.

<sup>2183</sup> So – deutlich etatistisch argumentierend – B. Fassbender, NVwZ 2009, 737: „Verschuldungsfähigkeit der Länder“ als Teil ihrer angeblich über-bundesverfassungsstarken „Eigenstaatlichkeit“; ebenfalls etatistische Argumentation bei P. Selmer, NVwZ 2009, 1255 (1261): ein „grundsätzliches Verschuldungsverbot [verstoße] jedenfalls dann gegen die Staatlichkeitsgarantie des Art. 79 III GG [...], wenn den Ländern nicht von Verfassungs wegen eine hinreichende Finanzausstattung nichtkreditärer, d. h. vor allem steuerlicher Art ermöglicht wird“; der Sache nach ähnlich kritisch, allerdings rein verfassungspolitisch und zudem unter Verzicht auf etatistische Vokabeln: S. Koriath, JZ 2009, 729 (732); ausdrücklich gegen die Annahme von verfassungswidrigem Verfassungsrecht: C. Seiler, JZ 2009, 721 (728), u. a. unter Hinweis auf die „Bundestreue“; umfassend zum Meinungsstreit M. Klopfer, Finanzverfassungsrecht, München 2014, § 8, Rn. 157 ff., m. w. N. pro und contra; Klopfer argumentiert selbst a. a. O., Rn. 160, u. a. mit dem Demokratieprinzip und dem „Prinzip des gerechten Lastenausgleichs“ für die Zulässigkeit der Verfassungsänderung. Der Landtag und der Landtagspräsident von Schleswig-Holstein hatten gegen Art. 109 Abs. 3 GG einen Bund-Länder-Streit vor dem Zweiten Senat des Bundesverfassungsgerichts angestrengt; dieser wurde als unzulässig abgewiesen, da Landesparlamente im Bund-Länder-Streit nicht antragsbefugt seien; BVerfGE 129, 108 – Legislativstreit Schuldenbremse.

*c) Gerichtliche Durchsetzbarkeit: faktische Non-Justiziabilität?*

Der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts lässt sich zwar die *grundsätzliche* Bereitschaft entnehmen, Bundesverfassungsänderungen auf ihre Vereinbarkeit mit Art. 79 GG zu überprüfen: So hat der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts beispielsweise – wie eben referiert – die durch Verfassungsänderung geschaffene Verbandskompetenznorm zur Besoldungsvereinheitlichung in Art. 74a GG (a.F.) für mit Art. 79 Abs. 3 GG vereinbar gehalten (s.o. b)). Außerhalb des Föderalismusverfassungsrechts hat der Senat im sog. Abhörurteil die Vereinbarkeit einer Änderung der Individualgrundrechtsbestimmung aus Art. 10 GG mit Art. 79 Abs. 3 GG ausgesprochen.<sup>2185</sup> Die Weite und Inoperabilität der in der Besoldungsvereinheitlichungsentscheidung aufgestellten „Hausgut“-Formel führt allerdings zur Frage, ob hier nicht letztlich – im Ergebnis dann ähnlich wie in den USA (s.o. 2. c)) – *der Sache nach* doch *Nicht-Justiziabilität* (durch Inoperabilität des Prüfungsmaßstabs) vorliegt (s. auch § 11, C. II. 4.).

#### **4. Fazit und Ausblick: unterschiedliche Dichten der Prozeduralisierung und zahnloser Etatismus**

US-Verfassung und Grundgesetz unterscheiden sich insbesondere mit Blick auf die prozedurale Dimension der Bundesverfassungsänderungsgrenzen: Während die US-Verfassung die Einzelstaaten im Verfassungsänderungsverfahren nach Art. V USC entscheidend einbindet (s.o. 2. a)), hat sich das Grundgesetz in Art. 79 Abs. 2 GG für eine vollständige Verlagerung der Entscheidung über Grundgesetzänderungen auf die Bundesebene entschieden, die Länder wirken nur mittelbar im Bundesorgan Bundesrat mit (s.o. 3. a)). Die US-Verfassung ist zudem insgesamt deutlich änderungsresistenter<sup>2186</sup>, was auch Änderungen im *Föderalismusverfassungsrecht* der USA selten macht.

Materielle Bundesverfassungsänderungsgrenzen zum Schutz der föderierten Einheiten sind in beiden untersuchten Föderationen schwach: Entsprechende Argumentationen wurden zwar jeweils auch vor Gericht erprobt, hatten aber im Ergebnis in keiner der beiden Föderationen Erfolg (s.o. 2. b) u. 3. b)). Insbesondere kann weder unter der US-Verfassung noch unter dem Grundgesetz die Rede von einem effektiven Schutz der föderierten Einheiten vor ‚Kompetenzhochkonzonung‘ sein, wie die höchstgerichtliche Billigung des XVIII. Zusatzartikels zur nationenweiten Prohibition einerseits (s.o. 2. b)) und der Schaffung der Verbandskompetenznorm

<sup>2184</sup> Insoweit fällt auf, dass die durch Verfassungsänderungen 2017 bzw. 2019 geänderten bzw. geschaffenen Art. 104b bis Art. 104d GG zu Bundesfinanzhilfen (s. näher IV. 3. c)) in Teilen des Schrifttums zwar intensiv verfassungsrechtspolitisch kritisiert werden, die Frage nach ihrer Verfassungswidrigkeit dagegen – soweit ersichtlich – nicht ernsthaft aufgeworfen wird.

<sup>2185</sup> BVerfGE 30, 1 – Abhörurteil.

<sup>2186</sup> S.o. bei Fn. 2140 u. 2167.

zur Besoldungsvereinheitlichung in Art. 74a GG (a. F.) andererseits (3. b)) zeigen.<sup>2187</sup> Zugleich wird an dieser Stelle die Gemeinsamkeit sichtbar, dass die föderalismusverfassungsrechtliche Wirkungsdimension ‚Rechtsprechung‘ hier an ihre Grenzen stößt (bzw. sich selbst Grenzen auferlegt), wenn sie schwer handhabbare Maßstäbe wie die „Hausgut“-Formel aufstellt und anwendet (s. o. 2. c) u. 3. c); s. auch § 11, C. II. 4.).

Soweit – letztlich erfolglos – für ungeschriebene formelle oder für materielle Verfassungsänderungsgrenzen zum Schutz der föderierten Einheiten argumentiert wird, erfolgt dies – abgesehen von vereinzelt demokratiethoretischen Hinweisen (hierzu auch unten § 12, B. III. 3. b) aa)<sup>2188</sup> – in beiden Föderationen vor allem unter Verwendung von etatistischen Formeln wie „*sovereign powers*“, „*police powers*“ oder „Eigenstaatlichkeit“.<sup>2189</sup> Angesichts dieses Befunds kann *nicht* davon gesprochen werden, dass ein demokratie- und verfassungstheoretisches ‚Stiftungspakt‘- oder ‚Genossenschafts‘-Modell insoweit argumentativ fruchtbar gemacht würde (hierzu näher unten § 12, B. III. 2. a) cc) u. 3. b) aa)). Der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts hat den etatistischen Impuls deutlich zusammengefasst: „Die ‚Länder‘ sind hier, wie es dem Begriff und der Qualität des Bundesstaates entspricht, gegen eine Verfassungsänderung gesichert, durch die sie die Qualität von Staaten oder ein Essentiale der Staatlichkeit einbüßen.“<sup>2190</sup> Im Schrifttum begegnet man demgegenüber zum Teil dem Versuch, den „Vorrang der Verfassungsauslegung vor der Staatstheorie“<sup>2191</sup> zu vertreten und stattdessen Art. 79 Abs. 3 GG als ausdrückliche textliche Anlaufstelle für die Argumentation in den Vordergrund zu rücken<sup>2192</sup>; und auch in den USA wird zum Teil der (lose) Rückschluss zu Art. V USC a. E. gesucht.<sup>2193</sup> Argumentative Durchschlagskraft ist mit den etatistischen Topoi im Ergebnis wie erwähnt ohnehin nicht verbunden.

<sup>2187</sup> Dies – kein effektiver Schutz vor ‚Kompetenzhochzonung‘ – mag komparatistisch verallgemeinerbar sein, vgl. *M. Tushnet*, in: R. Albert/X. Contiades/A. Fotiadou (Hrsg.), *The Foundations and Traditions of Constitutional Amendment*, Oxford, U.K., 2017, S. 97 (100).

<sup>2188</sup> Vgl. etwa *J. D. White*, *The Virginia Law Register*, New Series 6 (1920), 573 (590): Völker der Einzelstaaten müssten – in jeweils direkt-demokratischer Willensbildung – selbst über Kompetenzhochzonungen entscheiden (einstimmig); vgl. auch – völlig anders, nämlich unitaristisch – *K. Hesse*, *AöR* 98 (1973), 14 ff.: „Erhaltung der Länder als Zentren demokratisch legitimer politischer Entscheidung“ (im unitarischen Bundesstaat) als Maßstab von Verfassungsänderungen.

<sup>2189</sup> S. o. bei Fn. 2156 bzw. 2177.

<sup>2190</sup> BVerfGE 34, 9 (19) – Besoldungsvereinheitlichung.

<sup>2191</sup> *C. Möllers*, *Staat als Argument*, 2. Aufl., Tübingen 2011, S. 371, zu den oben in Fn. 2177 zitierten Stimmen.

<sup>2192</sup> S. o. in und bei Fn. 2177.

<sup>2193</sup> S. o. in und bei Fn. 2156.

## **B. *Status positivus*: Bundesingerenzausübungspflichten**

Verbandsgrundrechtspositionen der förderierten Einheiten werden nicht nur zur (negativen) Begrenzung von Bundesingerenzen, sondern auch dazu in Stellung gebracht, Ingerenzen der Bundesebene positiv im Sinne einer Handlungspflicht der Bundesebene zu modifizieren (s. bereits allgemein oben § 4, B. III. 3. b)). (Da die vorliegende Studie das ‚vertikale‘ Verhältnis zwischen Bundesebene und förderierten Einheiten, nicht aber das rein<sup>2194</sup> ‚horizontale‘ Verhältnis der förderierten Einheiten untereinander fokussiert – vgl. oben § 1, C. III. –, soll es nicht um etwaige Ingerenzausübungspflichten der förderierten Einheiten untereinander gehen.)

Bundesingerenzausübungspflichten sind – jedenfalls theoretisch – in zwei Grundkonstellationen vorstellbar: Zum einen kann es darum gehen, dass eine förderierte Einheit gegenüber der Bundesebene einen Anspruch auf Ausübung einer Ingerenz geltend macht, welche diese förderierte Einheit selbst betreffen soll (‚vertikales‘ Zwei-,Personen‘-Verhältnis – s. u. I.); zum anderen kann es darum gehen, dass eine förderierte Einheit A geltend macht, dass die Bundesebene durch die Ausübung einer Bundesingerenz gegen eine andere förderierte Einheit B vorzugehen habe (‚diagonales‘ Drei-,Personen‘-Verhältnis ‚ums Eck‘ – s. u. II.).

### **I. *Status positivus* in der ‚Vertikalen‘: Ansprüche auf Solidarität der Bundesebene?**

Für das ‚vertikale‘ Zwei-,Personen‘-Verhältnis zwischen einer förderierten Einheit und der Bundesebene ist es denkbar, dass mit dem *status positivus* der Verbandsgrundrechtspositionen der förderierten Einheit das Bestehen von Ansprüchen dieser förderierten Einheit gegen die Bundesebene auf bestimmte ‚Leistungen‘ begründet werden könnte:

#### **1. „Politische Selbsterhaltung“ durch Solidarität**

Die Vorstellung, dass den förderierten Einheiten (untereinander und) gegen die Bundesebene Ansprüche auf Unterstützung, Schutz und Solidarität zustehen können, ist Kernbestandteil des allgemeinen Modells des ‚Bundes‘: Nach Carl Schmitts repräsentativer Definition für das kryptonormative Modell liegt in einem ‚Bund‘ gerade der „*gemeinsam[e]* Zweck der politischen Selbsterhaltung *aller* Bundesmitglieder“ (ausführlich oben § 2, C. I.).<sup>2195</sup> „Bundessolidarität“ wird von Josef Isensee als ein Herzstück des föderalen Prinzips beschrieben: Die Bundesmitglieder „be[ä]nden sich alle ‚in einem Boot‘, in dem sie Glück wie Unglück, Erfolg wie Mi[ss]erfolg

<sup>2194</sup> S. aber unten II. zum ‚diagonalen‘ föderalismusverfassungsrechtlichen Verhältnis zwischen zwei oder mehr förderierten Einheiten und der Bundesebene.

<sup>2195</sup> C. Schmitt, Verfassungslehre, München u. a. 1928, S. 366; Hervorh. R.D.N.

teilen. Genauer: Sie bilden ein einziges Boot, dem sich eine Menschengruppe in den Fährnissen des Schicksals anvertraut hat.“<sup>2196</sup> Sollten die „Fährniss[e] des Schicksals“ ein Bundesmitglied besonders hart treffen, so können ihm – diesem Gedanken nach – (beinahe ‚naturgemäß‘) Ansprüche auf Unterstützung gegen die übrigen föderalen Träger zustehen. Isensee sieht die „Bundessolidarität“ offenbar als Kern des *status positivus* der Verbandsgrundrechtspositionen überhaupt an<sup>2197</sup>; freilich hat die Argumentation mit dem *status positivus* durchaus weitere Anwendungsfelder, welche über den Kernbereich einer solchen „Bundessolidarität“ i. e. S. hinausgehen; dies sollen die obigen Ausführungen zu den Bundeskompetenzausübungspflichten (s. o. § 5, B.) und die späteren Ausführungen zu Bundesingerezenzausübungspflichten in der ‚Diagonale‘ (s. u. II.) zeigen.

‚Ingerenzen‘ wurden oben definiert als Möglichkeiten der Einflussnahme und Einmischung zwischen föderalen Trägern (s. o. § 4, A. II.). Wendet man dies auf die *status positivus*-Konstellation an, so geht es also um Ansprüche föderaler Träger auf Beeinflusstwerden durch andere föderale Träger. Hier könnte man einwenden, dass die Qualifizierung von angeforderten Maßnahmen des Schutzes oder der Unterstützung als Formen der Einflussnahme an der Sache vorbeigehe: Es ließe sich argumentieren, dass eine föderierte Einheit, welche beispielsweise eine finanzielle Unterstützungsmaßnahme der Bundesebene begehrt, schlicht nach Finanzmitteln, nicht aber nach sachlich-inhaltlicher Einflussnahme der Bundesebene strebt. Andererseits wurde oben im Rahmen der finanzverfassungsrechtlichen Bundesingerezenzausübungsgrenzen (im *status negativus*) dargestellt, dass Finanzierungszuständigkeiten in aller Regel auch mehr oder weniger konkrete Einflussnahmemöglichkeiten bedeuten (s. o. A. IV.). Bereits die Entscheidungen über das Ob der Vergabe von Bundesfinanzhilfen und über – in Grenzen zulässige (s. u. D.) – Differenzierungen zwischen den föderierten Einheiten als Finanzhilfeempfänger können „Aushandlungsprozesse in Gang setzen“.<sup>2198</sup> Dies rechtfertigt es, auch in der positiven ‚Leistungs‘-Konstellation von (angeforderter, einvernehmlicher) ‚Einflussnahme‘ und damit von ‚Ingerenzen‘ zu sprechen.

Sachbereiche, in denen es potenziell vorstellbar ist, dass eine föderierte Einheit Ansprüche gegen die Bundesebene auf Ausübung von Ingerenzen haben kann, sind insbesondere das ‚Notstands‘-Verfassungsrecht (hierzu einführend oben A. II. 1. a)) und das Finanzverfassungsrecht (hierzu einführend oben A. IV.):

<sup>2196</sup> J. Isensee, in: ders./P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VI, 3. Aufl., Heidelberg 2008, § 126, Rn. 154.

<sup>2197</sup> Vgl. J. Isensee, in: ders./P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VI, 3. Aufl., Heidelberg 2008, § 126, Rn. 135.

<sup>2198</sup> Vgl. zu letztgenanntem Aspekt (für das Grundgesetz) M. Seckelmann, ZRP 2013, 82 (85).

## 2. USA: intensive Eigenverantwortung der Staaten

### a) Notstandsverfassung: Solidarität nach präsidentiellem Ermessen

Im Bereich des US-amerikanischen politischen Notstandsverfassungsrechts werden – nach einer freilich nicht alternativlosen Lesart – der *Domestic Violence Clause* (Art. IV, Sec. 4 USC – s. bereits § 4, B. III. 2. b) cc) u. A. II. 1. a) aa)) Bundesingerenzausübungspflichten entnommen: Demnach sei die *Domestic Violence Clause* so zu lesen, dass auf Antrag („*Application*“) des Parlaments eines Einzelstaats oder, wenn dieses nicht zusammentreten kann, der Regierung eines Einzelstaats, die Bundesebene Maßnahmen zu ergreifen, also etwa Sicherheitskräfte zu entsenden habe, um den Einzelstaat im Falle von inneren Unruhen zu unterstützen.<sup>2199</sup> Gegen diese Lesart der Verfassung spricht allerdings die Art und Weise, wie einfach die *Domestic Violence Clause* im einfachen Recht konkretisiert wird: Die bundesgesetzliche Norm 10 U.S.C. § 251 (2016)<sup>2200</sup> räumt dem Präsidenten Ermessen bei der Entscheidung über das Ob und Wie der Unterstützung des Einzelstaats ein („[...] *the President may [...]*“<sup>2201</sup>). Tatsächlich sind mehrere Fälle überliefert, in denen der Präsident den Einsatz von Bundeskräften ablehnte, da der betreffende Einzelstaat nicht hinreichend deutlich gemacht habe, dass seine eigenen Ressourcen zur Bewältigung der Lage nicht ausreichen würden: so z. B. bei der *Dorr Rebellion* in Rhode Island (1841 f.), bei Aufständen in San Francisco im Jahr 1856 (*San Francisco Committee of Vigilance*) und bei arbeitskampfbezogenen Aufständen in Missouri and Illinois im Jahr 1877.<sup>2202</sup>

Blickt man über den von der *Domestic Violence Clause* adressierten Bereich des ‚(innen-)politischen‘ Notstandsrechts hinaus auf die Bekämpfung von (Natur-)Katastrophen oder anderen Großschadensereignissen, beispielsweise auch von pandemischen Gefahrenlagen, so wird auch in diesen Bereichen deutlich, dass die Frage, inwieweit die Bewältigung von – auch extremen – Krisensituationen Staatsache oder (zumindest auch) Bundessache ist (oder: dazu gemacht wird), letztlich weitgehend vom politischen Ermessen der Akteure auf Bundesebene abhängt: Typischerweise ist die Bundesebene in pandemischen Lagen zurückhaltend damit, gewichtige nationale Maßnahmen zu treffen, wie die Beispiele der Politik *Wilsons*

<sup>2199</sup> Vgl. J. S. Bybee, Geo. Wash. L. Rev. 66 (1997), 1 (75): „*This reading of the clause is a natural reading of the text and satisfies the concerns of the Framers that a state [...] has a means of obligating the United States to come to its aid*“; zur Möglichkeit dieser Lesart (eher referierend) am Rande auch C. C. Ferguson, Rutgers L. Rev. 13 (1959), 407 (413 f.).

<sup>2200</sup> Vor der Neukodifizierung im Jahr 2016 handelte es sich um 10 U.S.C. § 331.

<sup>2201</sup> Die Norm lautet vollständig: „*Whenever there is an insurrection in any State against its government, the President may, upon the request of its legislature or of its governor if the legislature cannot be convened, call into Federal service such of the militia of the other States, in the number requested by that State, and use such of the armed forces, as he considers necessary to suppress the insurrection.*“

<sup>2202</sup> Vgl. F. T. Wilson, Federal Aid in Domestic Disturbances. 1787–1903, Washington, D.C., U.S.A., 1903, S. 65 ff., 90, 203; sowie J. S. Bybee, Geo. Wash. L. Rev. 66 (1997), 1 (51 f.).

während der Pandemie der Spanischen Grippe 1918 und *Trumps* während der COVID-19-Pandemie verdeutlichen.<sup>2203</sup> Konkrete operative Maßnahmen zur Bekämpfung von Pandemien, etwa Abstands-, Kontakt-, Hygienegebote (zum Tragen von Masken etc.) oder Schließungsanordnungen gegenüber Einrichtungen werden primär durch die Einzelstaaten getroffen; anderes gilt für insgesamt eher nachrangige Maßnahmen wie Hygienegebote in bundeseigenen Einrichtungen, Beschränkungen des internationalen Reiseverkehrs oder Hafenquarantänen, welche typischerweise eine bundesrechtliche Grundlage finden<sup>2204</sup>. So war die Bekämpfung der COVID-19-Pandemie jedenfalls in ihrer Anfangsphase im Jahr 2020 sehr weitgehend Einzelstaatsensache.<sup>2205</sup> Im Schrifttum wird einerseits festgestellt, dass dieser tatsächliche Befund die Verbandskompetenzlage zutreffend abbilde: Die Kompetenzen der Bundesebene in der operativen Pandemiebekämpfung seien nur vereinzelt gegeben (s. bereits oben A. II. 1. a) aa).<sup>2206</sup> Einige Stimmen im Schrifttum weisen allerdings auch darauf hin, dass es der Bundesebene unter Präsident *Trump* durchaus rechtlich möglich gewesen wäre, zumindest bestimmte koordinierende, anreizende, informatorische und unterstützende Maßnahmen zu treffen, so etwa bei der Öffentlichkeitsarbeit gegenüber den Bürgerinnen und Bürgern, bei der Bereitstellung und Auswertung von Informationen, Daten und Studien, bei der Erarbeitung von (unverbindlichen, aber orientierungsgebenden) Leitlinien zur nationalen Abstimmung von operativen Maßnahmen und gerade auch bei der koordinierten Beschaffung oder Produktionsförderung von knappen Medizinprodukten.<sup>2207</sup> Tatsächlich wies *Trump* vereinzelt Bitten von Einzelstaaten etwa um Unterstützung bei der Versorgung mit Medizinprodukten wie Masken oder Beatmungsgeräten deutlich zurück.<sup>2208</sup> Obwohl

<sup>2203</sup> Vgl. J. Kincaid/J. W. Leckrone, State and Local Government Review 52 (2020), 298 (305), welche freilich auch die – weniger gewichtigen – Gegenbeispiele der Schweinegrippeausbruchsreaktionen von Ford 1976 und Obama 2009 nennen.

<sup>2204</sup> Vgl. J. Kincaid/J. W. Leckrone, State and Local Government Review 52 (2020), 298 (305).

<sup>2205</sup> Vgl. D. M. Konisky/P. Nolette, Publius 51 (2021), 327 (337 ff.), welche von einem „Flickenteppich“ sprechen: „patchwork response to the pandemic“.

<sup>2206</sup> Vgl. nur J. Kincaid/J. W. Leckrone, State and Local Government Review 52 (2020), 298 (298 f., 305); tendenziell auch D. F. Kettl, Public Admin. Rev. 80 (2020), 595 (599); dies erkennt im Wesentlichen auch B. A. Cigler, Publius 2021 [online], 1 (3 f.), an, welche jedoch zumindest koordinierende, anreizende, informatorische und unterstützende Maßnahmen der Bundesebene vermisst, für welche im Detail durchaus Bundeskompetenzen bestehen würden. Beachte allerdings den Hinweis oben bei und in Fn. 1852.

<sup>2207</sup> Deutlich B. A. Cigler, Publius 2021 [online], 1 (3 f.); vgl. auch D. F. Kettl, Public Admin. Rev. 80 (2020), 595 (599). Für M. López-Santana/P. Rocco, Publius 51 (2021), 365 (387), verdeutlicht die starke Zurückhaltung der Bundesebene in der Pandemiebekämpfung unter *Trump* einen latenten „moral hazard“ im US-amerikanischen Föderalismus: die Abwälzung von Entscheidungen in dilemmatischen Situationen nach unten („federal officials can push off unsavory policy dilemmas – such as the choice between protecting revenues and defending public health – onto subnational governments“).

<sup>2208</sup> Für konkrete Beispiele wie die von Präsident *Trump* offensive abgelehnte Anfrage des Gouverneurs von New York nach der Unterstützung bei der Bereitstellung von Beatmungsgeräten C. J. Bowling/J. M. Fisk/J. C. Morris, The American Review of Public Administra-



es offenkundig einen intensiven Bedarf nach Unterstützung der Einzelstaaten durch die Bundesebene gab, trat ein (verfassungs-)rechtlich grundiertes *Anspruchsdenken* auf Hilfeleistungen, geschweige denn ein entsprechendes gerichtliches Vorgehen nicht zu Tage. Dass mehr Bundesaktivität bei der Krisenbewältigung *möglich* (und wie zentral insoweit politische *Ermessensausübung* auf Bundesebene) ist, zeigten sodann Aktivitäten nach dem Wechsel der Präsidentschaft von *Trump* zu *Biden* Anfang 2021.<sup>2209</sup>

*b) Finanzverfassung: bundesparlamentarisch gesetzte ‚no bailout‘-Regel*

Im Finanzverfassungsrecht ist an etwaige Ansprüche der Einzelstaaten auf Rettungsmaßnahmen (*bailout*) der Bundesebene im Fall von Haushaltsnotlagen und Überschuldungen zu denken. In diesem Zusammenhang ist auf einen entscheidenden verfassungsgeschichtlichen Moment<sup>2210</sup> zu Beginn der 1840er Jahre zu verweisen: Infolge einer Finanzkrise (*Panic of 1837*) und Rezession („*America’s first Great Depression*“<sup>2211</sup>) beantragten einige Einzelstaaten – unter Hinweis auf eine entsprechende Übung in den vorangegangenen Jahrzehnten<sup>2212</sup> – *bailout*-Maßnahmen der Bundesebene. Das Bundesparlament wies diese Anträge ab<sup>2213</sup> – dies vor allem zum Missfallen europäischer Gläubiger, von denen sich das Finanzwesen der USA insgesamt in dieser Phase aber immer stärker emanzipierte.<sup>2214</sup>

---

tion 50 (2020), 512 (515), m. w. N.; die Folge fehlender Koordinierung von entsprechenden Beschaffungsmaßnahmen führte zu einem Wettbewerb der Einzelstaaten um knappe Medizinprodukte, vgl. *D. F. Kettl*, Public Admin. Rev. 80 (2020), 595 (599).

<sup>2209</sup> Vgl. *D. M. Konisky/P. Nolette*, Publius 51 (2021), 327 (339 f.), zu Pandemiebekämpfungsmaßnahmen der *Biden Administration* unmittelbar nach Amtsübernahme Anfang 2021: Der Präsident erließ per *Executive Order* u. a. das Gebot zum Tragen von Mund-Nasen-Schutz-Masken in Einrichtungen des Bundes und öffentlichen Verkehrsmitteln, traf Koordinierungen zur Verbesserung des Impfprogramms, nutzte den *Defense Production Act*, um die Verfügbarkeit von Medizinprodukten zu steigern, und stellte (unverbindliche) Leitlinien für die Pandemiebekämpfung durch Staaten und Kommunen zur Verfügung.

<sup>2210</sup> Ausführliche Darstellungen bei *J. D. Savage*, *Balanced Budgets & American Politics*, Ithaca, N.Y., U.S.A., u. a. 1988, S. 113 ff.; *A. Roberts*, *America’s first Great Depression. Economic Crisis and Political Disorder After the Panic of 1837*, Ithaca, N.Y., U.S.A., u. a. 2012, S. 49 ff.

<sup>2211</sup> Titelgebend für *A. Roberts*, *America’s first Great Depression. Economic Crisis and Political Disorder After the Panic of 1837*, Ithaca, N.Y., U.S.A., u. a. 2012.

<sup>2212</sup> Vor 1840 war die Bundesebene mehrfach *bailout*-Anträgen von Einzelstaaten nachgekommen; vgl. *C. R. Henning/M. Kessler*, *Fiscal federalism: US history for architects of Europe’s fiscal union*, Brüssel, Be., 2012, S. 12; *D. C. Ehmke*, *Institutional Congruence. The Riddle of Leviathan and Hydra*, Baden-Baden 2019, S. 105: „*In the first years of the United States, bailout was the rule*“.

<sup>2213</sup> Vgl. *J. D. Savage*, *Balanced Budgets & American Politics*, Ithaca, N.Y., U.S.A., u. a. 1988, S. 114.

<sup>2214</sup> Vgl. *C. R. Henning/M. Kessler*, *Fiscal federalism: US history for architects of Europe’s fiscal union*, Brüssel, Be., 2012, S. 11 f.; vgl. auch *A. Roberts*, *America’s first Great Depres-*

Diese Entscheidung des Bundesparlaments, die *bailout*-Anträge der Einzelstaaten abzulehnen, kann man als „Etablierung der ‚no-bailout‘-Norm“ in den USA – und reziprok: als Etablierung der „fiskalen Souveränität“ der Einzelstaaten – verstehen.<sup>2215</sup> Seitdem gab es – anders als in den Jahrzehnten davor – bis heute keine *bailout*-Maßnahmen mehr zu Gunsten von Einzelstaaten.<sup>2216</sup> Komparatistisch ist es bemerkenswert, dass diese föderalismus- und finanz(-verfassungs-)rechtlich bedeutsame Grundentscheidung gegen entsprechende Bundesingrenzenausübungspflichten vom Bundesparlament, nicht etwa vom Verfassungsgeber oder von der Rechtsprechung<sup>2217</sup> getroffen wurde. Die Verweigerung der föderalen *bailouts* hatte zur Folge, dass *balanced-budget rules* in viele Einzelstaatenverfassungen aufgenommen wurden.<sup>2218</sup> Der US-amerikanische Föderalismus ist auch weiterhin nachhaltig durch die Leitvorstellung „fiskaler Souveränität“ der einzelnen föderalen Träger geprägt; das Ob der Vergabe von Bundesfinanzhilfen steht selbst in extremen Krisensituationen wie der COVID-19-Pandemie im weiten Ermessen der politischen Akteure auf Bundesebene.<sup>2219</sup> Das Denken in Kategorien gerichtlich durchsetzbarer

---

sion. *Economic Crisis and Political Disorder After the Panic of 1837*, Ithaca, N.Y., U.S.A., u. a. 2012, S. 65 ff.

<sup>2215</sup> So C. R. Henning/M. Kessler, *Fiscal federalism: US history for architects of Europe's fiscal union*, Brüssel, Be., 2012, S. 10, 12.

<sup>2216</sup> In den 1990er Jahren kam der District of Columbia, welcher keine Staatlichkeit besitzt, in den „Genuss“ eines *bailouts* der Bundesebene, vgl. C. R. Henning/M. Kessler, *Fiscal federalism: US history for architects of Europe's fiscal union*, Brüssel, Be., 2012, S. 15; D. C. Ehmke, *Institutional Congruence. The Riddle of Leviathan and Hydra*, Baden-Baden 2019, S. 106.

<sup>2217</sup> Soweit ersichtlich wurde gegen diese Entscheidung des Bundesparlaments nicht geklagt; vgl. J. D. Savage, *Balanced Budgets & American Politics*, Ithaca, N.Y., U.S.A., u. a. 1988, S. 114 f., welcher darauf hinweist, dass es sogar u. a. am „Stolz“ der Einzelstaaten lag, dass das Bundesparlament keine politische Entscheidung pro *bailout* traf: Für einige Einzelstaatenvertreter im Senat (etwa John C. Calhoun für South Carolina) war das Beharren auf finanzieller Autonomie wichtiger.

<sup>2218</sup> Vgl. F. Palermo/K. Kössler, *Comparative Federalism. Constitutional Arrangements and Case Law*, Portland, Ore., U.S.A., 2017, S. 239.

<sup>2219</sup> Zu der – mit einer gewichtigen Ausnahme – deutlich zurückhaltenden Ausübung dieses politischen Ermessens durch die US-Bundesebene in der COVID-19-Pandemie während der Trump-Präsidentschaft im Jahr 2020: vgl. M. López-Santana/P. Rocco, *Publius* 51 (2021), 365; bei der gewichtigen Ausnahme handelt es sich um den Erlass des *Coronavirus Relief Fund* (CRF) als Bestandteil im CARES Act (*Coronavirus Aid, Relief, and Economic Security Act*) aus dem März 2020: Diesbezüglich betonen M. López-Santana/P. Rocco, a. a. O. (366, 375), dass es sich zwar um einen seltenen Moment parteiübergreifender Zusammenarbeit zur durchaus erheblichen finanziellen Unterstützung der Einzelstaaten durch die Bundesebene gehandelt habe; zugleich sei das Hilfeprogramm aber durch lähmende Förderderrichtlinien und Bedingungen geprägt, welche den Effekt einer Haushaltskrisenentschärfung in den Einzelstaaten deutlich dämpften. Während der Biden-Präsidentschaft wurde zu Beginn des Jahres 2021 mit dem *American Rescue Plan Act* sodann ein Hilfeprogramm aufgesetzt, welches den Einzelstaaten teilweise mehr Flexibilität einräumt; vgl. M. López-Santana/P. Rocco, a. a. O. (375). Allerdings wurde dieser Fördermechanismus von Republikanisch geführten Einzelstaaten gerichtlich angegriffen, soweit er es ausschließt, dass die Einzelstaaten die Finanzhilfen zur Kompensation von Steuerkürzungen in den Einzelstaaten verwenden dürfen; vgl.

Ansprüche der Staaten gegen die Bundesebene auf finanzielle Unterstützung ist dem US-Föderalismus fremd.<sup>2220</sup>

In beiden Sachbereichen – ‚Notstand‘ und Finanzen – ist damit ein weites Ermessen der politischen Akteure auf Bundesebene hinsichtlich der Frage, ob ‚Leistungen‘ an die Einzelstaaten erbracht werden sollen, auszumachen. Reziprok zu diesem Ermessen der Bundesebene wird damit die Eigenverantwortung (‚Souveränität‘) der Einzelstaaten betont. Die Rechtsprechung spielt bei alledem keine Rolle.

### 3. Deutschland: intensive „Bundessolidarität“

*a) Notstandsverfassung: „verfassungsunmittelbare“ Ansprüche auf Unterstützung; Solidarität durch „Verantwortungsübernahme“*

Untersucht man die Notstandsverfassung des Grundgesetzes auf das Bestehen von *status positivus*-Positionen der Länder, so wird man unmittelbar im Verfassungstext fündig: Für in bestimmter Weise qualifizierte Gefahren- und Notstandslagen sehen Art. 35 Abs. 2 S. 1 u. S. 2 GG sowie Art. 91 Abs. 1 GG vor, dass ein Land die Unterstützung der Bundesebene (und teilweise auch anderer Länder<sup>2221</sup>) „anfordern“ kann. Dies betrifft die Unterstützung durch „Kräfte und Einrichtungen de[r Bundespolizei]“. Bei einer „Naturkatastrophe oder bei einem besonders schweren Unglücksfall“ kommen zusätzlich auch „Kräfte und Einrichtungen [...] der Streitkräfte“ in Betracht (Art. 35 Abs. 2 S. 2 i.Vm. Art. 87a Abs. 2 GG). Dabei soll der Verfassungswortlaut („anfordern“) nach ‚allgemeiner Auffassung‘ in der Kommentarliteratur einen „verfassungsunmittelbare[n] Anspruch des betreffenden Landes gegen die Bundes[ebene] auf Unterstützung“ bereithalten.<sup>2222</sup> (Vereinzelt ist sogar die Rede davon, dass das von der Notlage betroffene Land unter Umständen bundesverfassungsrechtlich dazu *verpflichtet* sein könne, Hilfe anzufordern<sup>2223</sup>; das Bundesverwaltungsgericht hat zudem entschieden, dass der Bund „[b]ei offen-

---

etwa *U.S. District Court for the Southern District of Ohio, Ohio v. Janet Yellen et al.*, 1:21-cv-00181.

<sup>2220</sup> Gerichtlich angegriffen werden freilich vereinzelt immer wieder die *Modalitäten* der *Ausgestaltung* von Bundesfinanzhilfeprogrammen – zum einschlägigen Fallrecht ausführlich oben beim *status negativus* A. IV. 2.; vgl. auch das aktuelle Beispiel eben am Ende der vorstehenden Fn.

<sup>2221</sup> ‚Horizontale‘ Hilfe ist in den Fällen von Art. 35 Abs. 2 S. 2 GG sowie Art. 91 Abs. 1 GG (nicht aber bei Art. 35 Abs. 2 S. 1 GG) vorgesehen.

<sup>2222</sup> *H.-G. Dederer*, in: G. Dürig/R. Herzog/R. Scholz (Hrsg.), Grundgesetz, 83. Ergänzungslieferung, München 2018, Art. 35, Rn. 143 (zu Art. 35 Abs. 2 S. 1 GG), ebenso a. a. O., Rn. 155 (zu Art. 35 Abs. 2 S. 2 GG), jew. m. w. N.; *R. Böhme*, Innere Einsätze der Streitkräfte beim Katastrophenschutz im Frieden, Hamburg 2007, S. 123. Aus der Rechtsprechung – als *obiter dictum*: BVerwG, Urt. v. 10.11.1972 – VII C 53/71: Eine „Anforderung [durch das Land nach Art. 35 Abs. 2 GG] löst eine grundsätzliche Verpflichtung aus, ihr nachzukommen“.

<sup>2223</sup> Vgl. *K. Kruis*, in: FS Lerche, München 1993, S. 475 (479).

sichtlich schwerer Gefährdung einer noch nicht übersehbaren Zahl von Menschen“ auch unaufgefordert ‚spontan‘ helfen dürfe<sup>2224</sup>.) In der Praxis sind auf Art. 35 Abs. 2 S. 2 GG gestützte Einsätze, insbesondere in Flutkatastrophen, durchaus nicht selten<sup>2225</sup>, wobei föderale Streitigkeiten über die Anforderung von Bundeskräften – soweit ersichtlich – nicht (prominent) aufgetreten, jedenfalls nicht gerichtlich ausgetragen worden sind<sup>2226</sup>. „Fast unstreitig“ soll zudem sein, dass auch außerhalb dieser besonders qualifizierten Notstandssituationen im Rahmen der *allgemeinen* Rechts- und Amtshilfe ein einklagbarer „verfassungsunmittelbarer Anspruch der ersuchenden Behörde auf Hilfeleistung“ aus Art. 35 Abs. 1 GG bestehe.<sup>2227</sup>

Wie oben bereits erörtert wurde, betrifft föderalismusverfassungsrechtlich relevantes ‚Krisen‘- und ‚Notstands‘-Verfassungsrecht nicht nur die von Art. 35, 91, 87a GG adressierten, eher akut-punktuellen Fragen nach intra-föderalen Einsatzmöglichkeiten von Sicherheitskräften in qualifizierten Gefahrenlagen. Vielmehr werden vor allem mittel- und längerfristig anwirkende ‚Notstände‘ wie etwa pandemische Lagen auch – dynamisch – *legislativ* begleitet (s. bereits oben A. II. 1. a) aa)). Dies kann nicht nur die oben angerissenen Probleme mit Blick auf den *status negativus* der Verbandsgrundrechtspositionen der Länder (insbesondere ihre ‚Verwaltungshoheit‘) mit sich ziehen, wenn Bundeskompetenzen in ‚Krisen‘ intensiver genutzt werden (s. o. A. II. 1. a) aa)). Aus der Warte des *status positivus* ist vielmehr zu fragen, ob die Länder nicht sogar *Ansprüche* gegen den Bund darauf haben, dass dieser legislativ ‚Verantwortung‘ für – insbesondere auch unpopuläre, da besonders eingriffsintensive – Krisenbekämpfungsmaßnahmen (etwa für sozial und volkswirtschaftlich

<sup>2224</sup> BVerwG, Urt. v. 10. 11. 1972 – VII C 53/71: Der Bund habe hier wegen des Grundgesetzes der ‚Bundestreue‘ unaufgefordert (‚spontan‘) bei dem Lawinenunglück helfen dürfen und einen entsprechenden (ungeschriebenen) bundesrechtlichen Kostenerstattungsanspruch.

<sup>2225</sup> Vgl. M. Klopfer, Handbuch des Katastrophenrechts, Baden-Baden 2015, § 3, Rn. 80, zu Beispielen für den Gebrauch von Art. 35 Abs. 2 S. 2 GG. Klopfer nennt – mit Hinweisen auf R. Böhme, Innere Einsätze der Streitkräfte beim Katastrophenschutz im Frieden, Hamburg 2007, und auf BT-Drs. 16/6159 – neben den Hochwasserkatastrophen an Rhein, Oder und Elbe in den Jahren 1995, 1997 und 2002 außerdem die Brandkatastrophe in der Lüneburger Heide im Jahr 1975 sowie die Schnee- und Hochwasserkatastrophen in Schleswig-Holstein 1978 und 1979 und die Vogelgrippe auf Rügen 2006.

<sup>2226</sup> Vgl. auch R. Böhme, Innere Einsätze der Streitkräfte beim Katastrophenschutz im Frieden, Hamburg 2007, welcher a. a. O., S. 121 ff., Rechtsmittel bei Meinungsverschiedenheiten zwischen Bund und Land in Fällen des Art. 35 Abs. 2 S. 2 GG ‚theoretisch‘ diskutiert, aber keine einschlägige Rechtsprechung auswertet/auswerten kann. Auch bei BVerwG, Urt. v. 10. 11. 1972 – VII C 53/71, ging es lediglich um Streitigkeiten auf der Sekundärebene: um (die Rechtsgrundlage für) Kostenerstattungsansprüche des Bundes gegenüber einem bei einem Lawinenunglück unterstützten Landkreis.

<sup>2227</sup> H.-G. Dederer, in: G. Dürig/R. Herzog/R. Scholz (Hrsg.), Grundgesetz, 83. Ergänzungslieferung, München 2018, Art. 35, Rn. 62, m. w. N. pro und contra, u. a. mit Hinweis auf BAGE 9, 324 (325 f.); a. A. jedoch die – insoweit aber wohl als *obiter dictum* zu qualifizierende (schon tatbestandlich lag kein Fall der Amtshilfe vor) – Entscheidung BSGE 18, 273 (277). Andere Stimmen bejahen zwar einen Anspruch auf Amtshilfe; dieser sei allerdings nicht verfassungsrechtlicher, sondern einfach-gesetzlicher Natur, vgl. nur F. E. Schnapp/H.-J. Friehe, NJW 1982, 1422 (1423 ff.).

disruptive *Lock-down*-Maßnahmen in Pandemien) übernimmt.<sup>2228</sup> Hier zeigt der grundgesetzliche Föderalismus praktisch ein deutlich anderes Bild als sein US-amerikanisches Pendant, für welches oben am Beispiel der COVID-Pandemie seit 2020 gezeigt wurde, dass auch in intensiven ‚Krisen‘-Lagen regelmäßig – auch angesichts der schwachen Bundeskompetenzausstattung – eine sehr zurückhaltende legislative Tätigkeit der US-Bundesebene zu beobachten ist (s.o. 2. a)): In Deutschland hingegen hat in eben dieser Pandemie nicht nur das Bundesministerium für Gesundheit wichtige Kompetenzen zur zentralen legislativen Steuerung der Bewirtschaftung von Arzneimitteln und Medizinprodukten durch Rechtsverordnungen erhalten<sup>2229</sup>, auch hat der Bundesgesetzgeber mit der sog. ‚Bundesnotbremse‘ im Frühjahr 2021 zumindest vorübergehend gezeigt, dass er bereit ist, bundeseinheitliche und zudem unmittelbar kraft Bundesgesetzes wirkende (*self-executing*) Verhaltensgebote zur operativen Pandemiebekämpfung (Kontaktverbote, Ausgangssperren, ‚*Lock-downs*‘ etc.) zu treffen.<sup>2230</sup> Freilich korrespondieren solchen Maßnahmen des Bundes zwar unscharfe politische<sup>2231</sup>, sicher aber keine *gerichtlich durchsetzbaren* Ansprüche der Länder auf ‚solidarische Verantwortungsübernahme‘ durch den Bund<sup>2232</sup>.

*b) Finanzverfassung: finanzielle Unterstützung zwischen Ermessen und „bedingungsloser“ Solidarität*

Im föderalismusrelevanten Finanzverfassungsrecht ist an etwaige Pflichten des Bundes zur Vergabe von Bundesfinanzhilfen gem. Art. 104b ff. GG (einführend zu diesen s.o. A. IV. 3.) zu denken: In der oben vorgestellten Entscheidung zum

<sup>2228</sup> Diese Perspektive wird von *M. López-Santana/P. Rocco*, Publius 51 (2021), 365 (387), eingenommen, wenn sie das Gegenteil einer solchen Verantwortungsübernahme beschreiben: „*federal officials can push off unsavory policy dilemmas – such as the choice between protecting revenues and defending public health – onto subnational governments*“.

<sup>2229</sup> § 5 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 IfSG – s.a. oben Fn. 1853 (A. II. 1. a) aa)). Die Norm wurde in der Frühphase der Pandemie neu gef. m. W. v. 28.03.2020 durch G. v. 27.03.2020, BGBl. I S. 587.

<sup>2230</sup> § 28b IfSG a.F. (befristet vom 23.04.2021 bis 30.06.2021) – s.a. oben Fn. 1848 (A. II. 1. a) aa)); dort auch zu Kritik an der Norm aus dem Schrifttum und zur ‚Billigung‘ durch den Ersten Senat des Bundesverfassungsgerichts.

<sup>2231</sup> Beispielhaft verwiesen sei auf eine Interviewaussage des damaligen Bundesfinanzministers Olaf Scholz v. 25.03.2021: „Und ich will ausdrücklich sagen, das wäre eine falsche Analyse, wenn wir jetzt aus allem den Schluss ziehen, dass der Föderalismus und die Verantwortung der Länder das Problem ist. [...] Aber wir müssen uns alle immer kümmern um die Aufgaben, die wir haben, und wir dürfen jetzt nicht jeweils bei Zuständigkeiten stehenbleiben. Demokratie lebt davon, dass es Leadership gibt und dass man sich darum kümmert, dass die Dinge funktionieren, und nicht sagt, zuständig ist der andere“, s. Deutschlandfunk, Scholz (SPD): Mehr Verständigung vor Bund-Länder-Runden nötig, 25.03.2021, abrufbar unter: [https://www.deutschlandfunk.de/kehrtwende-bei-osterruhe-scholz-spd-mehr-verstaendigung-vor-694.de.html?dram:article\\_id=494692](https://www.deutschlandfunk.de/kehrtwende-bei-osterruhe-scholz-spd-mehr-verstaendigung-vor-694.de.html?dram:article_id=494692); zuletzt abgerufen am 01.12.2021.

<sup>2232</sup> Eher werden föderalismusverfassungsrechtliche Grenzen solche Bundesmaßnahmen diskutiert – dazu oben beim *status negativus*: A. II. 1. a) aa).

Städtebauförderungsgesetz (s.o. A. IV. 3. b)) hat der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts „eine Pflicht [des Bundes] zur Finanzhilfe nach Maßgabe seiner Finanzkraft“ anerkannt; diese ergebe sich „wegen der besonderen Bedeutung der von Art. 104a Abs. 4 GG [a.F.] betroffenen Investitionen für den Gesamtstaat“.<sup>2233</sup> Ob dieser – zunächst – objektiven und unbestimmten „Pflicht zur Finanzhilfe nach Maßgabe seiner Finanzkraft“ ein subjektiver *Anspruch* von konkreten Ländern gegen den Bund korrespondieren kann, muss freilich bezweifelt werden: Bereits die Wortwahl des Senats („nach Maßgabe seiner Finanzkraft“ und „Bedeutung [...] für den Gesamtstaat“) zeigt an, dass hier wegen der erforderlichen Wertungen und Konkretisierungen grundsätzlich keine gerichtlich durchsetzbaren Zahlungspflichten vorstellbar sind.<sup>2234</sup> Anderes mag sich dann ergeben, wenn ‚Sachgesetze‘ des Bundes erkennbar voraussetzen, dass der Bund Finanzhilfen erteilen wird (Selbstverpflichtung des Bundes),<sup>2235</sup> oder wenn es um die Gleichberechtigung des beglückenden Landes mit anderen Ländern, welche Bundesfinanzhilfen erhalten<sup>2236</sup>, geht; Letzteres ist eine Frage des *status aequalis* (s.u. D. III. 3.).

Von den projektbezogenen Bundesfinanzhilfen i.S.d. Art. 104b ff. GG zu unterscheiden sind die – noch tiefer im ‚Kompetenzvorfeld‘ (dazu § 4, A. II. 2. b)) situierten – „Sonderbedarfs-Bundesergänzungszuweisungen als [...] Instrument zur Sanierung des Haushaltes eines Landes aufgrund einer extremen Haushaltsnotlage“ i. S. v. § 12 Abs. 4 S. 1 MaßstG. Diese werden im Schrifttum als „Sanierungshilfen“ oder als „Bundes-Notstandshilfen“ bezeichnet.<sup>2237</sup> Sie entspringen der – vom einfachen Bundesgesetzgeber in Nachvollzug der Rechtsprechung des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts ausdrücklich anerkannten – „Hilfeleistungspflicht der bundesstaatlichen Gemeinschaft“, welche aber ausdrücklich „nur in Ausnahmefällen gegeb[e]n“ sei (§ 12 Abs. 4 S. 1 MaßstG).<sup>2238</sup> Verfassungstextlich – allenfalls vage<sup>2239</sup> – verankert sind Bundes-Notstandshilfen in Art. 107 Abs. 2 S. 5 GG,

<sup>2233</sup> BVerfGE 39, 96 (113) – Städtebauförderungsgesetz.

<sup>2234</sup> Vgl. M. Klopfer, Finanzverfassungsrecht mit Haushaltsverfassungsrecht, München 2014, § 3, Rn. 52, m.w.N.; ferner M. Seckelmann, ZRP 2013, 82 (85): „grundsätzlich ins Ermessen des Bundes gestellt ist, ob er sich an entsprechenden Programmen überhaupt beteiligt“.

<sup>2235</sup> Vgl. M. Rose, BB 1991, 2100 (2102 f.), welcher einen einklagbaren Anspruch von Ländern auf Bundesfinanzhilfen für die Mitfinanzierung des Vollzuges der Altlastenfreistellungsklauseln nach dem Hemmnisbeseitigungsgesetz (einem ‚Sachgesetz‘) bejaht, weil es offenbar gewesen sei, dass dieses ‚Sachgesetz‘ zu Kosten führe und der Bund insoweit Finanzmittel habe.

<sup>2236</sup> Vgl. M. C. F. Pleyer, Föderative Gleichheit, Berlin 2005, S. 210 f.

<sup>2237</sup> M. Klopfer, Verfassungsrecht, Bd. I, München 2011, § 26, Rn. 239; ders., Finanzverfassungsrecht mit Haushaltsverfassungsrecht, München 2014, § 9, Rn. 12. „Sanierungshilfen“ sind zudem von Konsolidierungshilfen nach Art. 143d Abs. 2 GG zu unterscheiden – zu diesen im Zusammenhang mit föderalen Gleichheitsproblemen unten D. III. 3.

<sup>2238</sup> Vgl. BVerfGE 72, 330 (405) – Finanzausgleich I; BVerfGE 86, 148 (268 f.) – Finanzausgleich II; BVerfGE 116, 327 (386) – Berliner Haushalt.

<sup>2239</sup> Vgl. M. Klopfer, Finanzverfassungsrecht mit Haushaltsverfassungsrecht, München 2014, § 9, Rn. 12: „an sich grundsätzlich kein geeignetes Instrument“; s. auch BVerfGE 116,



der allgemeinen Zuständigkeits- und Ermächtigungsnorm für – eigentlich anderen Zwecken dienende – „Ergänzungszuweisungen“ des Bundes an Länder. Im Verfassungstext selbst ist nicht die Rede von „Haushaltsnotlagen“; dies ist das ergänzend-konkretisierende Werk von Rechtsprechung<sup>2240</sup> und einfachem Bundesgesetzgeber. Als Voraussetzung für Bundes-Notstandshilfen sieht § 12 Abs. 4 S. 1 MaßstG – wiederum in Nachvollzug der Rechtsprechung des Zweiten Senats – vor, dass eine „extrem[e] Haushaltsnotlage“ im Hilfe begehrenden Land bestehen muss.<sup>2241</sup>

Zu Beginn der 1990er Jahre waren Anträge des Saarlands und Bremens auf Sanierungshilfen – unter Anerkennung eines Ermessensspielraums des Gesetzgebers<sup>2242</sup> – durch den Zweiten Senat des Bundesverfassungsgerichts im Grundsatz als berechtigt anerkannt worden.<sup>2243</sup> In Folge einer „Kehrtwende“<sup>2244</sup> seit der Jahrtausendwende wird der „streng[e] Ultima-Ratio“-Charakter von Bundes-Notstandshilfen durch Rechtsprechung und Gesetzgeber hervorgehoben; das Maßstäbengesetz aus dem Jahr 2001 und das Urteil des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts im Jahr 2006 zum Berliner Haushalt haben strenge Voraussetzungen für Bundes-Notstandshilfen statuiert: So muss das betroffene Land „Eigenanstren-

327 (387) – Berliner Haushalt: „fehlend[e] Kongruenz einerseits des Ausgleichszwecks des Art. 107 Abs. 2 Satz 3 GG und andererseits des unmittelbar bundesstaatlich begründeten Gewährleistungszwecks von Sanierungshilfen“ – das Gericht hat Art. 107 Abs. 2 Satz 3 GG a. F. (S. 5 n. F.) trotz dieser Inkongruenz als Grundlage für Bundes-Notstandshilfen gebilligt.

<sup>2240</sup> Vgl. BVerfGE 116, 327 (387) – Berliner Haushalt: „Das Bundesstaatsprinzip begründet selbst keine eigenständigen finanzverfassungsrechtlichen Kompetenzen im Verhältnis zwischen Bund und Ländern, sondern kann allenfalls dazu verpflichten, vorhandene verfassungsgesetzlich begründete Befugnisse, hier die Gewährung von Bundesergänzungszuweisungen im Sinne des Art. 107 Abs. 2 Satz 3 GG [a. F. = S. 5 n. F.], nach Möglichkeit aususchöpfen.“

<sup>2241</sup> Vgl. BVerfGE 86, 148 (263 f.) – Finanzausgleich II; BVerfGE 116, 327 (377) – Berliner Haushalt.

<sup>2242</sup> Vgl. zu Ermessen und Ermessensreduzierung des Gesetzgebers: BVerfGE 86, 148 (269) – Finanzausgleich II: „Welche der mehreren gegebenen Handlungsmöglichkeiten in einer solchen Notlage zu ergreifen und in welchem Umfang die einzelnen Instrumentarien einzusetzen sind, obliegt gesetzgeberischer Entscheidung. Hierbei besteht ein Einschätzungs- und Entscheidungsspielraum. Da die bundesstaatliche Hilfeleistungspflicht indes zu mehr als einer bloßen Prüfung verpflichtet, kann sich je nach Beschaffenheit der extremen Haushaltsnotlage und ihrer Ursachen der Entscheidungsspielraum des Gesetzgebers dahin verengen, daß bestimmte Mittel zur Abhilfe nicht nur eingesetzt werden können, sondern auch müssen.“ Zur Frage von Ermessen (und Ermessensreduktion) bei Sanierungshilfen des Bundes auch *D. Birk/R. Wernsmann*, DÖV 2004, 868 (871 ff.), welche im Anschluss an BVerfGE 86, 148 nur in sehr seltenen Ausnahmefällen eine Ermessensreduzierung annehmen.

<sup>2243</sup> Vgl. BVerfGE 86, 148 (270 ff.) – Finanzausgleich II.

<sup>2244</sup> So die Einschätzung von *M. Kloepfer*, Verfassungsrecht, Bd. I, München 2011, § 26, Rn. 238, zur Entscheidung BVerfGE 116, 327 (377) – Berliner Haushalt aus dem Jahr 2006; ähnlich („deutliche Verschärfung der Maßstäbe“) *C. Waldhoff*, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, 3. Aufl., Heidelberg 2007, § 116, Rn. 51 (dort in Fn. 249).

<sup>2245</sup> BVerfGE 116, 327 (377) – Berliner Haushalt.



gungen“ zur Abwendung einer drohenden oder zur Befreiung aus einer eingetretenen Haushaltsnotlage unternommen haben (§ 12 Abs. 4 S. 1 MaßstG). Zudem müsse die Haushaltsnotlage – dem Senat zu Folge – „absolut“ und „relativ“ „extrem“ sein.<sup>2246</sup> Die Anwendung dieser strengen Voraussetzungen führte den Senat zum Diktum der Verfassungswidrigkeit der Gewährung von Bundes-Notstandshilfen an das Land Berlin für den Zeitraum ab 2002.<sup>2247</sup> Dennoch unterscheidet sich der grundgesetzliche Föderalismus an dieser Stelle auch weiterhin deutlich vom US-amerikanischen Föderalismus mit seiner seit den 1840er Jahren in der politischen Praxis etablierten strengen *no bailout*-Regel (s. o. 2. b)). Dies wird umso deutlicher, wenn man sich vor Augen führt, dass Bundes-Notstandshilfen zwar nur unter bestimmten (engen) Voraussetzungen gezahlt werden dürfen, beim Vorliegen dieser Voraussetzungen dann aber – mit Blick auf Fragen der politischen Verantwortlichkeit oder „Schuld“ – „bedingungslos“ gewährt werden müssen.<sup>2248</sup> Mit Josef Isensee ließe sich insoweit also weiterhin von den Ländern als „Staaten ohne Ernstfall“ sprechen.<sup>2249</sup> Auch für den Zweiten Senat des Bundesverfassungsgerichts sind die Länder letztlich als ‚Staaten‘ schutzwürdig, als „verfassungsgerecht handlungsfähig[e] Träge[r] staatlicher Aufgaben“, deren „Existenzbedrohung“ in Extremlagen durch Sanierungshilfen abzuwehren sei.<sup>2250</sup>

#### 4. Fazit und Ausblick: föderale Eigenverantwortung versus bündisch-etatistische Solidarität

Die beiden Länderberichte zu den *status positivus*-Wirkungen der Verbandsgrundrechtspositionen der föderierten Einheiten im zwei-poligen Ingerenzbereich unterscheiden sich deutlich: Im Ausgangspunkt besteht zwar noch die Gemeinsamkeit, dass ingerenzmodifizierende *status positivus*-Positionen in beiden untersuchten Föderationen in den gleichen Sachbereichen (Notstandsverfassung und Finanzverfassung) vermutet werden können. Allerdings unterscheidet sich die

<sup>2246</sup> BVerfGE 116, 327 (377) – Berliner Haushalt: „relativ – im Verhältnis zu den übrigen Ländern“ sowie „absolut – nach dem Maßstab der dem Land verfassungsrechtlich zugewiesenen Aufgaben – ein so extremes Ausmaß erreicht hat, dass ein bundesstaatlicher Notstand im Sinne einer nicht ohne fremde Hilfe abzuwehrenden Existenzbedrohung des Landes als verfassungsgerecht handlungsfähigen Trägers staatlicher Aufgaben eingetreten ist“.

<sup>2247</sup> Vgl. BVerfGE 116, 327 (377, 402 f.) – Berliner Haushalt.

<sup>2248</sup> M. Kloepper, Finanzverfassungsrecht mit Haushaltsverfassungsrecht, München 2014, § 9, Rn. 13: „Es kommt insoweit nicht auf die (politische) Verantwortlichkeit für die finanziellen Probleme an“. Freilich ist zu beachten, dass die von § 12 Abs. 4 S. 1 MaßstG geforderten „Eigenanstrengungen“ sich nicht nur auf das Befreien aus einer bereits eingetretenen extremen Haushaltsnotlage beziehen, sondern auch auf das *Abwenden* einer *drohenden* extremen Haushaltsnotlage, sodass hier also doch auch ein Blick auf politische Entscheidungen des Landes in der Vergangenheit gefordert ist.

<sup>2249</sup> J. Isensee, in: FS Selmer, Berlin 2004, S. 687 (700); vgl. auch C. Waldhoff, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, 3. Aufl., Heidelberg 2007, § 116, Rn. 51.

<sup>2250</sup> BVerfGE 116, 327 (377) – Berliner Haushalt.

praktische Bedeutung dieser Spielart der Verbandsgrundrechtspositionen in den beiden Föderationen doch erheblich: In den USA steht das ingerenzbezogene *status positivus*-Denken nur ganz am Rande des Föderalismusverfassungsrechts. Insoweit entspricht es dem typischen Bild des föderalen ‚Trennungsmodells‘, dass hier ein rechtlich abgebildetes Leistungs- und Anspruchsdenken in Begriffen der föderalen Solidarität deutlich weniger präsent ist als unter dem Grundgesetz mit seinen föderalen Verschränkungen.<sup>2251</sup>

Zudem ist die Rolle der Rechtsprechung bei der Durchsetzung des ingerenziellen *status positivus* in beiden Föderationen sehr unterschiedlich ausgeprägt: Während die strenge *no bailout*-Regel des US-amerikanischen Föderalismus durch das Bundesparlament *Congress* als Akteur der politischen, nicht-judikativen Praxis (ausführlich unten § 8, B. I.) etabliert wurde (s. o. 2. b)), hatte unter dem Grundgesetz die Rechtsprechung des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts entscheidenden Anteil an der Herausbildung der Voraussetzungen und Grenzen von Bundes-Notstandshilfen (s. o. 3. b)). Dabei stößt die Rechtsprechung auch unter dem Grundgesetz freilich dann doch insoweit an Funktionsgrenzen, als dass sie Ermessensspielräume der nicht-judikativen Praxis hinsichtlich der Frage, „in welchem Umfang die einzelnen Instrumentarien einzusetzen sind“, zu berücksichtigen hat (s. o. 3. b)). Anders als in den USA setzt die höchstgerichtliche Rechtsprechung hier aber den maßgeblichen Rahmen hinsichtlich föderaler Hilfeleistungspflichten und -ansprüche. Auch im Bereich des Notstandsverfassungsrechts wird deutlich, dass in den USA das Ermessen der nicht-judikativen Akteure (in diesem Fall des Präsidenten) hinsichtlich punktueller Unterstützungsmaßnahmen durch Bundessicherheitskräfte zu Gunsten der föderierten Einheiten – auch im Vergleich mit den insoweit strikter konzipierten Art. 35, 91 GG (s. o. 3. a)) – relativ groß ist (s. o. 2. a)). Diese Unterschiede zwischen den Föderationen setzen sich schließlich im Bereich legislativer Antworten auf längerfristige ‚Krisen‘ und ‚Notstände‘ wie die COVID-19-Pandemie seit 2020 fort: Während die legislative Bewältigung von – auch extremen – Krisensituationen in den USA ganz vorwiegend Staatensache ist und der Bund häufig selbst bei koordinierenden und unterstützenden Maßnahmen Zurückhaltung walten lässt (s. o. 2. a)), kommt der Bundesgesetzgeber im grundgesetzlichen Föderalismus durchaus *politischen* Forderungen (nicht: rechtlichen Ansprüchen) nach legislativer ‚Verantwortungsübernahme‘ zur Krisenbewältigung durch eingriffsintensive und daher teilweise unpopuläre Maßnahmen nach (s. o. 3. a)).

Blickt man auf die verwendeten Argumentationsmuster, so wird deutlich, dass – v. a. im grundgesetzlichen Diskurs – das Modell des Bundes eine wichtige Rolle für den ingerenzbezogenen *status positivus* spielt; es steht hier in enger Verbindung mit dem Topos der „Bundessolidarität“.<sup>2252</sup> Freilich wird das Modell des Bundes dann

<sup>2251</sup> Der deutsche Föderalismus folgt in diesem Punkt tendenziell einem familiär-vormodernen Muster, der US-Föderalismus ist vertragstheoretisch-sattelzeitig geprägt – diese Beobachtung verdankt der Verf. einer Anregung v. Karsten Hinrich Asbahr.

<sup>2252</sup> S. o. bei Fn. 2196.

aber teilweise gewissermaßen ‚entrechtlicht‘ (d.h. insbesondere vom rechtlichen *Vertragsdenken* entfernt), etwa wenn von einer föderalen „Schicksals“-Gemeinschaft gesprochen wird<sup>2253</sup> und damit beinahe „bedingungslose“ Einstandspflichten begründet werden<sup>2254</sup>. Außerdem tauchen in den Argumentationen neben den bündischen Elementen immer wieder auch etatistische Einsprengsel auf: Diese changieren – in einer Gesamtschau einigermaßen schizophoren – zwischen „Staatlichkeit als materielle[m] Anspruchstitel“<sup>2255</sup> (mit Schutz vor „Existenzbedrohung“<sup>2256</sup>) einerseits und dem Befund der Länder als „Staaten ohne Ernstfall“<sup>2257</sup> andererseits.

## **II. Status positivus in der ‚Diagonalen‘: Ansprüche auf Einschreiten der Bundesebene?**

Im ‚diagonalen‘ Drei-‚Personen‘-Verhältnis stellt sich die Frage nach Ansprüchen von förderierten Einheiten gegen die Bundesebene auf Einschreiten gegen andere förderierte Einheiten.

### **1. „Politische Selbsterhaltung“ im Bund als Rechtsgemeinschaft**

Das von einer förderierten Einheit eingeforderte Einschreiten der Bundesebene gegen eine andere förderierte Einheit kann insofern auf die (gemeinsame) „politische Selbsterhaltung“ der beteiligten föderalen Träger gerichtet sein, als dass es der Sicherung der föderalen Gemeinschaft als Rechtsgemeinschaft (hierzu bereits oben § 2, C. II. 1. b) bb)) dient. Die Schlichtung von Streitigkeiten in Formen des Rechts ist nötig, um den intraföderalen (oder wenn man – etatistisch – so will: um den zwischen-‚staatlichen‘) politischen Frieden unter den föderalen Trägern zu sichern.

Bei der Sicherung dieses intraföderalen politischen Friedens kommt der Bundesebene eine mehr oder weniger ausgeprägte „Gewährleistungsfunktion“<sup>2258</sup> zu. Zu untersuchen ist im Folgenden, inwieweit diese Gewährleistungsfunktion der Bundesebene in den beiden hier untersuchten Föderationen die Gestalt von dogmatisch erfassbaren Bundesingereanzausübungspflichten gewinnt:

---

<sup>2253</sup> S. o. bei Fn. 2196.

<sup>2254</sup> S. o. bei Fn. 2248.

<sup>2255</sup> J. Isensee, in: ders./P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VI, 3. Aufl., Heidelberg 2008, § 126, Rn. 135; vgl. in diesem Sinne auch BVerfGE 116, 327 (377) – Berliner Haushalt, wo die Rede von einem Solidarität begründendem „bundesstaatliche[n] Notstand im Sinne einer nicht ohne fremde Hilfe abzuwehrenden Existenzbedrohung des Landes als verfassungsgerecht handlungsfähigen Trägers staatlicher Aufgaben“ ist.

<sup>2256</sup> S. o. bei Fn. 2250

<sup>2257</sup> S. o. bei Fn. 2249.

<sup>2258</sup> K. Kruis, in: FS Lerche, München 1993, S. 475 (480).

## 2. USA: Bundesgerichte als Streitschlichter zwischen Einzelstaaten

Als Bundesingerenzausübungspflichten im föderalen Drei-,Personen‘-Verhältnis zwischen der Bundesebene und zwei (oder mehr) Einzelstaaten lassen sich in den USA solche Konstellationen deuten, in denen Bundesgerichte unmittelbar Konflikte zwischen Einzelstaaten entscheiden: Auf Initiative (Klage) von Staat A wird eine Stelle der Bundesebene (ein Bundesgericht) gegenüber einem anderen Staat B wirksam. Bundesgerichtliche Rechtsprechung kommt hier als *selbstständige* Form der Ausübung von Bundesingerenzen daher – und nicht nur als unselbstständige nachträgliche Überprüfung der Ingerenzausübung durch die nicht-judikative Praxis wie bei den meisten bislang untersuchten Fallgruppen. Zwei Konstellationen der bundesgerichtlichen Ingerenzausübung im föderalen Drei-,Personen‘-Verhältnis sollen skizziert werden:

### a) Verfassungsunmittelbare Streitigkeiten: das Beispiel der Auslieferung zwischen Einzelstaaten

Die *erste* Konstellation betrifft solche Konfliktlagen zwischen Einzelstaaten, für die in der Bundesverfassung eine ausdrückliche Regelung vorgesehen ist (vgl. insbesondere Art. IV, Sec. 1 und Sec. 2 USC). Dadurch, dass insoweit das *horizontale* Verhältnis zwischen Einzelstaaten *bundesverfassungsrechtlich* geregelt ist, weisen diese Konstellationen ‚automatisch‘ eine mehr oder weniger intensive ‚diagonal‘ föderalismusverfassungsrechtliche Komponente auf.

Ein instruktives Beispiel bildet die *Extradition Clause* in Art. IV, Sec. 2, Cl. 2 USC. Diese Verfassungsnorm sowie konkretisierende Bundesgesetzgebung<sup>2259</sup> sehen vor, dass die Einzelstaaten voneinander die Auslieferung von Strafverfolgten fordern können. Diese zunächst rein *horizontal*-föderale Konstellation zum Verhältnis zwischen zwei föderierten Einheiten kann zu einem ‚diagonal‘ föderalismusverfassungsrechtlichen Fall werden, wenn der zur Auslieferung der strafverfolgten Person aufgeforderte Staat dem Verlangen („*Demand*“) des anderen Staats nicht nachkommt und der verlangende Staat daraufhin vor einem *Bundesgericht* auf die Durchführung der Auslieferung klagt.

Der *U.S. Supreme Court* war in zwei Entscheidungen mit dieser Konstellation befasst: Im Jahr 1861, kurz vor dem *American Civil War*, entschied das Gericht in *Kentucky v. Dennison*, dass den Gouverneur von Ohio, *William Dennison Jr.*, zwar eine „moralische Verpflichtung“ treffe, einem Auslieferungsverlangen des Staats Kentucky nachzukommen, diese Verpflichtung aber weder durch das Bundesparlament noch einen anderen Teil der Bundesgewalt zwangsweise durchgesetzt werden könne.<sup>2260</sup> Das Verlangen bezog sich auf die Auslieferung von *Willis Lago*, welcher in

<sup>2259</sup> *Extradition Act*, 18 U.S.C. § 3182.

<sup>2260</sup> *Kentucky v. Dennison*, 65 U.S. 66 (1861), 107 („*moral duty which this compact created*“), 109 f.

Kentucky der ‚Sklavenbefreiung‘ beschuldigt wurde, sich aber in Ohio aufhielt. Über einhundert Jahre später<sup>2261</sup> änderte das Gericht seine Rechtsprechung ausdrücklich und entschied in *Puerto Rico v. Branstad* (1987), dass Bundesgerichte sehr wohl die Pflicht zur zwischenstaatlichen Auslieferung durchsetzen dürften.<sup>2262</sup> (Das Territorium Puerto Rico hatte gegen den Gouverneur des Staats Iowa, *Terry Branstad*, auf Auslieferung eines Strafverfolgten, der sich in Iowa befand, geklagt.) Das Gericht führte aus: Während es in der *Antebellum*-Entscheidung *Dennison* noch davon ausgegangen sei, dass die Einzelstaaten und die Bundesebene als „gleichberechtigte Souveräne“ nebeneinander stünden, hätte sich das Verhältnis zwischen den föderalen Trägern seit dem *American Civil War* entscheidend verändert: Die Durchsetzung bundesverfassungsrechtlicher Pflichten von Einzelstaaten durch Bundesgerichte sei nun anerkannt.<sup>2263</sup> Dieser Rechtsprechungswechsel ist bemerkenswert mit Blick auf ein verändertes Verständnis (eine andere Priorisierung) von föderaler ‚Würde‘ der jeweils am Konflikt beteiligten Einzelstaaten: Während vor dem Bürgerkrieg in *Dennison* das argumentative Hauptaugenmerk noch auf der Un-,würdig-keit der Durchsetzung von Recht durch die Bundesebene gegen den Einzelstaat Ohio als „gleichberechtigten Souverän“ lag, trat bei *Branstad* der Gedanke in den Vordergrund, dass die aus der Auslieferungsverweigerung Iowas herauslesbaren Vorbehalte gegenüber dem Justizsystem Puerto Ricos dessen ‚Würde‘ „beleidigen“<sup>2264</sup> würden. Mit Blick auf *Puerto Rico v. Branstad* (1987) lässt sich also durchaus von einem Anspruch eines (Quasi-)Staats gegen die Bundesebene (hier: gegen das zuständige Bundesgericht) auf Einschreiten gegen einen anderen Einzelstaat sprechen.

Diese Konstellation hat allerdings – auch weiterhin – eher Ausnahmecharakter, der darin begründet liegt, dass die Frage der zwischenstaatlichen Auslieferungen als eine vereinzelte (freilich nicht einzige) Frage des zwischenstaatlichen Verhältnisses durch die US-Verfassung in der *Extradition Clause* (Art. IV, Sec. 2, Cl. 2 USC) ausdrücklich geregelt wird. Weitere bundesverfassungsrechtliche Dogmatikkomplexe, welche das horizontale Verhältnis zwischen den Einzelstaaten ausdrücklich regeln und bundesgerichtlich durchsetzbar sind (und hierdurch eine gewisse ‚diagonal‘-föderalismusverfassungsrechtliche Komponente aufweisen), betreffen die *Full Faith and Credit Clause* (Art. IV, Sec. 1 USC), die *Privileges and Immunities Clause* (Art. IV, Sec. 2, Cl. 1 USC) und die richterrechtliche *Dormant Commerce*

<sup>2261</sup> Zu den Gründen, weshalb die Entscheidung *Kentucky v. Dennison* erst so spät aufgehoben wurde: *K. Bunch/R. J. Hardy*, Publius 21 (1991), 51 (59 f.): Insbesondere habe im Zeitraum zwischen den beiden genannten Entscheidungen schlicht kein Staat gegen die Verweigerung von Auslieferungsverlangen durch andere Staaten geklagt (obwohl es immer wieder einmal zu solchen Verweigerungen gekommen war). Die Staaten hätten sich mit der Nicht-Justiziabilität solcher Konflikte arrangiert.

<sup>2262</sup> *Puerto Rico v. Branstad*, 483 U.S. 219 (1987), 227.

<sup>2263</sup> Vgl. *Puerto Rico v. Branstad*, 483 U.S. 219 (1987), 227 f.

<sup>2264</sup> So jedenfalls eine Lesart von kommentierenden Beobachtern: *K. Bunch/R. J. Hardy*, Publius 21 (1991), 51 (52): „*Upset by what it considered insults directed at its criminal justice system [...], Puerto Rico took the unprecedented step of challenging an extradition refusal in the federal courts.*“

*Clause* (s. bereits § 2, C. III. 3. b) bb)), welche jeweils v. a.<sup>2265</sup> als Anti-Diskriminierungsgebote zwischen den Staaten wirken.<sup>2266</sup> In der *Praxis* der Rechtsprechung bislang ohne Bedeutung für das ‚diagonale‘ föderalismusverfassungsrechtliche Verhältnis ist demgegenüber – unbeschadet einschlägiger *theoretischer* Denksätze<sup>2267</sup> – die Homogenitätsklausel der *Guarantee Clause* (Art. IV, Sec. 4 USC – s. o. § 4, A. II. 4. b) bb)) geblieben; dies ist beim grundgesetzlichen Pendant (Art. 28 Abs. 1 GG) anders (hierzu unten 3. b)).

*b) Einfach-rechtliche Streitigkeiten: das Beispiel grenzüberschreitender Umweltverschmutzung zwischen Einzelstaaten*

Die Rolle der Bundesgerichte als ‚Streitschlichter‘ zwischen Einzelstaaten beschränkt sich freilich nicht auf diese unmittelbar in der US-Verfassung angesprochenen Sachbereiche: Bundesgerichte (sowie zunehmend auch Bundesbehörden<sup>2268</sup>) entscheiden – dies ist die *zweite* vorliegend zu erwähnende Konstellation – auch andere, *außer-verfassungsrechtliche* zwischenstaatliche Konflikte.

Besonders anschaulich wird dies im einzelstaatengrenzenüberschreitenden Umweltschutzrecht, v. a. in den Bereichen der Luft- und Gewässerverschmutzung: Solche Fälle können der – ausnahmsweise – erst- und letztinstanziellen Zuständigkeit („*original Jurisdiction*“ i. S. v. Art. III, Sec. 2 USC) des *U.S. Supreme Court*

---

<sup>2265</sup> Freilich ist zu beachten, dass die *Dormant Commerce Clause*-Dogmatik (anders als die *Privileges and Immunities*-Dogmatik) nicht auf das Verbot zwischenstaatlicher Diskriminierungen im engeren Sinn beschränkt ist, sondern auch schon die Belastung des freien zwischenstaatlichen Handels verbietet; vgl. *E. Chemerinsky*, *Constitutional Law. Principles and Policies*, 5. Aufl., New York, N.Y., U.S.A., 2015, S. 491; Nachweise zur Rechtsprechung oben in § 2, C. III. 3. b) bb).

<sup>2266</sup> In diesen Bereichen kann es zudem zu Konflikten zwischen Bundesgerichten und Bundesparlament kommen, nämlich dann, wenn das Bundesparlament bestimmte zwischenstaatliche Diskriminierungen bundesgesetzlich erlauben möchte, welche bundesgerichtlich verboten wurden (oder werden könnten); vgl. hierzu *G. E. Metzger*, *Harvard L. Rev.* 120 (2007), 1468: zu Konflikten zwischen „*congressionally authorized discrimination*“ und *judicially imposed anti-discrimination doctrines among the states*. Vgl. zum horizontalen Föderalismus als Spielfeld von Bundesparlament und Bundesgerichten auch *A. Erbsen*, *Minn. L. Rev.* 93 (2008), 493 (550 ff.); *H. K. Gerken/A. Holtzblatt*, *Mich. L. Rev.* 113 (2014), 57 (107 ff.), welche zudem auf die Rolle von Bundesbehörden und Intermediären wie Parteien, NGOs, etc. im horizontalen Föderalismus eingehen.

<sup>2267</sup> Für die Drittwirkung der *Guarantee Clause* (freilich ohne Aussage zur gerichtlichen Durchsetzbarkeit): *G. E. Metzger*, *Harvard L. Rev.* 120 (2007), 1468 (1498): „*The Guarantee Clause [...] sets certain minimal requirements (regarding type of government and protections against spread of violence) that states are entitled to demand of other states as a condition of union.*“

<sup>2268</sup> Zur Rolle von Bundesbehörden als „*political safeguards*“ des horizontalen (und durch das Hinzutreten der Bundesbehörde dann also diagonalen) Föderalismus: *H. K. Gerken/A. Holtzblatt*, *Mich. L. Rev.* 113 (2014), 57 (112 f.).

unterfallen.<sup>2269</sup> Bis in die zweite Hälfte des 20. Jahrhunderts hinein war dieses Rechtsgebiet von richterrechtlich geprägten *common law*-Ansprüchen der Einzelstaaten auf Unterlassung von umweltbelastenden Tätigkeiten von oder in anderen Einzelstaaten (insbesondere *public nuisance*-Ansprüche<sup>2270</sup>) geprägt. Dabei wurde offen mit den „quasi-souveränen Interessen“ („quasi-sovereign interests“<sup>2271</sup>) der Einzelstaaten argumentiert: Die Entscheidung über das Schicksal der ‚natürlichen‘ Umweltgüter im Bereich eines Einzelstaats wird als „quasi-souveränes Interesse“ anerkannt: „*the state has an interest independent of and behind the titles of its citizens, in all the earth and air within its domain. It has the last word as to whether its mountains shall be stripped of their forests and its inhabitants shall breathe pure air.*“<sup>2272</sup>

In der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts hat sich sodann eine dichte ‚verwaltungsrechtliche‘ Umweltschutzgesetzgebung (insbesondere im *Clean Air Act* und im *Clean Water Act*) entwickelt. Hier verlagern sich zwischeneinzelstaatliche Konflikte zunehmend in die Strukturen des einfach-gesetzlich geschaffenen *cooperative federalism* (s.o. § 2, C. III. 3. b) cc) u. § 4, B. I. 3. c) aa)) hinein: Bundesbehörden entscheiden in Kooperation mit Behörden der betreffenden Einzelstaaten über die Zulässigkeit von umweltbelastenden Tätigkeiten von oder in einem Einzelstaat, die Auswirkungen auf andere Einzelstaaten haben können; ggf. werden diese behördlichen Entscheidungen auf eine Klage des betroffenen Staats hin bundesgerichtlich überprüft.<sup>2273</sup>

---

<sup>2269</sup> Die „*original Jurisdiction*“ des *U.S. Supreme Court* in zwischeneinzelstaatlichen Konflikten soll – Kommentatorinnen und Kommentatoren der US-Verfassung zu Folge der Sicherung der „Würde“ der Einzelstaaten dienen: vgl. m. w. N. K. A. Linsley, J. App. Prac. & Process 18 (2017), 21 (39): „*The Court’s solution in Kansas v. Colorado neatly captured the unique constitutional design of the original jurisdiction clause to ensure that each State is treated with dignity.*“; vgl. auch a. a. O. (26) den Hinweis auf *Federalist No. 81*.

<sup>2270</sup> Vgl. etwa *Missouri v. Illinois*, 200 U.S. 496 (1906); *Georgia v. Tennessee Copper Co.*, 206 U.S. 230 (1907).

<sup>2271</sup> *Georgia v. Tennessee Copper Co.*, 206 U.S. 230 (1907), 237.

<sup>2272</sup> *Georgia v. Tennessee Copper Co.*, 206 U.S. 230 (1907), 237.

<sup>2273</sup> Vgl. J. Salzman/B. H. Thompson, *Environmental Law and Policy*, 5. Aufl., St. Paul, Minn., U.S.A., 2019, S. 136, 202 ff., u. a. mit Hinweis auf die Entscheidung des *U.S. Supreme Court* in *Arkansas v. Oklahoma*, 503 U.S. 91 (1992), in welcher eine Entscheidung der Bundesbehörde *Environmental Protection Agency* über die gewässerschutzrechtliche Zulassung einer Abwasserbehandlungsanlage in Arkansas, welche grenzüberschreitende Gewässerverschmutzungen in Oklahoma hervorrief, gebilligt wurde. Im Luftreinhalterecht sieht CAA § 126 vor, dass ein Einzelstaat A (*downwind state*) bei der Bundesbehörde *EPA* beantragen kann, gegen luftverschmutzende Maßnahmen in einem anderen Einzelstaat B (*upwind state*) einzuschreiten, falls die Luftqualitätsstandards im Staat A, dem *downwind state*, durch diese Maßnahmen verletzt würden, was freilich regelmäßige Beweisprobleme hinsichtlich der Kausalitätsfrage mit sich bringt.



### 3. Deutschland: „bündische Sorge für das Grundgesetz“ (Kruis) in unitarisierter Arbeitsgemeinschaft

#### a) Unitarisierung und „bündische Sorge für das Grundgesetz“ (Kruis)

Auch in der Bundesrepublik Deutschland gibt es Konflikte zwischen Ländern, welche durch Bundesgerichte entschieden werden; hier sind – je nach der Natur des Rechtsstreits (verwaltungsrechtliche oder verfassungsrechtliche Streitigkeit?) – die Zuständigkeiten des Bundesverwaltungsgerichts (§ 50 Abs. 1 Nr. 1 VwGO) bzw. des Bundesverfassungsgerichts (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 Var. 2 GG)<sup>2274</sup> einschlägig. Ein Teil der eben für das US-Verfassungsrecht angesprochenen Fragen stellt sich unter dem stärker unitarisch ausgerichteten Grundgesetz praktisch allerdings von vorneherein nicht; das betrifft etwa Fragen der föderalen (Anti-)Diskriminierung<sup>2275</sup>, aber auch der gegenseitigen Anerkennung von Hoheitsakten<sup>2276</sup> und der interföderalen Kooperation: Beispielsweise ist es eher lebens- und praxisfremd, in Parallele zur US-amerikanischen *Extradition Clause* (s.o. 2. a)) danach zu fragen, ob ein Land A einen (bundes-)gerichtlich durchsetzbaren Anspruch darauf haben könnte, dass Land B eine dort (d.h. in Land B) gefasste, aber in Land A strafverfolgte Person an Land A ‚ausliefern‘ muss; Art. 35 Abs. 1 GG sowie einfaches Bundesrecht auf Grundlage der Bundesgesetzgebungskompetenz aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG für „das Strafrecht, die Gerichtsverfassung, das gerichtliche Verfahren“ ermöglichen und erfordern im Bereich der Strafverfolgung (vgl. §§ 161, 162, 125 StPO) und – nach Verurteilung – im Bereich der Vollstreckungshilfe (gemäß §§ 162, 163 GVG) die bundesweite Kooperation von Polizeibehörden, Staatsanwaltschaft und zuständigen

<sup>2274</sup> Die Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts für Zwischenländerstreitigkeiten aus Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 Var. 2 GG ist bislang v.a. mit Blick auf Staatsverträge zwischen den Ländern relevant geworden, hierzu zählen etwa Studienplatzvergabeverträge, Eingliederungsverträge, Staatsverträge von vor 1949, Vermögensauseinandersetzungsverträge.

<sup>2275</sup> Als funktionale Äquivalente zu den US-amerikanischen Anti-Diskriminierungsdogmatiken (s.o. bei Fn. 2266) fungieren unter dem Grundgesetz jedenfalls teilweise starke Bundesgesetzgebungskompetenzen in Sachmaterien, welche diskriminierungsrelevant sein können. Zudem können *Individualgrundrechte* der Bundesverfassung Zwischen-Länder-Diskriminierungen Grenzen setzen: vgl. für den Bereich des Hochschulzugangs insoweit die Rechtsprechung zu Art. 12, Art. 3 Abs. 1 GG (vgl. nur BVerfG 33, 303 – *numerus clausus I*; BVerfGE 37, 104 [113] – *Bonus-Malus-Regelung*).

<sup>2276</sup> So wurde es *nicht* als notwendig erachtet, im Grundgesetz – als partielles Äquivalent zur *Full Faith and Credit Clause* (Art. IV, Sec. 1 USC) – die bundesweite Anerkennung landesbehördlicher Beurkundungen und Beglaubigungen ausdrücklich verfassungstextlich zu regeln; dies wurde im Parlamentarischen Rat erörtert und verneint, vgl. *B. Schlink*, Die Amtshilfe. Ein Beitrag zu einer Lehre von der Gewaltenteilung in der Verwaltung, Berlin 1982, S. 34 f., m.w.N. Beachte allerdings die besondere Konstellation hinter der Entscheidung BVerfGE 139, 321 – Zeugen Jehovas Bremen, wonach die Prüfung der Voraussetzungen des Anspruchs auf Verleihung des Status einer Körperschaft des öffentlichen Rechts aus Art. 4 Abs. 1 u. 2, Art. 140 GG i. V.m. Art. 137 Abs. 5 S. 2 WRV jedem einzelnen Land obliegt, auch wenn bereits in einem anderen Land eine sog. ‚Erstverleihung‘ des Körperschaftsstatus gegeben sein sollte; kritisch das abw. Sondervotum Voßkuhle, Hermanns, Müller (a.a.O. [371 ff.]) sowie *C. Möllers*, JZ 2015, 1103.

Gerichten gewissermaßen als eine insoweit föderalismus-blinde ‚Selbstverständlichkeit‘.

Einen Beitrag zur – eher ‚akademischen‘ (i. S. v. festschrifttauglichen<sup>2277</sup>) – Diskussion um ‚diagonale‘ Bundesingerenzausübungspflichten hat Konrad Kruis mit der Formel von der „bündischen Sorge für das Grundgesetz“ geliefert: Die „bündische Sorge für das Grundgesetz“ bedeute demnach eine „gemeinsame Pflicht [von Bund und Ländern] zur Wahrung und Herstellung der grundgesetzlichen Ordnung in allen Teilen und Ebenen des Gesamtstaates“.<sup>2278</sup> Sie folge vor allem aus der engen Verzahnung der Aufgaben, Funktionen und Kompetenzen im grundgesetzlichen Verschränkungsföderalismus (hierzu oben § 2, B. I. IV. 2.).<sup>2279</sup> Für Kruis kann die „bündische Sorge“ relevant werden für Ansprüche föderierter Einheiten auf ein Einschreiten der Bundesebene gegen eine andere föderierte Einheit: Die der „bündischen Sorge“ unterfallende „Bundesaufsicht im weiteren Sinne des Wortes“<sup>2280</sup> (an anderer Stelle auch als „Gewährleistungsfunktion des Bundes“<sup>2281</sup> zusammengefasst) könne drittländerschützend sein.<sup>2282</sup> Die drittländerschützende „Bundesaufsicht im weiteren Sinne des Wortes“ betreffe die Tätigkeit der Bundesgerichte, aber auch Ingerenzen der nicht-judikativen Praxis, etwa nach den Art. 28 Abs. 3, Art. 84 Abs. 3, Art. 85 Abs. 4 GG.<sup>2283</sup> Beide Dimensionen (judikative und nicht-judikative Praxis) sind im Folgenden zu skizzieren:

*b) Abstrakte Normenkontrolle fremden Landesrechts auf ‚Homogenität‘  
und zur ‚Gewaltenteilungsbewältigung‘*

Im Bereich der Rechtsprechung deutet Kruis mit Blick auf die „bündische Sorge für das Grundgesetz“, weshalb Landesregierungen auch das Recht eines anderen Landes (und nicht etwa nur Bundesrecht oder ‚ihr‘ ‚eigenes‘ Landesrecht) in abstrakten Normenkontrollverfahren vor dem Bundesverfassungsgericht zur Kontrolle stellen dürfen.<sup>2284</sup>

<sup>2277</sup> S. zum Genre ‚Festschriftbeitrag‘ § 7, A. IV. 1. b).

<sup>2278</sup> K. Kruis, in: FS Lerche, München 1993, S. 475 (480).

<sup>2279</sup> K. Kruis, in: FS Lerche, München 1993, S. 475 (476, 486).

<sup>2280</sup> K. Kruis, in: FS Lerche, München 1993, S. 475 (476), mit Verweis auf P. Lerche, in: T. Maunz/G. Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, 24. Ergänzungslieferung [Altaufl.], München 1985, Art. 84, Rn. 126.

<sup>2281</sup> K. Kruis, in: FS Lerche, München 1993, S. 475 (480).

<sup>2282</sup> Vgl. K. Kruis, in: FS Lerche, München 1993, S. 475 (480 f.).

<sup>2283</sup> Vgl. K. Kruis, in: FS Lerche, München 1993, S. 475 (476).

<sup>2284</sup> Vgl. K. Kruis, in: FS Lerche, München 1993, S. 475 (484 ff.). Dafür spricht schon der insoweit uneingeschränkte Wortlaut von Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG sowie von § 76 Abs. 1 BVerfGG, sowie außerdem die „gemeinsam[e] Verpflichtung von Bund und Ländern auf die Bundesverfassung“, so BVerfGE 83, 37 (49 f.) – Ausländerwahlrecht I; so auch die h. M. im Schrifttum: vgl. nur K. Schlaich/S. Koriath, Das Bundesverfassungsgericht. Stellung, Verfahren, Entscheidungen, 12. Aufl., München 2021, Rn. 125; a. A. (ohne Begründung) E. Friesenhahn, Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland, Köln u. a. 1963,

So durfte etwa die oben angesprochene Frage der Verfassungswidrigkeit der landesgesetzlichen Öffnung des Wahlrechts für Ausländerinnen und Ausländer bei Kommunalwahlen in Schleswig-Holstein (dazu der Sache nach oben A. VI. 3. c)) in einem abstrakten Normenkontrollverfahren vor dem Zweiten Senat des Bundesverfassungsgerichts (u.a.) auf Antrag der Landesregierung („Staatsregierung“) Bayerns kontrolliert werden: Die Landesregierung Bayerns war – neben (CDU/CSU-)Bundestagsabgeordneten – taugliche Antragsberechtigte im abstrakten Normenkontrollverfahren gegen das betreffende Landesgesetz Schleswig-Holsteins.<sup>2285</sup> Der Zweite Senat führte aus, dass er nicht entscheiden müsse, ob eine ‚fremde‘ Landesrechtsnorm dann nicht durch eine Landesregierung zur Prüfung gestellt werden könne, falls die „beanstandete Norm fremden Landesrechts Belange des antragstellenden Landes unter keinem denkbaren Gesichtspunkt berühren kann“.<sup>2286</sup> Die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit des Ausländerinnen- und Ausländerwahlrechts bei Kommunalwahlen werfe jedenfalls „Fragen nach Inhalt und Reichweite des Homogenitätsgrundsatzes (Art. 28 Abs. 1 GG)“ auf, deren verfassungsgerichtliche Klärung „ersichtlich im Interesse eines jeden Bundeslandes“ liege.<sup>2287</sup>

Diese Ratio lässt sich also jedenfalls auf weitere Streitfragen zu „Inhalt und Reichweite des Homogenitätsgrundsatzes“ ausweiten. Im Schrifttum wurde von Peter Werner in ähnlicher Stoßrichtung dafür plädiert, dass „jedes Land selbstständig, aber nur zugunsten der bundesstaatlichen Ordnung, gleichsam als Gesamthandsgläubiger, Gewährleistungsmaßnahmen [im Sinn von Art. 28 Abs. 3 GG zur Durchsetzung des Homogenitätsgebots] vom Bund fordern“ können müsse; dies folge aus „der bundesstaatlichen Verbundenheit, der vielfältigen Durchdringung und gegenseitigen Abhängigkeit“ von Bund und Ländern.<sup>2288</sup>

An die Ratio der Entscheidung des Zweiten Senats anknüpfend, diese im Wesentlichen aber *ergänzend*<sup>2289</sup> betont auch Kruis, dass sich die Antragsberechtigung von Landesregierungen in abstrakten Normenkontrollverfahren nicht auf die Klärung von Fragen der föderalen Homogenität beschränke, sondern vielmehr auch mit

S. 49: „[...] dagegen kann eine Landesregierung nicht gegen das Gesetz eines anderen Landes mit dem Vorwurf der Bundesrechtswidrigkeit vorgehen“, u. S. 37 (dort in Fn. 88), hier mit dem Hinweis: „obwohl das in den Texten nicht ausdrücklich gesagt ist“.

<sup>2285</sup> Vgl. BVerfGE 83, 37 (49 f.) – Ausländerwahlrecht I.

<sup>2286</sup> Vgl. BVerfGE 83, 37 (49 f.) – Ausländerwahlrecht I.

<sup>2287</sup> BVerfGE 83, 37 (50) – Ausländerwahlrecht I.

<sup>2288</sup> P. Werner, Wesensmerkmale des Homogenitätsprinzips und ihre Ausgestaltung im Bonner Grundgesetz, Berlin u.a. 1967, S. 83, mit Hinweis auf den *Federalist No. 43* und m.w.N. pro und contra; vgl. dann a.a.O., S. 84, den Hinweis auf die Möglichkeiten der verfassungsprozessualen Durchsetzung über Art. 93 Abs. 1 Nr. 3 und Nr. 4 GG.

<sup>2289</sup> Kruis’ Ratio kann nämlich *nicht* sinnvoll erklären, weshalb die „Bayerische Staatsregierung“ die Öffnung des kommunalen Wahlrechts in Schleswig-Holstein für Ausländerinnen und Ausländer vom Bundesverfassungsgericht überprüfen lassen können soll (vgl. BVerfGE 83, 37 (49 f.) – Ausländerwahlrecht I.). Mit der ‚alltäglichen‘, arbeitsteiligen Kooperation Bayerns und Schleswig-Holsteins und der anderen föderalen Träger im grundgesetzlichen Verschränkungs föderalismus hat diese Frage schließlich ersichtlich *nichts* zu tun.

Blick auf die – auf Kooperation angewiesene – gemeinsame Kompetenzwahrnehmung im arbeitsteiligen Verschränkungs föderalismus bestehe.<sup>2290</sup> Hier geht es um den oben beim *status positivus* und *status activus* der Verbandskompetenzen erörterten Gedanken der föderalismusverfassungsrechtlichen ‚Gewaltenteilungsbewältigung‘ (s. o. § 5, B. IV. bzw. § 5, C. IV.). Zur Bundesverfassung, auf welche Bund und Länder gemeinsam verpflichtet sind<sup>2291</sup> und deren Einhaltung (bei der jeweiligen Rechtsetzung) sie vom Bundesverfassungsgericht überprüfen lassen können, zählt eben nicht etwa nur der enge Komplex der Art. 20, 28 GG, sondern – gewissermaßen nüchterner, alltagsbezogener – auch die verschränkte Verbandskompetenzordnung. Neben die gemeinsame „Sorge“ um die fundamentale Verfassungshomogenität im Bund tritt in Kruis’ Ansatz also die Vorstellung des föderalen Bundes als ‚Arbeitsgemeinschaft‘ in Gestalt einer ‚Rechtsgemeinschaft‘ (hierzu oben 1.). Diese föderale ‚Arbeits- und Rechtsgemeinschaft‘ impliziere – im Grundsatz – gegenseitige Ansprüche der föderalen Träger auf die Verfassungsmäßigkeit des Verhaltens der anderen föderalen Träger.<sup>2292</sup>

### c) Ansprüche auf Einsatz von Aufsichtsmitteln?

Neben diesen Fragen der judikativen Durchsetzung des Homogenitätsgebots und der verschränkten Verbandskompetenzordnung v. a. mit Hilfe des Bundesverfassungsgerichts wirft der Gedanke der „bündische[n] Sorge für das Grundgesetz“ auch Licht auf die Diskussion über etwaige drittländerschützende Pflichten des Bundes zum Ergreifen von Maßnahmen des Bundeszwangs (Art. 37 Abs. 1 GG) oder zur Wahrnehmung von Aufsichtsmitteln bei der Ausführung der Bundesgesetze durch die Länder (Art. 83 ff. GG): Kann einem Land A ein Anspruch gegen die Bundesregierung (bzw. gegen einzelne Bundesministerinnen und Bundesminister) zustehen, dass diese – unter den näheren Voraussetzungen der genannten Normen – Maßnahmen gegen ein anderes Land B zu ergreifen hat?

Sowohl für den Bundeszwang wie auch für Aufsichtsmittel nach den Art. 83 ff. GG, etwa nach Art. 84 Abs. 3 S. 1 GG und Art. 85 Abs. 3 S. 1 GG, ist zunächst davon auszugehen, dass entsprechende Maßnahmen grundsätzlich im Entschließungsermessens der Bundesregierung bzw. der zuständigen obersten Bundesbehörde ste-

<sup>2290</sup> Vgl. K. Kruis, in: FS Lerche, München 1993, S. 475 (486).

<sup>2291</sup> Vgl. BVerfGE 83, 37 (49) – Ausländerwahlrecht I.

<sup>2292</sup> Damit will Kruis offenbar freilich *nicht* sagen, dass jeder föderale Träger voraussetzungslos *jedes* hoheitliche Handeln eines anderen föderalen Trägers durch das Bundesverfassungsgericht oder andere Gerichte überprüfen lassen können müsse. Allerdings nutzt Kruis die skizzierte Argumentation, um zu verdeutlichen, weshalb für den Bereich der Rechtsetzung (also für einen Ausschnitt aus dem Spektrum hoheitlichen Handelns) in Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG vorgesehen ist, dass föderale Träger gegenseitig die Bundesverfassungsmäßigkeit ihres Handelns überprüfen lassen können; vgl. K. Kruis, in: FS Lerche, München 1993, S. 475 (484 ff.).

hen.<sup>2293</sup> Dieses Ermessen ist aber jedenfalls nicht grenzenlos<sup>2294</sup>; vereinzelt wird vertreten, dass es durch einen (justiziablen) Anspruch eines Landes A auf Einschreiten der zuständigen Bundesstelle gegen ein anderes Land B eingeschränkt oder auf Null reduziert sein kann<sup>2295</sup>. (Es geht hier wohlgemerkt um Ansprüche von Ländern, also von *Verbandsgrundrechtspositionsinhabern*, *nicht* etwa um Ansprüche von Individuen, also von *Individualgrundrechtsberechtigten*.<sup>2296</sup>) Kruis bejaht Ansprüche von Ländern gegen den Bund auf Einschreiten gegen ein anderes Land jedenfalls für Fälle, in denen „die Gefährdung [der] Rechte [eines Landes] auf das Verhalten eines anderen Bundesgliedes zurückgeht“.<sup>2297</sup>

*d) Ansprüche der Länder auf Moderiertwerden  
(das Beispiel der COVID-19-Pandemie)?*

Jedenfalls wird man festhalten müssen, dass solche Ansprüche von Ländern gegen den Bund auf ein Einschreiten gegen andere Länder nicht prägend für den deutschen Föderalismus sind; dies gilt selbst in ‚Störfällen‘ und ‚Krisen‘. Vielmehr sind die Verschränkungsstrukturen des grundgesetzlichen Föderalismus (s.o. § 2, B. IV. 2.) darauf ausgelegt, dass entsprechende horizontal- und diagonal-föderale Spannungen eher über das föderative Bundesverfassungsorgan Bundesrat oder – gerade in ‚Krisen‘ – über seine informalen Alternativen wie die interföderalen Regierungskonferenzen im ‚1 + 16‘-Format (s.o. § 4, A. II. 3. b))<sup>2298</sup> adressiert und entladen werden.

Und so hat etwa die COVID-19-Pandemie verdeutlicht, wie groß das praktische Bedürfnis für die interföderale Abstimmung der Regierungsspitzen von Bund und Ländern werden kann. Hervorhebung verdient dabei die Tatsache, dass innerhalb des ‚1 + 16‘-Formats der Bundeskanzlerin bzw. dem Bundeskanzler selbst dann eine

---

<sup>2293</sup> Vgl. K. Kruis, in: FS Lerche, München 1993, S. 475 (477), welcher insoweit von einem „Opportunitätsprinzip“ spricht.

<sup>2294</sup> Vgl. K. Kruis, in: FS Lerche, München 1993, S. 475 (477 f.); vgl. zu Art. 37 GG: H. H. Klein, in: G. Dürig/R. Herzog/R. Scholz (Hrsg.), Grundgesetz, 57. Ergänzungslieferung, München 2010, Art. 37, Rn. 64, m. w. N.; vgl. zu Art. 85 Abs. 3 S. 1 GG (hinsichtlich einer Verpflichtung zum Weisungserlass im Bereich der Rechtsaufsicht): H. Wagner, DVBl 1987, 917 (919): „Der Bund [...] muß das Land zum rechtmäßigen Handeln anhalten. Der Bund muß allerdings nicht sofort in Gestalt einer förmlichen Weisung tätig werden“; daran anschließend L.-U. Pera, NVwZ 1989 1120 (1121 f.).

<sup>2295</sup> Vgl. K. Kruis, in: FS Lerche, München 1993, S. 475 (480 f.).

<sup>2296</sup> Zu Letzterem ablehnend BVerfG, NJW 1977, 118: „[d]ie Bundesaufsicht über die Länder dient nicht den Interessen des [E]inzeln und damit auch nicht dem Grundrechtsschutz“. Ein Anspruch auf Einschreiten in einem Dreipersonenverhältnis mit Individualgrundrechtsberechtigtem wäre eine (konsequente) Umkehrung der Diskussion zu Individualgrundrechten als Weisungsgrenze bei Art. 85 Abs. 3 GG, wie sie von J. Lennartz, JZ 2016, 287, vertreten wird (dazu oben A. II. 3. b)).

<sup>2297</sup> K. Kruis, in: FS Lerche, München 1993, S. 475 (481).

<sup>2298</sup> Vgl. hierzu die Nachweise oben in Fn. 1082.

hervorragende Position zukommt, wenn, wie das jedenfalls am Beginn der Pandemie der Fall war, die einschlägigen Exekutivkompetenzen klar bei den Ländern verortet sind.<sup>2299</sup> Die Rolle der Bundeskanzlerin lässt sich insoweit als die einer Moderatorin beschreiben, was publizistisch teilweise – in unterkomplexer Weise – als „unwürdig“ charakterisiert wird<sup>2300</sup>. Immer wieder prägte während der Pandemie ein Widerstreit zwischen Landesregierungsspitzen, welche Perspektiven der ‚Öffnung‘, also der Lockerung von Pandemiebekämpfungsmaßnahmen forcierten, und Landesregierungsspitzen, welche eine Verschärfung der Pandemiebekämpfungsmaßnahmen forderten, die Bund-Länder-Runden.<sup>2301</sup> Positiv gewendet sind die ‚1 + 16‘-Runden dann ein – durchaus öffentlichkeitswirksamer, obschon freilich nur beschränkt transparenter<sup>2302</sup> – Ort für das Vortragen, Diskutieren und eben Moderieren von politischen Alternativen.<sup>2303</sup> In gewisser Hinsicht wird in diesem Format ‚Bundes-solidarität‘ in besonderer Form gelebt: Es ist nämlich unverkennbar, dass in der deutschen Bevölkerung bei der Pandemiebekämpfung ein Bedürfnis nach interföderaler Vereinheitlichung oder zumindest Koordinierung sowie nach starken „appellative[n] Anordnungen[n]“ (Karl-Rudolf Korte)<sup>2304</sup> aus zentraler Position heraus intensiv ausgeprägt ist; mit diesem Bedürfnis müssen die Exekutivspitzen von Bund

<sup>2299</sup> Vgl. zur Kompetenzlage im Infektionsschutzrecht oben A. II. 1. a) aa).

<sup>2300</sup> Referierend, gerade nicht affirmativ zu dieser Sicht m. w. N.: S. Kropp, VerBlog, 2020/5/26; vgl. zu der unscharfen Machtposition der Bundeskanzlerin innerhalb des ‚1 + 16‘-Formats ferner C. Waldhoff, NJW 2021, 2772 (2774): Sie habe dort „lange Zeit [...] immer auf der richtigen Seite“ stehen können; zum bestimmenden Einfluss der Bundeskanzlerin auch O. Lepsius, JöR n. F. 69 (2021), 705 (720), welcher dies auf „zuvor zirkulierende und auch vorab in die Presse durchgestochene Beschlussempfehlungen“ zurückführt.

<sup>2301</sup> Anschaulich M. Linden, Merkur 866 (2021), 34 (40), unter Hervorhebung des Wechselspiels der Antipoden Laschet und Söder.

<sup>2302</sup> Vgl. die auf die Herstellung von mehr Transparenz gerichtete Kleine Anfrage von Mitgliedern des Bundestags nach den „Sitzungsprotokolle[n] der Bund-Länder-Konferenz (MPK) in der Corona-Pandemie“ v. 13.08.2021, BT-Drs. 19/31997. Vgl. in diesem Zusammenhang ferner die Medienkritik bei C. Waldhoff, NJW 2021, 2772 (2774): „Die mediale Berichterstattung hat nicht vermittelt, dass der Bund über § 32 IfSG durchaus eigene Handlungsoptionen besaß: Föderalismus kann schwer gelingen, wenn die, die über ihn berichten, ihn nicht richtig verstehen.“

<sup>2303</sup> Vgl. M. Linden, Merkur 866 (2021), 34 (40), welcher ein grundsätzlich positives ‚Föderalismus‘-Bild mit Blick auf die kommunikativen Funktionen des „institutionalisierten Föderalismus“ ausmacht, wenn er die ‚1 + 16‘-Runden als Format beschreibt, in dem der „Konflikt zwischen zwei Fraktionen“ mit „gut konturierte[n] Alternativen“ ausgetragen und öffentlich kommuniziert und auf diese Weise dem Eindruck von politischem ‚Konformitätsdruck‘ entgegengewirkt werden könne; deutlich kritischer hingegen etwa O. Lepsius, JöR n. F. 69 (2021), 705 (719 ff.), welcher gerade keine Beiträge des Gremiums zu „Partizipation und Pluralismus“ erkennen könne; ähnlich kritisch C. Waldhoff, NJW 2021, 2772 (2774).

<sup>2304</sup> K.-R. Korte, in: M. Florack/ders./J. Schwanholz (Hrsg.), Coronakratie. Demokratisches Regieren in Ausnahmezeiten Frankfurt a.M. u.a., 2021, S. 25, bezeichnet das damit verbundene „Politikmanagement“ (freilich ohne spezifische Aufmerksamkeit für die hier thematisierten föderalen Fragen) als „kuratiertes Regieren“, welches „mit krisenbedingter appellativer Anordnung zu tun“ habe.

und Ländern umgehen.<sup>2305</sup> Aus dieser Spannungslage erwächst dann ein *politischer*, nicht etwa rechtlicher Anspruch der Länder auf unitarisierendes Moderiertwerden durch den Bund. Man mag das von der Öffentlichkeit und den Ländern eingeforderte Moderieren durch die Bundeskanzlerin als ein antizipiertes, vermittelt-zermahlenes, letztlich vermiedenes *top-down*-Einschreiten charakterisieren: Anstatt auf Wunsch ‚vorsichtiger‘ Landesexekutivspitzen einschreitend gegen zurückhaltende Landesexekutivspitzen einzuschreiten, wählt die Bundesexekutivspitze den Weg des Moderierens. Diese Perspektive auf das Moderieren als Vermeidung von Einschreiten erklärt sich dann, wenn man sich vor Augen führt, dass der Bund durchaus eine umfassende Verbandskompetenz zur Schaffung von eingriffsintensivem Infektionsschutzrecht aufweist (und diese im Verlauf der Pandemie zeitweilig mit dem Erlass der sog. ‚Bundesnotbremse‘ dann doch auch tatsächlich genutzt hat<sup>2306</sup>).

#### **4. Fazit und Ausblick: Bund als Rechtsgemeinschaft – zwischen ‚Staaten‘-Gemeinschaft, Arbeitsgemeinschaft und Wertegemeinschaft**

Die beiden Länderberichte zu Bundesingerenzausübungspflichten im ‚diagonalen‘ föderalismusverfassungsrechtlichen Verhältnis haben jeweils ein zerklüftetes Bild der einschlägigen Dogmatik ergeben; die angesprochenen dogmatischen Strukturen sind schwierig überschaubar und dogmatisch schwach durchgebildet.

Als eine tendenzielle Gemeinsamkeit kann die Vorstellung des föderalen Bunds als Rechtsgemeinschaft (s.o. I.), als deren Garant die Bundesebene – und dabei insbesondere *Bundesgerichte* – auftreten, ausgemacht werden. Insoweit wirkt die Rechtsprechung von Bundesgerichten als solche (unmittelbar) als Ingerenz und nicht etwa – wie bei den anderen vorgestellten Fallgruppen – nur als sekundäre Kontrollinstanz einer primären Ingerenzausübung durch die nicht-judikative Praxis (s. hierzu auch bereits § 4, A. II. 3. c) sowie unten § 8, B. III. 2.). Die Funktion der Bundesgerichte als Streitschlichter zwischen föderierten Einheiten ist im US-amerikanischen Föderalismus teilweise relevanter als unter dem Grundgesetz, da bestimmte (aus Sicht des Grundgesetzes als ‚Selbstverständlichkeiten‘ zu qualifizierende) Formen der bundesweiten Kooperation von hoheitlichen Stellen (wie die bundesweite Zusammenarbeit bei der Strafverfolgung<sup>2307</sup>) nicht ohne Weiteres

<sup>2305</sup> Zum öffentlichen Unitarisierungsdruck in der Pandemiebekämpfung auch *M. Kloepper*, VerwArch 112 (2021), 169 (198), welcher dem Format der ‚1 + 16‘-Runden freilich grundsätzlich kritisch gegenüber steht; vgl. ferner auch die behutsame Suche nach einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung für die Koordinierung bei *K.-A. Schwarz/L. Sairinger*, NVwZ 2021, 265 (271): „Der konsekutive Bund-Länder Regierungsausschuss ist zwar verfassungsrechtlich selbst nicht vorgesehen, allerdings im Sinne eines konsensualen kooperativen Föderalismus, der die Verständigung von Bund und Ländern bei der gemeinsamen Aufgabenbewältigung fördert, verfassungsrechtlich fundiert.“

<sup>2306</sup> Hierzu m. N. oben Fn. 1848 u. 2230.

<sup>2307</sup> S. o. 3. a).



vorausgesetzt werden können, sondern judikativ abgesichert werden müssen (s. o. 2. a)).

Ein Blick auf die vorherrschenden Argumentationsmuster zeigt eine wichtige Rolle des Bundes- und Vertragsdenkens, wie es in Konrad Kruis' Formel von der „bündischen Sorge für das Grundgesetz“ (s. o. 3. a)) anschaulich zusammengefasst wird. Die Rede von der „Sorge“ verdeutlicht, dass es hier um einen Grenzbereich des Verfassungsrechts geht, in welchem Rechtspflichten und politische Ansprüche ineinander übergehen. Die Begründung der „bündischen Sorge“ hat verschiedene Facetten, welche hier in drei Leitbildern gebündelt werden sollen: Dies betrifft – *erstens* und noch am deutlichsten ‚juristisch‘ geprägt – die vor allem in den USA wichtige bundesgerichtliche Streitschlichtung zwischen föderierten Einheiten, etwa bei einzelstaatengrenzenüberschreitender Umweltverschmutzung; hier werden auch etatistische Vorstellungen der (Quasi-)Souveränität föderierter Einheiten bemüht (s. o. 2. b) – föderale Rechtsgemeinschaft als [Quasi-], *Staaten‘-Gemeinschaft*). *Zweitens* geht es um den pragmatischen Gedanken der interföderalen Verschränkung und des funktionalen Aufeinanderangewiesenseins föderaler Träger (föderale Rechtsgemeinschaft als gewaltenteilige ‚*Arbeitsgemeinschaft*‘ – s. o. 2. b) u. 3. b)). Dies gilt v. a. für den grundgesetzlichen Föderalismus mit seiner starken allgemeinen, auch föderalismusverfassungsrechtlich relevanten Amtshilfepflicht (Art. 35 Abs. 1 GG – s. o. 3. a)) und den Tendenzen zu einem ‚Recht‘ der Länder gegen die Bundesebene ‚auf Moderiertwerden‘, wie es sich beispielhaft während der COVID-19-Pandemie im Drang zu den ‚1 + 16‘-Beschlüssen zeigte (s. o. 3. d))<sup>2308</sup>. Schließlich werden – *drittens* – sehr vereinzelt grundlegendere Fragen der politisch befriedenden ‚Werte‘-Homogenität in der Föderation gestellt, was vor allem in dem u. a. von Bayern angestoßenen Verfahren vor dem Zweiten Senat des Bundesverfassungsgerichts zur Bundesverfassungswidrigkeit der Öffnung des Wahlrechts für Ausländerinnen und Ausländer auf Kommunalebene in Schleswig-Holstein deutlich wurde (s. o. 3. b) – föderale Rechtsgemeinschaft als ‚*Wertegemeinschaft*‘). Dieser Grundgedanke der föderalen Homogenität mit gegenseitigen (prozessualen) ‚Ansprüchen‘ der föderalen Träger auf deren Einhaltung wird auch im US-amerikanischen Föderalismusdiskurs erörtert – obschon nur ansatzweise und nur theoretisch<sup>2309</sup>.

### C. *Status activus*: Effektivierung der Ingerenzen der föderierten Einheiten

Die Argumentation mit Verbandsgrundrechtspositionen der föderierten Einheiten im *status activus* ist im Bereich der Verbandsingerenzen darauf gerichtet, *bottom-up*-

<sup>2308</sup> Dazu, dass die US-Bundesebene solche moderierend-koordinierenden Funktionen unter der Präsidentschaft von *Trump* weitgehend verweigerte, oben in und bei 2219.

<sup>2309</sup> S. o. bei Fn. 2267.

Verbandsingerenzen der förderierten Einheiten gegen die Bundesebene (s.o. § 4, B. II.) unter besonderen Umständen in besonderer Weise zu ‚effektivieren‘.

## **I. „Politische Selbsterhaltung“ durch Kompensation von Kompetenz-,Verlusten‘ im kooperativen Föderalismus**

Die Argumentation für eine effektivierende Modifikation von *bottom-up*-Verbandsingerenzen der förderierten Einheiten steht in einem engen Verhältnis zum kooperativen Föderalismus (*cooperative federalism*; näher § 4, B. I. 3. b) u. c)), obschon sie sich freilich nicht vollständig auf diesen Bereich beschränkt<sup>2310</sup>.

### **1. Kompensation: Ingerenzen statt Kompetenzen?**

Kooperativer Föderalismus, also die gemeinsame oder jedenfalls funktional eng verzahnte Wahrnehmung von hoheitlichen Aufgaben durch mehrere föderale Träger, rückt die Aufmerksamkeit weg von autonomen, selbstständigen Verbandskompetenzen (nach dem föderalen Trennungsmodell; s.o. § 2, B. IV. 1.) hin zu verzahnten Verbandskompetenzen *und* *Verbandsingerenzen* (nach dem föderalen Verschränkungsmodell; s.o. § 2, B. IV. 2.). Der im Folgenden näher untersuchte Grundgedanke lautet, dass die Bedeutung von Verbandsingerenzen in Arrangements des kooperativen Föderalismus intensiviert ist. Die Verstärkung der Bedeutung von Verbandsingerenzen im kooperativen Föderalismus wird teilweise unter dem Schlagwort der „Kompensation“ diskutiert<sup>2311</sup>: Es geht dann um die Frage, ob und inwieweit der ‚Verlust‘ von Verbandskompetenzen durch eine Stärkung von Verbandsingerenzen ‚kompensiert‘ werden kann, sollte oder muss. Erfordert der *status*

---

<sup>2310</sup> Ein Aspekt der Effektivierung von *bottom-up*-Ingerenzen ohne Bezug zum kooperativen Föderalismus i.e.S. betrifft unter dem Grundgesetz etwa die informale Ausweitung des Art. 32 Abs. 2 GG, welcher ein Anhörungsrecht von Ländern bei völkerrechtlichen Verträgen des Bundes nur für den Fall vorsieht, dass ihre „besonderen Verhältnisse [...] berührt“ werden, auch über diesen Fall hinaus im „Kramer/Heubl-Papier“ (hierzu oben § 4, A. II. 3. b)). Ebenfalls als Aspekt der Effektivierung von *bottom-up*-Ingerenzen lässt sich die Rechtsfrage begreifen, die der Entscheidung *U.S. Term Limits, Inc. v. Thornton*, 514 U.S. 779 (1995), zu Grunde lag: Wie weit gehen die Einflussnahmemöglichkeiten der Einzelstaaten auf die Ausgestaltung des Wahlrechts zum Bundesverfassungsorgan *U.S. Congress* (näher oben A. VI. 2. d))? In ähnlicher Weise als ein Aspekt der Effektivierung von *bottom-up*-Ingerenzen formulierbar ist die umstrittene Frage, wie die Länder die Bundesratsvertreter instruieren dürfen (näher oben A. VI. 3. b)).

<sup>2311</sup> Zu einem solchen Verständnis von „Kompetenzkompensation“ ausführlich A. Voßkuhle, *Das Kompensationsprinzip*, Tübingen 1999, S. 31 ff., m.w.N.; s. auch die Nachweise unten bei III. Zu beachten ist, dass der Begriff ‚Kompetenzkompensation‘ oben bei der Untersuchung von Wirkungen des *status activus* im Bereich der *Verbandskompetenzen* anders verwendet wurde: Dort ging es um die Kompensation von Kompetenznichtgebrauch der Bundesebene (*federal inaction*) durch eine etwaige Kompetenzgebrauchseffektivierung der förderierten Einheiten (s.o. § 5, C. I.).

*activus* der Verbandsgrundrechtspositionen der föderierten Einheiten in Strukturen des kooperativen Föderalismus eine Effektivierung ihrer Ingerenzrechte als Kompensation für Kompetenz-, Verluste‘; in welchen Formen kann es zu einer solchen Effektivierung von Ingerenzrechten kommen?

(In Strukturen des kooperativen Föderalismus werden Verbandsgrundrechtspositionen der föderierten Einheiten freilich nicht nur im *status activus* relevant; oben wurde verschiedentlich skizziert, dass auch ihr *status negativus*<sup>2312</sup> und ihr *status positivus*<sup>2313</sup> gerade in Arrangements des kooperativen Föderalismus oder überhaupt in Strukturen des Verschränkungs-föderalismus Wirkungen entfalten können<sup>2314</sup>. Im Folgenden sollen nun die *status activus*-Aspekte in Gestalt der Diskussion um Kompensationsmöglichkeiten und -erfordernisse für Kompetenz-, Verluste‘ untersucht werden.)

## 2. Einfach-rechtliche und verfassungspolitische Gestaltungsperspektive

Die normative Bewertung von Kompensationsmöglichkeiten oder -erfordernissen für Kompetenz-, Verluste‘ bei der Schaffung oder Vertiefung von Strukturen des kooperativen Föderalismus ist in den USA und in Deutschland von vorneherein an unterschiedlichen ‚Orten‘ in der jeweiligen Normenpyramide situiert.

Das liegt insbesondere daran, dass sich die *Modi* der Verteilung der Verwaltungskompetenzen zwischen der Bundesebene und den föderierten Einheiten in den USA und in Deutschland unterscheiden (ausführlich § 4, B. I. 3.): Der stark fragmentarische Text der US-Verfassung impliziert das föderale Trennungsmodell, wobei dann aber auf einfach-gesetzlicher Ebene zunehmend sehr wohl Strukturen des bundesgesetzlichen ‚freiwilligen‘ *cooperative federalism* geschaffen werden (Gluck: „*intrastatutory federalism*“<sup>2315</sup>; näher hierzu oben § 4, B. I. 3. c) aa)). Demgegenüber hat sich unter dem Grundgesetz ein Vorbehalt der Verfassung für

<sup>2312</sup> Zur Begrenzung von Bundesingerenzen beim Vollzug von Bundesrecht durch föderierte Einheiten als Fragen des *status negativus*, insbesondere zu den Entscheidungen *ADEC v. EPA*, 540 U.S. 461 (2004), und BVerfGE 81, 310 – Kalkar II: s. o. A. II. 2. b) bzw. A. II. 3. b). Als eine (absolute) *status negativus*-Grenze des (unfreiwilligen) *cooperative federalism* in den USA wirkt die *anti-commandeering*-Dogmatik (ausführlich oben A. II. 2. a)).

<sup>2313</sup> S. insbesondere die Diskussion der Entscheidung *Massachusetts v. Environmental Protection Agency*, 549 U.S. 497 (2007), als *status positivus*-Konstellation innerhalb des Verschränkungsregimes des *Clean Air Acts*, oben bei § 5, B. II. 2. a)).

<sup>2314</sup> Diesen Fokus – auf dem *status negativus* und dem *status positivus* der Verbandsgrundrechtspositionen der föderierten Einheiten in Verschränkungsstrukturen – verfolgt etwa G. E. Metzger, Duke L. J. 57 (2008), 2023, in ihrem Überblick über das Zusammenspiel von Föderalismusverfassungsrecht und Verwaltungsrecht in den USA; beachte freilich am Rande den Hinweis a. a. O. (2075), welcher stärker in Richtung des *status activus* der Einzelstaaten geht: „*Numerous factors, such as congressional oversight, federal officials’ ties to state regulators, lobbying by state political organizations, and dependence on state implementation, can all serve to give state regulatory interests leverage in federal agency decisionmaking.*“

<sup>2315</sup> A. R. Gluck, Yale L. J. 121 (2011), 534 (538).

Mischverwaltungstatbestände etabliert, welcher zu Verfassungsänderungen (vgl. nur die Art. 91a ff. GG) geführt hat (s. auch § 4, A. II. 3. b)).

Dementsprechend haben rechtswissenschaftliche Diskussionen über die grundlegende ‚Zulässigkeit‘ sowie (ggf.) über die nähere Ausgestaltung von kooperativem Föderalismus in den USA und in Deutschland eine unterschiedliche ‚Natur‘ und Ausrichtung: Während die Diskussion in den USA einen starken Bezug zum einfachen Bundesrecht (und dessen Bundesverfassungsmäßigkeit) hat, tritt in Deutschland eine stark verfassungspolitische und verfassungsänderungsbezogene Komponente hervor. Gemeinsam ist beiden Diskussionen, dass sie eine dynamische Komponente aufweisen; im Zentrum stehen Fragen des Wandels und der Anpassung.

## II. USA: „Macht des Dieners“ (Bulman-Pozen und Gerken) durch informal-faktische Ingerenzen

### 1. ‚Performance‘ und Verweigerung als Ingerenzen des „Dieners“

Da die Strukturen des *cooperative federalism* in den USA überhaupt erst durch einfaches Bundesrecht geschaffen werden (s. o. § 4, B. I. 3. c) aa)), ist in den USA auch die Frage nach einer etwaigen Kompensation von damit tendenziell einhergehenden ‚Kompetenzverlusten‘ der Einzelstaaten<sup>2316</sup> durch stärkere *bottom-up*-Ingerenzen v. a. eine Frage der Ausgestaltung und der Anwendung des einfachen Bundesrechts. Aus der Sicht des *Verfassungstexts* mag man daher von informalen Ingerenzen sprechen, obschon die Mitwirkungsrechte regelmäßig durchaus *einfach-gesetzlich* formalisiert sind (hierzu oben § 4, A. II. 3. b)).

Auch die Wirkungsweise von *bottom-up*-Verbandsingerenzen innerhalb von Verschränkungsstrukturen ist häufig informal-faktisch: Einfluss auf die Bundesebene können die Einzelstaaten v. a. durch den Nicht- oder ‚Schlecht‘-Gebrauch ihrer Zuständigkeiten – oder zumindest durch die Androhung davon – ausüben. Umgekehrt mag auch das In-Aussicht-Stellen einer besonders guten Verwaltungs-*performance* die informale Position der Staaten in bestimmten Situationen stärken. Die von Bulman-Pozen und Gerken als „Macht des Dieners“<sup>2317</sup> beschriebene faktisch

<sup>2316</sup> ‚Kompetenzverluste‘ der Einzelstaaten können sich in den USA daraus ergeben, dass dichte Bundesgesetzgebung über die *preemption*-Dogmatik (hierzu oben § 4, B. I. 2. c) cc)) die legislativen Handlungsspielräume der Einzelstaaten verengt; zum Zusammenhang zwischen (*un*-)cooperative federalism und *preemption* näher J. Bulman-Pozen/H. K. Gerken, Yale L. J. 118 (2009), 1256 (1302 ff.) – die Autorinnen plädieren dafür, die *preemption*-Dogmatik so anzuwenden, dass den Einzelstaaten im Zweifel Raum für eigene, konkurrierende Gesetzgebung neben der Bundesgesetzgebung bleibt, welche auch zu Friktionen führen können sollte. Folgt man diesem Vorschlag, so würden mit der Herausbildung intensiver Bundesgesetzgebung insoweit also gar keine ‚Kompetenzverluste‘ der Einzelstaaten verbunden sein, sodass sich die im vorliegenden Abschnitt adressierte Frage der ‚Kompensation‘ von vorneherein anders stellt.

<sup>2317</sup> Vgl. J. Bulman-Pozen/H. K. Gerken, Yale L. J. 118 (2009), 1256 (1265 ff.).

wichtige (bis unverzichtbare) Position der Einzelstaaten innerhalb der Strukturen des kooperativen Föderalismus (s.o. § 4, B. I. 3. d) bb) (2)) erlaubt es diesen, der Bundesebene unter Umständen abweichende *policy*-Vorstellungen aufzunütigen.<sup>2318</sup> In Sachbereichen des (*un*-)cooperative federalism (etwa im Umweltrecht, z. B. im Luftreinhalterecht) ist die Bundesebene auf die Einzelstaaten als administrative Akteure vor Ort angewiesen. Daher ist die Bundesebene gezwungen, sich mit den – ggf. von der Bundeslinie abweichenden – *policy*-Vorstellungen der Einzelstaaten auseinanderzusetzen und (irgendwie<sup>2319</sup>) darauf zu reagieren – allein darin liegt schon eine informal-faktische *bottom-up*-Ingerenz.

## 2. Fallstudie: CAA-Inspection and Maintenance Programs

Als Beispiel für solche – eher schwer fassbaren – informal-faktischen *bottom-up*-Ingerenzen in Verschränkungsstrukturen kann der jahrzehntelange Konflikt zwischen der Bundesbehörde *Environmental Protection Agency* (EPA) und den Verwaltungen der Einzelstaaten um den ‚richtigen‘ Ansatz bei Abgasuntersuchungen von Kraftfahrzeugen dienen<sup>2320</sup>: Seit 1977 hatten sich jahrzehntelang einige Einzelstaaten gegen eine bundesgesetzliche Vorgabe im *Clean Air Act* (CAA) gesperrt, im Rahmen ihrer übergeordneten ‚Pflicht‘<sup>2321</sup> zum Erreichen von nationenweiten Luftqualitätsgrenzwerten (NAAQS) u. a. auch wiederkehrende Abgaskontrollen von (bereits in Verkehr gebrachten<sup>2322</sup>) Kraftfahrzeugen in näher qualifizierter Weise (sog. *Inspection and Maintenance [I/M] Programs*) für ihr Gebiet vorzuschreiben.<sup>2323</sup> Durch eine Gesetzesänderung im Jahr 1990 wurden die Vorgaben des CAA bezüglich dieser I/M-Programme für Staaten, in denen Gebiete mit schlechten Luftqualitätswerten liegen, verschärft; außerdem erließ die zuständige Bundesbehörde EPA

<sup>2318</sup> Vgl. J. Bulman-Pozen/H. K. Gerken, Yale L. J. 118 (2009), 1256 (1285 ff., 1293 f.).

<sup>2319</sup> Vgl. J. Bulman-Pozen/H. K. Gerken, Yale L. J. 118 (2009), 1256 (1287): „We thus would expect the federal government to respond in some way to a state’s challenge. It might override the state, tolerate its position, or adopt the state’s preferred policy. The key is that the federal government will be pressured to engage the state’s position. And engagement is at least a partial victory for any dissenter.“

<sup>2320</sup> Vgl. zu diesem Beispiel J. Bulman-Pozen/H. K. Gerken, Yale L. J. 118 (2009), 1256 (1276, dort in Fn. 64, 1286); ausführlich auch A. W. Reitze, Pac. L. J. 27 (1996), 1461; ders., ELR 47 (2017), 10877 (10878 ff.).

<sup>2321</sup> Zum Aspekt der ‚Freiwilligkeit‘ dieser ‚Pflichten‘ in Strukturen des *cooperative federalism* näher oben bei der Darstellung der *anti-commandeering doctrine* (s.o. A. II. 2. a)).

<sup>2322</sup> Die I/M-Programme beziehen sich auf Abgasuntersuchungen nicht von Neuwagen bei den Produzenten, sondern von Fahrzeugen beim Verbraucher, also von bereits im Verkehr befindlichen Fahrzeugen, insbesondere auch mit Blick auf etwaige Manipulationen von Emissionskontrollvorrichtungen.

<sup>2323</sup> Vgl. A. W. Reitze, ELR 47 (2017), 10877 (10878): „The I/M program was resisted by most states, and EPA was slow to sanction states that failed to meet the I/M requirements“. Die EPA versuchte, durch Kompensationslösungen (mit Blick auf das übergeordnete Ziel der Erreichung von Luftqualitätswerten) und durch finanzielle Zuwendungen an Einzelstaaten, *compliance* der Einzelstaaten anzureizen.

konkretisierende untergesetzliche Regelungen. Dennoch leisteten einige Staaten weiterhin „beachtlichen Widerstand“ hinsichtlich der Umsetzung dieser Vorgaben.<sup>2324</sup> Die Staaten drangen u. a. auf mehr Flexibilität hinsichtlich der Stellen, welche die Abgasuntersuchungen durchführen dürfen; statt der von der EPA geforderten ‚zentralen‘ Kontrollstellen sollten weiterhin auch kleine Werkstätten die Tests durchführen dürfen.<sup>2325</sup> Nach dem Sieg der Republikanischen Partei bei den *midterm*-Wahlen 1994 schwächte die EPA ihre untergesetzliche Regelsetzung erheblich ab und kam den ‚rebellierenden‘ Staaten deutlich entgegen, etwa durften weiterhin auch kleine Werkstätten die Tests durchführen.<sup>2326</sup> 1995 wurde dann – nach den untergesetzlichen Regelungen – auch die *bundesgesetzliche* Rechtsgrundlage für die *I/M*-Programme im CAA erheblich ‚flexibilisiert‘.<sup>2327</sup>

Insgesamt wird der Vorgang als ein „Einknicken“ der Bundesbehörde EPA gegenüber den Einzelstaaten und als eine „technokratische Rebellion“ in Gestalt eines „Widersprechens [der Einzelstaaten] durch Entscheiden“ („*dissenting by deciding*“) charakterisiert.<sup>2328</sup> Insoweit lässt sich hier durchaus davon sprechen, dass die Einzelstaaten, welche mit der *policy* der EPA nicht einverstanden waren, durchaus auf faktisch-informalem Wege ihren *status activus* in Stellung bringen konnten – und dies trotz (oder gerade wegen<sup>2329</sup>) der administrativen Verschränkungsstrukturen im Bereich des CAA.

---

<sup>2324</sup> A. W. Reitze, ELR 47 (2017), 10877 (10879): „*Following enactment of the 1990 CAA Amendments, there was considerable resistance to implementing the I/M program by some states*“.

<sup>2325</sup> Vgl. A. W. Reitze, ELR 47 (2017), 10877 (10879 f.).

<sup>2326</sup> Vgl. A. W. Reitze, Pac. L. J. 27 (1996), 1461 (1511 f.); *ders.*, ELR 47 (2017), 10877 (10879 f.).

<sup>2327</sup> Vgl. A. W. Reitze, Pac. L. J. 27 (1996), 1461 (1513 f.), welcher hierin einen Nachweis für das Gelingen der Logik der „*political safeguards of federalism*“ (s. u. § 8, B. I. 2.) sieht. Mit J. Bulman-Pozen/H. K. Gerken, Yale L. J. 118 (2009), 1256 (1292), muss man hier aber ergänzen, dass beim Konflikt um die *I/M*-Programme eben nicht nur die ‚klassischen‘ „*political safeguards of federalism*“ im auch föderal geprägten Bundesparlament wirksam waren, sondern auch die kleinteiligeren, in der Verwaltungspraxis wirksamen „*administrative safeguards of federalism*“.

<sup>2328</sup> J. Bulman-Pozen/H. K. Gerken, Yale L. J. 118 (2009), 1256 (1276 f., dort in Fn. 64): „*Although the states plainly were exercising their regulatory discretion in a manner that thwarted the federal requirement, the EPA never assumed responsibility for implementation and, in the end, caved to the states' demands*“; a. a. O. (1286): „*rebellion [in] technocratic form*“; a. a. O. (1293 f.): „*dissenting by deciding*“.

<sup>2329</sup> Vgl. J. Bulman-Pozen, Yale L. J. 123 (2014), 1920 (1926), welche einen Umschwung des kooperativen Föderalismus von einer „Bedrohung in eine Absicherung“ des föderalen Prinzips ausmacht („*inversion of menace into safeguard*“); zum ambivalenten Charakter von Verschränkungsstrukturen, welche – je nach Verhalten der beteiligten Akteure auf Bundesseite und auf Staatenseite – zwischen Grenzverschiebungen zu Lasten der Staaten einerseits und einer Verstärkung des föderalen Prinzips andererseits changieren können: A. R. Gluck, Yale L. J. 121 (2011), 534 (586): „*Statutory schemes structured in this manner can be simultaneously federalism-respecting and boundary-shifting*“.

### III. Deutschland: verfassungspolitische Kompensationsthesen (Hesse)

Für den verbandsingerenziellen *status activus* der Länder im grundgesetzlichen Verschränkungsföderalismus werden ähnliche ‚Kompensations‘-Mechanismen beschrieben: Demnach gewinnen die Länder politische ‚Selbstwirksamkeit‘ weniger durch autonome Landesgesetzgebung, sondern v.a. durch die Beeinflussung der Bundesebene in Strukturen des Verschränkungsföderalismus. Diskursiv besonders einflussreich ist insoweit die ‚Kompensationsthese‘<sup>2330</sup> Konrad Hesses im Rahmen seiner ‚Theorie‘ des „unitarischen Bundesstaats“.<sup>2331</sup> Es lassen sich drei Spielarten von Hesses Kompensationsthese unterscheiden – zwei konkretere und eine weiter gefasste Version:

#### 1. Kompensation i.e.S. I: Bundesratsbeteiligung bei der Ausübung neuer Bundeskompetenzen

Zum einen geht es – relativ konkret – um die Möglichkeiten und Grenzen einer „Kompensation [einzelner] autonomer Gestaltungsmöglichkeiten der Länder durch Mitwirkungsrechte“.<sup>2332</sup> Hier lassen sich noch einmal zwei Unterkonstellationen unterscheiden: Die *erste* Untergruppe betrifft die Bundesratsbeteiligung bei durch förmliche Verfassungsänderung *neu geschaffenen Bundesgesetzgebungskompe-*

<sup>2330</sup> Prägnant zum Zusammenhang zwischen funktionalistischer Argumentation und ‚Kompensation‘ P. Badura, in: FS Lerche, München 1993, 369 (374): „Die mit funktionalen Wirkungen notwendig verbundene Austauschbarkeit der Mittel, von denen die Wirkungen erwartet werden, verlagert die Betrachtung und Begründung zu den vitaleren Prinzipien [...]“.

<sup>2331</sup> Auf der Suche nach „Sinn und Wesen [der] Bundesstaatlichkeit“ des Grundgesetzes fand Hesse, dass „der Föderalismus als integrierendes Prinzip [...] im nationalen Rahmen die Bedeutung einer geschichtswirksamen Kraft verloren“ habe. Die Bundesstaatlichkeit des Grundgesetzes sei nicht mehr durch einen „geschichtswirksamen“ Integrierungsprozess gekennzeichnet; der „nationale Rahmen“ sei unterdessen schon hergestellt (vgl. K. Hesse, Der unitarische Bundesstaat, Karlsruhe 1962, S. 31 f.). Der Prozess des ‚coming together‘ ist in Hesses Narrativ abgeschlossen. Der Sinn des grundgesetzlichen Bundesstaats sei vielmehr in seinen Beiträgen zur vertikalen (und horizontalen) Gewaltenteilung (dazu näher unten § 12, B. II. 2.) sowie zur Ausdifferenzierung des Parteienwettbewerbs (dazu auch unten 3. b) sowie § 8, B. II. 2. b)) zu finden (vgl. a.a.O., S. 32, m.w.N.) Rückblickend bezeichnet Michael Stolleis bereits die Weimarer Republik als „unitarischen Bundesstaat“; vgl. M. Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. 3, München 1999, S. 118. In der Weimarer Zeit arbeitete insbesondere Rudolf Smend die Instrumentalfunktion des Föderalismus für die staatliche „Integration“ heraus; vgl. R. Smend, in: ders., Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze, 3. Aufl., Berlin 1994 [1928], S. 119 (270 f.); hierzu etwa H. Bauer, Die Bundestreue, Tübingen 1992, S. 88 f.; M. Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. 3, München 1999, S. 120; T. Kleinlein, I-CON 15 (2017), 1157 (1162).

<sup>2332</sup> Vgl. K. Hesse, AöR 98 (1973), 1 (20, 30, 35) – ein Beitrag, dem ein Gutachten für das Bundeskanzleramt (unter Bundeskanzler Willy Brandt) zu Grunde liegt; normativer Maßstab ist im Wesentlichen Art. 79 Abs. 3 GG: Es werden die Möglichkeiten und Grenzen von Verfassungsänderungen ausgelotet. Hierzu referierend C. Möllers, in: J. Aulehner u.a. (Hrsg.), Föderalismus – Auflösung oder Zukunft der Staatlichkeit?, Stuttgart u.a. 1997, S. 81 (93).



*tenztiteln*; einschlägige Beispiele sind die Kompetenztitel für das Recht der Landesbeamten (Art. 74 Abs. 1 Nr. 27 GG; näher hierzu oben § 5, A. II. 3. b)) und für das Recht der Staatshaftung (Art. 74 Abs. 1 Nr. 25 GG; näher hierzu oben § 5, A. III. 3. c)). Diese durch förmliche Verfassungsänderungen eingeführten Kompetenztitel sehen jeweils vor, dass entsprechende Bundesgesetze der Zustimmung des Bundesrats bedürfen (Art. 74 Abs. 2 GG).

Hier wurde der kompetenzrechtliche *status negativus* in den *ingerenziellen status activus* der Verbandsgrundrechtspositionen der Länder ‚umgeleitet‘, dabei prozeduralisiert und durch Verfassungsänderungen formalisiert. Für einen solchen ‚Tausch‘ autonomer Legislativbefugnisse der Länder gegen ihre Mitwirkung an entsprechender Bundesgesetzgebung im Bundesrat sieht Hesse grundsätzlich *keine* (allein für sich ausreichenden) Kompensationsmöglichkeiten.<sup>2333</sup> Die Mitwirkung der Länder über den Bundesrat stelle aufgrund des Mehrheitsprinzips im Bundesrat (Art. 52 Abs. 3 S. 1 GG) und im Angesicht von dessen Exekutivlastigkeit (Art. 51 Abs. 1 S. 1 GG) *keine* annähernd gleichwertige Kompensation für den ‚autonomen‘ Gebrauch von Landesgesetzgebungskompetenzen (mit bestimmender Rolle der Landesparlamente) dar.<sup>2334</sup>

In diesem Zusammenhang ließe sich weitergehend danach fragen, ob es verfassungspolitisch zielführend sein könnte, zur Steigerung des ‚Kompensationsniveaus‘ den Einfluss der Landesparlamente auf den Bundesrat zu intensivieren, dessen Exekutivlastigkeit also zu relativieren. Hierfür müsste die starre Betrachtung des Bundesrats als Organ der Exekutiven aufgeweicht werden: Bei der Erörterung der Verfassungsautonomie der Länder wurde oben freilich skizziert, dass nach überwiegender Auffassung die ‚Instruktion‘ der Mitglieder einer Landesregierung im Bundesrat durch das Landes- ‚Volk‘ und wohl auch durch die Landesparlamente als „nach der Struktur des Bundesrats ausgeschlossen“ und bundesverfassungswidrig betrachtet wird (s. o. A. VI. 3. b)).<sup>2335</sup> Es bleibt freilich die – vermitteltere – parlamentarische Verantwortlichkeit der Landesregierungen gegenüber den Landesparlamenten auch hinsichtlich ihres Verhaltens im Bundesrat. Bemerkenswert sind in diesem Zusammenhang allerdings jüngere landesverfassungsrechtliche Innovationen in Baden-Württemberg und Bayern (Art. 34a Abs. 2 BWVerf bzw. Art. 70 Abs. 4 S. 2 BayVerf): Demnach kann etwa im Beispiel Bayerns „die Staatsregierung in ihren

<sup>2333</sup> Vgl. K. Hesse, AöR 98 (1973), 1 (40): die „Möglichkeit eines Ausgleichs für die Einengung autonomer Gestaltungsmöglichkeiten der Länder durch Einräumung von Mitwirkungsrechten bei der Bundesgesetzgebung [muss] grundsätzlich verneint werden“; eine Kompensation bei Gemeinschaftsaufgaben sieht Hesse dagegen – bei entsprechender Ausgestaltung des Arrangements – eher gegeben, a. a. O. (35).

<sup>2334</sup> Vgl. K. Hesse, AöR 98 (1973), 1 (37 f.).

<sup>2335</sup> BVerfGE 8, 104 (121) – Volksbefragung; vgl. auch R. Scholz, in: R. Pitschas/A. Uhle (Hrsg.), Parlamentarische Demokratie in der Bewährung, Berlin 2012 [1984], S. 69 (74 ff., 78), m. w. N.; referierend m. w. N. R. Streinz, in: FS Vedder, Baden-Baden 2017, S. 770 (777); kritisch etwa M. Friedrich, Landesparlamente in der Bundesrepublik, Opladen 1975, S. 80 f., 87; Näheres (sowie weitere Nachw. pro und contra) unten in und bei Fn. 4320.

verfassungsmäßigen Aufgaben durch Gesetz gebunden werden“, wenn „das Recht der Gesetzgebung durch die Übertragung von Hoheitsrechten auf die Europäische Union betroffen“ ist (hierzu auch unten § 12, B. III. 3. b) bb) im Zusammenhang mit der Erörterung einer Theorie föderaler Demokratie).<sup>2336</sup>

## 2. Kompensation i. e. S. II: *bottom-up*-Ingerenzen bei der Ausübung neuer *top-down*-Ingerenzen

Die zweite (Unter-)Konstellation von Hesses enger gefasster Version der ‚Kompensationsthese‘ betrifft die Schaffung von *bottom-up*-Ingerenzen der Länder im Bereich von durch Verfassungsänderungen *neu geschaffenen top-down*-Ingerenzen des Bundes, insbesondere bei bedingten Bundesfinanzhilfen (Art. 104b ff. GG; ausführlich oben A. IV.) oder bei der Verwaltung der „Gemeinschaftsaufgaben“ (Art. 91a ff. GG). Hesse sieht eine Kompensierbarkeit (von verlorenen *status negativus*-Positionen durch effektivisierte *status activus*-Positionen) in diesen Bereichen – anders als im Legislativbereich – eher gegeben.<sup>2337</sup> Denkbar ist auch hier die Schaffung von *bottom-up*-Mitwirkungsingerenzen über den Bundesrat (etwa in Art. 91a Abs. 2 GG oder in Art. 104b Abs. 2 S. 1 Var. 1 GG) oder aber die Schaffung von *bottom-up*-Einwirkungsingerenzen, so insbesondere in Form von interföderalen „(Verwaltungs-)Vereinbarungen“ (etwa in Art. 91b Abs. 1 GG oder in Art. 104b Abs. 2 S. 1 Var. 2 GG).

Die Rechtsprechung hat diesen Aspekt der Kompensation anerkannt und dogmatisch aufbereitet; bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang die Entscheidung des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 1976 zu Bundesfinanzhilfen im „Einmaligen Sonderprogramm für Gebiete mit speziellen Strukturproblemen“ von 1974 (hierzu bereits oben A. IV. 3. b)): Zur Sicherung der Verfassungsposition der Länder stärkte der Senat die Anforderungen an die *Form*, in welcher Bund und Länder über die Ausgestaltung von Bundesfinanzhilfeprogrammen entscheiden dürfen. Verfassungsgeboten sei eine Entscheidung durch zustimmungsbedürftiges Bundesgesetz oder durch „in einem gehörigen Verfahren [...] ausgehandelt[e]“, schriftliche Verwaltungsvereinbarung.<sup>2338</sup> Verfassungswidrig sei hingegen eine Festlegung durch einseitigen, informalen „Erlass“ des Bundes oder durch informale (konkludente) Absprachen zwischen Bund und Ländern. Konkludente Absprachen würden die Position der Länder schwächen und dem Bund die „Ausnutzung seiner Finanzmacht“ ermöglichen.<sup>2339</sup> Verbandsgrundrechtspositionen der Länder sollen hier durch *Formanforderungen* gesichert werden; insoweit ist der

<sup>2336</sup> Für die Bundesverfassungsmäßigkeit von Art. 70 Abs. 4 S. 2 BayVerf: R. Streinz, in: FS Vedder, Baden-Baden 2017, S. 770 (780 ff.), m. w. N. pro und contra; Näheres in und bei Fn. 4320 u. 4331 f.

<sup>2337</sup> Vgl. K. Hesse, AöR 98 (1973), 1 (35); Hesse diskutiert diese Frage unter dem Stichwort der „gemeinsamen Bund-Länder-Planung“.

<sup>2338</sup> BVerfGE 41, 291 (304 f.) – Strukturförderung.

<sup>2339</sup> Vgl. BVerfGE 41, 291 (307 f.) – Strukturförderung.

*status activus* der Verbandsgrundrechtspositionen keinesfalls allein durch ‚Informales‘ geprägt.

### 3. Kompensation i. w. S.: Verwaltungsexpertokratie und Parteienbundesstaat statt Legislativvielfalt

Neben diesen – von Hesse nur teilweise positiv beschiedenen – ‚Kompensationsthese im engeren Sinn‘ lässt sich bei Hesse auch eine ‚Kompensationsthese im weiteren Sinn‘ ausmachen: Diese widmet sich weniger der Frage nach der (Un-) Zulässigkeit konkreter Verfassungsänderungen, gemessen an Art. 79 Abs. 3 GG, sondern der grundlegenden Bewertung der Unitarisierungstendenzen im grundgesetzlichen Föderalismus. Auf dieser fundamentalen Ebene bejaht Hesse die Kompensierbarkeit von autonomen Gestaltungsmöglichkeiten der Länder durch Effekte der multiarchischen (s. o. § 2, C. II. 1. a) dd) (2)) Gewaltenteilung (Verwaltungsexpertokratie als Gewaltenteilungsposten) und durch Gewinne an Einheitlichkeit der Lebensverhältnisse im Gesamtstaat.<sup>2340</sup>

#### *a) Verwaltungsexpertokratie der Länder als Gewaltenteilungsposten*

Hier stellt Hesse die Verwaltungsexpertokratie der Länder in den Vordergrund seines weit gefassten Modells multiarchischer Gewaltenteilung: Die politische Führung liege im Wesentlichen bei der Bundesebene, die Länder würden als Orte der Verwaltungsexpertokratie wirksam.<sup>2341</sup> Dabei sieht Hesse „Verwaltung‘ nicht [als] eine wertfreie Technik oder die bloße Vollstreckung fremden Willens, namentlich desjenigen des ‚Volkes‘ [...], sondern [als] die Wahrnehmung sachlicher öffentlicher

<sup>2340</sup> So referierend (kritisch) zur ‚Kompensationsthese‘ Hesses i. w. S. C. Möllers, in: J. Aulehner u. a. (Hrsg.), *Föderalismus – Auflösung oder Zukunft der Staatlichkeit?*, Stuttgart u. a. 1997, S. 81 (93 f.), mit Hinweisen auf K. Hesse, AöR 98 (1973), 1: „Hesses Argumentation vollzieht also den vorgefundenen Funktionsverlust der Länderparlamente normativ nach und rechtfertigt ihn“ mit Blick auf „den Gewinn an ‚Einheitlichkeit der Lebensverhältnisse‘“ und „die gewaltenteilenden Wirkungen der Bundesstaatlichkeit“. Vgl. K. Hesse, AöR 98 (1973), 1 (15), zu den „gewaltenteilenden Wirkungen des bundesstaatlichen Aufbaus“, sowie a. a. O. (23) zu einem „Gewinn an ‚Einheitlichkeit der Lebensverhältnisse‘“.

<sup>2341</sup> Vgl. K. Hesse, *Der unitarische Bundesstaat*, Karlsruhe 1962, S. 28; kritisch zur These, die Länderbürokratie könne als Legitimation für Föderalismus als Gewaltenteilung in Stellung gebracht werden: U. Scheuner, in: ders., *Staatstheorie und Staatsrecht*, hrsg. v. J. Listl/W. Rüfner, Berlin 1978 [1962], 415 (426 f.), mit dem Argument, dass das Grundgesetz der Länderbürokratie keine besondere (den Parlamenten vergleichbare) Legitimation zuspreche; vgl. auch C. Möllers, in: J. Aulehner u. a. (Hrsg.), *Föderalismus – Auflösung oder Zukunft der Staatlichkeit?*, Stuttgart u. a. 1997, S. 81 (94 f.). Gegen Scheuner lässt sich freilich in Stellung bringen, dass das Grundgesetz die Länderbürokratie in Art. 83 f. GG mit Blick auf ihre zentrale Rolle beim Vollzug von Bundesgesetzen durchaus in eine für den Gesamtstaat bedeutungsvolle funktionale Position rückt.

Ordnungsaufgaben in prinzipieller Rechtsgebundenheit.“<sup>2342</sup> In Hesses „unitarischem Bundesstaat“ steht das Know-How der Länderexekutiven im Dienst der effektiven Verwirklichung von Rechts- und Sozialstaatlichkeit: Hesse porträtiert den Bundesstaat in symbiotischer „Verschwisterung“ mit dem Rechtsstaat (und der repräsentativen Demokratie)<sup>2343</sup>; Bezugspunkt dieser Symbiose ist – *ebenenübergreifend* – das politische *Gesamtsystem* aus Bund und Ländern. Hesse sucht „die Funktionen der bundesstaatlichen Ordnung in erster Linie in den Auswirkungen des föderativen Aufbaus für die Gestalt und das Leben des *gesamten* Gemeinwesen[s]“. <sup>2344</sup> Er verortet den grundgesetzlichen Föderalismus in einem unscharfen „*Normgesamtzusammenhang*“<sup>2345</sup> mit demokratischen, rechtsstaatlichen und sozialstaatlichen Normativposten.

Freilich wird man letztlich genauer fragen müssen, was die von Hesse beschriebene „Wahrnehmung sachlicher öffentlicher Ordnungsaufgaben in prinzipieller Rechtsgebundenheit“ durch die Länderexekutiven konkret bedeutet, wenn sie mehr als „wertfreie Technik“ oder bloß automatistische „Vollstreckung fremden Willens“<sup>2346</sup> sein soll: Wo liegen die Spielräume der Länderexekutiven für ein Auf- „Wert[en]“ ihrer Vollzugstätigkeit; wo bleibt Platz für die Verwirklichung auch ihres ‚eigenen‘ „Willens“ beim Vollzug von Bundesgesetzen? Komparatistische Parallelen zu Bulman-Pozens und Gerkens Betrachtungen der „Macht des Dieners“ im „un-

<sup>2342</sup> K. Hesse, *Der unitarische Bundesstaat*, Karlsruhe 1962, S. 28. Verwaltung ist für Hesse nicht „unpolitisch“, nur nicht „politisch [...] in dem engeren Sinne von Regierung und Gesetzgebung“. Referierend zu Hesses Ansatz C. Möllers, in: J. Aulehner u. a. (Hrsg.), *Föderalismus – Auflösung oder Zukunft der Staatlichkeit?*, Stuttgart u. a. 1997, S. 81 (92 f.), welcher ähnliche Gedanken zur besonderen Legitimationskraft der „administrative[n] und unparteiliche[n]“ Organisationsleistung der Länder“ bei C. Schmitt, *Das Problem der innerpolitischen Neutralität des Staates*, in: *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924–1954*, 4. Aufl., Berlin 2003 [1930], S. 41 (54), findet. Schmitt spricht a. a. O. den „Länder[n] ‚mittleren Typus‘, die noch als Staaten bezeichnet werden können,“ in der Weimarer Republik eine „neutralisierend[e] Wirkung gegenüber dem labilen Koalitions-Parteien-Staat im Reich“ zu. Allgemein (ohne föderalismusverfassungsrechtlichen Bezug) zu ‚Bürokratie‘ als Element der Gewaltenteilung: H. D. Jarass, *Politik und Bürokratie als Elemente der Gewaltenteilung*, München 1975, S. 100 ff., welcher ‚Bürokratie‘ (mit den Strukturelementen Ernennung statt Wahl von Amtswaltern, lebenslange Anstellung von Amtswaltern, Laufbahnprinzip, hoher Grad der Formalisierung der Arbeit, deutliche Trennung von Amt und Person) von ‚Politik‘ unterscheidet (a. a. O., S. 123).

<sup>2343</sup> K. Hesse, *Der unitarische Bundesstaat*, Karlsruhe 1962, S. 32; vgl. *ders.*, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20. Aufl., Heidelberg 1995, Rn. 219, 224 ff. (zur Verstärkung demokratischer Ordnung), 229 ff. (zur „Vervollständigung“ des sozialen Rechtsstaats); hier liegt zudem eine argumentative Nähebeziehung zum Topos der „Einheit der Verfassung“ vor, vgl. a. a. O., Rn. 271.

<sup>2344</sup> K. Hesse, AöR 98 (1973), 1 (46); Hervorh. R.D.N.

<sup>2345</sup> So die (kritische) Charakterisierung von Hesses Argumentation bei C. Möllers, in: J. Aulehner u. a. (Hrsg.), *Föderalismus – Auflösung oder Zukunft der Staatlichkeit?*, Stuttgart u. a. 1997, S. 81 (96); Hervorh. R.D.N.

<sup>2346</sup> K. Hesse, *Der unitarische Bundesstaat*, Karlsruhe 1962, S. 28; Hervorh. R.D.N.

*cooperative federalism*<sup>2347</sup> (s.o. II. 1.) drängen sich auf. Angesichts von Art. 83 f. GG wird man aber kaum vertreten können, dass ein unverhohlenes „*dissenting by deciding*“<sup>2348</sup>, wie es Bulman-Pozen und Gerken unter anderem am Beispiel des hartnäckigen Streits zwischen der US-Bundesverwaltung und einigen Einzelstaatenverwaltungen um die Kraftfahrzeug-Abgasuntersuchungs-Programme beschreiben (s.o. II. 2.), unter den Vorgaben des Grundgesetzes – um wieder mit Hesse zu sprechen – noch „in prinzipieller Rechtsgebundenheit“ erfolgen würde.<sup>2349</sup>

Erinnert sei in diesem Zusammenhang an die Diskussionen der 1980er und 1990er Jahre um die angeblich „[a]nwendungsfeindliche Gesetzesanwendung“, den angeblich „gesetzesfeindlichen Gesetzesvollzug“ (Horst Sendler) im Atomrecht durch einige (zumindest zeitweilig) kernenergieskeptisch regierte Bundesländer.<sup>2350</sup> Sendler und andere<sup>2351</sup> kritisierten mit solchen Wendungen die Art und Weise, in welcher die zuständigen Behörden in einigen Ländern das Bundesgesetz Atomgesetz<sup>2352</sup> in der Phase vor dem Atomausstieg von 2002 vollzogen: In den in dieser Phase (zumindest zeitweilig) sozialdemokratisch regierten Ländern Hessen, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz und Schleswig-Holstein<sup>2353</sup>

<sup>2347</sup> Vgl. J. Bulman-Pozen/H. K. Gerken, Yale L. J. 118 (2009), 1256 (1265 ff.).

<sup>2348</sup> J. Bulman-Pozen/H. K. Gerken, Yale L. J. 118 (2009), 1256 (1293 f.).

<sup>2349</sup> Aus einer ‚streng juristischen‘ Sicht ist wohl auch für das US-Recht im genannten Beispiel die Beachtung „prinzipieller Rechtsgebundenheit“ durch die ‚rebellierenden‘ Einzelstaaten zu verneinen, missachteten sie im Abgasuntersuchungs-Beispiel doch schlicht bundesrechtliche Vorgaben, auf deren Vollzug sie sich grundsätzlich auf *einfach-rechtlicher* Grundlage ‚freiwillig‘ eingelassen hatten (hierzu II. 2. u. A. II. 2. a)). Dass die Verpflichtungen der Einzelstaaten zum Bundesrechtsvollzug in den USA keinen unmittelbaren Verfassungsrang haben, mag allerdings bei der juristischen Bewertung eine Rolle spielen. Insoweit wäre die Verfassungslage unter dem Grundgesetz in einem hypothetischen Vergleichsfall anders: Hier verlangen die Art. 83 f. GG mit Verfassungsrang den Vollzug von Bundesrecht durch die Länder und geben dem Bund bestimmte Ingerenzrechte (s.o. A. II. 3. a)). Der Verschränkungs föderalismus ist unter dem Grundgesetz in deutlicher Weise formalisiert.

<sup>2350</sup> Deutlich kritisch-pejorativ H. Sendler, DÖV 1992, 181 (181, 189).

<sup>2351</sup> F. Ossenbühl, in: FS Sendler, München 1991, S. 107 (107 f.), sprach in diesem Zusammenhang von Versuchen, „mit dem Schein von Legalität *Obstruktion* zu betreiben“ und von „verschleierte[r] *Obstruktion*“; unmittelbar an Sendler anschließend dann W. Blümel/M. Pfeil, Neuere Entwicklungen im Umwelt- und Verwaltungsverfahrenrecht, Speyer 1995, S. 13 ff., 107 ff.

<sup>2352</sup> Gesetz über die friedliche Verwendung der Kernenergie und den Schutz gegen ihre Gefahren (Atomgesetz) i. d. F. d. Bekanntm. v. 15.07.1985, BGBl. I S. 1565; zul. geändert durch G. v. 10.08.2021, BGBl. I S. 3530.

<sup>2353</sup> Beachte freilich, dass H. Sendler, DÖV 1992, 181 (182), betont, er behandle keine ‚realen‘ Fälle, welche er „wie ein Tatsachenrichter festgestellt hätte“, sondern arbeite jedenfalls teilweise auf „hypothetischer Grundlage“. Andererseits ist es zumindest sehr wahrscheinlich, dass sich Sendler vor allem vom ‚tatsächlichen‘ Verwaltungshandeln hessischer, niedersächsischer und nordrhein-westfälischer Behörden zumindest inspirieren ließ; konkreter (obschon apodiktisch-benennend) demgegenüber W. Blümel/M. Pfeil, Neuere Entwicklungen im Umwelt- und Verwaltungsverfahrenrecht, Speyer 1995, S. 14, welche Verwaltungsvorgänge um atomrechtlich relevante Anlagen in Hessen (Hanau), Niedersachsen (Gorleben, Schacht Konrad), Rheinland-Pfalz (Mülheim-Kärlich) und Schleswig-Holstein (Brunsbüttel,

vollzogen die dort für das Atomrecht zuständigen Behörden – im Einzelnen mehr oder weniger intensiv und mehr oder weniger lange – das Atomgesetz in einer Weise, welche von einigen Kommentatorinnen und Kommentatoren im Schrifttum als mit dem *Zweck* des Atomgesetzes unvereinbar bezeichnet wurde. Vor 2002 enthielt das Atomgesetz an prominenter Stelle einen Förderzweck, wonach es – *unter anderem*(!)<sup>2354</sup> – „Zweck [des] Gesetzes [war,] die Erforschung, die Entwicklung und die Nutzung der Kernenergie zu friedlichen Zwecken zu fördern“ (§ 1 Nr. 1 AtG a. F.).<sup>2355</sup> Sendler stützt seine Argumentation im Wesentlichen darauf, dass der Gesetzgeber den Förderzweck „in Gesetzesform gegossen“ habe und folglich die Anwendung des Atomgesetzes durch die Landesbehörden an diesem politischen Ziel zu orientieren sei.<sup>2356</sup> Sollten Landesbehörden das Atomgesetz nun beispielsweise in einer verschleppenden Weise anwenden, indem sie Genehmigungsverfahren etwa durch intensive externe Begutachtungen oder überlange, auf viele Monate gestreckte Erörterungstermine mutwillig verzögern<sup>2357</sup>, so liege „Nichtvollzug durch Vollzug“ entgegen der gesetzlichen Zweckbestimmung vor; diese Praxis sei, „weil gegen das Gesetz gerichtet, gesetz- und darüber hinaus verfassungswidrig, weil die Länder verfassungsrechtlich verpflichtet sind, Bundesgesetze ordnungsmäßig (vgl. Art. 104a Abs. 5 GG) auszuführen“<sup>2358</sup>. Sendler erkennt an, dass es hinsichtlich des Verschleppungs- und Obstruktionsvorwurfs erhebliche Beweisprobleme gebe<sup>2359</sup>; er stellt eine Parallele zwischen dem von ihm befürchteten „Nichtvollzug durch Vollzug“ zum Problem des „Dienstes nach Vorschrift“ durch Beamtinnen und Be-

---

Krümmlen) in Bezug nehmen; hier wird man Nordrhein-Westfalen (Kalkar – s. o. A. II. 3. b)) ergänzen können; Näher zum ‚Fall‘ Schacht Konrad: *F. Ossenbühl*, in: FS Sendler, München 1991, S. 107 (108 ff.), welcher darin einen „Testfall“ dafür sah, ob sich die „Obstruktionspolitik“ der Landesregierung Niedersachsens unter dem damaligen Ministerpräsidenten *Gerhard Schröder* außerhalb der „demokratischen Regeln der Politik“ würde verfestigen können.

<sup>2354</sup> Die weiteren drei Gesetzeszwecke (§ 1 Nr. 2 bis Nr. 4 AtG) blieben 2002 unverändert bestehen: Schutz von „Leben, Gesundheit und Sachgütern vor den Gefahren der Kernenergie“; Schutz der „innere[n und] äußere[n] Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland“ und „die Erfüllung internationaler Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland auf dem Gebiet der Kernenergie und des Strahlenschutzes“.

<sup>2355</sup> Durch G. v. 22.04.2002, BGBl. I S. 1351, wurde der Förderzweck durch den Zweck der geordneten Beendigung der Nutzung der Kernenergie zur gewerblichen Erzeugung von Elektrizität ersetzt (sog. ‚Atomausstieg‘).

<sup>2356</sup> *H. Sendler*, DÖV 1992, 181 (183).

<sup>2357</sup> Ein Beispiel wird knapp von *W. Blümel/M. Pfeil*, Neuere Entwicklungen im Umwelt- und Verwaltungsverfahrenrecht, Speyer 1995, S. 108, benannt: Verzögerungen im Planfeststellungsverfahren für das Endlager Schacht Konrad in Niedersachsen Anfang und Mitte der 1990er Jahre. Ein anderes Beispiel bildet der Sachverhalt, welcher der Entscheidung BVerfGE 81, 310 – Kalkar II, zu Grunde lag und oben knapp skizziert wurde (s. o. A. II. 3. b)).

<sup>2358</sup> *H. Sendler*, DÖV 1992, 181 (182), anschließend beinahe obsessiv wiederholt a. a. O. (186, 189).

<sup>2359</sup> *H. Sendler*, DÖV 1992, 181 (187 f.).

amte her<sup>2360</sup>. Schließlich abstrahiert er: Ein Rechtsstaat „[o]hne rechtsstaatlich Gesinnte“ sei zum Scheitern verurteilt.<sup>2361</sup> Auch wenn Sendlers Argumentation den Förderzweck in § 1 Nr. 1 AtG a.F. gegenüber den – schon damals in § 1 Nr. 2 bis Nr. 4 AtG enthaltenen – weiteren Gesetzeszwecken wie dem Schutz von Leben und Gesundheit vor den Gefahren der Kernenergie in übersteigerter Weise priorisiert und beinahe fetischisiert, so wird man – im Einzelnen schwer nachweisbare – rein negativ-destruktive Verzögerungstaktiken als rechtswidrig qualifizieren müssen, wenn sie nicht (zumindest auch) auf die positiv-konstruktive Verfolgung etwa des Schutzzwecks gerichtet sind. Dass diese Taktiken zur Erreichung ihrer Ziele beitragen können, zeigt unter anderem das oben angesprochene Beispiel des Bund-Länder-Konflikts um den geplanten Reaktor in Kalkar, der – trotz des juristischen Erfolgs des Bundes im Bund-Länder-Streit gegen Nordrhein-Westfalen um die Verfassungsmäßigkeit der einschlägigen *top-down*-Weisung<sup>2362</sup> – letztlich nie ans Netz gehen sollte (näher oben A. II. 3. b)).

Freilich ist das Gestaltungspotential von ‚Verwaltungsexpertokratie‘ keinesfalls auf die faktischen Fernwirkungen von (rechtswidrigen) Verzögerungstaktiken zu reduzieren: Die Gestaltungsreserven der Länderverwaltungen sind grundsätzlich eher in breitflächigen Strukturen und alltäglichen Vorgängen der Ausgestaltung des Bundesrechtsvollzugs zu suchen: beim Ausnutzen von Auslegungs- und Ermessensspielräumen etwa oder beim Fruchtbarmachen und Ausreizen der Steuerungsfaktoren ‚Personal‘, ‚Finanzen‘<sup>2363</sup> und ‚Kommunikation‘, vielleicht auch bei der Ausbildung von landesspezifischer ‚Verwaltungskultur‘.

### *b) Parteienbundesstaat als Stabilitätsposten*

Mit etwas anderer Akzentuierung, aber doch in ähnlicher Stoßrichtung wie Hesse heben andere Kommentatorinnen und Kommentatoren des grundgesetzlichen Verschränkungs föderalismus, so etwa Ernst-Wolfgang Böckenförde, die stabilisierende Funktion des Parteienbundesstaats<sup>2364</sup> (s.o. § 4, B. II. 1. a) aa)) mit „materieller Allparteienregierung“ hervor:<sup>2365</sup> Statt Legislativ föderalismusvielfalt in 17 Parla-

<sup>2360</sup> H. Sendler, DÖV 1992, 181 (182 f.); ähnlich zuvor F. Ossenbühl, in: FS Sendler, München 1991, S. 107 (107 f.): zum „[V]erfahren mit einer gewissen Drohgebärde [, aber] ‚streng nach Gesetz und Recht‘“.

<sup>2361</sup> H. Sendler, DÖV 1992, 181 (189) – in Parallelisierung zur ‚Demokratie ohne Demokraten‘.

<sup>2362</sup> BVerfGE 81, 310 – Kalkar II.

<sup>2363</sup> Vgl. zu dem Potential der „Steuerungsressourcen Personal und Finanzen“ die Beiträge in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. III. Personal, Finanzen, Kontrolle, Sanktionen, Staatliche Einstandspflichten, 2. Aufl., München 2013, §§ 43 f.

<sup>2364</sup> Zum Begriff oben § 4, B. II. 1. a) aa).

<sup>2365</sup> So E.-W. Böckenförde, in: FS F. Schäfer, Opladen 1980, S. 182 (191); vgl. auch schon K. Hesse, Der unitarische Bundesstaat, Karlsruhe 1962, S. 32, 28, m. w. N.; referierend-kritisch zu Böckenfördes Ansatz H. Eicher, Der Machtverlust der Landesparlamente, Berlin



menten wird die Mitwirkung der Ländergubernativen bei der Herstellung politischer Stabilität durch ebenen- und organübergreifende Parteilarbeit betont. Vor allem im föderativen Bundesverfassungsorgan Bundesrat, dem institutionellen Anker des Parteienbundesstaats,<sup>2366</sup> wird *bottom-up*-Einfluss der Ländergubernativen auf die Bundespolitik und insbesondere Gesetzgebung ermöglicht, zugleich aber durch das Mehrheitsprinzip (Art. 52 Abs. 3 S. 1 GG), welches faktisch wegen der parteipolitischen Verflechtungen durch die vielfältigen Koalitionskombinationen in den Ländern weitgehend als ‚Konsens‘-Prinzip wirkt<sup>2367</sup>, unitarisierend moderiert.

Neben dem Bundesrat ergänzen informale Alternativ-Foren wie die ‚1 + 16‘-Konferenzen der Exekutivspitzen von Ländern und Bund den Parteienbundesstaat; in diesen Foren gewinnt der – oben beim ingerenziellen *status positivus* am Beispiel der Koordinierung von Maßnahmen gegen die COVID-19-Pandemie beschriebene – politische Anspruch der Länder gegen die Bundesebene auf Moderiertwerden Gestalt (s. o. B. II. 3. d)). Moderiertwerden von oben setzt freilich auch Möglichkeiten für eine verstärkte Einflussnahme von unten nach oben frei: Innerhalb der föderalen Verschränkungsstrukturen gehen der ingerenzielle *status positivus* und der ingerenzielle *status activus* der Verbandsgrundrechtspositionen der Länder ineinander über.

Zudem schließt sich hier, in den ‚1 + 16‘-Konferenzen, vor allem aber im Bundesrat der Kreis zur von Hesse hervorgehobenen Verwaltungsexpertokratie der Länder: Im Bundesrat finden die praktischen Erfahrungswerte der Länderexekutiven mit dem Vollzug von Bundesrecht<sup>2368</sup> – über die im Bundesratsplenum wirkenden Landesregierungsmitglieder und vor allem über die in den Bundesratsausschüssen stark vertretenen Landesministerialbeamten<sup>2369</sup> – bei der Schaffung neuen Bundesrechts früh und durchschlagskräftig Berücksichtigung<sup>2370</sup>.

---

1988, S. 53 f.; C. Möllers, in: J. Aulehner u. a. (Hrsg.), Föderalismus – Auflösung oder Zukunft der Staatlichkeit?, Stuttgart u. a. 1997, S. 81 (95 f.).

<sup>2366</sup> Ausführlich M. Kloepper, Handbuch der Verfassungsorgane im Grundgesetz, Berlin 2022, § 3, Rn. 56 ff.

<sup>2367</sup> Vgl. M. Kloepper, Handbuch der Verfassungsorgane im Grundgesetz, Berlin 2022, § 3, Rn. 59, unter Hinweis auf G. Lehmbruch, Parteienwettbewerb im Bundesstaat, 3. Aufl., Wiesbaden 2000, S. 81 f.

<sup>2368</sup> Beachte freilich, dass, wie R. Herzog, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. III, 3. Aufl., Heidelberg 2005, § 57, Rn. 48, betont, die Landesministerialbürokratie vom tatsächlichen Vollzug von Gesetzen durch untere Landesbehörden ihrerseits ein Stück entfernt ist.

<sup>2369</sup> S. Art. 52 Abs. 4 GG; vgl. dazu, dass in den Bundesratsausschüssen vor allem Landesministerialbeamte wirken, R. Herzog, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. III, 3. Aufl., Heidelberg 2005, § 57, Rn. 23; M. Kloepper, Handbuch der Verfassungsorgane im Grundgesetz, Berlin 2022, § 3, Rn. 89.

<sup>2370</sup> Vgl. R. Herzog, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. III, 3. Aufl., Heidelberg 2005, § 57, Rn. 23 f., 45, 47 f., welcher von einer „starken administrativen Komponente im Leben des Bundesrates“ spricht (Rn. 24); hierzu auch M. Kloepper, Handbuch der Verfassungsorgane im Grundgesetz, Berlin 2022, § 3, Rn. 90.

#### IV. Fazit und Ausblick: Relativierung der Verfassungstexte, (In-)Formalität(en), Grenzen der Dogmatik

Die beiden ‚Länderberichte‘ zum *status activus* der föderierten Einheiten im Bereich der Verbandsingerenzen haben jeweils ein Bild ergeben, in welchem der Fokus nicht auf der jeweiligen (geltenden) Bundesverfassung liegt. Der Blick wandert vielmehr – bezogen auf die Normenpyramide – in unterschiedliche Richtungen: in den USA ‚nach unten‘ auf die Ausgestaltung und (Nicht-)Anwendung des einfachen Bundesrechts mit den dort etablierten Strukturen des *interstatutory federalism* (s. o. I. 2. u. II. 1.); in Deutschland ‚nach oben‘ in die Sphären der Verfassungsänderungen und der Verfassungspolitik (s. o. I. 2. u. III. 1. u. 2. – daneben diffuser aber auch in die Sphären der Verwaltungspraxis und der politischen Praxis im Parteienbundesstaat – s. o. III. 3.). Gemeinsam ist den beschriebenen Entwicklungslinien, dass die Gestaltungskraft der föderierten Einheiten statt in autonomer Gesetzgebung in der Einflussnahme auf Stellen der Bundesebene in Verschränkungsstrukturen gesehen wird. Bei alledem hat die *status activus*-Perspektive v. a. im Vergleich zur *status negativus*-Perspektive eine – aus Sicht der föderierten Einheiten – ‚optimistischere‘ (‚selbstbewusstere‘) Einstellung gegenüber Strukturen des kooperativen Föderalismus: Während beim *status negativus*, z. B. in Gestalt der *anti-commandeering*-Dogmatik die Frage adressiert wird, wie die Einzelstaaten mit Hilfe der Rechtsprechung von einer Einflussnahme der Bundesebene freigehalten werden können (s. o. A. II.), geht es beim *status activus* darum, wie die föderierten Einheiten trotz (und ggf. gerade wegen) einer Einflussnahme ‚von oben‘ dennoch Macht ‚von unten‘ entfalten können – gewissermaßen in einem produktiv wirbelnden Gegenstrom. Gewisse Anknüpfungen weist die *status activus*-Perspektive dagegen zum *status positivus* auf – jedenfalls in Betreff auf den grundgesetzlichen Föderalismus und den dort erkennbaren politischen ‚Anspruch‘ der Länder auf ein stabilisierend-unitarisierendes Modifiziertwerden durch die Bundesebene (s. o. B. II. 3. d)).

Im *status activus* fällt der Fokus auf die Wirkungsdimension der nicht-judikativen Praxis; im Vordergrund steht hier eine rechtspolitische und verwaltungspraktische Gestaltungsperspektive – die Fallgruppe weist insoweit eine gewisse Entfernung von gerichtlich durchsetzbarer Dogmatik auf.<sup>2371</sup> Eine Ausnahme bildet insoweit die Entscheidung des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts zu den Strukturförderung-Bundesfinanzhilfen aus den 1970ern: Dort ging es um die judizielle Stärkung von ‚Form‘ in der politisch-administrativen Praxis des Verschränkungs-föderalismus (s. o. III. 2.).<sup>2372</sup> Prägend für den *status activus* der föderierten Ein-

<sup>2371</sup> Insoweit ist es aufschlussreich, dass *J. Bulman-Pozen/H. K. Gerken*, Yale L. J. 118 (2009), 1256 (1295 ff.), bei der Diskussion von „dogmatischen Implikationen“ ihres „*unco-operative federalism*“-Modells letztlich vor allem die Verzichtbarkeit oder gar die Schädlichkeit (gerichtlich durchsetzbarer) Dogmatik zum Schutz von Verbandsgrundrechtspositionen der Einzelstaaten (im *status negativus*) thematisieren (nämlich die Verzichtbarkeit der *anti-commandeering*-Dogmatik – zu dieser oben A. I. 2. a) und A. II. 2. a)). Beachte freilich die Bemerkung zur *preemption*-Dogmatik oben in Fn. 2316.

<sup>2372</sup> S. o. Fn. 2338 f.

heiten ist letztlich eine Polyvalenz von (In-)Formalität: Einerseits liegt das Machtpotenzial der förderierten Einheiten zu einem nicht unerheblichen Teil in der Sphäre des ‚Informalen‘ (besonders deutlich bei der von Bulman-Pozen und Gerken affirmierten *performance*-„Macht des Dieners“ und der von Sandler kritisierten „vollzugshindernden Gesetzesanwendung“ – s. o. II. 1. bzw. III. 3. a)), andererseits ist – anders dimensionierte – ‚Formalisierung‘ (im Sinn von Formalisierung der bürokratischen Arbeitsweise)<sup>2373</sup> gerade ein Machtfaktor (besonders deutlich bei der ‚Verwaltungsexpertokratie‘ – s. o. III. 3. a)).

Das von Bulman-Pozen und Gerken etablierte Bild des „Dieners“ untermalt die Polyvalenz von (In-)Formalität(en) des *status activus* der förderierten Einheiten im Verschränkungsföderalismus rhetorisch. Das Unentschiedene der „Diener“-Metapher unterstreicht Sendlers pejorative Deutung von resistenten Verwaltungspraktiken in Richtung des „Dienstes nach Vorschrift“<sup>2374</sup>. Gegenüber der kruden, militaristischen Entwürdigungsrhetorik (mit dem paradigmatischen ‚commandeering‘), welche bei den Argumentationsmustern des *status negativus* der Verbandsgrundrechtspositionen der förderierten Einheiten immer wieder aufgefallen ist (s. o. A. I. 4., A. II. 4., A. IV. 4.), ist das Bild des „Dieners“ weniger absolut und eindeutig<sup>2375</sup> und insoweit als ironisch-spielerischer Kommentar lesbar. Im Übrigen sind die wissenschaftlichen Diskussionen über die (Nicht-)Kompensierbarkeit von ‚Kompetenzverlusten‘ der förderierten Einheiten durch Unitarisierungstendenzen eher in der Sprache eines rhetorikarmen, nüchternen Funktionalismus gefasst. Die Dogmatikferne der Fallgruppe spiegelt sich im prosaischen Grundgestus seiner Leittexte.

#### **D. Status aequalis: gleichheitsbezogene Bundesingereanzausübungsregeln**

Der *status aequalis* der förderierten Einheiten (s. o. § 4, B. III. 3. d)) hat nicht nur – schwache – Implikationen für das Recht der Verbandskompetenzen (s. o. § 5, D.), sondern auch – und zwar in stärkerem Maß – für das Recht der Verbandsingereanzausübungsregeln:<sup>2376</sup>

---

<sup>2373</sup> Vgl. H. D. Jarass, Politik und Bürokratie als Elemente der Gewaltenteilung, München 1975, S. 123; s. o. bei Fn. 2342.

<sup>2374</sup> S. o. bei Fn. 2360.

<sup>2375</sup> Das Spektrum der Machtpositionen der ‚Dienerin‘ oder des ‚Dieners‘ ist nicht ohne Grund ‚hoch‘, ‚literarisch‘ und erstreckt sich zwischen Herman Melvilles Bartleby aus „*Bartleby, the Scrivener: A Story of Wall Street*“ (1853), Margaret Atwoods Offred aus „*The Handmaid’s Tale*“ (1985) hin zu Kazuo Ishiguros Mr. Stevens in „*The Remains of the Day*“ (1989).

<sup>2376</sup> Vgl. für die USA: T. B. Colby, Duke L. J. 65 (2016), 1087 (1154).

## I. „Politische Selbsterhaltung“ durch prozedurale Gleichheit der föderierten Einheiten

Die Betrachtungen zum kompetenzrechtlichen *status aequalis* haben oben ergeben, dass dieser grundsätzlich keine Relevanz für die politische Selbstbestimmung der föderierten Einheiten hat und nur durch – letztlich normativ regelmäßig schwache – individualgleichheitsrechtliche Anforderungen ausgebildet ist (s. o. § 5, D. VI.). Demgegenüber treten im Bereich der *Verbandsingerenzen* Gleichheitspositionen der föderierten Einheiten als solcher deutlicher hervor: Es geht hier v. a. um die formale Statusgleichheit der föderierten Einheiten als politische Wirkeinheiten und damit insbesondere um die prozedurale Dimension der Gleichheit föderierter Einheiten im Umgang mit der Bundesebene.

## II. USA: von „*equal footing*“ zu „*equal sovereignty*“ – föderale Gleichheit und föderale Würde

In einer vielbeachteten Leitentscheidung aus dem Jahr 2013 hat der *U.S. Supreme Court* die Gleichheit der föderierten Einheiten im Bereich der *Verbandsingerenzen* im Schlagwort „*equal sovereignty*“ gebündelt (s. u. 1.). Diese (neue) Formel kann (nur) zum Teil auf eine ältere gleichheitsbezogene Dogmatik im Bereich der *Verbandsingerenzen*, die *equal footing*-Dogmatik aus dem 19. Jahrhundert, zurückgebunden werden (s. u. 2.). In Auseinandersetzung mit der neuen Formel „*equal sovereignty*“ wurden in den 2010er Jahren im Schrifttum – im Einzelnen noch unge-sicherte – dogmatische Strukturen herausgearbeitet (s. u. 3. b)). In der Verfassungsgegenwart könnte die (neue) *equal sovereignty*-Dogmatik insbesondere im Bereich der legislativen Selbstbestimmung der föderierten Einheiten Anwendung finden (s. u. 3. c)).

### 1. Leitentscheidung: *Shelby County v. Holder* (2013)

Im Jahr 2013 entschied der *U.S. Supreme Court* in *Shelby County v. Holder*, dass es einen verfassungswidrigen Verstoß gegen den Grundsatz der „gleichen Souveränität“ („*equal sovereignty*“) der Einzelstaaten darstelle, wenn der Bundesgesetzgeber auf veralteter Tatsachengrundlage zwischen Einzelstaaten differenziert und nicht alle, sondern nur bestimmte Einzelstaaten höheren bundesgesetzlichen Anforderungen bei der Ausgestaltung des Wahlrechts unterwirft.<sup>2377</sup> Die im Rechtsstreit angegriffene Vorschrift des Bundesgesetzes *Voting Rights Act (VRA)* adressierte seit den 1960er Jahren entsprechend einer sog. „Formel“ („*formula*“) <sup>2378</sup> nur solche Einzelstaaten und Kommunen („*political subdivisions*“), in welchen nach Feststel-

<sup>2377</sup> *Shelby County v. Holder*, 570 U.S. 529 (2013).

<sup>2378</sup> „*Coverage formula*“, *Shelby County v. Holder*, 570 U.S. 529 (2013), 538.

lung der zuständigen Bundesbehörden zu einem Stichtag (u. a. 1. November 1964) eine geringe Registrierung von Wählerinnen und Wählern sowie eine geringe Wahlbeteiligung vorgelegen hatten und bestimmte Zugangshürden zu Wahlen wie etwa Tests der Lese- und Schreibfähigkeit (*literacy tests*) vorgesehen waren.<sup>2379</sup> Von dieser „Formel“ waren der Sache nach – also in unbenannter Weise<sup>2380</sup> (dazu auch oben § 5, D. III. 1.) – vor allem, obschon nicht ausschließlich, bestimmte Staaten und Kommunen aus dem Süden<sup>2381</sup> der USA erfasst. Geklagt hatte u. a. die Gemeinde Shelby County aus Alabama. Nur in den von der „Formel“ des VRA erfassten Einzelstaaten und Kommunen war für Änderungen des lokalen Wahlrechts (und zwar für die Ausgestaltung von Wahlen auf Bundes-, Staaten- und lokaler Ebene) eine Zustimmung durch bestimmte Stellen der Bundesebene erforderlich (sog. „*preclearance*“ – hierzu näher oben A. I. 2. b)).<sup>2382</sup> Durch die *preclearance* sollte verhindert werden, dass über die Ausgestaltung des lokalen Wahlrechts in den betroffenen Gebieten die Wahlbeteiligung gering gehalten und Diskriminierung gegen bestimmte Minderheiten beim Zugang zu Wahlen forciert wird.

In *Shelby v. Holder* ging es um die Verfassungsmäßigkeit von *top-down*-Ingerenzen im Bereich der einzelstaatenrechtlichen Ausgestaltung des Wahlrechts und damit um die legislative Selbstbestimmung (hierzu bereits oben A. I. 2. b)) und zumindest teilweise um die Verfassungsautonomie der Einzelstaaten (hierzu bereits oben A. VI. 2. b)). Solche Ingerenzen sind nicht nur – wie oben dargestellt – relevant für Verbandsgrundrechtspositionen der föderierten Einheiten im *status negativus*, sondern – bei Differenzierungen zwischen Staaten wie sie der VRA vorsah – auch für ihren *status aequalis*. Der *U.S. Supreme Court* entschied mit 5:4-Stimmen, dass der Grundsatz der „gleichen Souveränität“ („*equal sovereignty*“) der Einzelstaaten durch die disparate Anwendbarkeit der streitigen Norm des VRA verletzt werde. Die „gleiche Souveränität“ der Staaten sei auch eine Frage ihrer jeweiligen „Würde“<sup>2383</sup> – ‚föderale Würde‘ und ‚föderale Gleichheit‘ werden ausdrücklich aufeinander bezogen (hierzu allgemein oben § 2, C. II. 1. b) aa)): „*our Nation ‘was and is a union of States, equal in power, dignity and authority’*“<sup>2384</sup>. Zwar verbiete der ‚Würde‘-basierte „*equal sovereignty*“-Grundsatz Differenzierungen zwischen Einzelstaaten bei

<sup>2379</sup> VRA § 4(b) = 52 U.S.C. § 10303(b).

<sup>2380</sup> Dabei bediente sich der Bundesgesetzgeber der Technik des „*reverse engineering*“: „*the Government contends that the formula is ‘reverse-engineered’: Congress identified the jurisdictions to be covered and then came up with criteria to describe them*“, *Shelby County v. Holder*, 570 U.S. 529 (2013), 551.

<sup>2381</sup> Vgl. die Aufzählung von erfassten Staaten bei *N. Persily*, Yale L. J. 117 (2007), 174 (176, dort in Fn. 3). Wie *J. Fishkin*, Yale L. J. Online 123 (2013), 175, betont, habe diese besondere Behandlung vor allem von Staaten aus dem Süden der USA durch den VRA den Topos „*The Dignity of the South*“ hervorgerufen.

<sup>2382</sup> VRA § 5 = 52 U.S.C. § 10304.

<sup>2383</sup> Vgl. *Shelby County v. Holder*, 570 U.S. 529 (2013), 543 u. 544, mit Verweisen auf *Bond v. United States*, 564 U.S. 211 (2011), bzw. *Coyle v. Smith*, 221 U.S. 559 (1911).

<sup>2384</sup> *Shelby County v. Holder*, 570 U.S. 529 (2013), 544, mit Verweis auf *Coyle v. Smith*, 221 U.S. 559 (1911), 567 – vgl. zu *Coyle* oben A. VI. 2. a) und unten 2.

der Ausübung von Ingerenzen nicht absolut, jedoch sei es erforderlich, dass ein „disparater geographischer Anwendungsbereich“ der Ingerenz „in hinreichendem Maß mit dem adressierten Problem verknüpft“ sei.<sup>2385</sup> Das sei zwar noch beim Erlass des VRA in den 1960er Jahren der Fall gewesen, unterdessen angesichts der – angeblich<sup>2386</sup> – veralteten Bewertungsgrundlage der oben beschriebenen „Formel“ aber nicht mehr sichergestellt.<sup>2387</sup> Zwar hatte der Bundesgesetzgeber die entsprechende Vorschrift des VRA, die ursprünglich aus den 1960er Jahren stammt, im Jahr 2006 bundesgesetzlich erneut bestätigt (*reauthorization*)<sup>2388</sup>, dabei wurde allerdings nicht die oben beschriebene „Formel“ (mit dem Stichtag 1. November 1964) der Sache nach verändert, sondern lediglich in vorgefundener Form wiedererlassen (und somit weiterhin auf die tatsächliche Lage in den 1960er Jahren abgestellt, obwohl sich seither Veränderungen in der Wahlpraxis ergeben haben).<sup>2389</sup>

In einem von insgesamt vier Richterinnen und Richtern getragenen abweichenden Sondervotum kritisiert Justice Ruth Bader Ginsburg die Entscheidung der Gerichtsmehrheit unter verschiedenen Gesichtspunkten:<sup>2390</sup> Insbesondere habe die Mehrheit – entgegen früherem Fallrecht<sup>2391</sup> – zu hohe Rechtfertigungsanforderungen aus dem Prinzip der „*equal sovereignty*“ abgeleitet. Nach Ginsburg sei eine bloße Willkürkontrolle (*rational basis*-Test) unter Anerkennung eines weiten Einschätzungs- und Gestaltungsspielraums des Bundesgesetzgebers angezeigt (dazu aus ‚demokratie‘-theoretischer Sicht unten § 12, B. III. 3. a) cc)).<sup>2392</sup> Die Grenzen dieses Spielraums habe der Bundesgesetzgeber nicht überschritten: Er habe sich bei der *reauthorization* des VRA im Jahr 2006 in ausführlicher Weise mit der Möglichkeit beschäftigt, dass ein künftiges Wegfallen des *preclearance*-Erfordernisses des VRA

<sup>2385</sup> *Shelby County v. Holder*, 570 U.S. 529 (2013), 551, mit Hinweis auf *Northwest Austin Municipal Utility District No. 1 v. Holder*, 557 U.S. 193 (2009), 203: „*a departure from the fundamental principle of equal sovereignty requires a showing that a statute’s disparate geographic coverage is sufficiently related to the problem that it targets*“.

<sup>2386</sup> Ob die Qualifikation als ‚veraltet‘ nicht eher vorgeschoben-formalistisch getroffen wurde, ist zu hinterfragen – jedenfalls hatte sich der Bundesgesetzgeber diese nach erneuter Deliberation erneut bewusst zu eigen gemacht.

<sup>2387</sup> Vgl. *Shelby County v. Holder*, 570 U.S. 529 (2013), 550 ff.

<sup>2388</sup> Durch den *Fannie Lou Hamer, Rosa Parks, and Coretta Scott King Voting Rights Act Reauthorization and Amendments Act of 2006*. Zuvor war der VRA bereits mehrfach bundesgesetzlich bestätigt (d.h. in seinem zeitlichen Anwendungsbereich verlängert) worden: für fünf Jahre im Jahr 1970, für weitere sieben Jahre im Jahr 1975 für weitere 25 Jahre im Jahr 1982.

<sup>2389</sup> Vgl. *Shelby County v. Holder*, 570 U.S. 529 (2013), 554.

<sup>2390</sup> Vgl. *Shelby County v. Holder*, 570 U.S. 529 (2013), 559 ff., Sondervotum Justice Ginsburg.

<sup>2391</sup> Die Mehrheit übergehe die Entscheidung in *South Carolina v. Katzenbach*, 383 U.S. 301 (1966), in welcher die teilweise föderal disparate Ausrichtung des VRA gebilligt worden war; vgl. *Shelby County v. Holder*, 570 U.S. 529 (2013), 587 ff. Sondervotum Justice Ginsburg.

<sup>2392</sup> Vgl. *Shelby County v. Holder*, 570 U.S. 529 (2013), 566 ff., Sondervotum Justice Ginsburg.

in den bisher erfassten Gebieten zu Rückfällen bei der Diskriminierung von Gruppen von Wählerinnen und Wählern führen könne.<sup>2393</sup> Mit der Situation in bislang nicht erfassten Gebieten habe sich der Bundesgesetzgeber nicht befassen müssen.<sup>2394</sup> Die föderal disparate Anwendbarkeit der *top-down*-Ingerenz des VRA auf nur bestimmte Einzelstaaten und Kommunen, in denen die Einflussnahme durch die Bundesebene erforderlich sei, sei als Argument für seine Verfassungsmäßigkeit anzuführen (s. sogleich 3. b)).<sup>2395</sup> Jedenfalls habe der Bundesgesetzgeber mit einer solchen Schärfung der Anforderungen an die Rechtfertigung föderal disparater Ingerenzausübung durch die Rechtsprechung nicht rechnen können und müssen.<sup>2396</sup>

## 2. Verfassungsgeschichte: *equal footing doctrine*

Ein weiterer Punkt, der zwischen der Mehrheitsmeinung und der Minderheitsmeinung in *Shelby County v. Holder* umstritten war, betrifft einen Aspekt der Verfassungsgeschichte: Die von Chief Justice John Roberts verfasste Mehrheitsmeinung stellt den (neuen) Topos der „*equal sovereignty*“ der Einzelstaaten in eine Traditionslinie mit Judikaten aus dem 19. und frühen 20. Jahrhundert, in welchen die *equal footing*-Dogmatik herausgearbeitet wurde. Die *equal footing*-Dogmatik besagt im Kern, dass, wenn neue Einzelstaaten in die Union aufgenommen werden, diese auf das „gleiche Fundament“ wie die bereits bestehenden Bundesstaaten gestellt würden.<sup>2397</sup> Die *equal footing*-Dogmatik ist somit in ihrem Anwendungsbereich ursprünglich an Art. IV, Sec. 3 Cl. 1 USC, die sog. *Admission Clause*, gebunden.<sup>2398</sup> Sie hat dort Bedeutung für den *status negativus* der neu aufzunehmenden Staaten, insbesondere für ihre Verfassungsautonomie, welche durch das bundesgesetzliche Aufnahmegesetz nicht verletzt werden dürfe (zu Beispielen oben A. VI. 2. a)). Während Roberts' Argumentation in *Shelby County v. Holder* den *equal sovereignty*-Topos als eine konsequente Fortführung des historischen *equal footing*-Gedankens

<sup>2393</sup> Vgl. *Shelby County v. Holder*, 570 U.S. 529 (2013), 591, Sondervotum Justice Ginsburg.

<sup>2394</sup> Vgl. *Shelby County v. Holder*, 570 U.S. 529 (2013), 589, Sondervotum Justice Ginsburg.

<sup>2395</sup> Vgl. *Shelby County v. Holder*, 570 U.S. 529 (2013), 589, Sondervotum Justice Ginsburg, unter Hinweis auf *United States v. Morrison*, 529 U.S. 598 (2000), 626 f.; in diese Richtung auch *N. Persily*, Yale L. J. 117 (2007), 174 (210, dort in Fn. 148).

<sup>2396</sup> Vgl. *Shelby County v. Holder*, 570 U.S. 529 (2013), 589, Sondervotum Justice Ginsburg.

<sup>2397</sup> Vgl. aus der Rechtsprechung *Pollard's Lessee v. Hagan*, 44 U.S. 212 (1845), 222 ff., *Coyle v. Smith*, 221 U.S. 559 (1911), 567, 572 f; 576 ff. – siehe dort auch die Hinweise und Zitate, aus denen sich ergibt, dass auch in den Bundesgesetzen, mit welchen neue Staaten in die Union aufgenommen werden, ausdrücklich ausgesprochen wird, dass der neu aufgenommene Staat auf „gleichem Fundament“ wie die bestehenden Staaten stehe.

<sup>2398</sup> Vgl. A. B. Molitor, U. Chi. L. Rev. 81 (2014), 1839 (1868, 1870), m. w. N.



darstellt<sup>2399</sup>, betont Ginsburg unter Verweis auf eine Entscheidung des *U.S. Supreme Court* aus dem Jahr 1966, dass der *equal footing*-Gedanke an die historische Situation der Aufnahme von Einzelstaaten in die Union gebunden sei und heute keine Bedeutung für etwaige Grenzen von *top-down*-Ingerenzen im Wahlrecht haben könne.<sup>2400</sup>

### 3. Gegenwärtige Dogmatik: Konturen des „*equal sovereignty*“-Topos

In Folge der Entscheidung *Shelby County v. Holder* (2013) wurden im US-amerikanischen Schrifttum Vorschläge entwickelt, die vom *U.S. Supreme Court* ins Spiel gebrachte *equal sovereignty*-Dogmatik deutlicher zu konturieren:<sup>2401</sup>

#### a) Ziele der Konturierung

Dabei wird einerseits versucht, die *equal sovereignty*-Dogmatik im Bereich der *Verbandsingerenzen* von den nur laxen föderal-gleichheitsbezogenen Regeln im Bereich der *Verbandskompetenzen* abzugrenzen<sup>2402</sup>, bei denen – wie oben ausführlich dargestellt wurde – ein bloßer *rational basis*-Test zur Rechtfertigung föderaler Disparitäten genügt (s. o. § 5, D. IV. 1.): Was ist es, das den Rechtfertigungsmaßstab für föderale Disparitäten bei der Wahrnehmung von *Bundesingerenzen* demgegenüber schärft? Andererseits nehmen die Schrifttumsbeiträge zugleich ein Argument aus dem *Shelby County*-Sondervotum von Ginsburg auf<sup>2403</sup>: Diese hatte in einem Uferlosigkeitsargument davor gewarnt, dass eine Vielzahl von bestehenden föderal disparaten Bundesgesetzen durch den neuen Topos „*equal sovereignty*“-Gefahr laufe, für verfassungswidrig erklärt zu werden (was nicht gewollt sein könne).<sup>2404</sup> Inse-

<sup>2399</sup> Vgl. *Shelby County v. Holder*, 570 U.S. 529 (2013), 544 „Coyle [an 1911 ‘equal footing’ case] concerned the admission of new States, and Katzenbach [a 1966 case] rejected the notion that the principle operated as a bar on differential treatment outside that context [...]. At the same time, [...] the fundamental principle of equal sovereignty remains highly pertinent in assessing subsequent disparate treatment of States.“

<sup>2400</sup> Vgl. *Shelby County v. Holder*, 570 U.S. 529 (2013), 587 f., Sondervotum Justice Ginsburg, mit Hinweis auf *South Carolina v. Katzenbach*, 383 U.S. 301 (1966); Ginsburg kritisiert, dass die Mehrheitsmeinung in *Shelby County* die Entscheidung *South Carolina v. Katzenbach* gewissermaßen durch die Hintertür umgeht; hierzu referierend A. B. Molitor, U. Chi. L. Rev. 81 (2014), 1839 (1850 f.), welche hierfür (m. w. N.) das Stichwort „*stealth overruling*“ verwendet.

<sup>2401</sup> S. nur A. B. Molitor, U. Chi. L. Rev. 81 (2014), 1839; T. B. Colby, Duke L. J. 65 (2016), 1087; D. Sharma, Hastings WestNorthwest J. of Env’tl. L. & Pol’y 22 (2016), 247.

<sup>2402</sup> Vgl. etwa T. B. Colby, Duke L. J. 65 (2016), 1087 (1153 f.).

<sup>2403</sup> Vgl. etwa T. B. Colby, Duke L. J. 65 (2016), 1087 (1155), mit dem Ergebnis, dass Ginsburgs Uferlosigkeitsargument überzogen sei.

<sup>2404</sup> Vgl. *Shelby County v. Holder*, 570 U.S. 529 (2013), 588 f., Sondervotum Justice Ginsburg: „Today’s unprecedented extension of the equal-sovereignty principle [...] is capable of much mischief. Federal statutes that treat States disparately are hardly novelties.“

samt lässt sich dem Schrifttum durchaus die Auffassung entnehmen, dass sowohl die Abgrenzung der „*equal sovereignty*“-Dogmatik gegenüber den laxen Verbandskompetenzausübungsregeln wie auch eine Verhinderung von Uferlosigkeit im Bereich der Ingerenzen dogmatisch leistbar sei.<sup>2405</sup>

### b) Drei-Elemente-Test

So hat Deepa Sharma – ausgehend von *Shelby County v. Holder* (2013) und weiterem Fallrecht – ein dreigliedriges Prüfungsprogramm zur Feststellung, ob durch die Ausübung von Bundesingerenzen gegen das Prinzip der „*equal sovereignty*“ verstoßen wird, vorgeschlagen:<sup>2406</sup> *Erstens* müsse für die Annahme eines Verfassungsverstößes eine (nachteilige) föderal disparate Behandlung (*disparate treatment*), nicht nur ein disparater Effekt (*disparate impact*) der Ingerenzausübung vorliegen<sup>2407</sup>; darin müsse zugleich – *zweitens* – eine besondere Problematik für die vertikale Dimension des föderalen Prinzips liegen, etwa weil traditionelle Aufgaben der Staaten berührt sind (vgl. oben § 5, A. I. 2. u. § 5, A. II. 2.) oder die vertikale Gewaltenteilung tangiert wird. *Dritte* Voraussetzung für die Annahme eines Verfassungsverstößes sei das Fehlen einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung für die Ungleichbehandlung: Dies erfordere keine bloße Willkürkontrolle, sondern den Nachweis, dass die Ungleichbehandlung hinreichend auf die Beseitigung eines gegenwärtigen Problems zugeschnitten sei.<sup>2408</sup>

Der zweite Prüfungspunkt („*whether there are [vertical] federalism concerns*“<sup>2409</sup>) kommt bei Sharma unbestimmt<sup>2410</sup> daher; andere Stimmen im Schrifttum fordern insoweit ein Betroffensein der „Souveränität“ und der politischen Selbstbestimmung der Einzelstaaten<sup>2411</sup> – was ja auch im Topos „*equal sovereignty*“

---

Ginsburg zählt sodann fünf Beispiele für föderal disparate Bundesgesetze auf (allesamt Verbandsingerenzfragen).

<sup>2405</sup> Vgl. *A. B. Molitor*, U. Chi. L. Rev. 81 (2014), 1839 (1866 f.); *T. B. Colby*, Duke L. J. 65 (2016), 1087 (1155); *D. Sharma*, Hastings WestNorthwest J. of Env'tl. L. & Pol'y 22 (2016), 247 (259 ff.).

<sup>2406</sup> Vgl. *D. Sharma*, Hastings WestNorthwest J. of Env'tl. L. & Pol'y 22 (2016), 247 (259 ff.).

<sup>2407</sup> Zur Differenzierung zwischen *disparate treatment* und *disparate impact* bei Verbandskompetenzen s. o. § 5, D. III. 1.

<sup>2408</sup> Vgl. *D. Sharma*, Hastings WestNorthwest J. of Env'tl. L. & Pol'y 22 (2016), 247 (264 f.), mit Hinweis auf *Shelby County v. Holder*, 570 U.S. 529 (2013); etwas unbestimmt *T. B. Colby*, Duke L. J. 65 (2016), 1087 (1156): „*some form of heightened scrutiny*“.

<sup>2409</sup> *D. Sharma*, Hastings WestNorthwest J. of Env'tl. L. & Pol'y 22 (2016), 247 (263).

<sup>2410</sup> Was daran liegt, dass es hier letztlich wieder um schwer abstrahierbare ‚Würde‘-Aspekte geht.

<sup>2411</sup> *T. B. Colby*, Duke L. J. 65 (2016), 1087 (1153 f.): „*state's powers of self-government*“; „*equal sovereignty would be implicated by a federal law that provided that State A is permitted to regulate in a particular area, but State B is not. Such a law would discriminatorily regulate the states directly, in their exercise of their sovereign authority*“.

Niederschlag findet. Damit ist insbesondere die Abgrenzung von den nur laxen Bundeskompetenzausübungsregeln gesichert, welche keine unmittelbare Relevanz für die Stellung der förderierten Einheiten als (quasi-)souveräne politische Einheiten haben. Zugleich zeigt sich an diesem Prüfungspunkt, dass die „*equal sovereignty*“-Dogmatik gewissermaßen akzessorisch zum *status negativus* der Verbandsgrundrechtspositionen der förderierten Einheiten ist: Aus Sicht des föderalen Prinzips (ohnein bereits in gewissem Maße) problematische Übergriffe der Bundesebene beispielsweise in die Legislativhoheit (s.o. A. I.) oder die Verfassungsautonomie (s.o. A. VI.) der Einzelstaaten werden durch Ungleichbehandlungen zwischen den förderierten Einheiten (zusätzlich) besonders rechtfertigungsbedürftig. Freilich bleibt dieser zweite Prüfungspunkt des von Sharma vorgeschlagenen Tests auch unter Hinzunahme der angeführten vagen Konkretisierungen weiterhin unscharf.<sup>2412</sup>

Hinsichtlich der bei Sharma als dritte geführten Voraussetzung für einen Verfassungsverstoß – das Fehlen einer hinreichenden Rechtfertigung für die Ungleichbehandlung – hat die Mehrheitsmeinung in *Shelby County v. Holder* insbesondere betont, dass die rechtfertigenden Umstände (lokale Besonderheiten) auf einer aktuellen Basis bestimmt werden müssten („*current needs*“ – s.o. I.). Bemerkenswert ist, dass im Sondervotum von Ginsburg wie auch im Schrifttum herausgearbeitet wurde, dass am Rande eines früheren Judikats des *U.S. Supreme Court* ausgeführt wurde, dass eine Differenzierung zwischen Einzelstaaten bei der Ausübung von Verbandsingerenzen sogar geboten sein kann, wenn ein Einschreiten der Bundesebene aufgrund lokaler Besonderheiten nur in bestimmten Einzelstaaten erforderlich ist.<sup>2413</sup> Hier werden gewissermaßen Erwägungen der Verhältnismäßigkeit im föderalen Verhältnis zwischen der Bundesebene und den Einzelstaaten (als Block) ins Spiel gebracht.

---

<sup>2412</sup> Das zeigt sich beispielhaft an folgendem Gegenbeispiel, welches in Rechtsprechung und Schrifttum mangels Betroffenheit der „Souveränität“ eines Einzelstaats *nicht* als ein Anwendungsfall der „*equal sovereignty*“-Dogmatik behandelt wird: In *Nuclear Energy Institute, Inc. v. EPA*, 373 F.3d 1251, 1257 (D.C. Cir. 2004), entschied ein Bundesgericht, dass der Staat Nevada *nicht* föderal-gleichheitswidrig behandelt werde, wenn der Bundesgesetzgeber die Entscheidung für die Errichtung eines Endlagers für radioaktive Abfälle von vorneherein auf einen Standort im Staat Nevada (Yucca Mountain, welcher im Grundeigentum des Bundes innerhalb Nevadas steht) konzentriert – der Bundesgesetzgeber habe eine umfassende Gesetzgebungszuständigkeit für die Regulierung von *federal lands* in den Einzelstaaten (Art. IV, Sec. 3, Cl. 2 USC – *Property Clause*). Im Schrifttum wird diese Entscheidung für mit dem „*equal sovereignty*“-Prinzip vereinbar erachtet: vgl. *D. Sharma*, Hastings WestNorthwest J. of Envtl. L. & Pol’y 22 (2016), 247 (255 f., 260); *T. B. Colby*, Duke L. J. 65 (2016), 1087 (1153) – die politische Selbstbestimmung Nevadas sei nicht berührt. Ob dies mit der (etatistischen) Argumentation des *U.S. Supreme Court* in *Massachusetts v. Environmental Protection Agency*, 549 U.S. 497 (2007) in Einklang gebracht werden kann, erscheint fraglich (dort wurde die umweltbezogen-physische Unversehrtheit ‚des Staats‘ als „quasi-souveränes Interesse“ anerkannt – s.o. § 5, B. II. 2. a)).

<sup>2413</sup> Vgl. *Shelby County v. Holder*, 570 U.S. 529 (2013), 589, Sondervotum *Justice Ginsburg*, unter Hinweis auf *United States v. Morrison*, 529 U.S. 598 (2000), 626 f.; hierzu auch *A. B. Molitor*, U. Chi. L. Rev. 81 (2014), 1839 (1866 f.).

c) *Mögliche Anwendung: equal sovereignty  
und legislative Selbstbestimmung*

Ist also ein Betroffensein der „Souveränität“ und der politischen Selbstbestimmung der Einzelstaaten eine der Voraussetzungen für die Anwendbarkeit der „*equal sovereignty*“-Dogmatik, so kommen als Anwendungsfälle insbesondere – obschon nicht ausschließlich – Fälle in Betracht, in denen in föderal disparater Weise der legislative Handlungsspielraum der Einzelstaaten eingeschränkt oder erweitert wird.<sup>2414</sup> Dies war in der einführend vorgestellten Fallkonstellation von *Shelby County v. Holder* beim „*preclearance*“-Erfordernis des *Voting Rights Acts* im besonderen (der Verfassungsautonomie nahestehenden) Sachgebiet des Wahlrechts der Fall, könnte aber auch darüber hinaus zu Verfassungswidrigkeitspostulaten führen:

Föderale Differenzierungen bei der Einräumung oder Verschließung von legislativem Handlungsspielraum der Einzelstaaten kommen in verschiedenen weiteren Rechtsgebieten vor: u. a. im Sozialversicherungsrecht<sup>2415</sup>, im Umweltschutzrecht<sup>2416</sup> und im öffentlichen Wirtschaftsrecht (Glücksspielrecht)<sup>2417</sup>. Einige dieser verstreuten Beispiele weisen eine Gemeinsamkeit auf: Es handelt sich teilweise um *grandfathering*-Regeln, also Regeln, welche ausdrücklich darauf Rücksicht nehmen, dass das adressierte sachpolitische Problem in einem Staat bereits geregelt worden war (etwa Emissionsstandards für Kraftfahrzeuge in Kalifornien schon vor Mitte der 1960er Jahre<sup>2418</sup> oder Glücksspiel und Sportwetten in Nevada vor den 1990er Jahren<sup>2419</sup>), bevor eine nationenweite bundesgesetzliche Regelung in Angriff genommen

<sup>2414</sup> Vgl. *T. B. Colby*, Duke L. J. 65 (2016), 1087 (1154).

<sup>2415</sup> So etwa im *Employee Retirement Income Security Act (ERISA)*, welcher in 29 U.S.C. § 1144(b)(5) (2012) eine ausdrückliche Ausnahme für besondere Regelungen in Hawaii macht, welche weiterhin bestehen dürfen, während im Übrigen Einzelstaatenrecht durch das Bundesgesetz verdrängt wird; hierzu *T. B. Colby*, Duke L. J. 65 (2016), 1087 (1154, dort in Fn. 300).

<sup>2416</sup> So etwa im *Clean Air Act*, welcher vorsieht, dass nur solche Einzelstaaten, in denen schon vor 1966 Emissionsstandards für Kraftfahrzeuge galten, dazu ermächtigt werden dürfen, weiterhin eigenständig Standards setzen zu dürfen (CAA § 209 = 42 U.S.C. § 7543 [sic]) – dies trifft der Sache nach (unbenannt) ausschließlich auf Kalifornien zu. Zu föderalen Disparitäten in der Ausgestaltung des *Clean Power Plans* (untergesetzliches Recht) der *Obama-Administration* (Ausnahmen für Hawaii und Alaska): *D. Sharma*, Hastings WestNorthwest J. of Envtl. L. & Pol’y 22 (2016), 247; der *Clean Power Plan* wurde im Jahr 2019 aufgehoben und durch die untergesetzlichen *Affordable Clean Energy*-Regeln der *Trump-Administration* ersetzt.

<sup>2417</sup> So im *Professional and Amateur Sports Protection Act of 1992 (PASPA)*, welcher von einer grundsätzlichen bundesrechtlichen Sperrwirkung im Sportwettenrecht (hierzu bereits oben A. I. 2. a)) die Ausnahme macht, dass in Einzelstaaten, in denen zwischen 1976 und 1990 einzelstaatenrechtlich Sportwetten legalisiert waren, weiterhin entsprechende einzelstaatenrechtliche Regeln getroffen werden dürfen (28 U.S.C. § 3704(a)(1)), was letztlich im Wesentlichen nur Nevada (und in geringerem Umfang Delaware, Oregon und Montana) betrifft.

<sup>2418</sup> Dies betrifft die *grandfathering*-Regel des CAA – s. oben Fn. 2416.

<sup>2419</sup> Dies betrifft die *grandfathering*-Regel des PASPA – s. oben Fn. 2417.

wurde. Relevante Erwägungen für die Einräumung solcher Ausnahmen sind einzelstaatspezifischer Vertrauensschutz, („volkswirtschaftlicher“) Investitionsschutz, aber auch – dies v. a. im Luftreinhalterecht mit dem Beispiel Kaliforniens – besondere geographische Bedingungen (etwa im *Los Angeles Basin*), eine besondere (Verwaltungs-)Expertise im entsprechenden Sachgebiet und eine ausreichende Wirtschaftskraft, um abweichende Standards dauerhaft wirkungsvoll in Konkurrenz zu nationalen Standards beibehalten zu können.<sup>2420</sup> Kalifornien gilt grundsätzlich als Vorreiter in der US-amerikanischen Umweltschutzpolitik; der Bundesgesetzgeber hat hierauf im *Clean Air Act* Rücksicht genommen, u. a. indem er Kalifornien als einzigen Staat ermächtigt hat, eigene strengere Grenzwerte für Fahrzeugemissionen festzusetzen; die anderen Staaten müssen zwischen den Grenzwerten der EPA und jenen Kaliforniens wählen (asymmetrischer Umweltföderalismus mit Kalifornien als „super-regulator“).<sup>2421</sup>

Ob solche Gründe (Vertrauensschutz, besondere Verwaltungsexpertise, besondere lokale Bedingungen) eine dauerhafte Versteinerung (und ggf. sogar Vertiefung) einer historisch gewachsenen Sonderstellung im Legislativföderalismus rechtfertigen können oder nicht vielmehr schonende Übergangsregelungen und tatbestandliche Differenzierungen in der Ausgestaltung der Bundesgesetze auf dem Weg zur Unitarisierung vorgesehen werden sollten, wird unterschiedlich gesehen.<sup>2422</sup> Entgegen der strengen Handhabung des *equal sovereignty*-Topos im Wahlrechtsfall *Shelby County v. Holder* (s. o. 1.) ist die Rechtsprechung in anderen Sachbereichen offenbar weniger strikt: So lehnte der *Third Circuit Court of Appeals* das Argument ab, die *grandfathering*-Regel des Sportwettengesetzes *PASPA* (insbesondere zu Gunsten Nevadas) verstoße gegen den *equal sovereignty*-Topos, der in *Shelby County v. Holder* zur Verfassungswidrigkeit des Bundeswahlgesetzes *VRA* führte, (u. a. mit der Begründung, dass das Wahlrecht ein föderal sensiblerer Bereich sei als die Regulierung von Sportwetten).<sup>2423</sup>

<sup>2420</sup> Vgl. A. E. Carlson, U. C. Davis L. Rev. 37 (2003), 281 (313 f.) – zu Kalifornien und dem CAA; T. B. Colby, Duke L. J. 65 (2016), 1087 (1156 f.) – zu PASPA und dem CAA.

<sup>2421</sup> Siehe CAA § 209 = 42 U.S.C. § 7543 [sic]; vgl. J. Bulman-Pozen/H. K. Gerken, Yale L. J. 118 (2009), 1256 (1277): Kalifornien als „super-regulator“; vgl. auch J. Salzman/B. H. Thompson, Environmental Law and Policy, 5. Aufl., St. Paul, Minn., U.S.A., 2019, S. 140; F. Palermo/K. Kössler, Comparative Federalism. Constitutional Arrangements and Case Law, Portland, Ore., U.S.A., 2017, S. 385.

<sup>2422</sup> Skeptisch bezüglich der dauerhaften Versteinerung (von PASPA), aber ohne endgültige Stellungnahme T. B. Colby, Duke L. J. 65 (2016), 1087 (1156); ebenfalls skeptisch (allerdings mit der Begründung, dass den Staaten, denen die PASPA-grandfathering-Bestimmung zugute komme, ein unbefristetes [und daher verfassungswidriges] „de facto intellectual property right“ [sic!] an ihren „sports gambling schemes“ eingeräumt werde, J. Holden/A. Kaburakis/R. M. Rodenberg, Stan. L. & Pol’y Rev. 26 (2014), 1 (3 f.).

<sup>2423</sup> Vgl. NCAA v. Governor of N.J., 730 F.3d 208 (3d Cir. 2013), 237 ff.; der U.S. Supreme Court hat den Fall nicht zur Entscheidung angenommen – freilich hat der U.S. Supreme Court das Gesetz PASPA etwas später in *Murphy v. National Collegiate Athletic Association*, 584 U.S. \_\_\_\_ (2018), im Hinblick auf die anti-commandeering-Dogmatik für verfassungswidrig erklärt (s. o. A. I. 2. a)).

Verweisend zu erinnern ist schließlich an das oben vorgestellte Problem, dass auch die föderal disparate *Kompetenzausübung* einer Bundesbehörde mittelbar als eine informell-faktische *Verbandsingerenz* wirken und die politische Selbstbestimmung einer negativ betroffenen föderierten Einheit verletzen kann: Dies wurde oben am Beispiel der föderal disparaten *Trusted Traveler*-Status-Vorenthaltung durch die *Trump*-Administration im Jahr 2020 nur gegenüber Einwohnerinnen und Einwohnern von New York zu Ingerenzzwecken (nämlich als ‚Bestrafung‘ für ein aus Sicht der Bundesebene politisch unerwünschtes New Yorker Gesetz) erläutert; diese Diskriminierung gegenüber New York stellt angesichts der offenen Willkür und Sachferne der Differenzierung einen Verstoß gegen den „*equal sovereignty*“-Grundsatz dar (näher oben § 5, D. IV. 2. b) bb)).

### III. Deutschland: prozedurale und solidarische Gleichheit

Ausgehend vom Text des Grundgesetzes zeigt sich, dass der Föderalismus der Bundesrepublik Deutschland – bei gewissen Ausnahmen – im Ausgangspunkt durch eine starke prozedurale Gleichheit der Länder geprägt ist (s.u. 1.). Föderale Disparitäten im Bereich der Ausübung von Bundesingerenzen sind in den Bereichen des Legislativföderalismus (s.u. 2.) und des Finanzverfassungsrechts (s.u. 3.) auszumachen, in der Regel aber unter Achtung eines „föderativen Gleichbehandlungsgebots“ relativ leicht verfassungsrechtlich rechtfertigbar.

#### 1. Föderale Gleichheit als Grundsatz mit punktuellen Einschränkungen

Das Grundgesetz ist gerade auch im Vergleich mit einer seiner Vorgängerverfassungen, der Reichsverfassung von 1871, welche noch einige besondere „Reservatrechte“ von einzelnen Bundesstaaten (v.a. Preußen, aber u.a. auch Bayern, Württemberg, Baden und Sachsen) kannte<sup>2424</sup>, durch einen stark egalitären Grundtenor im Bereich der Verbandsingerenzen ausgezeichnet. Vereinzelt und buchstäblich am Rande, nämlich in den „Übergangs- und Schlußbestimmungen“ des XI. Abschnitts, enthält allerdings auch das Grundgesetz föderales Sonderrecht im

---

<sup>2424</sup> Dies hebt etwa *D. Schindler*, in: FS Häfelin, Zürich, Schweiz, 1989, S. 371 (376 ff.), unter Nennung von einigen Einzelbeispielen hervor und erklärt es mit dem Charakter des deutschen Föderalismus von 1871 als *coming together*-Föderalismus (dazu oben § 2, B. I. 3. b)). Bemerkenswert ist etwa Art. 8 Abs. 3 RV 1871, welcher (nur) für die „Königreiche Bayern, Sachsen und Württemberg“ ständige Sitze im Ausschuss für die auswärtigen Angelegenheiten im Bundesrat vorsieht; daneben gab es zwei nicht-ständige, jährlich vom Bundesrat zu wählende Mitglieder. Zudem führte gem. Art. 8 Abs. 3 a.E. RV 1871 stets Bayern den Vorsitz im Ausschuss; zum Ausschuss für die auswärtigen Angelegenheiten im Bundesrat vgl. auch *R. Smend*, in: Festgabe für Otto Mayer, Tübingen 1916, S. 247 (250), welcher die informale Praxis, dass ‚neben‘ dem Ausschuss eine informale Praxis der Abstimmung *aller* Bundesstaaten mit der Reichsleitung existierte, als Beispiel für durch die „Bundestreue“ geprägtes Verhalten aufführt (siehe oben § 2, C. III. 3. a) aa)).



Bereich der Verbandsingerenzen: Art. 138 GG gewährt in benannter Weise<sup>2425</sup> ausschließlich Bayern und Baden-Württemberg eine – bemerkenswerterweise gubernativlastige<sup>2426</sup> – *bottom-up*-Ingerenz in Form eines Zustimmungsvorbehalts bei bundesgesetzlichen Änderungen des Notariats (vgl. Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 Var. 6 GG). Der bereits bei den Verbandskompetenzausübungsregeln angesprochene Art. 141 GG, die sog. Bremer Klausel, sieht im Sinne einer *grandfathering*-Regel vor, dass Art. 7 Abs. 3 S. 1 GG, wonach Religionsunterricht in den öffentlichen Schulen ordentliches Lehrfach ist, „keine Anwendung in einem Lande, in dem am 1. Januar 1949 eine andere landesrechtliche Regelung bestand“, findet; dies betrifft – in unbenannter Form<sup>2427</sup> – wohl nur Bremen und Berlin (s. o. § 5, D. III. 2.). Art. 143 GG enthält – zwischenzeitlich überwiegend abgelassene – Übergangsvorschriften nach dem Beitritt der neuen Länder nach dem Einigungsvertrag. Art. 143d Abs. 2 und Abs. 4 GG sehen benanntes Sonderrecht im Bereich der finanzverfassungsrechtlichen *top-down*-Ingerenzen vor (siehe sogleich 3.).

Abgesehen von diesen gegenständlich und teilweise auch zeitlich eng umgrenzten Sonderrechten ist das Grundgesetz überwiegend föderal egalitär formuliert. Regelmäßig nimmt es „die Länder“ undifferenziert-entindividualisiert, gewissermaßen als ‚Block‘ in Bezug (vgl. etwa die zentralen Normen Art. 30<sup>2428</sup>, 70, 83, 92 GG). Selbst die Zusammensetzung des föderativen Bundesorgans Bundesrat (ausführlich oben § 4, B. II. 1. a)) ist – freilich in durchaus komplexer Ausgestaltung – letztlich dem Ziel föderaler Gleichheit *i. w. S.* verpflichtet: Im Stimmenverteilungsschlüssel des Art. 51 Abs. 2 GG (zwischen drei und sechs Stimmen je Land, je nach Einwohnerzahl) wurde ein „gleichheitsapproximativer“ Kompromiss<sup>2429</sup> zwischen absoluter föderaler Egalität und bevölkerungsbezogener Proportionalität getroffen. Das Kriterium für die stufenförmige Bemessung der Stimmen anhand der Zahl der Einwohnerinnen und Einwohner gilt unterschiedslos für alle Länder<sup>2430</sup>; insoweit kann von föderalem Sonderrecht zu Gunsten oder zu Lasten einzelner Länder keine Rede sein – womit nicht in Abrede gestellt werden soll, dass (gerade zur Stärkung des föderalen Prinzips) bevölkerungsschwache Länder gegenüber bevöl-

<sup>2425</sup> Zur Unterscheidung von benanntem und unbenanntem Sonderrecht s. o. § 5, D. III. 1.

<sup>2426</sup> Obwohl es bei Art. 138 GG (wegen des Parlamentsvorbehalts) i. W. um *Legislativ*-tätigkeit zur Ausgestaltung des Notariats geht, sieht Art. 138 GG die Zustimmung der Landesregierungen, nicht der Landesparlamente Bayerns und Baden-Württembergs vor. Dies mag man angesichts der Gubernativlastigkeit des Bundesrats (s. o. § 4, B. II. 1. a) sowie A. VI. 3. b)) für konsequent halten.

<sup>2427</sup> Zur Unterscheidung von benanntem und unbenanntem Sonderrecht s. o. § 5, D. III. 1.

<sup>2428</sup> Vgl. M. C. F. Pleyer, Föderative Gleichheit, Berlin 2005, S. 164 f., der insoweit von „Gleichheit bei undifferenzierter Inbezugnahme aller Länder“ spricht.

<sup>2429</sup> M. C. F. Pleyer, Föderative Gleichheit, Berlin 2005, S. 195.

<sup>2430</sup> Vgl. M. C. F. Pleyer, Föderative Gleichheit, Berlin 2005, S. 160 ff., 194 ff., welcher den Schlüssel des Art. 51 Abs. 2 GG als ein „abstrakt differenzierendes System“ bezeichnet. Pleyer betont freilich, dass Art. 51 Abs. 2 GG trotz der in diesem System verwirklichten „Rechtsanwendungsgleichheit“ letztlich zu „ungleiche[n] verfassungsrechtliche[n] Positionen“ der Länder führe.



kerungsstarken Ländern nach dem Schlüssel bezogen auf die Zahl der jeweils ‚vertretenen‘ Einwohnerinnen und Einwohner überproportional stimmkräftig sind.

Benannte und unbenannte Privilegien für einzelne Länder oder Gruppen von Ländern entsprechen also – trotz der erwähnten vereinzelt Ausnahmen – grundsätzlich nicht dem Bild des Grundgesetzes. Und auch in der höchstgerichtlichen Rechtsprechung wurde die föderale Gleichheit der Länder ausdrücklich gewürdigt, sanktioniert und mit der ungeschriebenen Verfassungspflicht zu „bundesfreundlichem Verhalten“ unterlegt: Das bereits bei der Einführung zum *status aequalis* vorgestellte Urteil zur 1. Rundfunkentscheidung (s. o. § 4, B. III. 3. d) bb)) verbietet es dem Bund, in „Frage[n] des Verfassungslebens, an de[nen] alle Länder interessiert und beteiligt sind, [...] nur mit einigen eine Vereinbarung zu suchen und die anderen vor den Zwang des Beitritts zu stellen.“<sup>2431</sup>

Damit spricht der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts mittelbar an, dass es auch „Frage[n] des Verfassungslebens“ geben mag, an denen *nicht* „alle Länder interessiert und beteiligt sind“ und in denen daher ein föderal disparater Zugriff des Bundes auf nur bestimmte Länder sachlich gerechtfertigt sein mag. Auf solche Konstellationen und die einschlägigen verfassungsrechtlichen Möglichkeiten und Grenzen föderal disparater Ingerenzausübung durch den Bund ist abschließend einzugehen – betroffen sind hier insbesondere die Einräumung bzw. Verschließung von legislativen Handlungsspielräumen einzelner Länder (s. u. 2.) und das Finanzverfassungsrecht (s. u. 3.):

## 2. Föderal disparate legislative Selbstbestimmung?

Dass die Länder mit Blick auf ihre legislative Selbstbestimmung nicht absolut gleich sind, ergibt wiederum schon der Grundgesetztext, nämlich die – sachlich sehr engen – Ausnahmenormen Art. 138 GG und Art. 141 GG, welche oben vorgestellt wurden (s. o. 1.). Fraglich ist, ob das Grundgesetz darüber hinaus föderale Disparitäten bei der Einräumung oder Verschließung legislativen Gestaltungsspielraums der Länder, also im Bereich der „Autonomiegleichheit“<sup>2432</sup> der Länder, zulässt:

Im Zentrum des Interesses steht insoweit Art. 71 GG: Art. 71 GG sieht vor, dass der Bund im Bereich seiner ausschließlichen Gesetzgebungskompetenzen „die Länder“ in Bundesgesetzen dazu ermächtigen kann, gesetzgebend tätig zu werden. Oben – beim *status negativus* – wurde ausgeführt, dass der Bund die Länder im Rahmen einer solchen Ermächtigung nicht zur Gesetzgebung verpflichten darf (s. o. A. I. 3. b)). Daneben stellt sich eine gleichheitsbezogene Frage: Darf der Bund die Länder in föderal disparater Weise zur Gesetzgebung ermächtigen; darf er also zum Beispiel nur bestimmte Länder zur Gesetzgebung ermächtigen? Die ganz überwiegende Auffassung bejaht diese Frage insbesondere aus teleologischen Er-

<sup>2431</sup> BVerfGE 12, 205 (255) – 1. Rundfunkentscheidung.

<sup>2432</sup> M. C. F. Pleyer, Föderative Gleichheit, Berlin 2005, S. 264.

wägungen:<sup>2433</sup> Die Ermächtigungsoption in Art. 71 GG stelle eine „Flexibilitäts- und Föderalreserve der Kompetenzordnung“ dar, welche regionale Differenzierung gerade ermöglichen solle.<sup>2434</sup> Freilich wird ein sachlicher Grund (Willkürverbot) für disparate Ermächtigungen gefordert.<sup>2435</sup> Marcus C. F. Pleyer fordert weitergehend „ein zwingendes, in der Verfassung selbst angelegtes Erfordernis“<sup>2436</sup>. In der Staatspraxis (bestimmte Sonderermächtigungen für Schleswig-Holstein mit Blick auf das geographisch und politisch-historisch besondere Helgoland und das Saarland mit Blick auf dessen Eingliederung in die Bundesrepublik Deutschland) sei dieses Erfordernis bisher eingehalten worden.<sup>2437</sup>

Parallele Fragestellungen ergeben sich im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenzen (Rücknahme der Sperrwirkung eines Bundesgesetzes in sog. „Länder-Öffnungsklauseln“ – hierzu oben A. I. 3. b)) und im Anwendungsbereich von Art. 80 Abs. 1 S. 1 Var. 3 GG (bundesgesetzliche Ermächtigung von Landesregierungen zum Verordnungserlass – hierzu oben A. I. 3. c)): Mit Blick auf den *status aequalis* der Länder stellt sich jeweils die Frage, ob der Bundesgesetzgeber eine föderal disparate Ausgestaltung der Länder-Öffnung bzw. der Verordnungser-

---

<sup>2433</sup> Zur h. M. H. Grziwotz, AöR 116 (1991), 588 (597 f.); A. Uhle, in: G. Dürig/R. Herzog/R. Scholz (Hrsg.), Grundgesetz, 49. Ergänzungslieferung, München 2007, Art. 71, Rn. 53, m. w. N. (v. a. aus der Kommentarliteratur); vereinzelt wird vertreten, föderale Differenzierung bei der Ermächtigungsausübung sei sogar geboten (d. h. es dürften nicht alle Länder zur Gesetzgebung ermächtigt werden, da dies einer Umgehung der Differenzierung zwischen Art. 71 und Art. 72 GG darstellen würde), vgl. W. Rudolf, AöR 88 (1963), 159 (181 f.); teilweise tendenziell a. A. R. Broemel, in: I. v. Münch/P. Kunig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 2, 7. Aufl., München 2021, Art. 71, Rn. 14: „Vorbehalt einer sachlichen Rechtfertigung“ für Differenzierungen zwischen den Ländern, und zwar „schon nach dem Grundsatz der Bundestreue“ – unter bewusster Absetzung von der Kommentierung von Philip Kunig in der Voraufg.

<sup>2434</sup> A. Uhle, in: G. Dürig/R. Herzog/R. Scholz (Hrsg.), Grundgesetz, 49. Ergänzungslieferung, München 2007, Art. 71, Rn. 45; relativierend zu diesem Argument M. C. F. Pleyer, Föderative Gleichheit, Berlin 2005, S. 263: regionale Differenzierung sei auch möglich, wenn alle Länder zur Gesetzgebung ermächtigt werden.

<sup>2435</sup> Vgl. H. Grziwotz, AöR 116 (1991), 588 (598); A. Uhle, in: G. Dürig/R. Herzog/R. Scholz (Hrsg.), Grundgesetz, 49. Ergänzungslieferung, München 2007, Art. 71, Rn. 53, m. w. N.

<sup>2436</sup> M. C. F. Pleyer, Föderative Gleichheit, Berlin 2005, S. 265; es gelte der „strenge föderative Gleichheitssatz“, da sich Art. 71 GG die Wertung entnehmen lasse, „die Länder“ in diesem Bereich der „Länderautonomie“ streng gleich zu behandeln („Autonomiegleichheit“, a. a. O., S. 254).

<sup>2437</sup> Vgl. M. C. F. Pleyer, Föderative Gleichheit, Berlin 2005, S. 264 ff. Bemerkenswert ist außerdem das a. a. O., S. 263 f., vorgestellte Beispiel: § 22 PartG a. F. ermächtigte alle Länder zur abweichenden Gesetzgebung hinsichtlich der Bezugsgrenzen für die Wahlkampfveranstaltung für politische Parteien, obwohl das Bedürfnis zur Differenzierung nur für bevölkerungsschwache Länder gesehen wurde (erhöhte Gefahr, dass dort nicht ernsthafte Parteigründungen missbräuchlich erfolgen); hierin liege eine indirekte Anerkennung der Autonomiegleichheit der Länder.

mächtigung vornehmen kann; beides wird grundsätzlich bejaht.<sup>2438</sup> Auch insoweit wird man (mindestens<sup>2439</sup>) das Willkürverbot anwenden müssen.

### 3. Föderal disparates Finanzverfassungsrecht

Bundesingerenzen im Bereich des Finanzverfassungsrechts sind vielgestaltig und treten neben dem föderalen Finanzausgleich i. e. S. (vgl. Art. 107 GG)<sup>2440</sup> etwa beim Gewähren von inhaltlich bedingten (Projekt-)Finanzhilfen gem. Art. 104b ff. GG, von Sanierungshilfen gem. Art. 107 Abs. 2 S. 5 GG oder von Konsolidierungshilfen gem. Art. 143d Abs. 2 GG des Bundes (oder der „bundesstaatlichen Gemeinschaft“) an einzelne Länder auf (s. o. A. IV. 3. u. B. I. 3. b)). Solche finanzverfassungsrechtlichen *top-down*-Ingerenzen entspinnen sich häufig in einem Zusammenspiel des *status positivus* mit dem *status aequalis* der Verbandsgrundrechtspositionen der Länder: Dass der *status positivus* der Verbandsgrundrechtspositionen der Länder (unter anderem) unter engen Voraussetzungen („extreme Haushaltsnotlage“) Sanierungshilfen des Bundes (auf Grundlage von Art. 107 Abs. 2 S. 5 GG) erforderlich machen und eine „Hilfeleistungspflicht der bundesstaatlichen Gemeinschaft“ (§ 12 Abs. 4 S. 1 MaßStG) zu Gunsten einzelner Länder aus „Bundessolidarität“<sup>2441</sup> aktivieren kann<sup>2442</sup>, wurde oben dargestellt (näher oben B. I. 3. b)). Angesichts von *faktischen* Unterschieden bei der ‚Finanzkraft‘ und dem Finanzbedarf<sup>2443</sup> der einzelnen Länder ergeben sich hier notwendigerweise Fragen nach föderaler (Un-)

<sup>2438</sup> Zur föderal disparaten Ausgestaltung von Länder-Öffnungsklauseln bejahend *H. Grziwotz*, AöR 116 (1991), 588 (600), m. w. N.: „Vorbehalte werden sowohl als sachliche als auch als zeitliche oder regionale grundsätzlich für zulässig erachtet“; zur föderal disparaten Handhabung von Art. 80 Abs. 1 S. 1 Var. 3 GG bejahend *M. Kloepper*, Verfassungsrecht, Bd. I, München 2011, § 21, Rn. 339; „ausnahmsweise“; *B. Remmert*, in: G. Dürig/R. Herzog/R. Scholz (Hrsg.), Grundgesetz, 70. Ergänzungslieferung, München 2013, Art. 80, Rn. 81; *A. Uhle*, in: W. Kluth/G. Krings (Hrsg.), Gesetzgebung, Heidelberg 2014, § 24, Rn. 37.

<sup>2439</sup> Die Argumentation bei *M. C. F. Pleyer*, Föderative Gleichheit, Berlin 2005, S. 265 (zu Art. 71 GG – s. o. Fn. 2436), legt konsequenterweise auch hier einen strengeren Rechtfertigungsmaßstab nahe.

<sup>2440</sup> Zur „föderativen Gleichheit“ im Bereich des föderalen Finanzausgleichs (a. F.) *M. C. F. Pleyer*, Föderative Gleichheit, Berlin 2005, S. 214 ff.: „Bei dieser Distribution dominiert die proportionale Berechtigung [...], hält sie aber nicht streng ein“ (a. a. O., S. 228 f.).

<sup>2441</sup> Vgl. *J. Isensee*, in: ders./P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VI, 3. Aufl., Heidelberg 2008, § 126, Rn. 135.

<sup>2442</sup> Vgl. BVerfGE 72, 330 (405) – Finanzausgleich I; BVerfGE 86, 148 (268 f.) – Finanzausgleich II; BVerfGE 116, 327 (386) – Berliner Haushalt.

<sup>2443</sup> Mit „Finanzkraft“ ist hier nicht zwingend (nur) das Tatbestandsmerkmal von Art. 107 Abs. 2 S. 1 GG („unterschiedliche Finanzkraft der Länder“) gemeint; es kann auch um Aspekte gehen, die von Art. 107 Abs. 2 S. 5 GG („leistungsschwach[e] Länd[er]“) umfasst werden; zum Unterschied der beiden Tatbestandsmerkmale bündig BVerfGE 116, 327 (384) – Berliner Haushalt: „Der Tatbestand der Leistungsschwäche im Sinne des Art. 107 Abs. 2 Satz 3 [a. F., jetzt S. 5] GG ist aufgabenbezogen. Er bezieht sich auf die Relation des Finanzaufkommens eines Landes zu seinen allgemeinen oder besonderen Ausgabenlasten (vgl. BVerfGE 72, 330 [403]; 101, 158 [233]).“

Gleichheit und Differenzierung bei der Gewährung von ‚Bundes‘-Hilfen<sup>2444</sup>: Es sind eben nicht alle Länder in gleicher Weise auf finanzielle Unterstützung (durch den Bund oder die „bundesstaatliche Gemeinschaft“) angewiesen.

Föderale Disparitäten der ‚Finanzkraft‘ und des Finanzbedarfs<sup>2445</sup> der Länder und ihre Folgen für die ungleichmäßige Ausübung finanzverfassungsrechtlicher Ingerenzen haben im Jahr 2009 ausdrückliche Berücksichtigung im Grundgesetztext selbst gefunden: Art. 143d Abs. 2 GG differenziert auf der Ebene der Verfassung im Zusammenhang mit – von den eben angesprochenen Ergänzungszuweisungen nach Art. 107 Abs. 2 S. 5 GG zu unterscheidenden (s.o. B. I. 3. b)) – Haushalts-„Konsolidierungshilfen“ des Bundes (und der Ländergesamtheit<sup>2446</sup>) zur Bewältigung der Anforderungen der Schuldenbremse (Art. 109 Abs. 3 GG) zwischen einigen – ausdrücklich namentlich benannten – finanziell besonders hilfsbedürftigen Ländern und den übrigen, finanziell weniger hilfsbedürftigen Ländern. Im Schrifttum wird darauf hingewiesen, dass die Aussonderung von „Berlin, Bremen, Saarland, Sachsen-Anhalt und Schleswig-Holstein“ als hilfsbedürftige Länder der Preis für die Zustimmung dieser Länder im Bundesrat zum verfassungsändernden Gesetz war, mit welchem im Jahr 2009 die Schuldenbremse in Art. 109 Abs. 3 GG verankert wurde.<sup>2447</sup> Seit 2017 (kleine ‚Föderalismusreform III‘ – s.o. A. IV. 3. c)) enthält Art. 143d Abs. 4 GG weiteres benanntes Sonderrecht: (Nur) Bremen und das Saarland werden als potenzielle Empfänger von „Sanierungshilfen“ zur Hilfe bei der „eigenständigen Einhaltung der Vorgaben“ der Schuldenbremse ab 2020 geführt.<sup>2448</sup> Die (‚Über‘-)Verfassungsmäßigkeit – kein verfassungswidriges Verfassungsrecht gem. Art. 79 Abs. 3 Var. 3 i. V.m. Art. 20 Abs. 1 GG? – dieser föderal disparaten Regeln wird soweit ersichtlich nicht in Frage gestellt.<sup>2449</sup>

<sup>2444</sup> Vgl. D. Schindler, in: FS Häfelin, Zürich, Schweiz, 1989, S. 371 (372), der hierin eine Gemeinsamkeit vieler Föderationen sieht: Seit dem 20. Jahrhundert würden in vielen Föderationen die Unterschiede zwischen den föderierten Einheiten wachsen, was zur Folge habe, dass „[d]ie Gleichheit der Gliedstaaten [...] durch deren Ungleichbehandlung [im föderalen Finanzwesen] wiederhergestellt werden“ müsse.

<sup>2445</sup> Beachte hierzu den Hinweis in Fn. 2443.

<sup>2446</sup> S. Art. 143d Abs. 3 S. 1 GG, wonach die „Finanzierungslast [...] hälftig von Bund und Ländern, von letzteren aus ihrem Umsatzsteueranteil, getragen“ wird.

<sup>2447</sup> Vgl. C. Lenz/E. Burgbacher, NJW 2009, 2561 (2565), welche freilich auch darauf hinweisen, dass „ohne sie [, d.h. ohne die Konsolidierungshilfen,] die betroffenen Länder die ihnen auferlegten verfassungsrechtlichen Vorgaben [des Art. 109 Abs. 3 GG] ab 2020 wohl nicht einhalten könnten“.

<sup>2448</sup> Sehr kritisch zu Art. 143d Abs. 4 GG etwa H. Kube, in: R. Zöhlhörer/T. Saalfeld (Hrsg.), Zwischen Stillstand, Politikwandel und Krisenmanagement. Eine Bilanz der Regierung Merkel 2013–2017, Wiesbaden 2019, S. 373 (384 ff.) – „systemwidrig“, u. a. mit Blick auf die Rechtsprechung zu den Sanierungs-Bundesergänzungszuweisungen nach Art. 107 Abs. 2 S. 5 GG (näher dazu oben B. I. 3. b)); „Fehlreiz“, zumal ohne Befristung; „unter verfassungsästhetischen Gesichtspunkten [...] des Verfassungsrangs nicht würdig“.

<sup>2449</sup> Deutlich C. Lenz/E. Burgbacher, NJW 2009, 2561 (2565): „Einer rechtlichen Beurteilung entziehen sie sich.“ Auch H. Kube, in: R. Zöhlhörer/T. Saalfeld (Hrsg.), Zwischen Stillstand, Politikwandel und Krisenmanagement. Eine Bilanz der Regierung Merkel 2013–

Nicht alle föderal disparat ausgeübten finanzverfassungsrechtlichen Ingerenzen basieren wie Art. 143d Abs. 2 u. Abs. 4 GG auf ausdrücklichem, benanntem verfassungsrechtlichem Sonderrecht. Daneben ermöglichen Rechtsgrundlagen wie Art. 104b ff. GG (für Projekt-Finanzhilfen) und Art. 107 Abs. 2 S. 5 GG (für Ergänzungszuweisungen) im Rahmen der Auslegung ihrer Tatbestandsmerkmale föderale Differenzierung bei der Vergabe von Bundesmitteln an die Länder;<sup>2450</sup> Differenzierungen zwischen Ländern sind nur im Rahmen kunstgerechter Auslegung und Anwendung der Tatbestandsmerkmale dieser Normen sowie pflichtgemäßer Ermessensausübung zulässig. Der Grundsatz der Gleichheit der Länder fordert dabei sachliche Gründe für eine föderal disparate Vergabepaxis.<sup>2451</sup> Tatbestandlich können sachliche Gründe zur föderalen Differenzierung bei der Mittelvergabe u. a. bei der Auslegung von Merkmalen wie „Ausgleich unterschiedlicher Wirtschaftskraft im Bundesgebiet“ (Art. 104b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 GG), „Steigerung der Leistungsfähigkeit der kommunalen Bildungsinfrastruktur“ (Art. 104c S. 1 GG) oder „leistungsschwach[e] Länd[er]“ (Art. 107 Abs. 2 S. 5 GG) verankert werden. Zu denken ist ferner an besondere Ausnahmesituationen wie Naturkatastrophen, welche nur bestimmte Länder betreffen können: Beispielhaft verwiesen sei auf das Aufbauhilfefondsgesetz<sup>2452</sup>, welches nach der Flutkatastrophe in Mitteleuropa im Jahr 2002 erlassen wurde und (in § 2) „Leistung von Hilfen in den vom Hochwasser vom August 2002 betroffenen Ländern zur Beseitigung der Hochwasserschäden und zum Wiederaufbau der zerstörten Regionen“ vorsieht.<sup>2453</sup>

---

2017, Wiesbaden 2019, S. 373 (384 ff.), hat – bei aller sachbezogenen Kritik (s. o. Fn. 2448) – offenbar keine („Über“-)Verfassungsbedenken. Von der Frage der Vereinbarkeit mit Art. 79 Abs. 3 GG zu unterscheiden ist die Frage nach der Notwendigkeit der Verfassungsänderung zur Einführung des vorgesehenen Finanzierungsarrangements: Wie *E. Reimer*, in: V. Epping/C. Hillgruber (Hrsg.), BeckOK Grundgesetz, 48. Ed., München 2021, Art. 143d, Rn. 18.1, ausführt, sei die Verfassungsänderung nötig gewesen, da das Grundgesetz im Übrigen keine gemeinsamen Leistungen des Bundes und der Ländergesamtheit (vgl. Art. 143d Abs. 3 GG) an einzelne Länder erlaubt hätte. Ob die Verfassungsänderung auch wegen des föderalen Gleichheitssatzes geboten war, ist eine weitere Frage.

<sup>2450</sup> Vgl. *M. C. F. Pleyer*, Föderative Gleichheit, Berlin 2005, S. 211, 227, der von „Gleichheit bei tatbestandsmäßiger Betroffenheit“ spricht.

<sup>2451</sup> Vgl. BVerfGE 86, 148 (236 f., 267 f. u. 271 ff.) – Finanzausgleich II, zum „föderativen Gleichbehandlungsgebot“ bei der Ermittlung der Finanzkraft der Länder, bei der Vergabe von ‚Projekt‘-Finanzhilfen bzw. bei der Vergabe von Ergänzungszuweisungen; vgl. *M. C. F. Pleyer*, Föderative Gleichheit, Berlin 2005, S. 210 f. bzw. 227, 285 ff., tlw. m. w. N.; ausführlich zur föderalen Gleichheit bei ‚Projekt‘-Finanzhilfen *U. Kirste*, Die Finanzhilfen des Bundes an die neuen Länder nach Artikel 104a Absatz 4 Grundgesetz, Sinzheim 1995, S. 185 ff.; knapp *M. Seckelmann*, ZRP 2013, 82 (85).

<sup>2452</sup> Aufbauhilfefondsgesetz (AufhFG) v. 19.09.2002, BGBl. I S. 365.

<sup>2453</sup> Nach der oben eingeführten Systematik liegt hier also unbenanntes partielles Bundesrecht vor (s. o. § 5, D. III. 1.). Die Verordnung nach § 2 Abs. 6 des Aufbauhilfefondsgesetzes, die Aufbauhilfefondsverordnung – AufbauhV v. 24.06.2003, BGBl. I S. 962, macht hieraus benanntes Sonderrecht, in dem sie die Mittel auf konkrete Länder verteilt. Nach heutiger – seit 2009 geltender Verfassungslage – können Bundesfinanzhilfen zur Katastrophenbewältigung auf Art. 104b Abs. 1 S. 2 GG gestützt werden.

Das „föderative Gleichbehandlungsgebot“ bei finanzverfassungsrechtlichen *top-down*-Ingerenzen hat auch höchstgerichtliche Anerkennung in der Rechtsprechung des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts gefunden: Im Jahr 1992 befasste sich das Gericht in der Entscheidung ‚Finanzausgleich II‘ unter anderem auf Antrag des Senats der Freien Hansestadt Bremen mit der Verfassungsmäßigkeit einiger föderaler Differenzierungen bei der Ausgestaltung des Finanzausgleichs (i. w. S.) ab 1988.<sup>2454</sup> Das Gericht fügte dem (*status positivus*-)Gedanken der „Solidargemeinschaft von Bund und Ländern und des bündischen Prinzips des Einstehens füreinander“ und der hieraus abgeleiteten „Pflicht bundesstaatlicher Hilfeleistung“ (s. bereits oben B. I. 3. b)) eine Gleichheitsdimension hinzu: Deren „normative Wirkung“ bestehe darin, „die Wahrnehmung bestehender Befugnisse nach Grund und Umfang zu dirigieren, bestehende Verpflichtungen zu intensivieren und als Interpretationsgesichtspunkt für die Auslegung von Art und Umfang bestehender Handlungsmöglichkeiten zu wirken“.<sup>2455</sup> Konkret überprüfte das Gericht unter anderem<sup>2456</sup> die Verfassungsmäßigkeit der föderal disparaten Vergabe von Ergänzungszuweisungen gem. Art. 107 Abs. 2 S. 5 GG (n.F.<sup>2457</sup>); hier stellte es Verstöße gegen das „föderative Gleichbehandlungsgebot“ zu Lasten Bremens fest: Zum einen sei Bremen gegenüber dem Saarland benachteiligt worden, indem die Haushaltsnotlage in Bremen in geringerem Maß bei der Bemessung von Ergänzungszuweisungen berücksichtigt wurde, obwohl die einschlägigen Finanzdaten eine tendenziell eher schlechtere Lage für Bremen im Vergleich mit dem Saarland auswiesen,<sup>2458</sup> zum anderen sei Bremen benachteiligt worden, weil der Bund die „überdurchschnittlichen Kosten politischer Führung“, welche in Ländern mit geringer Bevölkerungszahl entstehen, für Bremen – verglichen mit anderen ‚kleinen‘ Ländern – nicht in angemessener Weise berücksichtigt hatte.<sup>2459</sup>

#### IV. Fazit und Ausblick: punktuell sanktionierte Gleichheit zwischen Würde und Solidarität

Aus dem Dargelegten ergibt sich im vergleichenden Gesamtbild, dass in den USA und in Deutschland der *status aequalis* der Verbandsgrundrechtspositionen der föderierten Einheiten im Ingerenzbereich durchaus dogmatische – auch höchstgerichtliche – Anerkennung gefunden hat. Differenzierungen zwischen den föderierten Einheiten bei der Ausübung von Verbandsingerenzen sind freilich regelmäßig im Sinne eines bloßen Willkürverbots relativ unproblematisch verfassungsrechtlich

<sup>2454</sup> BVerfGE 86, 148 – Finanzausgleich II.

<sup>2455</sup> BVerfGE 86, 148 (264 f.) – Finanzausgleich II.

<sup>2456</sup> S. i. Ü. auch die Ausf. oben in Fn. 2241.

<sup>2457</sup> Damals: Art. 107 Abs. 2 S. 3 GG.

<sup>2458</sup> Vgl. BVerfGE 86, 148 (261, 271 f.) – Finanzausgleich II.

<sup>2459</sup> Vgl. BVerfGE 86, 148 (275 f.) – Finanzausgleich II.

rechtfertigbar. Eine Schärfung der Rechtfertigungsanforderungen für föderale Differenzierungen über ein bloßes Willkürverbot hinaus erfolgt eher nur punktuell, wobei die dogmatischen Konturen insoweit nicht abschließend geklärt sind – und gewissermaßen ihrerseits – auf einer Metaebene – allenfalls dem Willkürverbot genügen.

Hervorhebung verdient im US-Verfassungsrecht insbesondere die Entscheidung *Shelby County v. Holder* zur Verfassungswidrigkeit des Bundeswahlgesetzes VRA wegen Verletzung des *equal sovereignty*-Grundsatzes durch föderale Differenzierungen auf veralteter Datengrundlage (s.o. II. 1.). Versuche, die Ratio der Entscheidung zu verallgemeinern, werden im Schrifttum unternommen, können aber kaum als dogmatisch gesichert angesehen werden (s.o. II. 3.). In der Rechtsprechung zeigt sich die Tendenz, den Anwendungsbereich des *equal sovereignty*-Grundsatzes eher gering zu halten und *Shelby County v. Holder* als Ausnahmeentscheidung zu kennzeichnen.<sup>2460</sup> Insbesondere wird nicht jede föderale Differenzierung bei Einschränkungen oder Erweiterungen des legislativen Handlungsspielraums der Einzelstaaten („Autonomiegleichheit“<sup>2461</sup>) an erhöhten Rechtfertigungsanforderungen gemessen (s.o. II. 3. c)). Hierin liegt eine Parallele zur Verfassungslage unter dem Grundgesetz: Auch hier werden föderale Differenzierungen hinsichtlich der „Autonomiegleichheit“ der Länder überwiegend für leicht rechtfertigbar gehalten (s.o. III. 2.).

Im einschlägigen Fallrecht zur Gleichheit der deutschen Länder bei der Ausübung von Bundesingenzenzen bieten die 1. Rundfunkentscheidung und die Entscheidung ‚Finanzausgleich II‘ charakteristische Orientierungsmarken: Erstere betrifft eine sehr basale Ausprägung prozeduraler föderaler Gleichheit bei Verhandlungen zwischen Bund und Ländern (s.o. III. 1.). Zweitere formuliert für den Spezialbereich des Finanzverfassungsrechts ein „föderatives Gleichbehandlungsgebot“ im Zusammenspiel von *status positivus* und *status negativus* der Verbandsgrundrechtspositionen der Länder, u.a. bei der Vergabe von Bundesmitteln an die Länder (s.o. III. 3.).

Rhetorisch hebt die Gerichtsmehrheit in *Shelby County v. Holder* den Topos der ‚föderalen Würde‘ der Einzelstaaten hervor<sup>2462</sup> und versucht, Verbindungslinien zur politischen Geschichte der Entstehung der US-amerikanischen Föderation durch Staaten „auf gleichem Fundament“ herzustellen<sup>2463</sup>. Demgegenüber wird der Gleichheitsaspekt in der 1. Rundfunkentscheidung mit dem Topos der ‚Bundes-

<sup>2460</sup> S.o. bei Fn. 2423.

<sup>2461</sup> Begriff (für den Bereich des grundgesetzlichen Föderalismusverfassungsrechts) von M. C. F. Pleyer, *Föderative Gleichheit*, Berlin 2005, S. 264; s.o. Fn. 2432.

<sup>2462</sup> „*States, equal in power, dignity and authority*“ – s.o. Fn. 2384. Nähere rhetorische Analyse vor dem Hintergrund einer Theorie der ‚Demoikratie‘ unten § 12, B. III. 3. a) cc).

<sup>2463</sup> S.o. in und bei Fn. 2397.



freundlichkeit<sup>2464</sup> und in der Entscheidung ‚Finanzausgleich II‘ mit dem Topos der ‚Bundessolidarität‘<sup>2465</sup> in Verbindung gebracht. Letztlich wird in beiden Föderationen intensiv mit dem Modell des Bundes argumentiert. Verglichen mit der Argumentation in anderen Fallgruppen der Verbandsgrundrechtspositionen der föderierten Einheiten, bei denen die Argumentation mit dem Modell des Bundes häufig auf das Zusammenspiel etwa mit demokratietheoretischen, etatistischen, sub-nationalistischen Topoi angewiesen ist, kommt das Modell des Bundes im Bereich des *status aequalis* relativ selbstständig daher (beachte freilich die Ausführungen zur Anreicherung des Vertragsdenkens mit etatistischen Einsprengeln vor allem im grundgesetzlichen Finanzverfassungsrecht – „Staaten ohne Ernstfall“ [Isensee – s. o. B. I. 3. b)). Unter der US-Verfassung wird dabei die Stoßrichtung der *self-rule*, wie sie im Bund garantiert wird (s. o. § 2, B. I. 4.), betont. Unter dem Grundgesetz steht die im Bund gefasste *shared rule* der föderierten Einheiten (s. o. § 2, B. I. 4.) – gesteigert zu ihrer Solidarität – im Vordergrund. Tendenziell tritt in den USA der *status aequalis* als Flanke des *status negativus* der Staaten (insbesondere im ‚Würde‘-affinen Bereich der Wahlrechtsausgestaltung) hervor; unter dem Grundgesetz steht eher das Zusammenspiel von *status aequalis* und *status positivus* im Vordergrund. Dabei fügt der *status aequalis* dem *status negativus* bzw. *status positivus* die Besonderheit hinzu, dass die föderierten Einheiten nicht als „monolithischer“<sup>2466</sup> Block, sondern unter gewissen Gesichtspunkten ‚individualisiert‘ betrachtet werden.

## § 7 Wirkungsdimensionen I: Texte ‚vor Gericht‘ – gerichtlich durchsetzbare Dogmatik

Wie ‚wirkt‘ Föderalismusverfassungsrecht? § 4 hat drei föderalismusverfassungsrechtliche Strukturelemente – Verbandskompetenzen, Verbandsingerenzen und Verbandsgrundrechtspositionen – präsentiert; § 5 und § 6 haben Verbandsgrundrechtspositionen als Modifikatoren von Kompetenzen bzw. von Ingerenzen vertiefend analysiert. Es bleibt aber die Frage, *wie* – d. h.: auf welche Art und Weise – und *durch wen*<sup>2467</sup> diese Mechanismen in die ‚Wirklichkeit‘, d. h. in das soziale und politische Leben, getragen werden. Daher folgt auf die voranstehende Darstellung der föderalismusverfassungsrechtlichen Strukturelemente – in der Logik der oben

<sup>2464</sup> S. bereits bei Fn. 1284 (in § 4, B. III. 3. d) bb)); s. auch im vorliegenden Kapitel bei III. 1.

<sup>2465</sup> S. o. bei Fn. 2441.

<sup>2466</sup> A. B. Molitor, U. Chi. L. Rev. 81 (2014), 1839 (1875).

<sup>2467</sup> Zur Hervorhebung der Frage nach den Akteuren der ‚Verwirklichung‘ von Verfassungsrecht im Sinne der Beteiligten (des diesbezüglich ersten Schritts) der „Verfassungsinterpretation“ allgemein: P. Häberle, JZ 1975, 297: „Vernachlässigt ist [...] die (neue) dritte Frage nach den Beteiligten der Verfassungsinterpretation [...], eine Frage, zu der die Praxis provoziert: Eine Bestandsaufnahme ergibt nämlich einen sehr weiten, pluralistischen, oft diffusen Beteiligungskreis“.

etablierten Struktur-Wirkungs-Matrix (s.o. § 3, C.) – nun die Darstellung der föderalismusverfassungsrechtlichen Wirkungsdimensionen. Dabei sollen angesichts ihrer großen Bedeutung für das gerichtlich durchsetzbare Föderalismusverfassungsrecht weiterhin (wie schon in § 5 und § 6) die Verbandsgrundrechtspositionen im Vordergrund stehen; um die Kanäle *ihrer* Ver-,Wirklichung‘ – mit hervorragendem Augenmerk für die Konstellation ‚vor Gericht‘ – soll es im Folgenden gehen.

Ausgehend von dem in den beiden vorstehenden Kapiteln ausgewerteten Material erarbeitet das vorliegende Kapitel eine Darstellung der Textsorte der ‚Rechtsinhaltsquelltexte‘; Rechtsinhaltsquelltexte werden als textuelle Träger (u.a.) der Verbandsgrundrechtspositionen eingeführt: Mit Hilfe von Rechtsinhaltsquelltexten geraten Verbandsgrundrechtspositionen ‚vor Gericht‘ (s.u. A.). Darauf aufbauend soll das zentrale ‚Arbeitsmittel‘ der Rechtsprechung – ‚gerichtlich durchsetzbare Dogmatik‘ – als Untersuchungsgegenstand definiert und charakterisiert werden (s.u. B.). Dabei wird – entsprechend der übergreifenden Forschungsfrage (nach ‚*Instrumentalföderalismus vor Gericht*‘) – der Instrumental-Charakter der gerichtlich durchsetzbaren Dogmatik zu den Verbandsgrundrechtspositionen, aber auch weitere besondere Eigenschaften dieses Dogmatik-Komplexes (wie gesteigerte Formalisierung, gesteigerte „Gerichtsfähigkeit“, pluralistische Diskursivität) herausgearbeitet (s.u. B. III., IV. u. C.).

## **A. Induktiver Ausgangspunkt: ‚Rechtsinhaltsquelltexte‘ als textuelle Träger von Verbandsgrundrechtspositionen**

Die Frage danach, wie ‚Föderalismus‘ ‚vor Gericht‘ wirkt, führt zunächst zu einer näheren Untersuchung von ‚gerichtlich durchsetzbarer Dogmatik‘ als dem (textuellen, ‚vertexteten‘, textlichen) ‚Arbeitsmittel‘ der Rechtsprechung. Dabei soll zunächst induktiv unmittelbar an die in den beiden vorstehenden Kapiteln vorgelegte Darstellung der dogmatischen Fallgruppen zu den Verbandsgrundrechtspositionen der förderierten Einheiten und ihrer Wirkung als Kompetenz- und Ingerenzausübungsregeln angeknüpft werden:

Bemerkenswert ist bei einem Rückblick auf die Kapitel zu den Kompetenz- und Ingerenzausübungsregeln zunächst, dass die Argumentation mit Verbandsgrundrechtspositionen der förderierten Einheiten vor allem – aber nicht ausschließlich – in gerichtlichen Entscheidungen angetroffen wurde. Daneben wurden auch bestimmte Arbeiten des rechtswissenschaftlichen Schrifttums und ‚Vorgänge‘ der nicht-judikativen Praxis (etwa der Verwaltungspraxis) vor der Folie der Verbandsgrundrechtspositionen der förderierten Einheiten ausgewertet. Im Folgenden sollen diese für die Verbandsgrundrechtspositionen maßgeblichen besonderen ‚Textsorten‘ der Rechtspraxis und Rechtswissenschaft systematisiert werden. Dabei werden zunächst Typologisierungsansätze für Rechtstexte skizziert und die für den vorliegenden Gegenstand bedeutsame Kategorie der ‚Rechtsinhaltsquelltexte‘ erarbeitet, verortet und umrissen (s.u. I.). Anschließend kann die Relevanz der Kategorie der ‚Rechts-

inhaltsquelltexte‘ gerade für Verbandsgrundrechtspositionen erörtert werden (s. u. II.). Schließlich werden die für die Verbandsgrundrechtspositionen maßgeblichen Rechtsinhaltsquelltexte innerhalb (s. u. III.) und außerhalb (s. u. IV.) der Rechtsprechung näher charakterisiert.

## **I. Typologien von Rechtstexten und die Kategorie der ‚Rechtsinhaltsquelltexte‘**

Es gibt keine umfassende, übergreifende Gattungslehre oder Genretheorie für Rechtstexte<sup>2468</sup>, wohl aber entsprechende Ansätze:

### **1. Struktur von Gattungsbegriffen**

In der Linguistik und Literaturwissenschaft wird häufig folgende allgemeine Struktur von „Gattungsbegriffen“<sup>2469</sup> (oder – was hier synonym verstanden werden soll – von Begriffen für ‚Textsorten‘ oder für ‚Genres‘) zu Grunde gelegt: Über eine Menge von obligatorischen oder fakultativen Merkmalen werden – je nach (Nicht-) Vorhandensein dieser Merkmale – bestimmte Texte bestimmten Klassen (Typen) von Texten zugeordnet; solche Merkmale können beispielsweise die äußere Form (Länge, Gliederung, etc.), die Stilebene, die thematische Struktur oder die Funktion (den „Gebrauchszusammenhang“<sup>2470</sup> in der sozialen Wirklichkeit) von Texten betreffen.<sup>2471</sup>

---

<sup>2468</sup> Ob man, wie das in der Literaturwissenschaft (im Spannungsfeld von Literaturtheorie und Literaturgeschichte) z. T. der Fall ist, aus dem Fehlen einer übergreifenden Gattungslehre auf Bedenken an der wissenschaftlichen Kohärenz der Rechtswissenschaft schließen möchte, soll hier offenbleiben; vgl. zu den erkenntnis- und wissenschaftstheoretischen Implikationen der literaturwissenschaftlichen Gattungstheorie *K. Müller-Dyes*, in: H. L. Arnold/H. Detering (Hrsg.), *Grundzüge der Literaturwissenschaft*, München 1996, S. 323 (323 ff.).

<sup>2469</sup> In der Literaturwissenschaft wird z. T. zwischen historischen Gattungen und systematischen Gattungsbegriffen differenziert: so *K. Müller-Dyes*, in: H. L. Arnold/H. Detering (Hrsg.), *Grundzüge der Literaturwissenschaft*, München 1996, S. 323 (325).

<sup>2470</sup> *D. Busse*, in: G. Antos/K. Brinker/W. Heinemann/S. F. Sager (Hrsg.), *Text- und Gesprächslinguistik. Ein internationales Handbuch zeitgenössischer Forschung*, Berlin u. a. 2000, S. 658 (661). In der Literaturwissenschaft geht es beim „Gebrauchszusammenhang“ u. a. um die (angereizte) „Darbietungsform“, z. B. Bühne etc., vgl. *K. Müller-Dyes*, in: H. L. Arnold/H. Detering (Hrsg.), *Grundzüge der Literaturwissenschaft*, München 1996, S. 323 (327).

<sup>2471</sup> Vgl. *K. Müller-Dyes*, in: H. L. Arnold/H. Detering (Hrsg.), *Grundzüge der Literaturwissenschaft*, München 1996, S. 323 (326 f.); vgl. auch *D. Busse*, in: G. Antos/K. Brinker/W. Heinemann/S. F. Sager (Hrsg.), *Text- und Gesprächslinguistik. Ein internationales Handbuch zeitgenössischer Forschung*, Berlin u. a. 2000, S. 658 (658 f.); aus interdisziplinärer Perspektive zu diesem traditionellen Ansatz der Gattungslehre *A. Durant*, in: M. Wan (Hrsg.), *Reading the legal case. Cross currents between law and the humanities*, Abingdon, U.K., u. a. 2012, S. 11 (22); Durant betont im Weiteren dann allerdings die Rolle der ‚Lese‘-Perspektive (Lesekonventionen als gattungsbildende Kriterien – dazu ausführlich unten § 10, B. II.), vgl.

## 2. Außer-rechtswissenschaftliche Ansätze

In außer-rechtswissenschaftlichen Disziplinen wie der Fachsprachen-Linguistik<sup>2472</sup> und der Übersetzungswissenschaft (Translatologie)<sup>2473</sup> finden sich Ansätze einer Typologisierung von Textsorten der Rechtspraxis und der Rechtswissenschaft<sup>2474</sup>: Beispielsweise hat in der Fachsprachen-Linguistik Walter Otto Texte aus den Bereichen „Recht und Verwaltung“ u. a. nach dem Merkmal der unterschiedlich stark ausgeprägten Intensität von ‚Fachsprachlichkeit‘ sowie – dazu (nur) teilweise reziprok – dem Merkmal der ‚Verständlichkeit‘ geordnet und auf diese Weise ein Spektrum zwischen intensiver Ausprägung von Fachsprachlichkeit in der „Wissenschafts- und Gutachtensprache“ und geringerer Ausprägung im „Verwaltungsjargon“ oder gar in der behördlichen „Merkblatt“-Kommunikation mit Bürgerinnen und Bürgern erhalten.<sup>2475</sup> Die Intensität von Fachsprachlichkeit kann freilich nur ein Kriterium unter anderen sein, um aussagekräftige Textsortenbegriffe zu bilden.<sup>2476</sup>

---

*ders.*, a.a.O. (23 f.). Dass die Vorstellung festumrissener, subsumtionsfähiger Gattungsbegriffe insbesondere auch im Bereich ‚Literatur‘ schwierig ist, soll später am Beispiel der Gattung ‚Lyrik‘ deutlich werden: s. u. § 10, B. II. 1. b) u. 3.

<sup>2472</sup> Etwa W. Otto, in: I. Radtke (Hrsg.), *Die Sprache des Rechts und der Verwaltung*, Stuttgart 1981, S. 44 ff.; J. Engberg, *Fachsprache* 15 (1993), 31 ff.; D. Busse, in: G. Antos/K. Brinker/W. Heinemann/S. F. Sager (Hrsg.), *Text- und Gesprächslinguistik. Ein internationales Handbuch zeitgenössischer Forschung*, Berlin u. a. 2000, S. 658 ff.

<sup>2473</sup> Vgl. etwa C. Griebel, *Rechtsübersetzung und Rechtswissen. Kognitionstranslatologische Überlegungen und empirische Untersuchung des Übersetzungsprozesses*, Berlin 2013, S. 185 ff.

<sup>2474</sup> Hier, also bei der Formulierung des Gegenstandsbereichs („Textsorten der Rechtspraxis und Rechtswissenschaft“), beginnen freilich bereits die Abgrenzungsschwierigkeiten: vgl. D. Busse, in: G. Antos/K. Brinker/W. Heinemann/S. F. Sager (Hrsg.), *Text- und Gesprächslinguistik. Ein internationales Handbuch zeitgenössischer Forschung*, Berlin u. a. 2000, S. 658 (662 f.), welcher bei der Definition des von ihm (linguistisch) untersuchten Gegenstandsbereichs („Textsorten des Bereichs Rechtswesen und Justiz“) darauf hinweist, dass es neben den Texten, welche das Rechtswesen i. e. S. betreffen und dort vom professionellen Rechtsstab (von Juristinnen und Juristen als hoheitlich [v. a. als Richterinnen und Richter] tätige Juristinnen und Juristen) geschaffen werden, auch Texte gibt, welche „ohne die Institution Recht [...] nicht denkbar sind“ – Busse nennt die Bereiche öffentliche Verwaltung, private Vereine, Unternehmen, Rechtswissenschaft, juristische Ausbildung; Busse legt seinem Beitrag also zunächst einen sehr engen – gerichtszentrierten – ‚Rechts‘-Begriff zu Grunde, schaut dann aber auf Berührungspunkte mit Texten in anderen Gesellschafts- und Lebensbereichen.

<sup>2475</sup> Vgl. W. Otto, in: I. Radtke (Hrsg.), *Die Sprache des Rechts und der Verwaltung*, Stuttgart 1981, S. 44 (51 f.); bemerkenswert ist an Ottos Ansatz, dass er die Texte „des Rechts und der Verwaltung“ auf einer *Skala* („Schichtenmodell“) zunehmender Fachsprachlichkeit verortet (also keine trennscharf-strikten Kategorien bildet).

<sup>2476</sup> Vgl. zu einem mehrdimensionalen „Beschreibungsraster“ zur Typologisierung „juristischer Texte“ aus fachsprachenlinguistischer Sicht J. Engberg, *Fachsprache* 15 (1993), 31 (33), mit der Grobunterteilung von kontextbezogenen Kriterien (u. a. Bezug des Texts zur Rechtsnorm [Setzen, Anwenden oder Beschreiben von Rechtsnormen], Situationsfaktoren [wie Grad der Institutionalisierung, Umfang der Festlegungskompetenz, Kombination von Empfängern etc.]) einerseits und sprachbezogenen Kriterien (u. a. angewandte sprachliche Handlungen [u. a. Spezifizieren, Explizieren, Definieren, Argumentieren, Erörtern, etc.],

Soweit es daneben auch um kontextbezogene und funktionale Kriterien, um die Rolle des Texts im gelebten Rechtssystem (den „Gebrauchszusammenhang“<sup>2477</sup> in der sozialen Wirklichkeit) geht, ist die Fachsprachenlinguistik *auch* auf Erkenntnisse der Rechtswissenschaften angewiesen.<sup>2478</sup>

### 3. Rechtswissenschaftliche Ansätze

Selbstverständlich ist auch die Rechtswissenschaft selbst mit verschiedenen Systematisierungen und Klassifizierungen rechtlich relevanter Handlungen, Vorgänge und Gegenstände und – jedenfalls mittelbar – der mit ihnen jeweils im Zusammenhang stehenden Texte befasst:

#### a) ‚Rechtssatztexte‘ und ‚Rechtsakttexte‘

Eine tradierte Fundamental-Differenzierung von rechtlichen Gegenständen wird am (Nicht-)Vorliegen des Merkmals der abstrakt-generellen Geltung festgemacht: Der Gattungsbegriff „Rechtssätze“ (oder auch „Rechtsnormen“<sup>2479</sup> oder auch „Rechtsquellen“<sup>2480</sup>) wird traditionell auf abstrakt-generelle Regeln (also u. a. auf Verfassungsnormen, einfache Gesetze, *executive orders*, *regulations*, Rechtsverordnungen, Satzungen, etc.) bezogen und so vom Gattungsbegriff der „Rechtsakte“ als konkret-individuelle Akte der Rechtsanwendung (Einzelfallgesetze, Urteile, Verwaltungsakte, *[administrative] orders*, etc.) unterschieden.<sup>2481</sup> Hinter Rechts-

---

Umfang und Stärke von Struktur- und Formulierungsmustern, Textsortendeklarationen etc.) andererseits. Die kontextbezogenen Kriterien (Bezug zur Rechtsnorm, „Festlegungskompetenz“, Institutionalisierung etc.) greifen also stark auf juristische Differenzierungen zurück.

<sup>2477</sup> D. Busse, in: G. Antos/K. Brinker/W. Heinemann/S. F. Sager (Hrsg.), Text- und Gesprächslinguistik. Ein internationales Handbuch zeitgenössischer Forschung, Berlin u. a. 2000, S. 658 (661).

<sup>2478</sup> Dazu deutlich D. Busse, in: G. Antos/K. Brinker/W. Heinemann/S. F. Sager (Hrsg.), Text- und Gesprächslinguistik. Ein internationales Handbuch zeitgenössischer Forschung, Berlin u. a. 2000, S. 658 (658); vgl. auch die Rolle rechtswissenschaftlicher Differenzierungen für einige Kriterien im „Raster“ von J. Engberg, Fachsprache 15 (1993), 31 (33) – dazu die Anm. eben in Fn. 2476.

<sup>2479</sup> Zur Synonymität von „Rechtsnorm“ und „Rechtssatz“ etwa T. Vesting, Rechtstheorie, 2. Aufl., München 2015, Rn. 30; vgl. allerdings D. Merten, Jura 1981, 169 (170), dazu, dass „Rechtssatz“ zum Teil weiter verstanden wird als „Rechtsnorm“.

<sup>2480</sup> Gemeint sind dann Rechtsquellen im „juristisch-präskriptiven“ Sinn (hierzu sogleich bei Fn. 2489). Zur Synonymität von „Rechtsquelle“ (in diesem Sinn) und „Rechtssatz“ etwa D. Merten, Jura 1981, 169 (170).

<sup>2481</sup> Vgl. repräsentativ etwa D. Merten, Jura 1981, 236 (243 f.), m. w. N., zur Trennung von „Rechtssatz“ und „Rechtsakt“; textlinguistisch typologisierend (aber rechtswissenschaftlich informiert) greifen auch D. Busse, in: G. Antos/K. Brinker/W. Heinemann/S. F. Sager (Hrsg.), Text- und Gesprächslinguistik. Ein internationales Handbuch zeitgenössischer Forschung, Berlin u. a. 2000, S. 658 (669 f.), sowie J. Engberg, Fachsprache 15 (1993), 31 (33), diese Sonderung abstrakt-genereller Regeln auf; referierend zum traditionellen Fokus des ‚Rechts-

sätzen und Rechtsakten stehen jeweils *Texte*, sodass diese Texte entsprechend als ‚Rechtssatztexte‘ (also beispielsweise Gesetzestexte, aber auch – nur scheinbar absurd – ‚Texte ungeschriebenen Rechts‘) bzw. ‚Rechtsakttexte‘ (beispielsweise Urteiltexte) systematisiert werden können. In der US-amerikanischen Tradition ist diese binäre Differenzierung freilich weniger prominent, was insbesondere an der Zwitterstellung gerichtlicher Entscheidungen im *common law*<sup>2482</sup> liegt (dazu sogleich unten 4. b) bb)).

Diese Gattungsbegriffsbildungen („Rechtssätze“ und „Rechtsakte“) sind freilich höchst abstrakt<sup>2483</sup>. Sie werden ergänzt durch weitere rechtswissenschaftliche Systematisierungen und Klassifizierungen; diese sind häufig gegenständlich auf Teilgebiete des Rechts beschränkt und wiederum nur mittelbar auf Texte bezogen: Ein Beispiel für eine rechtsgebietsspezifische Unterklassenbildung im Bereich der Rechtsakte stellt die verwaltungsrechtswissenschaftliche Formenlehre mit der Differenzierung zwischen „Rechtsformen“ (z. B. Verwaltungsakt, öffentlich-rechtlicher Vertrag), „Handlungsformen“ (z. B. Subventionen, Warnungen) und „Bewirkungsformen“ (z. B. Verwaltungsvollstreckung, akzessorische Strafbewehrung, ökonomische Anreizung der Befolgung) des Verwaltungshandelns dar.<sup>2484</sup>

*b) ‚Rechtserzeugungsquelltexte‘, ‚Rechtswertungsquelltexte‘  
und ‚Rechtserkenntnisquelltexte‘*

Eine weitere, gewissermaßen noch grundlegendere rechtswissenschaftliche Gattungsbegriffsbildung kann im Anschluss an die ‚Rechtsquellenlehre‘ i. w. S. gewonnen werden. Überblicksdarstellungen zur Rechtsquellenlehre (der kontinental-europäischen Tradition) unterscheiden häufig verschiedene disziplinäre Perspektiven; hier zeigt sich der disziplinäre Binnenpluralismus ‚der‘ Rechtswissenschaft: Neben den *rechtssoziologisch* erfassbaren „Rechtserzeugungsquellen“ werden die *rechtsphilosophisch* erfassbaren „Rechtswertungsquellen“ und die *rechtstheore-*

---

satz-‘ und ‚Rechtsnorm‘-Begriffs auf abstrakt-generelle Regeln *T. Vesting*, Rechtstheorie, 2. Aufl., München 2015, Rn. 38 ff., m. w. N.

<sup>2482</sup> Vgl. zu der doppelten Funktion gerichtlicher Entscheidungen zwischen Einzelfallentscheidung und Mitwirkung an der Herausbildung von *case law* als abstrakt-genereller Rechtsquelle nur *E. A. Farnsworth/S. Sheppard*, An Introduction to the Legal System of the United States, New York, N.Y., u. a. 2010, S. 58 f.

<sup>2483</sup> Auch die Literaturwissenschaft kennt unterschiedliche Grade der Abstraktion von Gattungsbegriffen (so die „Hauptgattungen“ Lyrik, Epik, Dramatik und „Untergattungen“ z. B. im Bereich der Lyrik wie Elegie, Sonett, Ode, Hymne, Ballade, etc.), vgl. *K. Müller-Dyes*, in: H. L. Arnold/H. Detering (Hrsg.), Grundzüge der Literaturwissenschaft, München 1996, S. 323 (326).

<sup>2484</sup> *W. Hoffmann-Riem*, in: ders./E. Schmidt-Abmann/A. Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II, 2. Aufl., München 2012, § 33, Rn. 11 ff.; referierend *M. Kloepfer*, Umweltrecht, 4. Aufl., München 2016, § 5, Rn. 7 ff.

tisch<sup>2485</sup> erfassbaren (sowie *rechtsdogmatisch* bearbeitbaren) „Rechtserkenntnisquellen“ geführt.<sup>2486</sup> Zu den („genetisch-soziologischen“<sup>2487</sup>) Rechtserzeugungsquellen zählen ökonomische, politische, historische, mediale, diskursive, ggf. auch geographische Faktoren, welche auf das Rechtssystem einwirken (und umgekehrt von diesem geprägt werden). Die Rechtswertungsquellen werden mit Blick auf die „Frage nach dem Grund der moralisch verpflichtenden Kraft des Rechts“ (göttlicher Wille, menschliche Vernunft, autoritative Anordnung, Gesellschaftsvertrag, etc.) konturiert.<sup>2488</sup> ‚Wertung‘ meint hier also das Messen rechtlicher Arrangements an außer-rechtlichen Maßstäben. Später wird im Rahmen der näheren Untersuchung von ‚Rechtsdogmatik‘ darauf einzugehen sein, dass bei der Rechtsarbeit selbstverständlich auch rechtssystemintern ‚Wertungen‘ stattfinden (s. u. B. III. 4.). Die dritte Kategorie, Rechtserkenntnisquellen („juristisch-präskriptive Rechtsquellen“<sup>2489</sup>), steht zumeist im Fokus der Rechtsquellenlehre. Rechtserkenntnisquellen sind „Regeln, aus denen der Rechtsstab seine Entscheidungen ableiten soll.“<sup>2490</sup> (Nur) damit sind die bereits oben angesprochenen „Rechtssätze“ als abstrakt-generelle Regeln gemeint.<sup>2491</sup>

Bezogen auf die dabei jeweils relevanten *Texte* ergibt die skizzierte Dreiteilung der Rechtsquellen i. w. S. in Rechtserzeugungsquellen, Rechtswertungsquellen und Rechtserkenntnisquellen die *textbezogenen* Gattungsbegriffe ‚Rechtserzeugungsquelltexte‘ (z. B. politische Programmtexte), ‚Rechtswertungsquelltexte‘ (z. B. rechtsphilosophische Schriften) bzw. ‚Rechtserkenntnisquelltexte‘ (z. B. Gesetzestexte):

Die letztgenannten Rechtserkenntnisquelltexte umfassen die bereits oben als ‚Rechtssatztexte‘ (s. o. a)) angesprochenen Textsorten Verfassungstexte, Gesetzestexte, Rechtsverordnungstexte oder Texte von *executive orders*, *regulations*, etc. Es handelt sich also um Texte, die von Hoheitsträgern als Schrifträger von ‚Recht‘ produziert werden. Neben den (ebenfalls bereits oben angesprochenen) ‚Rechts-

<sup>2485</sup> Vgl. T. Vesting, *Rechtstheorie*, 2. Aufl., München 2015, Rn. 146, zur tradierten Rechtsquellenlehre i. e. S. als Teilfrage, als abgeleitete Frage des rechtstheoretischen Problems der ‚Geltung‘ von Recht.

<sup>2486</sup> Vgl. M. Kaltenborn, *Rechtstheorie* 34 (2003), 459 (459 f.), m. w. N., unter Auswertung insbesondere von A. Ross, *Theorie der Rechtsquellen*. Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlage dogmenhistorischer Untersuchungen, Leipzig u. a. 1929, S. 291 f.; zu dieser Dreiteilung m. w. N. auch D. Merten, *Jura* 1981, 169 (169 f.); ähnlich, aber ohne Berücksichtigung der rechtsphilosophischen Perspektive, die Zweiteilung bei K. F. Röhl/H. C. Röhl, *Allgemeine Rechtslehre*, 3. Aufl., München 2008, S. 519: „juristisch-präskriptive Rechtsquellen“ einerseits und rechtssoziologisch erfassbare „genetisch-soziologische“ „Rechtserzeugungsquellen“ andererseits.

<sup>2487</sup> K. F. Röhl/H. C. Röhl, *Allgemeine Rechtslehre*, 3. Aufl., München 2008, S. 519.

<sup>2488</sup> M. Kaltenborn, *Rechtstheorie* 34 (2003), 459 (460), m. w. N.

<sup>2489</sup> K. F. Röhl/H. C. Röhl, *Allgemeine Rechtslehre*, 3. Aufl., München 2008, S. 519.

<sup>2490</sup> K. F. Röhl/H. C. Röhl, *Allgemeine Rechtslehre*, 3. Aufl., München 2008, S. 519.

<sup>2491</sup> Repräsentativ etwa D. Merten, *Jura* 1981, 169 (170), zu „Rechtssätzen“ als Gegenstand der (juristischen) Rechtsquellenlehre.



aktstexten‘ (Texte von Urteilen, Verwaltungsakten, etc.; s.o. a)) mag man diese Rechtserkenntnisquelltexte daher zu den ‚Rechtstexten i.e.S.‘ zählen.

Demgegenüber ließen sich die (‚nur‘) rechtssoziologisch relevanten Rechtserzeugungsquelltexte und die (‚nur‘) rechtsphilosophisch relevanten Rechtswertungsquelltexte als ‚Rechtstexte i.w.S.‘ begreifen. Rechtserzeugungsquelltexte können z.B. politische Programme, ideenpolitische Schriften wie die *Federalist Papers* (näher oben § 1, B.), Gesetzgebungsmaterialien oder rechtswissenschaftliche (rechtsdogmatische) Texte sein. Freilich sind Rechtserzeugungsquellen, also ökonomische, politische, historische, mediale, diskursive oder geographische Faktoren nur teilweise (d.h. selten) als ‚Texte‘ i.e.S. fassbar. Rechtswertungsquelltexte können z.B. (rechts-)philosophische ‚Klassiker‘-Texte von Platon und Aristoteles über Thomas von Aquin und Grotius über – wiederum – *The Federalist* und Kant bis Rawls und Habermas, aber auch gegenständlich spezifischere, kleinteiliger arbeitende rechtsphilosophische und rechtsethische Beiträge (z.B. eine Stellungnahme des Deutschen Ethikrats zu Impfpflichten) sein. Am Beispiel der *Federalist Papers* wird besonders deutlich, dass ein und derselbe Text mehreren Gattungsbegriffen unterfallen kann: So können die ideenpolitischen *Federalist Papers* (näher oben § 1, B. u. C.) als Rechtserzeugungsquelltexte, aber auch als Rechtswertungsquelltexte gelesen werden.<sup>2492</sup>

### c) Exkurs (und Abgrenzung): ‚Rechtsarbeitstexte‘

Noch einmal auf einer etwas anderen Ebene (in einer etwas anderen Dimension) angesiedelt sind ‚Rechtsarbeitstexte‘. Rechtsarbeitstexte sind disziplinär anders – nämlich medienwissenschaftlich und professionssoziologisch, z.B. verwaltungswissenschaftlich – erfassbar: Es sind diejenigen Zeichenträger, welche die Arbeitsvorgänge des Rechtsstabs ‚tatsächlich‘ ermöglichen. Hierzu zählen also v.a. Akten (vgl. Cornelia Vismann<sup>2493</sup>), Protokolle (vgl. Thomas Darnstädt<sup>2494</sup>), Vermerke, Schriftsätze etc.<sup>2495</sup>

<sup>2492</sup> Zu einem Beispiel für die Lektüre der *Federalist Papers* als Rechtserzeugungsquelltext vgl. nur die oben skizzierte Auseinandersetzung zwischen Mehrheitsmeinung (*Justice Scalia*) und abweichenden Sondervoten von Justices Stevens und Souter über die richtige Lesart der *Federalist Papers* hinsichtlich der Problematik des *commandeerings* (dazu § 6, A. II. 2. a)) in *Printz v. U.S.*, 521 U.S. 898 (1997) – ausführlich oben § 1, C. II. 2. Dagegen kommt *The Federalist* andernorts eher als Rechtswertungsquelltext daher: vgl. z.B. die Bettung der rechtswissenschaftlichen Studie von *J. Bednar*, *The Robust Federation*, Cambridge, Mass., U.S.A., 2009, und ihres analytischen Bezugsrahmens der verschiedenen „*safeguards of federalism*“ (s. dazu § 3, C.) in ‚staatsphilosophischen‘ Aussagen von James Madison u. a. aus den *Federalist Papers*: vgl. *J. Bednar*, a. a. O., S. 95 ff.

<sup>2493</sup> Vgl. C. Vismann, *Akten. Medientechnik und Recht*, Frankfurt a. M. 2000.

<sup>2494</sup> Vgl. T. Darnstädt, *Verschlusssache Karlsruhe. Die internen Akten des Bundesverfassungsgerichts*, München 2018; bemerkenswerterweise sind auf dem Cover des Buchs rote Roben zu sehen – selbst hier, auf dem Cover eines Buchs zu den Interna des Gerichts, setzt sich also – marketingbegründet – die Dimension der nach außen tretenden ‚Präsentation‘ durch.

Der Differenzierung zwischen Rechtsarbeitstexten und Rechtsaktstexten entspricht die Differenzierung zwischen der *Herstellung* und der *Darstellung* der gerichtlichen Entscheidung.<sup>2496</sup> Erste wird durch Rechtsarbeitstexte ermöglicht, letztere wird durch Rechtsaktstexte kommuniziert.

Vorliegend stehen Rechtsarbeitstexte nicht im Fokus; nur am Rande wird auf Rechtsarbeitstexte eingegangen: So werden *amicus briefs* betrachtet (s. u. IV. 1. a)), welche aber eben zugleich Rechtsinhaltsquelltexte (hierzu nun sogleich 4.) darstellen.<sup>2497</sup>

#### 4. Abgrenzungsschwierigkeiten: die Grenz-Kategorie der ‚Rechtsinhaltsquelltexte‘

Hervorhebung verdient nun der Befund, dass die vorgestellten Differenzierungen nicht immer sauber durchzuhalten sind oder jedenfalls Abgrenzungsschwierigkeiten kennen; in den Worten von Klaus F. Röhl und Hans Christian Röhl handelt es sich um „ambivalent[e] Begriffe [...], mit denen die Jurisprudenz arbeitet und arbeiten muss, um entscheidungsfähig zu bleiben.“<sup>2498</sup> Für die vorliegende Studie (d. h. für das Textmaterial zu den Verbandsgrundrechtspositionen der förderierten Einheiten in den USA und in Deutschland) sind zwei solche Abgrenzungsschwierigkeiten besonders relevant: *erstens* die Einordnung bestimmter (dogmatisch arbeitender) rechtswissenschaftlicher Texte und *zweitens* die Verortung gerichtlicher Texte:

##### *a) Dogmatisch arbeitende rechtswissenschaftliche Texte als Rechtsinhaltsquelltexte*

Röhl und Röhl betrachten das erstgenannte Einordnungsproblem (die dogmatisch arbeitenden rechtswissenschaftlichen Texte) unter dem Schlagwort der „Rechtsinhaltsquellen“ („Rechtsquellen zweiten Grades“, „Rechtsquellen im weiteren Sinn“):

<sup>2495</sup> Vgl. M. Wrase, in: A. Pilniok/J. Brockmann (Hrsg.), Die juristische Profession und das Jurastudium, Baden-Baden 2017, S. 41 (50), welcher daher Gerichtsentscheidungen (zusammen u. a. mit Lehr- und Lernbüchern) nur zu den „eigentlich sekundären Rechtstexten“ zählt; zu den primären Rechtstexten zählt Wrase Schriftsätze und – unter Verweis auf die Arbeiten von Cornelia Vismann – Akten.

<sup>2496</sup> Dazu etwa H. Isay, Rechtsnorm und Entscheidung, Berlin 1929, S. 334, der dazu ausführt, dass „die Methode der Urteilsfindung etwas anderes sei als die Methode der Begründung des gefundenen Urteils“, mit Hinweis auf G. Wildhagen, Der bürgerliche Rechtsstreit, Berlin 1912, S. 63.

<sup>2497</sup> S. auch die Ausf. zum Protokoll einer mündlichen Verhandlung in und bei Fn. 3832.

<sup>2498</sup> K. F. Röhl/H. C. Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl., München 2008, S. 520, zu den verschiedenen, nicht immer sauber getrennten Begriffen der ‚Rechtsquelle‘ und dort zur Verortung der ‚herrschenden Meinung‘ zwischen soziologischer und juristischer Rechtsquelle; vgl. auch T. Vesting, Rechtsstheorie, 2. Aufl., München 2015, Rn. 31: „Im rechtlichen Alltagsbetrieb gehen vertragsgestaltende, rechtsprechende, gesetzgeberische und rechtswissenschaftliche Normproduktion fließend ineinander über.“

Hierunter verstehen sie solche Einflüsse, welche „schon in einem juristischen Kontext stehen und in gleicher Weise wie die i.e.S. verbindlichen juristischen Rechtsquellen Sollensnormen formulieren, so dass die Gerichte sie unmittelbar anwenden könnten“.<sup>2499</sup> Rechtsinhaltsquellen sind also keine juristisch-präskriptiven Rechtserkenntnisquellen im Sinn der Rechtstheorie, wohl aber soziologisch-faktisch bedeutsame Einflüsse auf den Inhalt gerichtlicher Entscheidungen, also *besonders praxisnahe* Rechtserzeugungsquellen. Auf die Beeinflussung der Inhalte gerichtlicher Entscheidungen sind solche dogmatisch arbeitenden rechtswissenschaftlichen Texte gerade ausgerichtet (zum Begriff der ‚Dogmatik‘ gleich B. I.). Im US-amerikanischen Diskurs werden solche wissenschaftlichen Rechtsinhaltsquellen als „secondary authority“<sup>2500</sup> oder „persuasive authority“<sup>2501</sup> bezeichnet und darauf hingewiesen, dass diese zwar keine juristische Bindungswirkung für Gerichte entfalten, wohl aber häufig von Gerichten zitiert werden und vereinzelt Innovationen in der Rechtsprechung anstoßen können<sup>2502</sup>.

Im Anschluss an Röhl und Röhl soll vorliegend mit Blick auf die Texte der dogmatisch arbeitenden Rechtswissenschaft von ‚Rechtsinhaltsquellen‘ als Grenz-Kategorie zwischen (bloßen) ‚Rechtserzeugungsquellen‘ und ‚Rechtserkenntnisquellen‘ gesprochen werden.

<sup>2499</sup> K. F. Röhl/H. C. Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl., München 2008, S. 520, am Beispiel der ‚herrschenden Meinung‘; beachte auch M. Kaltenborn, Rechtstheorie 34 (2003), 459 (460), der „die wissenschaftliche Doktrin“ ohne Differenzierung in einer Reihe mit „staatlichen Gesetze[n] und Verordnungen, [...] Satzungsrecht [...], [...] Gewohnheitsrecht, Verträge[n], [...] Richterrecht“ als „Rechtserkenntnisquelle“ aufzählt; vgl. auch T. Vesting, Rechtstheorie, 2. Aufl., München 2015, Rn. 30, welcher „juristische Regeln“ („Rechtsnormen, deren Entstehung sich unmittelbar auf rechtswissenschaftliche Expertise zurückführen lässt“) als eine von vier (nicht abschließend aufgezählten) „Typen von Rechtssätzen“ benennt.

<sup>2500</sup> E. A. Farnsworth/S. Sheppard, An Introduction to the Legal System of the United States, New York, N.Y., u. a. 2010, S. 91, in Abgrenzung zu „primary authority“, wozu v. a. Gesetze und Fallrecht gezählt werden; vgl. auch F. Schauer, Va. L. Rev. 94 (2008), 1931 (1940), welcher unter „secondary authority“ Texte des Schrifttums („like a treatise or law review article“) zählt; vgl. auch P. Hay, US-Amerikanisches Recht, 7. Aufl., München 2020, (vor) Rn. 31: „sekundäre Quellen“; vgl. für einen komparatistischen Blick auf „sekundäre Verfassungsinterpretationen“ in den USA und in Deutschland M. Hailbronner, Der Staat 53 (2014), 425 (429 ff.): Hailbronner versteht darunter (im Anschluss u. a. an Stanley Fish) „Personen und Institutionen, mit deren Interpretation sich [die primären Verfassungsinterpretationen wie Gerichte und Akteure der nicht-judikativen Verfassungspraxis] primär im Zuge [ihrer] eigenen Auslegung auseinandersetzen“ müssen.

<sup>2501</sup> F. Schauer, Va. L. Rev. 94 (2008), 1931 (1940), nennt als Beispiel von „persuasive authority“ gerichtliche Entscheidungen aus fremden Rechtsordnungen.

<sup>2502</sup> Vgl. E. A. Farnsworth/S. Sheppard, An Introduction to the Legal System of the United States, New York, N.Y., u. a. 2010, S. 91 f.; beachte allerdings P. Hay, US-Amerikanisches Recht, 7. Aufl., München 2020, Rn. 33: rechtswissenschaftliche Beiträge (mit Ausnahme der *American Law Reports Annotated* und der *Restatements of Law*) in den USA „bezwecken oft mehr die kritische und bewertende Vermittlung der neueren Rechtsentwicklung als ihre Beeinflussung“; freilich weist ders., a. a. O., dort in Fn. 42, darauf hin, dass es auch „bedeutende Ausnahmen“ gebe. Es fragt sich insoweit, wo die Grenze zwischen (bestimmten Formen von) „Kritik“ und „Beeinflussung“ liegen mag.

*b) Texte der Rechtsprechung: ‚jedenfalls‘ Rechtsinhaltsquellentexte*

Auch die Verortung ‚der Rechtsprechung‘ in der Rechtsquellenlehre ist – zumal bei komparatistischem Arbeiten – nicht in jeder Hinsicht eindeutig:

aa) ‚Richterrecht‘ und Rechtsquellenlehre

Beispielhaft kann im Ausgangspunkt auf den ‚traditionellen‘ Ansatz bei Detlef Merten hingewiesen werden: Dieser zählt in einer Überblicksdarstellung zum „System der Rechtsquellen“ gerichtliche Entscheidungen nur in Ausnahmekonstellationen zu den Rechtserkenntnisquellen; grundsätzlich stellten Merten zu Folge gerichtliche Entscheidungen Rechtsanwendung und damit Rechtsakte (s.o. 3. a)), jedoch keine abstrakt-generelle Rechtsetzung und damit keine Rechtssätze (Rechtserkenntnisquellen) dar.<sup>2503</sup> Anders sei dies nur zwei Konstellationen: *erstens* in den Fällen einfach-gesetzlicher Anordnung der abstrakt-generellen Wirkung bestimmter gerichtlicher Normenkontrollentscheidungen (vgl. § 31 Abs. 2 BVerfGG, § 47 Abs. 5 VwGO)<sup>2504</sup> und – *zweitens* – „[a]ls spezifische Unterart des Gewohnheitsrechts“ bei Vorliegen dessen enger Voraussetzungen<sup>2505</sup>.

Diese Sicht ist freilich v. a. seit der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts bereits für den kontinentaleuropäischen Rechtskreis umstritten: Vertreterinnen und Vertreter „der neueren Methodenlehre“<sup>2506</sup> betonen die eigenständige schöpferische Rolle des gerichtlichen Entscheidens (kein ‚Subsumptionsautomatismus‘); zum Teil wird daraus auf den eigenständigen Rechtserkenntnisquellencharakter des ‚Richterrechts‘ geschlossen.<sup>2507</sup>

Diese rechtstheoretische Streitfrage soll vorliegend nicht vertieft werden; selbst wenn man gerichtliche Entscheidungen in Rechtsprechungslinien nicht für eine eigenständige Rechtserkenntnisquelle halten sollte, würde hier jedenfalls die Grenzkategorie der Rechtsinhaltsquelle einschlägig sein: Urteilstexte kämen dann nicht

<sup>2503</sup> Vgl. D. Merten, Jura 1981, 236 (243 f.), m. w. N.

<sup>2504</sup> Vgl. D. Merten, Jura 1981, 236 (243).

<sup>2505</sup> D. Merten, Jura 1981, 236 (244).

<sup>2506</sup> So die bündelnde Kennzeichnung durch T. Vesting, Rechtstheorie, 2. Aufl., München 2015, Rn. 191 f., welcher damit u. a. Arbeiten von Karl Larenz, Josef Esser, Martin Kriele, „aber auch“ von Friedrich Müller und Ralf Christensen in den Blick nimmt. Deren Ansätze sind freilich untereinander z. T. höchst unterschiedlich, aber durch ein stärkeres Augenmerk auf die eigenständige schöpferische Rolle des gerichtlichen Entscheidens doch verbunden, vgl. T. Vesting, a. a. O., Rn. 191 ff.

<sup>2507</sup> Vgl. etwa M. Kriele, Theorie der Rechtsgewinnung, 2. Aufl., Berlin 1976, S. 243 ff.; W. Hassemer, in: F. Saliger/ders./U. Neumann (Hrsg.), Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 9. Aufl., Heidelberg 2016, S. 227 (237 f.): „(wenigstens faktische) Bindungswirkung“ – „erheblicher Argumentationsaufwand“ bei Abweichungen; vgl. referierend (nicht affirmativ) zu diesen Stimmen (und Gegenstimmen) T. Vesting, Rechtstheorie, 2. Aufl., München 2015, Rn. 195, m. w. N.

nur als Rechtsakttexte (dazu oben 3. a)), sondern (mindestens) auch als Rechtsinhaltsquellen in Betracht.

#### bb) Komparatistischer Hinweis: Rechtsquellen im US-Recht

Die bisherigen Ausführungen zu rechtswissenschaftlichen Systematisierungen und Klassifizierungen rechtlich relevanter Vorgänge und Texte entstammen – jedenfalls terminologisch – primär der kontinentaleuropäischen Tradition des *civil law*, zu der die deutsche Rechtsordnung gezählt wird. Auf die USA, deren Rechtsordnung zum Kreis der *common law*-Rechtsordnungen gerechnet wird, sind die vorgestellten Systematisierungen und Klassifizierungen – schon im Angesicht ihres hohen Abstraktionsgrads – aber *der Sache nach* grundsätzlich durchaus übertragbar: Auch im US-amerikanischen Rechtssystem lassen sich grundsätzlich Rechtssatztexte von Rechtsakttexten (dazu oben 3. a)) sowie Rechtserzeugungs-, Rechtswertungs-, Rechtserkenntnis- und Rechtsinhaltsquellen (dazu oben 3. b)) voneinander unterscheiden.<sup>2508</sup>

Freilich ergeben sich bei der Zuordnung konkreter Gegenstände und Texte zu diesen Kategorien dann im Einzelnen auch Unterschiede: Insbesondere tritt in den USA die Bedeutung des Fallrechts (*case law, precedent, stare decisis*) als eigenständige Rechtserkenntnisquelle von vorneherein stärker in den Vordergrund<sup>2509</sup>, die Bedeutung des Gesetzesrechts dagegen – jedenfalls in Kernbereichen des bürgerlichen Rechts<sup>2510</sup> – traditionell in den Hintergrund.

<sup>2508</sup> Beachte allerdings O. Lepsius, in: H. Schulze-Fielitz (Hrsg.), Staatsrechtslehre als Wissenschaft, Berlin 2007, S. 319 (322), welcher die Fokussierung auf „das Muster [der] generell-abstrakte[n] Norm“ (das ja auch der Unterscheidung ‚Rechtssatz‘/‚Rechtsakt‘ zugrunde liegt – s. o. 3. a)) als Kern des kontinentaleuropäischen „Normverständnisses“ dem US-amerikanischen, von vorneherein stärker fakten- und einzelfallorientierten Normverständnis kontrastiv gegenüberstellt. Dennoch kann man auch an das US-amerikanische Rechtsdenken die Trennung von Rechtsetzung und -anwendung jedenfalls heuristisch und jedenfalls von außen herantragen.

<sup>2509</sup> Vgl. nur E. A. Farnsworth/S. Sheppard, An Introduction to the Legal System of the United States, New York, N.Y., u. a. 2010, S. 58 f.; P. Hay, US-Amerikanisches Recht, 7. Aufl., München 2020, Rn. 19 ff.

<sup>2510</sup> Anders sieht das insbesondere in Sachgebieten, welche man in Deutschland zum ‚besonderen Verwaltungsrecht‘ oder ‚Regulierungsrecht‘, aber auch zum ‚Wirtschaftsprivatrecht‘ zählen würde, aus; hier (aber nicht nur hier) gewinnt das Gesetzesrecht (*statutory law*) auch in den USA seit Langem (insbesondere seit dem *New Deal*) große praktische Bedeutung; vgl. E. A. Farnsworth/S. Sheppard, An Introduction to the Legal System of the United States, New York, N.Y., u. a. 2010, S. 69 (allgemein), 153 f. (Handelsrecht), 169 f. (allgemeines Verwaltungsrecht), 173 f. (Wettbewerbsrecht), 177 ff. (Arbeitsrecht), 188 (Umweltrecht); aus rechtsvergleichender Sicht E. Schmidt-Aßmann, ZaöRV 78 (2018), 807 (819 f.). Zur Fokussierung der Kontrastierung von *common law/civil law* auf das [Kern-]Zivilrecht auch O. Lepsius, in: H. Schulze-Fielitz (Hrsg.), Staatsrechtslehre als Wissenschaft, Berlin 2007, S. 319 (320; dort in Fn. 2 a. E.).

Diese überkommene Kontrastierung von *civil law* und *common law* ist eher holzschnittartig überzeichnet; dies hat etwa Martin Kriele – unter Betonung der wichtigen Funktion von Präjudizien in *beiden* Typen von Rechtsordnungen – herausgearbeitet<sup>2511</sup>. Die Belastbarkeit der binären Kontrastierung muss vorliegend aber auch gar nicht im Allgemeinen nachvollzogen oder überprüft werden, liegt doch der vorliegende Untersuchungsgegenstand im Bereich des *Verfassungsrechts*:

#### cc) Sonderstellung des Verfassungsrechts(?)

Das Verfassungsrecht, auch das verfassungsrechtliche Staatsorganisationsrecht (zumal das Recht der vorliegend interessierenden Verbandsgrundrechtspositionen<sup>2512</sup>), ist in beiden Rechtsordnungen von vorneherein nicht nur regelungsthematisch, sondern auch textuell, normenstrukturell, institutionell sowie methodisch anders aufgestellt als einfach-rechtliche Rechtsmaterien.<sup>2513</sup> Und hier zeigen sich durchaus Gemeinsamkeiten der beiden vorliegend untersuchten Rechtsordnungen in intensiver Form; zwei zentrale Gemeinsamkeiten der beiden Verfassungsordnungen sind: *erstens* die Funktion des *geschriebenen* Verfassungstexts als *ein* gewichtiger

---

<sup>2511</sup> Vgl. M. Kriele, Theorie der Rechtsgewinnung, 2. Aufl., Berlin 1976, S. 245; referierend zu weiteren Stimmen, welche die Konvergenz von *common law* und *civil law* betonen, O. Lepsius, in: H. Schulze-Fielitz (Hrsg.), Staatsrechtslehre als Wissenschaft, Berlin 2007, S. 319 (319 f., dort insbes. in Fn. 2), m. w. N., welcher selbst allerdings – bei einer „gewisse[n] Vereinseitigung und Schablonisierung“ – „trotz aller quantitativen Annäherung der Rechtsquellen Gesetz und Präjudiz eine entscheidende Trennlinie, jedenfalls zwischen dem deutschen und amerikanischen Rechtsdenken“ vor allem mit Blick auf das jeweilige „Normverständnis“ ausmacht; so sei das US-amerikanische Normverständnis stärker faktenorientiert.

<sup>2512</sup> Man mag zwar Kompetenz- und Ingerenznormen (s. o. § 4, A. I. bzw. II.), welche ja regelmäßig einem Konditionalschema folgen, in gewisser Hinsicht als normstrukturell dem einfachen Gesetzesrecht ähnlich strukturiert charakterisieren. Dies ist für Verbandsgrundrechtspositionen (s. o. § 4, A. III.) anders; diese passen nicht ohne Weiteres in ein Konditionalschema.

<sup>2513</sup> Zur Sonderstellung des Verfassungsrechts, insbesondere aus methodologischer Sicht: für die US-amerikanische Tradition: vgl. ‚bereits‘ den prominent-wirkmächtigen Satz von Chief Justice John Marshall in *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. (4 Wheat.) 316 (1819), 407: „we must never forget it that it is a Constitution we are expounding“; hierzu M. C. Dorf/ T. Morrison, Constitutional Law, New York, N.Y., U.S.A., 2010, S. 41 ff.; für die deutsche Tradition: R. Smend, in: Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze, 3. Aufl., Berlin 1994 [1928], S. 119 (189); E.-W. Böckenförde, NJW 1976, 2089 (2091); Smend und Böckenförde werden jeweils ausdrücklich aufgegriffen und zitiert vom Zweiten Senat des Bundesverfassungsgerichts in BVerfGE 62, 1 (45) – Bundestagsauflösung I; teilweise a. A. C. Starck, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. XII, 3. Aufl., Heidelberg 2014, § 271, Rn. 18: „keine Sonderstellung des Verfassungsrechts unter methodologischen Gesichtspunkten“, unter Hinweis auf M. Kriele, Theorie der Rechtsgewinnung, 2. Aufl., Berlin 1976, S. 338 ff. Zum normenstrukturellen Aspekt etwa T. Vesting, Rechtstheorie, 2. Aufl., München 2015, Rn. 37, der darauf hinweist, dass das im deutschen Rechtsdenken vorherrschende Konditionalprogramm von Normen insbesondere (freilich nicht nur) im Verfassungsrecht an seine Grenzen stößt.

Faktor bei der Lösung von Verfassungsrechtsfällen<sup>2514</sup>, aber auch – schon angesichts der Fragmentarität und Offenheit der Verfassungstexte<sup>2515</sup> – die wichtige Funktion des ‚Richterrechts‘.

Diese Gemeinsamkeiten sind freilich teilweise auf hoher Abstraktionsebene angesiedelt; die konkreten Funktionsweisen unterscheiden sich dann doch<sup>2516</sup>: Insbesondere ist ‚Richterrecht‘ nicht gleich ‚Richterrecht‘; so betont Oliver Lepsius, dass ‚Richterrecht‘ in Deutschland anders strukturiert sei als in den USA: „Deutsches Richterrecht zeichnet sich [...] durch abstrakte Fallgruppenbildung aus. [...] Normstrukturell orientiert sich das deutsche Richterrecht am Muster der generell-abstrakten Norm. Wenn [deutsche] Obergerichte Richterrecht setzen, greifen sie zum Abstraktionsniveau der Gesetzgebung [...]“. <sup>2517</sup> Lepsius hat diesen Gedanken andernorts weiterentwickelt und die Formel von der „maßstabsetzenden Gewalt“ des Bundesverfassungsgerichts<sup>2518</sup> geprägt (dazu sogleich III. 3. c)). Gegenüber dieser generell-abstrakten Maßstabbildung sei ‚Richterrecht‘ in den USA stärker auf den jeweiligen Einzelfall bezogen; Arbeit mit *precedent* sei stets faktenorientierte (Vergleichs-)Arbeit, wie sich insbesondere im Vorgang des *distinguishing*<sup>2519</sup> zeige.<sup>2520</sup>

<sup>2514</sup> Tendenziell wird der geschriebene Verfassungstext in Deutschland sicherlich zumeist in deutlicherer Weise als Ausgangspunkt (Aufhänger) verfassungsrechtlicher Arbeit ausgestellt, während in den USA ‚*constitutional text*‘ (oder auch: ‚*language*‘) häufig nur als ein Element der verfassungsrechtlichen Arbeit neben anderen Elementen wie ‚*structure*‘, ‚*principle*‘, ‚*original understanding*‘, ‚*institutional history*‘, ‚*policy considerations*‘ und v. a. ‚*precedent*‘ geführt wird, vgl. zu diesen Elementen R. R. Kelso, Val. U. L. Rev. 29 (1994), 121 (125 ff.); D. A. Strauss, U. Chi. L. Rev. 63 (1996), 877 (877, 883), welcher diese Funktionsweise als „*common law constitutional interpretation*“ bezeichnet (und rechtfertigt); vgl. auch O. Lepsius, in: H. Schulze-Fielitz (Hrsg.), Staatsrechtslehre als Wissenschaft, Berlin 2007, S. 319 (323): „Selbst im Verfassungsrecht wird der Name des Falles zitiert, nicht die Norm selbst, weil die Norm ohne Sachverhaltsbezug juristisch nicht greifbar ist“, mit Hinweis auf D. A. Strauss, a. a. O.

<sup>2515</sup> Beim Grad der Fragmentarität der Verfassungstexte zeigen sich i. Ü. deutliche Unterschiede: Das Grundgesetz ist – gerade im Föderalismusverfassungsrecht – deutlich ausführlicher und detaillierter, häufig auch ‚technischer‘ gefasst als die US-Verfassung; vgl. dazu oben § 3, B. I. 2. a) sowie § 6, A. VII. 3. b). Insgesamt relativierend zum Punkt der Fragmentarität (des Grundgesetzes) als Abgrenzungskriterium zum einfachen Recht C. Starck, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. XII, 3. Aufl., Heidelberg 2014, § 271, Rn. 6: „[k]ein methodologischer Gegensatz von Verfassung und Gesetz“.

<sup>2516</sup> S. neben dem im Fließtext Folgenden auch bereits die Anm. in Fn. 2509 u. 2510.

<sup>2517</sup> O. Lepsius, in: H. Schulze-Fielitz (Hrsg.), Staatsrechtslehre als Wissenschaft, Berlin 2007, S. 319 (326).

<sup>2518</sup> O. Lepsius, in: M. Jestaedt/ders./C. Möllers/C. Schönberger (Hrsg.), Das entgrenzte Gericht, Berlin 2011, S. 159 ff.

<sup>2519</sup> *Distinguishing* ist das Argumentieren für die Nichteinschlägigkeit eines zuvor entschiedenen Judikats bei der Lösung eines neuen Falls mit Verweis auf *faktische* Unterschiede der jeweils den Fällen zugrunde liegenden Sachverhalte.

<sup>2520</sup> Vgl. O. Lepsius, in: H. Schulze-Fielitz (Hrsg.), Staatsrechtslehre als Wissenschaft, Berlin 2007, S. 319 (321 f.). Anschaulich wird die ‚faktengesättigte‘ Konkretheit von *prece-*



Freilich arbeiten aber auch im US-amerikanischen Verfassungsrecht Gerichte und andere Interpretierende mit dem – unscharfen – Faktor ‚*principle*‘, also mit generalisierten Argumentationstopoi auf mittlerer Abstraktionsebene, im Bereich des Föderalismusverfassungsrechts z. B. ‚*dual sovereignty*‘, ‚*sovereign immunity*‘ (s. o. § 5, A. III. 2.) oder ‚*equal sovereignty*‘ (s. o. § 6, D. II. 1.), welche nicht nur unabhängig vom Verfassungstext<sup>2521</sup>, sondern durchaus auch unabhängig von methodisch streng gebundenen Rechtsprechungslinien (*precedent*) ein ‚Eigenleben‘ entwickeln können.<sup>2522</sup>

---

dent in Ronald Dworkins Bild vom US-amerikanischen ‚Richterrecht‘ als „Kettenroman“ („*chain novel*“), wenn man den Aspekt des ‚Romans‘ hervorhebt, vgl. R. Dworkin, *Law's Empire*, Cambridge, Mass., U.S.A., u. a. 1986, S. 225 ff., welcher mit seiner Metapher freilich eher das Prinzip der ‚Integrität‘ bei der Fortbildung von ‚Richterrecht‘ veranschaulichen möchte (Modell des Fortsetzungsromans in Gestalt serieller kollaborativer Literaturproduktion). Analogisiert man das US-amerikanische Richterrecht mit einem „Kettenroman“, so kommt die ‚richterrechtliche‘ Textproduktion des Bundesverfassungsgerichts tendenziell eher als systematisches ‚Lehrbuch‘ oder ‚Handbuch‘ daher. Vgl. zur Faktenorientierung im US-amerikanischen *case law* auch D. J. Meltzer, 1•CON 4 (2006), 39 (56): „*American lawyers are trained to believe that legal doctrines respond to the factual circumstances, and thus the circumstances underlying the key moments in doctrinal developments warrant close inspection.*“

<sup>2521</sup> Vgl. D. A. Strauss, U. Chi. L. Rev. 63 (1996), 877 (877): „*There are settled principles of constitutional law that are difficult to square with the language of the document, and many other settled principles that are plainly inconsistent with the original understandings.*“

<sup>2522</sup> Im Zusammenhang mit *constitutional interpretation* wird ‚*principle*‘ freilich unterschiedlich verwendet: Eine – vorliegend nicht direkt angesprochene – Verwendungsweise von ‚*principle*‘ bezieht sich auf bei der Rechtsanwendung ggf. relevante ethische Prinzipien, Prinzipien der Gerechtigkeit oder ‚*principles of political morality*‘ (so bei R. Dworkin, N.Y.U. L. Rev. 56 [1981], 469 [474]). Auch nicht unmittelbar gemeint ist die rechts- und normtheoretische Verwendungsweise von ‚*principle*‘ in der Unterscheidung zwischen ‚*rule*‘ und ‚*principle*‘ (vgl. etwa R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt a. M. 1986, S. 71 ff.). Vorliegend schon eher gemeint ist ‚*principle*‘ wie in ‚*principled*‘ im Sinne von ‚dogmatisch abstrahiert und (mehr oder weniger kohärent) durchgebildet‘ (so wohl die Begriffsverwendung bei V. C. Jackson, Harv. L. Rev. 111 [1998], 2180 [2255 ff.]: „*principled federalism*“). Vorliegend gemeint ist ‚*principle*‘ als eine Bündelung normativer Gehalte auf einer mittleren Abstraktionsstufe – in diese Richtung geht die Begriffsverwendung etwa bei C. L. Westover, Marq. L. Rev. 88 (2005), 693 (694): Bemerkenswerterweise sieht Westover gerade im Bereich des Föderalismusverfassungsrechts Raum für ‚*principle*‘: „*the [U.S. Supreme] Court has relied on a number of distinct doctrines over the last fifteen years to strike down congressional statutes in the name of federalism. Of course, there is no specific 'federalism' clause in the Constitution. To justify its decisions, therefore, the Court has relied on other interpretive tools, applying principles derived from the Constitution's history and structure.*“ Zum Teil wird insoweit statt von ‚*principle*‘ von „*theory*“ gesprochen, vgl. etwa V. C. Jackson, a. a. O. (2195): „*theory of dual sovereignty*“ sowie „*theory of democratic accountability*“; vgl. dann aber wiederum *dies.*, a. a. O. (2184, dort in Fn. 11): „*republican principle of electoral accountability*“, Hervorh. R.D.N. Im Kontext mit ‚*principled interpretation*‘ ist ferner auf Richard A. Posner hinzuweisen, welcher deutlich gemacht hat, dass auch im US-amerikanischen Rechtsdenken gilt: „*There isn't much to bottom-up reasoning*“, R. A. Posner, U. Chi. L. Rev. 59 (1992), 433 (435).

dd) Fazit: Texte der Rechtsprechung ‚zumindest‘ als Rechtsinhaltsquelltexte

Obwohl also auch im Bereich des Verfassungsrechts Unterschiede zwischen den in den USA und in Deutschland jeweils vorherrschenden Grundmodellen des Rechtsdenkens und der Funktionsweise von Rechtsquellen wie dem ‚Richterrecht‘ (und somit von entsprechenden Textsorten) bestehen (s.o. bb)), so bleibt doch für beide Rechtsordnungen festzuhalten, dass gerade im Bereich des Verfassungsrechts Texte der Rechtsprechung ‚zumindest‘ als Rechtsinhaltsquelltexte potenziell entscheidenden Einfluss auf künftige Rechtsprechung nehmen können, insoweit also mehr sind als bloße einzelfallgebundene Rechtsakte.

## **II. Verbandsgrundrechtspositionen – verfassungstextfernes Argumentieren in Rechtsinhaltsquelltexten ‚vor Gericht‘**

Rechtsinhaltsquelltexte sind gerade für die vorliegend interessierenden Verbandsgrundrechtspositionen von föderierten Einheiten in den USA und in Deutschland von besonderer Bedeutung: ‚Vor Gericht‘ wird in Rechtsinhaltsquelltexten (s. u. 2.) in verfassungstextferner Manier mit Verbandsgrundrechtspositionen von föderierten Einheiten argumentiert (s. u. 1.).

### **1. Verfassungstextfernes Argumentieren**

*a) ‚Verfassungstextferne‘; ‚Ungeschriebenes‘*

Verbandsgrundrechtspositionen von föderierten Einheiten ergeben sich zumeist nicht ausdrücklich aus den Texten der beiden Bundesverfassungen (s. bereits § 4, B. III. 2.): Einschlägige Argumentationstopoi wie ‚*dual sovereignty*‘, ‚*sovereign immunity*‘ (s.o. § 5, A. III. 2.), ‚*equal sovereignty*‘ (s.o. § 6, D. II. 1.), ‚*state dignity*‘ (s. u. a. oben § 5, A. III. 2.), ‚Eigenstaatlichkeit der Länder‘ (s. u. a. oben § 6, A. VII. 3. b)), ‚Entscheidungsfreiheit der Länder‘ (s. u. a. § 6, A. IV. 3. b)) oder ‚Bundestreue‘ (s. u. a. oben § 6, A. II. 3. b)) sind verfassungstextfern. Allenfalls lose lassen sie sich an die Texte der Verfassungen zurückbinden, so beispielsweise die ‚Eigenstaatlichkeit der Länder‘ an das Wort „Bundesstaat“ in Art. 20 Abs. 1 GG oder an die „staatlichen Befugnisse und [...] staatlichen Aufgaben“ in Art. 30 GG; selbst dann entwickeln sie ein diskursives Eigenleben. Andere Topoi, etwa ‚*dual sovereignty*‘ oder Bundestreue, haben keine wörtlichen Anhaltspunkte in den Verfassungstexten, sondern werden durch (u. a. historische, systematische oder teleologische) Auslegung ermittelt.

Da diese Topoi nicht unmittelbar (also ‚wörtlich‘) in den Texten der Verfassungen geschrieben stehen, könnte man sie als ‚ungeschrieben‘ charakterisieren. Das At-

tribut des ‚Ungeschriebenen‘<sup>2523</sup> hat freilich relativen<sup>2524</sup> Charakter: Nur mit Blick auf die *Verfassung*stexte sind die genannten Topoi ‚ungeschrieben‘; in Texten der Rechtsprechung und des rechtsdogmatisch arbeitenden Schrifttums werden die Topoi hingegen artikuliert. Insoweit sind sie – selbstverständlich – ‚geschrieben‘<sup>2525</sup>, weshalb das Attribut ‚verfassungstextfern‘ aussagekräftiger ist.

### b) ‚Argumentieren‘

In Texten der Rechtsprechung und des Schrifttums werden Verbandsgrundrechtspositionen von förderierten Einheiten argumentativ zur Lösung von Konflikten zwischen der Bundesebene und den förderierten Einheiten zu Gunsten der förderierten Einheiten in Stellung gebracht. ‚Argumentativ in Stellung bringen‘ und ‚argumentieren‘ soll hier zunächst – weitgehend – untechnisch<sup>2526</sup> verstanden werden. Es geht *nicht* darum, sich eine bestimmte (enge) argumentationstheoretische oder rechtstheoretische Position zu eigen zu machen.

Allerdings geht die vorliegende Studie davon aus, dass die Entscheidung („Lösung“) der relevanten Fälle zu den Kompetenz- und Ingerenzausübungsregeln mit Blick auf Verbandsgrundrechtspositionen (s.o. §§ 5 f.) sinnvollerweise *nicht* als streng formalisiertes ‚juristisches Begründen‘ im Sinn strengen ‚praktischen Be-

<sup>2523</sup> Ausführlich H. A. Wolff, *Ungeschriebenes Verfassungsrecht unter dem Grundgesetz*, Tübingen 2000, S. 196 ff. Wolff plädiert gegen eine „Überdehnung des Bereichs des Schriftlichen“ (und eine korrespondierende Verengung des Bereichs des Ungeschriebenen), vgl. a. a. O., S. 203 ff. Aus dem US-amerikanischen Diskurs etwa R. H. Fallon, *Implementing the Constitution*, Cambridge, Mass., U.S.A., u. a. 2001, S. 111 ff., zur „*unwritten constitution*“ (mit kleinem „c“) als Supplement und Vermittlung der „*written Constitution*“ (mit großem „C“): Fallon unterscheidet zwei Bedeutungen von „*unwritten constitution*“: zum einen verfassungstextferne Normen aus Präjudizienrecht und etablierter historischer (Staats-)Praxis, also ein gegenständlicher Aspekt, und zum anderen – ebenfalls verfassungstextferne – Vorgaben für die Interpretation, Anwendung, Sanktionierung von Verfassungsrecht, v. a. durch den *U.S. Supreme Court*, also ein instrumentell-prozedural-methodikbezogener Meta-Aspekt; Fallon betont, dass sich beide Aspekte überlappen – was exemplarisch an der vorliegend untersuchten rhetorischen Dogmatik und dogmatischen Rhetorik verfassungstextferner Verbandsgrundrechtspositionen sichtbar wird.

<sup>2524</sup> Und ist von Wertungen abhängig, vgl. H. A. Wolff, *Ungeschriebenes Verfassungsrecht unter dem Grundgesetz*, Tübingen 2000, S. 196 ff.

<sup>2525</sup> Ob solche Topoi ‚geschriebenes (Verfassungs-)Recht‘ darstellen, wird unterschiedlich beurteilt: am Beispiel des „bundesfreundlichen Verhaltens“ für die Qualifizierung als „geschriebenes Recht“ etwa K. Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. I, 2. Aufl., München 1984, S. 111 (freilich mit der etwas anders ausgerichteten Begründung, dass hier noch „Interpretation und Konkretisierung des positivierten Verfassungsrechts“ vorliege); dagegen („Ausdehnung des Schriftlichen ins Uferlose“) H. A. Wolff, *Ungeschriebenes Verfassungsrecht unter dem Grundgesetz*, Tübingen 2000, S. 203 f., m. w. N.

<sup>2526</sup> Annähernd wie bei J. Engberg, *Fachsprache* 15 (1993), 31 (33, 35): „Argumentieren“ als „Sprachhandlung“ in einem weiten Sinn – womit Engberg offenbar nicht die Sprechakttheorie (Austin, Searle, etc.) meint.

gründens<sup>2527</sup> oder gar im Sinn bloßer ‚Subsumtionsarbeit‘ verstanden werden kann. Ein *produktives* Moment der (judikativen) Entscheidung, welches nach vorzugswürdiger Auffassung auch bei stärker normtext-gesteuerten Entscheidungsprozessen vorliegt<sup>2528</sup>, ist hier, bei den verfassungstextfernen Verbandsgrundrechtspositionen, unverkennbar. Dieses produktive Moment kommt in der Rede vom ‚Argumentieren‘ zum Ausdruck. Hinzu tritt ein Moment des *Zweckgerichtetseins*, womit sich die Wortwahl ‚Argumentieren‘ in das vorliegend nachvollzogene Konzept der ‚Ideenpolitik‘ (s. o. § 1, C. I. u. III.) fügt und der Qualifizierung von ‚Föderalismus‘ als ‚Instrumentalföderalismus vor Gericht‘ entspricht.

## 2. Rechtsinhaltsquelltexte ‚vor Gericht‘

### a) (Kon-)textuell-institutionelle Einbettung: ‚vor Gericht‘

Das Argumentieren und Entscheiden der Gerichte unter Rückgriff auf Verbandsgrundrechtspositionen nicht völlig ungebunden – dies schon deshalb nicht, weil es textlich verfasst (eben doch ‚geschrieben‘) und kontextuell-institutionell eingebettet ist. Die kontextuell-institutionelle Einbettung der Gerichte und die textuelle Verfasstheit des gerichtlichen Argumentierens und Entscheidens sind eng aufeinander bezogen: Unter anderem von Thomas Vesting wurde unter Hinweis auf Arbeiten von Niklas Luhmann und Gunther Teubner hervorgehoben, dass im „Zwang zur schriftlichen Begründung der (mündlich verkündeten) Entscheidung“ textuelle und kontextuell-institutionelle Konstituierungsbindungen der gerichtlichen Entscheidung zusammenlaufen.<sup>2529</sup> (Kon-)textuell-institutionelle Einbindung des gerichtlichen Argumentierens und Entscheidens bedeutet vor allem: Angewiesensein auf Leserinnen und Leser (andere Gerichte, nicht-judikative Praxis, Rechtswissenschaft, [para-]demokratische Öffentlichkeit) der von den Gerichten produzierten Texte (hierzu unten B. III., C. II. und § 8, C.).

<sup>2527</sup> Vgl. dazu allgemein etwa *J. Finnis*, Clev. St. L. Rev. 38 (1990), 1 (6 ff.), unter Hervorhebung des Problems der „Inkommensurabilität“ verschiedener „Dimensionen von Rationalität“, welche beim ‚rechtlichen Begründen‘ in „*hard cases*“ aufeinandertreffen (insbesondere ‚technische‘ Stimmigkeit, moralische Rechtfertigbarkeit); vgl. auch *R. A. Posner*, U. Chi. L. Rev. 59 (1992), 433 (445 ff.), u. a. mit Diskussion des Faktors „Instinkt“ und der Differenzierung zwischen der (vorausgehenden) *Herstellung* und der (nachfolgenden) *Darstellung* der gerichtlichen Entscheidung – vgl. zu dem letztgenannten Aspekt auch den Hinweis auf Isay oben in Fn. 2496.

<sup>2528</sup> Vgl. nur (erneut) *M. Kriele*, Theorie der Rechtsgewinnung, 2. Aufl., Berlin 1976, S. 245; *T. Vesting*, Rechtstheorie, 2. Aufl., München 2015, Rn. 195, m. w. N.

<sup>2529</sup> Deutlich *T. Vesting*, Rechtstheorie, 2. Aufl., München 2015, Rn. 227: „So sind etwa Gerichtsentscheidungen durch Texte und Kontexte (und nicht, wie Schmitt meinte, durch Subjekte) konstituiert, d. h. in die richterliche Entscheidung ist der Zwang zur schriftlichen Begründung der (mündlich verkündeten) Entscheidung eingebaut.“ Vesting verweist vertiefend auf *N. Luhmann*, Die Gesellschaft der Gesellschaft, Frankfurt a. M. 1997, S. 338; und *G. Teubner*, in: A. Koschorke/C. Vismann (Hrsg.), Widerstände der Systemtheorie: Kulturtheoretische Analysen zum Werk von Niklas Luhmann, Berlin 1999, S. 199 (210).

Das kontextuell-institutionelle Setting ‚vor Gericht‘ korrespondiert zugleich mit der Fokussierung der hier interessierenden Texte auf die „Sprachhandlung“ Argumentieren<sup>2530</sup> (s. eben I. b)). Es geht um das Argumentieren mit Verbandsgrundrechtspositionen zur Lösung von Konflikten<sup>2531</sup> (Streitigkeiten, ‚Fällen‘<sup>2532</sup>) zwischen den förderierten Einheiten und der Bundesebene (zu Gunsten der förderierten Einheiten).

*b) ‚Real‘ oder virtuell ‚vor Gericht‘: Rechtsinhaltsquelltexte*

‚Vor Gericht‘ werden Verbandsgrundrechtspositionen zum einen – ganz ‚real‘<sup>2533</sup> – in den Texten gerichtlicher Entscheidungen verwendet. Texte gerichtlicher Entscheidungen wurden oben als ‚Rechtsakttexte‘ zur verbindlichen Entscheidung von Einzelfällen, mindestens aber auch als ‚Rechtsinhaltsquelltexte‘ (ggf. sogar als ‚Rechtserkenntnisquelltexte‘) mit (potenziellem) Einfluss auf künftige gerichtliche Entscheidungen qualifiziert (näher oben I. 4. b)).

Zum anderen treten Verbandsgrundrechtspositionen der förderierten Einheiten in Texten hervor, welche zwar nicht unmittelbar Streitigkeiten entscheiden, aber darauf gerichtet sind, die künftige gerichtliche Streitentscheidung zu informieren und zu beeinflussen. Für solche Texte wurde oben der Gattungsbegriff ‚Rechtsinhaltsquelltexte‘ eingeführt. Auf mittelbare Weise sind also auch diese Texte (insbesondere des rechtswissenschaftlichen Schrifttums) auf den institutionellen Kontext ‚vor Gericht‘ hin *ausgerichtet*. Sie zielen auf diskursive „Gerichtsfähigkeit“ (Hermann Kantorowicz; Klaus F. Röhl/Hans Christian Röhl)<sup>2534</sup> ab; freilich sind sie zunächst nur ‚virtuell‘ ‚vor Gericht‘: Ob die potenziellen Rechtsinhaltsquelltexte des Schrifttums tatsächlich Einfluss auf spätere gerichtliche Entscheidungen haben, hängt davon ab, ob Richterinnen und Richter diese Texte lesen und sich durch sie informieren und beeinflussen lassen oder nicht. Entscheidend ist hier aber zunächst nur, dass sie diesen Einfluss anstreben: Sie unterbreiten Angebote, Vorschläge (ggf. auch Forderungen), wie föderalismusverfassungsrechtliche Konflikte gerichtlich unter Rückgriff auf das Strukturelement Verbandsgrundrechtspositionen entschieden werden sollten.

<sup>2530</sup> J. Engberg, Fachsprache 15 (1993), 31 (33, 35).

<sup>2531</sup> Vgl. zum Begriff ‚Konflikt‘ die Anm. unten in Fn. 2740 (in § 8, A. II. 2.).

<sup>2532</sup> Vgl. zum Begriff ‚Fall‘ die Anm. unten in Fn. 2741 (in § 8, A. II. 2.).

<sup>2533</sup> Wie oben beim Exkurs zu den Rechtsarbeitstexten und zur Differenzierung zwischen der Herstellung und der Darstellung der gerichtlichen Entscheidung erwähnt wurde, sind die Texte gerichtlicher Entscheidungen auch bereits von der ‚Realität‘ der sozialen Situation ‚vor Gericht‘ entrückt.

<sup>2534</sup> H. Kantorowicz, Der Begriff des Rechts, Göttingen 1963, S. 89 f.; deutlich zum Zusammenhang von ‚Dogmatik‘ und „Gerichtsfähigkeit“; a. a. O., S. 88; K. F. Röhl/H. C. Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl., München 2008, S. 204.

### 3. Fazit

Die Kategorie der ‚Rechtsinhaltsquelltexte‘ bietet somit einen Bezugspunkt, um sowohl Texte der Rechtsprechung als auch bestimmte Texte des Schrifttums, die für die Artikulation von Verbandsgrundrechtspositionen von hervorragender Bedeutung sind, zu charakterisieren. Durch ihre (kon-)textuelle Einbettung ‚vor Gericht‘ sind diese Texte untereinander verwandt. Damit wird nicht gesagt, dass sich diese Texte unter anderen Gesichtspunkten nicht auch unterscheiden würden, etwa mit Blick darauf, dass einige Texte der Rechtsprechung eben *auch* Rechtsakttexte sind, die Schrifttumstexte hingegen nicht.

### III. Rechtsinhaltsquelltexte der Rechtsprechung: kanonisch, obsolet, apokryph

Vor der Folie der eingeführten Kategorie der ‚Rechtsinhaltsquelltexte‘ (s. o. I. 4.) sollen nunmehr die in den Kapiteln zu den Verbandsgrundrechtspositionen ausgewerteten Texte der Rechtsprechung (s. o. § 5 u. § 6) näher charakterisiert und systematisiert werden. Nicht alle dort ausgewerteten Texte der Rechtsprechung stellen Rechtsakttexte mit rechtlicher Verbindlichkeit (s. o. I. 3. a)) oder Rechtserkenntnisquelltexte mit rechtlicher Geltungskraft (s. o. I. 3. b)) dar; einige Texte der Rechtsprechung sind bloße (potenzielle) Rechtsinhaltsquelltexte ohne rechtliche Geltung oder Verbindlichkeit.

#### 1. Kanonische Texte der Rechtsprechung: geltendes ‚Richterrecht‘ (*good law*)

Freilich stellt die Mehrzahl der bei der Darstellung der Verbandsgrundrechtspositionen ausgewerteten Rechtsprechungstexte Rechtsakttexte dar, welche für den konkret entschiedenen Rechtsstreit rechtlich verbindlich sind.

Darüber hinaus sind die meisten ausgewerteten Judikate – als ‚Richterrecht‘ – auch Rechtserkenntnisquelltexte, wobei diese Charakterisierung für das deutsche ‚Richterrecht‘ wie erwähnt umstritten ist (s. o. I. 4. b) aa)). Verneint man den Rechtsquellen-Charakter des deutschen ‚Richterrechts‘, so können die entsprechenden Judikate aber jedenfalls faktisch einflussreiche Rechtsinhaltsquelltexte sein. Verkürzt und vereinfacht gesprochen: Diese Judikate zählen (weiterhin, dauerhaft<sup>2535</sup>) zum ‚geltenden Recht‘; sie stellen *„good law“*<sup>2536</sup> dar. In textwissenschaftlicher Manier mag man sie als (richterrechtlich) ‚kanonisch‘ bezeichnen.<sup>2537</sup>

<sup>2535</sup> Wobei die Frage nach der Dauerhaftigkeit der Geltung von ‚Richterrecht‘ freilich nicht ohne Zweifel ist, dazu unten 2. a) und auch 3. d).

<sup>2536</sup> *„Good law“* ist hier also nicht als ‚Rechtswertung‘ aus rechtsphilosophischer oder rechtsethischer Perspektive oder im Sinn von *„good governance“* etc., sondern als Kenn-

## 2. Obsolete Texte der Rechtsprechung

Anderen Akten der Rechtsprechung kann die Eigenschaft als ‚geltendes‘ ‚Richterrecht‘ hingegen fehlen oder verloren gehen:

### a) ‚Obsolet‘

Insbesondere können Rechtsprechungsakte ihre ‚richterrechtliche‘ Geltungskraft – nicht ihre rechtliche Verbindlichkeit als Rechtsakte bezogen auf den konkreten Rechtsstreit – durch spätere Rechtsänderungen verlieren; sie können rechtlich ‚obsolet‘<sup>2538</sup> werden. Ein Blick zurück auf das in § 5 und § 6 ausgewertete Material zeigt, dass Rechtsänderungen, welche Rechtsprechungsakte ‚richterrechtlich‘ obsolet machen, in beiden untersuchten Föderationen in verschiedenen Formen vorkommen, insbesondere<sup>2539</sup> in Form eines Wandels der Rechtsprechung sowie in Form einer formellen Änderung der Bundesverfassungen:

---

zeichnung fortbestehender rechtlicher Geltungskraft gemeint. Für eine solche Begriffsverwendung, welche vor allem an US-amerikanischen *law schools* üblich ist: vgl. *E. A. Farnsworth/S. Sheppard*, An Introduction to the Legal System of the United States, New York, N.Y., U.S.A., u. a. 2010, S. 67; vgl. außerdem die Verwendung in Ausbildungsliteratur für sog. *paralegals*: etwa bei *K. A. Currier/T. E. Eimermann/M. Campbell*, Introduction to Paralegal Studies. A Critical Thinking Approach, 7. Aufl., New York, N.Y., U.S.A., 2019, S. 189 (dort als Randbemerkung), im Zug der Definition von „*overruled*“: „*A decision is overruled when a court in a later case changes the law so that the decision in the earlier case is no longer good law*“.

<sup>2537</sup> ‚Kanon‘ als textwissenschaftlicher Zentral-Terminus spielt in anderen Textwissenschaften wie der Literaturwissenschaft oder der Theologie eine explizitere Rolle als in der Rechtswissenschaft: vgl. einführend zur Kanonbildung im Bereich der Literatur und Literaturwissenschaft *S. Winko*, in: *H. L. Arnold/H. Detering* (Hrsg.), Grundzüge der Literaturwissenschaft, München 1996, S. 585 (596 ff.), welche Kanonbildung in den größeren Zusammenhang der „literarischen Wertung“ einordnet und hervorhebt, dass diese „historisch und kulturell variabel“ ist und „literaturinterne und soziale Komponenten“ aufweist. Wertung ist auch im Bereich der *Rechtsarbeit* ein integraler Bestandteil von Dogmatikbildung – und weist analog zur Wertung im Bereich der Literatur rechtssysteminterne, aber auch „soziale“ Komponenten auf – dazu unten B. III. 4.

<sup>2538</sup> Vgl. zur Etymologie von ‚obsolet‘ („aus lat. *obsoletus*, ‚alt, abgenutzt, alltäglich‘“) den Eintrag „obsolet“, in: *W. Pfeifer et al.*, Etymologisches Wörterbuch des Deutschen, 2. Aufl., Berlin 1993, digitalisierte und von *W. Pfeifer* überarbeitete Version im Digitalen Wörterbuch der deutschen Sprache, <<https://www.dwds.de/wb/obsolet>>, abgerufen am 01.12.2021.

<sup>2539</sup> Daneben ist es vorstellbar, dass sich die ‚richterrechtliche‘ Obsoleszenz einer Entscheidung aus einer Änderung der tatsächlichen Umstände ergibt. Ob darüber hinaus allein Zeitablauf den Status von ‚Richterrecht‘ ändern kann, fragt *O. Lepsius*, Der Staat 52 (2013), 157 (168): „Zudem ist der Status der kontinuierlich ergehenden Verfassungsinterpretationen unklar. Ist das Lüth-Urteil 55 Jahre nach seiner Verkündung noch Verfassungsrecht oder schon Verfassungsgeschichte?“



*b) Obsoleszenz aufgrund eines Wandels der Rechtsprechung („overruling“)*

Im erstgenannten Fall ist in den USA von ‚*overruling*‘ und in Deutschland von einer ‚Änderung der (ständigen) Rechtsprechung‘ die Rede.

Ein einschlägiges Beispiel aus der Judikatur des *U.S. Supreme Court* im Bereich der Verbandsgrundrechtspositionen ist die oben skizzierte Entscheidung *Hammer v. Dagenhart* (1918) zu einem sachpolitisch definierten Gesetzgebungsreservat der US-Einzelstaaten (ungeschriebene ‚*police power*‘ der Einzelstaaten über das lokale Wirtschaften – ausführlich oben § 5, A. I. 2.)<sup>2540</sup>, welche in der Entscheidung *United States v. Darby* (1941) ausdrücklich durch das Gericht aufgehoben wurde: „*The conclusion is inescapable that Hammer v. Dagenhart [...] should be, and now is, overruled.*“<sup>2541</sup> Andere oben ausgewertete Beispiele für *overruling* sind *Collector v. Day* (1871 – s.o. § 5, A. II. 2. a))<sup>2542</sup> sowie *National League of Cities v. Usery* (1976 – s.o. a. a. O.)<sup>2543</sup>.

Aus der Reihe der oben ausgewerteten Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts ist insoweit auf das ‚richterrechtliche‘ Schicksal eines Aspekts der 1. Rundfunkentscheidung des Zweiten Senats von 1961 zu verweisen: Der dort umschriebene Topos der ‚Kulturhoheit‘ der Länder als eine – wohl – *ausschließliche* Gesetzgebungskompetenz der Länder<sup>2544</sup> wurde Jahrzehnte später im Jahr 2014 durch den Senat – jedenfalls klarstellend – ‚dekonstruiert‘<sup>2545</sup> (ausführlich oben § 5, A. I. 3. a)).

*c) Obsoleszenz aufgrund förmlicher Verfassungsänderungen*

In anderen untersuchten Fallkonstellationen hat sich das ‚richterrechtliche‘ Schicksal gerichtlicher Entscheidungen durch spätere formelle Änderungen der Bundesverfassung durch den verfassungsändernden Gesetzgeber (hierzu vergleichend oben § 6, A. VII.) geändert.

Das betrifft beispielsweise die Verabschiedung des XXVI. Zusatzartikels zur US-Verfassung zum Mindestalter bei Wahlen (auch auf Einzelstaatenebene) im Jahr 1971 als unmittelbar konterkarierende Reaktion auf die Entscheidung des *U.S. Supreme Court* in *Oregon v. Mitchell* (1970)<sup>2546</sup>, welche eine entsprechende bundesgesetzliche Regelung noch für mit der Verfassungsautonomie der Einzelstaaten

<sup>2540</sup> *Hammer v. Dagenhart*, 247 U.S. 251 (1918).

<sup>2541</sup> *United States v. Darby*, 312 U.S. 100 (1941), 116 f.

<sup>2542</sup> *Collector v. Day*, 78 U.S. (11 Wall.) 113 (1871), *overruled in* *Graves v. New York ex rel. O’Keefe*, 306 U.S. 466 (1939), 486.

<sup>2543</sup> *National League of Cities v. Usery*, 426 U.S. 833 (1976); *overruled in* *Garcia v. San Antonio Metro. Transit Auth.*, 469 U.S. 528 (1985).

<sup>2544</sup> Vgl. BVerfGE 12, 205 (229) – 1. Rundfunkentscheidung.

<sup>2545</sup> Vgl. BVerfGE 135, 155 (196) – Filmförderungsabgabe.

<sup>2546</sup> *Oregon v. Mitchell*, 400 U.S. 112 (1970).

unvereinbar und verfassungswidrig erklärt hatte (s. oben § 6, A. VI. 2. b) sowie unten § 8, C. I. 3. b)).

Ähnliches gilt für die oben skizzierte Kompetenzlage im Staatshaftungsrecht unter dem Grundgesetz: Die verfassungsgerichtliche Entscheidung zum partiellen Fehlen einer entsprechenden Bundesgesetzgebungskompetenz aus dem Jahr 1982<sup>2547</sup> wurde im Jahr 1994 durch Verfassungsänderung (vgl. Art. 74 Abs. 1 Nr. 25, Abs. 2 GG n. F.) weitgehend obsolet (ausführlich oben § 5, A. III. 3. c)). Denkbar ist ferner, dass der Gegenstand von Rechtsprechungslinien durch eine förmliche Verfassungsänderung beseitigt wird: So haben Entscheidungen zur Stellung der Länder bei der früheren Rahmengesetzgebungskompetenz des Bundes aus Art. 75 GG a. F.<sup>2548</sup> (s. o. § 6, A. I. 3. a)) aufgrund von zwischenzeitlichen förmlichen Verfassungsänderungen (Streichung der Rahmengesetzgebungskompetenz) insoweit keine *unmittelbare* geltend-rechtliche Bedeutung mehr.

#### *d) Faktische Wirkmacht trotz ‚richterrechtlicher‘ Obsoleszenz*

Es stellt sich die Frage, ob Rechtsprechungsakte, die durch solche Rechtsänderungen ‚richterrechtlich‘ obsolet geworden sind, weiterhin von Interesse für die rechtswissenschaftliche Arbeit sein können. Vorliegend wird diese Frage grundsätzlich bejaht: Die vorgelegte Untersuchung stellt Verbandsgrundrechtspositionen als wirkmächtige ideenpolitisch-dogmatische Argumentationsfiguren vor. Daher erschöpft sich die Studie nicht in der Darstellung des aktuell (noch) geltenden Rechts. Was zum geltenden Recht gehört, ist aus der hier eingenommenen (nicht ‚streng juristischen‘, sondern ideenpolitisch-dogmatikwissenschaftlichen) Perspektive in gewisser Hinsicht ‚zufällig‘, jedenfalls nicht alleinig von Interesse. Auch obsolete Rechtsinhaltsquelltexte sind als ‚Zeugen‘ des ideenpolitisch-dogmatischen Wirkmusters, welchem sie folgen und welches sie mit anderen Rechtsinhaltsquelltexten teilen, weiterhin aufschlussreich. Dies wird durch das eingangs eingeführte Bild des ‚Ideenreservoirs‘ illustriert (ausführlich oben § 1, C. III.): Auch wenn nach der juristischen Methode ihr dogmatischer ‚Wert‘ reduziert ist, so verbleiben doch auch obsolete Rechtsinhaltsquelltexte weiterhin im einschlägigen ‚Ideenreservoir‘ und bilden einen Teil des ideenpolitisch bei der Ideenrezeption hebbaren Erfahrungsschatzes rund um das größere ideenpolitische Argumentationsmuster, an dem sie partizipieren. Die Betrachtung von Argumentationsmustern in obsoleten Rechtsinhaltsquelltexten ist folglich auch mehr als ein ‚rein‘ verfassungsgeschichtlicher Selbstzweck, sondern auch im Sinn eines Brecht’schen „Der Schoß ist fruchtbar noch, aus dem das kroch“<sup>2549</sup> zu verstehen: ‚Obsolet‘ heißt eben gerade

<sup>2547</sup> Vgl. BVerfGE 61, 149 – Amtshaftung.

<sup>2548</sup> Etwa BVerfGE 4, 115 – Besoldungsgesetz von Nordrhein-Westfalen; BVerfGE 111, 226 (249) – Juniorprofessur.

<sup>2549</sup> B. Brecht, Der aufhaltsame Aufstieg des Arturo Ui, Frankfurt a. M., 1965, S. 124.

nicht: ‚nicht mehr existent‘<sup>2550</sup>. Es bleibt (potenzielle) faktisch-diskursive Wirkkraft; obsolete Rechtsprechungstexte sind zwar keine Rechtserkenntnisquelltexte (mehr), wohl aber (noch) – freilich regelmäßig auch faktisch wirkschwächere – Rechtsinhaltsquelltexte. Diese Perspektive auf eine potenziell fortdauernde faktische Wirkmacht obsoleter Rechtsinhaltsquelltexte und eine darauf eingestellte Methodik relativieren teilweise die These von Julius v. Kirchmann, wonach „drei berichtigende Worte des Gesetzgebers [...] ganze Bibliotheken [...] zu Makulatur“ machten<sup>2551</sup>.

Das eben bereits aufgegriffene Beispiel der Entscheidung *Hammer v. Dagenhart* (1918) mag diesen Gedanken veranschaulichen: Zwar wurde *Hammer v. Dagenhart* wie erwähnt in *United States v. Darby* (1941) aufgehoben, allerdings bleibt das Argumentationsmuster als solches (Freihalten der Polizeihochheit, der ‚police powers‘ der Einzelstaaten) in der Dogmatik wirksam: In – auch rechtlich noch geltenden – Entscheidungen wie *Rice v. Santa Fe Elevator Corp.* (1947), *Gonzales v. Oregon* (2006) und *Bond v. United States* (2011 bzw. 2014) werden die *police powers* zwar nicht mehr wie in *Hammer v. Dagenhart* als ungeschriebene ausschließliche Gesetzgebungskompetenzen der föderierten Einheiten geschützt. Sehr wohl aber hat der U.S. Supreme Court den Topos zur Begründung von Auslegungsmaximen, Anwendbarkeitsvermutungen und Bestimmtheitsgeboten verwendet (ausführlich oben § 5, A. I. 2.; s. auch unten § 8, C. I. 2. b) bb)).

### 3. Apokryphe Texte der Rechtsprechung, insbesondere *obiter dicta* und Sondervoten

Neben das – v. a. zeitlich dimensionierte, im Zusammenhang mit Rechtsänderungen stehende – Problem der Obsoleszenz von ‚Richterrecht‘ tritt das Problem ‚apokrypher‘ Texte der Rechtsprechung:

#### a) ‚Apokryph‘

Mit dem metaphorischen Attribut ‚apokryph‘ sollen vorliegend solche Texte der Rechtsprechung charakterisiert werden, die – von vorneherein – keine rechtliche Verbindlichkeit als Rechtsaktstexte und keine rechtliche Geltungskraft als Elemente von ‚Richterrecht‘ erlangen konnten, weil sie nicht Bestandteil der rechtlich bindenden gerichtlichen Entscheidung geworden sind. Dies betrifft insbesondere abweichende Sondervoten und *obiter dicta*. Solche Texte oder Textstellen können trotz fehlender juristischer Verbindlichkeit und Geltung faktisch dennoch als Rechtsin-

<sup>2550</sup> Sondern eher ‚nur‘: „nicht mehr gebräuchlich, ungewöhnlich, veraltet“, s. den Eintrag „obsolet“, in: W. Pfeifer et al., Etymologisches Wörterbuch des Deutschen, 2. Aufl., Berlin 1993, digitalisierte und von W. Pfeifer überarbeitete Version im Digitalen Wörterbuch der deutschen Sprache, <<https://www.dwds.de/wb/obsolet>>, abgerufen am 01.12.2021.

<sup>2551</sup> J. v. Kirchmann, Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft. Ein Vortrag, gehalten in der juristischen Gesellschaft zu Berlin, Berlin 1848, S. 23.

haltsquelltexte (potenziell) diskursiv wirkmächtig sein.<sup>2552</sup> Daher rührt die vorliegend gewählte Bezeichnung ‚apokryphe Texte‘, bewegen sich doch auch die biblischen Apokryphen zwischen historischem Kanonausschluss (‚Verborgensein‘) – dennoch – mindestens latentem religiösen oder theologischen Einfluss<sup>2553 2554</sup>.

### b) Sondervoten

Bei der Darstellung der Fallgruppen zu den Verbandsgrundrechtspositionen der förderierten Einheiten wurden vereinzelt auch Sondervoten, v. a. abweichende Sondervoten (*dissenting votes*), ausgewertet: so die abweichenden Sondervoten von *Justice* John M. Harlan II zur Entscheidung *Roth v. United States* (1957; s. o. § 5, A. I. 2. c.)<sup>2555</sup>, von *Justice* Hugo Black in *South Carolina v. Katzenbach* (1966; s. o. § 6, A. I. 2. b.)<sup>2556</sup>, von *Justice* Anthony Kennedy mit dem Plädoyer für die „Würde“ des Staats Alaska in *ADEC v. EPA* (2004; s. o. § 6, A. II. 2. b.)<sup>2557</sup> oder von *Justice* Antonin Scalia zur Entscheidung *Arizona v. United States* (2012; s. o. § 5, C. II. 2.)<sup>2558</sup>.

<sup>2552</sup> Indem vorliegend auch abweichende Sondervoten, *obiter dicta* sowie vereinzelt bleibende oder teilweise gar eher abseitige Artikulationen aus der Rechtswissenschaft in den Kreis der ‚Rechtsinhaltsquellen‘ einbezogen werden, wird der so beschriebene Kreis von Quellen sicherlich noch weiter über das hinaus ausgedehnt, was herkömmlicherweise im Zusammenhang mit weiten Zugängen zu ‚Rechtsquellen‘ in die Betrachtung einbezogen wird: Anderenorts werden – neben den ohnehin ‚klaren Fällen‘ (Gesetze, geltendes Richterrecht, etc.) am Rand eher nur noch mehrheitliche Ausdrucksformen wie die ‚herrschende Meinung‘ (weniger aber Mindermeinungen) in die Betrachtung miteinbezogen, vgl. etwa K. F. Röhl/H. C. Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl., München 2008, S. 520; M. Kaltenborn, Rechtstheorie 34 (2003), 459 (460 dort in und um Fn. 9).

<sup>2553</sup> Dies wird etwa in Martin Luthers Satz „Apocrypha: Das sind Bücher: so der heiligen Schrift nicht gleich gehalten/ und doch nützlich und gut zu lesen sind/“ deutlich, M. Luther, Biblia: das ist: Die gantze Heilige Schrift: Deudsch, Wittenberg 1545, S. [= Bl.] CLVI.

<sup>2554</sup> Etwas anders die Metaphorik, welche der Rede von den „apokryphen Schriften“ im Sammelband von N. Marsch/L. Münkler/T. Wischmeyer (Hrsg.), Apokryphe Schriften. Rezeption und Vergessen in der Wissenschaft vom Öffentlichen Recht, Tübingen 2018, zu Grunde liegt: Dort werden v. a. rechtswissenschaftliche Texte vor dem rezeptionstheoretisch eröffneten Spannungsfeld aus Erinnern und Vergessen untersucht. Noch einmal anders die Metaphorik der „zweiten apokryphen Steuerverfassung“ bei P. Selmer, Steuerinterventionismus und Verfassungsrecht, Frankfurt a.M. 1972, S. 183 f., hierzu referierend M. Kloepper, Finanzverfassungsrecht mit Haushaltsverfassungsrecht, München 2014, § 2, Rn. 39: hier geht es – gewissermaßen großflächiger – um das Verhältnis der verfassungstextlich geschriebenen Steuerverfassung (Art. 104a GG ff.) zu der ‚richterrechtlich‘-dogmatisch herausgebildeten Verfassungslage der sog. nicht-steuerlichen Abgaben (Gebühren etc.) nach allgemeinem Verfassungsrecht u. a. der Art. 70 ff. GG.

<sup>2555</sup> *Roth v. United States*, 354 U.S. 476 (1957), 496 – Sondervotum *Justice* Harlan.

<sup>2556</sup> *South Carolina v. Katzenbach*, 383 U.S. 301 (1966), 358 – Sondervotum *Justice* Black.

<sup>2557</sup> *ADEC v. EPA*, 540 U.S. 461 (2004), 502 (518) – Sondervotum *Justice* Kennedy: „*coequal sovereigns entitled to the same dignity and respect*“.

<sup>2558</sup> *Arizona v. United States*, 567 U.S. 387 (2012), 416 – Sondervotum *Justice* Scalia.

Und selbst in der ausgewerteten Judikatur des relativ sondervoten-scheuen Bundesverfassungsgerichts ist mit dem Sondervotum der Richter Udo Di Fabio und Rudolf Mellinghoff zum Urteil des Zweiten Senats in der Rechtssache *Biblis A* (2002; s. o. § 6, A. II. 3. b)) ein apokrypher Text mit Blick auf Verbandsgrundrechtspositionen der Länder einschlägig.<sup>2559</sup>

### c) *Obiter dicta und Maßstabssetzung*

In beiden vorliegend untersuchten Verfassungsrechtsordnungen ist das Phänomen der *obiter dicta* bekannt: Hierunter werden Teile der gerichtlichen Entscheidung (also Textstellen) verstanden, welchen keine ‚richterrechtlich‘ bindende Kraft zuwächst, da sie nicht zu den – unscharf ausgedrückt – ‚zentralen‘ Gehalten der gerichtlichen Entscheidung (sog. *ratio decidendi*) zählen. Die Einzelheiten dazu, was zu den ‚zentralen‘ Gehalten der gerichtlichen Entscheidung zählt (z. B. nur die Entscheidungsformel, ggf. auch die sog. ‚tragenden Gründe‘ etc.), sind theoretisch teilweise umstritten, praktisch teilweise schwer identifizierbar und unterscheiden sich teilweise von Rechtsgebiet zu Rechtsgebiet und v. a. zwischen den USA und Deutschland mit Blick auf die Unterschiede in der Funktionsweise von ‚Richterrecht‘ (dazu bereits oben I. 4. b)).<sup>2560</sup> Vorliegend kommt es zunächst nur darauf an, dass in beiden Verfassungsrechtsordnungen ‚richterrechtlich‘ relevante und irrelevante Textstellen in ein und demselben Rechtsprechungstext vorkommen können.<sup>2561</sup>

<sup>2559</sup> BVerfGE 104, 249 (273 ff.) – *Biblis A* – Sondervotum Richter Di Fabio und Mellinghoff.

<sup>2560</sup> Vgl. zur schwierigen und umstrittenen Abgrenzung von *obiter dicta* von den tragenden Gründen einer Entscheidung (*ratio decidendi*) am Beispiel der USA nur *M. C. Dorf*, U. Penn. L. Rev. 142 (1994), 1997 (2024 ff.), m. w. N., mit der Forderung, die Unterscheidung *obiter dictum/ratio decidendi* mit „Aufrichtigkeit“ („*candor*“) vor dem Hintergrund der – zum Teil widerstreitenden – Forderungen nach der rechtsstaatlichen Konsistenz und Begründbarkeit gerichtlicher Entscheidungen einerseits und der gewaltenteiligerisch gebotenen (Selbst-) Beschränkung ‚richterrechtlicher‘ Rechtsetzungsgewalt andererseits vorzunehmen und daher nicht zu eng daran auszurichten, was die der früheren Entscheidung zu Grunde liegenden Tatsachen waren, sondern was die (*ein Stück weit* abstrahierte) Ratio („*rationale*“) der früheren Entscheidung war.

<sup>2561</sup> Dass es diese Unterscheidung gibt und geben muss, ist wohl unumstritten. Wo die Grenze zu ziehen ist, ist hingegen höchst unsicher (s. nur eben in Fn. 2560), woraus Missbrauchs- und Instrumentalisierungspotential bei der Produktion wie auch bei der Rezeption von (‚echten‘, angeblichen oder ‚übersehenen‘) *obiter dicta* erwächst: Tendenziell kritisch zur Rolle von *obiter dicta* in der Rechtsprechung unter der US-Verfassung (obschon eine Daseinsberechtigung bejahend) *P. N. Leval*, N.Y.U. L. Rev. 81 (2004), 1249 ff., mit Kritik insbesondere an der zu exzessiven Produktion, aber auch an der zu gutgläubig-leichtfertigen Rezeption von *obiter dicta*; vgl. andererseits die Notiz „*Dictum Revisited*“, in: Stanford L. Rev. 4 (1952), 509, welche den Fokus der Kritik auf die Leserinnen und Leser von (angeblichen) *obiter dicta* lenkt und davor warnt, unter dem Label ‚*obiter dictum*‘ allzu leicht und unreflektiert unliebsame Bestandteile gerichtlicher Artikulation als unverbindlich auszublenden; tendenziell ähnlich *M. C. Dorf*, U. Penn. L. Rev. 142 (1994), 1997 (s. eben in Fn. 2560). Nach *Dorf*, a. a. O. (2006 ff.), gibt es zudem durchaus anerkanntswerte Funktionen von (eindeutigen) *obiter dicta* – so etwa, wenn ein *obiter dictum* der Gerichtsmehrheit aus Klar-

Die Darstellung der Fallgruppen zu den Verbandsgrundrechtspositionen der föderierten Einheiten (§ 5 u. § 6) basierte (sehr) vereinzelt auch auf gerichtlichen Ausführungen, welche als *obiter dicta* zu lesen sind: Zurückverwiesen sei auf die Textstelle in der U.S. Supreme Court-Entscheidung *New York v. United States* (1992; s. o. § 6, A. I. 2. a)), in welcher die Erstreckung der *anti-commandeering doctrine*<sup>2562</sup> über den – für den konkreten Fall einschlägigen – Legislativbereich hinaus auch für den – (noch) nicht einschlägigen – Exekutivbereich ausgesprochen wurde; diese Ausdehnung des Anwendungsbereichs der *anti-commandeering doctrine* wurde dann fünf Jahre später in *Printz v. United States* (1997; s. o. § 6, A. II. 2. a)) – nunmehr als *ratio decidendi* – bestätigt<sup>2563</sup>.

Ein<sup>2564</sup> *obiter dictum* aus der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts, welches oben analysiert wurde, findet sich in der Entscheidung zur Kommunalen Verpackungsteuer aus dem 98. Band – deutlich gekennzeichnet durch den Konjunktiv: „Würde der Bundesgesetzgeber etwa durch eine Lenkungssteuer mit Lenkungsdruck in einem vom Landesgesetzgeber geregelten Bereich des Kultusrechts gestaltend einwirken, überschritte er seine Steuerkompetenz, wenn er dadurch zu einer dem Regelungskonzept oder einer Einzelaussage des Landesgesetzgebers zuwiderlaufenden Verhaltensweise veranlassen würde.“<sup>2565</sup> Vom Senat zu entscheiden war diese ‚länderfreundliche‘ Stoßrichtung der Dogmatik im konkreten Fall nicht, sondern gerade die föderal reziproke – also ‚bundesfreundliche‘ – Konstellation (Konflikt zwischen Bundessachgesetzgeber und Landesabgabengesetzgeber; s. o. § 5, A. IV. 3. a)).

Die Zuordnung richterlicher Artikulation zu den Kategorien *ratio decidendi* und *obiter dictum* ist nicht immer eindeutig und kennt Grauzonen: Deutlich wird das am Beispiel der oben erwähnten Ausführungen des Zweiten Senats des Bundesverfas-

---

stellungsgründen in den Dialog mit Äußerungen in einem Sondervotum tritt (gewissermaßen in einem ‚Dialog der Apokryphen‘). Zu verfassungsgerichtlichen *obiter dicta* unter dem Grundgesetz etwa B.-O. Bryde, in: FS Papier, München 2013, S. 493 ff. – tendenziell (ähnlich wie Leval) kritisch – und dies mit Blick auf die (manchmal zu exzessive) Produktion wie auch die (manchmal zu unkritische) Rezeption von *obiter dicta* – s. auch unten § 11, D. III.

<sup>2562</sup> *New York v. United States*, 505 U.S. 144 (1992), 188: „*The Federal Government may not compel the States to enact or administer a federal regulatory program*“ (Hervorh. R.D.N.).

<sup>2563</sup> *Printz v. United States*, 521 U.S. 898 (1997), 933; dort wird das *obiter dictum* aus *New York v. United States* in der Mehrheitsmeinung von Justice Scalia wörtlich zitiert (ohne es als *obiter dictum* zu qualifizieren oder zu problematisieren) und dieses wörtliche Zitat eingeleitet mit: „*We adhere to that principle today, and conclude categorically, as we concluded categorically in New York: [...]*“; die Sondervoten von Justice Stevens und Justice Souter problematisieren den *obiter dictum*-Charakter der zitierten Textstelle aus *New York v. United States* hingegen offen (hierzu näher unten § 11, C. II. 3.), vgl. *Printz v. U.S.*, 521 U.S. 898 (1997), 939 (963) – Sondervotum Justice Stevens; sowie a. a. O., (975) – Sondervotum Justice Souter.

<sup>2564</sup> Vgl. ferner das – freilich gerade ‚länderfeindliche‘ – *obiter dictum* des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts in BVerfGE 8, 104 (120) – Volksbefragung (s. o. § 6, A. VI. 3. b)).

<sup>2565</sup> BVerfGE 98, 106 (119 f.) – Kommunale Verpackungsteuer.

sungsgerichts in der Rechtssache Kalkar II zu den verfassungsrechtlichen Grenzen von Weisungen nach Art. 85 Abs. 3 GG in der Bundesauftragsverwaltung: Das Gericht legt den Schwerpunkt auf eine Prozeduralisierung der Position des angewiesenen Lands (Anhörungsrechte des Lands, Gebot der Weisungsklarheit), benennt aber auch eine „äußerst[e]“ materielle Prüfungsreserve (kollektive Existenzgefährdung als letzte Grenze – ausführlich oben § 6, A. II. 3. b)).<sup>2566</sup> Man könnte diesen ‚Kalkar II-Vorbehalt‘ noch zu den tragenden Gründen der Entscheidung zählen, da er einen Teil des vom Senat dargelegten umfassenden Prüfungsprogramms zur Verfassungsmäßigkeit von Weisungen gem. Art. 85 Abs. 3 GG darstellt. Allerdings zieht sich der Senat bei der Subsumtion unter diesen Prüfungspunkt im Wesentlichen darauf zurück, dass das Land Nordrhein-Westfalen „nichts dafür vorgebracht“ habe, „was auf eine unmittelbare Gefährdung der Allgemeinheit in Leben und Gesundheit hindeuten könnte“<sup>2567</sup>. „Der Ausnahmefall einer Weisung zu schlechthin unverantwortbarem Verwaltungshandeln lieg[e] ersichtlich nicht vor.“<sup>2568</sup> Auch wenn der ‚Kalkar II-Vorbehalt‘ für den konkret zu entscheidenden Fall also nicht relevant war, wurde er zweieinhalb Jahrzehnte später wichtiger Referenzpunkt der Argumentation von Udo Di Fabio in seinem oben angesprochenen Rechtsgutachten zu vermeintlichen Ansprüchen der Länder gegen den Bund auf Wahrnehmung von Bundeskompetenzen anlässlich der sog. „Migrationskrise“ 2015/2016 (s.o. § 5, B. III. 2. b)).<sup>2569</sup>

Der ‚Kalkar II-Vorbehalt‘ veranschaulicht die häufig ‚lehrbuchartigen‘, ausschweifenden Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts im Rahmen der Maßstabsbildung (textlich angeordnet im ersten Teil des „C.“-Teils der Entscheidungen [v. a.<sup>2570</sup> „C. I.“], also *vor* dem Subsumtionsteil<sup>2571</sup>). Hier entfaltet das Gericht erhebliche diskursive Kraft als „maßstabsetzende Gewalt“ (Oliver Lepsius).<sup>2572</sup>

<sup>2566</sup> Vgl. BVerfGE 81, 310 (334) – Kalkar II.

<sup>2567</sup> Vgl. BVerfGE 81, 310 (339 f.) – Kalkar II.

<sup>2568</sup> Vgl. BVerfGE 81, 310 (339) – Kalkar II.

<sup>2569</sup> Vgl. *U. Di Fabio*, Migrationskrise als föderales Verfassungsproblem, unveröff. Gutachten, 2016, S. 43 ff.

<sup>2570</sup> Die Maßstabsbildung findet zum Teil auch außerhalb des „C. I.“-Teils statt, so etwa im eben angesprochenen Fall BVerfGE 81, 310 (331 ff.) – Kalkar II: Hier werden auch im Teil „C. II.“ noch Maßstäbe gebildet und dann in „C. III.“ nach der Einleitung „Nach dieser Auslegung des Art. 85 Abs. 3 GG kann [...]“ subsumiert.

<sup>2571</sup> Hierzu *O. Lepsius*, in: M. Jestaedt/ders./C. Möllers/C. Schönberger (Hrsg.), Das entgrenzte Gericht, Berlin 2011, S. 159 (170).

<sup>2572</sup> *O. Lepsius*, in: M. Jestaedt/ders./C. Möllers/C. Schönberger (Hrsg.), Das entgrenzte Gericht, Berlin 2011, S. 159 ff. Dieses Problem lässt sich in ähnlicher Weise in den USA auffinden; auch hier kann der *U.S. Supreme Court* die Maßstabsbildung mehr oder weniger weit fassen: vgl. *M. C. Dorf*, *U. Penn. L. Rev.* 142 (1994), 1997 (2007 ff.), am Beispiel *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973) – hier wäre es denkbar gewesen, das damals streitgegenständliche (besonders strikte) Abtreibungsverbot von Texas bereits unter einem deutlich engeren Maßstab zu invalidieren und nicht einen ausgreifenderen Maßstab zu formulieren, unter welchem auch weniger strikte Abtreibungsverbote, wie sie in anderen Einzelstaaten galten, verfassungswidrig sind. Dorf behandelt das gerichtliche Formulieren breit oder tief gefasster Maß-



d) *Faktische Wirkmacht trotz relativer ‚Verborgenheit‘*

Martin Luther kommentierte die Einordnung bestimmter quasi-biblischer Schriften als „Apokrypha“ mit dem Satz: „Apocrypha: Das sind Bücher: so der heiligen Schrift nicht gleich gehalten/ und doch nützlich und gut zu lesen sind“.<sup>2573</sup> So verhält es sich im übertragenen Sinn auch mit den eben vorgestellten Textsorten (Sondervoten, *obiter dicta* und Textstellen mit ausschweifender Maßstabssetzung): Sie sind dem entscheidungserheblichen und ‚richterrechtlich‘ bindenden Recht (insbesondere Entscheidungsformel und tragenden Gründe der Gerichtsmehrheit) „nicht gleich gehalten“ – und „doch“ werden sie ge-„lesen“ und Folgen an ihre Lektüre geknüpft.<sup>2574</sup> Das eben skizzierte Beispiel des *obiter dictums* aus *New York v. United States* verdeutlicht dies: Fünf Jahre nach Veröffentlichung dieses *obiter dictums* ‚liest‘ (und zitiert) Justice Scalia das *obiter dictum* in *Printz v. United States* und macht es zu geltendem Recht.

Insoweit ist das ‚Verborgensein‘ apokrypher Schriften immer auch eine Perspektivenfrage (eine Lesefrage) – im Fall der biblischen Apokryphen eine Frage der religiösen, konfessionellen, theologischen oder auch philologischen Perspektive(n)<sup>2575</sup>, im Fall von Rechtsprechungstexten eine Frage der streng juristisch-methodischen Arbeit einerseits, aber andererseits auch der breiteren diskursiven ideenpolitischen Auseinandersetzung über die Zwänge der juristischen Methode hinaus (zumal „die Zwänge der juristischen Methode“ gar nicht so eindeutig sind,

---

stäbe („to decide the case on broad grounds“) als einen „amorphen“ Unterfall des Problemfelds ‚*obiter dicta*‘ (i. w. S.), plädiert dann aber dafür, die Grenzen für die Bestimmung der *ratio decidendi* insoweit nicht zu eng zu fassen.

<sup>2573</sup> M. Luther, Biblia: das ist: Die gantze Heilige Schrift: Deusch, Wittenberg 1545, S. [= Bl.] CLVI (als übergreifende Überschrift vor der Vorrede zum Buch Judit, welches die erste als Apokryphe abgedruckte Schrift der Lutherbibel darstellt).

<sup>2574</sup> Vgl. zur diskursiven Bedeutung von *obiter dicta* nur die Nachweise in Fn. 2561. Vgl. zu potenziellen diskursiven Funktionen von *dissenting votes* etwa J. Bednar, *The Robust Federation*, Cambridge, Mass., U.S.A., 2009, 196 f.: „Many courts, including the U.S. and Canadian Supreme Courts, openly acknowledge differences in judgments that emerge even among a group as homogeneous as nine people united by an unusual affection for the Constitution. The size of the majority is often a strong indicator of the ruling’s sticking power. Dissenting opinions are valuable indications that even specialists may disagree over the law or the facts or both. [...] Dissents reveal doubts and underscore fissures: in emerging unions the imposed singularity in legal interpretation might help a legal culture to congeal“; vgl. auch K. Kelemen, *Judicial dissent in European constitutional courts*, Abingdon, U.K., u. a. 2017, S. 179 ff.: „a possible function of dissenting opinions is to predict future change. Indeed, sometimes they offer the ground for overruling in a later case“. Darüber hinaus können Sondervoten auch ein „Tool“ sein, um einen besseren (wissenschaftlichen) Zugang zum Verständnis der Funktionsweise der juristischen Methodik, der Rechtsprechung und der Fakten sowie Konflikte hinter den Entscheidungen zu erhalten, vgl. K. Kelemen, a. a. O., S. 7 ff.

<sup>2575</sup> So ist die theologische Einstellung gegenüber den (lutherisch sog.) ‚Apokryphen‘ in den verschiedenen christlichen Kirchen unterschiedlich; vgl. auch die Anm. in Fn. 2578; vgl. A. Berlejung/J. C. Gertz/K. Schmid/M. Witte, in: J. C. Gertz (Hrsg.), *Grundinformation Altes Testament. Eine Einführung in Literatur, Religion und Geschichte des Alten Testaments*, 6. Aufl., Göttingen 2019, S. 535 (535).

wie etwa Diskussionen über die eher schwache Bindungskraft von *stare decisis* im Verfassungsrecht verdeutlichen<sup>2576</sup>). In den Worten von Michael v. Landenberg-Roberg bergen apokryphe Schriften „konserviertes Potential für zukünftige Paradigmenwechsel“.<sup>2577</sup> Es handelt sich um potenziell einflussreiche Rechtsinhalts- quelltexte. Das geht soweit, dass diskursiv besonders wirkmächtige abweichende Sondervoten wiederum einer (Anti-)Kanonisierung zugänglich werden, gewissermaßen „deuterokanonisch“<sup>2578</sup> sein können.<sup>2579</sup>

#### IV. Rechtsinhaltsquelltexte außerhalb der Rechtsprechung

Die in den Kapiteln zu den Verbandsgrundrechtspositionen ausgewerteten ‚Texte‘ (s. o. § 5 u. § 6) beschränken sich nicht auf Rechtsprechungstexte, daneben wurden Texte der Rechtswissenschaft und ‚Texte‘ der nicht-judikativen Praxis ausgewertet. Vor der Folie der oben erarbeiteten Grenz-Kategorie der ‚Rechtsinhaltsquelltexte‘ (s. o. I. 4.) sollen diese besonderen Textsorten näher charakterisiert werden:

##### 1. Rechtsinhaltsquelltexte der Rechtswissenschaft

Oben wurden ausgehend von der von Röhl und Röhl verwendeten Kategorie der „Rechtsinhaltsquellen“<sup>2580</sup> – dogmatisch arbeitende – rechtswissenschaftliche Texte

<sup>2576</sup> Dabei ist hervorzuheben, dass vorliegend nicht etwa einer Abschwächung der Präjudizienbindungskraft das Wort geredet werden soll. Entsprechende Forderungen gibt es aber, vgl. etwa einen Aufsatz der späteren *U.S. Supreme Court*-Richterin Amy Coney Barrett aus dem Jahr 2013: A. C. Barrett, Texas L. Rev. 91 (2013), 1711 (1712): „*the weak presumption [of stare decisis in constitutional law] keeps open the prospect of overruling*“ with respect to „*jurisprudential disagreement*“ and pluralism; vgl. dann auch a. a. O. (1734 ff.) die Ausführungen zur Differenzierung zwischen *precedent* und *superprecedent* mit Hinweis auf M. J. Gerhardt, Minn. L. Rev. 90 (2006), 1204: (nur) *super precedent*-Entscheidungen seien faktisch nicht aufhebbar: Klägerinnen und Kläger würden insoweit fehlen, Gerichte sich nicht auf die Argumentation einlassen, in der Bevölkerung und den anderen Verfassungsorganen Einigkeit über die fortgeltende Kraft bestehen.

<sup>2577</sup> M. v. Landenberg-Roberg, in: N. Marsch/L. Münkler/T. Wischmeyer, Apokryphe Schriften. Rezeption und Vergessen in der Wissenschaft vom Öffentlichen Recht, Tübingen 2018, S. 151 ff. – dort freilich nicht bezogen auf Beiträge zu gerichtlich durchsetzbarer Dogmatik, sondern auf Beiträge zum wissenschaftlichen („theoretischen“) Diskurs.

<sup>2578</sup> Wiederum in Anlehnung an (christlich) theologische Terminologie: Insbesondere in der römisch-katholischen Tradition werden Schriften, die zwar in der Septuaginta (der griechisch kanonisierten Bibel), nicht jedoch im masoretischen (hebräischen) Kanon der Bibel enthalten sind, als „deuterokanonisch“ bezeichnet; in der lutherischen Tradition ist demgegenüber insoweit die Rede von „Apokryphen“, vgl. A. Berlejung/J. C. Gertz/K. Schmid/M. Witte, in: J. C. Gertz (Hrsg.), Grundinformation Altes Testament. Eine Einführung in Literatur, Religion und Geschichte des Alten Testaments, 6. Aufl., Göttingen 2019, S. 535 (535).

<sup>2579</sup> So spricht A. S. Krishnakumar, Rutgers L. Rev. 52 (2000), 781 ff., von „*canonical dissent*“; vgl. auch R. Primus, Duke L. J. 48 (1998), 243 ff.

<sup>2580</sup> K. F. Röhl/H. C. Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl., München 2008, S. 520.

einführend bereits als das Paradebeispiel für ‚Rechtsinhaltsquelltexte‘ charakterisiert: Sie stehen „schon in einem juristischen Kontext [...] und [formulieren] in gleicher Weise wie die i. e. S. verbindlichen juristischen Rechtsquellen Sollensnormen [...], so dass die Gerichte sie unmittelbar anwenden könnten“<sup>2581</sup> (s. o. I. 4. a)).

#### a) Gutachten; amicus curiae briefs

Besonders handgreiflich wird die Ausrichtung auf gerichtliche Verwertbarkeit (in den Worten von H. Kantorowicz und Röhl/Röhl: auf „Gerichtsfähigkeit“<sup>2582</sup>) bei rechtswissenschaftlichen *Gutachten*, welche man als Unterklasse rechtswissenschaftlicher Texte fassen kann.<sup>2583</sup> Oben wurden immer wieder rechtswissenschaftliche Gutachten, die mit Verbandsgrundrechtspositionen der föderierten Einheiten argumentieren, ausgewertet:

Im US-amerikanischen Prozessrecht können rechtswissenschaftliche Interventionen in den Bereich der Rechtsprechung eine sehr unmittelbare Gestalt gewinnen: als *amicus curiae briefs*. *Amicus curiae briefs* sind unabhängige Stellungnahmen, die im Rahmen eines konkreten Rechtsstreits vor Gericht durch eine Person, Personengruppe oder Organisation, welche weder Partei noch Teil des Gerichts ist, freiwillig und entgeltfrei eingereicht werden.<sup>2584</sup> Regelmäßig sind *amicus curiae briefs* also noch enger an konkrete prozessuale Situationen gebunden als Rechtsgutachten in Deutschland.<sup>2585</sup> *Amicus curiae briefs* sind nicht nur Rechtsinhaltsquelltexte, sondern v. a. auch Rechtsarbeitstexte (dazu oben I. 3. c)). *Amicus curiae briefs* sind keinesfalls ausschließlich (oder auch nur überwiegend) Sache der Rechtswissenschaft, sondern werden u. a. auch von Rechtsanwältinnen und -anwälten, NGOs oder hoheitlichen Akteuren (also etwa den Einzelstaaten) erstellt.<sup>2586</sup> Allerdings wird eine

<sup>2581</sup> K. F. Röhl/H. C. Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl., München 2008, S. 520, am Beispiel der ‚herrschenden Meinung‘ – zu dieser auch M. Kaltenborn, Rechtstheorie 34 (2003), 459 (460 dort in und um Fn. 9).

<sup>2582</sup> H. Kantorowicz, Der Begriff des Rechts, Göttingen 1963, S. 88 ff.; K. F. Röhl/H. C. Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl., München 2008, S. 204 f.

<sup>2583</sup> In seiner Typologie von „Textsorten des Bereichs Rechtswesen und Justiz“ (s. o. 2474) führt D. Busse, in: G. Antos/K. Brinker/W. Heinemann/S. F. Sager (Hrsg.), Text- und Gesprächslinguistik, Berlin u. a. 2000, S. 658 (670, 672, 674 f.), „Rechtsgutachten“ als „Textsorte der Normtext-Auslegung“, aber auch als „Textsorte des Rechtsfindungsverfahrens“ und schließlich als „Textsorte der Rechtswissenschaft“.

<sup>2584</sup> Vgl. D. S. Clark, RabelsZ 80 (2016), 327 (345 f.).

<sup>2585</sup> Vgl. für komparatistische Ansätze (USA/Deutschland) ferner D. S. Clark, RabelsZ 80 (2016), 327 (338 ff.), welcher knapp auf einige (partielle) funktionale Äquivalente der *amicus curiae briefs* im deutschen Prozessrecht hinweist (u. a. § 77 BVerfGG; Nebenintervention; Sachverständigengutachten; etc.).

<sup>2586</sup> Vgl. H. A. Anderson, U. Rich. L. Rev. 49 (2015), 361 (362, 374); D. S. Clark, RabelsZ 80 (2016), 327 (361 f.); spezifisch zu *amicus curiae briefs* der Einzelstaaten: S. Nicholson-Crotty, Publius 37 (2007), 599.

steigende Quantität von „*law professor briefs*“ ausgemacht.<sup>2587</sup> Für den vorliegend interessierenden Bereich, die Argumentation mit Verbandsgrundrechtspositionen der Einzelstaaten, kann etwa darauf hingewiesen werden, dass im Vorfeld der Entscheidung *United States v. Windsor* (2013)<sup>2588</sup> zur Verfassungswidrigkeit des Bundesgesetzes *Defense of Marriage Act* (s.o. § 5, A. I. 2. c)) ein *amicus curiae brief* von – so die Selbstbezeichnung des Kollektivs – „*Federalism Scholars*“<sup>2589</sup> eingebracht wurde. Dieses Gutachten *könnte* mit dazu beigetragen haben, dass in der gerichtlichen Entscheidung die argumentative Verknüpfung von Individualgrundrechten und Föderalismusverfassungsrecht (hierzu § 12, B. II. 3. d)) entwickelt wurde.

Bei der Darstellung von Argumentationen mit Verbandsgrundrechtspositionen in Deutschland wurde oben mehrfach auf ‚länderfreundliche‘<sup>2590</sup> Gutachten zurückgegriffen, so auf das Gutachten von Michael Kloepfer und Christian Kohler zur Frage, ob den Bund gegenüber (bestimmten) Ländern (und Kommunen) eine Pflicht treffe, außenpolitisch auch Länderinteressen (und Interessen der Kommunen) gegenüber Nachbarstaaten zu vertreten<sup>2591</sup> (s.o. § 5, B. III. 2. a)), auf das Gutachten von Udo Di Fabio zur Frage, ob ein Land einen Anspruch gegen den Bund auf Grenzschutzmaßnahmen habe (s.o. § 5, B. III. 2. b))<sup>2592</sup> oder auf das Gutachten von Franz C. Mayer und Markus Artz zur Position der Länder in der Kompetenzlage im Wohnraummietrecht (s.o. § 5, C. III. 2.)<sup>2593</sup>.

#### b) ‚Abhandlungen‘ und ‚akademische Reflexion‘

Die rechtswissenschaftliche Argumentation mit Verbandsgrundrechtspositionen ist nicht auf die Unterklasse ‚Gutachtentexte‘ beschränkt. Auch in Texten, welche von konkreten Konflikten abstrahieren und weniger direkt auf „Gerichtsfähigkeit“ zielen, lassen sich Ausführungen zu Verbandsgrundrechtspositionen finden. Bei einer Sichtung des oben ausgewerteten Argumentationsmaterials fallen bestimmte

<sup>2587</sup> Vgl. H. A. Anderson, U. Rich. L. Rev. 49 (2015), 361 (407), m. w. N., mit der Mutmaßung: „*Could it be that the rise of law professor briefs coincides with the rise of law professors who have been appellate clerks? In this light, the amicus brief is a continuation of the clerkship role*“ (a. a. O. [407, dort in Fn. 267 a. E.]).

<sup>2588</sup> *United States v. Windsor*, 570 U.S. 744 (2013).

<sup>2589</sup> E. A. Young et al., [https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5544&context=faculty\\_scholarship](https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5544&context=faculty_scholarship); letzter Abruf am 01.12.2021.

<sup>2590</sup> Andere oben ausgewertete Gutachten wie K. Hesse, AöR 98 (1973), 1 ff. (s.o. § 6, C. III.), oder H.-J. Papier, Landeskompentenz zur Einführung eines sogenannten Mietendeckels?, unveröff. Gutachten, 2019 (s.o. § 5, A. IV. 3. b)), weisen (jedenfalls tendenziell) eine (im konkreten Fall) ‚länderfeindliche‘ Stoßrichtung auf.

<sup>2591</sup> M. Kloepfer/C. Kohler, Kernkraftwerk und Staatsgrenze, Berlin 1981.

<sup>2592</sup> U. Di Fabio, Migrationskrise als föderales Verfassungsproblem, unveröff. Gutachten, 2016; ders., ZSE 2015, 517 ff.

<sup>2593</sup> F. C. Mayer/M. Artz, Öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Aspekte eines „Mietendeckels“ für das Land Berlin, unveröff. Gutachten, 2019.

Unterklassen von rechtswissenschaftlichen Texten stärker ins Auge als andere. Beispielsweise sind Verbandsgrundrechtspositionen aufgrund ihrer Verfassungstextferne (s. o. II. 1. a)) – anders als Verbandskompetenzen und Verbandsingerenzen – grundsätzlich kein zentraler Gegenstand von Grundgesetz-Kommentaren.<sup>2594</sup>

Bei der Darstellung des einschlägigen US-amerikanischen Verfassungsrechtsdiskurses traten vor allem zwei<sup>2595</sup> – methodologisch sehr unterschiedliche – ‚Schrifttumsprojekte‘ hervor: Das erste dieser ‚Schrifttumsprojekte‘ besteht in zwei Aufsätzen (*law review articles*) von Deborah J. Merritt aus den Jahren 1988 („*The Guarantee Clause and State Autonomy: Federalism for a Third Century*“)<sup>2596</sup> bzw. 1994 („*Three Faces of Federalism: Finding a Formula for the Future*“)<sup>2597</sup>. In diesen Aufsätzen plädiert Merritt unter dem Topos „*state autonomy*“ deutlich für bestimmte – gerichtlich durchsetzbare – Grenzen der Ausübung von Bundeskompetenzen und Bundesingerenzen zum Schutz bestimmter „Autonomie“-Positionen der Einzelstaaten (Schutz der ‚Personalhoheit‘, Schutz der Legislativautonomie, Schutz der Exekutivautonomie – s. o. § 5, A. II. 2., § 6, A. I. 2. a) u. II. 2. a)). Merritts Aufsätze wurden in drei oben näher vorgestellten Leitentscheidungen des *U.S. Supreme Court* zitiert: *Justice* Sandra Day O’Connor, für die Merritt zuvor als *law clerk* gearbeitet hatte, zitierte den Aufsatz von 1988 in den Mehrheitsvoten zu *Gregory v. Ashcroft* (1991 – s. o. § 5, A. II. 2. b))<sup>2598</sup> und *New York v. United States* (1992 – s. o. § 6, A. I. 2. a))<sup>2599</sup>, jeweils an zentralen Stellen. *Justice* Antonin Scalia verwies im Mehrheitsvotum zu *Printz v. United States* (1997 – s. o. § 6, A. II. 2. a)), der Fortsetzung von *New York v. United States*, auf Merritts Aufsatz von 1994.<sup>2600</sup>

Als zweites ‚Schrifttumsprojekt‘ ging die Darstellung zu den Verbandsgrundrechtspositionen der Einzelstaaten auf das Theorem ‚*uncooperative federalism*‘ ein,

<sup>2594</sup> Selbstverständlich werden auch Teilaspekte der Dogmatik der Verbandsgrundrechtspositionen teilweise in den (ausführlicheren) Kommentierungen zu den Art. 70 ff., Art. 83 ff., Art. 104a ff., Art. 20, Art. 28, Art. 37 GG etc. der Sache nach mitbehandelt. Zu der Frage, wie zentral die Rolle der Gattung des juristischen Kommentars für ‚Dogmatik‘ ist: s. u. B. III. 3.

<sup>2595</sup> Ein denkbare drittes Beispiel wäre das *capital punishment federalism*-Projekt‘ (gegen die Anwendbarkeit des *federal death penaltys* in Staaten ohne *state death penalty*) von Michael J. Zydney Mannheimer – ausführlich mit Nachweisen oben § 5, A. I. 2. b) bb). Dass Mannheimers Argumentation potenziell als Rechtsinhaltsquelltext funktionieren kann, zeigt die explizite und namentliche Diskussion seiner Argumentation durch *U.S. Court of Appeals for the Second Circuit* (mit Sitz in New York City): *United States v. Aquart*, 912 F.3d 1, 65–69 (2d Cir. 2018); freilich lehnt das Gericht die Argumentation i. E. ab.

<sup>2596</sup> *D. J. Merritt*, Colum. L. Rev. 88 (1988), 1.

<sup>2597</sup> *D. J. Merritt*, Vand. L. Rev. 47 (1994), 1563.

<sup>2598</sup> *Gregory v. Ashcroft*, 501 U.S. 452 (1991), 463, zitiert *D. J. Merritt*, Colum. L. Rev. 88 (1988), 1 (50–55).

<sup>2599</sup> *New York v. United States*, 505 U.S. 144 (1992), 169, zitiert *D. J. Merritt*, Colum. L. Rev. 88 (1988), 1 (61 f.).

<sup>2600</sup> *Printz v. United States*, 521 U.S. 898 (1997), 930, zitiert *D. J. Merritt*, Vand. L. Rev. 47 (1994), 1563 (1580, Fn. 65).

welches von Jessica Bulman-Pozen und Heather Gerken aufgestellt wurde:<sup>2601</sup> Der *status activus* der Einzelstaaten im Bereich der Verbandsingerenzen wurde vor Bulman-Pozen und Gerkens Bild von der „Macht des Dieners“ vor allem in informalen Ingerenzen innerhalb von föderalen Verschränkungsstrukturen beschrieben (s. o. § 6, C. II. 1.). Anders als Merritt fordern Bulman-Pozen und Gerken – unter der Teilüberschrift „*doctrinal implications*“<sup>2602</sup> – grundsätzlich Zurückhaltung der Judikative, um den Einzelstaaten Raum für die Nutzung informaler Ingerenzen zu lassen (s. o. § 6, C. IV.).

Bei der Darstellung der Verbandsgrundrechtspositionen der deutschen Länder unter dem Grundgesetz wurde oben mehrfach auf Positionen aus der Rechtswissenschaft zurückgegriffen. Damit sind nicht die – in einem vorgelagerten Schritt – ausgewerteten Beiträge von Rudolf Smend zur verfassungstheoretisch fundierteren Analyse der Figur ‚Bundestreue‘ im Verfassungsrecht und in der Verfassungspraxis der Endphase des Deutschen Kaiserreichs (1916 – s. o. § 2, C. III. 3. a))<sup>2603</sup> oder von Carl Schmitt zur „Verfassungslehre des Bundes“ in seiner „Verfassungslehre“ (1928 – s. o. § 2, C. I. 1.)<sup>2604</sup> gemeint. Diese Beiträge dienten der theoretischen Charakterisierung des politischen, kryptonormativen Modells des ‚Bundes‘ ohne unmittelbaren Bezug auf das Föderalismusverfassungsrecht der Vereinigten Staaten von Amerika oder der Bundesrepublik Deutschland. Gemeint sind vielmehr die Festschriftbeiträge von Peter Lerche zu individualgrundrechtlich implizierten „Eintretenspflichten“ von Bund und Ländern, und zwar „notfalls bis an die Grenze ihrer Kompetenzräume“,<sup>2605</sup> (s. o. § 5, C. III. 1.) sowie von Konrad Kruis zur „bündischen Sorge für das Grundgesetz“<sup>2606</sup> (s. o. § 6, B. II. 3. a)). Daneben wurden auch Schrifttumsbeiträge ausgewertet, welche tendenziell in eine die Verbandsgrundrechtspositionen der Länder relativierende (insoweit vereinfacht gesprochen: ‚länderfeindliche‘) Stoßrichtung gehen – so insbesondere Konrad Hesses Theorie vom „unitarischen Bundesstaat“<sup>2607</sup> mit ihren Implikationen für eine verfassungsrechtliche Position der Länder, welche eher deren Rolle als Orte der ‚Verwaltungsexpertsokratie‘ betont (s. o. § 6, C. III. 3. a)). Insgesamt bemerkenswert ist die wiederkehrende Einschlägigkeit des Genres der rechtswissenschaftlichen ‚Festschrift‘

<sup>2601</sup> J. Bulman-Pozen/H. K. Gerken, Yale L. J. 118 (2009), 1256.

<sup>2602</sup> J. Bulman-Pozen/H. K. Gerken, Yale L. J. 118 (2009), 1256 (1295 ff.).

<sup>2603</sup> R. Smend, in: Festgabe für Otto Mayer, Tübingen 1916, S. 247 ff.

<sup>2604</sup> C. Schmitt, Verfassungslehre, München u. a. 1928, S. 368 zum politischen Modell ‚Bund‘ allgemein: „Garantie der politischen Existenz jedes Bundesmitgliedes“ (dazu oben § 2, C. I. 1.); beachte dann freilich Schmitts einschränkende Folgerungen zum Föderalismusverfassungsrecht am Ende des Kapitels zum demokratischen „Bundesstaat ohne bündische Grundlage“, a. a. O. (391): „Die Weimarer Verfassung enthält weder eine Garantie des territorialen *status quo* der Länder, wie er im Jahre 1919 vorlag, noch eine Garantie jedes einzelnen, 1919 bestehenden Landes“.

<sup>2605</sup> P. Lerche, in: FS Maunz, München 1981, S. 215 (218, 220).

<sup>2606</sup> K. Kruis, in: FS Lerche, München 1993, S. 475.

<sup>2607</sup> K. Hesse, Der unitarische Bundesstaat, Karlsruhe 1962.



(Smend, Lerche, Kruis), welche *auch* „im Dienst der Wissenschaft“<sup>2608</sup> zu den Verbandsgrundrechtspositionen der deutschen Länder steht und überdies Anlass für – vorliegend nicht anzustellende – vertiefende Untersuchungen zu institutionellen Verkopplungen von Rechtswissenschaft, Verfassungspraxis und Judikative gibt.<sup>2609</sup> Man mag in dieser – freilich hier nicht systematisch nachgewiesenen, sondern lediglich anekdotisch-evidenten – Föderalismus/Festschrift-Affinität die fortdauernde Bedeutung von „Gelehrten-Intellektuellen“ (Gangolf Hübinger) für die Fortbildung des föderalen Denkens widergespiegelt sehen: Was im 19. Jahrhundert eine Frage von gelehrten Briefwechseln und Salons um Figuren wie de Tocqueville, v. Mohl oder Lieber gewesen war (s. o. § 1, C. II. 1.), mag später ein partielles funktionales Äquivalent in Festschriften gefunden haben.<sup>2610</sup>

Mit alledem soll nicht gesagt werden, dass die thematisch einschlägigen rechtswissenschaftlichen Beiträge zu Verbandsgrundrechtspositionen der förderierten Einheiten in den USA und in Deutschland ausschließlich affirmativ seien. Es gibt (selbstverständlich) auch Schrifttumsbeiträge, welche eine kritisch-distanzierte Perspektive einnehmen (zu Einzelbeispielen näher insbesondere unten im Rahmen der kritischen Rhetorikanalyse § 11, B.).<sup>2611</sup>

<sup>2608</sup> So (ohne Föderalismusverfassungsrechtsbezug) *H. Schulze-Fielitz*, DVBI 2000, 1260 ff.: „Festschriften im Dienst der Wissenschaft“, welcher aber auch typische Schwächen von Festschriften und voraussetzungsvolle Gelingenbedingungen (a. a. O. [1265 f.]) formuliert; es ist wohl kein rechtswissenschaftliches Genre so viel Häme ausgesetzt wie ‚die Festschrift‘, vgl. exemplarisch *I. v. Münch*, NJW 2000, S. 3253 ff., m. w. N., mit dem Titel „Das Festschriftwesen und -unwesen“. Man mag daran denken, unter dem Gesichtspunkt der ‚Verlegenheit‘ eine Parallele zwischen dem Genre ‚Festschrift‘ und dem später näher untersuchten Genre ‚Lyrik‘ zu ziehen: zur Rolle von ‚Verlegenheit‘ bei der ‚Lyrik‘ näher unten § 12, C. III.

<sup>2609</sup> Insoweit besonders bemerkenswert der eben erwähnte Beitrag des damaligen Bundesverfassungsrichters Konrad Kruis: *K. Kruis*, in: FS Lerche, München 1993, S. 475; Kruis war Berichterstatter föderalismusverfassungsrechtsrelevanter Leitentscheidungen, u. a. in BVerfGE 81, 310 – Kalkar II (hierzu oben § 6, A. II. 3. b)). Bemerkenswert auch der Festschriftbeitrag von Peter Lerche in der Festschrift für *Karl Carstens* zur Kompetenzlage im Staatshaftungsrecht (*P. Lerche*, in: FS Carstens, Bd. 2, Berlin u. a. 1984, S. 687 ff.; s. o. § 5, A. III. 3. c)): Lerche war Prozessvertreter im Rechtsstreit BVerfGE 61, 149 – Amtshaftung. Ein weiteres einschlägiges Beispiel, der Festschriftbeitrag des früheren Bundesverfassungsrichters Brun-Otto Bryde für seinen früheren ‚Kollegen‘ *Hans-Jürgen Papier* wird unten ausgewertet: *B.-O. Bryde*, in: FS Papier, München 2013, S. 493 – s. u. § 11, D. III.

<sup>2610</sup> Ansatzpunkte für eine nähere Betrachtung des Zusammenhangs von Festschriften und Diskursmacht in der Dogmatikbildung (ohne föderalismusverfassungsrechtlichen Bezug) etwa bei *H. Schulze-Fielitz*, DVBI 2000, 1260 (1265 f.), welcher dies aber eher auf die Binnensystematik gelungener Festschriften bezieht, welche im besten Fall geradezu als Quasi-„Handbuch“ zu einem Themen- oder Problemfeld wirken könnten; stärker zur Außenwirkung: *H. Fleischer*, NZG 2019, 921 (926), m. w. N., welcher seine Untersuchung zu diskursiv wirkmächtigen und eben intensiv durch Festschriften geehrten „Schlüsselfiguren“ und „key players“ der Gesellschaftsrechtswissenschaft an Max Webers Vorstellung von „Rechtshonorationen“ spiegelt.

<sup>2611</sup> Vgl. an dieser Stelle als Beispiele zunächst nur *M. D. Adler/S. F. Kreimer*, Supreme Court Review 1998, 71 – ausführlich § 11, B. I.; sowie *F. Wittreck*, in: I. Härtel (Hrsg.), Handbuch Föderalismus, Bd. I, Berlin u. a. 2012, § 18 – ausführlich § 11, B. II.



## 2. Exkurs: geübte Praxis nicht-judikativer Akteure als Rechtsinhaltsquelltext?

Mit Blick auf das oben bei den Fallgruppen zu den Verbandsgrundrechtspositionen ausgewertete Material ließe sich daran denken, nicht nur Texte der Rechtsprechung und des rechtswissenschaftlichen Schrifttums als Träger von Rechtsinhaltsquellen zu fassen, sondern auch föderalismusverfassungsrechtsrelevante Praktiken nicht-judikativer Akteure, also beispielsweise Praktiken der Gesetzgeber und Regierungen auf Bundesebene und Ebene der föderierten Einheiten. Damit ist nicht primär das Verhalten solcher nicht-judikativer Akteure vor Gericht, also ihre Prozessführungspraxis gemeint (dazu unten § 8, C. I. 1. b)). Auch nicht gemeint sind Texte, die der verfassungsändernde Gesetzgeber erzeugt, also verfassungsändernde Gesetze und Zusatzartikel (dazu unten § 8, C. I. 3. b)), deren ‚Text‘-Charakter i. e. S. ja außer Frage steht. Es geht vielmehr – ‚alltäglicher‘ – um geübte Praktiken des Kompetenz- und Ingerenz-(nicht-)gebrauchs durch Legislativen und Exekutiven auf beiden föderalen Ebenen. Betrachtet man Vorgänge der legislativen und exekutiven Verfassungspraxis und Verfassungskultur als ‚Texte‘, so legt man freilich einen weiten Begriff des ‚Texts‘ zu Grunde, welcher an entsprechende Ansätze in der ‚Ethnologie‘, Soziologie und Kulturwissenschaft anknüpfen könnte (Clifford Geertz: ‚Kultur als Text‘).<sup>2612</sup> Es geht dann nicht so sehr um Rechtstexte i. e. S. wie konkrete Gesetzestexte oder Texte, in denen Regierungs- oder Verwaltungsentscheidungen niedergelegt sind, sondern um geübte Praktiken, welche als (oder: ‚wie‘) ‚Texte‘ erfassbar und lesbar werden. Zwei sehr unterschiedliche Beispiele<sup>2613</sup> aus dem oben vorgestellten Fallmaterial mögen das veranschaulichen:

Zum einen wurde unter Rückgriff auf einen Aufsatz von Jessica Bulman-Pozen und Heather K. Gerken (zum „*uncooperative federalism*“) am Beispiel des Schicksals der I/M-Programme im US-amerikanischen Umweltschutzföderalismus erörtert, wie eine Verbandsgrundrechtsposition der Einzelstaaten als „mächtige“ „Diener“<sup>2614</sup> im ingerenziellen *status activus* aussehen kann (s.o. § 6, C. II.). Das theoretische *framing* des „*uncooperative federalism*“ und das Bild vom „mächtigen“ „Diener“ ermöglichten es, die Verwaltungspraxis im US-amerikanischen Umweltschutzföderalismus zu clustern und in gerichteter Weise als Rechtsinhaltsquelltext zu lesen.

<sup>2612</sup> Also: Rechtspraxis-‚Kultur‘ beobachtet, beschrieben, erfasst, gelesen, gedeutet, etc., als (ob sie ein) ‚Text‘ (wäre); grundlegend zu einem weiten (kulturwissenschaftlichen) Verständnis von ‚Text‘, welches schriftliche Zeichenkomplexe übersteigt: C. Geertz, *The Interpretation of Cultures*, New York, N.Y., 1973, passim, insbes. S. 449, 452 f.

<sup>2613</sup> Neben den nachfolgend im Fließtext genannten Beispielen wäre zu denken an: die Herausbildung der – freilich ‚einzelstaatenfeindlichen‘ – *no bailout*-Regel im Finanzverfassungsrecht der USA aufgrund v. a. von Handlungen der ‚Staatspraxis‘ (nicht der Gerichte) – s.o. § 6, B. I. 2. b); oder auch an die von Rudolf Smend im monarchischen Bundesstaat beobachteten Beispiele unter der Reichsverfassung von 1871 – s.o. § 2, C. III. 3. a) aa).

<sup>2614</sup> Vgl. J. Bulman-Pozen/H. K. Gerken, Yale L. J. 118 (2009), 1256 (1260 ff.), zur „*power of the servant*“.

Im grundgesetzlichen Föderalismus kann auf das – deutlich konkretere, schärfer umrissenere – Beispiel der *Kramer/Heubl*-Absprache zurückverwiesen werden: Diese Bund-Länder-Absprache sieht vor, dass Vertreterinnen und Vertreter der Länder bei bestimmten internationalen Vertragsverhandlungen des Bundes – über die ausdrücklich in Art. 32 Abs. 2 GG erwähnte Konstellation („[B]erührt[sein]“ der „besonderen Verhältnisse eines Landes“) hinaus – informal beteiligt werden (s. o. § 4, A. II. 3. b)).<sup>2615</sup>

Als *Rechtserkenntnis* quelltexte mit rechtlicher Geltungskraft (dazu oben I. 3. b)) kommen solche ‚Praxis‘-, ‚Texte‘ allerdings nur in Betracht, soweit nach der Rechtsquellenlehre die Voraussetzungen für Gewohnheitsrecht (stetige, von Rechtsüberzeugung getragene Übung) vorliegen.<sup>2616</sup> Hier gibt es freilich wieder methodologische Unterschiede zwischen den Rechtsordnungen<sup>2617</sup>, auf die es vorliegend aber nicht ankommt. Bereits unterhalb dieser Schwelle zum Gewohnheitsrecht können ‚Praxis‘-, ‚Texte‘ im oben beschriebenen Sinn jedenfalls eine *faktische* diskursive Wirkmacht als *Rechtsinhalts* quelltexte (s. o. I. 4.) entfalten. ‚Staatspraxis‘, ‚Verfassungspraxis‘, *institutional history* kann den Gerichten als ein Element neben anderen bei der ‚Interpretation‘ von Rechtssätzen dienen. Für den vorliegenden Untersuchungsgegenstand bedeutet dies: Auch die nicht-judikative Praxis in Parlamenten und Exekutiven auf beiden föderalen Ebenen nutzt und behauptet Verbandsgrundrechtspositionen argumentativ; sie setzt, verlangt, beachtet, ignoriert und dehnt durch Verbandsgrundrechtspositionen markierte Grenzen der Kompetenz- und Ingerenzausübung. Hieran orientieren sich Gerichte bei der Sanktionierung von Verbandsgrundrechtspositionen.<sup>2618</sup>

## B. „Gerichtsfähige“ Dogmatik: eine diskursiv gebildete, formalisierte, instrumentalisierbare „Zwischenschicht“

Nachdem vorstehend *Rechtsinhalts* quelltexte der Rechtsprechung, des rechtswissenschaftlichen Schrifttums und der nicht-judikativen Praxis als die textuellen Träger von Verbandsgrundrechtspositionen identifiziert und charakterisiert wurden, ist diese Gattung der ‚*Rechtsinhalts* quelltexte‘ nunmehr in Beziehung zum Begriff

<sup>2615</sup> Vgl. *F. Schorkopf*, Staatsrecht der internationalen Beziehungen, München 2017, § 4, Rn. 45, Abdruck des „Kramer/Heubl-Papier[s]“, a. a. O., S. 662 ff.

<sup>2616</sup> Vgl. zum Gewohnheitsrecht in der tradierten Rechtsquellenlehre unter dem Grundgesetz nur *D. Merten*, Jura 1981, 236 (242 f.), m. w. N.

<sup>2617</sup> In den USA wird ‚Gewohnheitsrecht‘ als „*custom*“ oder „*customary law*“ diskutiert, grundsätzlich aber eine nur sehr untergeordnete Rolle neben dem *case law* und dem Gesetzesrecht eingeräumt, vgl. etwa *E. A. Farnsworth/S. Sheppard*, An Introduction to the Legal System of the United States, New York, N.Y., u. a. 2010, S. 43 (dort in Fn. 1).

<sup>2618</sup> Vgl. etwa *Printz v. United States*, 521 U.S. 898 (1997), 905: „*historical understanding and practice*“; a. a. O., 916: „*historical record*“. *Justice Scalia* wertet unter diesen Schlagworten die (frühe) Gesetzgebungspraxis des Bundesparlaments als Argument dafür, dass (administratives) *commandeering* (dazu näher oben § 6, A. II. 2. a)) verboten sei.

der ‚(Rechts-)Dogmatik‘, dem „gemeinsame[n] Kommunikationsformat von Rechtswissenschaft und Rechtspraxis“ (Matthias Jestaedt)<sup>2619</sup> zu setzen. Hierzu wird im Folgenden ein Begriff von ‚gerichtlich durchsetzbarer Dogmatik‘ entwickelt, welcher diese als eine „Zwischenschicht“ begreift (s. u. I.), welche durch die Elemente der pluralistischen Bildung in diskursiver Text-‚Arbeit‘ (s. u. III.), der Formalisierung (s. u. IV. 1.) und der Instrumentalisierbarkeit (s. u. IV. 2.) bestimmt ist.

## I. Rechtsdogmatik als „Zwischenschicht“

### 1. Grunddefinition von ‚Rechtsdogmatik‘

Als Ausgangspunkt für eine Begriffsbestimmung von ‚Rechtsdogmatik‘ kann eine wirkmächtige<sup>2620</sup> Definition von Winfried Brohm aus dem Jahr 1972 dienen. Brohm hat seine Definition zwar für den Kontext des Verwaltungsrechts erarbeitet; sie lässt sich jedoch grundsätzlich auf den hier interessierenden Bereich des Verfassungsrechts übertragen, was Besonderheiten der Verfassungsrechtsdogmatik im Einzelnen freilich nicht verleugnen soll.<sup>2621</sup> Brohm bezeichnet Rechtsdogmatik als „ein innersystematisch erarbeitetes Gefüge juristischer Begriffe, Institutionen, Grundsätze und Regeln [...], die als Bestandteil der positiven Rechtsordnung unabhängig von einer gesetzlichen Fixierung allgemein Anerkennung und Befolgung beanspruchen.“<sup>2622</sup>

<sup>2619</sup> M. Jestaedt, in: G. Kirchhof/S. Magen/K. Schneider (Hrsg.), Was weiß Dogmatik? Was leistet und wie steuert die Dogmatik des öffentlichen Rechts?, Tübingen 2012, S. 117 ff.; vgl. auch O. Lepsius, in: G. Kirchhof/S. Magen/K. Schneider (Hrsg.), Was weiß Dogmatik? Was leistet und wie steuert die Dogmatik des öffentlichen Rechts?, Tübingen 2012, S. 39 (42); vgl. auch P. Sahn, Elemente der Dogmatik, Weilerswist 2019, S. 117.

<sup>2620</sup> Vgl. nur die Anmerkungen bei M. Eifert, in: G. Kirchhof/S. Magen/K. Schneider (Hrsg.), Was weiß Dogmatik? Was leistet und wie steuert die Dogmatik des öffentlichen Rechts?, Tübingen 2012, S. 79 (81, Fn. 5); sowie A.-B. Kaiser, DVBl 2014, 1102 (1103).

<sup>2621</sup> Mit der Verfassungsgerichtsbarkeit ist im Bereich des Verfassungsrechts ein besonders bestimmender Akteur intensiv an der Herausbildung von Dogmatik beteiligt, was bis hin zum „Bundesverfassungsgerichtspositivismus“ der Verfassungsrechtswissenschaft führen kann: B. Schlink, Der Staat 28 (1989), 161 (163). Auch mag der Fragmentcharakter des Verfassungstexts Besonderheiten der Verfassungsrechtsdogmatik nach sich ziehen: vgl. z.B. den Hinweis bei C. Schönberger, in: FS Schlink, Heidelberg 2014, S. 41 (49), auf den Unterschied zwischen fragmentarischem Grundgesetz und Kodifikationen des Straf- und Zivilrechts als möglichen Grund für ein unterschiedliches dogmatisches Grundverständnis der Verfassungsrechtswissenschaft einerseits und der Zivil- und Strafrechtswissenschaft andererseits.

<sup>2622</sup> W. Brohm, VVDStRL 30 (1972), 245 (246), mit Verweisen auf T. Geiger, Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts, Kopenhagen 1947, S. 9 ff.; und T. Viehweg, in: Festschrift für C. A. Emge, Wiesbaden 1960, S. 106 (106 f.).

## 2. „Zwischenschicht“

Hervorhebung verdient dabei, dass Brohm davon spricht, dass Dogmatik „Bestandteil der positiven Rechtsordnung“ sei<sup>2623</sup> und „allgemein Anerkennung und Befolgung“ beanspruche, obwohl sie als solche nicht gesetzlich fixiert sei. Dogmatik ist mit der (u.a. gesetzlich fixierten) Rechtsnorm, auf die sie sich bezieht, nicht identisch, sondern tritt zu dieser hinzu. Peter Lerche hat – unter Verwendung der räumlichen Metapher der ‚Schichtung‘ – davon gesprochen, dass die (verfassungs-) gerichtliche Entscheidungspraxis „durch Rückgriff auf übergreifende Maßstäbe, die eine Art *Zwischenschicht* (zwischen Text und konkreter Anwendung) ausmachen“, die „Chance breiterer Absicherung und größerer Durchsichtigkeit“ erlange.<sup>2624</sup> Diese räumlichen Metaphoriken der ‚Schichtung‘ und des ‚Dazwischen‘-Seins sind charakteristisch nicht nur für Beschreibungen der Arbeitsweise gerichtlicher Entscheidungspraxis, sondern überhaupt für Begriffsbestimmungen zur ‚Dogmatik‘: Für Martin Eifert ist ‚Dogmatik‘ „vor allem eine kohärenz sichernde, operationalisierende Zwischenschicht zwischen den Rechtsnormen und der Rechtsanwendung im Einzelfall“<sup>2625</sup>.

## 3. Akteure der Dogmatikbildung: Praxis und Wissenschaft

Weiterhin ist in Brohms Definition das Element der „innersystematischen Erarbeitung“ von Dogmatik hervorzuheben. Es stellt sich die Frage danach, welche Akteure zu dem „System“, welches an der Erarbeitung von Dogmatik beteiligt ist, gehören.

In diesem Zusammenhang ist ein Blick auf eine von Robert Alexy aufgestellte ‚Dogmatik‘-Definition aufschlussreich: Dogmatik werde „im Rahmen einer institutionell betriebenen Rechtswissenschaft aufgestellt und diskutiert“ und habe (dennoch) „normativen Gehalt“.<sup>2626</sup> An Alexy anknüpfend ergänzt Andreas Voßkuhle: Dogmatik werde „von einem professionellen Rechtsstaat (Richter, Verwal-

<sup>2623</sup> Zum Gerichtesein von Dogmatik auf das positive Recht nur A. v. Arnould, VVDStRL 74 (2015), S. 39 (45): „Problemlösungen am Maßstab des positiven Rechts“; P. Sahm, Elemente der Dogmatik, Weilerswist 2019, S. 39: „Rechtsdogmatik ist diejenige Perspektive auf das Recht, die sich der begrifflichen Erfassung des geltenden Rechts widmet.“ Brohm geht über diese Aussagen freilich noch hinaus, wenn er Dogmatik sogar zum „Bestandteil der positiven Rechtsordnung“ erklärt.

<sup>2624</sup> P. Lerche, in: P. Badura/H. Dreier (Hrsg.), FS 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. I, Tübingen 2001, S. 333 (343); Hervorh. R.D.N.

<sup>2625</sup> M. Eifert, in: G. Kirchhof/S. Magen/K. Schneider (Hrsg.), Was weiß Dogmatik? Was leistet und wie steuert die Dogmatik des öffentlichen Rechts?, Tübingen 2012, S. 79 (81); vgl. auch P. Sahm, Elemente der Dogmatik, Weilerswist 2019, S. 59 ff., zur „Dogmatik zwischen Einzelfall und System, Theorie und Praxis“.

<sup>2626</sup> R. Alexy, Theorie der juristischen Argumentation, 3. Aufl., Frankfurt a.M. 1996, S. 314.

tungsbeamte, Wissenschaftler etc.) aufgestellt und diskutiert“<sup>2627</sup>. Voßkuhles Charakterisierung der Rechtsdogmatik fokussiert das Zusammenwirken von Rechtspraxis und Rechtswissenschaft an der Schaffung von Dogmatik. Dogmatik stellt das „gemeinsame Kommunikationsformat von Rechtswissenschaft und Rechtspraxis“ (Matthias Jestaedt)<sup>2628</sup> dar; Schöpferinnen und Schöpfer von Dogmatik sind nicht ausschließlich Gerichte, sondern auch Akteure der gesetzgebenden und vollziehenden Gewalten und das rechtswissenschaftliche Schrifttum.<sup>2629</sup>

Umgekehrt ist Dogmatik auch nicht etwa ausschließlich Sache des rechtswissenschaftlichen Schrifttums. So hat etwa Philipp Sahn hervorgehoben, dass „die Rechtsprechung nicht nur Abnehmer, Anwender und Gegenstand der dogmatischen Jurisprudenz ist, sondern selbst Rechtsdogmatik betreibt“.<sup>2630</sup> ‚Rechtsdogmatik‘ wird vorliegend also nicht als Bezeichnung für eine rechtswissenschaftliche Teildisziplin – in Abgrenzung von Rechtstheorie, -philosophie, -soziologie, etc. – verwendet. Vielmehr wird ‚Rechtsdogmatik‘ als Praxis im Rechtssystem begriffen, an welcher die dogmatisch arbeitenden Teile der Rechtswissenschaft (die „dogmatisch[e] Jurisprudenz“) *neben anderen* Akteuren Anteil hat. Um die wissenschaftstheoretischen und forschungsmethodologischen Implikationen und Komplikationen dieser engen Verknüpfung von Wissenschaft und Praxis im Format der Dogmatik wird es – unter dem Stichwort ‚Rechtsdogmatikforschung‘ – im Kapitel zur methodologischen Selbstreflexion gehen (s. u. § 9, A.).

---

<sup>2627</sup> A. Voßkuhle, in: G. Kirchhof/S. Magen/K. Schneider (Hrsg.), Was weiß Dogmatik? Was leistet und wie steuert die Dogmatik des öffentlichen Rechts?, Tübingen 2012, S. 111 (111). Voßkuhles ‚Dogmatik‘-Definition ist beinahe identisch mit der von R. Alexy, Theorie der juristischen Argumentation, 3. Aufl., Frankfurt a.M. 1996, S. 314. Jedoch spricht Voßkuhle vom „professionellen Rechtsstaat (Richter, Verwaltungsbeamte, Wissenschaftler etc.)“ als Schöpfer von Dogmatik, während Alexy eine „institutionell betriebene Rechtswissenschaft“ als Schöpferin der Dogmatik benennt.

<sup>2628</sup> S. in der Einleitung Fn. 76 sowie gleich in und bei Fn. 2634.

<sup>2629</sup> Vgl. B. Schlink, JZ 2007, 157 (159 f.); M. Eifert, in: G. Kirchhof/S. Magen/K. Schneider (Hrsg.), Was weiß Dogmatik? Was leistet und wie steuert die Dogmatik des öffentlichen Rechts?, Tübingen 2012, S. 79 (81); A. Voßkuhle, in: G. Kirchhof/S. Magen/K. Schneider (Hrsg.), Was weiß Dogmatik? Was leistet und wie steuert die Dogmatik des öffentlichen Rechts?, Tübingen 2012, S. 111 (111).

<sup>2630</sup> P. Sahn, Elemente der Dogmatik, Weilerswist 2019, S. 117; vgl. auch M. Jestaedt, JZ 2014, 1 (6): „Denn Rechtsdogmatik betreiben nicht nur Rechtswissenschaftler, sondern kaum minder Rechtspraktiker, seien es Richter von Ober- oder Grenzgerichten, seien es wissenschaftlich ambitionierte Rechtsanwälte oder Notare“ – die Formulierung „kaum minder“ bei Jestaedt wird vorliegend freilich nicht geteilt, wird doch der Beitrag der Rechtsprechung zur Dogmatikbildung vorliegend sogar in das Zentrum gestellt.

## II. Konkretisierung: ‚gerichtlich durchsetzbare Dogmatik‘

### 1. Gerichtszentrismus („Gerichtsfähigkeit“) der Rechtsdogmatik

Auch wenn Dogmatikbildung keine ausschließliche Sache der Gerichte ist, so wird regelmäßig die Institution ‚Gericht‘ als *Zielpunkt* dogmatischer Arbeit betrachtet: Wenn von ‚Rechtsdogmatik‘ die Rede ist, geht es zumeist – häufig un- ausgesprochen – um (zumindest potenziell) *gerichtlich durchsetzbare* Dogmatik.<sup>2631</sup> Mit anderen Worten: Nach diesem Verständnis sind Gerichte zwar nicht die alleinigen Autorinnen und Autoren, wohl aber die ganz vorrangigen Adressatinnen und Adressaten von Dogmatik. Zum Teil wird der Begriff des ‚Rechts‘ insgesamt auf eine solche „Gerichtsfähigkeit“ (H. Kantorowicz; Röhl/Röhl)<sup>2632</sup> hin zurechtgelegt.

### 2. Benennung (und Relativierung) des Gerichtszentrismus

Auch die vorliegende Studie fokussiert mit den Verbandsgrundrechtspositionen der föderierten Einheiten dogmatische Topoi, welche vor allem auf gerichtliche Durchsetzung ausgerichtet sind. Allerdings ist nach der oben eingeführten Struktur-Wirkungs-Matrix des Föderalismusverfassungsrechts (s. o. § 3, C.) – und dies wird in der zweiten Hälfte dieses Kapitels zu vertiefen sein – die Wirkungsdimension der Rechtsprechung nicht der einzige Weg der Ver- ‚Wirklichung‘ von (Föderalismus-) Verfassungsrecht; daneben stehen die Wirkungsdimensionen der nicht-judikativen Praxis (s. u. § 8, B. I.) und der (para-)demokratischen Öffentlichkeit (s. u. § 8, B. II.).

Die traditionell im Fokus stehende, rechtsprechungszentrierte Rechtsdogmatik wird vorliegend als ‚gerichtlich durchsetzbare Dogmatik‘ bezeichnet. Diese qualifizierte Wendung impliziert aber zugleich, dass ‚Dogmatik‘ eben nicht *per se* gerichtlich durchsetzbar sein *muss*. Vielmehr kann ‚Dogmatik‘ auch die Anwendung und Durchsetzung von Recht außerhalb und unabhängig von Gerichten betreffen. Entscheidend ist aber in jedem Fall die Ausrichtung an der (und auf die) Rechtspraxis<sup>2633</sup> – sei diese judikativ oder nicht-judikativ.

<sup>2631</sup> Exemplarisch *M. Hailbronner*, Der Staat 53 (2014), 425 (430), welche bei ihrem komparatistischen Zugriff auf die Bedeutung nicht-judikativer Verfassungsinterpretation in den USA und Deutschland letztlich danach fragt, ob die Gerichte die nicht-judikative Verfassungsinterpretation wahr- und aufnehmen oder nicht. Damit wird der eigenständige Wert nicht-judikativer Verfassungsinterpretation außerhalb der Gerichte aber ausgeblendet.

<sup>2632</sup> Vgl. *H. Kantorowicz*, Der Begriff des Rechts, Göttingen 1963, S. 88 ff.; *K. F. Röhl/H. C. Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl., München 2008, S. 204 f.

<sup>2633</sup> Vgl. *M. Jestaedt*, in: G. Kirchhof/S. Magen/K. Schneider (Hrsg.), Was weiß Dogmatik? Was leistet und wie steuert die Dogmatik des öffentlichen Rechts?, Tübingen 2012, S. 117 (121 f.); vgl. auch *O. Lepsius*, in: G. Kirchhof/S. Magen/K. Schneider (Hrsg.), Was weiß Dogmatik? Was leistet und wie steuert die Dogmatik des öffentlichen Rechts?, Tübingen 2012, S. 39 (42, 45, 47); *C. Bumke*, JZ 2014, 641 (650).

### III. Dogmatik und Rechtsinhaltsquelltexte: Dogmatikbildung als diskursive Text-,Arbeit‘

‚Rechtsdogmatik‘ wurde bisher als „gemeinsames Kommunikationsformat von Rechtswissenschaft und Rechtspraxis“ (Matthias Jestaedt)<sup>2634</sup> vorgestellt. Dieser heute im deutschsprachigen Diskurs tendenziell – bei unterschiedlichen Nuancierungen im Detail – herrschende Begriff ist von einem enger gefassten ‚Rechtsdogmatik‘-Begriff (bzw. einer verengten *Perspektive* auf ‚Rechtsdogmatik‘) zu unterscheiden (s. u. 1.).<sup>2635</sup> Diese Abgrenzung konturiert zugleich die Bedeutung der Rechtsinhaltsquelltexte für den vorliegend zu Grunde gelegten (weiten) ‚Rechtsdogmatik‘-Begriff, bei welchem Rechtsdogmatik als diskursiver Prozess der Text-,Arbeit‘ erfasst wird (s. u. 2. u. 3.). Freilich muss dieser Prozess letztlich handhabbare ‚Produkte‘ hervorbringen (s. u. 4.).

#### 1. Abgrenzung: unitarisch-statisches ‚Dogmatik‘-Verständnis

Ein enger Begriff von ‚Rechtsdogmatik‘ kommt exemplarisch in den Worten von Julius Kraft zum Ausdruck: „Eine Disziplin heißt Dogmatik, insofern sie gewisse an und für sich willkürliche Sätze als über jeder Kritik stehend erachtet“<sup>2636</sup>. Mit dem Als-über-jeder-Kritik-stehend-Erachten setzt das enge ‚Dogmatik‘-Verständnis die „Autorität eines anerkannten Willens“ ins Zentrum.<sup>2637</sup> Allgemeine Anerkennung und Verbindlichkeit werden zu Merkmalen von ‚Rechtsdogmatik‘. Teilweise wird darauf hingewiesen, dass dies im „Kern des Begriffs“ – ‚Dogma‘ – verankert sei.<sup>2638</sup>

Mit Blick auf das im engen Begriffsverständnis verwendete Merkmal der *allgemeinen* Anerkennung dogmatischer Sätze wird dieser enge ‚Dogmatik‘-Begriff

<sup>2634</sup> M. Jestaedt, in: G. Kirchhof/S. Magen/K. Schneider (Hrsg.), Was weiß Dogmatik? Was leistet und wie steuert die Dogmatik des öffentlichen Rechts?, Tübingen 2012, S. 117 ff.; vgl. auch O. Lepsius, in: G. Kirchhof/S. Magen/K. Schneider (Hrsg.), Was weiß Dogmatik? Was leistet und wie steuert die Dogmatik des öffentlichen Rechts?, Tübingen 2012, S. 39 (42).

<sup>2635</sup> Dazu m. w. N. C. Bumke, JZ 2014, 641 (642, insbes. dort in Fn. 5).

<sup>2636</sup> J. Kraft, Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft 45 (1930), 1 (29 f.), dann noch mit dem Zusatz: „und also das Postulat der unabhängigen Forschung aufgibt“; vgl. auch C. Pornschlegel, in: S. Lüdemann/T. Vesting (Hrsg.), Was heißt Deutung? Verhandlungen zwischen Recht, Philologie und Psychoanalyse, Paderborn 2017, S. 39 (42).

<sup>2637</sup> M. Herberger, Dogmatik. Zur Geschichte von Begriff und Methode in Medizin und Jurisprudenz, Frankfurt a. M. 1981, S. 307, in Auseinandersetzung mit Leibniz‘ Parallelisierung von theologischer und juristischer Dogmatik; zu diesem Zitat C. Pornschlegel, in: S. Lüdemann/T. Vesting (Hrsg.), Was heißt Deutung? Verhandlungen zwischen Recht, Philologie und Psychoanalyse, Paderborn 2017, S. 39 (39).

<sup>2638</sup> U. Diederichsen, in: R. Zimmermann (Hrsg.), Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik, Heidelberg 1999, S. 65 (67): „Kern des Begriffs Rechtsdogmatik ist das *Dogma*, worunter ein wissenschaftlich anerkannter juristischer Lehrsatz zu verstehen ist“; hierzu referierend C. Bumke, JZ 2014, 641 (642, dort in Fn. 5).



vorliegend als ‚unitarisch‘ bezeichnet.<sup>2639</sup> Der unitarische Begriff von ‚Dogmatik‘ fokussiert mit Dogmen oder Lehrsätzen (einzelne) *Produkte* von Dogmatikbildung. Der Fokus auf den Bestand von Dogmen oder Lehrsätzen hat (neben der unitarischen) auch eine statische Tendenz.

## 2. Dogmatik(-bildung) als ‚Diskurs‘ – ‚Pluralismus‘ der Dogmatikbildung

Blickt man auf die Charakteristika der oben eingeführten Textsorte der Rechtsinhaltsquelltexte (s. o. A. I. 4. u. A. II. 2.) zurück, so wird deutlich, dass der verengte, unitarisch-statische ‚Dogmatik‘-Begriff an seine Grenzen stößt: Er blendet dogmatik(-system-)interne kritische Tendenzen und den produktiven Austausch verschiedener Akteure, den vielgesichtigen *Prozess* der Dogmatikbildung überhaupt, tendenziell aus. Es lassen sich verschiedene Perspektiven auf ‚Rechtsdogmatik‘ einnehmen: statisch-produktbezogen oder dynamisch-prozesshaft. Rechtsinhaltsquelltexte wurden oben definiert als Texte, die in einem (‚realen‘ oder virtuellen) Setting ‚vor Gericht‘ z.B. mit Verbandsgrundrechtspositionen argumentieren und dabei auf gerichtliche Verwendbarkeit hin ausgerichtet sind (s. o. A. II. 2.). Insbesondere diejenigen Unterkategorien von Rechtsinhaltsquelltexten, die wie die obsoleten Rechtsprechungstexte (s. o. A. III. 2.), die apokryphen Rechtsprechungstexte (s. o. A. III. 3.) oder die Schrifttumstexte (s. o. A. IV. 1.) keine rechtliche Verbindlichkeit oder Geltung im eigentlichen Sinn, aber doch einschlägige faktische diskursive Wirkmacht entfalten, zeigen, dass Dogmatikbildung auch Diskurs und Austausch, ein Anbieten und Verhandeln von (alternativen) Lösungsmöglichkeiten, ein ‚Argumentieren‘<sup>2640</sup> ist.

Dogmatikbildung und Dogmatik haben nach diesem Verständnis ein inhärentes diskursives und *insoweit*<sup>2641</sup> pluralistisches Moment<sup>2642</sup>: Dogmatik wird in „soziale[n] Praktiken der Kommunikation“ geschaffen.<sup>2643</sup> ‚Pluralismus‘ der Dogmatikbildung bedeutet also vor allem einen Pluralismus der Quellen und Akteure.<sup>2644</sup>

---

<sup>2639</sup> Dogmatik kommt im *unitarischen* Verständnis daher „[...] wie ein Tanz von Kraft um eine Mitte, / in der betäubt ein großer Wille steht“ (Rilke) – wenn man das „eine“ vor „Mitte“ und das „ein“ vor „großer Wille“ – und nicht etwa „Tanz“ (dazu sogleich Fn. 2644) – betont.

<sup>2640</sup> Zum ‚Argumentieren‘ als Merkmal von Rechtsinhaltsquelltexten oben A. II. 1. b).

<sup>2641</sup> Beachte allerdings die Ausführungen zu Hierarchien und Ausschlüssen etc. in den Praktiken der Dogmatikbildung sogleich unter 4.

<sup>2642</sup> Prägnant zum Element des Diskursiven in der Dogmatikbildung *M. Wrase*, in: A. Pilniok/J. Brockmann (Hrsg.), *Die juristische Profession und das Jurastudium*, Baden-Baden 2017, S. 41 (44, 49 f.); *M. Hailbronner*, *Der Staat* 53 (2014), 425 (429 f.), welche in diesem Zusammenhang knapp auf das Denken von Ludwik Fleck („Denkkollektive“), Thomas S. Kuhn und Stanley Fish („interpretive communities“) verweist.

<sup>2643</sup> *M. Wrase*, in: A. Pilniok/J. Brockmann (Hrsg.), *Die juristische Profession und das Jurastudium*, Baden-Baden 2017, S. 41 (50).

Freilich sind einzelne, in konkreten Rechtsinhalts Quelltexten entworfene Dogmatikangebote, welche in diesen Diskurs eingespeist werden, jeweils darauf ausgerichtet, ‚reale‘ oder virtuelle Fälle in einer konkreten Art und Weise zu entscheiden und diese Entscheidung als vorzugswürdig oder ggf. sogar als alternativlos auszugeben. Sie konkurrieren jedoch untereinander und treten dabei in diskursiven Kontakt. Das kommt in Jestaedts bereits zitierter Formel von Dogmatik als einem „gemeinsame[n] Kommunikationsformat“<sup>2645</sup> zum Ausdruck. Und auch in Brohms vorangestelltem Definitionsvorschlag für ‚Rechtsdogmatik‘ ist die Rede davon, dass dogmatische Aussagen „allgemein Anerkennung und Befolgung beanspruchen“<sup>2646</sup> würden. Beanspruchung fällt nun aber noch nicht mit Erfüllung zusammen und sieht sich ggf. konkurrierenden Beanspruchungen ausgesetzt.

### 3. Dogmatikbildung als kollektive Text-,Arbeit‘

Der diskursive Pluralismus der Dogmatikbildung basiert dabei auf kollektiver Text-,Arbeit‘<sup>2647</sup> nämlich auf der Arbeit mit Rechtsinhalts Quelltexten: Rechtsinhalts Quelltexte von Präjudizien über *obiter dicta* und Sondervoten über rechtswissenschaftliche Gutachten und Aufsätze bis hin zu ‚Texten‘ der geübten nicht-judikativen Praxis (ausführlich oben A. III. u. IV.) leisten dazu ihre Beiträge. Mit der Gattung der Rechtsinhalts Quelltexte wird vorliegend folglich eine bestimmte – oben bereits näher charakterisierte – Textsorte als Gerüst der Dogmatikbildung betrachtet:

---

<sup>2644</sup> Dogmatik kommt dann also auch (s. o. Fn. 2639) im *pluralistischen* Verständnis daher „[...] wie ein *Tanz* von Kraft um eine Mitte, / in der betäubt ein großer Wille steht“ (Rilke) – wenn man eben „*Tanz*“ (und nicht etwa „eine Mitte“ oder „ein großer Wille“) betont; beachte im Zusammenhang mit der ‚Tanz‘-Metapher die Beobachtungen von P. de Man, in: The Rhetoric of Romanticism, New York, N.Y., U.S.A. 1984, S. 263 (263 ff.), zur – von Schiller in einem Brief an Körner beschriebenen – hochformalisierten Kunst des „englischen Tanzes“ als Modell des ‚schönen Umgangs‘ zur Verwirklichung von individueller und kollektiver ‚Freiheit‘.

<sup>2645</sup> M. Jestaedt, in: G. Kirchhof/S. Magen/K. Schneider (Hrsg.), Was weiß Dogmatik? Was leistet und wie steuert die Dogmatik des öffentlichen Rechts?, Tübingen 2012, S. 117 ff.

<sup>2646</sup> W. Brohm, VVDStRL 30 (1972), 245 (246); Hervorh. R.D.N.

<sup>2647</sup> Allgemein zum engen Zusammenhang von Diskursivität und Textualität M. Llanque, in: W. Reese-Schäfer/S. Salzborn (Hrsg.), „Die Stimme des Intellekts ist leise“. Klassiker/innen des politischen Denkens abseits des Mainstreams, Baden-Baden 2015, S. 41 (48). Der Charakter der Dogmatikbildung als Textarbeit wird etwa von P. Sahn, Elemente der Dogmatik, Weilerswist 2019, S. 56, hervorgehoben: „Wenn Juristen oder Theologen Dogmatik betreiben, schlägt sich diese in Texten nieder“; deutlich zur Textualität von Dogmatik auch M. Wrase, in: A. Pilniok/J. Brockmann (Hrsg.), Die juristische Profession und das Jurastudium, Baden-Baden 2017, S. 41 (50) – bemerkenswerterweise zählt Wrase Gerichtsentscheidungen (zusammen u. a. mit Lehr- und Lernbüchern) dabei nur zu den „eigentlich sekundären Rechtstexten“; zu den primären Rechtstexten zählt er mit Schriftsätzen und – unter Verweis auf die Arbeiten von Cornelia Vismann – Akten solche Textsorten, welche oben als ‚Rechtsarbeitstexte‘ eingeführt wurden. Wenn vorliegend im Fließtext die Rede von „Text-,Arbeit“ ist, so liegt bereits eine gewisse Metaphorisierung vor – daher die ironisierenden Anführungszeichen um „Arbeit“.

Maßgebliches Charakteristikum ist insbesondere der Bezug dieser Texte auf das Setting ‚vor Gericht‘, ihre „Gerichtsfähigkeit“ (ausführlich oben A. II. 2.).

Die hier eingenommene Perspektive auf ‚Dogmatik‘ ist freilich nicht alternativlos: In anderen Untersuchungen zu Texten der Rechtsdogmatik wird vielmehr die Gattung des juristischen Kommentars in das Zentrum der Dogmatikbildung gerückt.<sup>2648</sup> Dies wird dann vor allem mit dem deutlichen „Bezug [dieser Gattung] auf einen Primärtext“ begründet.<sup>2649</sup> Dieser Primärtextfokus ist für die Betrachtung des vorliegend fokussierten dogmatischen (Quellen-)Pluralismus – zumal für den hier interessierenden Bereich der verfassungstextfernen Verbandsgrundrechtspositionen (s. o. A. II. 1.) – jedoch gerade nicht entscheidend.

#### 4. Hierarchien, Ausschlüsse, Gewichtungen und Wertungen im dogmatischen Diskurs

‚Dogmatischer Pluralismus‘ als ein Pluralismus der Quellen und Akteure der Dogmatikbildung (s. o. 2. u. 3.) darf *nicht* missverstanden werden als ein ungeordnetes ‚anything goes‘; der Diskurs der Dogmatikbildung ist keinesfalls ungeregelt. Hier bestehen Parallelen zu dem, was Wolfgang Ullrich für den Bereich der ‚Kunstdogmatik‘ mit Blick auf die „quasi-moralischen“ Rezeptionsregeln der Kunstbetrachtung beschrieben hat (Kunstbetrachtung als „Exerzitium“ – s. o. § 3, B. II. 6.)<sup>2650</sup>:

Das gilt zum einen – sehr grundlegend (im Sinn von strukturell-tiefsitzend) – mit Blick darauf, dass Dogmatikbildung eine voraussetzungsvolle soziale Praxis<sup>2651</sup> und Herrschaftstechnik mit vielfältigen Zugangs- und Sprachhürden darstellt:<sup>2652</sup> Der Zugang zum rechtswissenschaftlichen Studium, zum juristischen Vorbereitungsdienst, zu einflussreichen Berufen in Rechtspraxis und Rechtswissenschaft ist intensiv reglementiert und trichterartig verengt. Dogmatik arbeitet bei ihren anspruchsvollen Formalisierungsoperationen (hierzu sogleich IV. 1.) zudem vor allem

---

<sup>2648</sup> Zur Gattung des juristischen Kommentars als „dogmatische Textform *par excellence*“ und „genuin rechtsdogmatische Textform“: P. Sahn, Elemente der Dogmatik, Weilerswist 2019, S. 57; vgl. auch M. Jestaedt, JZ 2014, 1 (6): „das für die Rechtsdogmatik eigentümlichste Publikationsformat“; demgegenüber wird vorliegend ‚das Gutachten‘ (s. o. A. IV. 1. a)) wegen seiner besonderen „Gerichtsfähigkeit“ als besonders prägend für den diskursiv-pluralistischen ‚Dogmatik‘-Begriff erachtet.

<sup>2649</sup> P. Sahn, Elemente der Dogmatik, Weilerswist 2019, S. 56.

<sup>2650</sup> W. Ullrich, in: ders., Tiefer hängen. Über den Umgang mit der Kunst, Berlin 2003, S. 13 (22).

<sup>2651</sup> Vgl. D. de Lazzer, in: Dogmatik und Methode. Josef Esser zum 65. Geburtstag, Kronberg/Ts 1975, S. 85 (88): „Dogmatik ist ein symbolisch konstituierter Sozialkontext der juristischen Tätigkeit“.

<sup>2652</sup> Vgl. M. Wrase, in: A. Pilniok/J. Brockmann (Hrsg.), Die juristische Profession und das Jurastudium, Baden-Baden 2017, S. 41 (49 ff.).

auch mit implizitem Wissen<sup>2653</sup> und baut auf die schleichende Einübung von „unbewusstem Imitationsverhalten“.<sup>2654</sup> In diesem Sinn sind rechtsdogmatische „Interpretationskollektive“<sup>2655</sup> elitär. Hier können soziologische Analysen – etwa im Fahrwasser von Michel Foucaults Diskursanalyse<sup>2656</sup> oder Pierre Bourdieus Theorien zu Habitus und sozialem Feld<sup>2657</sup> – anknüpfen.<sup>2658</sup>

Zum anderen kann auch deshalb keine Rede von einem ‚anything goes‘ bei der Dogmatikbildung sein, weil Dogmatik auf Praxis- und insbesondere „Gerichtsfähigkeit“ zielt. Beiträge zur Dogmatikbildung müssen – eben in Rechtsinhaltsquellen-texten – so gefasst, ausgerichtet und zugeschnitten werden, dass sie „schon in einem juristischen Kontext stehen und in gleicher Weise wie die i. e. S. verbindlichen juristischen Rechtsquellen Sollensnormen formulieren, so dass die Gerichte sie unmittelbar anwenden könnten“<sup>2659</sup> (s. o. A. I. 4.).

<sup>2653</sup> Vgl. W. Hassemer, in: F. Saliger/ders./U. Neumann (Hrsg.), Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 9. Aufl., Heidelberg 2016, S. 227 (239 f.), unter den Schlagwörtern „Betriebswissen“, „Habitus“ und „informelle Entscheidungsprogramme“.

<sup>2654</sup> K. v. Schlieffen, Rechtstheorie 32 (2001), 175 (178): „Die Techne der Rechtsgewinnung wird nicht begriffen, sondern durch ein unbewusstes Imitationsverhalten eingeübt. Dies verbietet einen distanzierenden, nachdenklichen Umgang mit dem eigenen Instrumentarium“; dazu auch M. Wrase, in: A. Pilniok/J. Brockmann (Hrsg.), Die juristische Profession und das Jurastudium, Baden-Baden 2017, S. 41 (49).

<sup>2655</sup> M. Hailbronner, Der Staat 53 (2014), 425 (430).

<sup>2656</sup> Vgl. einführend Foucaults Antrittsvorlesung am *Collège de France*: M. Foucault, L'ordre du discours. Leçon inaugurale au Collège de France prononcée le 2 décembre 1970, Paris, Frankreich, 1971, S. 10 f.: „je suppose que dans toute société la production du discours est à la fois contrôlée, sélectionnée, organisée et redistribuée par un certain nombre de procédures qui ont pour rôle d'en conjurer les pouvoirs et les dangers, d'en maîtriser l'événement aléatoire, d'en esquiver la lourde, la redoutable matérialité.“ Für Foucault sind Diskurse „komplexe Raster“ („grille complexe“) des Sagbaren, welche inhaltliche, situative und akteursbezogene Tabus des Sagbaren kennen, vgl. a. a. O. (11). ‚Foucaults Diskursanalyse‘ ist freilich keinesfalls auf ‚Recht‘ und innerhalb des Bereichs ‚Recht‘ nicht etwa auf ‚Dogmatik‘ begrenzt, sondern widmet sich der Untersuchung von (Un-)Sagbarkeiten in allen gesellschaftlichen Bereichen, v. a. aber in Herrschaftstechniken, vgl. den entsprechenden Hinweis bei S. Baer, Rechtssoziologie. Eine Einführung in die interdisziplinäre Rechtsforschung, 4. Aufl., Baden-Baden 2021, § 4, Rn. 213.

<sup>2657</sup> Bourdieu selbst hat auch rechtssoziologisch gearbeitet und das „juridische Feld“ („champ juridique“) analysiert, vgl. etwa P. Bourdieu, Actes de la recherche en sciences sociales 64 (1986), 3 ff.; referierend zu Bourdieus Analyse von „Kräfteverhältnissen“ innerhalb des juristischen Felds: S. Nour Skell, in: S. Buckel/R. Christensen/A. Fischer-Lescano (Hrsg.), Neue Theorien des Rechts, 3. Aufl., Tübingen 2020, S. 243 (249 ff.).

<sup>2658</sup> Vgl. M. Wrase, in: A. Pilniok/J. Brockmann (Hrsg.), Die juristische Profession und das Jurastudium, Baden-Baden 2017, S. 41 (50 ff.).

<sup>2659</sup> K. F. Röhl/H. C. Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl., München 2008, S. 520, am Beispiel der ‚herrschenden Meinung‘; beachte auch M. Kaltenborn, Rechtstheorie 34 (2003), 459 (460), der „die wissenschaftliche Doktrin“ ohne Differenzierung in einer Reihe mit „staatlichen Gesetze[n] und Verordnungen, [...] Satzungsrecht [...], [...] Gewohnheitsrecht, Verträge[n], [...] Richterrecht“ als „Rechtskenntnisquelle“ aufzählt; vgl. auch T. Vesting, Rechtstheorie, 2. Aufl., München 2015, Rn. 30, welcher „juristische Regeln“ („Rechtsnor-

Schließlich ergeben sich Leitplanken des rechtsdogmatischen Diskurses daraus, dass es als Aufgabe der Rechtsdogmatik verstanden wird, eine – mehr oder weniger fass- und handhabbare – „geltende Dogmatik“ herzustellen.<sup>2660</sup> Rechtsdogmatik als kollektives Arbeitsformat muss Orientierung im Feld der dogmatischen Einzelangebote bieten. Bei diesem ordnenden Aspekt von Rechtsdogmatik<sup>2661</sup> kommt also doch der – beim unitarisch-statischen Begriff von ‚Rechtsdogmatik‘ (s. o. I.) fokussierte – Produkt-Bezug von Dogmatik ins Spiel (‚Dogmatik‘ als statisches Produkt). Zur Rechtsdogmatik in einem weiten Sinn gehören also auch (Meta-)Regeln darüber, welche inhaltlichen Angebote ‚wertvoller‘ sind als andere: Ordnung erfordert Wertung<sup>2662</sup>; Wertungen erfordern Maßstäbe (Wertmaßstäbe)<sup>2663</sup>; Bei der Suche nach solchen Wertmaßstäben bewegt sich Rechtsdogmatik teilweise an der Grenze zur Methodenlehre, aber auch zur Rechtstheorie (insbesondere zur Rechtsquellenlehre – s. o. A. I. 3. u. 4. b)). Es ist für das dogmatische „Gewicht“, für den

---

men, deren Entstehung sich unmittelbar auf rechtswissenschaftliche Expertise zurückführen lässt“) als eine von vier (nicht abschließend aufgezählten) „Typen von Rechtssätzen“ aufzählt.

<sup>2660</sup> Vgl. B. Rüthers/C. Fischer/A. Birk, *Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre*, 11. Aufl., München 2020, Rn. 324; Hervorh. R.D.N.; vgl. etwa auch H. Fleischer, NZG 2019, 921 (926), welcher aus dem darin liegenden diskursiven Konsensdruck folgert, dass „das Originalitätsgebot in der [rechts-]wissenschaftlichen Kommunikation [...] nicht ganz denselben Stellenwert wie in anderen Disziplinen“ habe.

<sup>2661</sup> Beim dogmatischen Ordnen wird der Beitrag der Textsorte juristischer Kommentar (aber auch der Textsorten Lehrbuch und Handbuch) zu dem Gesamtprozess der Dogmatikbildung handgreiflich; zum juristischen Kommentar als wichtiger Textsorte der Rechtsdogmatik: s. die Nachweise oben in Fn. 2648. Mit P. Bourdieu, *Actes de la recherche en sciences sociales* 64 (1986), 3 (7), lässt sich das dogmatische Ordnen als „Rationalisierungs- und Formalisierungsarbeit“ („*travail de rationalisation et de formalisation*“) begreifen. Bourdieu verortet diesen Arbeitsschritt vor allem bei der Rechtswissenschaft (in Entgegensetzung zur einzelfallfokussierten Rechtspraxis). Demgegenüber wird vorliegend betont, dass sowohl Rechtswissenschaft wie auch Rechtspraxis jeweils sowohl einzelfallbezogene Lösungen erarbeiten wie auch „Rationalisierungs- und Formalisierungsarbeit“ leisten; zudem geht die vorliegende Studie davon aus, dass in Rechtsinhalts Quelltexten (dazu oben A. I. 4.) praxisgerichtete Lösungsangebote und Systematisierungsarbeit verwoben werden.

<sup>2662</sup> Mit ‚Wertung‘ wird ein zentraler textwissenschaftlicher Begriff verwendet, welcher auch in anderen Bereichen des sozialen Umgangs mit Texten (Literatur, Theologie, etc.) relevant ist; in der Literaturwissenschaft werden Vorgänge der Wertung literarischer Texte auch ausdrücklich unter diesem Schlagwort reflektiert: vgl. einführend S. Winko, in: H. L. Arnold/H. Detering (Hrsg.), *Grundzüge der Literaturwissenschaft*, München 1996, S. 585 ff.

<sup>2663</sup> Vgl. S. Winko, in: H. L. Arnold/H. Detering (Hrsg.), *Grundzüge der Literaturwissenschaft*, München 1996, S. 585 (586), zu einer „sehr formale[n] Bestimmung“ von ‚Wertung‘ als „eine Handlung [...], mit der ein Subjekt einem Objekt (Gegenstand, Sachverhalt, Person) die Eigenschaft zuordnet, in bezug auf einen bestimmten Maßstab, einen Wert, positiv oder negativ zu sein. Ein Text ist demnach nicht an sich wertvoll oder auch wertlos, sondern wird es erst, wenn man ihn auf einen Wertmaßstab bezieht [...]“. Dazu, dass (erst) Literaturdogmatik literaturkritische Werturteile ermöglicht, vgl. P. de Man, *Diacritics* 3. 3 (1973), 27 (32): „*a whole series of concepts that underlie the value judgments of our critical discourse: the metaphors of primacy, of genetic history and, most notably, of the autonomous power to will of the self*“ (s. u. § 10, B. II. 3. a)).

dogmatischen „Wert“, für die dogmatische „Würde“(!)<sup>2664</sup> eben danach zu unterscheiden, ob ein Rechtsprechungstext (noch) ‚kanonisch‘ ist (oder je war) oder ob er (unterdessen) ‚obsolet‘ oder ob er (schon immer) ‚apokryph‘ ist (zu diesen Kategorien oben A. III). Rechtsinhaltsquelltexte der Rechtswissenschaft gelten ohnehin ‚nur‘ als „secondary authority“ (s.o. A. I. 4. a)); Dogmatik als „gemeinsames Kommunikationsformat“ von Rechtsprechung und Schrifttum heißt eben nicht notwendigerweise: Kommunizieren auf Augenhöhe.<sup>2665</sup> Und auch innerhalb des Reichs der rechtswissenschaftlichen „secondary authority“ gibt es – dann wieder (‚rein‘) faktische – „Kompetenzhierarchien“<sup>2666</sup> (wobei ‚Kompetenz‘ in diesem Zusammenhang sicherlich nicht ausschließlich ‚Fähigkeit‘ oder ‚Können‘ bedeutet).

Auch wenn Dogmatikbildung auf ein Produkt wie die „geltende Dogmatik“ gerichtet ist, so ist doch zu betonen: „Geltende Dogmatik“ ist schwer als statisches und fest konturiertes Produkt vorstellbar; sie ist vielmehr dynamisch und – eben als „Zwischenschicht“ (Lerche, Eifert; s.o. I.) – noch nicht in gleichem Maß konkretisiert und konturiert wie die konkrete Rechtsanwendung.

#### IV. Formalisierung und Instrumentalisierung durch Dogmatik

‚Gerichtlich durchsetzbare Dogmatik‘ als diskursiv geschaffene Zwischenschicht ist gekennzeichnet durch eine Formalisierungsleistung (s.u. 1.) und durch eine – mehrdimensionale – instrumentelle Leistung (s.u. 2.):

<sup>2664</sup> Siehe etwa die Formulierungen bei E. A. Farnsworth/S. Sheppard, *An Introduction to the Legal System of the United States*, New York, N.Y., u. a. 2010, S. 65 f.: „weight to be given to [...]“, „value of a decision“ und „dignified with the name of holding“; zum „Wägen“ der Meinungen“ (freilich nur innerhalb der Rechtswissenschaft) auch B. Rüthers/C. Fischer/A. Birk, *Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre*, 11. Aufl., München 2020, Rn. 319.

<sup>2665</sup> Spezifisch zum Nicht-Vorhandensein von diskursiver Augenhöhe im Verhältnis von Bundesverfassungsgericht und „Staatsrechtswissenschaft“: B. Schlink, *Der Staat* 28 (1989), 161, mit der Formel vom „Bundesverfassungsgerichtspositivismus“ der „Staatsrechtslehre“ – näher unten § 9, A. III. 2. b) bb). Freilich ist das Kräfteverhältnis zwischen Rechtsprechung und Schrifttum je nach Rechtsordnung, Rechtsgebiet und geschichtlicher Phase unterschiedlich ausgeprägt; hierzu etwa P. Bourdieu, *Actes de la recherche en sciences sociales* 64 (1986), 3 (6): „selon les traditions juridiques et selon les moments au sein d’une même tradition, les hiérarchies varient entre les grandes classes d’agents juridiques qui varient elles-mêmes considérablement, selon les époques et les traditions nationales, et aussi selon la spécialité – droit public ou droit privé par exemple“.

<sup>2666</sup> B. Rüthers/C. Fischer/A. Birk, *Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre*, 11. Aufl., München 2020, Rn. 319; vgl. zu Tendenzen hin zu einem „Cercle privé“ sowie zu „Distinktionsmerkmale[n]“ innerhalb des Kreises der Dogmatik-bildenden Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler konkret am Beispiel der (vorliegend nicht einschlägigen) Gesellschaftsrechtswissenschaft und -praxis – unter losem Rückgriff auf Max Webers Rede von „Rechtshonoratioren“ – H. Fleischer, *NZG* 2019, 921 (925 f.).

## 1. Formalisierungsleistung von Dogmatik

Wie ‚das Recht‘ überhaupt (als Formalisierung von – erstrebter – ‚Wirklichkeit‘) weist Rechtsdogmatik eine spezifische Formalisierungsfunktion<sup>2667</sup> auf. Diese Formalisierung ist verfahrensbezogen-methodisch, geht es Dogmatik doch darum, Recht operabel zu machen:

*a) ‚Form‘ und ‚Inhalt‘ als untrennbar verwobene Elemente  
von Dogmatik*

Die Zwischenschicht Dogmatik verwebt in ihrer Formalisierungsfunktion (normative) Inhalte und ‚Form‘-Fragen:<sup>2668</sup>

‚Form‘-Bezogen handelt es sich bei Rechtsdogmatik um konventionalisierte Strukturen des Umgangs mit Rechtstexten (v. a. mit Rechtsinhalts Quelltexten – s. o. A. I. 4.), also um „Interpretationstechniken, Texthierarchien, Authentifikations-, Begründungs- und Beweisprozeduren“ (Clemens Pornschlegel).<sup>2669</sup> ‚Formbezogen‘ heißt hier also vor allem methodisch, verfahrensbezogen.<sup>2670</sup> Insoweit – darauf wird im späteren interdisziplinären Teil der Untersuchung einzugehen sein (s. u. § 10, B. II. 3.) – weist Rechtsdogmatik Gemeinsamkeiten mit ‚Dogmatik‘ in der Literaturwissenschaft, in der Literaturkritik und bei sonstigen konventionalisierungsstrukturierten Formen der Literaturbeschäftigung<sup>2671</sup> auf. Hier bestehen außerdem Überschneidungen mit der juristischen Methodenlehre<sup>2672</sup>, wobei aber formbezogene Rechtsdogmatik auf einer etwas konkreteren Stufe anzusiedeln sein wird als die

<sup>2667</sup> Vgl. nur P. Bourdieu, *Actes de la recherche en sciences sociales* 64 (1986), 3 (7): „travail de rationalisation et de formalisation“; D. de Lazzer, in: Dogmatik und Methode. Josef Esser zum 65. Geburtstag, Kronberg/Ts 1975, S. 85 (92, 103, 105), welcher a. a. O. (103) mit dem „Begriff des *Formulars*“ die „Funktion von Dogmatik“ kennzeichnen möchte; vgl. (freilich unmittelbar bezogen auf den Bereich der verfassungsgerichtlichen Dogmatik) P. Lerche, in: P. Badura/H. Dreier (Hrsg.), *FS 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Bd. I, Tübingen 2001, S. 333 (343): „Konkretisierung dieser Art ist in besonders hohem Maße formender Natur“.

<sup>2668</sup> Vgl. P. Sahn, *Elemente der Dogmatik*, Weilerswist 2019, S. 40, welcher freilich den Schwerpunkt bei der inhaltsbezogenen Dimension erblickt und unter diesem Gesichtspunkt die Abgrenzung zur Methodenlehre ins Spiel bringt.

<sup>2669</sup> C. Pornschlegel, in: S. Lüdemann/T. Vesting (Hrsg.), *Was heißt Deutung? Verhandlungen zwischen Recht, Philologie und Psychoanalyse*, Paderborn 2017, S. 39 (40).

<sup>2670</sup> Vgl. auch J. Lennartz, *Dogmatik als Methode*, Tübingen 2017, S. 169, zum verfahrensstatt produktbezogenen Charakter einer konkreten „Bereichsdogmatik“, der Dogmatik des ‚Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes‘.

<sup>2671</sup> Zur ‚Dogmatik‘ im Bereich der Literaturbeschäftigung vgl. R. D. Neugärtner, *Rechtswissenschaft* 2017, 461 (469), sowie unten § 10, B. II. 3.

<sup>2672</sup> Die Grenzen zwischen juristischer Methodenlehre und Rechtsdogmatik werden immer wieder als unscharf empfunden: vgl. P. Sahn, *Elemente der Dogmatik*, Weilerswist 2019, S. 40 („Trennlinie nicht einfach zu ziehen“); vgl. ferner J. Lennartz, *Dogmatik als Methode*, Tübingen 2017, S. 2, für welchen die Bezüge von juristischer Methodenlehre und Rechtsdogmatik „unterbelichtet“ sind.



umfassender ansetzende juristische Methodenlehre, gewissermaßen also als eine auf einen bestimmten Rechtsbereich konkretisierte juristische Methodenlehre daherkommt. Zudem ist der Grad an Reflexion und an Explikation bei der juristischen Methodenlehre höher als bei der praxisfokussierten Rechtsdogmatik mit ihrem impliziten Verfahrens-Wissen: Dogmatik baut wie erwähnt auf die schleichende Einübung unbewussten Imitationsverhaltens (s. o. III. 4., s. dort auch die Hinweise auf Foucault und Bourdieu). Auf lange Sicht kann Dogmatik ihre Formalisierungsleistung nur sicherstellen, wenn sie für Nachwuchs an anschlussfähigen Dogmatik-Rezipientinnen und -Rezipienten sowie -Produzentinnen und -Produzenten sorgen kann, welche ihre Formen-Sprache beherrschen, welche offen (empfänglich, anfällig) für ihren Angebotscharakter (*affordance* – s. o. § 3, B. II. 5.) sind<sup>2673</sup>: Hier zeigt sich der enge Konnex von dogmatischer Formalisierung und Rechtspädagogik (Rechtsdidaktik) – auch dieser Aspekt begegnet im Bereich der Literaturbeschäftigung und Literaturdidaktik, wie später am Modell des ‚lyrischen Lesens‘ untersucht werden wird (s. u. § 10, B. II. 3. a)).

Aus inhaltsbezogener Perspektive ist Rechtsdogmatik eine Zwischenschicht der normativen Gehalte und Aussagen, welche bei der Rechtsarbeit operationalisiert<sup>2674</sup> werden. Dogmatik ermöglicht, dass grundlegende „Wertungsfragen nicht bei jeder Rechtskonkretisierung erneut aufgeworfen und durchdiskutiert werden müssen“<sup>2675</sup>. Hierin liegt die „Entlastungsfunktion“ der Rechtsdogmatik.<sup>2676</sup> In – mehr oder weniger ‚übergreifend‘ aussagekräftigen – Rechtsgrundsätzen, Prinzipien, Instituten, Schlüsselbegriffen, Topoi, Theoremen oder Fallgruppen werden Wertungen „zwischen“-gespeichert und bei der Entscheidung konkreter Rechtsfragen (wieder-) aufgerufen und (re-)aktualisiert.<sup>2677</sup>

Da es bei Rechtsdogmatik um Operationalisierung und Praktikabilität geht, gehen Form und Inhalt eine enge Verbindung ein: Die formbezogene und die inhaltsbezogene Dimension von Dogmatik lassen sich nicht trennen.<sup>2678</sup> Man mag auch davon

<sup>2673</sup> Vgl. in diesem Zusammenhang die bemerkenswerte Beobachtung bei *B. Schlink*, Der Staat 28 (1989), 161 (170), von Studentinnen und „Studenten [...]“, bei denen der Bundesverfassungsgerichtspositivismus sich in gedankenlos vollmundigem Umgang mit Verfassungsgütern, -werten und -prinzipien niederschlägt“; zur Figur des „Bundesverfassungsgerichtspositivismus“ ausführlich unten § 9, A. III. 2. b) bb).

<sup>2674</sup> *M. Eifert*, in: G. Kirchhof/S. Magen/K. Schneider (Hrsg.), Was weiß Dogmatik? Was leistet und wie steuert die Dogmatik des öffentlichen Rechts?, Tübingen 2012, S. 79 (81).

<sup>2675</sup> *W. Brohm*, VVDStRL 30 (1972), 245 (247), mit Verweisen auf Arbeiten von Josef Esser und Claus-Wilhelm Canaris.

<sup>2676</sup> Vgl. *O. Bachof*, VVDStRL 30 (1972), 193 (198); *U. Diederichsen*, in: R. Zimmermann (Hrsg.), Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik, Heidelberg 1999, S. 65 (67).

<sup>2677</sup> Vgl. zu einigen dieser „rechtsdogmatischen Figuren“ *C. Bumke*, JZ 2014, 641 (645), m. w. N.

<sup>2678</sup> Insoweit ähnelt ‚Dogmatik‘ ‚Kunst‘: vgl. zur „Einheit von Form und Inhalt“ bei Kunst *T. Kingreen/R. Poscher*, Grundrechte. Staatsrecht II, 37. Aufl., Heidelberg 2021, Rn. 802: „was auch immer Kunst sein mag, sie ist jedenfalls Einheit von Form und Inhalt“.

sprechen, dass „Dogmatik“ von vorneherein nur sinnvoll als gerichtete Praxis, „als Methode“<sup>2679</sup> zu verstehen ist.

### b) Formalistische und funktionalistische Formalisierung

Ihre Formalisierungsleistung kann Dogmatik auf unterschiedlichen Wegen erreichen: In der US-amerikanischen Verfassungsrechtswissenschaft werden (im Bereich des Staatsorganisationsrechts) Dogmatik-Angebote, Argumente, analytische Zugänge und normative ‚Theorien‘ häufig als „formalistisch“ oder „funktionalistisch“ eingeordnet.<sup>2680</sup> Wenn in diesem Sinn „Formalismus“ (als Gegenspieler von „Funktionalismus“) als rechtsmethodologische Position in Bezug genommen wird, so ist dies nicht mit den eben beschriebenen grundlegenden Formalisierungsleistungen von Recht und Dogmatik *überhaupt* gleichzusetzen. Vielmehr setzt auch die rechtsmethodologische Position des „Funktionalismus“ die grundlegenden Formalisierungsleistungen von Recht und Dogmatik zunächst einmal voraus. In diesem Sinn ist also formalistische wie auch funktionalistische Formalisierung denkbar.

Bei alledem sind ‚Formalismus‘ und ‚Funktionalismus‘ als rechtsmethodologische Positionen vielschichtig-schillernde Begriffe. William N. Eskridge hat zusammenfassend-referierend drei Dimensionen konturiert, wie „*formalism*“ von seinem Gegenspieler „*functionalism*“ unterschieden werden könne: *erstens* anhand einer Präferenz für ‚einfache‘, konditionale Regeln (Formalismus) gegenüber finalen Abwägungsvorgängen (Funktionalismus)<sup>2681</sup>, *zweitens* anhand der Präferenz für eine deduktive Argumentation mit Verfassungstext, -systematik und -entstehungsge-

<sup>2679</sup> J. Lennartz, Dogmatik als Methode, Tübingen 2017, passim, und an einem Beispiel etwa auf S. 169 f.

<sup>2680</sup> Das gilt insbesondere für den Bereich der horizontalen Gewaltenteilung: klassisch P. L. Strauss, Cornell L. Rev. 72 (1987), 488 ff.; vgl. den kritischen Überblick bei W. N. Eskridge, Harv. J. L. & Pub. Policy 22 (1998), 21, welcher selbst die Untrennbarkeit formalistischer und funktionalistischer Argumentation hervorhebt; dazu sogleich weiter unten im Fließtext; Übertragung der Unterscheidung auf den Bereich des Föderalismus bei E. Chemerinsky, Georgia State University Law Review 13 (1997), 959 ff., mit deutlicher Fürsprache für funktionalistische Ansätze: „*Federalism is ultimately about a basic policy question: how is power best divided between national and state governments? The analysis, now and always, must be functional*“ (a. a. O. [1984]); deutlich a. A. (für einen Primat des Formalen) etwa R. Briffault, Vand. L. Rev. 47 (1994), 1303 (1352): „*As a matter of law, the core of federalism is the formal legal position of the states in the federal structure, and not the values conventionally associated with federalism*“; beachte allerdings *ders.*, a. a. O. (1306): „*The formal legal features of the states [...] have functional consequences. They enable the states to promote the values associated with federalism [...]*.“ Zu ‚Formalismus‘ und ‚Funktionalismus‘ im Zusammenhang mit der horizontalen (funktionalen) Gewaltenteilung: s. u. § 12, B. II. 2. b) bb).

<sup>2681</sup> Das Gegensatzpaar ‚konditional‘/‚final‘ ist in der deutschen Wissenschaft vom öffentlichen Recht weniger für die Struktur *dogmatischer* Regeln bekannt als vielmehr für die Struktur von Rechtsnormen: vgl. nur W. Durner, Konflikte räumlicher Planungen, Tübingen 2005, S. 318, m. w. N.

schichte (Formalismus) gegenüber einer an Praxis und Telos orientierten, induktiven Argumentation (Funktionalismus) oder aber – *drittens* – anhand einer Präferenz für formell-rechtsstaatliche „Werte“ wie Rechtssicherheit und Rechtsklarheit (Formalismus) gegenüber „pragmatischen Werten“ des Rechts („*pragmatic values*“) wie Anpassungsfähigkeit, Effektivität und (Einzelfall-)Gerechtigkeit (Funktionalismus<sup>2682</sup>) als „Zielen“ („*goals*“) des Rechts und der Rechtsanwendung.<sup>2683</sup> Eskridge kontrastiert – kurz gefasst – also folgende Tendenzen: Konditionalprogramme gegen Finalprogramme, ‚text‘-fokussierte Deduktion gegen kontextoffene Induktion und Rechtssicherheit gegen Effektivität. Die hier jeweils dem Funktionalismus zugeordneten Ausprägungen (also: finale Abwägung, induktives Vorgehen und Effektivitätsorientierung bei der Argumentation – oder noch knapper: Ziel-, Praxis- und Effektivitätsorientierung) bedürfen letztlich freilich auch einer Artikulation in Gestalt „gerichtsfähiger“, dogmatischer Argumentation (s. o. A. II. 2.) und somit einer gewissen, grundlegenden Formalisierung (i. w. S.): Eine solche funktionalistisch ausgerichtete Formalisierung (i. w. S.) kann sich in der Herausbildung von spezifisch funktionalistischen dogmatischen Figuren wie – *induktiv* gewonnenen – Fallgruppen oder – zumindest teilweise *final* ausgerichteten – Abwägungstopoi und -kriterien (‚Leitbildern‘ oder ‚Prinzipien‘) niederschlagen. Insoweit haben bestimmte Formen dogmatischer Argumentation von vorneherein eine größere Affinität zum Funktionalismus als andere, welche wie beispielsweise Konditionalprogramme (‚*tests*‘ und Schemata mit engen Voraussetzungen, bei deren Vorliegen die Rechtsfolge greift) eher dem Formalismus näherstehen. Nochmals ist hervorzuheben: Auch funktionalistische Argumentation bedarf einer gewissen dogmatischen Formalisierung (i. w. S.).

In der Praxis werden formalistische und funktionalistische Argumentation zudem selten hermetisch getrennt in Reinform, sondern in eklektisch-pragmatischer Kombination vorkommen.<sup>2684</sup>

## 2. Instrumentalleistung(en) der Dogmatik

Dogmatik ist kein Selbstzweck, sondern ein Instrument zur Operationalisierung von Recht (s. u. a). Jedenfalls heuristisch sind von dieser basalen Instrumentalleistung von Dogmatik als ‚Dogmatik‘ mindestens zwei weitere Dimensionen von ‚Instrumentalisierung‘ zu unterscheiden: zum einen eine ‚materiell‘-inhaltliche Instrumentalisierung, welche von der anzuwendenden Rechtsmaterie gerade ‚gewollt‘

<sup>2682</sup> Besonders deutlich funktionalistisch in diesem (drittgenannten) Sinn etwa (am Beispiel des Föderalismusverfassungsrechts): *J. H. Choper*, Yale L. J. 86 (1976), 1552 (1556): „*The functional, borderline question posed by federalism disputes is one of comparative skill and effectiveness of governmental levels: in a word, an issue of practicability.*“

<sup>2683</sup> *W. N. Eskridge*, Harv. J. L. & Pub. Policy 22 (1998), 21 (21 f.).

<sup>2684</sup> Vgl. *W. N. Eskridge*, Harv. J. L. & Pub. Policy 22 (1998), 21 (22); so auch am Beispiel der *sovereign immunity doctrine* (s. o. § 5, A. III. 2.) *E. S. Anderson/R. H. Pildes*, U. Pa. L. Rev. 148 (2000), 1503 (1562 f.).

ist (s.u. b)), und zum anderen die Instrumentalisierung aus „realpolitischen“<sup>2685</sup> Gründen anlässlich der Rechtsanwendung (s.u. c)).

*a) Dogmatische Dimension von ‚Instrumentalisierung‘*

Dogmatik soll Recht – in formalisierter Weise – für die Anwendung im Einzelfall operabel machen. Dogmatik ist in diesem Sinn also stets ein (formal-methodisches) Instrument; sie vollbringt eine instrumentelle Leistung. Diese Operationalisierungsfunktion bringt zugleich die bereits angesprochene Entlastungsfunktion (für Einzelfallentscheidungen) mit sich.<sup>2686</sup> Zugleich werden durch Dogmatik Rechtssicherheit und ‚Gerechtigkeit‘ (durch kohärente und gleichmäßige Rechtsanwendung) angestrebt. Schließlich birgt Dogmatik zumindest das Potential eines Legitimationsgewinns.<sup>2687</sup> Die genannten Teilziele der Dogmatik bewegen sich zwischen zwei funktionalen Polen: Operationalisierung – mit Fokus auf den Einzelfall – und Kohärenzsicherung – mit Fokus auf das Allgemeine, auf ‚das System‘. Diese beiden Pole kommen in der oben zitierten Kurz-Definition von Eifert zum Ausdruck: Dogmatik als „kohärenzsichernde, [aber auch] operationalisierende Zwischenschicht“<sup>2688</sup> (s.o. I.).

Diese basale dogmatische Instrumentalfunktion (und das von ihr erfasste Bündel von Teilzielen) liegt grundsätzlich bei beiden oben unterschiedenen rechtsmethodologischen Grundansätzen (Formalismus und Funktionalismus – s.o. 1. b)) vor; die beiden Ansätze heben nur jeweils andere Teil-Ziele der dogmatischen Instrumentalfunktion hervor: Beim Formalismus werden regelmäßig Gleichmäßigkeit der Rechtsanwendung und Rechtssicherheit – also tendenziell die Kohärenzsicherung und ‚das System‘ – im Vordergrund stehen, während funktionalistische Argumentationen die Operationalisierung gerade für den Einzelfall fokussieren und dann eben auch für die Besonderheiten dieses Einzelfalls (praktische Bedürfnisse, politischer Kontext, Einzelfallgerechtigkeit etc.) empfänglicher sind.

<sup>2685</sup> Vgl. den Germanismus „realpolitik“ bei M. D. Adler/S. F. Kreimer, Supreme Court Review 1998, 71 (137): „a matter of judicial realpolitik“.

<sup>2686</sup> Vgl. W. Brohm, VVDStRL 30 (1972), 245 (247), mit Verweisen auf Arbeiten von Josef Esser und Claus-Wilhelm Canaris; O. Bachof, VVDStRL 30 (1972), 193 (198); U. Diederichsen, in: R. Zimmermann (Hrsg.), Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik, Heidelberg 1999, S. 65 (67); vgl. auch D. de Lazzer, in: Dogmatik und Methode. Josef Esser zum 65. Geburtstag, Kronberg/Ts 1975, S. 85 (103).

<sup>2687</sup> Vgl. (im Kontext der Diskussion über Konstitutionalisierungsvorgänge im EU-Recht) C. Möllers, in: A. v. Bogdandy/J. Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge, 2. Aufl., Berlin u. a. 2009, S. 227 (270 f.) – dort aber auch zu den Gefahren einer ‚spontanen‘ Konstitutionalisierungsdynamik „ohne zurechenbare politische Entscheidung“; zum größeren Zusammenhang von Dogmatikbildung (insbesondere durch Gerichte und Verwaltung) und Konstitutionalisierung: ders., a. a. O. (266 ff.).

<sup>2688</sup> M. Eifert, in: G. Kirchhof/S. Magen/K. Schneider (Hrsg.), Was weiß Dogmatik? Was leistet und wie steuert die Dogmatik des öffentlichen Rechts?, Tübingen 2012, S. 79 (81).

*b) Materiell-inhaltliche (hier: ideenpolitische) Dimension  
von ‚Instrumentalisierung‘*

Neben die genannten generellen instrumentellen Leistungen von Dogmatik als ‚Dogmatik‘ tritt die Verwirklichung von Instrumentalisierungsfunktionen, welche durch das anzuwendende Recht ‚der Sache nach‘ gewollt sind: Recht als Mittel zur sozialen und politischen Gestaltung<sup>2689</sup>. Es geht dann um die instrumentelle Leistung bestimmter Rechtsmaterien, um Instrumentalisierungspostulate des anzuwendenden Rechts.

Im Bereich des Verfassungsrechts ist das Föderalismusverfassungsrecht nach vorliegend vertretener Auffassung ein Paradebeispiel für eine Rechtsmaterie, welche solche Instrumentalisierungspostulate enthält; es ist gerade (inhärent) auf eine ‚materiell‘-inhaltliche Instrumentalisierung hin ausgerichtet – dies zu erläutern, war Gegenstand der Ausführungen zum Föderalismusverfassungsrecht als ideenpolitischem Recht (s. o. § 3, B. III.) und der einführenden Kapitel zur Ideenpolitik des Föderalismus (s. o. §§ 1 f.): Beim Föderalismusverfassungsrecht bedeutet inhaltliche Instrumentalisierung vor allem eine ideenpolitische Instrumentalisierung innerhalb der ideenpolitischen Konstellation des freiheitlich-nationalstaatlich-repräsentativ-demokratischen Föderalismus.<sup>2690</sup> Föderalismus wird zum Beispiel eingesetzt, um gewaltenteilerisch Macht zu begrenzen und Freiheit zu sichern, oder um demokratische Repräsentation aufzufächern und zu pluralisieren. Wie intensiv diese inhaltliche Instrumentalfunktion des Föderalismusverfassungsrechts sein darf oder zu sein hat, ist freilich nicht unumstritten<sup>2691</sup> (s. u. C. I. 3.).

Die materiell-inhaltliche Dimension von ‚Instrumentalisierung‘ ist wie erwähnt durch die spezifischen Gehalte der anzuwendenden Rechtsmaterien bestimmt, hat zunächst also nur mittelbar etwas mit Dogmatik als ‚Dogmatik‘ zu tun: Selbstverständlich ist es aber Aufgabe der Dogmatik, dafür zu sorgen, dass die Instrumentalisierungspostulate der anzuwendenden Rechtsmaterien letztlich verwirklicht werden können. Dies gilt sowohl für funktionalistische wie auch für formalistische Ansätze. Für den Funktionalismus liegt dies auf der Hand: Dass funktionalistische Argumentation die Verwirklichung der Instrumentalisierungspostulate des anzuwendenden Rechts im Einzelfall vorzubereiten sucht, ist mit Blick auf ihre Ziel-, Praxis- und Effektivitätsorientierung (s. o. 1. b)) unmittelbar eingängig. In diesem

<sup>2689</sup> Insoweit also nicht ganz im Sinn von *law as social engineering*, wie es R. Pound, J. Pub. L. 3 (1954), 292, in seinem Essay „*The Lawyer as a Social Engineer*“ verstanden hat: Pounds Ansatz ist genereller, fundamentaler gedacht – und greift unabhängig davon, ob sich aus der jeweiligen Rechtsmaterie konkrete soziale Gestaltungsgebote ergeben.

<sup>2690</sup> Inhaltlich-materielle Instrumentalisierung muss nicht ideenpolitischer Natur sein, sondern kann auch – so etwa bei verfassungsrechtlichen Staatszielen wie dem Umweltschutz und Tierschutz nach Art. 20a GG oder bei manchen verfassungsrechtlichen Staatsstrukturprinzipien wie der Sozialstaatlichkeit nach Art. 20 Abs. 1 GG – sachpolitischer Natur sein.

<sup>2691</sup> Vgl. für das US-amerikanische Föderalismusverfassungsrecht die referierende Darstellung von instrumentellen und nicht-instrumentellen Zugängen zu Föderalismus: M. C. Dorf, Rutgers Law Journal 28 (1997), 825.

Sinn wird Funktionalismus auch als (rechtsmethodologischer) „Instrumentalismus“ oder (rechtsmethodologischer) „Pragmatismus“ bezeichnet<sup>2692</sup>. Für Funktionalistinnen und Funktionalisten muss Dogmatik ermöglichen, dass sich die Instrumentalisierungspostulate des anzuwendenden Rechts als *Ergebnisse* der Rechtsanwendung im *Einzelfall* niederschlagen.<sup>2693</sup> Doch auch formalistische Argumentation kann die Instrumentalisierungspostulate des anzuwendenden Rechts zu verwirklichen suchen – freilich auf anderen Wegen als der Funktionalismus: nämlich in großflächigeren und mittelfristigeren Dimensionen, gewissermaßen mit Blick auf Summations- und Fernwirkungen der Rechtsanwendung. Auf diese Weise wird der Fokus weg vom Einzelfall und hin ‚zum System‘ gelenkt: Dogmatische Strukturen müssen nicht darauf ausgelegt sein, dass in jedem Einzelfall die Ergebnisse der Rechtsanwendung als Ausdruck der Instrumentalisierungspostulate des anzuwendenden Rechts daherkommen, sie können auch im Großen und Ganzen einen strukturell-systemischen Beitrag zur Verwirklichung dieser Postulate leisten. Formalistinnen und Formalisten billigen dogmatischen Strukturen und Figuren daher tendenziell ein – von Einzelfällen stärker losgelöstes – Eigenleben zu. Diese Wirkungsweise haben Elizabeth S. Anderson und Richard H. Pildes für eine spezifische Spielart des Formalismus, welche sie als „*expressivism*“ bezeichnen, herausgearbeitet: Demnach seien expressivistisch motivierte dogmatische Regeln darauf ausgelegt, die gemäß den Instrumentalisierungspostulaten des anzuwendenden Rechts anzustrebenden „Werte“ („*values*“) „zu interpretieren [auch i. S. v. ‚auszudrücken‘] und zu schützen“.<sup>2694</sup> Im Fall des Föderalismusverfassungsrechts bedeutet dieser formalistisch-„expressivistische“ Ansatz beispielsweise: Dogmatische Regeln werden so formuliert, dass sie als „Ausdruck“ („*Interpretation*“) der Vorstellung daherkommen, föderierte Einheiten seien eigenständige Orte demokratischer Selbstbestimmung oder Orte zur Verwirklichung ‚positiver Freiheit‘ (näher unten § 12, B. II. 2. b) bb))

### c) *Realpolitisch-opportunistische Dimension von ‚Instrumentalisierung‘*

Die dritte der vorliegend unterschiedenen Dimensionen von Instrumentalisierung von Föderalismusverfassungsrechtsdogmatik ist die Instrumentalisierung aus real-

<sup>2692</sup> Insoweit werden *functionalism* und *instrumentalism* z. T. annähernd synonym begriffen, vgl. etwa R. R. Kelso, Val. U. L. Rev. 29 (1994), 121 (213 ff.): Kelso betrachtet *instrumentalism* als einen von vier Typen der Verfassungsinterpretation (neben *formalism*, *natural-law approach*, *Holmesianism*); *instrumentalism* sei gekennzeichnet durch Offenheit für Praxisbedürfnisse, *judicial activism*, eine selbstbewusst-offene Positionierung des Gerichts hinsichtlich seiner institutionellen und politischen Rolle.

<sup>2693</sup> Vgl. (referierend) E. S. Anderson/R. H. Pildes, U. Pa. L. Rev. 148 (2000), 1503 (1561): *doctrinal constraints* „justified in terms of the end states they permit or produce functionally“.

<sup>2694</sup> Vgl. (affirmativ) E. S. Anderson/R. H. Pildes, U. Pa. L. Rev. 148 (2000), 1503 (1561): *doctrinal constraints* „justified [...] in terms of how well they interpret and protect the underlying values that ground these constraints“.

politischen Gründen. Mit dem (*American*) *legal realism*<sup>2695</sup> ist davon auszugehen, dass tages-, sach- und machtpolitische<sup>2696</sup>, ggf. auch parteipolitische oder ‚ideologische‘ Motive und Präferenzen oder – noch unschärfer – bestimmte individuelle „Einstellungen“ oder „Haltungen“ („*attitudes*“<sup>2697</sup>) *anlässlich* oder *gelegentlich* der Rechtsanwendung wirksam werden: ‚Instrumentalisierung‘ in diesem Sinn meint realpolitischen *Opportunismus* aus *Anlass* oder bei *Gelegenheit* der Verwirklichung von Recht.

Von der zuvor untersuchten materiell-inhaltlichen Dimension von ‚Instrumentalisierung‘ ist diese realpolitische Dimension von ‚Instrumentalisierung‘ u. U. schwer zu unterscheiden: Insbesondere wenn man unter ‚Realpolitik‘ nicht nur institutionenbezogene machtpolitische, sondern auch sachpolitische Aspekte fasst, kann es im Einzelfall Übergänge zwischen materiell-inhaltlicher und realpolitischer Instrumentalisierung geben. Das gilt jedenfalls bei solchen Rechtsmaterien, welche – wie z. B. das deutsche Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG) oder das Umweltschutzstaatsziel (Art. 20a GG) – sachpolitische Instrumentalisierungspostulate (in einem bestimmten Maß und in einer bestimmten Abstraktheit) aussprechen. Für das primär ideenpolitisch, grundsätzlich nicht sachpolitisch geprägte Föderalismusverfassungsrecht sieht das allerdings anders aus: Hier werden grundsätzlich keine sachpolitischen Inhalte durch das Recht postuliert; Sachpolitik gehört im Föderalismusverfassungsrecht grundsätzlich zur Sphäre der Realpolitik, welche allenfalls *mit Hilfe* von föderalismusverfassungsrechtlichen Argumenten durchgesetzt wird, ohne von diesen der Sache nach vorgegeben zu sein oder auch nur nahegelegt zu werden.<sup>2698</sup> M. a. W.: Man muss nicht überzeugte Anhängerin oder überzeugter Anhänger ‚des Föderalismus‘ sein, um sich ‚vor Gericht‘ aus sachpolitischen Gründen (z. B. gegen ein inhaltlich unliebsames Bundesgesetz) auf ‚ihn‘ zu berufen. Bildlich gesprochen: Föderalismusverfassungsrechtliche Argumente sind – aus

<sup>2695</sup> Referierend zu dieser forschungsgeschichtlichen Verortung *M. C. Dorf*, St. John’s J. Leg. Comment. 21 (2007), 497 (498), m. w. N. Zum (*American*) *legal realism* s. u. bei Fn. 2728 (in § 8, A. I.).

<sup>2696</sup> Vgl. zu institutionell-machtpolitischen Aspekten („realpolitisches“ „Kapital“ des *U.S. Supreme Court*) *M. D. Adler/S. F. Kreimer*, Supreme Court Review 1998, 71 (137): „*a matter of judicial realpolitik*“ – näher unten § 11, B. I. 1. b) bb).

<sup>2697</sup> Die Forschungsperspektive, welche den Einfluss individueller Einstellungen und Haltungen von Richterinnen und Richtern auf die Entscheidungsfindung und die Entscheidung von Rechtsfällen fokussiert (und häufig gegen die Steuerungskraft ‚des Rechts‘ in Stellung bringt), wird vereinzelt als „*attitudinalism*“ bezeichnet; referierend kritisch zur Erklärungskraft des *attitudinalism* im US-amerikanischen Föderalismusverfassungsrecht *M. C. Dorf*, St. John’s J. Leg. Comment. 21 (2007), 497 ff., m. w. N.

<sup>2698</sup> Deutlich zu der Unterscheidung der Dimensionen „*attitudes about federalism*“ (vorliegend als materiell-inhaltliche Ideenpolitik erfasst) und „*attitudes about what would be wise policy*“ (vorliegend als sachpolitische Realpolitik erfasst) für das US-amerikanische Föderalismusverfassungsrecht: *M. C. Dorf*, St. John’s J. Leg. Comment. 21 (2007), 497 (510); vgl. ferner die Differenzierung bei *M. C. Dorf/T. Morrison*, Constitutional Law, New York, N.Y., U.S.A., 2010, S. 49: „*force of legal arguments*“ v. „*favor as a matter of policy*“.



sachpolitischer Sicht – tendenziell freie Radikale (dies gilt insbesondere für Argumente unter Rückgriff auf ‚Verbandsgrundrechtspositionen‘ – s. u. C. I. 3.).

Die potenzielle Anfälligkeit des (Föderalismus-)Verfassungsrechts für *realpolitischen* Opportunismus lässt sich mit Blick auf die oben eingeführte Struktur-Wirkungs-Matrix des Föderalismusverfassungsrechts an dem ‚Sphärensprung‘ (näher auch unten § 11, B. III. u. § 11, D. I.) zwischen den beiden Matrix-Dimensionen ‚Strukturelemente‘ und ‚Wirkungsdimensionen‘ (s. o. § 3, C. III.) verorten: Bei der Verwirklichung der föderalismusverfassungsrechtlichen Strukturelemente (Kompetenzen, Ingerenzen, Verbandsgrundrechtspositionen) in der Wirkungsdimension Rechtsprechung (aber auch in den konkurrierenden Wirkungsdimensionen nicht-judikative Praxis und [para-]demokratische Öffentlichkeit) werden immer wieder ganz konkrete Gelegenheiten geschaffen, bei denen das Handeln der relevanten Akteure (Gerichte, Prozessbeteiligte) durch tages-, sach-, macht- oder parteipolitische Erwägungen geprägt ist: Beispielsweise kann bereits die Entscheidung darüber, ob ein Rechtsstreit in Gang gebracht wird, ob Recht also mobilisiert wird (dazu unten § 8, C. I. 1.), oder die Entscheidung darüber, ob ein Rechtsstreit (z. B. vom *U.S. Supreme Court*) zur Entscheidung angenommen wird<sup>2699</sup>, intensiv von realpolitischen Erwägungen geprägt sein. Gleiches gilt für die Inhalte der Entscheidungen, welche insbesondere in sog. ‚*hard cases*‘ nie vollständig durch ‚das Recht‘ determiniert sind – und zwar auch nicht unter Zuhilfenahme der Zwischenschicht Dogmatik.<sup>2700</sup>

Das heißt umgekehrt freilich nicht, dass Dogmatik nicht Beiträge dazu leisten würde, die Möglichkeiten (Gelegenheiten) für ungezügelter *realpolitischer* Opportunismus einzuschränken und einzuhegen: Dies gilt sowohl für die Frage, ob Recht überhaupt mobilisiert werden darf (oder muss), wie auch für die Vorstrukturierung der Inhalte von Entscheidungen durch Dogmatik. Für den erstgenannten Aspekt gibt es prozessrechtliche Rechtsvorschriften, etwa über die Zulässigkeit von Rechtsbehelfen (insbesondere *standing*), welche durch Dogmatik operabilisiert werden (s. u. § 8, C. I. 1.). Beim zweitgenannten Aspekt wird die oben beschriebene inhaltsbezogene Dimension von Rechtsdogmatik als Zwischenschicht normativer Gehalte und Aussagen (s. o. I. a)) relevant.

<sup>2699</sup> Zu diesem – der gerichtlichen Entscheidung in der Sache vorgelagerten – Schritt der (Nicht-)Annahme eines Falls zur Entscheidung (durch ‚*grant of certiorari*‘) s. als Einblick etwa *M. M. Cordray/R. Cordray*, Wash. U. L. Q. 82 (2004), 389, m. w. N.; vgl. dort a. a. O. (391 ff.) den Abriss zu der stufenweisen Ausweitung des Spielraums des *U.S. Supreme Court* bei dieser (Nicht-)Annahmeentscheidung: Nach und nach habe das Gericht (zunächst in Folge von Änderungen der einschlägigen parlamentsgesetzlichen Grundlagen [*Judiciary Act*], später vor allem auch in Folge ihrer Handhabung durch das Gericht) immer mehr Einfluss darauf gewonnen, welche Fälle es zur Entscheidung annimmt und welche nicht. Ein Meilenstein war insoweit der *Judiciary Act of 1925*, mit welchem das Bundesparlament dem (notorisch überlasteten) Gericht erhebliches Ermessen bei der Entscheidungsannahme einräumte, vgl. a. a. O. (392). Der Spielraum des Gerichts gebe diesem nunmehr eine umfassende – und intransparente – Möglichkeit zum ‚*agenda setting*‘.

<sup>2700</sup> Hierzu oben in und bei Fn. 2527 (A. II. 1. b)).

Grundsätzlich sind beide oben unterschiedene rechtsmethodologische Idealtypen (Formalismus und Funktionalismus – s.o. 1. b)) geeignet, die realpolitisch-opportunistische Instrumentalisierung von Verfassungsrecht einzuhegen. Allerdings – dies soll an dieser Stelle nur thesenförmig in den Raum gestellt werden – mag funktionalistisches Argumentieren tendenziell besser dazu geeignet sein, realpolitischen Opportunismus, welcher nicht zugleich durch materiell-inhaltliche Instrumentalisierungspostulate gedeckt ist, zu verhindern: Funktionalistische Dogmatik strebt nach dem oben Gesagten danach, für jeden Einzelfall zu ermöglichen, dass sich die Instrumentalisierungspostulate des anzuwendenden Rechts als Ergebnisse der Rechtsanwendung im Einzelfall niederschlagen (s.o. 1. b)); für realpolitisch motivierte Interventionen, welche nicht zugleich materiell-inhaltliche Instrumentalisierungspostulate verwirklichen, mag dann weniger Raum sein. Formalistische Argumente billigen dogmatischen Strukturen und Figuren demgegenüber tendenziell ein – von Einzelfällen stärker losgelöstes – Eigenleben zu (s.o. 1. b)); dieses Eigenleben mag dann in Einzelfällen realpolitisch leichter ausnutzbar sein.

### **3. Zwischenfazit: Dogmatik als formalisierte Verhandlung verschiedener Dimensionen von Instrumentalisierung**

Die vorstehenden Ausführungen haben Dogmatik als den Ort und das Format beschrieben, an welchem bzw. durch welches verschiedene Dimensionen von ‚Instrumentalisierung‘ von Recht verbunden und verhandelt werden. Diese Verhandlung erfolgt in formalisierten Formen: Dogmatische Formalisierung dient der Operationalisierung für den Einzelfall, aber auch der Kohärenzsicherung über den Einzelfall hinaus (s.o. IV. 2. a)). Diese grundlegende zweischneidige Instrumentelleistung von Dogmatik wird dadurch verkompliziert, dass Dogmatik die Verwirklichung der spezifischen materiell-inhaltlichen Instrumentalisierungspostulate des anzuwendenden Rechts ermöglichen (s.o. 2. b)) und die realpolitisch-opportunistische Instrumentalisierung bei der Rechtsanwendung einhegen soll (s.o. 2. c)). Dogmatische Formalisierung ist also – wie jede Formalisierung – kein ‚interesseloses Wohlgefallen‘<sup>2701</sup> an der Form(ung) um der Form(ung) willen.<sup>2702</sup> Verselbstständigte dogmatische Formen stellen Entlastung, Kohärenz und potenziell auch zusätzliche Legitimationsreserven bereit. Sie bringen aber auch die Gefahren der Entdemokratisierung durch unkontrollierte Verselbstständigung und unhinterfragte ‚Natura-

---

<sup>2701</sup> I. Kant, Critik der Urtheilskraft, Berlin u. a. 1790, S. 5 (§ 2) – wörtliches Zitat oben in Fn. 938 (bei § 3, B. II. 5.).

<sup>2702</sup> Vgl. P. Bourdieu, Actes de la recherche en sciences sociales 64 (1986), 3 (14): *„il faut [...] ressaisir, [...] l'activité de formalisation, et les intérêts sociaux des agents formalisateurs, tels qu'ils se définissent dans la concurrence au sein du champ juridique et dans la relation entre ce champ et le champ du pouvoir dans son ensemble“*; vgl. auch S. Nour Scell, in: S. Buckel/R. Christensen/A. Fischer-Lescano (Hrsg.), Neue Theorien des Rechts, 3. Aufl., Tübingen 2020, S. 243 (253).

lisierung<sup>2703</sup> sowie der Entkopplung von den spezifischen Instrumentalisierungs-postulaten der jeweiligen Rechtsmaterie mit sich.

## **C. Dogmatik und Rhetorik der Verbandsgrundrechtspositionen: Zuspitzungen**

Die vorstehend untersuchten allgemeinen Merkmale von Dogmatik erfahren im Bereich der Verbandsgrundrechtspositionen föderierter Einheiten eine besondere (besonders zugespitzte) Ausprägung (s.u. I.); dies hängt mit der besonderen (besonders zugespitzten) rhetorischen Verfasstheit der textuellen Träger von Verbandsgrundrechtspositionen zusammen (s.u. II.).

### **I. Zuspitzung von Gerichtsfähigkeit, Formalisierung und Instrumentalisierung in der Dogmatik der Verbandsgrundrechtspositionen**

Nach dem Vorstehenden stellt ‚gerichtlich durchsetzbare Dogmatik‘ eine formalisierte (s.o. B. IV. 1.) und mehrdimensional instrumentalisiert-instrumentalisierbare (s.o. B. IV. 2.) Zwischenschicht (s.o. B. I.) dar, welche in dynamischer Weise durch diskursiv-pluralistische Text-‚Arbeit‘ (s.o. B. III.) geschaffen wird; die Einzelbeiträge zu diesem Diskurs sind in Rechtsinhaltsquelltexten verfasst, auf „Gerichtsfähigkeit“ ausgerichtet und auf ein Gelesenwerden angewiesen (s.o. B. III. 2. bis 4.). Diese allgemeinen Merkmale gerichtlich durchsetzbarer Dogmatik gewinnen im Bereich des Föderalismusverfassungsrechts und dort vor allem bei den hier untersuchten Verbandsgrundrechtspositionen föderierter Einheiten eine *besondere* (besonders *zugespitzte*) Gestalt: Die Grundtopoi der ‚föderalen Würde‘ und ‚föderalen Treue‘ geben den verfassungstextfernen (s.o. A. II. 1.) Verbandsgrundrechtspositionen eine *gesteigert* formalisierte Ausprägung; zudem treten hier die eben unterschiedenen Dimensionen von ‚Instrumentalisierung‘ in *besonders intensive* Spannungslagen. Als verfassungstextferne (‚ungeschriebene‘) Figuren sind Verbandsgrundrechtspositionen zudem in *besonderem* Maße darauf angewiesen, ‚vor Gericht‘ gelesen zu werden. Der für sich genommen zunächst einmal inhaltsleere,

---

<sup>2703</sup> Vgl. im Zusammenhang mit (auch dogmatischen) Konstitutionalisierungsvorgängen im EU-Recht C. Möllers, in: A. v. Bogdandy/J. Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge, 2. Aufl., Berlin u.a. 2009, S. 227 (270f.). Die Gefahren der ‚Naturalisierung‘ der Form sind jeglicher Formalisierung eigen: vgl. *Pseudo-Longinos*, Longinus On the Sublime, XLI, 2, übers. und hrsg. v. W. R. Roberts, 2. Aufl., Cambridge, U.K., 1907, S. 149: „And the worst of it all is that, just as petty lays draw their hearer away from the point and compel his attention to themselves, so also overrhythmic style does not communicate the feeling of the words but simply the feeling of the rhythm. Sometimes, indeed, the listeners knowing beforehand the due terminations stamp their feet in time with the speaker, and as in a dance give the right step in anticipation.“

relationale Begriff der ‚Zuspitzung‘ bedeutet vorliegend *dogmatische* ‚Pointierung‘, ‚Verschärfung‘, ‚Steigerung‘, ‚Intensivierung‘, ‚Bündelung‘, ‚Konzentration‘ –, und zwar bezogen auf drei Eigenschaften von ‚Dogmatik‘: Gerichtsfähigkeit (s. u. 1.), Formalisierung (s. u. 2.) und Instrumentalisierung (s. u. 3.).<sup>2704</sup>

## 1. Zugespitzte Gerichtsfähigkeit

Als Merkmal von Rechtsinhalts Quelltexten wurde oben herausgearbeitet, dass das in ihnen verfasste Argumentieren und Entscheiden kontextuell-institutionell eingebunden ist: Dogmatikangebote in Rechtsinhalts Quelltexten müssen gerichtsfähig formuliert sein, um diskursive Wirkmacht entfalten zu können, sie sind auf (Gerichte als) Leserinnen und Leser angewiesen (s. o. A. II. u. B. III.).

Für Verbandsgrundrechtspositionen als verfassungstextferne (verfassungstextlich ‚ungeschriebene‘) Strukturelemente des Föderalismusverfassungsrechts stellt sich die Ausrichtung auf Gerichtsfähigkeit in verschärftem Maße: Formeln und Topoi wie „*historic police powers*“ (s. o. § 5, A. I. 2.), „*state dignity*“ (s. etwa oben § 5, A. III. 2.) oder „*equal sovereignty*“ (s. o. § 6, D. II. 1.), wie „Kulturhoheit“ (s. o. § 5, A. I. 3. a)), „Eigenstaatlichkeit“ (s. etwa oben § 6, A. VII. 3. b)) oder „Bundestreue“ (s. etwa oben § 6, A. II. 3. b)) sind von den Texten der US-Verfassung und des Grundgesetzes weitgehend entkoppelt. Das hängt zumindest teilweise damit zusammen, dass – wie oben beschrieben wurde – Verbandsgrundrechtspositionen auf einem ‚Alltag-Störfall-Krise‘-Spektrum tendenziell dem Pol der ‚Krise‘ nahestehen; Verbandsgrundrechtspositionen heben sich aus dem ‚geschriebenen‘ ‚Recht der Normallage‘ (Kaiser) häufig heraus (s. o. § 4, B. III. 4.). Rechtsinhalts Quelltexte mit den eben zitierten, prägnanten Formeln sind nicht ‚nur‘ Interpretationen (Kommentare) zum – selbstständig lesbaren – geschriebenen Verfassungstext, sondern in gesteigertem Maß selbst ‚schöpferisch‘. Entsprechend müssen sie aus sich selbst heraus diskursive Wirkkraft entfalten; dafür müssen sie ‚gelesen werden‘ –, und zwar zusätzlich zu, in gewisser Hinsicht auch unabhängig von und ggf. sogar ‚gegen‘ die Texte der Verfassungen. Gerade ‚Ungeschriebenes‘ muss gelesen werden.

---

<sup>2704</sup> Somit ist ‚Zuspitzung‘ als *dogmatische* Zuspitzung, wie sie vorliegend fokussiert wird, methodologisch anders verortet und inhaltlich auf etwas anderes bezogen als die von Jens Kersten untersuchte „Zuspitzung“ in der Verfassungstheorie; Kersten möchte – im Anschluss an Peter Glotz – das Argumentieren in (politischen) Alternativen als Aufgabe der Verfassungstheorie affirmieren und bezeichnet eine solche Verfassungstheorie gerade als „undogmatisch“ (s. J. Kersten, Die Notwendigkeit der Zuspitzung. Anmerkungen zur Verfassungstheorie, Berlin 2020, S. 9, 19 ff.); Verfassungstheorie solle von der Dogmatik entkoppelt sein und – auch interdisziplinär informiert – alternative, unkonventionelle Lesarten der Verfassung zur Bewältigung neuer Problemlagen vorschlagen. Diesem Programm steht der vorliegend betriebene Ansatz der Rechtsdogmatikforschung, welcher die Arbeits- und Wirkweise von Dogmatik analysiert (ausführlich unten § 9, A.), nicht entgegen, folgt ihm aber auch nicht, steht vielmehr neben ihm.

## 2. Zugespitzte Formalisierung

Die allgemeine Formalisierungsleistung jeglicher Rechtsdogmatik – changierend zwischen den Polen Operationalisierung für den Einzelfall und Kohärenzsicherung für ‚das System‘ (s.o. B. I.) – trifft im Föderalismusverfassungsrecht auf eine Rechtsmaterie, welche auch regelungsgegenständlich in gesteigertem Maß mit ‚Formalem‘ operiert: ‚Formal‘ ist hierbei mehrdeutig; es verweist auf ‚Formen‘ und ‚Formeln‘, aber auch auf ‚Form- und Stilfragen‘ und ‚Prozedurales‘, aber auch – grundlegend – auf ‚Gestaltetes‘. Oben wurde Föderalismusverfassungsrecht als eine Rechtsmaterie vorgestellt, welche durch eine *besondere* Künstlichkeit (Artifizialität), einen *besonderen* Artefaktcharakter geprägt ist (als „Arrangement“<sup>2705</sup>, „Architektur“<sup>2706</sup>, „Design“<sup>2707</sup>, „Kunst“<sup>2708</sup> – s.o. § 3, B. II.). Der formale Grundimpetus des Föderalismusverfassungsrechts wurde von Richard Briffault wie folgt zusammengefasst: Der „Kern“ des Föderalismusverfassungsrecht sei „die formale rechtliche Position der [förderierten Einheiten] in den föderalen Strukturen, nicht jedoch die Werte, welche regelmäßig mit Föderalismus in Verbindung gebracht“ würden; freilich hätten diese „formalen rechtlichen Eigenschaften der [förderierten Einheiten]“ letztlich „funktionale Konsequenzen. Sie setzten die [förderierten Einheiten] in den Stand, die Werte, welche mit Föderalismus verbunden werden, voranzutreiben.“<sup>2709</sup> Im föderalismusverfassungsrechtlichen Strukturelement der Verbandsgrundrechtspositionen wird die von Briffault in das Zentrum gerückte „formale rechtliche Position“ der förderierten Einheiten in besonders prägnanter ‚Form‘, formelartig, zugespitzt.

Zuspitzungen in Formeln wie ‚state dignity‘ oder ‚Bundestreue‘ haben auch pädagogisch-didaktische Implikationen; insoweit wird der oben zunächst nur allgemein festgestellte Pädagogik/Formalisierungs-Konnex von Dogmatik (s.o. B. IV. 1. a)) im vorliegenden Untersuchungsfeld besonders gut sichtbar: Einige der oben analysierten Rechtsinhaltsquelltexte zu den Verbandsgrundrechtspositionen

<sup>2705</sup> F. Palermo/K. Kössler, Comparative Federalism. Constitutional Arrangements and Case Law, Portland, Ore., U.S.A., 2017.

<sup>2706</sup> L. P. Feld/W. Kerber, in: U. Vollmer (Hrsg.), Ökonomische und politische Grenzen von Wirtschaftsräumen, Berlin 2006, S. 109, zur „variablen Architektur von Integration“ in „Mehr-Ebenen-Jurisdiktionssystemen“.

<sup>2707</sup> S. den Untertitel „Principles of Design“ bei J. Bednar, The Robust Federation, Cambridge, Mass., U.S.A., 2009.

<sup>2708</sup> P. Badura, in: FS Lerche, München 1993, 369: „Kunst der föderalen Form“ – Näheres oben § 3, B. II. 4.

<sup>2709</sup> R. Briffault, Vand. L. Rev. 47 (1994), 1303 (1352, 1306): „As a matter of law, the core of federalism is the formal legal position of the states in the federal structure, and not the values conventionally associated with federalism [...] The formal legal features of the states [...] have functional consequences. They enable the states to promote the values associated with federalism [...]“; beachte hingegen E. Chemerinsky, Georgia State University L. Rev. 13 (1997), 959 (984): „Federalism is ultimately about a basic policy question: how is power best divided between national and state governments? The analysis, now and always, must be functional“.

nen sind ‚klassisches‘ Unterrichtsmaterial; Verbandsgrundrechtspositionen finden (freilich nicht unter dieser theoretischen Bezeichnung) auch in Hörsälen und Übungsräumen statt: So zählt die Entscheidung zur *anti-commandeering*-Dogmatik im Administrativbereich *United States v. Printz* (1997 – s.o. § 6, A. II. 2. a)) zum Pflichtstoffkanon des ersten (staatsorganisationsrechtsbezogenen) Teils der Vorlesung *Constitutional Law*<sup>2710</sup>; in Arbeitsgemeinschaften (propädeutischen Übungen) zum Staatsorganisationsrecht des Grundgesetzes ist die Entscheidung des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts zum Bund-Länder-Streit über die Verfassungsmäßigkeit der Weisung nach Art. 85 Abs. 3 GG, welche im Zusammenhang mit dem Genehmigungsverfahren zum Kernkraftwerk Kalkar II erging (s.o. § 6, A. II. 3. b)), höchst kanonisch.<sup>2711</sup>

Angeichts der intensiven dogmatischen Formalisierung von Verbandsgrundrechtspositionen scheint sich hinsichtlich der Konkurrenz zwischen den rechtsmethodologischen Ansätzen Formalismus und Funktionalismus (s.o. B. IV. 1. b)) für die Verbandsgrundrechtspositionen eine Präferenz für formalistisches Argumentieren aufzudrängen. Das ist freilich nicht zwingend: Wie oben hervorgehoben wurde, arbeitet auch Funktionalismus mit dogmatischer Formalisierung etwa in Fallgruppen oder Prinzipien (s.o. a.a.O.). Bei einem näheren Blick auf die oben – im Anschluss an Eskridge – aufgeführten Unterscheidungsmöglichkeiten zwischen Formalismus und Funktionalismus wird deutlich, dass die Zuordnung der formalisierten Dogmatik der Verbandsgrundrechtspositionen zum rechtsmethodologischen Ansatz ‚Formalismus‘ keinesfalls eindeutig ist. Oben wurde Formalismus u.a. mit

<sup>2710</sup> Vgl. exemplarisch die relativ ausführliche Behandlung im (freilich insgesamt sehr umfassenden und detaillierten) *Casebook* von J. Choper/M. C. Dorf/R. H. Fallon, Jr./F. Schauer, *Constitutional Law. Cases, Comments, and Questions*, 13. Aufl., St. Paul, Minn., U.S.A., 2019, S. 174 ff. Verf. der vorliegenden Studie war Hörer der Vorlesung *Constitutional Law* von Michael C. Dorf im *fall term* 2015 an der Cornell Law School, bei welcher mit einer Voraufgabe des zitierten Buchs gearbeitet wurde: *Printz v. United States* wurde im Kurs intensiv thematisiert, insbesondere auch die darin verfestigte Formel des ‚*anti-commandeering*‘, welche in der Vorlesung als Kern-Figur des ‚Würde‘-Föderalismus interpretiert (sowie freilich auch kritisiert) wurde und die einen der zentralen Impulse für die Fertigung der vorliegenden Studie in den Folgejahren bildete.

<sup>2711</sup> Vgl. exemplarisch die einschlägige Studienliteratur (Falllösungsbücher): I. Augsberg/S. Augsberg/T. Schwabenbauer, *Klausurtraining Verfassungsrecht*, 4. Aufl., Baden-Baden 2021, S. 155 ff.; C. Degenhart, *Klausurenkurs im Staatsrecht I*, 5. Aufl., Heidelberg 2019, S. 143 ff.; bei L. S. Otto, *Klausuren aus dem Staatsorganisationsrecht*, Berlin u.a. 2012, S. 293 ff., findet sich immerhin eine abwandelnde Verlagerung der Problematik in das Feld der (bis zu einer Verfassungsänderung im Jahr 2017 in Art. 90 Abs. 2 GG vorgesehenen) Bundesauftragsverwaltung der Bundesautobahnen und sonstigen Bundesstraßen des Fernverkehrs. Der Verf. der vorliegenden Studie hat den Fall ‚*Kalkar II*‘ (wie auch die oben ebenfalls analysierten Entscheidungen BVerfGE 83, 37 – *Ausländerwahlrecht I* – s.o. § 6, A. VI. 3. c), und BVerfGE 135, 155 – *Filmförderungsabgabe* – s.o. § 5, A. I. 3. a)) in den 2010er Jahren mehrfach in vorlesungsbegleitenden Arbeitsgemeinschaften (Übungen) an der Humboldt-Universität zu Berlin – auf der Grundlage eines fakultätsweit vorgegebenen Fallpools – als ‚Unterrichtsmaterial‘ (s.v.v.) verwendet, woraus sich ein weiterer (vgl. eben Fn. 2710) Impulse für die Fertigung der vorliegenden Studie ergeben hat.

Blick auf die typische Präferenz von ‚text‘-fokussierter Deduktion vor kontextfokussierter Induktion charakterisiert (s.o. a.a.O.). Angesichts ihrer ausgeprägten Verfassungstextferne (s.o. A. II. 1.) ist die Zuordnung der Verbandsgrundrechtspositionen zum rechtsmethodologischen Formalismus insoweit also zweifelhaft. Auch zeigt der oben umgesetzte Modus der Fallgruppenbildung zur Erfassung der Verbandsgrundrechtspositionen (s.o. §§ 5 u. 6), dass die Dogmatik der Verbandsgrundrechtspositionen eine induktiv-kontextoffene Dimension hat.

### 3. Zugespitzte Instrumentalisierung(en)

Dass die Entkopplung zwischen inhaltlicher (konkreter: ideenpolitischer) Instrumentalisierungsdimension und realpolitisch-opportunistischer Instrumentalisierungsdimension im Föderalismusverfassungsrecht besonders deutlich ausfallen kann, wurde oben bereits ausgeführt: Föderalismusverfassungsrechtliche Argumente sind – aus sachpolitischer Sicht – (potenziell) freie Radikale (s.o. B. IV. 2. c)). Das unterscheidet das Föderalismusverfassungsrecht wie erwähnt von sachpolitisch ausgerichteten und reichhaltigen Staatszielen wie dem Umweltschutzstaatsziel in Art. 20a GG oder vom Sozialstaatsprinzip.

Und auch im Vergleich mit dem Demokratieprinzip und dem Rechtsstaatsprinzip zeichnet sich das föderale Prinzip durch eine Besonderheit aus: Im Gegensatz zum Demokratieprinzip und zum Rechtsstaatsprinzip ist es durch einen nur geringen legitimationstheoretischen Selbststand geprägt (s. ausführlich oben § 2, C. II. 1. a) bb) (3) mit Hinweisen auf Peter Lerches Formeln „Homogenität [nur] im Verfahren“ und Handeln nach „Bundessinn“<sup>2712</sup> sowie auf Peter Badura<sup>2713</sup> und Christian Waldhoff<sup>2714</sup>). Das föderale Prinzip ist im ‚westlichen‘ Verfassungsdenken verzichtbar; Rechtsstaat und Demokratie nicht (s. näher oben § 3, B. II. 3.). Legitimationstheoretische Gehalte erhält das föderale Prinzip nur im Zusammenspiel mit anderen politischen Ideen wie eben Rechtsstaatlichkeit und demokratische Selbstbestimmung (s. auch oben § 3, B. III. 2.).

Im Strukturelement der Verbandsgrundrechtspositionen wird die (potenzielle) Entkopplung von Ideenpolitik, Sach- und Realpolitik auf die Spitze getrieben: In ihrer formelhaften Verknappung, Verselbstständigung und ‚Naturalisierung‘ bieten sich Verbandsgrundrechtspositionen dazu an, unabhängig von aktualisierenden ideenpolitischen (etwa ‚freiheits‘- oder ‚demokratie‘-theoretischen) Erwägungen

<sup>2712</sup> P. Lerche, VVDStRL 21 (1964), 66 (84 ff.); a. a. O. (74 ff.) wendet sich Lerche gegen „Auffüllungen dieses Gedankens aus dem gesellschaftsorganischen Ideengut, etwa in Gestalt des Subsidiaritätsprinzips, oder aus sonstigen Vorstellungen des Primats der kleineren Einheit“.

<sup>2713</sup> Vgl. P. Badura, in: FS Lerche, München 1993, 369 ff.

<sup>2714</sup> Vgl. C. Waldhoff, in: H.-G. Henneke (Hrsg.), Gleichwertige Lebensverhältnisse bei veränderter Statik des Bundesstaates? Stuttgart 2019, S. 11 (13, 28 f.), welcher mit Hinweisen auf P. Lerche, VVDStRL 21 (1964), 66 (85 ff.), eine „Entmaterialisierung der Bundesstaatlichkeit und ihr[e] Rückführung auf Kompetenz- und Verfahrensregime“ sowie „Homogenität im Verfahren als Mittel der Autonomiesicherung im Mehrebenensystem“ beschreibt.



(Überprüfungen) im Einzelfall aus realpolitischen Gründen und zu – nicht durch das föderale Prinzip determinierten, insoweit also ‚willkürlichen‘ – sachpolitischen Zwecken ins Feld geführt zu werden. Ein Beispiel kann das veranschaulichen: Inhaltlich bedingte Bundesfinanzhilfen an die föderierten Einheiten (*conditional spending*) werden in beiden untersuchten Föderationen als tendenziell problematisch mit Blick auf Verbandsgrundrechtspositionen der föderierten Einheiten (ihre ‚Willensfreiheit‘) betrachtet (s. o. § 6, A. IV.). Bei dieser Problematik spielt es nun aber (jedenfalls in den USA<sup>2715</sup>) aus der Sicht des föderalen Prinzips keine Rolle, in welchen Sachpolitikbereich die angestrebten Zwecke der Finanzhilfe und die mit ihr verbundenen Begleitpflichten fallen: (Angebliche) verfassungsrechtliche Grenzen von *conditional spending* können ebenso gegen den Finanzierungsmechanismus der ‚liberalen‘ (Demokratischen) Gesundheitsreform *Obamacare* ins Feld geführt werden wie gegen ‚konservativ‘ (Republikanisch) verantwortete Anreize im Migrations- und Sicherheitsrecht durch angedrohte Mittelkürzungen gegenüber *Sanctuary Cities* (s. o. § 6, A. IV. 2. a) u. b)) – entscheidend für das Argument der angeblichen Verbandsgrundrechtspositionsverletzung ist lediglich, dass die ‚Willensfreiheit‘ und die ‚Würde‘ der föderierten Einheiten nicht ‚verletzt‘ werden dürften.<sup>2716</sup>

Verbandsgrundrechtspositionen können leichterhand schlicht zu den „*cold hard facts of life*“ gezählt und als (verfassungstheoretisch, politiktheoretisch, demokratietheoretisch, etc.) – im Einzelfall – *nicht* rechtfertigungsbedürftig betrachtet werden.<sup>2717</sup> So hat etwa Justice Sandra Day O’Connor für eine Mehrheit des *U.S. Supreme Court* ausgeführt: „Selbst wenn man nachweisen können sollte, dass Fö-

<sup>2715</sup> S. sogleich die Anm. in Fn. 2716.

<sup>2716</sup> Dies gilt in dieser schlichten Einfachheit jedenfalls für das US-Verfassungsrecht, in welchem die *Spending Clause* der US-Verfassung (s. o. § 6, A. IV. 2.) – neben der Ausgabenkompetenz – auch eine *eigenständige* Sachgesetzgebungskompetenz der US-Bundesebene (für die inhaltlichen Bedingungen der Finanzhilfen) darstellt, während unter dem Grundgesetz die spezifischen Anforderungen der Art. 104b ff. GG (s. o. § 6, A. IV. 3.) zu den Gesetzgebungskompetenzen der Art. 70 ff. GG grundsätzlich als Anforderungen noch hinzutreten; vgl. den Grundsatz in Art. 104b Abs. 1 GG: Nur „soweit dieses Grundgesetz [dem Bund] Gesetzgebungsbefugnisse verleiht“, kann er – und zwar eben nur unter den *zusätzlichen* weiteren Voraussetzungen der Art. 104b ff. GG – inhaltlich bedingte Finanzhilfen vergeben (anders ist dies freilich im Bereich der jüngeren Spezialnormen Art. 104c f. GG – s. o. § 6, A. IV. 3. c)). Aber dennoch wird man auch für den grundgesetzlichen Föderalismus (und zwar auch für den Grundfall des Art. 104a GG) nicht sagen können, dass das – hier ja interessierende – Verbandsgrundrechtspositions-Argument *als solches*, welches auch unter dem Grundgesetz auf den Schutz von ‚Willensfreiheit‘ der Länder ausgelegt ist (s. o. § 6, A. IV. 3. b)), inhärente materiell-sachpolitische Gehalte aufweise. Davon zu trennen ist die Tatsache, dass Art. 104b GG (anders als die Art. 104c f. GG und anders als die *Spending Clause* der US-Verfassung) auch die Aushöhlung des (selbstverständlich teilweise sachpolitisch strukturierten) Verbandskompetenzrechts der Art. 70 ff. GG schützen möchte.

<sup>2717</sup> Referierend-analytisch *M. C. Dorf*, Rutgers Law Journal 28 (1997), 825 (829), mit Hinweisen auf das Sondervotum von Justice Powell in *Garcia v. San Antonio Metropolitan Transit Authority*, 469 U.S. 528 (1985), 565; auf die Mehrheitsmeinung von Justice O’Connor in *New York v. United States*, 505 U.S. 144 (1992), 157, sowie auf das Sondervotum von Justice Thomas in *U.S. Term Limits, Inc. v. Thornton*, 514 U.S. 779 (1995), 846.

deralismus keinerlei Vorteile für irgendjemanden bereitstelle“, müssten die Gerichte die föderale Ordnung dennoch durchsetzen.<sup>2718</sup> „Föderalismus“ kommt hier als (angeblicher) Selbstzweck daher. Freilich ist er – aus realpolitischer Sicht – in der jeweiligen konkreten Verwirklichungssituation mit großer Wahrscheinlichkeit kein Selbstzweck, sondern wird von einer Klägerin oder einem Kläger mit konkreten real- und sachpolitischen Motiven mobilisiert und von einem Gericht mit realpolitisch-institutionellen Motiven durchgesetzt.

## **II. Vorausschau und Hypothese zum Zusammenspiel von Dogmatik und Rhetorik**

Das gesteigerte Angewiesensein auf ein Gelesenwerden-Müssen, die potenzierte dogmatische Formalisierung und die intensiven instrumentellen Spannungen – diese drei Charakteristika der Verbandsgrundrechtspositionen der föderierten Einheiten hängen mit ihrer besonderen (zugespitzten) rhetorischen Gestalt zusammen. Dieser Gedanke soll im Folgenden – ausgehend von oben bei der Darstellung der Fallgruppen zu den Verbandsgrundrechtspositionen gemachten Beobachtungen (s. u. 1.) – als Hypothese ausformuliert und dann später in der interdisziplinär informierten Rhetorikanalyse aufgegriffen und vertieft werden (s. u. 2.).

### **1. Induktiver Ausgangspunkt: rhetorische Auffälligkeiten (Zuspitzungen)**

Verbandsgrundrechtspositionen wirken vor allem als Verbandskompetenz- und Verbandsingerenzausübungsregeln (ausführlich §§ 5 f.). In den einschlägigen Rechtsinhalts Quelltexten treten – zunächst bewusst unscharf gesprochen: – ‚rhetorische Auffälligkeiten‘ zu Tage, welche hier exemplarisch und verweisend in Erinnerung zu rufen sind:

So ist die Fallgruppe der sachpolitischen Gesetzgebungsreservate der föderierten Einheiten geprägt durch subnationalistisch-etatistische Formeln wie „*historic police powers*“, „Kulturhoheit“ und „Polizeihoheit“ (s. o. § 5, A. I.). Bei der Fallgruppe zum Schutz der föderierten Einheiten vor Haftbarkeit gegenüber Individuen tritt in den USA bei der einschlägigen *sovereign immunity doctrine* – neben finanziellen Erwägungen – der Topos der föderalen Würde („*state dignity*“) deutlich hervor (s. o. § 5, A. III.). Die Argumentation für aus Verbandsgrundrechtspositionen abgeleitete Kompetenzausübungspflichten der Bundesebene z. B. zu Klimaschutzmaßnahmen oder zu migrationsrechtlichen Maßnahmen bedient sich – neben einer prosaischen Argumentation mit dem Erfordernis von Gewaltenteilungsbewältigung – auch etatistischer Formeln („Quasi-Souveränität“ und „Eigenstaatlichkeit“ – s. o. § 5, B.);

---

<sup>2718</sup> *New York v. United States*, 505 U.S. 144 (1992), 157: „*Our task would be the same even if one could prove that federalism secured no advantages to anyone.*“

Ähnliches gilt für die Herleitung von Regeln zur Effektivierung der Kompetenzen föderierter Einheiten (s.o. § 5, C.).

Im Bereich der Verbands<sup>ing</sup>erenzausübungsschranken treten die – häufig ‚Würde‘-konnotierten – Argumentationen mit legislativer und exekutiver ‚Willensfreiheit‘ der föderierten Einheiten zu Tage (vgl. nur die Topoi *anti-commandeering* und ‚goldene Zügel‘ – s.o. § 6, A. I. 2., II. 2., IV. 2. u. IV. 3.). Bei den ingrenzbeschränkenden Verbandsgrundrechtspositionen der föderierten Einheiten im Staatsorganisationsrecht (u.a. Wahlrecht) kommen Formeln wie „statehood“, „Verfassungsautonomie“, „Eigenstaatlichkeit“ oder „normative Demokratiefähigkeit“ ins Spiel (s.o. § 6, A. VI.). Bundesverfassungsänderungsgrenzen werden unter dem Grundgesetz mit Topoi wie – wiederum – „Eigenstaatlichkeit“ und „Hausgut“ untermalt (s.o. § 6, A. VII. 3. b)). Bei den Ingerenzausübungspflichten taucht unter dem Grundgesetz der prägende Topos der „Bundessolidarität“ auf, daneben wiederum die „Eigenstaatlichkeit“, aber auch die „bündische Sorge um das Grundgesetz“ (s.o. § 6, B. I. 3. u. II. 3.). Ingerenzeffektivierungsregeln werden unter der US-Verfassung u.a. mit dem Bild des „Dieners“ illustriert (s.o. § 6, C. II.). „*Equal sovereignty*“ (unter der US-Verfassung) und „Bundessolidarität“ (unter dem Grundgesetz) prägen den *status aequalis* der Verbandsgrundrechtspositionen im Bereich der Ingerenzen (s.o. § 6, D. II. u. III.).

Diese Aufzählung formelartig zugespitzter Topoi zur Stützung von Verbandsgrundrechtspositionen ließe sich durch weitere Beispiele fortsetzen.<sup>2719</sup>

## 2. Hypothese 2.1: dogmatische Zuspitzung in konventionalisierten Lesefiguren

Die eben zitierten Wendungen verdeutlichen, dass die Topoi zur Stützung von Verbandsgrundrechtspositionen häufig durch eine formelartige Zuspitzung gekennzeichnet sind. Diese besondere ‚rhetorische‘ Verfasstheit – so die vorliegend aufgestellte Hypothese 2.1<sup>2720</sup> – steht in einem engen Zusammenhang mit den oben

<sup>2719</sup> Die Fallgruppe zum Schutz der legislativen Personalhoheit der föderierten Einheiten wird in den USA getragen durch die – wiederum etatistisch unterlegte – Formel „*integral operations in areas of traditional governmental functions*“ (s.o. § 5, A. II. 2.). Freilich sind nicht alle oben gebildeten Fallgruppen in gleichem Maße durch rhetorisch zugespitzte Formeln geprägt: So arbeitet die Fallgruppe zur Koordinierung von Verbandskompetenzen nach Rechtsregimen – jedenfalls unter dem Grundgesetz – mit weniger zugespitzten Argumenten wie demjenigen der ‚Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung‘ (s.o. § 5, A. IV. 3. a)). Auch der *status aequalis* im Bereich der Verbandskompetenzen kennt keine prägenden formelhaften Zuspitzungen (s.o. § 5, D. VI.).

<sup>2720</sup> Als ‚Hypothesen‘ werden vorliegend die vier Sätze bezeichnet, welche am Ende von § 1, § 2, § 7 u. § 8 formuliert werden, um die Rhetorikanalyse in den §§ 10 bis 12 zu motivieren und vorzubereiten (dazu zusammenfassend § 9, A. III. 1.). Die Hypothesen 1.1 u. 1.2 betreffen den Faden ‚Ideenpolitik‘ und die Hypothesen 2.1 u. 2.2 den Faden ‚Dogmatik‘. S. zu den anderen drei Hypothesen oben § 1, C. III. 2. (Hypothese 1.1) u. § 2, C. IV. 3. (Hypothese 1.2) sowie unten § 8, C. II. (Hypothese 2.2).

herausgearbeiteten besonderen Eigenschaften der Dogmatik der Verbandsgrundrechtspositionen, v. a. mit den Zuspitzungen von Gerichtsfähigkeit, Formalisierung und Instrumentalisierung (s. o. I.) sowie mit der pluralistischen Diskursivität der Dogmatikbildung (s. o. B. III.).

„Rhetorisch“ soll dabei zunächst noch untechnisch verstanden werden: in etwa als „sprachlich auffällig“. Diese sprachliche Auffälligkeit soll später im letzten Teil dieser Studie unter interdisziplinärer Zu-Hilfe-Nahme literaturwissenschaftlicher Theoriebeiträge näher untersucht werden (s. u. §§ 10 ff.). Vorausblickend ist darauf hinzuweisen, dass als Ergebnis dieser rhetorikanalytischen Untersuchung ein wirkmächtiges Lese-Schema in der Dogmatik der Verbandsgrundrechtspositionen identifiziert werden wird. Es wird versucht werden, die eben beschriebene spezifische Bündelung und Verquickung von Textualität, Diskursivität, Gerichtsfähigkeit, Formalisierung und Instrumentalisierbarkeit in der Dogmatik der Verbandsgrundrechtspositionen mit der Analyse der besonderen Wirkkraft einer konventionalisierten Lesekonvention (der Lesefigur „Lyrik“) zu erklären – Verbandsgrundrechtspositionen erscheinen in dieser Perspektive als (Stimmbildungs-)Material einer dem „lyrischen Ich“ ähnlichen „dogmatischen Stimme“<sup>2721</sup> (s. u. § 10, B. III. 2. a)).

## **§ 8 Wirkungsdimensionen II: Rechtsprechung im Trilog mit nicht-judikativer Praxis und (para-)demokratischer Öffentlichkeit**

Bevor die besondere rhetorische Verfasstheit der Dogmatik zu den Verbandsgrundrechtspositionen im letzten Teil der Gesamtuntersuchung näher untersucht werden kann, ist zunächst noch der Blick zu weiten: Gerichtlich durchsetzbare Dogmatik ist – im Sinn der oben erarbeiteten Struktur-Wirkungs-Matrix (s. u. § 3, C. III.) – im institutionellen Gesamtgefüge der Verwirklichung von Verfassungsrecht zu verorten. Auf diese Betrachtung der föderalismusverfassungsrechtlichen Wirkungsdimensionen wird die spätere Rhetorikanalyse aufbauen; schließlich wird die Verwirklichung von Föderalismusverfassungsrecht dort als Vorgang des Lesens beschrieben, an welchem neben der Rechtsprechung auch die nicht-judikative Praxis und die (para-)demokratische Öffentlichkeit beteiligt sind (s. u. C. II. u. §§ 11 f.).

Im vorliegenden Kapitel wird nach einer Vorüberlegung zum Verhältnis von Verfassungstext und „Verfassungswirklichkeit“ (s. u. A.) ein Überblick über die drei hier konturierten föderalismusverfassungsrechtlichen Wirkungsdimensionen (nicht-judikative Praxis, [para-]demokratische Öffentlichkeit und Rechtsprechung) gegeben (s. u. B.). Entsprechend der übergreifenden Forschungsfrage („Föderalismus als Instrument *vor Gericht*“) erfolgt schließlich (wieder) ein forschungsgegenständlicher

---

<sup>2721</sup> Für Dekonstruktionen dieser metaphorischen Vorstellung von einer „dogmatischen Stimme“ vgl. § 11 unten.

Zuschnitt auf die Dimension der Rechtsprechung – allerdings in ihren Wechselwirkungen mit nicht-judikativer Praxis und (para-)demokratischer Öffentlichkeit (s. u. C.).

Bei alledem steht auch der normative Gedanke im Hintergrund, dass im *freiheitlich-nationalstaatlich-repräsentativ-demokratischen* Föderalismus (hierzu einfürend oben § 1) ‚Föderalismus‘ nie als ausschließliche Sache der Gerichte behandelt werden darf; dies ist eine demokratietheoretische Frage und eine Frage der (Freiheitssicherung durch) Gewaltenteilung: Im freiheitlich-nationalstaatlich-repräsentativ-demokratischen Föderalismus ist ‚Föderalismus‘ immer auch Sache der nicht-judikativen Praxis (s. u. B. I.) und Sache der (para-)demokratischen Öffentlichkeit (s. u. B. II.).

## A. Vorüberlegung: Verfassung und ‚Wirkung‘

### I. ‚Verfassungswirklichkeit‘

Mit dem Begriffsbestandteil der ‚Wirkung‘ in ‚Wirkungsdimension‘ wird ein zentraler Begriff der Rechtssoziologie in Bezug genommen.<sup>2722</sup> Während es beim – rechtstheoretisch zentralen – Begriff der ‚Geltung‘ darum geht, zu bestimmen, was – aus der ‚Binnenlogik‘ des Rechts heraus betrachtet – die Voraussetzungen dafür sind, dass ‚Recht‘ als ‚Recht‘ vorliegt,<sup>2723</sup> fragen (soziale) ‚Wirksamkeit‘ und ‚Wirkung‘ danach, ob und – falls ja – wie ‚Recht‘ in der sozialen Wirklichkeit ankommt: Welche Wirkungen, Folgen und Effekte hat ‚Recht‘ in der sozialen und politischen Wirklichkeit? Vorliegend soll Föderalismusverfassungsrecht zwar *nicht* rechtssoziolo-

<sup>2722</sup> Zur ‚Wirkung‘ von Recht aus der Perspektive der Rechtssoziologie etwa S. Baer, Rechtssoziologie. Eine Einführung in die interdisziplinäre Rechtsforschung, 4. Aufl., Baden-Baden 2021, § 9, Rn. 12 ff.; vgl. auch M. Rehinder, Rechtssoziologie, 8. Aufl., München 2014, Rn. 4, zur „Wirksamkeit“.

<sup>2723</sup> Vgl. nur H. Kelsen, Reine Rechtslehre, Leipzig u. a. 1934, S. 7: gefragt ist dann nach der „spezifische[n] Existenz der Norm, [der] besondere[n] Art, in der sie gegeben ist; zum Unterschied von dem Sein der natürlichen Wirklichkeit“; vgl. zusammenfassend zur „herkömmliche[n] Auffassung“ in Betreff auf den Begriff der ‚Geltung‘ nur T. Vesting, Rechtstheorie, 2. Aufl., München 2015, Rn. 146, wonach „Rechtsnormen [...] nicht schon dann ‚gelten‘, wenn sie praktisch so und nicht anders gehandhabt werden, sondern erst dann als ‚geltend‘ qualifiziert werden, wenn sie auf juristisch anerkannte Entstehungsgründe zurückzuführen sind.“ Beachte freilich R. Alexy, Begriff und Geltung des Rechts, Freiburg i. Br. u. a. 2002, S. 142: „Der Begriff der rechtlichen Geltung schließt [...] Elemente der sozialen Geltung notwendig ein“. Für die soziale, soziologische Dimension sind insgesamt aber vor allem auch die Begriffe der ‚Wirkung‘ oder ‚Wirksamkeit‘ des Rechts gebräuchlich, vgl. M. Rehinder, Rechtssoziologie, 8. Aufl., München 2014, Rn. 4; S. Baer, Rechtssoziologie. Eine Einführung in die interdisziplinäre Rechtsforschung, 4. Aufl., Baden-Baden 2021, § 9, Rn. 13 f.; beachte freilich Rehinder, a. a. O., sowie auch Baer, a. a. O., § 9, Rn. 27 ff., und T. Raiser, Grundlagen der Rechtssoziologie, 6. Aufl., Tübingen 2013, S. 241, zu den durchaus gebräuchlichen Begriffen „Verhaltensgeltung“ und „Sanktionsgeltung“ als rechtssoziologische Kategorien – s. auch unten II. 2.

gisch-empirisch-quantitativ untersucht werden. Allerdings soll auf das ausdifferenzierte *Begriffs*instrumentarium der Rechtssoziologie zurückgegriffen werden, um zu beschreiben, auf welchen Wegen Föderalismusverfassungsrecht in der sozialen und politischen Wirklichkeit ankommen *kann*. Diese Wirkungspfade sind nur zum Teil rechtlich bestimmt und hängen auch von sozialen, politischen, ökonomischen, psychologischen und ‚kulturellen‘ Faktoren ab.<sup>2724</sup>

Ausgangspunkt ist dabei die – eigentlich selbstverständliche – Annahme, dass die sozio-politische Wirklichkeit von Föderalismusverfassungsrecht, wie auch von Verfassungsrecht überhaupt, nicht in den Texten der Verfassungsurkunden aufgeht. Im deutschsprachigen verfassungsrechtswissenschaftlichen Diskurs sind insoweit die Begriffe „Verfassungswirklichkeit“ und „Verfassungsleben“ gebräuchlich.<sup>2725</sup> (Nur teilweise) in eine ähnliche Richtung gehen die – primär als Rechtsquellen-Frage (bzw. ‚Normativitätsquellen‘-Frage) perspektivierten – Betrachtungen der Phänomene des ‚ungeschriebenen Verfassungsrechts‘<sup>2726</sup> und der ‚informalen Verfassung‘ (Helmuth Schulze-Fielitz)<sup>2727</sup>. ‚Verfassungswirklichkeit‘ und ‚Verfassungsleben‘ werden häufig dem in den Verfassungsurkunden geschriebenen Verfassungstext und dem – damit nicht völlig deckungsgleichen – ‚*law on the books*‘ entgegengestellt, um

<sup>2724</sup> Besonders anschaulich wird das bei den ‚Wirkungs‘-Modi ‚Mobilisierung‘ sowie ‚Sanktionierung‘ von Recht; hier spielen die ‚juristischen Faktoren‘ „Mobilisierungsregeln“ bzw. „Sanktionenrecht“ nur eine Rolle *neben anderen* Faktoren (dazu unten II. 2.), S. Baer, Rechtssoziologie. Eine Einführung in die interdisziplinäre Rechtsforschung, 4. Aufl., Baden-Baden 2021, § 7, Rn. 26, bzw. § 9, Rn. 3 ff.

<sup>2725</sup> Zur Rede von der „Verfassungswirklichkeit“ nur P. Häberle, JZ 1975, 297; zum „Verfassungsleben“ als beliebtem Topos siehe etwa die Festschrifttitel „Wege und Verfahren des Verfassungslebens“ (Titel der Festschrift für Peter Lerche, München 1993) sowie „Wege gelebter Verfassung in Recht und Politik“ (Titel der Festschrift für Rupert Scholz, Berlin 2007); siehe auch: „Realitätsprägung durch Verfassungsrecht“ (Titel der Festgabe für Peter Lerche, Berlin 2008). Beachte auch die Nachweise in Fn. 2728.

<sup>2726</sup> Hierzu oben § 7, A. II. 1. a).

<sup>2727</sup> Vgl. hierzu ausführlich H. Schulze-Fielitz, Der informale Verfassungsstaat. Aktuelle Beobachtungen des Verfassungslebens der Bundesrepublik Deutschland im Lichte der Verfassungstheorie, Berlin 1984; unter der „informalen Verfassung“ versteht H. Schulze-Fielitz, in: A. Görlitz/H.-P. Burth (Hrsg.), Informale Verfassung, Baden-Baden 1998, S. 25 (27), „die sozialen Regelmäßigkeiten, nach denen die politische Praxis agiert; es geht um Gewohnheiten, die Verhaltenserwartungen stabilisieren, ohne da[ss] sie sogleich als Ausdruck von Rechtsregeln angesehen werden müssen“. Schulze-Fielitz beschreibt die „informale Verfassung“ somit nicht unbedingt so sehr als Wirkungsdimension des geltenden Rechts, sondern eher (auch) als *zusätzliche, alternative* Normativitätsquelle, die zur Normativitätsquelle ‚Recht‘ noch dazukommt. Es gibt freilich Überschneidungen mit dem, was unten als die föderalismusverfassungsrechtliche Wirkungsdimension ‚nicht-judikative Praxis‘ bezeichnet wird (s. u. B. I.). Schulze-Fielitz verweist a. a. O. auf H. Buchheim, Der Staat 27 (1988), 1 (13 ff.); vgl. dort auf S. 15 den Hinweis, dass „der Gegenstandsbereich, der sich hinter dem Begriff ‚Gewohnheit‘ erstreckt, nach Art und Bedeutung verkannt wird, wenn man ihn einseitig vom Standpunkt des Rechts aus in den Blick nimmt“.

die Komplexität und Mehrdimensionalität der Verwirklichung von Verfassungsrecht (als ‚*law in action*‘) zu verdeutlichen.<sup>2728</sup>

## II. Modi der Ver-,Wirklichung‘ von Verfassungsrecht

Was sind nun die „Wege und Verfahren des Verfassungslebens“<sup>2729</sup>?

### 1. Überblick

Es sollen insoweit – in vorsichtiger Anlehnung an rechtssoziologische Differenzierungen – fünf grobe Modi unterschieden werden: *erstens* die Setzung<sup>2730</sup>, *zweitens* die Befolgung<sup>2731</sup>, *drittens* die Mobilisierung<sup>2732</sup>, *viertens* die Sanktionierung<sup>2733</sup> und – *fünftens* – (Fern-)Effekte<sup>2734</sup> von (Verfassungs-)Recht. Bei diesen –

<sup>2728</sup> Vgl. zur Unterscheidung ‚*law on the books*‘ und ‚*law in action*‘ (ohne direkten Bezug auf das Verfassungsrecht) die Forschung des *American Legal Realism*, vgl. früh R. Pound, *American Law Review* 44 (1910), 12 ff.; vgl. auch S. Baer, *Rechtssoziologie. Eine Einführung in die interdisziplinäre Rechtsforschung*, 4. Aufl., Baden-Baden 2021, § 4, Rn. 198. Freilich wird der Begriff „Verfassungswirklichkeit“ häufig auf eine *temporale* Abweichung vom Verfassungstext (auf ein ‚Anders-als-ursprünglich-Gedacht‘, auf ein ‚Auseinanderleben‘ von Text und Wirklichkeit) verengt, so etwa bei R. Voigt, in: A. Görlitz/H.-P. Burth (Hrsg.), *Informale Verfassung*, Baden-Baden 1998, S. 85 (92 f.) – hierfür ist jedoch der Begriff des ‚Verfassungswandels‘ vorzuziehen; für die grundlegendere (und ‚statische‘) Frage nach den Wirkungsdimensionen des (Föderalismus-)Verfassungsrechts ist dieser dynamisch-temporale Aspekt jedenfalls nicht direkt einschlägig; er stellt ein Sonderproblem dar, das freilich auch im Bereich der föderalen Ordnung relevant werden kann und relevant wird (dazu unten 3. u. C. I. 3. b)).

<sup>2729</sup> So der Titel der Festschrift für Peter Lerche, München 1993; s. o. Fn. 2725.

<sup>2730</sup> Vgl. S. Baer, *Rechtssoziologie. Eine Einführung in die interdisziplinäre Rechtsforschung*, 4. Aufl., Baden-Baden 2021, § 6, Rn. 1 ff. (unter dem Schlagwort „Regulierungsprozesse“).

<sup>2731</sup> Vgl. S. Baer, *Rechtssoziologie. Eine Einführung in die interdisziplinäre Rechtsforschung*, 4. Aufl., Baden-Baden 2021, § 9, Rn. 25 ff.; vgl. auch M. Rehlinger, *Rechtssoziologie*, 8. Aufl., München 2014, Rn. 115.

<sup>2732</sup> Vgl. D. J. Black, *Journal of Legal Studies* 2 (1973), 125 (126): „mobilization of law, the process by which a legal system acquires its cases“; E. Blankenburg, *ZfRSoz* 1 (1980), 33; ders./H. Treiber, *JZ* 1982, 543; T. Raiser, *Grundlagen der Rechtssoziologie*, 6. Aufl., Tübingen 2013, S. 321 f.; S. Baer, *Rechtssoziologie. Eine Einführung in die interdisziplinäre Rechtsforschung*, 4. Aufl., Baden-Baden 2021, § 7, Rn. 1 ff.; spezifisch zur Mobilisierung des Bundesverfassungsgerichts: W. Heun, *Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit im Vergleich*, Tübingen 2014, S. 140 ff., als Unteraspekt des größeren Problems „Zugang zum Bundesverfassungsgericht“ (a. a. O., S. 119 ff.), unter welches er neben Fragen der „faktischen Mobilisierung“ auch (spezifisch rechtliche) Fragen nach „Zulässigkeitsvoraussetzungen als Zugangsfilter“ sowie nach der gerichtlichen „Steuerung des Zugangs über den materiellen Prüfungsumfang und die Verfassungsinterpretation“ fasst.

<sup>2733</sup> Vgl. T. Raiser, *Grundlagen der Rechtssoziologie*, 6. Aufl., Tübingen 2013, S. 223 ff.; S. Baer, *Rechtssoziologie. Eine Einführung in die interdisziplinäre Rechtsforschung*, 4. Aufl.,



nicht immer sauber voneinander trennbaren – Modi treten jeweils unterschiedliche Akteure auf den Plan und werden unterschiedliche Wirkungsdimensionen des Rechts aktiviert (s. Abb. 6 unten bei 5.). Mit ‚Vorsicht‘ sind diese Kategorien im Bereich des (Föderalismus-)Verfassungsrechts zu behandeln, da rechtssoziologische Arbeit häufig auf Privatrechts- und Strafrechtsnormen, deren vorrangige Adressaten unmittelbar Individuen sind, fokussiert ist<sup>2735</sup>; Verfassungsrecht adressiert im – hier (ganz vorrangig<sup>2736</sup>) interessierenden – Bereich des Staatsorganisationsrechts dagegen v.a. föderale Träger (juristische Personen) und (Verfassungs-)Organe ‚unter sich‘.<sup>2737</sup>

Dabei ist zu bedenken, dass diese Modi keiner starren, linearen Chronologie unterliegen; sie können zusammenfallen: So kann die Sanktionierung von vergangenen Verfassungsrechtsverstößen durch die Rechtsprechung (Modus 4) – in die Zukunft gewendet – judikative Rechtsetzung darstellen (Modus 1).

Baden-Baden 2021, § 9, Rn. 3 ff., sowie Rn. 30 f. (zur „Sanktionsgeltung“); vgl. auch *M. Reh binder*, Rechtssoziologie, 8. Aufl., München 2014, Rn. 45, 115. In der Rechtstheorie und in der Rechtsquellenlehre wird z. T. hervorgehoben, dass ein „Rechtssatz“ (dazu bereits oben § 7, A. I. 3. a)) nicht in der in ihm enthaltenen „Rechtsnorm i. e. S.“, also in der „in einem Rechtssatz typischerweise enthaltene[n] Verhaltensregel (Gebot oder Verbot)“, aufgehen würde, sondern darüber hinaus auch „die Sanktion“ umfasse, so etwa *D. Merten*, Jura 1981, 169 (170), m. w. N. Etwas anderer Zugang zur ‚Sanktionierung‘ (im Bereich der Verwaltungsrechtswissenschaft) bei *W. Hoffmann-Riem*, in: ders./E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II, 2. Aufl., München 2012, § 33, Rn. 17, welcher Sanktionierung eher als etwas Hinzutretendes oder Ergänzendes zur Primärnorm betrachtet und insoweit auch von „Bewirkungsmaßnahmen“ spricht, welche die „Wirkungschancen“ erhöhen sollen; referierend *M. Klopfer*, Umweltrecht, 4. Aufl., München 2016, § 5, Rn. 10.

<sup>2734</sup> Vgl. *S. Baer*, Rechtssoziologie. Eine Einführung in die interdisziplinäre Rechtsforschung, 4. Aufl., Baden-Baden 2021, § 9, Rn. 32 ff.: Es geht dabei um diffuse, ferne, mittelbare Wirkungen, wie öffentliche Thematisierung, kollektiv-kulturelle Sinnstiftung und (Verfassungs-)Recht als symbolische Ordnung.

<sup>2735</sup> Aus dem Bereich des öffentlichen Rechts wird rechtssoziologisch (sowie durch die Verwaltungslehre) am ehesten das *Verwaltungsrecht* untersucht, vgl. repräsentativ etwa *M. Reh binder*, Rechtssoziologie, 8. Aufl., München 2014, Rn. 169 ff. Repräsentativ für den typischen rechtssoziologischen Zuschnitt auf außer-verfassungsrechtliche Bereiche ist etwa das Lehrbuch von *T. Raiser*, Grundlagen der Rechtssoziologie, 6. Aufl., Tübingen 2013, vgl. dort zu diesem Zuschnitt etwa S. 297; das Stichwortverzeichnis des Lehrbuchs führt weder ‚Staat‘ noch ‚Verfassung‘, vgl. a. a. O., S. 387 f.; allerdings kommen Ausschnitte von ‚Staatsorganisationsrecht‘ insoweit in den Fokus der traditionellen Rechtssoziologie, als dass diese auch ‚Gesetzgebung‘, ‚Regulierung‘, Setzung von Recht untersucht: so etwa im Lehrbuch von *M. Reh binder*, Rechtssoziologie, 8. Aufl., München 2014, Rn. 193 ff., das Kapitel zur „Soziologie der Gesetzgebung“; vgl. auch *S. Baer*, Rechtssoziologie. Eine Einführung in die interdisziplinäre Rechtsforschung, 4. Aufl., Baden-Baden 2021, § 6, Rn. 1 ff., zu „Regulierungsprozessen“.

<sup>2736</sup> Zur Verortung des ‚Föderalismusverfassungsrechts‘, insbesondere auch relativ zum ‚Staatsorganisationsrecht‘, ausführlich oben § 3, A. II.

<sup>2737</sup> Besonders anschaulich werden die Übertragungs- und Anschlusschwierigkeiten zwischen Rechtssoziologie und dem Feld des Staatsorganisationsrechts am Begriff des (sozialen oder politischen) ‚Konflikts‘ (s. sogleich in Fn. 2740).

## 2. (Nicht-)Befolgung, Mobilisierung und Sanktionierung von Verfassungsrecht

Der Idealfall rechtlicher Verhaltenssteuerung liegt vor, wenn Rechtsnormen von den Normadressaten *befolgt* werden (Modus 2; s. u. Abb. 6); rechtssoziologisch ist dann von „Verhaltensgeltung“ der Norm die Rede.<sup>2738</sup> (Unmittelbare) Normadressaten des Föderalismusverfassungsrechts sind in aller Regel föderale Träger (also die föderierten Einheiten oder die Bundesebene) oder deren Organe: ‚Föderalismusverfassungsrecht i. e. S.‘ wurde oben definiert als diejenigen verfassungsrechtlichen Strukturen, welche sich *unmittelbar* – gewissermaßen als ‚Sonderrecht‘ – auf das Verhältnis zwischen föderalen Trägern als solchen beziehen (s. o. § 3, A. II. 3.). Verbandskompetenzen (s. o. § 4, A. I.) und Verbandsingerenzen (s. o. § 4, A. II.) räumen den föderalen Trägern Handlungsmöglichkeiten ein; diese werden durch Verbandsgrundrechtspositionen ggf. modifiziert (beschränkt oder effektuiert; s. o. § 4, A. III. 3.). In der ‚Wirklichkeit‘ handeln freilich nicht ‚föderale Träger‘ als solche. Es handeln vielmehr Akteure in den Parlamenten, Regierungen und Verwaltungen der föderalen Träger – kurz: die nicht-judikative Praxis – *für* die föderalen Träger. Diese ‚realen‘ Akteure der nicht-judikativen Praxis üben Verbandskompetenzen und Verbandsingerenzen für ‚ihre‘ föderalen Träger aus und beachten dabei die durch Verbandsgrundrechtspositionen gezogenen Leitlinien und Grenzen (näher zu dieser nicht ganz unproblematischen Vorstellung sogleich unter B. I. 2. a)).

Freilich wird eine solche Verhaltensgeltung von Normen im Föderalismusverfassungsrecht – wie auch anderenorts in der Rechtsordnung<sup>2739</sup> – nicht vollkommen erreicht. Bestehen Zweifel an der Einhaltung der föderalismusverfassungsrechtlichen Vorgaben (beispielsweise daran, ob die durch die Verbandsgrundrechtspositionen gezogenen Grenzen der Kompetenz- oder Ingerenzausübung eingehalten wurden), entstehen föderalismusverfassungsrechtliche ‚Konflikte‘<sup>2740</sup> oder ‚Fälle‘ (‚cases‘<sup>2741</sup>). Diese Konflikte können in den Modus der *Sanktionierung* (Modus 4;

<sup>2738</sup> Vgl. T. Raiser, Grundlagen der Rechtssoziologie, 6. Aufl., Tübingen 2013, S. 241; S. Baer, Rechtssoziologie. Eine Einführung in die interdisziplinäre Rechtsforschung, 4. Aufl., Baden-Baden 2021, § 9, Rn. 27.

<sup>2739</sup> Vgl. nur T. Raiser, Grundlagen der Rechtssoziologie, 6. Aufl., Tübingen 2013, S. 241; S. Baer, Rechtssoziologie. Eine Einführung in die interdisziplinäre Rechtsforschung, 4. Aufl., Baden-Baden 2021, § 9, Rn. 28.

<sup>2740</sup> Allgemein zur zentralen Bedeutung des (sozialen) ‚Konflikts‘ und soziologischer Konflikttheorien für die rechtssoziologische Untersuchung von ‚Recht‘ K. F. Röhl, Rechtstheorie 8 (1977), 93 ff.; T. Raiser, Grundlagen der Rechtssoziologie, 6. Aufl., Tübingen 2013, S. 292 ff., m. w. N.; vgl. a. a. O., S. 296 f., zur Unterscheidung zwischen „mikrosoziologischen“ („privaten“) Konflikten zwischen „privaten Individuen, Gruppen und Organisationen“ und „makrosoziologischen“ Konflikten zwischen „politischen Gruppierungen“.

<sup>2741</sup> Im US-amerikanischen Schrifttum werden rechtlich relevante ‚Konflikte‘ auch unter den Begriff „case“ gefasst, so D. J. Black, Journal of Legal Studies 2 (1973), 125 (126, dort in Fn. 7): „By ‚case‘ I mean any dispute or instance of alleged illegality that enters a legal system“; vgl. auch ‚schon‘ den Text der US-Verfassung selbst: Art. III, Sec. 2 USC: „Cases [... and] Controversies“ (als Gegenstände der rechtsprechenden Gewalt).

s. u. Abb. 6) münden. Föderalismusverfassungsrechtliche Sanktionierung erfolgt v. a. durch Gerichte („*judicial safeguards*“<sup>2742</sup>; s. u. B. III.). Denkbar ist aber auch, dass im demokratischen Prozess eine – ggf. schwer fassbare – Sanktionierung durch Wahlentscheidungen erfolgt („*popular safeguards*“<sup>2743</sup>; s. u. B. II. 2. g)) oder dass die nicht-judikative Praxis Folgen an den Verstoß knüpft („*intergovernmental retaliation*“<sup>2744</sup>; s. u. B. I. 2. c)). Mit Blick auf die Durchsetzung von Recht ist in der Rechtssoziologie die Rede von der „Sanktionsgeltung“ der durchgesetzten Normen gebräuchlich.<sup>2745</sup> Der Modus der Sanktionierung ist (nur) teilweise durch rechtliche Faktoren (durch „Sanktionsnormen“<sup>2746</sup>, „Sanktionenrecht“<sup>2747</sup> i. w. S.) bestimmt; daneben haben ‚Sanktionen‘ auch politische, soziale, psychologische und kulturelle Komponenten.<sup>2748</sup>

Ein erforderlicher Zwischenschritt zwischen der (Nicht-)Befolgung föderalismusverfassungsrechtlicher Vorgaben und der Sanktionierung dieser Normverstöße ist der Modus der *Mobilisierung* von Föderalismusverfassungsrecht (Modus 3; s. u. Abb. 6). Dies wird besonders anschaulich für die Sanktionierung durch Gerichte: Gerichte haben kein Selbstbefassungsrecht, mithin muss ihr sanktionierendes Tätigwerden ‚aktiviert‘ werden – dies betrifft u. a. die Frage danach, wer klage- oder antragsbefugt ist (wer *standing* hat), um Föderalismusverfassungsrecht vor den Gerichten durchsetzen zu lassen. Dies können neben den föderalen Trägern selbst (bzw. ihren Organen) u. U. auch Individuen sein (s. u. C. I. 1.). Freilich ist ‚Mobilisierung von Recht‘ als rechtssoziologisches Thema mit Aussagen zu solchen „Mobilisierungsregeln“<sup>2749</sup> (Klagebefugnis, *standing*) keinesfalls erschöpfend erfasst; „Mobilisierungsregeln“ sind insoweit nur *ein* Faktor unter anderen, auch extrajuridischen Faktoren (wie z. B. Rechtskenntnis, Anspruchswissen, Kosten).<sup>2750</sup>

<sup>2742</sup> J. Bednar, *The Robust Federation*, Cambridge, Mass., U.S.A., 2009, S. 119 ff.

<sup>2743</sup> J. Bednar, *The Robust Federation*, Cambridge, Mass., U.S.A., 2009, S. 107 ff.

<sup>2744</sup> J. Bednar, *The Robust Federation*, Cambridge, Mass., U.S.A., 2009, S. 95: „*Intergovernmental retaliation is the natural sanction available within any federation*“. Insoweit wird D. Grimm, JuS 1969, 501 (509), nicht gefolgt: „Verfassungsnormen sind [...] sanktionslose Normen. Da sie die Politik selbst regulieren wollen, scheidet diese als Garant ihrer Einhaltung aus.“ „Die Politik“ ist in Föderationen eben gerade in besonderer Weise (zusätzlich) aufgespalten.

<sup>2745</sup> Vgl. T. Raiser, *Grundlagen der Rechtssoziologie*, 6. Aufl., Tübingen 2013, S. 241; S. Baer, *Rechtssoziologie. Eine Einführung in die interdisziplinäre Rechtsforschung*, 4. Aufl., Baden-Baden 2021, § 9, Rn. 30 f.

<sup>2746</sup> T. Raiser, *Grundlagen der Rechtssoziologie*, 6. Aufl., Tübingen 2013, S. 234 f.

<sup>2747</sup> S. Baer, *Rechtssoziologie. Eine Einführung in die interdisziplinäre Rechtsforschung*, 4. Aufl., Baden-Baden 2021, § 9, Rn. 3, zur juristischen Komponente von ‚Sanktionen‘: „Juristisch fragt sich, was hier wer tun darf – es geht dann um das [...] Sanktionenrecht, [...]“

<sup>2748</sup> Vgl. S. Baer, *Rechtssoziologie. Eine Einführung in die interdisziplinäre Rechtsforschung*, 4. Aufl., Baden-Baden 2021, § 9, Rn. 5, 8, 11.

<sup>2749</sup> S. Baer, *Rechtssoziologie. Eine Einführung in die interdisziplinäre Rechtsforschung*, 4. Aufl., Baden-Baden 2021, § 7, Rn. 26.

<sup>2750</sup> Vgl. D. J. Black, *Journal of Legal Studies* 2 (1973), 125 (139); S. Baer, *Rechtssoziologie. Eine Einführung in die interdisziplinäre Rechtsforschung*, 4. Aufl., Baden-Baden 2021,

### 3. Dynamische Setzung von Verfassungsrecht

Zur statischen Betrachtung dieses operativen ‚Kerngeschäfts‘ aus (Nicht-)Be-  
folgung, Mobilisierung und Sanktionierung von Verfassungsrecht kommt eine  
temporal-dynamische Komponente hinzu: Trotz seines grundsätzlichen Dauerhaf-  
tigkeits- und Stabilitätsanspruchs<sup>2751</sup> ist Verfassungsrecht permanent im Wandel  
begriffen.<sup>2752</sup> Dies gilt für Föderalismusverfassungsrecht – mit seinem instrumen-  
tellen ‚Design‘-Charakter (s. o. § 3, B. II.) – in besonderem Maß.<sup>2753</sup>

Für den Wandel des Verfassungsrechts gibt es unterschiedliche Kanäle: Die  
wichtigsten Kanäle sind einerseits die bundesverfassungsrechtlich vorgesehenen  
besonderen Verfahren der förmlichen Verfassungsänderung mit wichtigen *bottom-  
up*-Ingerenzen der föderierten Einheiten (vgl. Art. V USC, Art. 79 GG; s. o. § 6, A.  
VII.) und andererseits die dynamische Auslegung bzw. Anwendung des Verfas-  
sungsrechts durch die Rechtsprechung, aber auch durch die nicht-judikative Praxis  
außerhalb der Sphäre der Rechtsprechung. Bei alledem gibt es aus komparatistischer  
Sicht bemerkenswerte Unterschiede: So ist das Verfahren der förmlichen Verfas-  
sungsänderung unter dem Grundgesetz deutlich gebräuchlicher als unter der US-  
Verfassung (näher oben § 6, A. VII. 3. a)<sup>2754</sup>); in den USA treten insoweit – als  
funktionale Äquivalente – Innovationen durch die Praxis (s. auch C. I. 3.) und  
Rechtsprechung in den Vordergrund.

Insoweit lässt sich davon sprechen, dass Verfassungsrecht immer wieder neu  
‚gesetzt‘ wird – d. h. dass Modus 1 des oben vorgestellten Modells (s. o. 1.; s. u.  
Abb. 6) auch nach der initialen Verfassungsgebung (1787–89 bzw. 1949) wiederholt

---

§ 7, Rn. 26, zu „Mobilisierungsregeln“ als dem „juristischen Faktor“ des Problems „Mobilisierung von Recht“ – daneben stellt Baer, a. a. O., § 7, Rn. 3 ff., weitere „subjektive“ (Rechtsbewusstsein, Rechtskenntnis, Anspruchswissen) und „objektive Faktoren“ (neben Mobilisierungsregeln auch Kosten und Kooperation) vor; zu den subjektiven Faktoren auch M. Rehlinger, Rechtssoziologie, 8. Aufl., München 2014, Rn. 117 ff.

<sup>2751</sup> Vgl. A. Marmor, Interpretation and Legal Theory, 2. Aufl., Oxford, U.K., u. a. 2005, S. 142, zu Dauerhaftigkeit („longevity“) und Starrheit („rigidity“) als Grundeigenschaften von Verfassungen.

<sup>2752</sup> Vgl. G. F. Schuppert, AöR 1995, 32, zum Wechselspiel von „Rigidität und Flexibilität von Verfassungsrecht“.

<sup>2753</sup> Vgl. G. F. Schuppert, AöR 1995, 32 (79 ff.), unter Hinweis u. a. auf A. Benz, Föderalismus als dynamisches System. Zentralisierung und Dezentralisierung im föderativen Staat, Opladen 1985, dazu dass „Föderalismus als dynamisches System“ auf der Skala von „Rigidität und Flexibilität von Verfassungsrecht“ besonders nah am Pol der „Flexibilität“ zu verorten sei; oder auch: „alles ist im Flu[ss]“ sowie „alles ist auch Politik“; vgl. auch M. Fehling, in: J. Aulehner u. a. (Hrsg.), Föderalismus – Auflösung oder Zukunft der Staatlichkeit?, Stuttgart u. a. 1997, S. 31 (43 f., 53 f.).

<sup>2754</sup> Hierzu bei Fn. 2167 (in § 6, A. VII. 3. a)). Folgerichtig fordern Verfechter einer Stärkung der Position der Länder ein Tätigwerden des verfassungsändernden Gesetzgebers: vgl. M. Kloepfer, DÖV 2004, 566 (569): Stärkung der Länder durch Bundesverfassungsänderungen in Form einer *top-down*-Rückübertragung von früheren *bottom-up*-Kompetenzabtretungen.

und dynamisch stattfindet. Dies hat legitimationstheoretische Implikationen: Wie Christoph Möllers formuliert, endet die Legitimation der Verfassungsgebung nicht mit der einmaligen Verfassungssetzung durch den *pouvoir constituant*, sondern erlebt „ihre Fortsetzung in den in der Verfassung vorgesehenen Rechtserzeugungsverfahren“<sup>2755</sup>, also in der Verfassungsoperation durch die Institutionen des *pouvoir constitué*. Diese dynamische Verfassungsrechtsetzung erfolgt unter Beteiligung unterschiedlicher Akteure und letztlich aller drei föderalismusverfassungsrechtlicher Wirkungsdimensionen.

#### 4. Verfassungs(-rechts-)politik; ‚politische Kultur‘ der Verfassungsinterpretation

Gerahmt und begleitet wird die dynamische Verfassungsrechtsetzung durch Verfassungs(-rechts-)politik. Damit wird der Blick über die (Letzt-)Entscheiderinnen und Entscheider der Rechtsetzung (nicht-judikative Praxis oder Rechtsprechung) hinaus geweitet: Verfassungsrechtspolitik – im Sinne von Peter Häberles „offene[r] Gesellschaft der Verfassungsinterpreten“<sup>2756</sup> – findet auch in der (para-) demokratischen Öffentlichkeit statt. Verfassungsrechtspolitik wird durch die (Fern-) Effekte des Föderalismusverfassungsrechts beeinflusst und genährt: Bei diesen (Fern-)Effekten geht es um diffuse, mittelbare und großflächige Wirkungen wie die öffentliche Thematisierung (oder Tabuisierung) von Verfassungsinhalten, kollektiv-kulturelle Sinnstiftung durch Verfassungsrecht<sup>2757</sup> und Verfassungsrecht als symbolische Ordnung.<sup>2758</sup> Hans-Peter Schneider hat einen Ausschnitt dieser (Fern-)Effekte des Verfassungsrechts als „indirekte Wirkung von Verfassungsnormen“ bezeichnet: Die Verfassung enthalte auch „Instrumente politischer Verhaltenssteuerung“, welche ein bestimmtes „Verfassungsklima‘ (ambiance)“ erzeugen würden,

<sup>2755</sup> C. Möllers, in: A. v. Bogdandy/J. Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge, 2. Aufl., Berlin u. a. 2009, S. 227 (252), mit Verweis u. a. auf A. Augustin, Das Volk der Europäischen Union, Berlin 2000, S. 319 ff.

<sup>2756</sup> P. Häberle, JZ 1975, 297; deutliche methodologische Kritik an Häberles Ansatz bei E. Blankenburg/H. Treiber, JZ 1982, 543 (544): Häberle dehne den Begriff der „Interpretation“ „unsinnig“ weit aus, sodass er keinen unmittelbaren Bezug mehr zur Rechtspraxis (insbesondere gerichtlichen Praxis) habe und arbeite mit normativen Kategorien ohne empirische Rückversicherung; skeptisch auch M. Hailbronner, Der Staat 53 (2014), 425 (427 ff., 430 f., 442): Die von Häberle in den Blick genommene Öffnung des Kreises der „Verfassungsinterpreten“ sei jedenfalls wirklichkeitsfremd (dies auch gerade im Vergleich zu den USA), was von Hailbronner (a. a. O. [443]) aber nicht per se für gut befunden wird. Hailbronner spricht von einer „geschlossenen Gesellschaft der Verfassungsinterpreten“ des Grundgesetzes – in den USA sei dies deutlich anders – zu diesem komparatistischen Aspekt unten bei Fn. 2765.

<sup>2757</sup> Vgl. T. Brown-Nagin, in: K. Orren/J. W. Compton (Hrsg.), The Cambridge Companion to the United States Constitution, Cambridge, U.K., 2018, S. 441 (446 ff.), m. w. N.: zur US-Verfassung als „kulturelle Ressource“ („cultural resource“), welche u. a. politische Bewegungen von Bürgerinnen und Bürgern inspiriert.

<sup>2758</sup> Vgl. (ohne Zuschnitt auf das Verfassungsrecht) S. Baer, Rechtssoziologie. Eine Einführung in die interdisziplinäre Rechtsforschung, 4. Aufl., Baden-Baden 2021, § 9, Rn. 32 ff.

„in welchem programmgemäße politische Initiativen eine größere Erfolgs- und Durchsetzungschance haben als programmwidriges Handeln“.<sup>2759</sup>

5. Zusammenfassung

Die in den vorstehenden Abschnitten vorgestellten fünf Modi der Ver-,Wirklich-  
ung‘ von Föderalismusverfassungsrecht werden nachfolgend tabellarisch zu-  
sammengefasst (Abb. 6). Die Zuordnung der drei – im nächsten Abschnitt näher  
untersuchten (s.u. B.) – Wirkungsdimensionen ‚nicht-judikative Praxis‘, ‚(para-)  
demokratische Öffentlichkeit‘ und ‚Rechtsprechung‘ zu den einzelnen zeitlich-  
operativen Modi verdeutlicht die Komplexität der Vermittlung zwischen Verfas-  
sungstext und ‚Verfassungswirklichkeit‘.

|                         | Modus          |                                                                                                                                                                                                     | Wirkungsdimension                                                                                                                                  |
|-------------------------|----------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 1                       | Rechtsetzung   | <ul style="list-style-type: none"><li>– <i>initial</i>: Verfassungsgebung</li><li>– <i>dynamisch</i>: förmliche Verfassungsänderung, Auslegung und Anwendung (einschl. Rechtsfortbildung)</li></ul> | <ul style="list-style-type: none"><li>– v. a. nicht-judikative Praxis, begleitet durch Öffentlichkeit</li><li>– aber auch Rechtsprechung</li></ul> |
| – R e c h t s n o r m – |                |                                                                                                                                                                                                     |                                                                                                                                                    |
| 2                       | Befolgung      | v. a. Kompetenz- und Ingerenzgebrauch unter Achtung von Verbandsgrundrechtspositionen                                                                                                               | in erster Linie nicht-judikative Praxis                                                                                                            |
| 3                       | Mobilisierung  | u. a. Gebrauchmachen von Rechtsbehelfen (Filter: Klage- bzw. Antragsbefugnis, <i>standing</i> )                                                                                                     | <ul style="list-style-type: none"><li>– nicht-judikative Praxis</li><li>– Öffentlichkeit, einschließlich Individuen</li></ul>                      |
| 4                       | Sanktionierung | v. a. Verfassungsrechtsprechung, demokratische Prozesse, Reaktionen der nicht-judikativen Praxis                                                                                                    | <ul style="list-style-type: none"><li>– v. a. Rechtsprechung</li><li>– Öffentlichkeit</li><li>– auch nicht-judikative Praxis</li></ul>             |
| 5                       | (Fern-)Effekte | föderale ‚Kultur‘ der Verfassungsinterpretation; Verfassungsrechtspolitik                                                                                                                           | v. a. Öffentlichkeit                                                                                                                               |

Abbildung 6: Modi und Dimensionen der Ver-,Wirklich-ung‘ von Verfassungsrecht

<sup>2759</sup> H.-P. Schneider, in: R. Bernhardt/U. Beyerlin (Hrsg.), Deutsche Landesreferate zum Öffentlichen Recht und Völkerrecht, Heidelberg 1982, S. 23 (42 f.); referierend hierzu G. F. Schuppert, AöR 1995, 32 (51 f.). Für Schneider stehen in diesem Zusammenhang wohl indirekte Wirkungen von Verfassungsnormen *auf Hoheitsträger* im Vordergrund (er diskutiert diese Wirkungsweise vor allem im Hinblick auf „Programmsätze, Verfassungsdirektiven, Gesetzgebungsaufträge oder Staatszielbestimmungen“), weniger (aber sicherlich schon ‚auch‘) die Sphäre der politischen Öffentlichkeit und der demokratische Prozess in einem umfassenden Sinn.

## B. Drei Wirkungsdimensionen: nicht-judikative Praxis, (para-)demokratische Öffentlichkeit, Rechtsprechung

Die Ver- ‚Wirklichung‘ von Föderalismusverfassungsrecht erfolgt insbesondere in den Dimensionen der nicht-judikativen Praxis, der (para-)demokratischen Öffentlichkeit und der Rechtsprechung. Die Betrachtung dieser drei Wirkungsdimensionen schließt an die oben bei der Einführung der Struktur-Wirkungs-Matrix des Föderalismusverfassungsrechts zitierte US-amerikanische Forschung zu den „*safeguards of federalism*“ (Wechsler, Kramer, Mikos, Bednar; s.o. § 3, C.) an.<sup>2760</sup> Die Unterscheidung dieser drei Wirkungsdimensionen ist freilich nicht auf das Föderalismusverfassungsrecht beschränkt, sondern für das Verfassungsrecht allgemein (in den USA<sup>2761</sup> und in Deutschland<sup>2762</sup>) beobachtbar. Im US-amerikanischen Schrifttum werden diese Zusammenhänge u. a. unter den Stichworten „*departmentalism*“ (Rolle der nicht-judikativen Praxis – s.u. I. 1.), „*popular constitutionalism*“ (Rolle der [para-]demokratischen Öffentlichkeit – s.u. II. 1.) und „*judicial constitutionalism*“ (Rolle der Rechtsprechung – s.u. III. 1.) diskutiert.<sup>2763</sup> Diese Stichworte sind im Folgenden aufzugreifen und auf den besonderen Bereich des Föderalismusverfassungsrechts anzuwenden: So ergeben sich die drei föderalismusverfassungsrechtlichen Wirkungsdimensionen ‚*departmentalist federalism*‘ (s.u. I. 2.), ‚*popular federalism*‘ (s.u. II. 2.) und ‚*judicial (review) federalism*‘ (s.u. III. 2.).<sup>2764</sup> Michaela

<sup>2760</sup> Vgl. H. Wechsler, Colum. L. Rev. 54 (1954), 543; L. D. Kramer, Colum. L. Rev. 100 (2000), 215; R. A. Mikos, Ohio State Law Journal 68 (2007), 1669; J. Bednar, The Robust Federation, Cambridge, Mass., U.S.A., 2009, S. 95 ff.

<sup>2761</sup> Vgl. M. C. Dorf/T. Morrison, Constitutional Law, New York, N.Y., U.S.A., 2010, S. 235 (zu nicht-judikativer Praxis und Rechtsprechung), 238 (zur Öffentlichkeit als Wirkungsdimension des Verfassungsrechts).

<sup>2762</sup> Vgl. den Überblick über ‚die‘ verschiedenen „Verfassungsinterpreten“ des Grundgesetzes bei M. Borowski, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. XII, 3. Aufl., Heidelberg 2014, § 274, Rn. 25 ff.: Dort kommen die hier konturierten drei Wirkungsdimensionen (in anderer, kleinteiligerer Systematik) vor: Rechtsprechung (als „Bundesverfassungsgericht“ und „Fachgerichte“), nicht-judikative Praxis (als „Gesetzgeber“ und „[s]onstige öffentliche Gewalt“) sowie – teilweise – para-demokratische Öffentlichkeit (als „Private“ und „Staatsrechtslehre“); sehr enger Fokus auf die Rechtsprechung (unter weitgehender Ausblendung öffentlicher und politisch-institutioneller Sanktionierung von Verfassungsverstößen) hingegen im Handbuchkapitel „Der Verfassungsverstoß und seine Rechtsfolgen“ von U. Battis, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. XII, 3. Aufl., Heidelberg 2014, § 275.

<sup>2763</sup> Vgl. zusammenfassend zur Diskussion R. C. Post/R. B. Siegel, Calif. L. Rev. 92 (2004), 1027, welche eine Trias von „*departmentalism*“, „*popular constitutionalism*“ und „*judicial supremacy*“ konturieren, aber deren Interdependenzen betonen; ähnlich M. C. Dorf/T. Morrison, Constitutional Law, New York, N.Y., U.S.A., 2010, S. 235; zum Begriff „*judicial constitutionalism*“: M. Tushnet, German Law Journal 14 (2013), 2249 (2250); vgl. für einen komparatistischen Blick auf „*departmentalism*“ und „*popular constitutionalism*“ in den USA und in Deutschland M. Hailbronner, Der Staat 53 (2014), 425 (427 ff.).

<sup>2764</sup> Die hinter diesen Bezeichnungen stehenden Auseinandersetzungen um die ‚richtigen‘ Wege der Durchsetzung von Föderalismusverfassungsrecht lassen sich mit M. Tushnet, Taking the Constitution Away from the Courts, Princeton, N.J., U.S.A., 1999 – a. a. O., S. 99 ff., über



Hailbronner hat die komparatistische These vertreten, dass *departmentalism* und *popular constitutionalism* in den USA ungleich stärker ausgeprägt seien als in Deutschland, wo *judicial (review) constitutionalism* seit dem Ende einer recht kurzen Frühphase der Bundesrepublik Deutschland ganz herrschend geworden sei<sup>2765</sup> – dieser Befund wird für das große Bild des Verfassungsrechts in den USA und in Deutschland im Allgemeinen sicherlich zutreffen (was hier aber nicht entschieden werden muss); dennoch sucht die vorliegende Studie im Folgenden nach Anwendungsfeldern von *popular* und *departmentalist federalism* für den konkreten (und eben *besonderen*) Bereich der Verbandsgrundrechtspositionen auch im grundgesetzlichen Föderalismusverfassungsrecht:

## I. Nicht-judikative Praxis: ‚*departmentalist federalism*‘

Unter dem Schlagwort ‚*departmentalist federalism*‘ soll vorliegend die eigenständige Rolle der nicht-judikativen Praxis für die Ver-‚Wirklichung‘ von Föderalismusverfassungsrecht betrachtet werden:

### 1. *Departmentalism*

*Departmentalism* als allgemeines verfassungsrechtswissenschaftliches Theorem nimmt die – mehr oder weniger eigenständige<sup>2766</sup> – Rolle der nicht-judikativen Praxis bei der Ver-‚Wirklichung‘ von Verfassungsrecht in den Blick.

#### a) ‚Horizontale‘ Gewaltenteilung

Es handelt sich um einen Aspekt der (‚horizontalen‘) Gewaltenteilung im Spannungsfeld von judikativer Praxis und nicht-judikativer Praxis auf dem Feld der Verfassungsinterpretation.<sup>2767</sup> Diese Spannungslage lässt sich auch durch das Be-

---

den bereits mehrfach zitierten *H. Wechsler*, Colum. L. Rev. 54 (1954), 543 (s.o. Fn. 2760 u. insbes. § 3, C. II.), zurückverfolgen zu James Madisons *Federalist No. 45* und *No. 46*.

<sup>2765</sup> Vgl. *M. Hailbronner*, Der Staat 53 (2014), 425 (427 f.). Jedenfalls teilweise wird vorliegend im Folgenden ein weiter gefasster Begriff von ‚*departmentalism*‘ und ‚*popular constitutionalism*‘ zu Grunde gelegt als bei Hailbronner, welche jedenfalls mit Blick auf das oben zitierte vergleichende Urteil von einem jeweils engen Begriff ausgeht und nach ‚authentischer‘ oder ‚Letztinterpretation‘ fragt.

<sup>2766</sup> Die Grenzen der Eigenständigkeit werden insbes. unten bei C. näher untersucht.

<sup>2767</sup> Vgl. zu ‚*departmentalism*‘ insbesondere die sogleich in Fn. 2774 ff. zitierten Stimmen; referierend-definierend zu ‚*departmentalism*‘ etwa *R. C. Post/R. B. Siegel*, Calif. L. Rev. 92 (2004), 1027 (1031): „the view that each of the three branches of the federal government possesses independent and coordinate authority to interpret the Constitution“; vgl. auch (ebenfalls referierend) *M. C. Dorf/T. Morrison*, Constitutional Law, New York, N.Y., U.S.A., 2010, S. 235, welche „*departmentalism*“ wie folgt definieren: „[an] approach [...] which grants each branch [...] independent authority to interpret the Constitution according to its

griffspaar „judicial constitutionalism“ und „political constitutionalism“ (Mark Tushnet) fassen.<sup>2768</sup> James Madison umriss das Problem in *Federalist No. 49* wie folgt: „The several departments being perfectly coordinate by the terms of their common commission, neither of them, it is evident, can pretend to an exclusive or superior right of settling the boundaries between their respective powers.“<sup>2769</sup>

Mit der Negativwendung ‚nicht-judikative Praxis‘<sup>2770</sup> sollen vorliegend solche hoheitlichen Akteure – oder ‚Bereiche‘ (‚Abteilungen‘, eben „departments“<sup>2771</sup>) – in Bezug genommen werden, welche nicht rechtsprechend tätig sind. Es geht also um hoheitliche Tätigkeit außerhalb des Bereichs der (nachträglichen) sanktionierenden gerichtsförmigen (Streit-)Entscheidung.<sup>2772</sup> Es lässt sich innerhalb dieser Sphäre der nicht-judikativen Praxis weiter differenzieren: Nach hoheitlichen Funktionen oder ‚Gewalten‘ können die legislative, die administrative und die gubernative Praxis des (Föderalismus-)Verfassungsrechts unterschieden werden.

---

*own lights, and which denies any special status to the Supreme Court's statements of constitutional meaning beyond the particular cases before it“; aus komparatistischer Perspektive F. V. Lange, Grundrechtsbindung des Gesetzgebers. Eine rechtsvergleichende Studie zu Deutschland, Frankreich und den USA, Tübingen 2010, S. 189 ff. Teilweise wird auch „popular constitutionalism“ als Unterfall von „departmentalism“ begriffen – hierzu gesondert und ausführlich unten II. 1.*

<sup>2768</sup> M. Tushnet, German Law Journal 14 (2013), 2249 (2250) – dabei ist zu beachten, dass Tushnet die Konkurrenz zwischen judikativer und nicht-judikativer Praxis und Verfassungsinterpretation vor allem bei der Ver-‚Wirklichung‘ von *Individualgrundrechten* („implementing basic ideals of individual rights“ – a. a. O. [2249]), also weniger staatsorganisationsrechtliche Gehalte, vor Augen hat.

<sup>2769</sup> J. Madison, in: A. Hamilton/ders./J. Jay, The Federalist, Cambridge, Mass., U.S.A., u. a. 2009 [1788], S. 330 (331).

<sup>2770</sup> Vgl. auch M. C. Dorf/T. Morrison, Constitutional Law, New York, N.Y., U.S.A., 2010, S. 235: „beyond the courts“. Dorf und Morrison beziehen unter diese Kategorie freilich auch Aspekte der Verwirklichung von Verfassungsrecht durch die (para-)demokratische Öffentlichkeit ein; dazu unten II. 1.

<sup>2771</sup> „Departments of government“ als Bezeichnung für die (drei) in Art. I (Legislative), Art. II (Exekutive) und Art. III USC (Judikative) unterschiedenen Gewalten (oder Funktionen) war insbesondere Ende des 18. Jahrhunderts gebräuchlich: vgl. beispielhaft nur den *Federalist No. 49* von J. Madison, in: A. Hamilton/ders./J. Jay, The Federalist, Cambridge, Mass., U.S.A., u. a. 2009 [1788], S. 330 (331), hier spricht Madison synonym von „departments“ und „branches of government“; vgl. in diesem Zusammenhang auch den prominenten Satz aus *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803): „It is emphatically the province and duty of the Judicial Department to say what the law is“; dazu, dass dieser Satz – ‚departmentalistisch‘ – so gelesen werden könne (oder: müsse), dass es *nicht ausschließlich* Sache der Rechtsprechung sei, „zu sagen, was Recht ist“; M. S. Paulsen, Geo. L. J. 83 (1994), 217 (221); C. L. Eisgruber, Geo. L. J. 83 (1994), 347 (349).

<sup>2772</sup> Eine scharfe Definition von ‚Rechtsprechung‘ ist freilich schwer konturierbar, vgl. nur C. Hillgruber, in: G. Dürig/R. Herzog/R. Scholz (Hrsg.), Grundgesetz, 95. Ergänzungslieferung, München 2021, Art. 92, Rn. 18 ff., welcher – unter Auswertung von Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – einen „formalen“, einen „materiellen“ und einen „funktionellen“ Rechtsprechungsbegriff unterscheidet. Zu den oben als Definitionskern von ‚Rechtsprechung‘ in Bezug genommenen Merkmalen ‚sanktionierende gerichtsförmige (Streit-)Entscheidung‘, vgl. a. a. O., Rn. 38; vgl. ferner BVerfGE 4, 74 (93).

b) *Eigenständige ‚Verfassungstreue‘-Pflichten der nicht-judikativen Praxis*

Entscheidend für den hier vorgestellten Ansatz, welcher verschiedene Wirkungsdimensionen des Verfassungsrechts auch jenseits seiner judikativen Durchsetzung unterscheidet, sind im Zusammenhang mit der Stellung der nicht-judikativen Praxis zwei Aspekte: *Erstens* haben die Akteure der nicht-judikativen Praxis einen erheblichen *faktischen Einfluss* auf die Verwirklichung des (Föderalismus-)Verfassungsrechts: Primär bestimmen sie durch die Befolgung (d.h. durch den Gebrauch) von Verbandskompetenzen und Verbandsingerenzen, welche politischen und konkreteren rechtlichen Auswirkungen die Vorgaben des (Föderalismus-)Verfassungsrechts haben (s. sogleich 2. a)).

*Zweitens* trifft die Akteure der nicht-judikativen Praxis grundsätzlich eine *eigenständige Verpflichtung* zur (und ‚Verantwortung‘<sup>2773</sup> für die) Einhaltung des Verfassungsrechts.<sup>2774</sup> ‚Eigenständig‘ bedeutet dabei, dass die Akteure der nicht-judikativen Praxis auch dann verpflichtet sind, verfassungsmäßig zu handeln, wenn eine gerichtliche Entscheidung über die Verfassungsmäßigkeit (noch) nicht vorliegt und ggf. – aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen – auch nicht zu erwarten ist, dass es zu einer gerichtlichen Entscheidung kommen wird. Es lässt sich von einer „unabhängigen Pflicht zur Verfassungstreue“ („*independent obligations of constitutional fidelity*“<sup>2775</sup>) der Legislative, Exekutive und Administrative sprechen.

---

<sup>2773</sup> Vgl. M. Klopfer, in: FG Lerche, Berlin 2008, S. 55 (61), zum (zu wenig beachteten) „Problem der politischen Verantwortung für Verfassungswidrigkeit“ (dort freilich eher mit Blick auf die – regelmäßig ausbleibenden – politischen *Folgen*, insbes. Rücktritte, von *gerichtlich festgestellten* Verfassungsverstößen; vorliegend steht dagegen die Verantwortung *beim Handeln* der Akteure der nicht-judikativen Praxis im Vordergrund); freilich nimmt *ders.*, a. a. O. (67 f.), die Reichweite und Implikationen der eigenständigen Verantwortung der nicht-judikativen Praxis, Verfassungsverstöße zu vermeiden, nicht in umfassender Weise wahr, wenn er die nicht-judikative Praxis letztlich im Wesentlichen darauf beschränken will, *gerichtliche Entscheidungen* über den Inhalt der Verfassung zu respektieren; ähnlich nun erneut M. Klopfer, NVwZ 2021, 1513 (s. u. in Fn. 2818 f.).

<sup>2774</sup> Für die USA: für die Legislative: P. Brest, Stanford L. Rev. 27 (1975), 585 (587 f.); „*legislators are obligated to determine, as best they can, the constitutionality of proposed legislation*“; für die Exekutive: L. G. Sager, Harv. L. Rev. 91 (1978), 1212 (1227): „*government officials have a legal obligation to obey an underenforced constitutional norm which extends beyond its interpretation by the federal judiciary to the full dimensions of the concept which the norm embodies*“; M. S. Paulsen, Geo. L. J. 83 (1994), 217 (221); M. C. Dorf/T. Morrison, Constitutional Law, New York, N.Y., U.S.A., 2010, S. 237: „*independent obligations of constitutional fidelity*“; für Deutschland etwa P. Kirchhof, in: H. Bogs (Hrsg.), Urteilsverfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht, Baden-Baden 1999, S. 71 (74); M. Klopfer, in: FG Lerche, Berlin 2008, S. 55 (56).

<sup>2775</sup> M. C. Dorf/T. Morrison, Constitutional Law, New York, N.Y., U.S.A., 2010, S. 237; terminologisch ähnlich M. Klopfer, in: FG Lerche, Berlin 2008, S. 55 (56): „Verfassungsloyalität bei staatlichen Funktionsträgern“.

Dabei muss an dieser Stelle nicht die – im Einzelnen (zumindest in den USA<sup>2776</sup>) umstrittene – Frage näher betrachtet werden, inwieweit die „Verfassungstreue“-Pflicht der nicht-judikativen Praxis Bindungen an einschlägige höchstgerichtliche Rechtsprechung beinhaltet: Dürfen Akteure der nicht-judikativen Praxis von der Verfassungsauslegung der Höchstgerichte abweichen? Vertreterinnen und Vertreter eines strikten *departmentalism* (einer Mindermeinung) wie Michael Stokes Paulsen bejahen diese Frage.<sup>2777</sup> Solche Konfliktfälle sich widersprechender Verfassungsauslegungen verschiedener Verfassungsorgane stellen eine hier nicht zu vertiefende Ausnahmekonstellation dar; die Vorstellung einer „Verfassungstreue“-Pflicht der nicht-judikativen Praxis hat außerhalb dieser Ausnahmekonstellation eine grundlegendere Bedeutung für die Betrachtung des Pluralismus der Wirkungsdimensionen von Verfassungsrecht.

Mit der selbstständigen, obschon vielleicht nicht letztverbindlichen, „Verfassungstreue“-Pflicht der nicht-judikativen Praxis scheint dann wiederum eine Selbstverständlichkeit ausgesprochen zu werden: Dass legislative, exekutive und administrative Stellen nicht verfassungswidrig handeln dürfen, ergibt sich aus dem Charakter des Verfassungsrechts als höherrangigem Recht und wird insbesondere in

---

<sup>2776</sup> In Deutschland wird diese Frage weitgehend durch § 31 Abs. 1 BVerfGG („Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts binden die Verfassungsorgane des Bundes und der Länder [...]“) bestimmt. Freilich lässt sich vertreten, dass § 31 Abs. 1 BVerfGG in dieser Absolutheit verfassungswidrig sei oder zumindest verfassungskonform eng auszulegen (unter Ausnahmeverbehalte zu stellen oder in seiner Reichweite eng auszulegen) sei; vgl. insoweit insbesondere die Diskussion um das (Nicht-)Bestehen eines Normwiederholungsverbots, hierzu (und i. E. gegen ein Normwiederholungsverbot m. w. N. pro und contra) K. Schlaich/ S. Koriath, Das Bundesverfassungsgericht. Stellung, Verfahren, Entscheidungen, 12. Aufl., München 2021, Rn. 483 f.

<sup>2777</sup> M. S. Paulsen, Geo. L. J. 83 (1994), 217 (221 f.), welcher vertritt, dass der Präsident an ihn gerichteten Judikaten die Gefolgschaft verweigern dürfe, falls er zu einer anderen Auslegung der Verfassung kommt als der *U.S. Supreme Court*; Paulsen bezeichnet dies – in Abwandlung von *judicial review* – als „*executive review*“ und führt seinen Ansatz insbesondere auf die Positionen von Alexander Hamilton (*Federalist No. 78*) und James Wilson, jeweils Unterzeichner der US-Verfassung, zurück, vgl. a. a. O. (245 ff., 252 ff.); direkte nuancierte Kritik an Paulsens Ansatz bei C. L. Eisgruber, Geo. L. J. 83 (1994), 347 (352), welcher stattdessen den (gemäßigt *departmentalistischen*) Ansatz einer „*comparative institutional competence*“ vorschlägt: Danach hätten Legislative und Gubernative gerichtlichen Verfassungsauslegungen nicht „blind“ zu folgen, sondern zu prüfen, „welche Institutionen [Organe] am besten ausgestattet seien, die von der Verfassung vorgesehenen Zwecke zu verfolgen“ („*comparative institutional competence prohibits blind deference to the judiciary. It directs each branch to justify deference (or the lack of it) by first identifying the purposes served by the Constitution and then making a judgment about which institutions are best equipped to pursue that purpose. The principle thereby admits the possibility that sound judgments about comparative competence will permit Congress or the President to resist a Supreme Court mandate.*“) Freilich kommt Eisgruber letztlich zu dem Ergebnis, dass „vielleicht schlechthin immer“ („*perhaps simply always*“) Fügsamkeit des Präsidenten gegenüber gerichtlichen Entscheidungen als Ergebnis dieser Prüfung „institutioneller Kompetenz“ stehen werde, C. L. Eisgruber, Geo. L. J. 83 (1994), 347 (371).

Art. VI, Cl. 2 USC und Art. 20 Abs. 3<sup>2778</sup>, Art. 1 Abs. 3 GG verfassungstextlich aufgegriffen bzw. ausdrücklich ausgesprochen. Die hier angesprochene Frage der *eigenständigen* Verfassungstreue geht aber darüber hinaus oder – genauer: – lenkt die Aufmerksamkeit auf einen besonderen Aspekt dieser Verfassungsbindung: Durch die Rede von der ‚Treue‘ wird herausgestellt, dass die Stellen der nicht-judikativen Praxis nicht etwa nur von der Rechtsprechung – also gewissermaßen passiv, ‚von außen‘ – auf die verfassungsrechtlichen Grenzen ihrer Handlungsmöglichkeiten hingewiesen werden, sondern eine eigene, aktive Verpflichtung zur Einhaltung dieser Grenzen haben. Als (deklaratorischer) verfassungstextlicher Anhaltspunkt für das Bestehen dieser Verpflichtung mag in beiden Verfassungstexten jeweils der bundesverfassungsrechtlich vorgesehene Amtseid für bestimmte Organwalter (Art. VI, Sec. 3, Art. II, Sec. 1, Cl. 8 USC; Art. 56 S. 1, Art. 64 Abs. 2 GG) dienen:<sup>2779</sup> Beide Eidesformeln fordern ein *aktives* Hinwirken auf die Einhaltung und Sicherung der jeweiligen Bundesverfassung einschließlich der föderalismusverfassungsrechtlichen Gehalte.<sup>2780</sup>

## 2. ‚Departmentalist federalism‘

Bezogen auf das Föderalismusverfassungsrecht kommt die allgemeine Lehre des *departmentalism* als *departmentalist federalism* daher. Ein früher Verfechter von *departmentalist federalism* in den USA war John C. Calhoun, auf dessen *nullification thesis* am Rande der Ausführungen zur Rezeption der *Federalist/Anti-Federalist*-Debatte im ersten Kapitel eingegangen wurde: Demnach sei (auch) den Exekutiven oder Legislativen der Einzelstaaten das Recht zuzubilligen, Bundesgesetze an der Bundesverfassung zu prüfen und bei negativem Ergebnis für das eigene Territorium außer Geltung zu setzen (s. o. § 1, C. II. 1. a)).<sup>2781</sup>

<sup>2778</sup> Der Wortlaut des Art. 20 Abs. 3 GG kommt insoweit etwas missverständlich daher: „Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden.“ Vgl. jedoch B. Grzeszick, in: G. Dürig/R. Herzog/R. Scholz (Hrsg.), Grundgesetz, 51. Ergänzungslieferung, München 2007, Art. 20, Rn. VI-19: Auch die Exekutive und Judikative sind (unmittelbar) an die Bundesverfassung Grundgesetz (und nicht etwa ‚nur‘ an „Gesetz und Recht“) gebunden; obschon insoweit häufig das konkretisierende einfache Gesetzesrecht vorrangig steuert.

<sup>2779</sup> Die US-Verfassung sieht einen Eid für Organwalter der Legislative, Exekutive und Judikative sowohl der Bundesebene wie auch der Staaten vor (Art. VI, Sec. 3 USC). Das Grundgesetz beschränkt sich auf Amtswalter der exekutiven Bundesorgane Bundespräsident und Bundesregierung (Art. 56 S. 1, Art. 64 Abs. 2 GG). Art. II, Sec. 1, Cl. 8 USC enthält außerdem eine Spezialvorschrift für den Eid des US-Präsidenten.

<sup>2780</sup> Zu diesem Argument unter der US-Verfassung M. S. Paulsen, Geo. L. J. 83 (1994), 217 (261); dort auch zu Gegenstimmen.

<sup>2781</sup> Bei der *Nullification Crisis* 1832 ging es um die Frage, ob der Bundesgesetzgeber mit dem Erlass bestimmter Bundesabgabengesetze die Grenzen der Gesetzgebungskompetenz aus Art. I, Sec. 8, Cl. 1 USC überschritten und somit verbandskompetenzwidrig gehandelt habe (so der in der *South Carolina Ordinance of Nullification* v. 24. November 1832 vertretene Standpunkt) – in Frage stand in vorliegend verwendeter Terminologie also der Modus ‚Sank-

a) *Kerngeschäft: Gebrauch von Verbandskompetenzen und Verbandsingerenzen*

Mit der *nullification* ist aber bereits eine Extremausprägung von *departmentalist federalism* angesprochen (s. sogleich unten c)). Alltäglicher als der Modus der eigenständigen Sanktionierung von angeblichen Föderalismusverfassungsrechtsverstößen anderer föderaler Träger ist der – vorgelagerte – Modus der (Nicht-)Befolgung von Föderalismusverfassungsrecht durch die nicht-judikative Praxis:

aa) „Erstinterpret[inn]en“ des Kompetenz- und Ingerenzrechts

Hierbei stehen die Strukturelemente Verbandskompetenzen und Verbandsingerenzen im Fokus, schließlich adressieren diese – ggf. vermittelt über Organkompetenzen – in aller Regel<sup>2782</sup> nicht-judikative Stellen. Beispielsweise richten sich Gesetzgebungskompetenzen an die Legislativen der föderalen Träger (und zunächst nicht an Gerichte<sup>2783</sup>).

Beim Gebrauch von Verbandskompetenzen und Verbandsingerenzen kommt den nicht-judikativen Stellen eine gewichtige Gestaltungsmacht zu: Als „Erstinterpret[inn]en“ (Paul Kirchhof)<sup>2784</sup> des Verbandskompetenz- und Verbandsingerenzrechts prägen sie die alltägliche ‚Realität‘ dieser Rechtsmaterien. Kirchhof stellt diese „Erstinterpretation“ durch die nicht-judikative Praxis (insbesondere durch den Gesetzgeber) der „Zweitinterpretation“ durch das (Verfassungs-)Gericht gegenüber.<sup>2785</sup> Dies deckt sich weitgehend mit der Unterscheidung zwischen – primärer – Befolgung und – sekundärer – Sanktionierung von Verfassungsrecht (dazu oben A. II. 2.). Gerade im Alltag des Verfassungslebens („Normalfalldenken“) kommt dem Modus des Befolgens und somit der „Erstinterpretation“ des Kompe-

---

tionierung‘ hinsichtlich des föderalismusverfassungsrechtlichen Strukturelements Verbandskompetenzen. In der von einem Konvent im Staat South Carolina erlassenen *Ordinance of Nullification* wird nicht nur die Nichtigkeit der betreffenden Bundesabgabengesetze im Staat South Carolina („*null, void, and no law; nor binding upon this State, its officers or citizens*“), sondern auch das Verbot an Bundes- und Staatenstellen, die betreffenden Gesetze in South Carolina zu vollziehen, ausgesprochen.

<sup>2782</sup> Anders ist dies bei rechtsprechungsbezogenen Verbandskompetenzen, wobei auch diese zum Teil durch den einfachen Bundesgesetzgeber konkretisiert oder ausgestaltet werden (s. o. § 4, B. I. 4.).

<sup>2783</sup> Das schließt eine – begrenzte – gerichtliche Kompetenzkontrolle freilich nicht aus, s. u. III. 2. a).

<sup>2784</sup> P. Kirchhof, in: H. Bogs (Hrsg.), Urteilsverfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht, Baden-Baden 1999, S. 71 (74): „Der Gesetzgeber ist gestaltender Erstinterpret der Verfassung“.

<sup>2785</sup> P. Kirchhof, in: H. Bogs (Hrsg.), Urteilsverfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht, Baden-Baden 1999, S. 71 (74); ähnlich: B.-O. Bryde, in: FS Papier, München 2013, S. 493 (499): „Gericht nämlich eigentlich dem heilsamen Zwang ausgesetzt, über bereits Entschiedenes zu entscheiden“.

tenz- und Ingerenzrechts durch Exekutiven und Legislativen – nur scheinbar widersprüchlich – *gestaltende* Kraft zu.

#### bb) Kompetenz- und Ingerenzgebrauch als Betreiben von ‚Politik‘

Nicht-judikative Praxis ließe sich in weiten Teilen auch als ‚politisch-institutionelle Praxis‘<sup>2786</sup> fassen. Dies gilt insbesondere dann, wenn man ‚politische‘ Tätigkeit, etwa mit Wechsler (s. o. § 3, C. II.), als – krude – Abgrenzung zu rechtsprechender Tätigkeit versteht.<sup>2787</sup> Allerdings droht bei dieser Bezeichnung verkannt zu werden, dass „entgrenzte“<sup>2788</sup> Gerichte, v. a. Höchstgerichte wie der *U.S. Supreme Court* und das Bundesverfassungsgericht, in einem weiten Sinn auch ‚Politik‘ betreiben.<sup>2789</sup> Das gilt umso mehr, als dass beim Föderalismusverfassungsrecht mit dem prägenden Element der Ideenpolitik eine spezifische Dimension von ‚Politik‘ intensiv wirksam ist (näher oben § 3, B. III.); zudem ist Föderalismusverfassungsrecht ‚vor Gericht‘ in komplexer Form sach- und realpolitisch instrumentalisierbar (hierzu oben § 7, B. IV. 2.). Und dennoch ist unverkennbar, dass die Gubernative und insbesondere die Legislative durch ein besonders starkes Element der (offenen, affirmativen, unverhohlen-,selbstbewussten‘) politischen Gestaltung geprägt sind<sup>2790</sup>; in den USA werden *President* und *U.S. Congress* (sowie die Gouverneure und Parlamente der Einzelstaaten) daher als ‚political branches‘ bezeichnet<sup>2791</sup>.

<sup>2786</sup> Freilich ließen sich mit ‚institutionell‘ nochmal andersartige Differenzierungen eröffnen, auf die es vorliegend aber nicht ankommt: vgl. J. H. H. Weiler, in: K. Nicolaïdis/R. Howse (Hrsg.), *The Federal Vision*, Oxford, U.K., u. a. 2001, S. 54 (58), zur Unterscheidung zwischen Institutionellem und Rechtlichem (am Beispiel der Europäischen Union: institutioneller Konföderalismus bei rechtlichem Föderalismus); vgl. auch a. a. O. (55 a. E.): „both constitutional and institutional power“. Demgegenüber wird die nicht-judikative Praxis vorliegend als verfassungsgebundene Praxis fokussiert, welche mit der Rechtsprechung als Wirkungsdimension des Verfassungsrechts konkurriert.

<sup>2787</sup> Vgl. H. Wechsler, *Colum. L. Rev.* 54 (1954), 543.

<sup>2788</sup> Titelgebend für M. Jestaedt/O. Lepsius/C. Möllers/C. Schönberger, *Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht*, Berlin 2011.

<sup>2789</sup> Vgl. zur „besondere[n] Politikaffinität der Verfassungsgerichtsbarkeit“ nur D. Grimm, *JuS* 1969, 501 (509); vgl. auch M. Klopfer, *Handbuch der Verfassungsorgane im Grundgesetz*, Berlin 2022, § 8, Rn. 65 ff.

<sup>2790</sup> Inwieweit auch die föderalismusverfassungsrechtlich gegliederte und gesteuerte Administrative („administrative safeguards of federalism“) auch als originär politischer Wirkungsmechanismus verstanden werden kann (als Unterfall weit verstandener „political safeguards of federalism“), wird unterschiedlich beantwortet: L. D. Kramer, *Colum. L. Rev.* 100 (2000), 215 (283), betrachtet die Aspekte integrativ: „a bureaucratic structure that plays a prominent supporting role in federalism. We have long recognized how the interdependence of the legislative and administrative processes gives administrators a voice and a role in law-making“; anderer Ansatz bei J. Bulman-Pozen/H. K. Gerken, *Yale L. J.* 118 (2009), 1256 (1285 ff., 1292 ff.).

<sup>2791</sup> Vgl. etwa E. Ryan, *Federalism and the Tug of War Within*, New York, N.Y., U.S.A., 2011, S. 271 ff. (im Gegensatz zu den Gerichten, vgl. a. a. O., S. 185 ff.).



Aus der Warte des Föderalismusverfassungsrechts ist legislative Rechtsgestaltung durch parlamentarische Gesetzgebung dennoch *zugleich* auch Verfassungsrechtsbefolgung und Verfassungsrechtsinterpretation.<sup>2792</sup> Diese Einordnung gilt jedenfalls für den Schritt der Auslegung der Gesetzgebungskompetenztitel wie „*Commerce [...] among the several States*“ (sog. Kompetenzqualifikation – s. u. III. 2. a) aa)); schwieriger ist sie mit Blick auf das, was man schlagwortartig-untechnisch als ‚kompetenzausübungsbezogenes Ermessen‘ fassen kann (s. u. III. 2. a) bb) zu den Implikationen für die gerichtliche Kontrolle). Damit soll *nicht* gesagt werden, Rechtsetzung sei „Verfassungsvollzug“ im Sinne der schlichten Ausführung eines abschließend determinierten Programms<sup>2793</sup> (nach dem – seinerseits kruden und limitierten – Modell der Programmierung von Verwaltungshandeln durch formelle Gesetze). Parlamentarische Gesetzgebung im Föderalismus ist doch aber immer auch (Nicht-)Befolgung und Interpretation des verbandskompetenzrechtlichen Rahmens<sup>2794</sup> der parlamentarischen Gesetzgebung: Wird das Bundesparlament gesetzgebend tätig, so testet es häufig – im Sinne der Unitarisierungstendenzen im nationalstaatlichen Föderalismus – die Grenzen der ihm (enumerativ-abschließend) zugeteilten Kompetenztitel aus. Die Parlamente der föderierten Einheiten loten den Raum aus, welcher ihrer legislativen Handlungsfreiheit ‚noch‘ bleibt (hierzu oben § 4, B. I. 2. d)).

Föderalismusverfassungsrechtsbefolgung durch die Gubernative bewegt sich insbesondere im Bereich der Verbandsingerenzen (s. o. § 4, A. II.); auch hier zeigen sich deutliche Überschneidungen zum Feld der ‚Politik‘, dies insbesondere deshalb, weil der Gebrauch von Verbandsingerenzen (wie zum Beispiel das Verhalten der Länder im Bundesrat) häufig im politischen Ermessen der ermächtigten Stelle liegt. In der politischen Praxis der *bottom-up*-Mitwirkungsingerenzen (s. o. § 4, B. II. 1.) liegt ein gewichtiger Teil der in den USA als „*political safeguards*“ diskutierten Wirkungsdimension.<sup>2795</sup>

Die hier hervorgehobene Rolle des Ausübungsermessens und das ‚politisch‘-gestaltende Moment des Kompetenz- und Ingerenzgebrauchs durch Legislativen und

<sup>2792</sup> Allgemein (ohne Bezug zum Föderalismusverfassungsrecht) zum Zusammenhang von politischer Gestaltung und Verfassungsinterpretation durch gesetzgebende Tätigkeit: P. Häberle, JZ 1975, 297 (299 f.); ferner P. Kirchhof, in: H. Bogs (Hrsg.), Urteilsverfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht, Baden-Baden 1999, S. 71 (74 f.).

<sup>2793</sup> Vgl. nur P. Badura, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. XII, 3. Aufl., Heidelberg 2014, § 265, Rn. 43: „Gesetzgebung kein Verfassungsvollzug“; vgl. auch E.-W. Böckenförde, in: Staat, Verfassung, Demokratie, Frankfurt a. M. 1991, S. 11 (17).

<sup>2794</sup> Insoweit ist bemerkenswert, dass E.-W. Böckenförde, in: Staat, Verfassung, Demokratie, Frankfurt a. M. 1991, S. 11 (17), das „eigentlich[e] Organisations- und [das] bundesstaatlich[e] Kompetenzrech[t]“ vom sonstigen Verfassungsrecht unterscheidet und gerade aus dem Bereich des nicht ‚vollziehbaren‘ Verfassungsrechts (hierzu eben in Fn. 2793) ausklammert.

<sup>2795</sup> Vgl. referierend J. Bulman-Pozen/H. K. Gerken, Yale L. J. 118 (2009), 1256 (1292): „*the ‚political safeguards‘ theory, which posits that states can adequately protect their interests by lobbying Congress*“.

Gubernativen ist in demokratischen Föderationen wie den USA und der Bundesrepublik Deutschland demokratisch gerahmt; die Verwirklichung des föderalen Prinzips ist dann immer auch eine Demokratiefrage<sup>2796</sup>. Die „Erstinterpret[in]en“ in Parlamenten und Regierungen sind der Wahlbevölkerung der föderalen Träger gegenüber demokratisch (unmittelbar oder mittelbar) verantwortlich. Hieraus ergibt sich ein enges konzeptuelles Aufeinander-Bezogensein zwischen *departmentalist federalism* und *popular federalism*. Dies belastet die *gerichtliche* Überprüfbarkeit des Handelns der Akteure der nicht-judikativen Praxis insbesondere mit Blick auf das Problem der „*counter-majoritarian difficulty*“ mit Rechtfertigungszwängen (s. hierzu unten C. I. 2. c) aa)).

*b) Am Rand:*

*Befolgen (und Entwickeln) von Verbandsgrundrechtspositionen*

Stehen also Kompetenzen und Ingerenzen im Zentrum von *departmentalist federalism*, so findet das föderalismusverfassungsrechtliche Strukturelement Verbandsgrundrechtspositionen seine Verwirklichung vor allem in der Wirkungsdimension Rechtsprechung im Modus des Sanktionierens von Verfassungsverstößen (zur Verfassungstextferne und Rechtsprechungsnähe der Verbandsgrundrechtspositionen bereits oben § 4, B. III. 2. u. 4. sowie sogleich III. 2. b)). Verbandsgrundrechtspositionen sind also kein typischer Schwerpunkt von *departmentalist federalism*.

aa) Befolgen verfestigter ‚richterrechtlicher‘ Verbandsgrundrechtspositionen

Diese grundsätzliche Beobachtung der Praxisfremdheit von Verbandsgrundrechtspositionen gilt freilich nicht absolut: So mögen bestimmte Ausformungen von Verbandsgrundrechtspositionen von der Rechtsprechung – als ‚Richterrecht‘ (s. o. § 7, A. I. 4. b)) – so intensiv verfestigt werden, dass sie auf die nicht-judikative Praxis (‚vor‘-)wirken können; es geht dann um den Modus ‚*Befolgen*‘: Akteure der nicht-judikativen Praxis befolgen ‚richterrechtliche‘ Verbandsgrundrechtspositionen als Zuständigkeitsausübungsgrenzen ‚von sich aus‘, ohne dass sie im konkreten Fall

---

<sup>2796</sup> Dies hat neben einer funktional-operativen Komponente auch eine institutionelle Komponente: Bei der institutionellen Ausgestaltung der (Bundes-)Legislativorgane in Föderationen verbinden sich demokratietheoretische und föderalismustheoretische Aspekte. So ist insbesondere die konkrete Ausgestaltung der ‚zweiten Kammer‘ als Förderativorgan (dazu oben § 4, B. II. 1. a)) zugleich auch eine Demokratiefrage: Dies wurde 1948/49 bei den Diskussionen um die Ausgestaltung des Bundesrats offenbar: vgl. etwa K. Nicolauß, Der Weg zum Grundgesetz. Demokratiegründung in Westdeutschland 1945–1949, Paderborn u. a. 1998, S. 212 f., referierend zu der Diskussion, ob die zweite Kammer unter dem Grundgesetz darauf beschränkt werden sollte, die Interessen der Länder durchzusetzen, oder aber darüber hinaus in den Dienst der „konstitutionell-demokratischen“ Tendenz zu stellen sei; vgl. auch ders., a. a. O., S. 232 f., zu der Frage des Umfangs der Zustimmungsbefähigung der Bundesgesetzgebung über das unmittelbare Länderinteresse hinaus.

gerichtlich durchgesetzt würden. Beispielsweise sollte die *anti-commandeering*-Regel im Legislativbereich (dazu oben § 6, A. I. 2. a)) unterdessen so verfestigt sein, dass der US-Bundesgesetzgeber sie ‚von sich aus‘ beachtet und die Einzelstaaten nicht zu Gesetzgebungstätigkeit verpflichtet.

#### bb) Berücksichtigung von Verbandsgrundrechtspositionen bei der Ermessensausübung

Eigenständige (gerichtsunabhängige) Bedeutung kann die Befolgung von Verbandsgrundrechtspositionen durch die nicht-judikative Praxis zudem bei der Ermessensausübung gewinnen. Die nicht-judikative Praxis kann sich beim ‚politisch‘-gestaltend geprägten Kompetenz- und Ingerenzgebrauch (s.o. a)) an Verbandsgrundrechtspositionen orientieren: Dies verdeutlicht ein Blick zurück auf einige oben angesprochene Fallkonstellationen; so bezog sich ein Teil der Fälle zu sachpolitischen Bundeskompetenzgrenzen im Bereich der ‚*police powers*‘ der US-Einzelstaaten auf die Ermessensausübung durch die zuständigen Bundesstellen: Beispielsweise<sup>2797</sup> wird im Feld *capital punishment federalism* unter dem Schlagwort ‚*prosecutorial discretion*‘ argumentiert, die für die Verfolgung von Verstößen gegen Bundesstrafrecht zuständigen Bundesstellen sollten den *federal death penalty* nicht in Einzelstaaten durchsetzen, in denen es keinen *state death penalty* gibt (s.o. § 5, A. I. 2. b) bb)). Da hier (‚sogar‘ direkt-)demokratische Entscheidungen auf Einzelstaatenebene gegen die Todesstrafe eine Rolle spielen, zeigt sich an dieser Stelle ein Schnittpunkt von *departmentalist federalism* und *popular federalism* (zu diesem Theorem sogleich II. 2.).

Unter dem Grundgesetz lässt sich beispielhaft<sup>2798</sup> auf die Ausführungen zur Konstellation nach § 23 Abs. 1 S. 1, S. 3 AufenthG verweisen, wonach die humanitäre Aufnahme von Ausländerinnen und Ausländern durch einzelne Länder vom „Einvernehmen“ des Bundesinnenministers abhängt (s.o. § 6, A. II. 3. c)). Oben wurde darauf verwiesen, dass im Schrifttum unter Rekurs auf Verbandsgrundrechtspositionen der aufnahmewilligen Länder („Eigenstaatlichkeit“ und „politische Entscheidungsfreiheit“<sup>2799</sup>) das Ermessen des Bundesinnenministers als sehr begrenzt qualifiziert wird. Angesichts der intensiven sachpolitischen Qualität der

<sup>2797</sup> Andere Beispiele aus den USA wären die Rücksichtnahme auf *state police powers* bei Vollzug des *Controlled Substances Act*, etwa mit Blick auf die Legalisierung von *physician assisted death* (s.o. § 5, A. I. 2. b) bb)) oder mit Blick auf *medical marijuana* (s.o. § 5, C. II. 3.) – vgl. *D. L. Franklin*, Chi.-Kent L. Rev. 81 (2006), 1069 (1085): „*a robust commitment to federalism on the part of the Executive Branch would have resulted in a decision to allow the national debate over assisted suicide to continue by declining to enforce the CSA against doctors in Oregon.*“

<sup>2798</sup> Ein anderes (potenzielles) Anwendungsfeld für die Rücksichtnahme auf Verbandsgrundrechtspositionen der Länder bei der Ermessensausübung durch Bundesstellen unter dem Grundgesetz wäre die Ausübung des Ermessens von Bundesbehörden bei der Erteilung von Weisungen im Rahmen der Bundesauftragsverwaltung gem. Art. 85 GG (s.o. § 6, A. II. 3. b)).

<sup>2799</sup> *W. Hertel/U. Karpenstein*, ZAR 2015, 373 (375).

Entscheidung ließe sich daran denken, dass sich der Bundesinnenminister bei der Frage des „Einvernehmens“ hier – auch unabhängig von einer etwaigen gerichtlichen Sanktionierung – an den angesprochenen Verbandsgrundrechtspositionen der aufnahmewilligen Länder orientiert.

#### cc) Entwicklung von Verbandsgrundrechtspositionen

Schließlich kann die föderalismusverfassungsrechtliche Wirkungsdimension ‚nicht-judikative Praxis‘ sogar als ‚Brutstätte‘ von und ‚Ideengeber‘ für Verbandsgrundrechtspositionen fungieren; Verbandsgrundrechtspositionen können sich aus der Praxis heraus *entwickeln*.

Das zeigt in paradigmatischer Weise Rudolf Smends Aufsatz zur Herausbildung des Gedankens der „Bundestreue“: Wie im zweiten Kapitel bereits referiert wurde, beschreibt Smend darin, dass im deutschen Kaiserreich im Bereich der auswärtigen Politik eine informale föderalismusverfassungsrechtliche Ingerenz durch Akteure der nicht-judikativen Praxis (nicht etwa durch Gerichte) herausgebildet wurde: Das Reich stimmte sich mit *allen* Bundesstaaten ab, nicht nur mit den wenigen Bundesstaaten, welche von Art. 8 Abs. 3 der Reichsverfassung von 1871 als ständige Mitglieder des Ausschusses des Bundesrats für Auswärtige Angelegenheiten vorgesehen waren (s. o. § 2, C. III. 3. a) aa)). Der dieser informalen Ingerenz zu Grunde liegende Grundsatz der ‚Bundestreue‘, in hiesiger Terminologie ein Topos der Verbandsgrundrechtspositionen, sei „in eigentümlich mißverständlicher Form geschrieben“ (s. o. a. a. O.).<sup>2800</sup> Noch vor der Anerkennung des Gedankens der Bundestreue durch die Rechtsprechung, war dieser aus der politischen Praxis abgeleitet worden.

Das Beispiel legt nahe, dass Verbandsgrundrechtspositionen rund um ‚Würde‘- und ‚Treue‘-Positionen eine besondere Affinität zu politischen Praktiken von ‚Exekutiv-Eliten‘ und zu einem *privilegien-* und *tugendbasierten* ‚Freiheits‘-Begriff<sup>2801</sup> (hierzu am Rande oben § 2, C. III. 3. a) aa)) aufweisen. Dieser Zusammenhang von ‚Elite‘, ‚Privileg‘ und ‚Tugend‘ mit ‚föderaler Würde‘ und ‚föderaler Treue‘ wird später bei der Rhetorik-Analyse zur Vorstellung des ‚Etikette-Föderalismus‘ aufgegriffen (s. u. § 11, B. I. 2. a)).

#### c) Sanktionierung von Föderalismusverfassungsrechtsverstößen: (soft) nullification

Steht also das alltägliche Befolgen und Ausgestalten von Kompetenz- und Ingerenznormen (und ausnahmsweise auch einmal von Verbandsgrundrechtspositio-

<sup>2800</sup> R. Smend, in: Festgabe für Otto Mayer, Tübingen 1916, S. 247 (248).

<sup>2801</sup> Knapp zu dieser ideenpolitischen Tradition (die im antiken Rom kultiviert wurde) H. Münkler/G. Straßenberger, Politische Theorie und Ideengeschichte. Eine Einführung, München 2016, S. 236.

nen) im Vordergrund von *departmentalist federalism*, so wäre eine strenge Version von *departmentalist federalism* doch nicht darauf beschränkt:

aa) „*Intergovernmental retaliation*“

Das bereits erwähnte Beispiel der streng departmentalistischen Argumentation Calhouns in der *Nullification Crisis* (s. o. § 1, C. II. 1. a)) zeigt: Theoretisch denkbar ist auch ein Ansatz, welcher den Akteuren der nicht-judikativen Praxis das Recht zuspricht, (angebliche) Föderalismusverfassungsrechtsverstöße eines anderen föderalen Trägers eigenständig (also ohne Anrufung von Gerichten) zu sanktionieren, also beispielsweise wie im Fall der historischen *Nullification Crisis* ein (angeblich) kompetenzwidriges Bundesabgabengesetz im Staat South Carolina für nichtig zu erklären und dessen Vollzug zu verhindern.

Die eigenmächtige Sanktionierung von Föderalismusverfassungsrechtsverstößen durch Stellen der nicht-judikativen Praxis hat Jenna Bednar als „zwischenstaatliche Vergeltung“ („*intergovernmental retaliation*“) beschrieben<sup>2802</sup>: Darunter versteht sie „die Fähigkeit“ der politischen Führung eines föderalen Trägers, auf vermutete Föderalismusverfassungsrechtsverstöße anderer föderaler Träger ihrerseits „mit vergeltender *Non-Compliance* zurückzuschlagen“; dies könne bis hin zu Sezessionsbestrebungen oder zum Bürgerkrieg eskalieren.<sup>2803</sup> Nach Bednar könnte der Mechanismus „*intergovernmental retaliation*“ theoretisch-modellhaft eine disziplinierende Abschreckungswirkung entfalten, welche alle föderalen Träger zu *Compliance* anhalte, um die Eskalation durch gegenseitige Vergeltungsmaßnahmen zu verhindern; dies funktioniere aber nicht unter den Unschärfen der Praxis, in welcher im Einzelfall häufig unklar sei, ob bereits ein Föderalismusverfassungsrechtsverstoß vorliegt oder nicht.<sup>2804</sup> Deshalb seien ergänzende Mechanismen zur Durchsetzung des Föderalismusverfassungsrechts in den Dimensionen der Rechtsprechung und der (para-)demokratischen Öffentlichkeit notwendig.<sup>2805</sup>

<sup>2802</sup> J. Bednar, *The Robust Federation*, Cambridge, Mass., U.S.A., 2009, S. 204, betrachtet dabei auch die *nullification* durch South Carolina 1832 als ein historisches Beispiel für „*intergovernmental retaliation*“.

<sup>2803</sup> J. Bednar, *The Robust Federation*, Cambridge, Mass., U.S.A., 2009, S. 77 f.: „*When a government suspects that another has transgressed, it has the ability to strike back with retaliatory noncompliance and even threaten to secede. Opportunism can escalate; disputes may even turn into violent, aggressive acts of civil war*“; näher zu den Anreizwirkungen der Sezessionsoption *dies.*, a. a. O., S. 84 f.; vgl. zur Drohung mit Sezession auch C. W. Schmidt, *Denver U. L. Rev.* 88 (2011), 523 (540).

<sup>2804</sup> Vgl. J. Bednar, *The Robust Federation*, Cambridge, Mass., U.S.A., 2009, S. 80 f.

<sup>2805</sup> Vgl. J. Bednar, *The Robust Federation*, Cambridge, Mass., U.S.A., 2009, S. 85 ff.

bb) *Nullification*

Ein strenger *departmentalist federalism*, in welchem Akteure der nicht-judikativen Praxis das letzte Wort zu föderalismusverfassungsrechtlichen Streitfragen – ggf. sogar gegenüber Gerichten – hätten, ist weder in den USA<sup>2806</sup> noch in Deutschland<sup>2807</sup> als geltendes Verfassungsrecht anerkannt. In den USA erlassen manche Einzelstaatengesetzgeber allerdings dennoch immer wieder einmal Einzelstaatengesetze, welche darauf gerichtet sind, bestimmte (angeblich föderalismusverfassungswidrige) Bundesgesetze für nichtig zu erklären (*nullification*) oder deren Anwendbarkeit im betreffenden Staat zu versagen.<sup>2808</sup> Beispielsweise wurde im Jahr 2010 als Reaktion auf die bundesgesetzliche Gesundheitsreform *Obamacare* in Virginia ein Gesetz erlassen, welches einem Kernbestandteil des entsprechenden Bundesgesetzes, der individuellen Versicherungspflicht (*individual mandate*), ausdrücklich widersprach.<sup>2809</sup>

Solche Einzelstaatengesetze werden nach der *preemption*-Dogmatik (s.o. § 4, B. I. 2. c) cc)) angesichts des offenkundigen Normwiderspruchs durch das entgegenstehende *Obamacare*-Bundesgesetz verdrängt, haben also keine Rechtswirkungen.<sup>2810</sup> Dennoch können von ihnen ‚symbolische‘ und faktisch-diskursive Wirkungen ausgehen – bis hin zur (informal-faktischen) Beeinflussung von Gerichten<sup>2811</sup>: *Nullification*-Gesetze können darauf zielen, gerichtliche Verfassungsstreitigkeiten über die betreffenden Bundesgesetze wahrscheinlicher zu machen (also ‚doch‘ die gerichtliche Sanktionierung zu mobilisieren) oder gar auf den Inhalt der

<sup>2806</sup> S. nur die Leitentscheidung des U.S. Supreme Court zur *judicial supremacy* in *Cooper v. Aaron*, 358 U.S. 1 (1958) – hierzu bereits knapp oben bei Fn. 1843 (in § 6, A. II. 1. a) aa)).

<sup>2807</sup> S. nur die gesetzgeberische Entscheidung in § 31 BVerfGG, wonach „[d]ie Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts [...] die Verfassungsorgane des Bundes und der Länder sowie alle Gerichte und Behörden [binden]“.

<sup>2808</sup> C. W. Schmidt, Denver U. L. Rev. 88 (2011), 523 (540 f.), insbesondere zu *nullification*-Bestrebungen gegen die bundesgesetzlich eingeführte Gesundheitsreform *Obamacare*, v. a. im Umfeld der sog. *Tea Party*-Bewegung.

<sup>2809</sup> Vgl. den *Act of March 10, 2010*, ch. 106, 2010 Va. Acts 106, zur Einführung v. § 38.2–3430.1.1 Va. Code: „*No resident of this Commonwealth [...] shall be required to obtain or maintain a policy of individual insurance coverage [...]*“; vgl. hierzu und zu vergleichbaren Einzelstaatengesetzen: C. W. Schmidt, Denver U. L. Rev. 88 (2011), 523 (541); vgl. auch J. J. Dinan, Penn State L. Rev. 115 (2012), 1007 (1027 f.), mit Hinweis darauf, dass hierfür teilweise sogar die Form der Einzelstaaten-Verfassungsänderung (*„health freedom amendments“* in Arizona und Oklahoma) gewählt wurde.

<sup>2810</sup> Vgl. nur J. J. Dinan, Penn State L. Rev. 115 (2012), 1007 (1029): „*these state acts [...] are preempted by the [Bundesgesetz] PPACA and therefore have no independent meaningful effect*“.

<sup>2811</sup> Man mag hier eine lose Analogie zur faktisch-diskursiven Wirkung von Sondervoten (dazu näher oben § 7, A. III. 3. b)) ziehen und bei *nullification*-Gesetzen von ‚legislativen Sondervoten‘ sprechen – diese Beobachtung verdankt der Verf. einer Anregung von Karsten Hinrich Asbahr.

Entscheidung mittelbar Einfluss zu nehmen<sup>2812</sup> – Letzteres etwa gerade dadurch, dass sie das in Rede stehende Bundesgesetz über einen ‚einfachen‘ Kompetenz- oder Ingerenzverstoß hinaus als einen Verstoß gegen eine Verbandsgrundrechtsposition (etwa ‚*state sovereignty*‘ oder das *Tenth Amendment*) und in diesem Sinne qualifiziert föderalismusverfassungswidrig stilisieren.<sup>2813</sup>

cc) ‚*Soft nullification*‘ – Gegenprogramme zur Bundeslinie

Von solchen ‚harten‘ *nullification*-Gesetzen mit allenfalls symbolisch-informalen oder prozessualen Effekten sind Fälle der ‚*soft nullification*‘ mit Rechtswirkungen zu unterscheiden: Als „*modern-day nullification*“ beschreibt Ernest A. Young etwa Einzelstaaten-Initiativen zur Legalisierung von Marihuana bei medizinischer Indikation trotz bundesgesetzlicher Pönalisierung (ausführlich oben § 5, C. II. 3.).<sup>2814</sup> Der Unterschied zur ‚harten‘ *nullification* liegt darin, dass hier Unklarheiten bezüglich der Reichweite der *preemption* durch das Bundesgesetz *Controlled Substances Act* ausgenutzt werden, um auf Einzelstaatenebene in Verwirklichung des *status activus* der Einzelstaaten ein paralleles Gegenprogramm zur Bundeslinie zu verfolgen, welches das bundesgesetzliche Verbot aber nicht formell in Frage stellt. Oben wurde darauf hingewiesen, dass dies letztlich deshalb möglich ist, weil der Bundesebene die Ressourcen fehlen, das strikte Marihuana-Verbot notfalls auch gegen den Willen der Einzelstaaten zu vollziehen (näher oben § 2, A. IV. 1. u. § 5, C. II. 3.).<sup>2815</sup>

In Deutschland sind Tendenzen der eigenmächtigen Invalidierung von Bundesrecht durch die Länder angesichts des Grundsatzes der Gesetzgebungskompetenzalternativität (s.o. § 4, B. I. 2. b) aa)) und der offenkundig ‚technisch‘-, ‚formaleren‘ Verfassungskultur von vorneherein unwahrscheinlicher als in den USA. Sehr vereinzelt begegnen Vorstellungen (oder zumindest Gedankenspiele) von einer „Kompetenzdurchbrechung“ im „Grenzfall des groben Verfassungsverstößes“ (so wie oben gezeigt bei Udo Di Fabio<sup>2816</sup> – s.o. § 5, C. III. 3.). Von der Stoßrichtung her geht dann auch das – unterdessen teilweise als (landes-)verfassungswidrig invalidierte<sup>2817</sup> – Vorhaben der (Wieder-)Einrichtung der ‚Bayerischen Grenzpolizei‘ im Jahr 2018 in die Richtung von ‚(soft) *nullification*‘ (dies freilich allenfalls in einem

<sup>2812</sup> Vgl. *J. J. Dinan*, Penn State L. Rev. 115 (2012), 1007 (1028 ff.), am Beispiel der Einzelstaatengesetze gegen Teile von *Obamacare*.

<sup>2813</sup> In diese Richtung *J. J. Dinan*, Penn State L. Rev. 115 (2012), 1007 (1030, dort in Fn. 132).

<sup>2814</sup> *E. A. Young*, Case W. Res. L. Rev. 65 (2015), 769 ff.

<sup>2815</sup> Vgl. *J. H. Adler*, Case W. Res. L. Rev. 65 (2015), 505 (506 f.), m. w. N.

<sup>2816</sup> *U. Di Fabio*, Migrationskrise als föderales Verfassungsproblem, unveröff. Gutachten, 2016, S. 48.

<sup>2817</sup> Vgl. BayVerfGH, Entsch. v. 28. August 2020, zur Verfassungsmäßigkeit der Wiedererrichtung der Bayerischen Grenzpolizei (gem. Art. 5 BayPOG) und zur Verfassungswidrigkeit der Zuweisung von grenzpolizeilichen Befugnissen an dieselbe (Art. 29 BayPAG).



unscharfen, eher ‚symbolpolitischen‘ Sinn – s. o. § 5, C. III. 3.): Das Vorhaben der (Wieder-)Einrichtung der ‚Bayerischen Grenzpolizei‘ lässt sich *politisch* als Gegenprogramm zur zum Teil als zu zurückhaltend empfundenen Vollzugstätigkeit des Bundes im Bereich des ‚Grenzschatzes‘ deuten.

Manche Kommentatorinnen und Kommentatoren der föderalen Praxis unter dem Grundgesetz rücken auch das Vorhaben des Landesgesetzgebers von Berlin aus dem Jahr 2020, das bundesgesetzliche Mietpreisrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs durch (mehr oder weniger deutlich) ‚öffentlich-rechtlich‘ ausgestaltete, landesgesetzliche Regelungen zum verstärkten Schutz von Mieterinnen und Mietern zu ergänzen (oder zu konterkarieren[?] – s. o. § 5, A. IV. 3. b)) in die Nähe einer ‚*soft nullification*‘-Maßnahme gegenüber dem BGB-Bundesrecht und in die Nähe eines mehr oder weniger klar kalkulierten „Verfassungsbruchs“. <sup>2818</sup> Allerdings ist insoweit zu bedenken zu geben, dass die einschlägige Verbandskompetenzlage im „Rechtsregime“-Konflikt (s. o. § 5, A. IV.) zwischen „bürgerlichem Recht“ (Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG) und öffentlichem Recht zum ‚Wohnraumnutzungs-Management‘ (Art. 70 Abs. 1 GG) jedenfalls vor (aber wohl auch nach) der Entscheidung des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts im Jahr 2021 keinesfalls eindeutig war (s. o. § 5, A. IV. 3. b). Daher lässt sich das Berliner Gesetzgebungsvorhaben treffender als ein ‚legitimer‘ Versuch, die Grenzen der eigenen Gesetzgebungskompetenzen auszutesten, qualifizieren. Anspruchsvoller, gestaltungsvielfältiger *Legislativföderalismus* ist auf ein solches Austesten sicherlich durchaus angewiesen; das ‚Befolgen‘, das Gebrauchen, das (Aus-)Nutzen von Gesetzgebungskompetenzen ist nach dem oben Gesagten zunächst einmal die Aufgabe und ‚Verantwortung‘ der Legislativen selbst (s. o. a)). <sup>2819</sup>

#### dd) Ausblick: Interdependenzen mit der Rechtsprechung

Festzuhalten ist, dass in den USA und in Deutschland das Sanktionieren von (angeblichen) Föderalismusverfassungsrechtsverstößen *nicht* im Sinn eines strengen *departmentalist federalism* (allein) in die Hände der nicht-judikativen Praxis ge-

<sup>2818</sup> Vgl. atmosphärisch-tendenziell *M. Kloepfer*, NVwZ 2021, 1513 (1514), welcher mit Blick auf das Berliner Mietendeckelgesetz von 2020 von einem „Gesetzesvorhaben trotz bestehender Verfassungszweifel“ spricht und in der Folge (a. a. O. [1514 ff.]) – und zwar gerade aus Anlass des Berliner Mietendeckelgesetzes und seiner Invalidation durch den Zweiten Senat des Bundesverfassungsgerichts 2021 – die Frage diskutiert, ob ein „Rücktritt wegen verfassungswidrigen Handelns“ nicht zumindest politisch zweckmäßig(?) sein könnte.

<sup>2819</sup> Hier wird man auf die Frage von *M. Kloepfer*, NVwZ 2021, 1513 (1516): „Wird das verfassungsrechtlich riskante Vorgehen langfristig zu einer politischen Tugend?“ wohl antworten können, dass – im Bereich des Gebrauchs von Gesetzgebungskompetenzen – bei Zugrundelegung eines anspruchsvollen Modells von Legislativföderalismus gewisse Konflikte der 17 jeweils demokratisch legitimierten Gesetzgeber des Grundgesetzes durchaus gewollt sein können. Ob außerhalb des Föderalismusverfassungsrechts, insbesondere im Bereich der Individualgrundrechte, eine andere, strengere Bewertung von „verfassungsrechtlich riskante[m] Vorgehen“ angezeigt sein mag (wofür *prima facie* einiges spricht), ist hier nicht zu untersuchen.

stellt<sup>2820</sup>, sondern – als *judicial (review) federalism* – insbesondere den Gerichten anvertraut ist (s. sogleich III. 2.).

Wie zu zeigen sein wird, ist allerdings in den USA und in Deutschland *judicial (review) federalism* seinerseits auch nicht ‚streng‘: *Judicial (review) federalism* ist nicht losgelöst von Aspekten eines – *gemäßigten* – *departmentalist federalism* zu verstehen: Etwa haben die Gerichte die praktisch wichtige Funktion der nicht-judikativen Praxis als „Erstinterpretin“ des Föderalismusverfassungsrechts (s. o. a) aa)) angemessen zu ‚respektieren‘ (s. u. C. I. 2. b)). Außerdem sind Stellen der nicht-judikativen Praxis häufig wichtige Akteure bei der (Nicht-)Mobilisierung von Föderalismusverfassungsrechtsprechung (s. u. C. I. 1. b)). Schließlich hat die nicht-judikative Praxis durch ihre zentrale Funktion in den Verfahren der förmlichen Verfassungsänderung (s. o. § 6, A. VII.) wichtige Einflussnahmemöglichkeiten auf das ‚letzte Wort‘ im Föderalismusverfassungsrecht (s. u. C. I. 3. b)).

#### d) Finanzen und Personal als besondere Wirkfaktoren in der nicht-judikativen Praxis

Wichtige Parameter im *departmentalist federalism* sind die Wirkfaktoren Finanzen und Personal<sup>2821</sup>; daneben sind auch politische Parteien zu nennen, welche vorliegend aber als Faktor des *popular federalism* behandelt werden (s. u. II. 2. b)).

Föderale Machtverteilung besteht zu einem gewichtigen Teil in der Verteilung von Finanzkraft zwischen den föderalen Verbänden; die Wichtigkeit der Finanzen zeigt sich in der Herausbildung der Finanzverfassung als v. a. föderalismusverfassungsrechtlich geprägter „verfassungsrechtlicher Teilordnung“ (Michael Klopfer).<sup>2822</sup> Eine ausreichende Finanzausstattung ist Voraussetzung für das Tätigwerden der föderalen Träger als eigenständige politische Machtzentren. *Fiscal federalism* wird durch praktisch bedeutsame Verbandskompetenzen (zur Abgabengesetzgebung und -verwaltung) sowie durch wirkmächtige Verbandsingerenzen (zur Abgabenaufkommensverteilung, ggf. zum interföderalen Finanzausgleich oder zu Finanzhilfen) bestimmt. Daher nimmt es nicht Wunder, dass oben mehrere Fallgruppen identifiziert wurden, bei welchen die Verbandsgrundrechtspositionen föderierter Einheiten das Kompetenz- und v. a. das Ingerenzgefüge des Finanzverfassungsrechts beeinflussen: zum einen – im *status negativus* – die Rahmung von Bundesfinanzhilfen („goldene Zügel“; s. o. § 6, A. IV.), zum anderen – im *status positivus* und *aequalis* – Fragen des Finanzausgleichs, etwa Ansprüche auf „bundessolidarische“ *balouts* (s. o. § 6, B. I. u. § 6, D. III. 3.).

<sup>2820</sup> S. nur die Nachw. oben in Fn. 2806 f.

<sup>2821</sup> Für eine (der insgesamt eher seltenen) rechtswissenschaftliche Hervorhebung der „Steuerungsressourcen Personal und Finanzen“ vgl. die Beiträge in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. III. Personal, Finanzen, Kontrolle, Sanktionen, Staatliche Einstandspflichten, 2. Aufl., München 2013, §§ 43 f.

<sup>2822</sup> M. Klopfer, Verfassungsrecht, Bd. I, München 2011, §§ 24, 26.

In seinem bereits angesprochenen Plädoyer für ein größeres Bewusstsein für die Offenheit der „Gesellschaft der Verfassungsinterpreten“ (s. o. A. II. 4.) weist Peter Häberle auch auf den Aspekt einer „Personalisierung“ der Verfassungsinterpretation<sup>2823</sup> hin: „Auch in und hinter den Staatsfunktionen (Gesetzgebung, Regierung sowie Verwaltung und Rechtsprechung) sind die konkreten Personen, die Abgeordneten, Verwaltungsbeamten, Richter zu sehen“.<sup>2824</sup> Diese „Personalisierung“ der Verfassungsinterpretation“ kann eine besondere *föderale* Dimension aufweisen, so wohl insbesondere beim Beamtentum mit dem – v. a. im deutschen<sup>2825</sup> Beamtenrecht – besonders affirmierten „Treueverhältnis“ zwischen Beamten und Dienstherrn.<sup>2826</sup> Beamte stellen wesentliche Elemente der jeweiligen ‚Staatsmaschinerie‘ von Bundesebene bzw. föderierten Einheiten dar; die Ausgestaltung von Beamtenverhältnissen ist ein erheblicher Machtfaktor<sup>2827</sup>. Der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts hat ausgeführt: „Die Beamtenschaft ist ein bedeutsames Element der eigenstaatlichen Organisation der Länder.“<sup>2828</sup> Daher verwundert es nicht, dass das öffentliche Dienstrecht verbandskompetenziell in den USA und in Deutschland besonders umkämpft ist, wie bereits das einschlägige Fallrecht der Höchstgerichte der beiden Föderationen zeigt; einige föderalismusverfassungsrechtliche Leitentscheidungen haben wesentliche Bezüge zum öffentlichen Dientsrecht: In den USA betrifft das häufig die Frage, ob *bundesgesetzliche* Arbeitsgesetze auf *Staatenbedienstete* anwendbar und von diesen einklagbar sind (vgl. hierzu die Ausführungen zur *U.S. Supreme Court*-Entscheidung *Alden v. Maine*

<sup>2823</sup> P. Häberle, JZ 1975, 297 (299).

<sup>2824</sup> P. Häberle, JZ 1975, 297 (299).

<sup>2825</sup> Das öffentliche Dienstrecht stellt eine besondere Herausforderung für das rechtsvergleichende Arbeiten dar, welche vorliegend nicht angegangen wird.

<sup>2826</sup> Zum beamtenrechtlichen „Treueverhältnis“ im deutschen Recht s. Art. 33 Abs. 4 GG, § 4 BBG, § 3 Abs. 1 BeamStG; dienstherrenfähig (und damit „treue“-‚begünstigt‘) sind in der Bundesrepublik Deutschland eben – v. a., obschon nicht ausschließlich – der Bund und die Länder (§ 2 BBG, § 2 BeamStG). Beachte freilich, dass im Schrifttum bemerkt wird: „Im Bundesstaat Bundesrepublik Deutschland darf ein Anhänger des Einheitsstaates Landesbeamter werden“, C. Möllers, in: J. Aulehner u. a. (Hrsg.), *Föderalismus – Auflösung oder Zukunft der Staatlichkeit?*, Stuttgart u. a. 1997, S. 81 (99) – s. bereits oben § 3, B. III. 2. b) bb). Zur „Treue“ im Beamtenrecht rhetorikanalytisch dann auch unten § 11, B. II. 2. b).

<sup>2827</sup> Daher ist die Frage, wer in einem politischen Gemeinwesen den Zugriff auf das Beamtenrecht hat, stets eine bedeutsame Machtfrage: Dies ist nicht nur relevant für das Verhältnis von föderalen Trägern untereinander, sondern auch für das gewaltenteiligerische Verhältnis zwischen Exekutive und Legislative; zur deutlichen Illustration mag man auf den ‚Kampf‘ um den Zugriff auf das Berufsbeamtentum Ende der Weimarer Republik schauen, etwa auf Carl Schmitts Versuch, das „Berufsbeamtentum neben dem Militär als den antiparlamentarischen Verfassungsfaktor schlechthin, als Machtbasis und Hausgut eines autoritär regierenden Reichspräsidenten“ zu entwerfen: dazu knapp referierend F. Meinel, *Zeitschrift für Ideengeschichte* 11 (2017), 113 (115).

<sup>2828</sup> BVerfGE 4, 115 (136).

[1999] oben § 5, A. III. 2. b) sowie § 5, A. II. 2.).<sup>2829</sup> Im grundgesetzlichen Föderalismus trat das Landesbeamtenrecht u. a. in der Entscheidung zur Besoldungsvereinheitlichung als föderal sensibler, obschon durch Bundesverfassungsänderungen relativierbarer Bereich der Schutzwürdigkeit der Länder hervor (näher oben § 5, A. II. 3. u. § 6, A. VII. 3. b)). Mittelbar wurde der Wirkfaktor Personal außerdem bei der Erörterung des *status activus* der Verbandsgrundrechtspositionen relevant: Die Macht der US-Einzelstaaten als „Diener“ im (*un-*)*cooperative federalism* und die Stellung der Länder im deutschen Verschränkungs föderalismus wird vom Topos der Verwaltungsexpertokratie flankiert (s. o. § 6, C.); Verwaltungsexpertokratie ist nun aber inhärent vom Faktor Personal abhängig.

## II. (Para-)demokratische Öffentlichkeit: *popular federalism*<sup>4</sup>

Akteure der (para-)demokratischen Öffentlichkeit, also demokratisch verfasste Kollektive, (andere Gruppen von) Bürgerinnen und Bürger(n), politische Parteien, Initiativen, Verbände, etc. sind grundsätzlich<sup>2830</sup> zwar nicht ausdrückliche Normadressaten von Verbandskompetenzen, Verbandsingerezenzen und Verbandsgrundrechtspositionen. In den demo(i)kratischen<sup>2831</sup> Föderationen USA und Bundesrepublik Deutschland haben diese Akteure jedoch dennoch Einfluss auf die Verwirklichung des Föderalismusverfassungsrechts.<sup>2832</sup> Wie oben skizziert wurde, bedeutet Ver-, Wirklichung<sup>4</sup> von Verfassungsrecht eben mehr als die bloße Befolgung von Verfassungsrecht (s. o. A. II.). In den Modi der Ver-, Wirklichung<sup>4</sup> von Verfassungsrecht, welche über Befolgung hinausgehen und neben dieser ablaufen, gewinnt die Wirkungsdimension der (para-)demokratischen Öffentlichkeit besondere Bedeutung. Um dies näher zu erörtern, ist das allgemeine verfassungsrechtliche Phänomen „*popular constitutionalism*“ kurz zu skizzieren (s. u. 1.) und anschließend als *popular federalism*<sup>4</sup> für den vorliegend interessierenden Bereich zu untersuchen (s. u. 2.):

<sup>2829</sup> Vgl. *National League of Cities v. Usery*, 426 U.S. 833 (1976); *Garcia v. San Antonio Metropolitan Transit Authority*, 469 U.S. 528 (1985); *Gregory v. Ashcroft*, 501 U.S. 452 (1991); *Alden v. Maine*, 527 U.S. 706.

<sup>2830</sup> Zur insoweit besonderen Konstellation der ‚Volks‘-Gesetzgebung (d.h. der direkten Demokratie) s. sogleich 2. d). Hier ließe sich davon sprechen, dass ‚das Volk‘ Inhaber von Kompetenzen ist.

<sup>2831</sup> Zum Theorem ‚Demoikratie‘ näher § 12, B. III. 2.

<sup>2832</sup> Dazu, dass die „Legitimation zur Verfassungsinterpretation“ nicht strikt an den Status als Normadressat i. e. S. („Bindung“) geknüpft ist: P. Häberle, JZ 1975, 297 (300): „Korrespondenzverhältnis von Bindung (an die Verfassung) und Legitimation (zur Verfassungsinterpretation) verliert aber an Aussagekraft, je mehr man neuere Erkenntnisse der Interpretationstheorie berücksichtigt“.

### 1. *Popular constitutionalism*

a) ‚Öffentlichkeit‘, ‚Volks‘-Bezug, ‚Meinung‘,  
‚Kultur‘ als unscharfe Wirkungsfaktoren

Im Jahr 1975 forderte Peter Häberle mehr (wissenschaftliches) „Bewusstsein“ für die Weite, den Pluralismus und die Offenheit des Kreises der Verfassungsinterpretinnen und „Verfassungsinterpreten“, d.h. der Agierenden, die letztlich Verfassungswirklichkeit gestalten: „In die Prozesse der Verfassungsinterpret[at]ion [sind] potentiell alle Staatsorgane, alle öffentlichen Potenzen, alle Bürger und Gruppen eingeschaltet.“<sup>2833</sup> Ähnliche Plädoyers für mehr Aufmerksamkeit für die Verfassungsrechtsverwirklichung auch durch nicht-hoheitliche Agierende der ‚Öffentlichkeit‘ kennt der US-amerikanische Diskurs<sup>2834</sup>: So hat insbesondere Larry D. Kramer die Formel vom „*popular constitutionalism*“ geprägt und ausgeführt, dass die Rolle „des Volkes“ für die Verfassungsinterpretation und -durchsetzung nicht auf gelegentlich-punktuellen Akte der (förmlichen) Verfassungsgebung beschränkt, sondern durchgängig relevant sei.<sup>2835</sup> Die Verfassungsinterpretation durch hoheitliche Akteure (einschließlich der Gerichte) sei der „direkten Kontrolle und Maßregelung durch die übergeordnete Autorität des ‚Volkes selbst‘ unterworfen“, wobei Kramer ‚Volk‘ als „einen kollektiven Körper“ versteht, welcher „fähig ist, unabhängig zu handeln und sich zu äußern“. <sup>2836</sup> Mark Tushnet konzipierte zur Jahrtaus-

<sup>2833</sup> P. Häberle, JZ 1975, 297. Häberle versteht „Interpretation“ sehr weit, vgl. P. Häberle, JZ 1975, 297: „Wer die Norm ‚lebt‘, interpretiert sie auch (mit)“; deutliche Kritik daran bei E. Blankenburg/H. Treiber, JZ 1982, 543 (544): „unsinnig[e] Erweiterung“, da kein unmittelbarer Bezug mehr zur Rechtspraxis (insbesondere gerichtlichen Praxis) bestehe; (anders gelagerte) Skepsis (bezogen auf den grundgesetzlichen Verfassungsdiskurs) auch bei M. Hailbronner, Der Staat 53 (2014), 425, welche die grundgesetzliche Interpretationsgemeinschaft eher als „geschlossenen“ Klub der „Experten“ charakterisiert; allerdings zeigt Hailbronner, dass diese Lage nicht alternativlos ist, indem sie diesem Befund für das Grundgesetz das akteursbezogen offenere Verfassungsdenken der USA komparatistisch gegenüberstellt.

<sup>2834</sup> Wie M. Hailbronner, Der Staat 53 (2014), 425 (428), bemerkt, ist diese Tendenz in den USA sogar ungleich stärker ausgeprägt als in Deutschland.

<sup>2835</sup> L. D. Kramer, Calif. L. Rev. 92 (2004) 959: „*In a system of popular constitutionalism, the role of the people is not confined to occasional acts of constitution making, but includes active and ongoing control over the interpretation and enforcement of constitutional law*“; teilweise kritisch zu Kramers Ansatz: R. C. Post/R. B. Siegel, Calif. L. Rev. 92 (2004), 1027; S. Beienburg/P. Frymer, Law & Social Inquiry 41 (2016), 242 – diese Kritik betrifft insbesondere Kramers Bestimmung des Verhältnisses von „*popular constitutionalism*“ und der Wirkungsdimension Rechtsprechung, näher dazu u. C. I. 2. c).

<sup>2836</sup> L. D. Kramer, Calif. L. Rev. 92 (2004) 959 (962): „*[the government officials’ constitutional] interpretations were not authoritative and were instead subject to direct supervision and correction by the superior authority of, the people themselves; ‘conceived as a collective body capable of independent action and expression’*“. Dieser Modus der Verfassungsverwirklichung sei ‚früher‘ ganz vorherrschend gewesen; erst in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts sei er intensiv unter Druck geraten; a. a. O. (959): „*popular constitutionalism came first and was dominant for most of American history.*“

sendwende gar – und zwar mit affirmativem Impetus – „*populist constitutional law*“<sup>2837</sup> und Michael Dorf und Trevor Morrison sprechen von einer „Verfassungskultur“ („*constitutional culture*“), zu welcher die Öffentlichkeit interpretierend beitrage.<sup>2838</sup> Es geht hier um den Wirkungsfaktor der ‚öffentlichen Meinung‘ als „Vorformung des politischen Willens“ des ‚Volkes‘.<sup>2839</sup> Mit dem ‚Volks‘-Bezug geraten zugleich auch *demokratiethoretische* Implikationen von ‚*popular constitutionalism*‘ in den Blick. Hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang, dass das Attribut in ‚*popular constitutionalism*‘ eben ‚*popular*‘ und nicht etwa (nur[?]) ‚*public*‘ ist; Tushnet steigert es affirmativ zu ‚*populist*‘.

Der von Häberle verwendete Begriff der „öffentlichen Potenzen“ und die um das Theorem ‚*popular constitutionalism*‘ herum in Bezug genommenen Konzepte (wie ‚Volk‘ in ‚*popular*‘ oder ‚*populist*‘, wie ‚Kultur‘ in ‚*Verfassungskultur*‘ oder wie ‚Meinung‘ in ‚öffentliche *Meinung*‘, etc.) sind denkbar weit und unscharf; diese Unschärfe birgt die Gefahr der Beliebigkeit und ist überdies missbrauchsanfällig (instrumentalisierbar), etwa wenn sich kleine, aber lautstarke Teile der Bevölkerung effektiv als ‚das Volk‘ gerieren. Diese Gefahren können jedoch kein Grund sein, einschlägige Vorgänge zu ignorieren; zur Verwirklichung von Föderalismusverfassungsrecht gehören sie – ob man sie nun affirmieren möchte oder nicht – faktisch schlicht dazu.

#### b) Zur Differenzierung zwischen ‚demokratisch‘ und ‚para-demokratisch‘

Häberles „öffentliche Potenzen“<sup>2840</sup> umfassen Kräfte, welche zwar auf ‚Demokratie‘ hinwirken, ohne ihrerseits – in einem strengen legitimationstheoretischen Sinn – ‚demokratisch legitimiert‘ zu sein<sup>2841</sup>: sog. Intermediäre wie Presse, Vereine,

<sup>2837</sup> M. Tushnet, Taking the Constitution Away from the Courts, Princeton, N.J., U.S.A., 1999, S. 177 ff., welcher zudem a. a. O., S. 191, gar mit einer Affirmation von „nationalism“ aufwartet: „*populist constitutional law does invite people to be committed to a national community rather than a universal one*“ – Tushnet möchte diese „nationale Gemeinschaft“ dann aber zurückbinden an die Verfassungswerte von 1787/88, 1791, 1865 ff. und auch schon an die *Declaration of Independence*, weshalb der von ihm affirmierte normative ‚nationalism‘-Impetus z. B. auch von einen (verfassungswidrigen) ‚nativism‘-Impetus zu unterscheiden sei.

<sup>2838</sup> M. C. Dorf/T. Morrison, Constitutional Law, New York, N.Y., U.S.A., 2010, S. 238: „*constitutional culture*‘ that arises out of popular participation in constitutional interpretation“; vgl. auch M. Kloepper, in: FG Lerche, Berlin 2008, S. 55 (55 f.): Sicherung der „Effektivität der Verfassung“ durch „Verfassungskonsens in der Gesellschaft“.

<sup>2839</sup> U. Scheuner, Zeitschrift für Evangelische Ethik 1 (1957), 30 (34), mit Blick auf die „organisierten politisch-sozialen Verbände“ („Gewerkschaften, Arbeitgeberverbände, Unternehmergruppen, Berufsorganisationen [etc.]“); BVerfGE 8, 104 (115) – Volksbefragung; M. Kloepper, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. III, 3. Aufl., Heidelberg 2005, § 42, Rn. 23.

<sup>2840</sup> P. Häberle, JZ 1975, 297.

<sup>2841</sup> Vgl. C. Möllers, Demokratie – Zumutungen und Versprechen, Berlin 2008, S. 33 – zu bestimmten Äußerungsformen wie politischen Versammlungen, Presse, welche „nicht zum demokratischen Willen“ „gehören“, aber diesen ggf. vorbereiten – vgl. auch die Formulierung

Verbände, Initiativen, NGOs, Gewerkschaften oder politische Parteien (näher gleich unter 2. b)) und sogar ‚engagierte‘ Individuen („*citoyens*“) etc. Diese zivilgesellschaftlichen Potenzen können zwar durchaus *binnendemokratisch* organisiert sein, soweit sie ihren Mitgliedern gleiche und freie Teilhabe garantieren. Sie sind aber nicht schon deswegen und auch nicht etwa wegen ihrer wichtigen faktisch-instrumentellen Rolle für die Demokratie ihrerseits demokratisch *legitimiert*<sup>2842</sup> – dafür fehlt es bei ihnen an einer umfassenden Rückbindung an das *gesamte* demokratische Kollektiv.

Daher sollen diese Kräfte vorliegend durch die Wendung ‚(para-)demokratische Öffentlichkeit‘ (mit-)erfasst werden<sup>2843</sup>; durch das (eingeklammerte) Präfix ‚(para-)‘ – konsequenter wäre angesichts der Etymologie von ‚Demokratie‘ ggf. das altgriechische Präfix ‚iuxta-‘ – soll verdeutlicht werden, dass solche Kräfte *neben* den *institutionalisierten* demokratischen Verfahren im (legitimationstheoretisch) strengen Sinn wirken. Diese räumlich geprägte Metaphorik ist freilich ungenau; denkbar wären auch die Präfixe ‚pro-‘ (bzw. ‚prae-‘) oder gar ‚pros-‘ (bzw. ‚ad-‘), da es auch um das *Vorfeld* der institutionalisierten demokratischen Verfahren geht.

### c) Erscheinungsformen von popular constitutionalism i. w. S.

Die konkreten Erscheinungsformen von *popular constitutionalism* sind weitgefächert und diffus: Christopher W. Schmidt beschreibt ein Spektrum von Äußerungsformen zwischen den Polen ‚Mitwirkung an Verfassungsgerichtsprozessen‘ einerseits und ‚Aktivitäten völlig außerhalb von Gerichten‘ andererseits.<sup>2844</sup> Freilich weist Schmidt auch darauf hin, dass teilweise durchaus Extremformen von *popular constitutionalism* vertreten werden, welche – vergleichbar mit den Extremformen von *departmentalism* (s. o. I. 2. c) aa) – ausschließlich die letztgenannten Ausprägungen, also die Suche nach totalen Alternativen zu Gerichten, affirmieren und

---

in Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG: „mit“; s. auch a. a. O., S. 36: „Die Zivilgesellschaft begründet Demokratien, ohne demokratisch zu sein.“

<sup>2842</sup> C. Möllers, *Demokratie – Zumutungen und Versprechen*, Berlin 2008, S. 37; s. a. a. O., S. 38, dann sogar die Rede von „undemokratischen Öffentlichkeiten“.

<sup>2843</sup> Ähnlich I. Marrero-Guillamón, in: P. Cohen/P. Watt (Hrsg.), London 2012 and the Post-Olympics City. A Hollow Legacy?, London, U.K., 2017, S. 205 (206): „*instruments of community participation adjacent to statutory democratic mechanisms, which achieve some form of legitimacy in practice but whose representativeness remains uncertain*“. Zu beachten ist freilich, dass ‚para-demokratisch‘ vereinzelt auch – was vorliegend nicht gemeint ist – für pseudo-‚demokratische‘ Institutionen, also Institutionen in defekten ‚Demokratien‘ wie der Russischen Föderation verwendet wird; so etwa bei G. Dimova, *Democracy Beyond Elections. Government Accountability in the Media Age*, Cham, Schweiz, 2020, S. 159 f., zu „para-konstitutionellen“ und „para-demokratischen“ Institutionen, welche in der Russischen Föderation in den vergangenen Jahrzehnten geschaffen wurden und die Tendenz einer „Präsidentialisierung“ („*presidentialisation*“) des politischen Systems Russlands institutionell abbilden.

<sup>2844</sup> Vgl. C. W. Schmidt, *Denver U. L. Rev.* 88 (2011), 523 (526).



*judicial supremacy* kategorial in Frage stellen.<sup>2845</sup> Vorliegend wird ‚*popular constitutionalism*‘ allerdings weit verstanden und nicht auf solche Gegen- und Parallelwelten zur Judikative reduziert. Wichtig ist bei alledem die Beobachtung von Schmidt, dass *popular constitutionalism* ein *rechtliches* Phänomen, kein rein politisches Phänomen ist: Akteure der (para-)demokratischen Öffentlichkeit argumentieren nicht ungebunden politisch, sondern mit Blick auf angebliche (selbstständig behauptete) rechtliche Grenzen von Politik.<sup>2846</sup>

Eine gewisse Strukturierung im Feld der Erscheinungsformen von *popular constitutionalism* i. w. S. können die fünf oben skizzierten Modi der Ver-,Wirklichung‘ von Verfassungsrecht – (1) Setzung, (2) Befolgung, (3) Mobilisierung, (4) Sanktionierung, (5) Ferneffekte von Verfassungsrecht (s. o. A. II.) – herbeiführen: Versucht man, die Wirkungsdimension der (para-)demokratischen Öffentlichkeit mit Bezug auf diese fünf Modi zu verorten, so mag man einen Schwerpunkt bei den als fünftes genannten „indirekten“ verfassungsrechtlichen Ferneffekten (Verfassungsrecht als ‚symbolische Ordnung‘, ‚Verfassungskultur‘ und „Verfassungsklima“ – s. o. A. II. 4.) ausmachen. *Popular constitutionalism* ist aber nicht auf den Modus der Herausbildung solcher Ferneffekte beschränkt. Die mit *popular constitutionalism* verbundenen Effekte wirken vielmehr auf die anderen operativen Modi der Ver-,Wirklichung‘ von Verfassungsrecht ein (s. Abb. 6 oben bei A. II. 5.): Die (para-)demokratische Öffentlichkeit begleitet, katalysiert und hemmt die dynamische Verfassungsrechtsetzung durch den verfassungsändernden Gesetzgeber oder durch Gerichte (Modus 1; näher unten 2. e)). Außerdem wirkt (para-)demokratische Öffentlichkeit auch auf die ‚handfesten‘ Modi der Verwirklichung von Verfassungsrecht zurück, so insbesondere auf die Bereitschaft von Individuen, als Klägerinnen und Kläger an der Mobilisierung des Verfassungsrechts vor den Gerichten mitzuwirken (Modus 3; s. u. 2. f)). Auch der oben erwähnte Kanal der Sanktionierung von Verstößen gegen Verfassungsrecht im demokratischen Prozess (über Wahlentscheidungen; Modus 4; s. u. 2. g)) setzt ein entsprechendes ‚Verfassungsbewusstsein‘ der (para-)demokratischen Öffentlichkeit voraus. Im (Ausnahme-)Fall der direkten Demokratie ist die demokratische Öffentlichkeit gewissermaßen sogar Adressat von Staatsorganisationsrecht (von Verbands- und Organkompetenznormen).

## 2. ‚*Popular federalism*‘

Die *Federalist Papers* erschienen 1787/88 als Beiträge zur verfassungspolitischen Diskussion über eine neue US-Verfassung und betrachteten u. a. die spezifische Funktion des Instrumentalföderalismus im Verfassungsgefüge (näher oben § 1,

<sup>2845</sup> Vgl. C. W. Schmidt, Denver U. L. Rev. 88 (2011), 523 (529), mit Hinweis auf Larry D. Kramer.

<sup>2846</sup> Vgl. C. W. Schmidt, Denver U. L. Rev. 88 (2011), 523 (529): „*I would argue that popular constitutionalism must contain a selfconscious move that is at the center of legal analysis: an effort to make a distinction between law from politics.*“

B. III. 5.); sie wurden „*To the People of the State of New York*“ adressiert – in diesem Moment der Herausbildung der ideenpolitischen Konstellation des freiheitlich-nationalstaatlich-repräsentativ-demokratischen (Instrumental-)Föderalismus (hierzu oben § 1, B. I.) wurde die (para-)demokratische Öffentlichkeit als Gesprächspartnerin im Föderalismusverfassungsrechts(-politik-)diskurs ausdrücklich anerkannt. Dies mag man als – freilich noch recht unscharfe – Anwendung des allgemeinen, sachgebietsunspezifischen Gedankens „*popular constitutionalism*“ auf den Bereich des *Föderalismusverfassungsrechts* in der Sphäre der Verfassungspolitik lesen. Im Folgenden soll konkreter nach den potenziellen Wirkungsweisen und Kanälen von „*popular federalism*“<sup>2847</sup> gefragt werden: Wie können sich kollektives föderales Bewusstsein<sup>2848</sup> und föderale ‚politische Kultur‘ potenziell auf die Ver-Wirklichung von Verbandskompetenzen, Verbandsingenrenzen und Verbandsgrundrechtspositionen auswirken?

*a) Vorbemerkung I: die empirische Frage nach der Kraft  
von ‚popular federalism‘*

Aus forschungsmethodologischen Gründen wurde die vorstehende Frage so formuliert, dass nach dem *Potenzial* von ‚*popular federalism*‘ gefragt wurde. Vorliegend ist – aus methodologischen Gründen – nicht zu klären, ob und in welcher Intensität ‚*popular federalism*‘ in den USA und in Deutschland *tatsächlich* gegeben ist. Nur exkursorisch ist darauf hinzuweisen, dass es (nur) vereinzelt empirische Untersuchungen zur föderalen ‚politischen Kultur‘ gibt: Etwa haben Cindy D. Kam und Robert A. Mikos die Frage gestellt „*Do Citizens Care About Federalism?*“ und nachgewiesen, dass für die US-amerikanische Bevölkerung bei der Beurteilung einer hoheitlichen Maßnahme nicht nur die sachpolitische Präferenz, sondern durchaus auch die föderalismusverfassungsrechtlichen Implikationen eine signifikante Rolle spielen.<sup>2849</sup> Häufiger als empirische Untersuchungen sind einschlägige Mutmaßungen und die Äußerung von (gefühlten) ‚Erfahrungswerten‘: So sieht Christian

---

<sup>2847</sup> Begriffsbildung ‚*popular federalism*‘ hier vor allem in Weiterführung der eben vorgestellten Rede vom „*popular constitutionalism*“ (s.o. I.); ähnlich R. A. Mikos, Ohio State Law Journal 68 (2007), 1669: „*populist safeguards of federalism*“; J. Bednar, The Robust Federation, Cambridge, Mass., U.S.A., 2009, S. 107 ff.: „*popular safeguards of federalism*“; für eine – hier nicht unmittelbar einschlägige – politik-theoretisch-ideengeschichtliche Verwendung des Begriffs „*popular federalism*“ D. Jörke/J. Sonnicksen, in: N. Behnke/J. Broschek/J. Sonnicksen (Hrsg.), Configurations, Dynamics and Mechanisms of Multilevel Governance, Cham, Schweiz, 2019, S. 231 ff., welche damit das ‚Föderalismus‘-‚Demokratie‘-Konzept der *Anti-Federalists* in Bezug nehmen – dazu ausführlich oben § 1, B. IV. 1.

<sup>2848</sup> C. Waldhoff, in: H.-G. Henneke (Hrsg.), Gleichwertige Lebensverhältnisse bei veränderter Statik des Bundesstaates? Stuttgart 2019, S. 11 (16 f.), spricht von „föderale[m] Denke[n]“.

<sup>2849</sup> C. D. Kam/R. A. Mikos, Journal of Empirical Legal Studies 4 (2007), 589.

Waldhoff ein „Problem der prekären Verankerung föderalen Denkens“ in Deutschland – gerade im Unterschied zu den USA (und zu der Schweiz).<sup>2850</sup>

*b) Vorbemerkung II: Intermediäre (insbesondere politische Parteien)  
im Föderalismus*

Die Wirkungsdimension ‚(para-)demokratische Öffentlichkeit‘ entfaltet sich ganz wesentlich in einem Bereich zwischen der Sphäre hoheitlicher Tätigkeit i.e.S. (Wirkungsdimension ‚nicht-judikative Praxis‘) einerseits und der Sphäre der Öffentlichkeit (‚Gesellschaft‘) andererseits: Damit ist insbesondere der Wirkungskreis der politischen Parteien<sup>2851</sup> angesprochen.<sup>2852</sup> Räumlich-anschaulich können politische Parteien auch als „Intermediäre“<sup>2853</sup> bezeichnet werden.

Für die föderale Ordnung der USA hat Larry Kramer die These aufgestellt und verteidigt, dass sich die „*political safeguards of federalism*“ überhaupt erst aus der besonderen<sup>2854</sup> dezentral-föderalen Struktur der politischen Parteien ergeben würden: Die US-amerikanischen politischen Parteien kämen als „schlaff“ organisierte und „schlapp“ disziplinierte „Konföderationen nationaler, staatlicher und lokaler

<sup>2850</sup> C. Waldhoff, in: H.-G. Henneke (Hrsg.), Gleichwertige Lebensverhältnisse bei veränderter Statik des Bundesstaates? Stuttgart 2019, S. 11 (16 f.), mit historischem Erklärungsansatz: „In Deutschland stand Bundesstaatlichkeit demgegenüber für Fürstensouveränität, Kleinstaaterei und Partikularismus. [...] Föderalismus und Bundesstaatlichkeit konnten damit in der Breite von vornherein kaum positiv konnotiert sein“; interessant als ein konkretes Beispiel: S. Rixen, NVwZ 2019, 432 (437): „Dass die Gesetzesbegründung die Variante ‚Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse‘ gleichwohl bejaht, hat offenbar damit zu tun, dass es im politisch-medialen Diskurs eine Aufmerksamkeitsprämie für den Topos der gleichwertigen Lebensverhältnisse zu gewinnen gibt, gleich, ob er verfassungsrechtlich passt oder nicht.“ Bemerkenswert ist daher die Beobachtung von U. Kischel, Rechtsvergleichung, München 2015, § 3, Rn. 218: „Föderalismus hat in Deutschland einen grundsätzlich positiven Klang“.

<sup>2851</sup> Vgl. nur G. Leibholz, in: Strukturprobleme der modernen Demokratie, 3. Aufl., Karlsruhe 1967 [1950], S. 71 (76).

<sup>2852</sup> Zur Parteipolitik als „*political safeguard of federalism*“: L. D. Kramer, Colum. L. Rev. 100 (2000), 215 (278 ff.); J. Bednar, The Robust Federation, Cambridge, Mass., U.S.A., 2009, S. 113 ff.

<sup>2853</sup> Mit „intermediäre[n] Kräfte[n]“ nimmt etwa U. Scheuner, Zeitschrift für Evangelische Ethik 1 (1957), 30 (34 ff.), insbesondere die – angesichts ihrer stärkeren Interessenzurichtung von den politischen Parteien zu unterscheidenden – politisch-sozialen Verbände (Gewerkschaften etc.) in Bezug; aber die räumliche Metapher des ‚Intermediären‘ passt auch (noch) auf die politischen Parteien, auch wenn diese deutlich stärker integrativ ausgerichtet und auf die Bestellung der hoheitlichen Sphäre bezogen sind, vgl. auch Scheuner, a.a.O. (38 f.).

<sup>2854</sup> Wie tragfähig die apodiktisch-krude komparative Note bei L. D. Kramer, Colum. L. Rev. 100 (2000), 215 (279), ist, wonach die US-amerikanischen Parteien deutlich weniger zentralisiert als „europäische Parteien“ seien, kann und muss hier nicht beantwortet werden.

Kader“ daher.<sup>2855</sup> Die hierin begründeten ebenenübergreifenden<sup>2856</sup> Vernetzungen, Loyalitäten und Abhängigkeiten würden den Einfluss von Parteipolitikern, die auf den unteren Ebenen verortet sind, auf die Bundesebene – und umgekehrt – sichern.

Im deutschen Föderalismus-Diskurs wird der Einfluss der politischen Parteien auf die föderale Ordnung unter dem Schlagwort des „Parteienbundesstaats“<sup>2857</sup> diskutiert. Dieses Phänomen wurde oben bereits im Zusammenhang mit der Funktionsweise des föderalen Bundesorgans Bundesrat angesprochen (s.o. § 4, B. II. 1. a) aa)). Die Wirkungen des deutschen Parteienbundesstaats werden dabei traditionell in einer zentralisierungsverstärkenden Stoßrichtung gesehen – dies stellt gewissermaßen die Umkehrung zu Kramers eben referierter Beobachtung zum dezentralisierten US-amerikanischen Parteiensystem dar. Nach der in Deutschland herrschenden Lesart würden die relativ straffen ebenenübergreifend-unitarischen Parteistrukturen die Dominanz der Bundespolitik verstärken, indem die Landesverbände der politischen Parteien den bundespolitischen Interessen der jeweiligen Partei untergeordnet würden. Freilich gibt es auch Stimmen, die eine zunehmende Eigenständigkeit der Landesverbände politischer Parteien ausmachen; eine Tendenz, die durch die zuletzt weiterhin fortschreitende Ausdifferenzierung des Parteienspektrums und die Vergrößerung von Koalitionsmöglichkeiten und -notwendigkeiten ggf. noch vertieft wird.<sup>2858</sup>

Politische Parteien sind freilich nicht die einzigen Intermediäre, welche *popular federalism* mit-verwirklichen. Zu nennen sind v. a. auch Initiativen und ‚Bewegungen‘ aus der Zivilgesellschaft, NGOs und *interest groups*.<sup>2859</sup> Diese können vor allem beim ‚Gebrauch‘ von Föderalismusverfassungsrecht (als Trägerinnen direkt-demokratischer Initiativen – s. sogleich d)) und bei der Mobilisierung von Föderalis-

<sup>2855</sup> L. D. Kramer, Colum. L. Rev. 100 (2000), 215 (279): „*American parties are basically non-centralized: confederations of national, state, and local cadres whose most conspicuous features are flabby organization and slack discipline.*“

<sup>2856</sup> Vgl. auch E. A. Young, N.Y.U. L. Rev. 77 (2002), 1612 (1655 ff.), zu dem Mechanismus, dass es Einrichtungen gebe, die sowohl auf Bundes-, wie auch auf Bundesstaatenebene tätig seien und dadurch zu einer Stärkung der Belange der Bundesstaaten auf Bundesebene führten: Er nennt beispielsweise die politischen Parteien, welche nicht nur auf Bundes-, sondern auch auf Einzelstaatenebene agieren.

<sup>2857</sup> Zum Begriff oben in Fn. 1202.

<sup>2858</sup> Vgl. K. Detterbeck/W. Renzsch, in: U. Jun/M. Haas/O. Niedermeyer (Hrsg.), Parteien und Parteiensysteme in den deutschen Ländern, Wiesbaden 2008, S. 39 (52); R. Sturm, in: I. Härtel (Hrsg.), Handbuch Föderalismus, Bd. I, Berlin u. a. 2012, § 24 Rn. 19; hierzu M. Kloepfer, Handbuch der Verfassungsorgane im Grundgesetz, Berlin 2022, § 3, Rn. 73.

<sup>2859</sup> Vgl. allgemein (d. h. ohne Föderalismusverfassungsbezug) zur Bandbreite von ‚Intermediären‘ im demokratischen Gemeinwesen nur den Überblick bei F. Oehmer, in: dies. (Hrsg.), Politische Interessenvermittlung und Medien. Funktionen, Formen und Folgen medialer Kommunikation von Parteien, Verbänden und sozialen Bewegungen, Baden-Baden 2014, S. 14 (14 ff.), mit Hinweisen u. a. auf D. Rucht, in: O. Jarren/D. Lachenmeier/A. Steiner (Hrsg.), Entgrenzte Demokratie? Herausforderungen für die politische Interessenvermittlung, Baden-Baden 2007, S. 19 ff., zum „intermediäre[n] System politischer Interessenvermittlung“.

musverfassungsrecht (als Rechtsschutzsuchende – s. u. f)) auf den Plan treten. Als Beispiel kann die sog. *Tea Party*-Bewegung dienen, welche insbesondere um das Jahr 2010 versuchte, auf zahlreichen Wirkungskanälen Einfluss auf die Politik und (Bundes-)Gesetzgebung in den USA zu nehmen und sich dabei häufig auch föderalismusverfassungsrechtlicher Argumente (*states' rights, state sovereignty, Tenth Amendment*) bediente.<sup>2860</sup>

c) Vorbemerkung III: ‚engagierte‘ Individuen (citoyens)  
im Föderalismus

‚(Para-)demokratische‘ Öffentlichkeit als Wirkungsdimension des Föderalismusverfassungsrechts wird vorliegend sogar so weit verstanden, dass auch *einzelne* Menschen als Potenzen von *popular federalism* in Betracht kommen. Individuen können insbesondere durch die Mobilisierung von Gerichten Beiträge zur Ver- ‚Wirklichung‘ von Föderalismusverfassungsrecht leisten. Dies ergibt sich aus einer anspruchsvollen „individualistischen Perspektive“ auf ‚Föderalismus‘, in welcher die Rolle des Individuums für die föderale Ordnung – und umgekehrt<sup>2861</sup> – beleuchtet wird.

Gerichte werden (nur) auf die Initiative von individuellen Klägerinnen und Klägern hin tätig und entscheiden über einen personal, raumzeitlich individualisierten Gegenstand, weshalb sich von einer im Kern „individuellen Legitimation“ (Christoph Möllers) der (Unter-)Gerichte sprechen lässt<sup>2862</sup>; für Höchstgerichte und Verfassungsgerichte werden diese Engführungen freilich von vornherein (zum Teil deutlich) relativiert, da hier auch Funktionen der Objektivierung und Systemstabilisierung bzw. der Allgemeinverbindlichkeit (vor allem bei verfassungsgerichtlichen Normenaufhebungen) hervortreten können.<sup>2863</sup> Gerichte sind aber auch *para-de-*

<sup>2860</sup> Vgl. die Analyse der Aktivitäten der *Tea Party* bei C. W. Schmidt, Denver U. L. Rev. 88 (2011), 523: Schmidt untersucht u. a. die Strategie der *Tea Party*, auf Einzelstaatenebene (durch Lobbyarbeit in den Parlamenten, aber auch über direkt-demokratische Elemente) Gesetzes- oder Verfassungsänderungsinitiativen auf den Weg zu bringen, welche sich gegen bestimmte bundespolitische Tendenzen richten, vgl. a. a. O. (539 ff.) – s. auch sogleich unten unter d); eine andere Strategie bestehe darin, Wahlen auf Bundesebene in das Licht zu stellen, sie seien v. a. eine Entscheidung darüber, wie stark die Kompetenzen der Bundesebene sein sollten; vgl. a. a. O. (542 ff.): „One of the *Tea Party*’s goals was to transform the elections into a debate over the appropriate scope of congressional power under the Constitution“ s. auch sogleich unten unter g).

<sup>2861</sup> Vgl. T. Kleinlein, I-CON 15 (2017), 1157 (1162): „[a]n [...] individualistic perspective views federalism from the point of view of the individual, focusing on the question of what the federation should do for the individual in order to be a successful federation“ – diese Stoßrichtung wird unten im Zusammenhang mit dem ‚freiheitlichen Föderalismus‘ näher betrachtet (s. u. § 12, B. II. 2. b) bb)).

<sup>2862</sup> C. Möllers, in: A. Geis/F. Nullmeier/C. Daase (Hrsg.), Der Aufstieg der Legitimitätspolitik, Leviathan Sonderband 27 (2012), 398 (401 ff.).

<sup>2863</sup> Vgl. C. Möllers, in: A. Geis/F. Nullmeier/C. Daase (Hrsg.), Der Aufstieg der Legitimitätspolitik, Leviathan Sonderband 27 (2012), 398 (405 ff.).

mokratisch relevant: Individualklagende Aktivität lässt sich nicht nur als Absicherung kleinteiliger ‚egoistischer‘ Positionen, sondern unter Umständen – mit Blick auf informale Fernwirkungen der Prozesse (Signal-, Symbol-, Anstoß-, Provokations- oder Appellwirkung im öffentlichen Diskurs) – auch als Beitrag zur (para-)demokratischen Willensbildung lesen. Noch weitergehend spricht Julian Krüper mit Blick auf Individualklagen sogar von einer potenziell „legitimationskompensatorischen“ Form der „demokratischen Partizipation des Bürgers an der Ausübung staatlicher Gewalt“<sup>2864</sup>. In der deutschen Rechtswissenschaft hat – beginnend vor allem mit Johannes Masing's Beschreibung eines „*status procuratoris*“ individuallagernder *citoyens*<sup>2865</sup> – unter anderem der EU-rechtliche Einfluss auf das Verwaltungsprozessrecht im Referenzgebiet Umweltschutzrecht dazu geführt, „das gerichtliche Verfahren [als] ein institutionelles Setting, in dem gerichtliche Tätigkeit individuell initiiert, aber im öffentlichen Interesse ausgeübt wird“<sup>2866</sup> legitimierungstheoretisch (neu) zu erfassen (Krüper).<sup>2866</sup> Das Klimaschutzrecht bietet sich als Referenzgebiet, solche Tendenzen spatio-temporal ausdifferenzieren und auszutesten, offenkundig an.<sup>2867</sup>

Diese Sicht einer „anwaltschaftlichen Demokratie“<sup>2868</sup> (genauer: einer ‚anwaltschaftlichen Para-Demokratie‘) ist nicht auf die individualklagende Durchsetzung von Sachaufgaben wie Umwelt- und Klimaschutz beschränkt, sondern auch auf die Mobilisierung von – ‚form‘- und organisationsbezogenem – Föderalismusverfassungsrecht ausweitbar (näher sogleich f)). Unproblematisch sind solche Tendenzen der ‚anwaltschaftlichen Para-Demokratie‘ in Bereichen des Verfassungsorganisa-

<sup>2864</sup> So J. Krüper, in: M. Klopfer (Hrsg.), Rechtsschutz im Umweltrecht, Berlin 2014, S. 163 (177 f.), m. w. N. und unter Hinweis auf BVerfGE 107, 59 – Emschergenossenschaft, wobei Krüper anerkennt, dass dies „konterintuitiv“ sei und „selbstverständlich“ nur eine „legitimationskompensatorische Funktion“ haben könne.

<sup>2865</sup> J. Masing, Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts. Europäische Impulse für eine Revision der Lehre vom subjektiv-öffentlichen Recht, Berlin 1997, S. 225 f.: „Der Bürger braucht verwaltungsrechtlich nicht mehr auf seinen Status als Bourgeois reduziert zu werden, sondern kann in bezug auf konkrete Verwaltungsentscheidungen als Staatsbürger oder Funktionsträger anerkannt werden. Sein Status lässt sich insoweit als ‚status procuratoris‘ bezeichnen.“

<sup>2866</sup> J. Krüper, in: M. Klopfer (Hrsg.), Rechtsschutz im Umweltrecht, Berlin 2014, S. 163 (177).

<sup>2867</sup> Vgl. M. Klopfer/R. D. Neugärtner, in: W. Kahl/M.-P. Weller (Hrsg.), Climate Change Litigation. Liability and Damages from a Comparative Perspective, München u. a. 2021, S. 21 (40 ff., 43 f.).

<sup>2868</sup> P. Nolte, Was ist Demokratie? Geschichte und Gegenwart, München 2012, S. 414, mit der Beobachtung eines rhetorischen Durchgriffs: „Insofern treten Bürgerinnen und Bürger nicht nur im übertragenen Sinne ‚anwaltschaftlich‘ auf, indem sie anderen Menschen oder übergeordneten Zielen ihre Stimme leihen, sondern auch – und im wörtlichen Sinne – als Kläger“ (a. a. O., S. 419). Nolte zieht a. a. O., S. 418, außerdem Verbindungslinien zur umfassenderen ‚demokratie‘-geschichtlichen Entwicklung hin zu einer „*monitory democracy*“ (John Keane), in welcher Instanzen der repräsentativen Demokratie zunehmend dezentral multi-perspektivisch „kontrolliert“ werden. Freilich ist das Konzept „*monitory democracy*“ deutlich großflächiger („*large-scale*“) ausgerichtet als die punktuelle Anregung von Politik durch *citoyens* vor Gericht und insbesondere durch digitale mediale Foren geprägt.

tionsrechts freilich nicht: So hier ein Unterschied besteht mit Blick darauf, dass bei der unmittelbaren Konkretisierung von (Föderalismus-)Verfassungsrecht durch Gerichte die mediatisierende Aktivität des unmittelbar demokratisch legitimierten Gesetzgebers fehlt, wie sie bei den subjektiv öffentlichen Rechten im einfach-rechtlichen Umweltschutz- oder Klimaschutzrecht gegeben ist. Auch warnt etwa Möllers – unter dem Schlagwort eines problematischen „normativen Individualismus“ – davor, dass „das Verhältnis zwischen individueller und demokratischer Freiheit verzeichne[t]“ zu werden drohe, wenn „Individuen [...] als Berechtigte des ganzen demokratischen Prozesses in Erscheinung treten, wie es im deutschen Verfassungsprozess oft vorkomm[e]“. <sup>2869</sup>

*d), Volks‘-Gesetzgebung als Befolgung (Gebrauch und Behauptung)  
von Föderalismusverfassungsrecht*

Ein spezifisch verfasster, institutionalisierter und demokratisch legitimierter Teil ‚der Öffentlichkeit‘, das Verfassungsorgan ‚Volk‘ <sup>2870</sup>, kann durch die Einräumung einer entsprechenden Organkompetenz *direkt* mit dem Gebrauch von Verbandsingerenzen, insbesondere Verbandskompetenzen <sup>2871</sup> betraut werden. Hier geht es also um das Wirken einer demokratischen – nicht lediglich para-demokratischen – Kraft. Sinnvollerweise kommt dies im Bereich der Kompetenzen allenfalls für Gesetzgebungskompetenzen in Frage; damit ist das Phänomen der ‚Volks‘-Gesetzgebung als Ausdruck direkter, plebiszitärer Demokratie angesprochen. Das Volk kommt inso-

<sup>2869</sup> C. Möllers, in: M. Herdegen/J. Masing/R. Poscher/K. F. Gärditz (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, München 2021, § 5, Rn. 13.

<sup>2870</sup> Zur Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen (in welchen Konstellationen) ‚das Volk‘ als Verfassungsorgan daherkommt: M. Kloepper, Handbuch der Verfassungsorgane im Grundgesetz, Berlin 2022, § 1, Rn. 6 ff.

<sup>2871</sup> Ein verwandter Gedanke könnte nach der direkten Einflussnahme ‚der Öffentlichkeit‘ auf den Gebrauch von *bottom-up*-Verbandsingerenzen der föderierten Einheiten gegenüber der Bundesebene fragen: Verbandsingerenzen stehen häufig den Gubernativen der föderalen Träger zu; denkbar wäre nun aber die Verpflichtung dieser Gubernativen durch direkt-demokratische Mechanismen, Verbandsingerenzen (beispielsweise die Mitwirkungsingerenzen in den föderalen Bundesorganen *U.S. Senate* bzw. Bundesrat) in bestimmter Weise auszuüben. Für die Situation unter dem Grundgesetz gibt es insoweit einschlägiges Fallrecht: So entschied der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts, dass „[e]ine ‚Instruktion‘ der Mitglieder der Landesregierung im Bundesrat durch das Landesvolk, auch eine bloß rechtlich unverbindliche in der Weise, da[ss] sich die Vertreter im Bundesrat daran orientieren und sie zur Richtschnur ihres Handelns im Bundesrat machen, [...] nach der Struktur des Bundesrats ausgeschlossen“ ist, BVerfGE 8, 104 (105 – Leits. 8) – Volksbefragung – s.o. § 6, A.VI. 3. b). In den USA könnte es in diesem Zusammenhang zumindest partiell einen etwas größeren bundesverfassungsrechtlichen Spielraum der Einzelstaaten geben, direkt-demokratische Elemente im Vorfeld von *bottom-up*-Ingerenzen vorzusehen: vgl. tendenziell *Arizona State Legislature v. Arizona Independent Redistricting Commission*, 576 U.S. 787 (2015) – s.o. § 6, A. VI. 2. d) – diese Entscheidung betrifft freilich nicht etwa die punktuelle ‚Instruktion‘ von Senatorinnen und Senatoren durch die Bevölkerung eines Staats (zusätzlich zu deren Wahl), wohl aber die direkt-demokratische Einrichtung einer Kommission zur Einteilung von Wahlkreisen (auch für Bundeswahlen).



weit als Akteur der legislativen Praxis daher und bedient mit Blick auf föderalismusverfassungsrechtlich gezogene Grenzen den Modus der Verfassungsrechtsbefolgung (s. o. A. II. 2.). Wie schon beim *departmentalist federalism* angesprochen wurde, sind die Grenzen zwischen Befolgen, Gebrauchen und Behaupten von föderalismusverfassungsrechtlichen Grenzen freilich fließend (s. o. B. I. 2. b)).

‚Volks‘-Gesetzgebung ist in den USA und in Deutschland im Wesentlichen lediglich auf der Ebene der föderierten Einheiten (und auch dort nur ergänzend zur parlamentarischen Gesetzgebung), nicht aber auf der jeweiligen Bundesebene, vorgesehen. Verfassungsinterpretation durch Gesetzgebungskompetenzgebrauch im Rahmen von Volksgesetzgebung ist somit insgesamt, auf die Gesamtföderation bezogen, eher ein randständiger Aspekt der Föderalismusverwirklichung in den USA und in Deutschland, obschon hier durchaus Potenzial für die Effektivierung demokratisch-föderaler Praxis bestehen mag. Die ebenenbezogene Asymmetrie (Konzentration direkter Demokratie auf der Ebene der föderierten Einheiten) gibt der direkten Demokratie in den beiden Föderationen insgesamt einen föderalismusrelevanten *bottom-up*-Drall. Daher kann direkte Demokratie auf Ebene der föderierten Einheiten als Instrument zur (mehr oder weniger direkten) Infragestellung oder gar Torpedierung von Maßnahmen der Bundesebene genutzt werden: Bestimmten sachpolitischen Positionen wird durch direkt-demokratische Rechtsetzung ein besonderes Gewicht zugesprochen<sup>2872</sup> – und dies durchaus als Reaktion auf bundespolitische Tendenzen oder gar auf konkrete Bundesgesetze, die als kompetenzwidrig oder verbandsgrundrechtspositionsverletzend begriffen werden.<sup>2873</sup>

In den USA kann insoweit exemplarisch auf die Konstellation verwiesen werden, die dem *U.S. Supreme Court*-Judikat *Gonzales v. Oregon* (2006) zu Grunde lag: In Oregon wurde in den 1990er Jahren auf direkt-demokratischen Weg ein Einzelstaatengesetz zur Legalisierung von ärztlich begleitetem Sterben (*physician-assisted death*) auf den Weg gebracht (*Oregon Death With Dignity Act* – *ODWDA*).<sup>2874</sup> Damit sollte durchaus ein Gegenpol zu bundespolitisch starken Tendenzen, ärztlich begleitetes Sterben zu pönalisieren, gesetzt werden.<sup>2875</sup> Der *ODWDA* kann als ‚Befolgung‘ (im Sinn von ‚Gebrauch‘ oder eher ‚Behauptung‘) einer Verbandsgrundrechtsposition des Staats Oregon gelesen werden, nämlich der Position, als politische

<sup>2872</sup> Für die USA: *J. J. Dinan*, Penn State L. Rev. 115 (2012), 1007 (1033): „*highlighting or framing public support for certain policies*“.

<sup>2873</sup> Für die USA: *J. J. Dinan*, Penn State L. Rev. 115 (2012), 1007 (1025): „*congressional statutes perceived as extending beyond the federal government’s legitimate powers or encroaching on state authority. In seeking the repeal or modification of these sorts of congressional statutes [...]*“; siehe auch *C. W. Schmidt*, Denver U. L. Rev. 88 (2011), 523 (539 ff.), mit Beispielen aus dem Umfeld der *Tea Party*-Bewegung.

<sup>2874</sup> Vgl. die Sachverhaltsschilderung in *Gonzales v. Oregon*, 546 U.S. 243 (2006), 249: „*In 1994, Oregon became the first State to legalize assisted suicide when voters approved a ballot measure enacting the Oregon Death With Dignity Act (ODWDA)*.“

<sup>2875</sup> Vgl. *Gonzales v. Oregon*, 546 U.S. 243 (2006), 267 f.: „*The importance of the issue of physician-assisted suicide, which has been the subject of an ‚earnest and profound debate‘ across the country [...]*.“

Einheit in einer bestimmten ‚*police power*‘-Sachmaterie wie dem ärztlich begleiteten Sterben unabhängig von der Bundesebene selbstständig über die Strafwürdigkeit des einschlägigen Verhaltens entscheiden zu dürfen. Diese Behauptung einer Verbandsgrundrechtsposition durch direkt-demokratische Gesetzgebung kann Implikationen für die Wirkungsdimensionen ‚Rechtsprechung‘ haben (dazu *Gonzales v. Oregon* [2006]; s. u. C. I. 2. c) bb)).

Solche ‚Behauptungen‘ von Verbandsgrundrechtspositionen föderierter Einheiten im Wege direkt-demokratischer Rechtsetzung können zu einem synergetischen Zusammenwirken von *departmentalist federalism* und *popular federalism* führen: Einige der oben als ‚harte‘ oder ‚weiche‘ *nullification* beschriebenen Maßnahmen der Einzelstaaten gehen auf direkt-demokratische Vorgänge zurück: so etwa die *soft nullification* im *medical marijuana federalism* (s. o. I. 2. c) cc) u. § 5, C. II. 3.) sowie (teilweise) die ‚harten‘ *nullification*-Gesetze gegen *Obamacare* (s. o. I. 2. c) bb)). Als Intermediäre spielen hier ggf. Initiativen und Bewegungen (s. o. b)) eine treibende Rolle, im *Obamacare*-Beispiel etwa die *Tea Party*-Bewegung.<sup>2876</sup>

Im grundgesetzlichen Föderalismus mag man als – freilich deutlich weniger intensiv verwirklichtes – Beispiel auf die seit Ende der 2010er Jahre stärker werdenden rechtlichen Entwicklungen hin zu einem föderal diverseren öffentlichen Wohnungs(-miet-)recht blicken: Neben parlamentarischer Rechtsetzung auf Länderebene, etwa dem – später vom Zweiten Senat des Bundesverfassungsgerichts wegen Kompetenzwidrigkeit invalidierten<sup>2877</sup> – landesgesetzlichen ‚Mietendeckel‘ in Berlin von 2020<sup>2878</sup> (s. o. § 5, A. IV. 3. b)), tragen zu dieser Entwicklung eben auch direkt-demokratische Vorgänge auf Länderebene bei, so etwa das beantragte, aber noch vor seiner Durchführung vom Bayerischen Verfassungsgerichtshof als kompetenzwidrig eingestufte<sup>2879</sup> Volksbegehren „#6 Jahre Mietenstopp“ in Bayern oder das Volksbegehren zur Vergesellschaftung großer Wohnungsunternehmen in Berlin im Jahr 2021<sup>2880</sup>.

#### e) Dynamisches Setzen von Föderalismusverfassungsrecht

Auch auf den Modus der dynamischen Setzung von Föderalismusverfassungsrecht (allgemein oben A. II. 3.) kann die (para-)demokratische Öffentlichkeit potenziell – eher in diffuser Weise – Einfluss nehmen.<sup>2881</sup> Allerdings wird sich Ver-

<sup>2876</sup> Ausführlich C. W. Schmidt, Denver U. L. Rev. 88 (2011), 523 (540 f.).

<sup>2877</sup> BVerfG, Beschl. d. Zweiten Senats v. 25.03.2021 – 2 BvF 1/20 u. a. – Berliner Mietendeckel.

<sup>2878</sup> Gesetz zur Mietenbegrenzung im Wohnungswesen in Berlin (MietenWoG Bln) v. 11.02.2020, GVBl. S. 50, mit den Instrumenten ‚Mietenstopp‘ und ‚Mietendeckel‘.

<sup>2879</sup> BayVerfGH, Entsch. v. 16.07.2020 – Vf. 32-IX-20.

<sup>2880</sup> „Deutsche Wohnen und Co enteignen“; Überblick zur materiellen Verfassungslage bei M. Kloepper, NJW 2019, 1656 (1660 f.), mit dem Ergebnis der Unverhältnismäßigkeit.

<sup>2881</sup> Es geht insoweit um Verfassungsrechtspolitik ‚von unten‘. Diese kann sich auf die beiden oben genannten Hauptkanäle der dynamischen Setzung von Föderalismusverfas-

fassungsrechtspolitik ‚von unten‘ selten gerade auf *föderalismus*verfassungsrechtliche Verfassungsgehalte, sondern eher auf *individual*grundrechtliche Aspekte beziehen.<sup>2882</sup>

#### f) Mobilisieren von Föderalismusverfassungsrecht

Die *para*-demokratische Öffentlichkeit ist ein gewichtiger (potenzieller) Faktor der Mobilisierung von Verfassungsrecht. Das leuchtet für den Bereich der (Individual-)Grundrechte von vorneherein ein, gilt in abgeschwächter Form aber auch im *Föderalismus*verfassungsrecht: Als Rechtsschutzsuchende können Mitglieder der Öffentlichkeit, also Individuen (unter Umständen in der Rolle als ‚engagierte *citoyens*‘ – siehe eben c)) oder Kollektive (auch Intermediäre – siehe eben b)) unter bestimmten Voraussetzungen (insbesondere *standing*, Klagebefugnis) die gerichtliche Sanktionierung von Verstößen gegen das Verbandszuständigkeitsrecht oder gegen Verbandsgrundrechtspositionen herbeiführen (hierzu ausführlich am Beispiel der Mobilisierung von Verbandsgrundrechtspositionen unten C. I. 1. c)).

sungsrecht beziehen: Nicht-hoheitliche Akteure können zum einen politischen Druck auf die für die förmliche Verfassungsänderung zuständigen Organe (hierzu oben § 6, A. VII.) ausüben und/oder zum anderen – insbesondere, aber nicht nur, durch ihr Vorbringen als Klägerinnen und Kläger in konkreten Rechtsstreitigkeiten – auf die Verfassungsfortbildung durch (Höchst-)Gerichte (hierzu oben A. II. 3.) einwirken (zu Letzterem für die USA: *M. C. Dorf/T. Morrison*, Constitutional Law, New York, N.Y., U.S.A., 2010, S. 238; vgl. ferner den Hinweis auf die – empirisch freilich schwer nachweisbare – „Vorinterpretation“ im öffentlichen Diskurs bei *P. Häberle*, JZ 1975, 297 [297, 298, 303]). Bei alledem ist die Frage „danach, welche vorfindbare Auslegung auf welche Weise zustande gekommen ist, durch welche Elemente der öffentlichen Meinung [...] die Verfassungsrichter (oder die sonst verbindlich entscheidenden Instanzen) in ihrer Auslegung tatsächlich beeinflusst worden sind“ (*P. Häberle*, JZ 1975, 297 [298]), freilich äußerst komplex. Zudem wird von einigen Kommentatorinnen und Kommentatoren bezweifelt, ob in der ‚Öffentlichkeit‘ (‚noch‘) eine lebendige Verfassungskultur herrscht, welche für sich in Anspruch nimmt, auf Entscheidungen der (Höchst-)Rechtsprechung kritisch zu reagieren, vgl. für die USA etwa *L. D. Kramer*, Calif. L. Rev. 92 (2004) 959 (1974): „*my judgments about legitimacy [of the Court's decisions] turn not only on whether I agree or disagree with the Court's rulings, but also on whether I feel entitled to disagree and, more important still, to act on my disagreement*“; hierzu referierend *R. C. Post/R. B. Siegel*, Calif. L. Rev. 92 (2004), 1027 (1043).

<sup>2882</sup> ‚Öffentlichkeitsaffin‘ sind grundsätzlich eher *individual*grundrechtliche Aspekte (Themen wie die Öffnung der Ehe für homosexuelle Paare oder das Waffenrecht) oder konkrete Sachprobleme (Bildungspolitik oder Klimaschutz) – zu diesen Beispielen für die USA: *M. C. Dorf/T. Morrison*, Constitutional Law, New York, N.Y., U.S.A., 2010, S. 238: In diesen Bereichen hätten soziale Bewegungen „gewöhnlicher Menschen“ letztlich zur Verfassungsfortbildung geführt; vgl. auch *R. C. Post/R. B. Siegel*, Calif. L. Rev. 92 (2004), 1027 (1043). Und so ist es wohl unwahrscheinlich, dass sich in Bürgerinitiativen o.Ä. politischer Druck ‚von unten‘ organisiert, der auf eine Stärkung (in Deutschland: ggf. Rückübertragung) von Verbandskompetenzen der föderierten Einheiten durch Verfassungsänderung hinwirkt; vgl. hierzu (ohne Bezug auf Verfassungspolitik ‚von unten‘): *M. Klopfer*, DÖV 2004, 566 (569). Eher vorstellbar ist dann wohl – jedenfalls für das deutsche Verfassungsrecht – die umgekehrte Konstellation, in der ‚von unten‘ auf die Unitarisierung und damit Stärkung von Kompetenzen der Bundesebene gedrungen wird, so v.a. im Bildungsbereich.

Dabei ist es vorstellbar, dass die Mobilisierung von Föderalismusverfassungsrecht durch die demokratische und *para*-demokratische Öffentlichkeit zweistufig-kaskadenartig vonstatten geht: Der Effekt direkt-demokratischer Aktivitäten auf Einzelstaatenebene kann die Herbeiführung gerichtlicher Streitigkeiten über föderalismusverfassungsrechtliche Fragen sein; oben wurde bereits darauf hingewiesen, dass (ggf. direkt-demokratisch initiierte) *nullification*-Maßnahmen der Einzelstaaten gerade das Ziel haben können, gerichtliche Streitigkeiten zu motivieren und zu beeinflussen (s. o. I. 2. c) bb)).<sup>2883</sup>

g) Sanktionieren von Föderalismusverfassungsrechtsverstößen:  
Föderalismus und Wahlverhalten

Stark vermittelter und dadurch häufig schwer fassbarer<sup>2884</sup> Natur ist der Aspekt der Sanktionierung von Föderalismusverfassungsrechtsverstößen durch die (para-)demokratische Öffentlichkeit: Angesprochen sind damit die Möglichkeiten der indirekten Einflussnahme der Wahlbevölkerung in repräsentativ-demokratischen Kanälen (d.h. über Wahlentscheidungen) auf föderalismus-relevante Entscheidungen der nicht-judikativen Praxis. In den USA wird von „*popular safeguards of federalism*“<sup>2885</sup> (also Absicherungen des Föderalismus durch das Volk) sowie von „*electoral management of federalism*“<sup>2886</sup> (also Management des föderalen Systems durch die Wahlbevölkerung) gesprochen. Ein solches „*electoral management of federalism*“ funktioniert über ein ‚Belohnen‘ oder ‚Abstrafen‘ von Hoheitsträgern für die (Nicht-) Einhaltung föderalismusverfassungsrechtlicher Grenzen an der Wahlurne.<sup>2887</sup> Bezüglich der Sanktionsmacht des ‚Wählerwillens‘ ließe sich – temporal – noch danach differenzieren, ob ‚die demokratische Öffentlichkeit‘ – *ex ante*, also vorwirkend – bereits vor Einsetzen einer hoheitlichen Maßnahme Einfluss ausübt (d.h. diese

<sup>2883</sup> Vgl. J. J. Dinan, Penn State L. Rev. 115 (2012), 1007 (1028 ff.), am Beispiel von teilweise direkt-demokratisch initiierten Einzelstaatengesetzen, welche sich gegen Teile von *Obamacare* richten.

<sup>2884</sup> J. Bednar, in: M. Tushnet/M. A. Graber/S. Levinson (Hrsg.), The Oxford Handbook of the U.S. Constitution, New York, N.Y., U.S.A., 2015, 283 (289): „*elusive*“.

<sup>2885</sup> J. Bednar, The Robust Federation, Cambridge, Mass., U.S.A., 2009, S. 107 ff.; *dies.*, in: M. Tushnet/M. A. Graber/S. Levinson (Hrsg.), The Oxford Handbook of the U.S. Constitution, New York, N.Y., U.S.A., 2015, 283 (289); ähnlich zuvor: R. A. Mikos, Ohio State Law Journal 68 (2007), 1669: „*populist safeguards of federalism*“.

<sup>2886</sup> J. Bednar, The Robust Federation, Cambridge, Mass., U.S.A., 2009, S. 110.

<sup>2887</sup> Allgemein – ohne Zuschnitt auf das Föderalismusverfassungsrecht – zu Reaktionen der „öffentlichen Meinung“ auf „Verfassungsverstöße“: M. Klopfer, in: FG Lerche, Berlin 2008, S. 55 ff. Die von Klopfer herangezogenen Beispiele (a. a. O. [65]) haben freilich durchaus föderalismusverfassungsrechtliche Gehalte: So ging es bei BVerfGE 12, 205 – 1. Rundfunkentscheidung, auch um verbandskompetenzrechtliche Fragen und bei BVerfGE 106, 310 – Zuwanderungsgesetz, um Einzelheiten der Verbandsingerenz Bundesratsbeteiligung an der Bundesgesetzgebung – Klopfer betrachtet diese Beispiele aber nicht mit Blick auf (empirisch schwer feststellbare) Reaktionen der Wahlbevölkerung, sondern mit Blick auf geforderte, aber – ausbleibende – Rücktritte der verantwortlichen Personen.

Maßnahme modifiziert, abschwächt oder gar verhindert)<sup>2888</sup> oder aber – *ex post* – auf (vermeintlich) verfassungswidrige hoheitliche Maßnahmen (an der ‚Wahlurne‘) reagiert. Im Bereich der *ex post*-Wirkung ließe sich noch danach differenzieren, ob die Öffentlichkeit auf einen Verfassungsrechtsverstoß der Praxis als solchen oder aber auf eine Verfassungswidrigkeitserklärung durch die Gerichte reagiert.<sup>2889</sup>

Die Sanktionierung föderalismusverfassungsrechtlich relevanten Verhaltens durch Wahlverhalten ist freilich voraussetzungsvoll; insbesondere sind transparente Verantwortungsmechanismen (*accountability*-Klarheit) sowie eine ‚Kultur‘ und Wertschätzung des Föderalismus (gewissermaßen ‚föderale Treue‘ in einem [para-]demokratischen Sinn; s. u. § 12, B. III. 2. b) ff)) erforderlich: Ersteres, die Garantie von *accountability*-Klarheit, also die Sicherstellung von nach außen erkennbarer Zurechenbarkeit von politischen Entscheidungen zu föderalen Trägern, wird teilweise als Aufgabe der gerichtlich durchsetzbaren Föderalismusverfassungsrechtsdogmatik begriffen; hier überschneiden sich also *popular federalism* und *judicial federalism* (ausführlich unten § 12, B. III. 3. c) cc)). Zweiteres, eine ‚föderale Kultur‘, ist – wie bereits oben geschildert wurde – besonders voraussetzungsvoll und wird v. a. für den deutschen Föderalismus gering veranschlagt (Waldhoff: „prekär[e] Verankerung föderalen Denkens“<sup>2890</sup>; s. o. a)). Häufig werden sachpolitische Präferenzen für Wählerinnen und Wähler einen größeren Ausschlag geben als föderalismusverfassungsrechtliche Positionen.<sup>2891</sup> Mehr noch, für den deutschen Föderalismus wurde sogar beobachtet, dass es im (para-)demokratischen Diskurs „eine Aufmerksamkeitsprämie“ für den unitaristischen „Topos der gleichwertigen Lebensverhältnisse zu gewinnen“ gebe.<sup>2892</sup> Für die USA wird dagegen beobachtet, dass Bewegungen wie die *Tea Party* versuchen würden, Wahlen auf Bundesebene in das Licht zu stellen, sie seien eine Entscheidung darüber, wie stark die Kompetenzen der Bundesebene sein sollten.<sup>2893</sup> Das Potential für „*electoral management of federalism*“ scheint hier insgesamt größer als in Deutschland zu sein, aber angesichts der Diffusität dieses Sanktionsmechanismus ist offenkundig, dass auch in den USA das Erfordernis einer Ergänzung dieses Mechanismus durch gerichtlich durchsetzbares Verfassungsrecht besteht:

<sup>2888</sup> Vgl. M. Kloepfer, in: FG Lерche, Berlin 2008, S. 55 (60).

<sup>2889</sup> Vgl. zu Letzterem (und dem geringen einschlägigen Interesse) M. Kloepfer, in: FG Lерche, Berlin 2008, S. 55 (60 f.).

<sup>2890</sup> C. Waldhoff, in: H.-G. Henneke (Hrsg.), Gleichwertige Lebensverhältnisse bei veränderter Statik des Bundesstaates? Stuttgart 2019, S. 11 (16 f.); dazu oben a).

<sup>2891</sup> Beachte freilich die Studie C. D. Kam/R. A. Mikos, Journal of Empirical Legal Studies 4 (2007), 589 – dazu oben a). Vgl. auch S. Beienburg/P. Frymer, Law & Social Inquiry 41 (2016), 242 (247).

<sup>2892</sup> S. Rixen, NVwZ 2019, 432 (437), am Beispiel des ‚Gute-Kita-Gesetzes‘ – dazu oben § 6, A. IV. 3. d).

<sup>2893</sup> Vgl. C. W. Schmidt, Denver U. L. Rev. 88 (2011), 523 (542): „One of the Tea Party’s goals was to transform the elections into a debate over the appropriate scope of congressional power under the Constitution“.

### III. Rechtsprechung: *judicial federalism*<sup>2894</sup>

Die vorliegende Studie über die *gerichtlich* durchsetzbare Dogmatik zum Schutz föderierter Einheiten fokussiert die föderalismusverfassungsrechtliche Wirkungsdimension ‚*Rechtsprechung*‘.

#### 1. *Judicial (review) constitutionalism*

Die gerichtliche Durchsetzbarkeit von Verfassungsrecht soll hier unter ‚*judicial constitutionalism*‘ firmieren und ist mit Mark Tushnet in Abgrenzung zu ‚*political constitutionalism*‘<sup>2894</sup> zu verstehen, welcher *departmentalist constitutionalism* (s. o. I. 1.) und *popular constitutionalism* (s. o. II. 1.) umfasst. Dass Verfassungsrecht in den USA und in Deutschland gerichtlich durchsetzbar ist, wurde in den USA in *Marbury v. Madison* (1803)<sup>2895</sup> grundlegend ausgesprochen und ergibt sich unter dem Grundgesetz jedenfalls aus Art. 93, Art. 100, Art. 19 Abs. 4 GG. Für den rechtswissenschaftlichen Blick auf ‚die Verfassung‘ steht die gerichtliche Durchsetzbarkeit des Verfassungsrechts in den USA und in Deutschland sogar regelmäßig im Vordergrund – insoweit bildet *judicial (review) constitutionalism* gegenüber *departmentalist constitutionalism* und *popular constitutionalism* die vorrangige rechtswissenschaftliche Perspektive.<sup>2896</sup>

*Judicial constitutionalism* betrifft verschiedene Modi der Ver- ‚Wirklichung‘ von Verfassungsrecht: So ist die Rechtsprechung, v. a. die höchstgerichtliche Rechtsprechung, an der dynamischen Setzung von Verfassungsrecht beteiligt (‚Richterrecht‘; s. bereits oben § 7, A. I. 4. b)). Den Modus der ‚Mobilisierung‘ von Verfassungsrecht setzt Rechtsprechungstätigkeit gewissermaßen voraus, mag ihn freilich auch anreizen oder behindern (dazu näher C. I. 1.). Im Zentrum von *judicial constitutionalism* liegt letztlich die Kontrolle (‚*review*‘) der Handlungen der anderen, also der nicht-judikativen Akteure des Verfassungslebens – das ist in der oben eingeführten Terminologie die ‚Sanktionierung‘ von Verfassungsrecht (s. o. A. II. 2.). Damit ist noch nicht gesagt, dass in *allen* von der Verfassung behandelten Regelungsbereichen die gerichtliche Prüfungsdichte gleich intensiv sein muss, dass es nicht auch Regelungsbereiche oder besondere institutionelle Kon-

<sup>2894</sup> M. Tushnet, German Law Journal 14 (2013), 2249 (2250); beachte allerdings den Hinweis oben in Fn. 2768 auf Tushnets Fokus auf individualgrundrechtliche Gehalte; beachte zudem, dass Tushnet keinesfalls – ebenso wenig wie die vorliegende Untersuchung – davon ausgeht, dass ‚*judicial constitutionalism*‘ und ‚*political constitutionalism*‘ in Reinform vorliegen würden, vielmehr beschreibt er das abgestimmte Zusammenspiel von ‚*political constitutionalism*‘ und ‚*weak-form judicial review*‘.

<sup>2895</sup> *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

<sup>2896</sup> Dazu bereits deutlich H. Wechsler, Colum. L. Rev. 54 (1954), 543 (544) – ausführlich zu Wechslers Aufsatz oben § 3, C. II.

stellationen geben kann, in denen die gerichtliche Prüfungsdichte und Prüfungstiefe zurückgenommen sind.<sup>2897</sup>

## 2. *Judicial (review) federalism*

Auch das Föderalismusverfassungsrecht ist *judicial (review) constitutionalism* zugänglich; es unterscheidet sich insoweit zunächst nicht grundlegend von anderen verfassungsrechtlichen Regelungsbereichen. Unter beiden hier untersuchten Verfassungen – aber auch unter vielen anderen föderalen Verfassungen<sup>2898</sup> – ist ein richterliches Prüfungs- und Aufhebungsrecht auch für den föderalismusverfassungsrechtlichen Bereich anerkannt.<sup>2899</sup> Freilich ist im Detail nach den föderalismusverfassungsrechtlichen Strukturelementen, insbesondere nach Verbandskompetenzen und Verbandsingerenzen einerseits (s. u. a)) sowie nach Verbandsgrundrechtspositionen andererseits (s. u. b)) zu differenzieren.

### a) *Verbandskompetenzen und Verbandsingerenzen ‚vor Gericht‘*

*Judicial federalism* betrifft vorrangig die gerichtliche Kontrolle des Gebrauchs von Föderalismusverfassungsrecht durch Akteure der nicht-judikativen Praxis – also v. a. die gerichtliche Kontrolle des *Verbandskompetenz-* und des *Verbandsingerenzgebrauchs* von Legislativen und Exekutiven der föderalen Träger. Die gerichtliche Überprüfung der Einhaltung von Kompetenz- und Ingerenznormen bildet

---

<sup>2897</sup> Hierzu nur die Anm. eben in Fn. 2894 a. E.; im deutschsprachigen Verfassungsrechtsdiskurs wird dies vor allem unter dem Schlagwort „funktionell-rechtliche Schranken der Verfassungsgerichtsbarkeit“ diskutiert – Überblick bei *W. Heun*, Funktionell-rechtliche Schranken der Verfassungsgerichtsbarkeit. Reichweite und Grenzen einer dogmatischen Argumentationsfigur, Baden-Baden 1992.

<sup>2898</sup> So z. B. in Australien und Kanada, vgl. hierzu nur die komparatistische Arbeit von *G. Baier*, Courts and Federalism. Judicial Doctrine in the United States, Australia, and Canada, Vancouver, B.C., Kanada, u. a., 2006, S. 97 ff.; dabei ist das Verhältnis zwischen *judicial federalism* und *political (departmentalist, popular) federalism* von Föderation zu Föderation durchaus unterschiedlich abgestimmt; komparativ besonders bemerkenswert ist insoweit das Föderalismusverfassungsrecht Äthiopiens: Wie *K. Kassaye Ahmed*, Umpiring a Federal System. The Ethiopian Choice in Comparative Perspective, Bern, Schweiz, 2017, S. 195 ff., zeigt, spielt dort – über das *House of Federation – departmentalist federalism* (jedenfalls außerjudikativer Föderalismus) eine besonders große Rolle.

<sup>2899</sup> Im Fall des Grundgesetzes ergibt sich das ausdrücklich aus dem Verfassungstext (vgl. insbesondere Art. 93 Abs. 1 Nr. 2a, Nr. 3 GG). In der US-Verfassung gibt es zwar keine eindeutigen textlichen Hinweise gerade auf ein föderalismusverfassungsrechtsbezogenes richterliches Prüfungs- und Aufhebungsrecht, jedoch ist ein solches in der Entscheidungspraxis des *U.S. Supreme Court* – mit einer sachlich eng begrenzten Ausnahme in *Garcia v. San Antonio Metropolitan Transit Authority*, 469 U.S. 528 (1985), hierzu unten C. I. 2. b) aa) – klar etabliert; vgl. nur die sogleich in Fn. 2901 genannten Leitentscheidungen zur Auslegung der *commerce clause* sowie die in § 5 und § 6 im Detail ausgewerteten Judikate zu den Verbandsgrundrechtspositionen.



traditionell das Zentrum von *judicial federalism*,<sup>2900</sup> allen voran die Auslegung von praktisch bedeutsamen Bundesgesetzgebungskompetenztiteln wie der US-amerikanischen *commerce clause* (Art. I, Sec. 8, Cl. 3 USC) oder des grundgesetzlichen Titels „Recht der Wirtschaft“ (Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG).<sup>2901</sup>

#### aa) Fokus gerichtlicher Kontrolle: Kompetenz- bzw. Ingerenzauslegung und -qualifikation

Die gerichtliche Kompetenzkontrolle besteht aus zwei – mehr oder weniger gut unterscheidbaren<sup>2902</sup> – Schritten: *Erstens* ist der in Betracht gezogene Kompetenz- oder Ingerenztitel *auszulegen* und – *zweitens* – findet eine *Subsumtions-* und *Zuordnungsoperation* statt.<sup>2903</sup> Der zweite Schritt, die Subsumtion, besteht in einer binären Zuordnungsoperation, welche im Kompetenzrecht zum Teil als „Kompetenzqualifikation“<sup>2904</sup> bezeichnet wird: Es wird geprüft, ob eine bestimmte hoheitliche Maßnahme (z. B. ein formelles Gesetz, eine Verwaltungsentscheidung, etc.)

<sup>2900</sup> Vgl. auch insoweit die Beobachtung bei *H. Wechsler*, Colum. L. Rev. 54 (1954), 543 (544) – ausführlich zu Wechslers Aufsatz oben § 3, C. II.; vgl. auch die vehemente Betonung, der „umfassende[n] Justitiabilität“ der „grundgesetzlichen Kompetenzverteilung“ in BVerfG, Beschl. d. Zweiten Senats v. 25.03.2021 – 2 BvF 1/20 u. a. – Berliner Mietendeckel, Rn. 82.

<sup>2901</sup> Leitscheidungen des *U.S. Supreme Court* zur Auslegung der *commerce clause* bilden regelmäßig den Schwerpunkt von Darstellungen des Föderalismusverfassungsrechts der USA. Das Fallrecht zur Auslegung der *commerce clause* wird als so wesentlich betrachtet, dass (in Lehrbüchern, Handbüchern, *law school*-Kursen) regelmäßig auch nicht mehr geltende, also gewissermaßen nur noch verfassungsgeschichtlich interessierende Judikate behandelt werden. Es wird dann nicht nur die heute maßgebliche Entscheidung *United States v. Lopez*, 514 U.S. 549 (1995), in der Auslegung gemäß *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, 567 U.S. 519 (2012), behandelt, sondern auch ältere, längst aufgegebene Judikate; vgl. nur *M. C. Dorf/T. Morrison*, Constitutional Law, New York, N.Y., U.S.A., 2010, S. 79 ff.; *E. Chemerinsky*, Constitutional Law. Principles and Policies, 5. Aufl., New York, N.Y., U.S.A., 2015, S. 250 ff. Wichtige Judikate zur Auslegung des „Recht[s] der Wirtschaft“ umfassen die oben angesprochenen Judikate BVerfGE 8, 143 (150) – Besch[us]gesetz, s. o. § 5, A. I. 3. b) – und BVerfGE 135, 155 (196), m. w. N. – Filmförderungsabgabe, s. o. § 5, A. I. 3. a).

<sup>2902</sup> Schwierigkeiten der Unterscheidung der beiden Schritte bestehen insoweit, dass bereits der erste Schritt, die Titelauslegung häufig sehr stark auf den konkreteren Gegenstand der Qualifikationsoperation ausgerichtet ist (dies wird beispielsweise deutlich bei BVerfG, Beschl. d. Zweiten Senats v. 25.03.2021 – 2 BvF 1/20 u. a. – Berliner Mietendeckel, Rn. 108 ff., wenn bereits bei der Titelauslegung von „das bürgerliche Recht“ aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG die soziale Mietzinsgestaltungsrahmung als Teil des bürgerlichen Rechts etabliert wird); letztlich geht es stets um einen Annäherungsvorgang von zwei Polen: Auslegung des Titels und Charakterisierung der konkreten Maßnahme.

<sup>2903</sup> Diesen Zweischritt aus Auslegung und Zuordnung betont BVerfG, Beschl. d. Zweiten Senats v. 25.03.2021 – 2 BvF 1/20 u. a. – Berliner Mietendeckel, Rn. 98 ff.

<sup>2904</sup> Etwa bei *H. D. Jarass*, Kartellrecht und Landesrundfunkrecht, Köln u. a. 1991, S. 39: „die Frage, welche Kompetenzmaterie einschlägig ist, [...], die „Kompetenzqualifikation“; *M. Kloepfer*, Verfassungsrecht, Bd. I, München 2011, § 21, Rn. 48 ff.; *C. Degenhart*, Staatsrecht I. Staatsorganisationsrecht. Mit Bezügen zum Europarecht, 37. Aufl., Heidelberg 2021, Rn. 173.

einem für diesen Maßnahmetyp in Frage kommenden – ‚zuvor‘ im ersten Schritt ausgelegten – Kompetenztitel zugeordnet (also: darunter subsumiert) werden kann. Die Zuordnung einer Maßnahme zu einem Maßnahmetyp im Rahmen der Kompetenzqualifikation erfolgt v. a. mit Blick auf den erfassten sachlich-inhaltlichen Regelungsgegenstand oder Lebenssachverhalt (z. B. „commerce“ oder „Wirtschaft“). Bei manchen Kompetenztiteln kommt noch hinzu, dass überprüft werden muss, ob die vom Kompetenztitel in Bezug genommene Regelungstechnik verwendet wurde (etwa bei Steuergesetzgebungskompetenzen die passende Abgabenausgestaltung oder bei besonderen Rechtsregimes wie dem „bürgerlichen Recht“ der passende Regelungsansatz<sup>2905</sup>).

Vereinzelte Kompetenznormen auch funktional-zielgerichtet formuliert sein. Dies ist in der US-Verfassung und im Grundgesetz – verglichen etwa mit dem Verfassungsrecht der Europäischen Union<sup>2906</sup> – eher seltener der Fall.<sup>2907</sup> Das Grundgesetz enthält allerdings mit der – insgesamt systemfremden<sup>2908</sup> – Erforderlichkeitsklausel des Art. 72 Abs. 2 GG ein kompetenzrechtliches Funktionalisierungselement, welches auch justiziabel ist<sup>2909</sup>: Über die sachlich-inhaltliche Zuordnungsoperation zu einem bestimmten Regelungsgegenstand hinaus werden hier für bestimmte in Art. 72 Abs. 2 GG enumerativ in Bezug genommene Kompe-

---

<sup>2905</sup> Ausführlich oben § 5, A. IV.

<sup>2906</sup> Als Beispiel können die Art. 191, 192 AEUV zu den umweltschutzbezogenen Kompetenzen der Europäischen Union dienen: Art. 191 AEUV listet Ziele (Abs. 1), Prinzipien (Abs. 2) und Leitlinien (Abs. 3) der EU-Umweltschutzpolitik auf; Art. 192 Abs. 1 AEUV enthält dann die eigentliche Kompetenznorm, welche Art. 191 AEUV allerdings in Bezug nimmt.

<sup>2907</sup> Insbesondere gibt auch die *Necessary and Proper Clause* (Art. I, Sec. 8, Cl. 18 USC) in der sehr weiten Auslegung, die sie seit *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. (4 Wheat.) 316 (1819), 413, erfährt, keine solche Funktionalisierung der Kompetenzzuteilung her; hierzu nur *M. C. Dorf/T. Morrison*, *Constitutional Law*, New York, N.Y., U.S.A., 2010, S. 79. Freilich mögen sich der Rechtsprechung der Gerichte zur Kompetenzqualifikation Spuren funktionalistischer Erwägungen entnehmen lassen: Untersucht man die gerichtliche Dogmatik zur *interstate commerce clause* näher, so zeigt sich jedoch, dass beispielsweise der *Lopez*-Test – aus *United States v. Alfonso D. Lopez, Jr.*, 514 U.S. 549 (1995) – zur Reichweite der Gesetzgebungskompetenz für „commerce [...] among the several States“ (Art. I, Sec. 8, Cl. 3 USC) *nicht* nach der Erforderlichkeit bundesgesetzlicher Regelung zur Erreichung bestimmter Ziele, sondern nach einem kausalen Konnex zwischen einem regulierten Sachverhalt (in *Lopez*: Waffentragen in der Nähe von Schulen) auf das zwischenstaatliche Handeln fragt. Es geht hier *nicht* (jedenfalls nicht explizit) um die Prüfung, ob gesetzgeberische Ziele wie die Wahrung der Wirtschafts- und Rechtseinheit oder die Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse angestrebt werden, sondern darum, ob der Lebensbereich *interstate commerce* überhaupt berührt ist.

<sup>2908</sup> Beachte allerdings *U. Berlit*, JöR N.F. 44 (1996), 17 (39): keine Systemwidrigkeit.

<sup>2909</sup> Dies hat der verfassungsändernde Gesetzgeber im Jahr 1994 unmissverständlich klar gestellt, u. a. durch Schaffung von Art. 93 Abs. 1 Nr. 2a GG. Das Bundesverfassungsgericht hat unterdessen Fallrecht zu Art. 72 Abs. 2 GG geschaffen: BVerfGE 106, 62 (148 ff.) – Altenpflegegesetz; BVerfGE 111, 226 (255) – Juniorprofessur; BVerfGE 112, 226 (243 ff.) – Studiengebühren; BVerfGE 135, 155 (203 ff.) – Filmförderungsabgabe.

tenztitel<sup>2910</sup> zusätzlich auch explizite funktionale (letztlich „politische“<sup>2911</sup>) Erwägungen der „Erforderlichkeit“ zur Erreichung bestimmter Zwecke verlangt – Christian Waldhoff spricht von „materiellem Kompetenzzuweisungsrecht“<sup>2912</sup>.

Im Grundsatz ist die gerichtliche Kompetenzkontrolle jedoch – und dies ist festzuhalten – dadurch gekennzeichnet, dass das Gericht hier auf die Erörterung von Fragen der *politischen Zweckmäßigkeit zu verzichten*<sup>2913</sup> und sich auf die beschriebene Operation der Zuordnung einer bestimmten Maßnahme zu einem kompetenzrechtlich relativ abstrakt umrissenen Maßnahmentyp zu beschränken hat. Und auch hinsichtlich der Kontrolldichte bei der Ausnahmenvorschrift Art. 72 Abs. 2 GG bemüht sich das Bundesverfassungsgericht um eine gewisse Zurückhaltung und gesteht dem Gesetzgeber eine „Einschätzungsprärogative“ zu.<sup>2914</sup>

Verbandsingenenzen sind den Verbandskompetenzen insoweit weitgehend strukturähnlich<sup>2915</sup> – jeweils handelt es sich schließlich um Ausprägungen des

<sup>2910</sup> Art. 72 Abs. 2 GG gilt „[a]uf den Gebieten des Artikels 74 Abs. 1 Nr. 4, 7, 11, 13, 15, 19a, 20, 22, 25 und 26 [...]“; dies umfasst praktisch bedeutsame Gebiete wie „das Aufenthalts- und Niederlassungsrecht der Ausländer“ (Nr. 4), „das Recht der Wirtschaft“ (Nr. 11), „den Straßenverkehr, das Kraftfahrwesen, den Bau und die Unterhaltung von Landstraßen für den Fernverkehr sowie die Erhebung und Verteilung von Gebühren oder Entgelten für die Benutzung öffentlicher Straßen mit Fahrzeugen“ (Nr. 22), um nur drei Beispiele zu nennen.

<sup>2911</sup> Vgl. die Stellungnahme der Bundesregierung zum ursprünglichen – später für erledigt erklärten, aber im Großen und Ganzen hinsichtlich Art. 72 Abs. 2 GG n.F. mit der letztlich beschlossenen Verfassungsänderung ähnlichen – Gesetzentwurf des Bundesrats, Anlage 2 der BT-Drs. 12/7109, S. 13 (15): v. a. das Tatbestandsmerkmal „im gesamtstaatlichen Interesse“ in Art. 72 Abs. 2 GG n.F. erfordere eine „Entscheidung politischen Ermessens“, eine „politische Wertung“.

<sup>2912</sup> C. Waldhoff, in: H.-G. Henneke (Hrsg.), *Föderalismusreform in Deutschland. Bestandsaufnahme der Kommissionsarbeit und Umsetzungsperspektiven*, Stuttgart 2005, S. 55 ff.; ders., JZ 2014, 407 (408), m. w. N.

<sup>2913</sup> BVerfG, Beschl. d. Zweiten Senats v. 25.03.2021 – 2 BvF 1/20 u. a. – Berliner Mietendeckel, Rn. 101: „Für Zweckmäßigkeitsüberlegungen ist in diesem Zusammenhang ebenso wenig Raum“.

<sup>2914</sup> BVerfGE 135, 155 (204) – Filmförderungsgesetz: „Dem Gesetzgeber steht insoweit zwar eine Einschätzungsprärogative zu; die verfassungsgerichtliche Kontrolle ist hier jedoch nicht auf eine bloße Vertretbarkeitskontrolle beschränkt [...]. Die verfassungsrechtliche Beurteilung hängt von der objektiven Rechtfertigungsfähigkeit der Einschätzung des Gesetzgebers ab“.

<sup>2915</sup> In Details mag man freilich auch typische Unterschiede zwischen Verbandskompetenzen und Verbandsingenenzen ausmachen, welche für die Frage der gerichtlichen Kontrolldichte von Relevanz sind: Ingerenznormen unterscheiden sich zum Teil dadurch von Kompetenznormen, dass sie ausdrücklich an verfassungstextlich geschriebene, konkret gefasste formelle und materielle Voraussetzungen geknüpft sind. Besonders anschaulich ist das bei *Einwirkungsingenenzen* (hierzu oben § 4, A. II. 3. a): So gehen beispielsweise die *Einwirkungsingenenzen der domestic violence clause* (Art. IV, Sec. 4 USC a.E.) und des Art. 91 Abs. 2 S. 2 GG mit bestimmten ausdrücklich verfassungstextlich geschriebenen formellen Sicherungen in Gestalt von Antrags- und Anhörungsrechten einher (s. bereits oben § 4, B. III. 2. b) cc) u. § 6, A. II. 1. a) aa)). Einige Ingerenznormen enthalten auch ausdrücklich verfassungstextlich geschriebene materielle Voraussetzungen, so beispielsweise die detail-

Normentyps ‚Zuständigkeitsvorschriften‘ (hierzu oben § 4, A. I. 4. a)): Auch bei Verbandsingerenzen lässt sich ein eher abstrakter Schritt der Ingerenzqualifikation im Sinne einer binären Zuordnungsoperation eines bestimmten Maßnahmetyps (z. B. Bundesfinanzhilfe) zu einem föderalen Träger ausmachen; diese Ingerenzqualifikation ist wie die Kompetenzqualifikation weitgehend von Fragen der politischen Zweckmäßigkeit freigehalten.

#### bb) Gerichtliche Kontrollfreiheit des Kompetenz- und Ingerenzausübungsermessens

Aspekte der politischen Zweckmäßigkeit werden im Wesentlichen erst beim der Kompetenz- oder Ingerenzqualifikation nachfolgenden Schritt der Kompetenz- oder Ingerenzausübung<sup>2916</sup> relevant. Die Kompetenz- und Ingerenzausübung ist nun aber grundsätzlich – aus Sicht des Kompetenz- bzw. Ingerenzrechts – gerichtlich kontrollfrei; es besteht ein gerichtlich zu respektierendes Kompetenz- bzw. Ingerenzausübungsermessen der zuständigen Stelle. Auch insoweit gilt, dass Verbandsingerenzen und Verbandskompetenzen weitgehend strukturähnlich sind, sodass die nachfolgenden vertiefenden Anmerkungen zum Kompetenzausübungsermessen analog für das Ingerenzausübungsermessen gelten<sup>2917</sup>:

Die grundsätzliche gerichtliche Kontrollfreiheit des Kompetenzausübungsermessens ergibt sich bereits aus dem Begriff der ‚Kompetenz‘: ‚Kompetenz‘ wurde oben als Einräumung einer (bloßen) Handlungsmöglichkeit, welche unter dem Vorbehalt weitergehender Rechtmäßigkeitsanforderungen steht, definiert (s. o. § 4,

---

lierten materiellen Vorgaben für Bundesfinanzhilfen in Art. 104b ff. GG. Das funktionale Äquivalent zu Art. 104b ff. GG in der US-Verfassung, Art. I, Sec. 8, Cl. 1 USC, zeigt freilich beispielhaft, dass auch die Rechtsgrundlagen für Verbandsingerenzen als bloße Zuständigkeitsvorschriften ohne weitergehende Tatbestandsmerkmale daherkommen können. Die Einhaltung ausdrücklich verfassungstextlich geschriebener formeller und materieller Voraussetzungen ist grundsätzlich gerichtlich überprüfbar.

Für *Mitwirkungsingerenzen* (hierzu oben § 4, A. II. 3. a), B. II. 1.) gilt im Grundsatz Ähnliches; auch insoweit enthalten die Verfassungen gerichtlich überprüfbare formelle und materielle Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen. Als Beispiel kann die rechtliche Rahmung der *bottom-up*-Mitwirkungsingerenzen der deutschen Länder im föderalen Bundesorgan Bundesrat dienen: Gerichtlich überprüfbar ist hier neben den (formellen) Vorschriften des Grundgesetzes über die Abstimmung im Bundesrat, etwa hinsichtlich der einheitlichen Stimmabgabe nach Art. 51 Abs. 3 S. 2 GG (BVerfGE 106, 310 – Zuwanderungsgesetz), etwa auch die für den Umfang der Mitwirkungsingerenzen im Bereich der Bundesgesetzgebung wichtige Frage danach, ob ein Einspruchs- oder ein Zustimmungsgesetz (vgl. Art. 77 Abs. 2a bzw. Abs. 3 GG) vorliegt (vgl. zur Justiziabilität nur BVerfGE 37, 363 [379 ff.] – Bundesrat; BVerfGE 48, 127 [177 ff.] – Wehrpflichtnovelle).

<sup>2916</sup> Deutlich zur Unterscheidung zwischen „Kompetenzqualifikation“ und „Kompetenzausübung“ H. D. Jarass, Kartellrecht und Landesrundfunkrecht, Köln u.a. 1991, S. 39 f., m. w. N.

<sup>2917</sup> Beachte freilich die Anm. eben in Fn. 2915; die dort in Bezug genommenen geschriebenen, konkret gefassten materiellen Voraussetzungen in Ingerenznormen mögen dem Ingerenzausübungsermessen von vorneherein weniger Raum geben.

A. I. 1.). Das Begriffselement der ‚(bloßen) Handlungsmöglichkeit‘ zeigt dabei an, dass den Adressaten der Kompetenznorm (also vorliegend den Akteuren der nicht-judikativen Praxis) aus Sicht des Kompetenzrechts i. e. S. ein (politisches) Ermessen hinsichtlich der Frage, ob und wie sie die eingeräumte Möglichkeit nutzen möchten, eingeräumt wird (‚kompetenzausübungsbezogenes Ermessen‘<sup>2918</sup>): Die Ausübung dieses Ermessens bei der Kompetenz(-nicht-)ausübung unterliegt grundsätzlich keiner gerichtlichen Zweckmäßigkeitskontrolle. Im Fall von *Gesetzgebungskompetenzen* hat der Gesetzgeber also beispielsweise eine kontrollfreie „Einschätzungsprärogative bezüglich des zu regelnden Sachverhalts“<sup>2919</sup> und bezüglich der gewählten Mittel.<sup>2920</sup>

Das heißt nicht, dass sich im Rahmen der Kompetenzausübung (und Ingerenzausübung) nicht *anderweitige* gerichtlich sanktionierbare Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen aus *anderen* Verfassungsnormen ergeben können. Dies wurde bereits bei Erarbeitung der Arbeitsdefinition von ‚Kompetenz‘ als ‚Vorbehalt *weitergehender* Rechtmäßigkeitsanforderungen‘ (*außerhalb* des Kompetenzrechts) bezeichnet (s. o. § 4, A. I. 3. b)): Über die kompetenzrechtliche Frage i. e. S. (d. h. über die Kompetenzqualifikation) hinaus kann (und wird es in aller Regel) selbstverständlich weitergehende rechtliche Anforderung an die Kompetenzausübung geben, welche dann ‚doch‘ durch die Gerichte überprüfbar und sanktionierbar sein können. Dies betrifft etwa die Vereinbarkeit der Kompetenz(-nicht-)ausübung mit Individualgrundrechten, Staatszielen und Staatsstrukturprinzipien, aber insbesondere auch mit den Verbandsgrundrechtspositionen (anderer) föderaler Träger (hierzu nun b)).<sup>2921</sup>

#### b) Ein zweiter Schritt:

##### *gerichtliche Durchsetzung von Verbandsgrundrechtspositionen*

Von der gerichtlichen Kompetenz- und Ingerenzqualifikation wird in der vorliegenden Untersuchung die gerichtliche Durchsetzung von Verbandsgrundrechtspositionen unterschieden: Dabei werden nicht Kompetenz- oder Ingerenztitel ausgelegt und mit konkreten Maßnahmen abgeglichen, sondern Verbandsgrundrechts-

<sup>2918</sup> Zu beachten ist, dass – im Fall von *Gesetzgebungskompetenzen* – mit diesem ‚kompetenzausübungsbezogenen Ermessen‘ nur ein Ausschnitt aus dem größeren Diskussionsfeld um das ‚Gesetzgebungsermessen‘, welches v. a. auch grundrechtsdogmatische Fragen (Justiziabilität und gerichtliche Maßstäbe bei der Kontrolle insbesondere des Übermaßverbots) umfasst; vgl. umfassend K. Meßerschmidt, *Gesetzgebungsermessen*, Berlin 2000.

<sup>2919</sup> K. Meßerschmidt, *Gesetzgebungsermessen*, Berlin 2000, S. 932 ff.

<sup>2920</sup> Vgl. C. L. Tebben, Publius 20 (1990), 113 (119 f.), im Anschluss an *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. (4 Wheat.) 316 (1819), 408 ff., in Auslegung der *Necessary and Proper Clause* in Art. I, Sec. 8, Cl. 18 USC.

<sup>2921</sup> Vgl. C. L. Tebben, Publius 20 (1990), 113 (119 f.), welche im Anschluss an John Marshall von „fair landmarks of the Constitution“ als Grenzen der Kompetenzausübungsfreiheit der nicht-judikativen Praxis spricht; vgl. auch (zu dem, was vorliegend ‚Verbandsgrundrechtspositionen‘ genannt wird, als Verbandskompetenzausübungsgrenze) M. C. Dorf/T. Morrison, *Constitutional Law*, New York, N.Y., U.S.A., 2010, S. 70, 84.

positionen als – *hinzutretende* – Kompetenz- und Ingerenzausübungsregeln gerichtlich entwickelt (Modus ‚dynamisches Setzen‘) und durchgesetzt (Modus ‚Sanktionieren‘). Der föderalismusverfassungsrechtliche Prüfungsvorgang des Gerichts ist dann also zweischrittig: Aufbauend auf den ersten Schritt der basalen Kompetenz- bzw. Ingerenzqualifikation erfolgt als zweiter Schritt die Durchsetzung von Verbandsgrundrechtspositionen.<sup>2922</sup>

Die Konturierung und Operationalisierung von Verbandsgrundrechtspositionen bedarf regelmäßig des dogmatischen Konzeptualisierens über die insoweit spärlichen Verfassungstexte hinaus (s. o. § 4, B. III. 2. u. 4.) – eine Aufgabe, die insbesondere von der Rechtsprechung wahrgenommen wird (zur gesteigerten Verfassungstextferne und Rechtsprechungsnähe der Verbandsgrundrechtspositionen bereits oben § 7, A. II. 1. a)). Verbandsgrundrechtspositionen sind – gerade auch im Vergleich mit den ‚praxis‘-nahen Verbandskompetenzen und Verbandsingerenzen – das Rückzugsfeld (Refugium) der Rechtsprechung im Föderalismusverfassungsrecht. Hier ist der primäre Wirkort von ‚Föderalismus als Instrument und Lesekonvention vor Gericht‘, an welchem *judicial activism* fruchtbaren Boden finden kann. Freilich tritt die Rechtsprechung bei der Durchsetzung der Verbandsgrundrechtspositionen in vielfältige Wechselwirkungen mit der nicht-judikativen Praxis und der (para-)demokratischen Öffentlichkeit (hierzu sogleich C.).

#### IV. Zwischenfazit: Arbeitsteilung, „Toleranz“ und Zusammenspiel der Wirkungsdimensionen

Weder unter der US-Verfassung noch unter dem Grundgesetz kommen *departmentalist federalism* (s. o. I.), *popular federalism* (s. o. II.) oder *judicial (review) federalism* (s. o. III.) in Reinform vor. Verfassungsinterpretation ist vielmehr ein Gemeinschaftsprojekt im Schnittpunkt dieser Wirkungsdimensionen; Michael C. Dorf und Barry Friedman haben diese Erkenntnis unter der Formel „*shared constitutional interpretation*“ zusammengefasst.<sup>2923</sup> Jenna Bednar hat dieses interpretatorische Gemeinschaftsprojekt für den hier interessierenden Bereich des Fö-

<sup>2922</sup> Deutlich zu dieser Auftrennung der beiden Prüfungsschritte *M. C. Dorf/T. Morrison*, Constitutional Law, New York, N.Y., U.S.A., 2010, S. 70, 84; vgl. exemplarisch für eine solche Auftrennung der Prüfungsschritte Verbandszuständigkeitsqualifikation einerseits und Verbandsgrundrechtsposition als Zuständigkeitsausübungsregel andererseits: *New York v. United States*, 505 U.S. 144 (1992), 145: „*Although regulation of the interstate market in the disposal of low level radioactive waste is well within Congress' Commerce Clause authority, [...] Congress may not commandeer the States' legislative processes by directly compelling them to enact and enforce a federal regulatory program, but must exercise legislative authority directly upon individuals.*“

<sup>2923</sup> *M. C. Dorf/B. Friedman*, Supreme Court Review 2000, 61 – am Beispiel der strafprozessrechtlichen Leitentscheidung *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966), und ihrer Aktualisierung in *Dickerson v. United States*, 530 U.S. 428 (2000), lasse sich verdeutlichen, wie der U.S. Supreme Court und die Legislativen sowie Exekutiven, und zwar jeweils auf Bundesebene und Einzelstaatenebene, zusammenwirken, um ein Grundrecht von im Strafprozess Beschuldigten zu interpretieren und effektivieren.



deralismusverfassungsrechts näher qualifiziert; die beteiligten Akteure seien durch gegenseitige „Toleranz“ miteinander verbunden: „*In a robust federation, there is one sense in which the safeguards agree: they tolerate one another. Tolerance of the institution is not the same as agreeing with the decision one makes.*“<sup>2924</sup>

Im Föderalismusverfassungsrecht der US-Verfassung und des Grundgesetzes ergibt sich innerhalb des interpretatorischen Gemeinschaftsprojekts „*shared constitutional interpretation*“ eine typische Arbeitsteilung; zugespitzt<sup>2925</sup> lässt sich folgende reziprok-chiastische Zuordnung von föderalismusverfassungsrechtlichen Strukturelementen zu föderalismusverfassungsrechtlichen Wirkungsdimensionen identifizieren (s. u. Abb. 7): Während Verbandskompetenzen und Verbandsingenzenzen durch eine besondere Praxisnähe und eine insgesamt eher zurückgenommene Rolle der Rechtsprechung<sup>2926</sup> geprägt sind (s. o. I. 2. a) u. III. 2. a) bb)), kennzeichnet das Strukturelement Verbandsgrundrechtspositionen – gerade umgekehrt – eine besondere Rechtsprechungsnähe (s. o. III. 2. b)) und eine häufig nur sekundäre<sup>2927</sup>, eben von der (nachträglichen<sup>2928</sup>) gerichtlichen Sanktionierung abhängige, Bedeutung für die nicht-judikative Praxis. Freilich wurden auch vereinzelte Aktivitäten von förderierten Einheiten beschrieben (insbesondere unter dem Stichwort ‚[soft] nullification‘), welche als Behauptung von Verbandsgrundrechtspositionen außerhalb der Gerichte lesbar sind (s. o. I. 2. c)).

Die Wirkungsdimension ‚(para-)demokratische Öffentlichkeit und Willensbildung‘ nimmt eine – juristisch tendenziell schwer fassbare – Mittlerposition ein: Mitglieder der *para*-demokratischen Öffentlichkeit mobilisieren Föderalismusverfassungsrecht als Rechtsschutzsuchende vor Gericht (s. o. II. 2. f)), können aber auch – diffus und voraussetzungs voll – Föderalismusverfassungsrechtsverstöße – dann als demokratische Öffentlichkeit – ‚an der Wahlurne‘ sanktionieren (s. o. II. 2. g)). In Einzelfällen lässt sich direkt-demokratische Aktivität als Behauptung von Verbandsgrundrechtspositionen lesen, dann ggf. gerade im Zusammenspiel mit der nicht-judikativen Praxis (s. o. II. 2. d)).

‚Föderalismus als Instrument und Lesekonvention vor Gericht‘ ist nach alledem vor allem eine Frage der Durchsetzung von Verbandsgrundrechtspositionen (weniger dagegen eine Frage der Strukturelemente Kompetenzen und Ingerenzen); daher wird im Folgenden das Strukturelement der Verbandsgrundrechtspositionen in der Wir-

<sup>2924</sup> J. Bednar, *The Robust Federation*, Cambridge, Mass., U.S.A., 2009, S. 210 f.

<sup>2925</sup> Zu beachten sind insbesondere die relativierenden Anmerkungen in Fn. 2926, 2927 u. 2928.

<sup>2926</sup> Beachte aber die Ausführungen zur gerichtlichen Kompetenz- und Ingerenzqualifikation oben III. 2. a) aa).

<sup>2927</sup> Zu beachten ist aber, dass die nicht-judikative Praxis (v. a. dort ‚entwickelte‘ informale Ingerenzen) als (diskursive) ‚Bruststätte‘ für Verbandsgrundrechtspositionen dienen kann (wie im prominenten Beispiel der ‚Bundestreue‘) – dazu oben I. 2. b) cc).

<sup>2928</sup> Beachte aber, dass verfestigte Verbandsgrundrechtspositionen als ‚Richterrecht‘ durchaus auch schon auf die nicht-judikative Praxis ‚(vor-)wirken können (im Modus ‚Befolgen‘), ohne dass sie im konkreten Fall gerichtlich durchgesetzt würden – dazu oben I. 2. b) aa).



kungsdimension ‚Rechtsprechung‘ fokussiert. Die gerichtliche Durchsetzung von Verbandsgrundrechtspositionen ist allerdings nicht ohne eine hinreichende Würdigung der Interdependenzen mit den anderen beiden Wirkungsdimensionen (‚nicht-judikative Praxis‘ und ‚[para-]demokratische Öffentlichkeit‘) bei der Verwirklichung von Verbandsgrundrechtspositionen sinnvoll zu verstehen.

| Strukturelemente<br>Wirkungsdimensionen                       | I) Verbandskompetenzen                                                                                                                                                                 | II) Verbandsingerenzen | III) Verbandsgrundrechtspositionen (VGRP)                                                                                                                                                                                                      |
|---------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| A) nicht-judikative Praxis (NJP) (departmentalist federalism) | besondere Praxisnähe der Kompetenzen und Ingerenzen (-> Modus ‚[Nicht-]Befolgen‘) <sup>2929</sup>                                                                                      |                        | Praxisferne der VGRP; aber [vereinzelt:]: (1) Befolgen von (a) ‚richterrechtlichen‘ VGRP <sup>2930</sup> oder (b) VGRP im NJP-Ermessen <sup>2931</sup> , (2) ‚Entwickeln‘ neuer VGRP <sup>2932</sup> u. (3) Behaupten von VGRP <sup>2933</sup> |
| B) (para-)demokratische Öffentlichkeit (popular federalism)   | [diffus:] Mobilisieren und Sanktionieren <sup>2934</sup>                                                                                                                               |                        |                                                                                                                                                                                                                                                |
|                                                               |                                                                                                                                                                                        |                        | [vereinzelt:] Behaupten von VGRP <sup>2935</sup>                                                                                                                                                                                               |
| C) Rechtsprechung (judicial [review] federalism)              | zwar gerichtliche Kompetenz- und Ingerenzqualifikation (Modus ‚Sanktionieren‘) <sup>2936</sup> , aber weitgehende Kontrollfreiheit der Kompetenz- und Ingerenzausübung <sup>2937</sup> |                        | besondere Rechtsprechungsnähe VGRP (‚Föderalismus als Instrument und Lesekonvention vor Gericht‘ -> Modi ‚Sanktionieren‘ u. ‚dynamisches Setzen‘) <sup>2938</sup>                                                                              |

Abbildung 7: Fortschreibung der föderalismusverfassungsrechtlichen Struktur-Wirkungs-Matrix<sup>2939</sup>

<sup>2929</sup> S. o. I. 2. a).  
<sup>2930</sup> S. o. I. 2. b) aa).  
<sup>2931</sup> S. o. I. 2. b) bb).  
<sup>2932</sup> S. o. I. 2. b) cc).  
<sup>2933</sup> U. a. durch (soft) nullification; s. o. I. 2. c).  
<sup>2934</sup> S. o. II. 2. f) u. g).  
<sup>2935</sup> U. a. durch (soft) nullification; s. o. I. 2. c) u. II. 2. d).  
<sup>2936</sup> S. o. III. 2. a) aa).  
<sup>2937</sup> S. o. III. 2. a) bb).  
<sup>2938</sup> S. o. III. 2. b).  
<sup>2939</sup> Modifikation von Abb. 3 (in § 3, C. III.).

## **C. Rechtsprechung zu Verbandsgrundrechtspositionen im Trilog mit nicht-judikativer Praxis und (para-)demokratischer Öffentlichkeit**

Innerhalb des vorstehend in seinen Grundkoordinaten umrissenen Gemeinschaftsprojekts der „geteilten Verfassungsinterpretation“ (Dorf und Friedman)<sup>2940</sup> von Föderalismusverfassungsrecht entstehen bestimmte Knoten oder Schnittpunkte, an welchen die drei Wirkungsdimensionen Rechtsprechung, nicht-judikative Praxis und (para-)demokratische Öffentlichkeit – in gegenseitiger „Toleranz“ (Bednar)<sup>2941</sup> – typischerweise interagieren (s. u. I.). Ein ‚dogmatischer Ort‘, an welchem diese Interrelationen der Wirkungsdimensionen besonders intensiv sind, wird durch die Kategorie der ‚Verbandsgrundrechtspositionen‘ umschrieben. Diese sind nach dem vorstehend Erläuterten zwar durch eine besondere Rechtsprechungsnähe ausgezeichnet und ermöglichen ‚Föderalismus als Instrument und Lesekonvention vor Gericht‘ in intensiver Weise (s. o. B. IV.). Allerdings liegen gerade auch bei den Verbandsgrundrechtspositionen Interrelationen zwischen der Wirkungsdimension Rechtsprechung und den anderen beiden föderalismusverfassungsrechtlichen Wirkungsdimensionen vor. Das vorliegende Kapitel schließt mit der Hypothese, dass sich diese Interrelationen zwischen den drei Wirkungsdimensionen im Bereich der Verbandsgrundrechtspositionen föderierter Einheiten rhetorikanalytisch als ein Zusammenhang des Lesens und Gelesenwerdens erklären lassen (s. u. II.) – diese Hypothese wird später, im letzten Teil der Gesamtuntersuchung vertieft werden (s. u. §§ 10 ff.).

## **I. Induktiver Ausgangspunkt: Interrelationen der Wirkungsdimensionen in den Fallgruppen zu den Verbandsgrundrechtspositionen**

Ein Blick auf die oben behandelten Fallgruppen zu den Verbandsgrundrechtspositionen (s. o. §§ 5 f.) verdeutlicht, dass sich Schnittpunkte zwischen den drei föderalismusverfassungsrechtlichen Wirkungsdimensionen identifizieren lassen; diese Schnittpunkte ergeben sich vor allem mit Blick auf die Modi der Mobilisierung (s. u. 1.), der Sanktionierung (s. u. 2.) und der dynamischen Setzung (s. u. 3.) von Föderalismusverfassungsrecht:

### **1. Mobilisierung von Verbandsgrundrechtspositionen**

#### *a) Angewiesensein der Rechtsprechung auf ein Befasstwerden von außen*

Mangels eines Selbstbefassungsrechts sind Gerichte – im Bereich der Verbandsgrundrechtspositionen wie auch überhaupt – darauf angewiesen, mit der

<sup>2940</sup> „Shared constitutional interpretation“, M. C. Dorf/B. Friedman, Supreme Court Review 2000, 61 – dazu § 12, B. II. 3. c).

<sup>2941</sup> J. Bednar, The Robust Federation, Cambridge, Mass., U.S.A., 2009, S. 210 f.

Sanktionierung von Recht(sverstößen) von außen ‚befasst‘ zu werden (allgemein oben A. II. 2.). Hier ist die Wirkungsdimension ‚Rechtsprechung‘ auf das Zusammenwirken mit einer der anderen beiden Wirkungsdimensionen – mit der nicht-judikativen Praxis (s. u. b)) oder mit der (para-)demokratischen Öffentlichkeit (s. u. c)) – gerade angewiesen:

*b) Normalfall: Mobilisierung durch föderale Träger ‚selbst‘*

Ein Blick zurück auf die oben ausgewerteten gerichtlichen Entscheidungen zu den Verbandsgrundrechtspositionen der föderierten Einheiten (s. o. §§ 5 f.) zeigt, dass in den einschlägigen Fällen häufig die föderierten Einheiten selbst als Prozessbeteiligte auftreten (als Klägerinnen oder Beklagte); ausgewählte Beispiele aus beiden Föderationen sollen dies knapp in Erinnerung rufen:

In den USA bieten sich insoweit einige der gerichtlichen Auseinandersetzungen um die sog. *anti-commandeering*-Dogmatik als Anschauungsmaterial an: In der Leitentscheidung zum *legislative commandeering*, *New York v. United States* (1992), klagten der Staat New York sowie zwei *counties* aus dem wildromantischen ‚upstate‘ New York (Allegany County und Cortland County)<sup>2942</sup> gegen das atomrechtliche Bundesgesetz, welches sie erfolgreich als Beeinträchtigung der legislativen ‚Willensfreiheit‘ der Staaten und deshalb als einen Verfassungsverstoß ausstellten (ausführlich § 6, A. I. 2. a)).<sup>2943</sup> In der Leitentscheidung zum *executive commandeering*, *Printz v. United States* (1997), klagte hingegen kein Einzelstaat gegen das bundesgesetzliche Waffengesetz, sondern *Sheriff Jay Printz*, ein Amtsträger auf *county*-Ebene,<sup>2944</sup> mit Verweis auf seine hoheitliche Funktion: Bei der Ausübung

<sup>2942</sup> Vgl. *New York v. United States*, 505 U.S. 144 (1992), 154.

<sup>2943</sup> In den beiden Entscheidungen zum *legislative commandeering*, die jüngeren Datums sind, waren es auch Einzelstaaten, welche die Verbandsgrundrechtsposition ‚vor Gericht‘ brachten: Die *Obamacare*-Entscheidung von 2012, welche unter dem Fallnamen *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, 567 U.S. 519 (2012), firmiert (s. o. § 6, A. IV. 2. b)), konsumierte u. a. die Rechtssache *Florida, et al. v. Department of Health and Human Services, et al.* – hier ging es um die Verbandsgrundrechtsposition der Einzelstaaten beim Finanzierungsmechanismus (der Verband *National Federation of Independent Business* brachte demgegenüber die – davon zu trennende und in der vorliegenden Studie nicht behandelte – Verbandskompetenzfrage vor Gericht). Die Entscheidung *Murphy v. National Collegiate Athletic Association*, 584 U.S. \_\_\_\_ (2018), bezieht sich auf Verbandsgrundrechtspositionen des Staats New Jersey, vor Gericht in Stellung gebracht durch dessen Gouverneur, *Philip Dunton Murphy*.

<sup>2944</sup> Vgl. *Printz v. United States*, 521 U.S. 898 (1997), 904: Der Rechtsbehelf von *Sheriff Jay Printz* aus Ravalli County, Montana, wurde gemeinsam abgeurteilt mit dem Rechtsbehelf von *Sheriff Richard Mack* aus Graham County, Arizona. In seinem abweichenden Sondervotum kritisiert *Justice Stevens*, dass es sich bei *Printz* und *Mack* um *county*-Amtsträger, nicht aber um Amtsträger der Einzelstaaten selbst handelt, und hält die hinter dem Zehnten Zusatzartikel (s. o. § 3, A. I. 1.) stehende Verbandsgrundrechtsposition – anders als die Mehrheit – daher nicht für einschlägig, vgl. a. a. O., 939 (955, dort in Fn. 16) – abweichendes Sondervotum von *Justice Stevens*.

seiner hoheitlichen Funktion werde er durch das Bundesgesetz verletzt (ausführlich § 6, A. II. 2. a)).

In Deutschland mögen einige der oben skizzierten gerichtlichen Auseinandersetzungen um den Topos der ‚Kulturhoheit‘ als Sachgesetzgebungsreservat der Länder als Beispiele<sup>2945</sup> für prozessuale Konstellationen unter direkter Beteiligung der föderalen Träger dienen: In der Entscheidung zum Reichskonkordat von 1957 handelte es sich um einen *top-down*-Bund-Länder-Streit zwischen dem Bund als Antragsteller und dem Land Niedersachsen als Antragsgegner<sup>2946</sup>, in welchem der „Kulturhoheit“-Topos gewissermaßen als ‚Verteidigungsmittel‘ Niedersachsens daherkam (näher § 5, A. I. 3. a)). Hinter der 1. Rundfunkentscheidung von 1961 standen hingegen *bottom-up*-Bund-Länder-Streit-Anträge von Hamburg und Hessen gegen den Bund sowie ein – auf Normbestätigung gerichteter<sup>2947</sup> – abstrakter Normenkontrollantrag Hamburgs mit Bezug auf das Vertragsgesetz zum NDR-Staatsvertrag<sup>2948</sup> und dem „Kulturhoheit“-Topos gewissermaßen als argumentatives ‚Angriffsmittel‘ (näher zur Entscheidung § 5, A. I. 3. a)). Zugleich ist wiederum bemerkenswert, dass die Fallgruppe zur ‚Kulturhoheit‘ auch von Individualklägerinnen und Individualklägern ins Spiel gebracht wurde (dazu gleich c)).

Dass föderale Träger die ihnen zugeordneten Verbandsgrundrechtspositionen (ebenso wie sie belastende Verbandszuständigkeitsverletzungen) auch gerichtlich einklagen können, scheint selbstverständlich (und in der ‚Logik‘ der Verbandsgrundrechtspositionen ‚konsequent‘). Im Grundgesetztext wird die Existenz einklagbarer „Rechte“ der föderalen Träger in Art. 93 Abs. 1 Nr. 3 GG, der Grundnorm zum verfassungsprozessualen Bund-Länder-Streit vor dem Bundesverfassungsgericht, in der Wendung „Meinungsverschiedenheiten über Rechte und Pflichten des Bundes und der Länder“ pointiert angesprochen. Auch in den USA ist diese verfassungsprozessuale Konstellation grundsätzlich unbestritten.<sup>2949</sup> Dennoch gibt es *besondere* prozessuale Konstellationen, in denen es *gerade* zur Wirkmacht der Verbandsgrundrechtspositionen der föderierten Einheiten gehört, dass sie den Zugang zu Gericht ermöglichen. Anschaulich wird diese Funktion der Gerichtszugangsöffnung in *Massachusetts v. EPA* (2007): Hier widmete sich *Justice John Paul*

<sup>2945</sup> Alternativ ließe sich etwa auch auf die Fallgruppe ‚Funktionsvorbehalte der föderierten Einheiten (öffentliches Dienstrecht)‘ (s.o. § 5, A. II.), konkret auf die Rechtssache BVerfGE 4, 115 – Besoldungsgesetz von Nordrhein-Westfalen (einen Bund-Länder-Streit zwischen dem Bund und Nordrhein-Westfalen), und auf die Rechtssache BVerfGE 34, 9 – Besoldungsvereinheitlichung (einen abstrakten Normenkontrollantrag der Bundesregierung gegen ein Hessisches Landesgesetz), eingehen.

<sup>2946</sup> Vgl. BVerfGE 6, 309 (323) – Reichskonkordat.

<sup>2947</sup> I.S.v. § 76 Nr. 2 BVerfGG.

<sup>2948</sup> Vgl. BVerfGE 12, 205 (220 ff.) – 1. Rundfunkentscheidung.

<sup>2949</sup> Vgl. nur die entsprechende Feststellung des *U.S. Supreme Court* in *National League of Cities v. Usery*, 426 U.S. 833 (1976), 836 (dort in Fn. 7): „*In view of the fact that the appellants include sovereign States and their political subdivisions to which application of the 1974 amendments is claimed to be unconstitutional, we need not consider whether the organizational appellants had standing to challenge the Act.*“

Stevens ausführlich der Frage, ob (u. a.) der Staat Massachusetts die Klagebefugnis aufweise, die Bundesbehörde EPA gerichtlich dazu zu verpflichten, zu prüfen, ob sie Kohlenstoffdioxid dem Regelwerk des *Clean Air Act* zu unterwerfen habe: Das Gericht spricht insoweit explizit von einer „besonderen Besorgnis“ („*special solicitude*“), die es bei der Prüfung der Klagebefugnis gerade dem Einzelstaat Massachusetts zukommen lasse, da dieser (anders als die Städte und Verbände) seine „quasi-souveränen Interessen“ verteidigen wolle (näher oben § 5, B. II. 2. a)).<sup>2950</sup> Die „Quasi-Souveränität“ des Einzelstaats Massachusetts kommt hier als *gerade prozessual* stilisierte Verbandsgrundrechtsposition daher. Aus dem deutschen Föderalismusverfassungsrecht lässt sich für ein Beispiel einer solchen prozessual stilisierten Verbandsgrundrechtsposition auf die Entscheidung zum Wahlrecht für Ausländerinnen und Ausländer zurückverweisen: Mit einer Verbandsgrundrechtsposition, welche oben mit Konrad Kruis als „bündische Sorge um das Grundgesetz“ umrissen wurde, lässt sich erklären, weshalb der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts den abstrakten Normenkontrollantrag der Landesregierung Bayerns gegen das betreffende Landeswahlgesetz Schleswig-Holsteins als zulässig erachtete<sup>2951</sup> (s. auch § 6, B. II. 3. b)) – wobei dies freilich schon durch den Verfassungs- und Gesetzestext in Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG bzw. § 76 Abs. 1 BVerfGG sehr nahegelegt wird.

Zu beachten ist bei alledem, dass der Gebrauch von gerichtlichen Rechtsschutzmöglichkeiten nicht die einzige Handlungsoption und auch nicht immer die erste Wahl der Akteure der nicht-judikativen Praxis zur Durchsetzung ihrer Ziele sein muss<sup>2952</sup>; Konflikte über die (Nicht-)Ausübung – nicht aber über die Zuteilung(!) – von Kompetenzen oder Ingerenzen können beispielsweise auch im Wege der Verhandlung gelöst werden<sup>2953</sup>. Dabei kann die Tatsache, dass bestimmten Akteuren der nicht-judikativen Praxis Klagemöglichkeiten zukommen, dazu führen, dass diese Akteure der nicht-judikativen Praxis faktisch-politisch gestärkt werden, unabhängig davon, ob sie von ihren Klagemöglichkeiten tatsächlich Gebrauch machen oder nicht.<sup>2954</sup>

<sup>2950</sup> *Massachusetts v. Environmental Protection Agency*, 549 U.S. 497 (2007), 520.

<sup>2951</sup> Vgl. BVerfGE 83, 37 (49 f.) – Ausländerwahlrecht I.

<sup>2952</sup> Für die USA: *J. J. Dinan*, Penn State L. Rev. 115 (2012), 1007 (1025): „*In seeking the repeal or modification of these sorts of congressional statutes [i.e., „statutes perceived as extending beyond the federal government’s legitimate powers or encroaching on state authority“], states have at their disposal an array of mechanisms. They can lobby Congress to repeal the offending act. They can file federal lawsuits challenging its legitimacy. They can also enact state statutes intended to present the Supreme Court with a suitable opportunity to invalidate or narrowly construe the congressional act.*“

<sup>2953</sup> Für Deutschland etwa *B. Fassbender*, JZ 2016, 280 (282), zur Skepsis („Scheu“) der Länder, die Streitfragen um die Vertragsschlusskompetenzen von Bund und Ländern im Bereich ausschließlicher Landesgesetzgebungskompetenzen durch das Bundesverfassungsgericht klären zu lassen; stattdessen haben Bund und Länder sich auf einen *modus vivendi* geeinigt.

<sup>2954</sup> Vgl. zur (potenziellen) indirekten, politisch-faktischen Wirkung der 1994 neu geschaffenen Rechtsschutzmöglichkeiten für den Bundesrat, für Landesregierungen und für

*c) Aber auch: Mobilisierung durch Mitglieder  
der para-demokratischen Öffentlichkeit*

Ist die Einklagbarkeit von Verbandsgrundrechtspositionen durch föderale Träger im Grundsatz (weniger im Ausmaß) eine Selbstverständlichkeit, so scheint die Einklagbarkeit von Verbandsgrundrechtspositionen durch Mitglieder der para-demokratischen Öffentlichkeit zunächst weniger intuitiv zugänglich zu sein. Schließlich sind die Verbandsgrundrechtspositionen materiell-rechtlich den föderalen Trägern als solchen zugeordnet. Dennoch zeigt ein Blick zurück auf die Verbandsgrundrechtspositionen-Judikatur, dass es auch Beispiele für die Einklagbarkeit von Verbandsgrundrechtspositionen durch Mitglieder der para-demokratischen Öffentlichkeit gibt:

Im US-Föderalismus veranschaulicht die Fallgruppe zu (angeblichen) ‚unbeschriebenen‘ Sachgesetzgebungsreservaten rund um ‚*historic police powers*‘ der Einzelstaaten (näher oben § 5, A. I. 2.) die Einklagbarkeit von Verbandsgrundrechtspositionen durch Mitglieder der para-demokratischen Öffentlichkeit. Die – heute nur noch verfassungsgeschichtlich und rhetorisch interessante – Leitescheidung *Hammer v. Dagenhart* (1918) zur Verfassungswidrigkeit des bundesgesetzlichen Verbots der Kinderarbeit war durch *Roland Dagenhart* als ‚Privat‘<sup>2955</sup>-Person initiiert worden: *Dagenhart* wollte „für“<sup>2956</sup> (sich und) seine minderjährigen Söhne erreichen, dass diese weiterhin in einer Papiermühle in North Carolina arbeiten dürfen. *Dagenhart* hatte damit Erfolg, ein Sachgesetzgebungskompetenzreservat der Einzelstaaten im Bereich „*manufacturing*“ als Teil ihrer „*police power*“ gegen das Anti-Kinderarbeits-Bundesgesetz in Stellung zu bringen (s.o. § 5, A. I. 2. a)). Auch die oben angesprochenen funktional teilweise verwandten Judikate *Rice v. Santa Fe Elevator Corp.* (1947), *Roth v. United States* (1957) und *Bond v. United States* (2011 bzw. 2014), bei denen es ebenfalls um sachliche Gesetzgebungsreservate der Einzelstaaten geht (näher dazu § 5, A. I. 2. b) u. c)), wurden durch Individuen – in ihren sozialen Rollen als bundesgesetzlich belastete marktteilnehmende (Unternehmen) bzw. Strafverurteilte – initiiert.<sup>2957</sup> In *Bond v. United*

---

Landesparlamente in Art. 93 Abs. 1 Nr. 2a GG: *U. Berlitz*, JöR N.F. 44 (1996), 17 (39), welcher freilich a.a.O. in Fn. 165 sogleich „Skepsis“ äußert, ob die Länder dieses Potential nutzen würden.

<sup>2955</sup> ‚Privat‘ wird hier ironisiert wegen der offenkundigen Überschreitung der sog. *public/private divide* in dieser Rechtsschutzsituation. Für den Kläger *Roland D.* spielten neben föderalismusverfassungsrechtlichen Argumenten offenkundig auch bestimmte Vorstellungen über ‚Familie‘ und ‚Eigentum‘ als Schutzgüter eine Rolle.

<sup>2956</sup> Beachtlich die Umschreibung in *Hammer v. Dagenhart*, 247 U.S. 251 (1918), 268: „*A bill was filed [...] by a father in his own behalf and as next friend of his two minor sons, one under the age of fourteen years and the other between the ages of fourteen and sixteen years, employees in a cotton mill at Charlotte, North Carolina, to enjoin the enforcement of the act of Congress intended to prevent interstate commerce in the products of child labor.*“

<sup>2957</sup> In *Rice v. Santa Fe Elevator Corp.*, 331 U.S. 218 (1947), 220 f., klagte neben dem Unternehmer *Rice* freilich auch die Illinois Commerce Commission als einzelstaatlicher Hoheitsträger gegen die Verdrängung (*preemption*) von Einzelstaatenrecht durch ein Bundesge-

*States* (2011) widmete sich der *U.S. Supreme Court* isoliert der Frage, ob eine ‚rein‘ föderalismusverfassungsrechtliche Streitfrage durch Individuen ‚vor Gericht‘ gebracht werden darf.<sup>2958</sup> *Justice* Anthony Kennedy bejahte diese Frage für das einstimmig entscheidende Gericht und schrieb: „*Fidelity to principles of federalism is not for the States alone to vindicate.*“<sup>2959</sup> Auch für Individuen, welche konkret-individuell unter Verletzung von Föderalismusverfassungsrecht belastet werden, sei der entsprechende Föderalismusverfassungsrechtsverstoß vor Gericht rügbär (s. auch unten § 12, B. II. 3. a)).<sup>2960</sup>

Unter dem Grundgesetz kann auf die Fallgruppe zur ‚Kulturhoheit der Länder‘ zurückgegriffen werden,<sup>2961</sup> um die Einklagbarkeit von Verbandsgrundrechtspositionen durch Mitglieder der para-demokratischen Öffentlichkeit zu veranschaulichen. Zwar wurde eben dargestellt, dass in den einschlägigen Entscheidungen zum Reichskonkordat und zur „Deutschland-Fernsehen-GmbH“ (1. Rundfunkentscheidung) Rechtsbehelfe föderaler Träger vorlagen (s. o. b)), allerdings findet sich der Topos ‚Kulturhoheit der Länder‘ auch in Rechtsstreitigkeiten wieder, welche von Individuen geführt wurden: Die gerichtliche Klärung der Föderalismusverfassungsrechtslage bezüglich der Gesetzgebungskompetenzen im Bereich der Kin-

---

setz; die Beklagte, *Santa Fe Elevator Corp.*, war eine Geschäftspartnerin des Klägers *Rice*; Näheres zur dogmatischen Einordnung Entscheidung oben § 5, A. I. 2. b) aa). In *Roth v. United States*, 354 U.S. 476 (1957), wehrte sich *Samuel Roth*, ein Buchhändler und Kleinverleger, gegen seine Verurteilung wegen des Vertriebs von ‚*obscenity*‘-Material aufgrund eines Bundesgesetzes; Näheres zur dogmatischen Einordnung der Entscheidung oben § 5, A. I. 2. c). In *Bond v. United States*, 564 U.S. 211 (2011), u. *Bond v. United States*, 572 U.S. 844 (2014), ging *Carol Anne Bond* gegen ihre Verurteilung aufgrund eines Bundesgesetzes (über die Strafbarkeit des Gebrauchs von chemischen Waffen) vor; Näheres zur dogmatischen Einordnung der Entscheidung(en) oben § 5, A. I. 2. b) bb).

<sup>2958</sup> Es ging um die Frage, ob ein Bundesgesetz zur Grundlage für die Verfolgung von Straftaten von nur untergeordneter, lokaler Bedeutung gemacht werden darf (s. o. § 5, A. I. 2. b) bb)), vgl. *Bond v. United States*, 564 U.S. 211 (2011) – hier entschied das Gericht nur über die prozessrechtliche Frage; in *Bond v. United States*, 572 U.S. 844 (2014), ging es dann drei Jahre später um die Sache.

<sup>2959</sup> *Bond v. United States*, 564 U.S. 211 (2011), 222.

<sup>2960</sup> Vgl. *Bond v. United States*, 564 U.S. 211 (2011), 222: „*An individual has a direct interest in objecting to laws that upset the constitutional balance between the National Government and the States when the enforcement of those laws causes injury that is concrete, particular, and redressable.*“ In *Tennessee Elec. Power Co. v. TVA*, 306 U.S. 118 (1939), war die Klagebefugnis in einer lose vergleichbaren Konstellation noch verneint worden, allerdings ging es dort um die Abwehr von wirtschaftlicher Konkurrenz durch ein Unternehmen der öffentlichen Hand (unter [angeblichem] Verstoß gegen Föderalismusverfassungsrecht); Auseinandersetzung mit dieser Entscheidung bei *Bond v. United States*, 564 U.S. 211 (2011), 216 ff.

<sup>2961</sup> Alternativ ließe sich etwa auch auf die Rechtssache BVerfGE 98, 106 (119 f.) – Kommunale Verpackungsteuer, welcher Verfassungsbeschwerden von Unternehmen zugrunde liegen (s. o. § 5, A. IV. 3. a)), oder auf die Rechtssache BVerfG 33, 303 – *numerus clausus I*, welcher konkrete Normenkontrollanträge anlässlich von verwaltungsgerichtlichen Streitigkeiten betr. der Zulassung zum Medizinstudium an den Universitäten Hamburg und München zu Grunde liegen (s. o. § 5, C. III. 1.), eingehen.



dergartengebühren<sup>2962</sup> und der Filmförderung<sup>2963</sup> erfolgte anlässlich von Verfassungsbeschwerden von gebührenbelasteten Eltern<sup>2964</sup> bzw. kinobetreibenden Unternehmen<sup>2965</sup>. Die Beschwerdebefugnis ergab sich aus der Möglichkeit der Verletzung von Individualgrundrechten der Beschwerdeführerinnen und Beschwerdeführer. Die Möglichkeit der Verletzung von Individualgrundrechten kann auch in einem möglichen *Föderalismus*verfassungsrechtsverstoß liegen; so führte der Erste Senat im Kindergartengebühren-Beschluss aus: „Geschützt [durch Individualgrundrechte wie die allgemeine Handlungsfreiheit] ist insbesondere auch der Anspruch, durch die Staatsgewalt nicht mit einem finanziellen Nachteil belastet zu werden, der nicht in der verfassungsmäßigen Ordnung begründet ist“<sup>2966</sup>. Freilich schlug die im Rahmen der Begründetheit zu prüfende Argumentation mit einer angeblichen ‚Kulturhoheit‘ bzw. ‚Bildungshoheit der Länder‘ in diesen Fällen *im Ergebnis* nicht durch; die beiden Bundesgesetze zu den Kindergartengebühren und zur Filmförderungsabgabe wurden letztlich für verfassungsgemäß befunden (s. o. § 5, A. I. 3. a)). Anders war das im – aus argumentativer Sicht funktional analogen – Fall zur Kompetenzlage im Grenzbereich Tierschutz und Gefahrenabwehr bei Kampfhunden (s. o. § 5, A. I. 3. b)): Hier setzte sich die ‚Polizeihoheit der Länder‘ in der Begründetheitsprüfung einer Verfassungsbeschwerde-Konstellation durch und führte zur Kompetenzwidrigkeit der angegriffenen bundesgesetzlichen Regelung.<sup>2967</sup>

#### *d) Fazit: Miteinander und Synergie der Wirkungsdimensionen*

Aus dem Vorstehenden ergibt sich, dass die Verbandsgrundrechtspositionen von förderierten Einheiten gerade darauf angelegt sein können, von den förderierten Einheiten selbst oder von Mitgliedern der para-demokratischen Öffentlichkeit mobilisiert zu werden, d. h. ‚vor Gericht‘ gebracht zu werden. Das gilt insbesondere für die Mobilisierung durch förderierte Einheiten, wie die Entscheidungen *Massachusetts v. EPA* und zum Wahlrecht für Ausländerinnen und Ausländer zeigen (s. o. b)). Hier mag man die Hypothese aufstellen, dass bei der Mobilisierung von Verbandsgrundrechtspositionen durch die förderierten Einheiten etatistische Argumentationen eine hervorragende Rolle spielen (hierzu bei § 12, B. I. 3. b) cc)). Die Mobilisierung von Verbandsgrundrechtspositionen durch Mitglieder der para-demokratischen Öffentlichkeit kommt demgegenüber eher als Reflex zur prozessualen Geltendmachung ihrer Individualgrundrechte daher (s. o. c)). Hier – so wird wie-

<sup>2962</sup> BVerfGE 97, 332 – Kindergartengebühren.

<sup>2963</sup> BVerfGE 135, 155 – Filmförderungsabgabe.

<sup>2964</sup> Vgl. BVerfGE 97, 332 (340 f.).

<sup>2965</sup> Vgl. BVerfGE 135, 155 (167) – Filmförderungsabgabe.

<sup>2966</sup> BVerfGE 97, 332 (340 f.) – Kindergartengebühren.

<sup>2967</sup> BVerfGE 110, 141 (170 ff.) – Kampfhunde: die „Gesetzgebungszuständigkeit der Länder für das Recht der öffentlichen Sicherheit und Ordnung“ setzt sich gegen einen Annex zum Kompetenztitel „Tierschutz“ (Art. 74 Abs. 1 Nr. 20 GG) durch – s. o. § 5, A. I. 3. b).

derum später zu erörtern sein – kommt der Zusammenhang von Föderalismus und der Sicherung von ‚Freiheit‘ zum Ausdruck (s. u. § 12, B. II. 3. a)).

Insgesamt verdeutlicht das Vorstehende, dass die Verbandsgrundrechtspositionen der föderierten Einheiten ein Miteinander der föderalismusverfassungsrechtlichen Wirkungsdimensionen – in Synergie und Reziprozität – forcieren können. Man mag die Verbandsgrundrechtspositionen als Markierungen von „Rezeptionsnischen“ (Wolfgang Ullrich)<sup>2968</sup> und insoweit als rhetorisches Kapital und – in loser Anlehnung an Pierre Bourdieu – als „symbolisches Kapital“ („*capital symbolique*“<sup>2969</sup>) betrachten, an welchem die Rechtsprechung als sanktionierende Instanz einerseits sowie die nicht-judikative Praxis oder die (para-)demokratische Öffentlichkeit als mobilisierende Instanzen andererseits *gleichgerichtet und gemeinsam* durch ein Erkennen und Anerkennen<sup>2970</sup> partizipieren können.<sup>2971</sup>

## 2. Sanktionierung von Verbandsgrundrechtspositionen

### a) Verbandsgrundrechtspositionen zwischen judicial activism und judicial (self-)restraint

Beim vorstehend erörterten Modus der Mobilisierung von Föderalismusverfassungsrecht funktionieren Verbandsgrundrechtspositionen also v. a. auf dem Weg des synergetischen Zusammenwirkens der Rechtsprechung mit einer anderen föderalismusverfassungsrechtlichen Wirkungsdimension (s. eben 1. d)). Beim Modus der Sanktionierung kommen Verbandsgrundrechtspositionen hingegen *auch* als Posten der relativierenden Abschwächung der Wirkungsdimension Rechtsprechung in Frage: Schlagwortartig firmiert diese Relativierung der judikativen Position unter der – vorliegend bewusst nicht übersetzten<sup>2972</sup> – Formel *judicial (self<sup>2973</sup>)-restraint*.

<sup>2968</sup> W. Ullrich, in: ders., *Tiefer hängen. Über den Umgang mit der Kunst*, Berlin 2003, S. 13 (31 f.) – näher oben § 3, B. II. 6.

<sup>2969</sup> P. Bourdieu, *Raisons pratiques. Sur la théorie de l'action*, Paris, Frankreich, 1994, S. 160 f.

<sup>2970</sup> Vgl. P. Bourdieu, *Raisons pratiques. Sur la théorie de l'action*, Paris, Frankreich, 1994, S. 161: „*le capital symbolique est un capital à base cognitive, qui repose sur la connaissance et la reconnaissance*“.

<sup>2971</sup> Das heißt allerdings nicht, dass bei der Mobilisierung von Verbandsgrundrechtspositionen stets *alle drei* Wirkungsdimensionen synergetisch zusammenwirken müssten; vielmehr können – dies zeigt die *sovereign immunity*-Dogmatik (s. o. § 5, A. III. 2.) in exemplarischer Weise – Verbandsgrundrechtspositionen der föderierten Einheiten auch gerade gegen Kräfte der para-demokratischen Öffentlichkeit (etwa Individualklägerinnen und Individualkläger) gerichtet sein: Die *sovereign immunity*-Dogmatik verschließt diesen gerade den Zugang zu Gericht.

<sup>2972</sup> Dies eingedenk bestechender Übersetzungsvorschläge wie „richterlich[e] Selbstzucht“, vgl. H.-W. Bayer, *Die Bundestreue*, Tübingen 1961, S. 125; ohne Übersetzung demgegenüber etwa auch BVerfGE 36, 1 (14) – Grundlagenvertrag.

In einem weiten Sinn soll damit gesagt werden, dass die Sanktionierung von Verbandsgrundrechtspositionen nicht ausschließlich, nicht absolut Sache der Gerichte, sondern eben *auch* der nicht-judikativen Praxis und der (para-)demokratischen Öffentlichkeit ist.

Nach dem oben Gesagten ist dies zunächst konterintuitiv und scheinbar widersprüchlich; oben wurden die verfassungstextfernen Verbandsgrundrechtspositionen schließlich gerade als besonders rechtsprechungsnah, als Refugium der Judikative und fruchtbarer Boden für *judicial activism* charakterisiert (s. o. B. III. 2. b) u. IV.). Dennoch (oder gerade deshalb) bergen Verbandsgrundrechtspositionen aber auch das Potential, als Orte der gerichtlichen Zurückhaltung zu fungieren.<sup>2974</sup> Die Intensität („Dosierung“) der Sanktionierung von Verbandsgrundrechtspositionen steht eben weitgehend zur Disposition der Rechtsprechung selbst.

#### *b) Judicial (self-)restraint gegenüber der nicht-judikativen Praxis*

Herkömmlicherweise wird die Formel *judicial (self-)restraint* auf das Verhältnis zwischen Rechtsprechung und nicht-judikativer Praxis bezogen.<sup>2975</sup> Ein Blick zurück auf die Verbandsgrundrechtspositionen-Fallgruppen verdeutlicht, dass es verschiedene Techniken (Modi) der Abschwächung der Position der Rechtsprechung bei der Sanktionierung von Verbandsgrundrechtspositionen gibt:

##### *aa) Dosierte gerichtliche Prüfungsdichte und -tiefe; non-justiciability (political question doctrine)*

Mit der Formel *judicial (self-)restraint* wird vor allem die Einräumung von kontrollreduzierten Ermessensspielräumen und Einschätzungsprärogativen der nicht-judikativen Praxis verbunden.<sup>2976</sup> Diese Modalität gerichtlicher Zurückhaltung findet sich gerade auch im Fallrecht zu den Verbandsgrundrechtspositionen der förderierten Einheiten:

<sup>2973</sup> Zur Problematisierung des Begriffsbestandteils ‚self‘ in *judicial self-restraint* M. Kloepper, Handbuch der Verfassungsorgane im Grundgesetz, Berlin 2022, § 8, Rn. 101, mit dem Hinweis, dass es sich bei vielen Fragen des *judicial restraints* um objektive verfassungsrechtliche Schranken (Konkretisierungen der ‚Verfassungsorganentreue‘ und des Gewaltenteilungsgrundsatzes) handelt – näher zu dieser Frage unten § 11, C. I. 1.

<sup>2974</sup> Aus rhetorischer Sicht liegt hier gewissermaßen der Modus der ‚Litotes‘ (Verneinung des Gegenteils; Negation der Negation) vor; eine Litotes ist auch als Stilmittel von (*self-*) *restraint* lesbar. ‚Litotes‘ leitet sich vom alt-griechischen ‚*litôtēs*‘ für ‚Sparsamkeit‘, ‚Zurückhaltung‘ her.

<sup>2975</sup> Vgl. für die US-Verfassung nur M. C. Dorf/T. Morrison, Constitutional Law, New York, N.Y., U.S.A., 2010, S. 50 ff., m. w. N.; für das Grundgesetz: BVerfGE 36, 1 (14) – Grundlagenvertrag: „judicial self-restraint“ als „Verzicht ‚Politik zu treiben‘“; vgl. auch M. Kloepper, Verfassungsrecht, Bd. I, München 2011, § 19, Rn. 26 ff.; ders., Handbuch der Verfassungsorgane im Grundgesetz, Berlin 2022, § 8, Rn. 90 ff.

<sup>2976</sup> Vgl. auch hierzu die Nachw. in Fn. 2975.

In den USA bildet die Entscheidung des *U.S. Supreme Court* in *Garcia v. San Antonio Metro. Transit Auth.* (1985) das Paradebeispiel für eine zurückgenommene Rolle der Rechtsprechung hinsichtlich einer Verbandsgrundrechtsposition: Mit 5:4 Stimmen gab das Gericht in *Garcia* die neun Jahre zuvor in *National League of Cities v. Usery* (1976) etablierte Verbandsgrundrechtsposition auf, wonach der Bundesgesetzgeber nicht auf die Konditionen der Arbeitsverhältnisse von Beschäftigten der Einzelstaaten und Kommunen in Bereichen wie Gefahrenabwehr, Abfall- und Abwasserentsorgung, Gesundheitswesen und Parkbewirtschaftung einwirken dürfe (s. o. § 5, A. II. 2. a))<sup>2977</sup>.<sup>2978</sup> Ein solche dogmatische Position sei nicht sinnvoll gerichtlich durchsetzbar, sondern durch den politischen Prozess, an welchem die Einzelstaaten u. a. über ihre *bottom-up*-Mitwirkungsingerenzen im Senat intensiv mitwirken (s. o. § 4, B. II. 1. a)), zu sichern („*the internal safeguards of the political process*“): „*The political process ensures that laws that unduly burden the States will not be promulgated.*“<sup>2979</sup> Die Entscheidung des *U.S. Supreme Court* in *Garcia* bildet gewissermaßen die Maximalausprägung von *judicial (self-)restraint*, nämlich die Totalverweigerung einer justiziablen Verbandsgrundrechtsposition der Einzelstaaten und den Verweis auf die Wirkungsdimension ‚nicht-judikative Praxis‘, auf die „*political safeguards of federalism*“ im Sinn Herbert Wechslers<sup>2980</sup> (s. o. § 3, C. II.). Auch wenn das Gericht in *Garcia* nicht ausdrücklich davon gesprochen hat, mag man die Entscheidung als Anwendung der *political question doctrine* (auch *non-justiciability doctrine*) begreifen.<sup>2981</sup> Im Schrifttum wurde dies – wie erwähnt – als „Tod des Föderalismus“<sup>2982</sup> gedeutet (s. bereits oben § 5, A. II. 2. a)). Freilich ist *Garcia* in seinem Anwendungsbereich von vorneherein auf die Fallgruppe ‚Funktionsreservate der föderierten Einheiten, insbesondere legislative Personalhoheit‘ (ausführlich oben § 5, A. II.), also auf einen kleinen Teil des Föderalismusverfassungsrechts begrenzt<sup>2983</sup> – und selbst in diesem Bereich hat es seit *Gregory v. Ashcroft* (1991)<sup>2984</sup>

<sup>2977</sup> *National League of Cities v. Usery*, 426 U.S. 833 (1976), 851 f.

<sup>2978</sup> *Garcia v. San Antonio Metro. Transit Auth.*, 469 U.S. 528 (1985), 556 f.

<sup>2979</sup> *Garcia v. San Antonio Metro. Transit Auth.*, 469 U.S. 528 (1985), 556; vgl. auch a. a. O., 551.

<sup>2980</sup> In der Mehrheitsmeinung zu *Garcia v. San Antonio Metro. Transit Auth.*, 469 U.S. 528 (1985), 551, wird der Aufsatz *H. Wechsler*, *Colum. L. Rev.* 54 (1954), 543 – ausführlich zu Wechslers Aufsatz oben § 3, C. II. – knapp in Fn. 11 zitiert; vgl. zum Einfluss von Wechslers Aufsatz auf die Entscheidung knapp auch *R. E. Barkow*, *Colum. L. Rev.* 102 (2002), 237 (309).

<sup>2981</sup> So wohl auch *R. E. Barkow*, *Colum. L. Rev.* 102 (2002), 237 (309 ff.); auch *C. L. Tebben*, *Publius* 20 (1990), 113, welche die Anwendung der Dogmatik aber in der Sache kritisiert; in den Aufzählungen der Fallgruppen zur *political question doctrine* fehlt *Garcia* hingegen regelmäßig, vgl. nur *E. Chemerinsky*, *Constitutional Law. Principles and Policies*, 5. Aufl., New York, N.Y., U.S.A., 2015, S. 140 ff.

<sup>2982</sup> *A. C. Bryant*, *Cornell J. L. & Pub. Policy* 17 (2007), 101 (103 f.).

<sup>2983</sup> Zur engen Bedeutung der Entscheidung auch *R. E. Barkow*, *Colum. L. Rev.* 102 (2002), 237 (309 ff.), mit Hinweis insbesondere auf die Entscheidung *United States v. Lopez*, 514 U.S. 549 (1995), welche freilich eine Frage der Kompetenzqualifikation (s. o. B. III. 2. a) aa)) darstellt.

dann doch wieder (freilich anders gelagerte) gerichtliche Interventionen gegeben (s. o. § 5, A. II. 2. b) u. sogleich bb)). Ein weiteres Beispiel<sup>2985</sup> für gerichtliche Zurückhaltung (oder: Verweigerung) im Bereich der Durchsetzung von Verbandsgrundrechtspositionen bildet die gerichtliche Nicht-Überprüfbarkeit (*non-justiciability*) der formellen Anforderungen an Bundesverfassungsänderungen, welche im Einzelnen aber umstritten ist: Unter anderem in der Entscheidung *Coleman v. Miller* (1939) hat der *U.S. Supreme Court* angenommen, dass die Einhaltung der formellen Anforderungen an Bundesverfassungsänderungen, welche jedenfalls indirekt auch die Verbandsgrundrechtspositionen der Einzelstaaten sichern sollen, eine nicht-justiziable „*political question*“ darstellen würden (s. o. § 6, A. VII. 2. c)).<sup>2986</sup>

Auch im oben ausgewerteten Fallrecht zu Verbandsgrundrechtspositionen der deutschen Länder begegnet das Phänomen des *judicial (self-)restraints*: So hob der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts im Urteil Finanzausgleich II (1992) hervor, dass der Gesetzgeber beim Austarieren zwischen Finanz-Eigenverantwortung und „Bundessolidarität“ der Länder im bundesgesetzlich zu regelnden Finanzausgleichssystem einen gerichtlich zu respektierenden „Einschätzungs- und Entscheidungsspielraum“ habe (s. o. § 6, B. I. 3. b)).<sup>2987</sup> Freilich führte die oben geschilderte „Kehrtwende“<sup>2988</sup> dazu, dass das Gericht seine Prüfungsdichte hinsichtlich der Voraussetzungen für Bundes-Notstandshilfen schärfte (s. o. § 6, B. I. 3. b)), den *self-restraint* also partiell zurücknahm. Ein zweites Beispiel<sup>2989</sup> für

<sup>2984</sup> *Gregory v. Ashcroft*, 501 U.S. 452 (1991).

<sup>2985</sup> Weiterhin ließe sich auf die Fallgruppe zur Hilfeleistung an oder zum Einschreiten gegen föderierte Einheiten durch die Bundesebene (s. o. § 6, B. I. bzw. II.) oder auf die Fallgruppe zur staatsorganisationsrechtlichen Verfassungsautonomie (s. o. § 6, A. VI.) eingehen, welche teilweise auf die *Guarantee Clause* gestützt wird, deren Einhaltung nach umstrittener Auffassung eine *political question* darstellen könnte.

<sup>2986</sup> *Coleman v. Miller*, 307 U.S. 433 (1939), 450: „*the question of the efficacy of ratifications by state legislatures, in the light of previous rejection or attempted withdrawal, should be regarded as a political question pertaining to the political departments, with the ultimate authority in the Congress in the exercise of its control over the promulgation of the adoption of the amendment*“.

<sup>2987</sup> Vgl. zu Ermessen und Ermessensreduzierung des Gesetzgebers: BVerfGE 86, 148 (269) – Finanzausgleich II: „Welche der mehreren gegebenen Handlungsmöglichkeiten in einer solchen Notlage zu ergreifen und in welchem Umfang die einzelnen Instrumentarien einzusetzen sind, obliegt gesetzgeberischer Entscheidung. Hierbei besteht ein Einschätzungs- und Entscheidungsspielraum. Da die bundesstaatliche Hilfeleistungspflicht indes zu mehr als einer bloßen Prüfung verpflichtet, kann sich je nach Beschaffenheit der extremen Haushaltsnotlage und ihrer Ursachen der Entscheidungsspielraum des Gesetzgebers dahin verengen, daß bestimmte Mittel zur Abhilfe nicht nur eingesetzt werden können, sondern auch müssen.“

<sup>2988</sup> So die Einschätzung von *M. Kloepfer*, Verfassungsrecht, Bd. I, München 2011, § 26, Rn. 238, zur Entscheidung BVerfGE 116, 327 (377) – Berliner Haushalt aus dem Jahr 2006; ähnlich („deutliche Verschärfung der Maßstäbe“) *C. Waldhoff*, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, 3. Aufl., Heidelberg 2007, § 116, Rn. 51 (dort in Fn. 249).

<sup>2989</sup> Weiterhin ließe sich auf die Fallgruppe zur Hilfeleistung an oder zum Einschreiten gegen föderierte Einheiten durch die Bundesebene (s. o. § 6, B. I. bzw. II.) eingehen.

eine – unscharf – eingeschränkte judikative Rolle bei der Durchsetzung von Verbandsgrundrechtspositionen bildet die Fallgruppe zu den Bundesverfassungsänderungsgrenzen: Die im Urteil zur Besoldungsvereinheitlichung (1972) vom Zweiten Senat des Bundesverfassungsgerichts eingesetzte „Hausgut“<sup>2990</sup>-Formel ist durch eine besondere Unbestimmtheit geprägt; letztlich liegt hier faktische Nicht-Justiziabilität durch Inoperabilität des Prüfungsmaßstabs vor (s. o. § 6, A. VII. 3. b) u. § 11, C. II. 4.).

#### bb) Schonung durch verfassungskonforme Auslegung und Bestimmtheitsgebote

Als eine weitere Modalität von *judicial (self-)restraint* i. w. S. mag man das Gebot verfassungskonformer Auslegung von Gesetzen betrachten.<sup>2991</sup> Demnach ist ein „Gesetz nicht für nichtig zu erklären [...], wenn es im Einklang mit der Verfassung ausgelegt werden kann“<sup>2992</sup>. In den USA beinhaltet der Grundsatz ‚*constitutional avoidance*‘ unter anderem ein Gebot der verfassungskonformen Auslegung von Gesetzen.<sup>2993</sup> Zugleich enthält verfassungskonforme Auslegung auch einen mehr oder weniger ausgeprägten gestalterischen Aspekt: Das Gericht hebt hervor, unter welchen Voraussetzungen es ‚noch‘ von der Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes ausgehen könne und ergänzt dergestalt gewissermaßen ungeschriebene Tatbestandsmerkmale oder Rechtsfolgenkonkretisierungen.<sup>2994</sup> Dies gibt dem Gericht mehr Flexibilität als der schlichte Dualismus verfassungsgemäß/verfassungswidrig.

<sup>2990</sup> BVerfGE 34, 9 (20) – Besoldungsvereinheitlichung.

<sup>2991</sup> So wohl die Einordnung bei *M. Kloepfer*, Handbuch der Verfassungsorgane im Grundgesetz, Berlin 2022, § 8, Rn. 107; vgl. auch *K. Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1995, Rn. 81 ff., welcher neben dem Prinzip der Einheit der Rechtsordnung auch die Schonung des gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums als Grundlage der verfassungskonformen Auslegung betrachtet. Beachte allerdings *E. S. Fish*, Mich. L. Rev. 114 (2016), 1275 (1315): „*effectively rewrite laws while pretending to exercise restraint*“.

<sup>2992</sup> Vgl. für das Grundgesetz: BVerfGE 2, 266 (282) – Notaufnahme (Vermutung der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen und Gebot verfassungskonformer Auslegung); vgl. aus dem Schrifttum etwa *K. Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1995, Rn. 81 ff.; *M. Kloepfer*, Verfassungsrecht, Bd. I, München 2011, § 1, Rn. 172 ff.; *ders.*, Handbuch der Verfassungsorgane im Grundgesetz, Berlin 2022, § 8, Rn. 107 ff.

<sup>2993</sup> Vgl. zu diesem Gehalt von *constitutional avoidance*: *E. S. Fish*, Mich. L. Rev. 114 (2016), 1275 (1279): „*a court presumes that the legislature does not intend to act unconstitutionally, and so it construes ambiguous statutes to avoid constitutional problems*“. Fish weist allerdings darauf hin, dass *constitutional avoidance* häufig keine bloße Auslegungsfrage, sondern auch ein Aspekt des Entscheidungsinhalts, der Rechtsfolgen, der gerichtlichen Abhilfe (*remedy*) sei.

<sup>2994</sup> Vgl. für die USA *E. S. Fish*, Mich. L. Rev. 114 (2016), 1275 (1283): „*announce new constitutional rules without having to actually strike down statutes*“ u. a. a. O. (1315): „*effectively rewrite laws while pretending to exercise restraint*“.

Die Umstellung der gerichtlichen Kontrolle von einer Alles-oder-Nichts-Entscheidung hin zu einer abgestimmten verfassungskonformen Auslegung wird im US-amerikanischen Föderalismusverfassungsrecht in zwei Fallgruppen besonders deutlich: Zum einen hat der *U.S. Supreme Court* im Bereich der Fallgruppe ‚Funktionsreservate der föderierten Einheiten, insbesondere legislative Personalhoheit‘ (ausführlich oben § 5, A. II. 2.) nach der zwischenzeitlichen Totalverweigerung gerichtlicher Intervention in der eben vorgestellten Entscheidung *Garcia v. San Antonio Metro. Transit Auth.* (1985; s. o. aa)) dann doch wieder sanktionierend in diesen Bereich eingegriffen. In *Gregory v. Ashcroft* (1991) entschied das Gericht, dass das Bundesgesetz *Age Discrimination in Employment Act (ADEA)* so ausgelegt werden müsse, dass es nicht auf die Einzelstaaten als Arbeitgeberinnen, sondern nur auf private Arbeitsverhältnisse anwendbar sei; eine Erstreckung des Anwendungsbereichs des *ADEA* auch auf die Einzelstaaten als Arbeitgeberinnen werde nicht hinreichend bestimmt im Gesetz ausgedrückt.<sup>2995</sup> Das Gericht formuliert hier also eine einzelstaatenschützende „*plain statement rule*“ und führt aus: „*Application of the plain statement rule thus may avoid a potential constitutional problem.*“<sup>2996</sup> Anders gewendet, legt das Gericht den *ADEA* hier föderalismusverfassungskonform so aus,<sup>2997</sup> dass er nicht auf Einzelstaaten als Arbeitgeberinnen anwendbar ist (obwohl das nach dem undifferenzierten Wortlaut des Gesetzes nahegelegen hätte). Im Schrifttum wird dieses Vorgehen des Gerichts als ein „Verdeckungsmechanismus“ bezeichnet.<sup>2998</sup> Eine zweite Verbandsgrundrechtspositionen-Fallgruppe, bei welcher auf eine föderalismusverfassungskonforme Auslegung umgestellt wurde, ist der Schutz bestimmter sachpolitischer Gesetzgebungsreservate (‚*historic police powers*‘) der Einzelstaaten: Zwar hat der *U.S. Supreme Court* das in *Hammer v. Dagenhart* (1918) absolut geschützte Gesetzgebungsreservat der US-Einzelstaaten über das lokale Wirtschaften (näher oben § 5, A. I. 2. a))<sup>2999</sup> in *United States v. Darby* (1941) ausdrücklich aufgegeben.<sup>3000</sup> Statt dieser Alles-oder-Nichts-Lösung sprach das Gericht in der Folge aber die Vermutung aus, dass es in den Gebieten der ‚*historic police powers*‘ nicht zu einer Verdrängung (*preemption*) von parallelen Gesetzen der Staaten durch Bundesgesetzgebung komme,<sup>3001</sup> sowie die Vermutung, dass Bun-

<sup>2995</sup> Vgl. *Gregory v. Ashcroft*, 501 U.S. 452 (1991), 460 f., mit Hinweisen auf *Rice v. Santa Fe Elevator Corp.*, 331 U.S. 218 (1947), 230; *Pennhurst State School and Hospital v. Halderman*, 451 U.S. 1 (1984), 16; *Atascadero State Hosp. v. Scanlon*, 473 U.S. 234 (1985), 243, und *Will v. Michigan Dept. of State Police*, 491 U.S. 58 (1989), 65.

<sup>2996</sup> Vgl. *Gregory v. Ashcroft*, 501 U.S. 452 (1991), 464.

<sup>2997</sup> Zum Zusammenspiel von *constitutional avoidance* (verfassungskonformer Auslegung) und *plain statement rules* auch R. A. Mikos, *Ohio State Law Journal* 68 (2007), 1669 (1721; dort in Fn. 168): „*The clear statement rules [...] are one example of the Court’s so-called avoidance canon.*“

<sup>2998</sup> R. E. Barkow, *Colum. L. Rev.* 102 (2002), 237 (316): „*covert mechanism of statutory interpretation*“.

<sup>2999</sup> *Hammer v. Dagenhart*, 247 U.S. 251 (1918).

<sup>3000</sup> *United States v. Darby*, 312 U.S. 100 (1941), 116 f.

<sup>3001</sup> Vgl. etwa *Rice v. Santa Fe Elevator Corp.* (oben § 5, A. I. 2. b) aa)).



desgesetzes auf bestimmte einzelstaaten-nahe Sachverhalte nicht anwendbar seien.<sup>3002</sup>

Auch im grundgesetzlichen Föderalismusverfassungsrecht der Verbandsgrundrechtspositionen begegnet die Modalität der föderalismusverfassungskonformen Auslegung: Im Jahr 1975 entschied der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts, dass die bundesgesetzlichen Grundlagen für Bundesfinanzhilfen zur Förderung städtebaulicher Sanierungs- und Entwicklungsmaßnahmen aufgrund des Städtebauförderungsgesetzes von 1971 (nur) im Wege verfassungskonformer Auslegung mit dem Grundgesetz vereinbar seien:<sup>3003</sup> Das Städtebauförderungsgesetz müsse so ausgelegt werden, dass es hinsichtlich der konkreten „Auswahl der zu fördernden Einzelprojekte“ vor Ort „keine Mitplanungs- und sonstigen Mitwirkungsbefugnisse des Bundes nach bundeseinheitlichen Gesichtspunkten [...] begründe“ (s. bereits oben § 6, A. IV. 3. b)).<sup>3004</sup>

Die skizzierten Beispiele für föderalismusverfassungskonforme Auslegung unterscheiden sich freilich in ihrer Grundanlage: Geht es in den US-amerikanischen Fällen darum, die Anwendbarkeit von Bundesrecht auf bestimmte föderalismus-sensible Bereiche zu vermeiden, effektiviert der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts in der Städtebauförderungsentscheidung die Grenzen einer Bundesingerenz, um die Beeinträchtigung der Verbandsgrundrechtspositionen der Länder in Grenzen zu halten. Gemeinsam ist den Judikaten aber der Verzicht darauf, Bundesgesetze zu invalidieren – und dennoch Verbandsgrundrechtspositionen zu stärken. Gemeinsam ist ihnen ferner der Impetus, die ‚*political safeguards of federalism*‘ (jedenfalls angeblich) zu konturieren und zu stärken, indem dem Bundesgesetzgeber hinreichend bestimmte Entscheidungen über föderalismus-sensible Aspekte abverlangt werden.<sup>3005</sup> Man mag hier – freilich dogmatisch unscharfe – Tendenzen zu einem ‚föderalen Parlamentsvorbehalt‘ erkennen.<sup>3006</sup>

<sup>3002</sup> Vgl. etwa *Gonzales v. Oregon* (oben § 5, A. I. 2. b) bb)) und *Bond v. U.S.* (oben a. a. O.); zum Modus der *constitutional avoidance* in *Bond* vgl. *E. S. Fish*, Mich. L. Rev. 114 (2016), 1275 (1276 f.).

<sup>3003</sup> Vgl. BVerfGE 39, 96 (106) – Städtebauförderungsgesetz.

<sup>3004</sup> BVerfGE 39, 96 (122) – Städtebauförderungsgesetz. Kurz darauf ergänzte das Gericht diesen Ansatz in der Strukturförderungsentscheidung durch das Einfordern der Einhaltung von Formanforderungen bei Bundesfinanzhilfen, BVerfGE 41, 291 (305 ff.) – Strukturförderung (s. o. § 6, A. IV. 3. b) u. § 6, C. III. 2.), was freilich vom Modus der verfassungskonformen Auslegung wegführt, da das Gericht hier ja gerade zu einer Invalidierung der Maßnahme kam (anders gesprochen: in BVerfGE 41, 291 – Strukturförderung – gab es eben gerade kein Bundesgesetz, welches das Gericht hätte verfassungskonform auslegen können).

<sup>3005</sup> Deutlich *Gregory v. Ashcroft*, 501 U.S. 452 (1991), 464: „*Indeed, inasmuch as this Court, in Garcia, has left primarily to the political process the protection of the States against intrusive exercises of Congress' Commerce Clause powers, we must be absolutely certain that Congress intended such an exercise.*“

<sup>3006</sup> Tendenzen zu einem ‚föderalen Parlamentsvorbehalt‘ wurden auch bereits im Zusammenhang mit der *U.S. Supreme Court*-Rechtsprechung zum *conditional spending* und der Rechtsprechung des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts zu inhaltlich bedingten Bundesfinanzhilfen beobachtet – s. o. § 6, A. IV. 4.

c) Judicial (self-)restraint  
*gegenüber der (para-)demokratischen Öffentlichkeit*

*Judicial (self-)restraint* bei der Sanktionierung von Verbandsgrundrechtspositionsverletzungen lässt sich auch im Verhältnis zwischen Rechtsprechung und (para-)demokratischer Öffentlichkeit beobachten. In der nun zu betrachtenden Sanktionierungs-Konstellation mag dabei das Präfix ‚para-‘ in ‚(para-)demokratisch‘ (s. o. B. II. 1. b)) weniger einschlägig sein als in der Mobilisierungs-Konstellation (s. o. 1.), da es nunmehr um den ‚Respekt‘ der Gerichte gegenüber Produkten des (insbesondere direkt-)demokratischen Föderalismus geht, also um Äußerungsformen von (,vollwertig‘) demokratisch legitimierten Kollektiven.

aa) Vorüberlegung: *counter-majoritarian federalism*?

Hierzu ist zunächst eine grundsätzlichere Vorbemerkung zum spannungsvollen Verhältnis der beiden Wirkungsdimensionen Rechtsprechung und (para-)demokratische Öffentlichkeit zu machen: Die Frage nach einem (verfassungs-)gerichtlichen Prüfungs- und Verwerfungsrecht insbesondere gegenüber formellen Gesetzen hat gewichtige demokratietheoretische Implikationen. Gerichte sind typischerweise (so jedenfalls bei den vorliegend maßgeblichen Beispielen *U.S. Supreme Court* und Bundesverfassungsgericht) nicht unmittelbar (sondern lediglich indirekt, vermittelt) demokratisch legitimiert; sie sind vielmehr individuell legitimiert<sup>3007</sup>, aber eben auch *para*-demokratisch legitimiert (s. o. B. II. 2. c)). Daher stellt sich die – *im Ergebnis* durchaus positiv beantwortbare – Frage, ob es demokratietheoretisch zu rechtfertigen ist, dass Gerichte die Entscheidungen von demokratisch unmittelbar legitimierten Organen überprüfen und ggf. aufheben dürfen (sog. „*counter-majoritarian difficulty*“ – Alexander M. Bickel<sup>3008</sup>). Rückt man diesen Aspekt in den Vordergrund, so kommen die Wirkungsdimensionen Rechtsprechung und (para-)demokratische Öffentlichkeit als Antipoden daher.<sup>3009</sup> Tatsächlich sind Konstellationen vorstellbar (obschon keinesfalls zwingend<sup>3010</sup>), in denen gerichtliche Entscheidungen in Konflikt mit den Mehrheitsvorstellungen in der Bevölkerung – und damit in Konflikt mit

<sup>3007</sup> C. Möllers, in: A. Geis/F. Nullmeier/C. Daase (Hrsg.), *Der Aufstieg der Legitimitäts-politik*, Leviathan Sonderband 27 (2012), 398 (401 ff.).

<sup>3008</sup> A. M. Bickel, *The Least Dangerous Branch*, 2. Aufl., New Haven, Conn., U.S.A., 1986, S. 16 ff.

<sup>3009</sup> In diese Richtung L. D. Kramer, *Calif. L. Rev.* 92 (2004) 959 (962 f., 985, 1003), welcher „*judicial supremacy*“ und „*popular constitutionalism*“ als antipodische Systeme konturiert; hierzu kritisch R. C. Post/R. B. Siegel, *Calif. L. Rev.* 92 (2004), 1027 (1029): „*In contrast to Kramer, we do not understand judicial supremacy and popular constitutionalism to be mutually exclusive systems of constitutional ordering.*“

<sup>3010</sup> Empirische Forschungsbeiträge zum US-Verfassungsrecht zeigen, dass diese Divergenz freilich keinesfalls zwingend ist: Vielmehr fallen gerichtliche Entscheidungen und die Mehrheitsmeinung in der Wahlbevölkerung häufig gerade auch zusammen: Überblick m. w. N. über diese Forschung bei O. Bassok/Y. Dotan, *I·CON* 11 (2013), 13 (16 f.).

einem (zentralen) Element des Demokratieprinzips – treten. Etwa ist es sehr gut vorstellbar, dass die gerichtliche Invalidierung einer populären Maßnahme des Bundes für bestimmte Bildungsinvestitionen aus verbandskompetenziellen Gründen von einer Mehrheit der Bundesbürgerinnen und Bundesbürger (wie auch von Mehrheiten der Bürgerinnen und Bürger in den einzelnen Ländern) abgelehnt würde.

Andererseits ist das Verhältnis der Wirkungsdimensionen Rechtsprechung und (para-)demokratische Öffentlichkeit keinesfalls ausschließlich konfrontativ: Die Ausführungen zur Mobilisierung von (Föderalismus-)Verfassungsrecht durch Mitglieder der para-demokratischen Öffentlichkeit haben dies bereits gezeigt (s.o. I. c)). Und auch hinsichtlich der Sanktionierung von (Föderalismus-)Verfassungsrecht ist zu bemerken, dass das Problem des *counter-majoritarianism* – unvermeidbar und teilweise dilemmatisch – gerade zu freiheitlich-demokratisch geprägtem Verfassungsrecht dazugehört. Jedenfalls für bestimmte Individualgrundrechte leuchtet schnell ein, dass diese im Sinn des Minderheitenschutzes, welcher – neben dem Mehrheitsprinzip – ebenfalls zu einem materialen ‚Demokratie‘-Begriff gehört<sup>3011</sup>, ggf. auch gegen die Auffassung der Mehrheit der Bevölkerung durchsetzbar sein müssen. Betrachtet man nun das Feld des *Föderalismusverfassungsrechts*, mag das Bedürfnis nach *counter-majoritarianism* hier intuitiv weniger eingängig sein. Allerdings lässt sich auch hier argumentieren, dass es gerichtlicher Korrekturen zur Sicherung föderalismusverfassungsrechtlicher Grenzen gerade dann bedarf, wenn ihre Einhaltung unpopulär ist.<sup>3012</sup> Unter dem konkreten Gesichtspunkt der Durchsetzung von *Föderalismusverfassungsrecht*, wozu sich nun einmal sowohl die US-Verfassung wie auch das Grundgesetz bekennen, kann die Wirkungsdimension Rechtsprechung in diesen Fällen als Kompensation für die insoweit unter Umständen versagenden (oder: verzichtenden?) Wirkungsdimensionen nicht-judikative Praxis und (para-)demokratische Öffentlichkeit daherkommen. Es ist eben nicht sicher, wie bewusst und reflektiert<sup>3013</sup> der Verzicht auf (oder: die Aufopferung)

<sup>3011</sup> Zum Minderheitenschutz als ‚Demokratie‘-Element vgl. nur K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1995, Rn. 154; M. Kloepper, Verfassungsrecht, Bd. I, München 2011, § 7, Rn. 42 ff. (freilich mit Fokus auf den parlamentarischen Minderheitenschutz und „demokratische Grundrechte“). In den USA kann hier an das Theorem vom „representation reinforcement“ angeknüpft werden: Demnach besteht das Ziel und die Rechtfertigung von *judicial review* darin, Verzerrungen und Ausschlüsse des politischen Prozesses auszugleichen, referierend M. C. Dorf/T. Morrison, Constitutional Law, New York, N.Y., U.S.A., 2010, S. 57 f., mit Hinweis insbesondere auf *United States v. Carolene Products Company*, 304 U.S. 144 (1938), 152 (dort in Fn. 4, der ‚berühmten‘ *Carolene Products*-Fußnote).

<sup>3012</sup> Vgl. J. Bednar, *The Robust Federation*, Cambridge, Mass., U.S.A., 2009, S. 198 ff.; M. C. Dorf/T. Morrison, Constitutional Law, New York, N.Y., U.S.A., 2010, S. 78.

<sup>3013</sup> Vgl. die Beschreibung wechselseitiger Aufmerksamkeitsschärfung von Rechtsprechung und para-demokratischer Öffentlichkeit: J. Bednar, *The Robust Federation*, Cambridge, Mass., U.S.A., 2009, S. 204 f.: „*The judiciary’s declaration of law is a reflection of public consensus, but at the same time the judiciary influences the public by establishing a common perception through its determination of whether or not an act crosses the threshold.*“; vgl. auch dies. a. a. O. (200): „*The judicial act may crystallize public opinion [...] making a constitu-*

föderale(r) Aspekte zu Gunsten (ggf. nur kleinteilig-kurzfristiger) populärer Maßnahmen und Ziele im demokratischen Prozess getroffen wurde<sup>3014</sup>; m. a. W.: Es ist nicht ausgemacht, ob die (para-)demokratische Öffentlichkeit insoweit überhaupt als föderalismusverfassungsrechtliche Sicherung aufgetreten ist.<sup>3015</sup> Verkompliziert wird das Wirkungspotential des *popular federalism* dadurch, dass ja gerade auf *beiden* föderalen Ebenen demokratische Prozesse im Werk sind, welche zudem durch Mitwirkungs- und Einwirkungsingerenzen (s. o. § 4, A. II. u. B. II.), zumal im Parteienbundesstaat (s. o. § 4, B. II. 1. a)), intrikat verknüpft sind.

Peter Häberle hat im Rahmen seiner oben skizzierten Konzeption einer „offenen Gesellschaft der Verfassungsinterpreten“ (s. o. A. II. 4.) – föderalismus-*indifferent* – angedacht, ob es nicht sinnvoll sein könnte, die gerichtliche Prüfungsdichte „variabel“ zu handhaben, „je nachdem welche Partizipationsformen [den verschiedenen Akteuren der Öffentlichkeit] möglich sind oder waren“.<sup>3016</sup> Das Gericht solle bei intensiv öffentlich diskutierten und dabei letztlich „nicht grundsätzlich umstrittenen“ Maßnahmen seine Prüfungsintensität zurücknehmen und eine intensive Überprüfung stattdessen auf öffentlich besonders umstrittene Maßnahmen, auf Maßnahmen, die von der Öffentlichkeit weitgehend unbemerkt blieben, und auf Fälle, in denen wichtige Interessen (etwa Umweltschutz) unterrepräsentiert sind, konzentrieren.<sup>3017</sup> Ob diese Differenzierungen praktisch handhabbar (bestimmbar, „messbar“) sind, erscheint freilich schon im Allgemeinen fragwürdig. Im Föderalismusverfassungsrecht kommen weitere Verkomplizierungen noch hinzu: Zum einen – wie eben angesprochen – geht es um eine Vielzahl demokratischer Prozesse auf beiden föderierten Ebenen; zum anderen wird der Rekurs auf die öffentliche Meinung dadurch undurchsichtiger, dass es neben föderalismusverfassungsrechtlichen Fragen immer auch um sachpolitische Fragen gehen wird.

Jedenfalls öffnen Bickels Beschreibung der „*counter-majoritarian difficulty*“ und Häberles Vorschlag aber den Blick dafür, dass es für Gerichte nahe liegen kann, die gerichtliche Sanktionierung von Verbandsgrundrechtspositionen in einer „offenen Gesellschaft der Verfassungsinterpreten“ im Einzelfall auf mehr oder weniger deutlich identifizierbare Äußerungen der (para-)demokratischen Öffentlichkeit abzustimmen. Dies soll im Folgenden an zwei Beispielskonstellationen – an einer Konstellation aus dem Bereich der Kompetenzausübungsregeln und an einer Konstellation aus dem Bereich der Ingerenzausübungsregeln – veranschaulicht werden:

---

*tional amendment possible [...]*“ – Letzteres leitet dann freilich über zu den verfassungsrechtspolitischen Gegenwelten zu *judicial federalism*, welche unten bei 3. b) betrachtet werden.

<sup>3014</sup> Zu den hohen informationellen Voraussetzungen für das Funktionieren der *popular safeguards of federalism*: J. Bednar, *The Robust Federation*, Cambridge, Mass., U.S.A., 2009, S. 110 f.

<sup>3015</sup> Vgl. J. Bednar, *The Robust Federation*, Cambridge, Mass., U.S.A., 2009, S. 198 ff.

<sup>3016</sup> P. Häberle, JZ 1975, 297 (304).

<sup>3017</sup> Vgl. P. Häberle, JZ 1975, 297 (303 f.).

bb) Demokratischem Föderalismus Raum geben: Gestaltungsreservate  
und Kompetenzeffektivierung

Gerichtlich durchsetzbare Dogmatik kann gerade darauf ausgelegt sein, Legislativföderalismus – und somit der Verwirklichung demokratischen Föderalismus – Raum zu geben. Damit sind vor allem zwei der oben vorgestellten Fallgruppen zu Verbandsgrundrechtspositionen angesprochen: zum einen der Schutz sachpolitischer Gesetzgebungsreservate der föderierten Einheiten durch Beschränkung von Bundeskompetenzen (Modus: *status negativus* im Verbandskompetenzrecht – s. o. § 5, A. I. u. auch IV.) und zum anderen die Effektivierung von Kompetenzen der föderierten Einheiten (*status activus* im Verbandskompetenzrecht s. o. § 5, C.).

Beim *status negativus*, der Beschränkung von Bundeskompetenzen, stellt sich tendenziell die Problematik der „*counter-majoritarian difficulty*“; anschaulich wird das anhand der Entscheidung des *U.S. Supreme Court* in *Hammer v. Dagenhart* (1918 – s. o. § 5, A. I. 2. a)): Zum Schutz der ‚*police powers*‘ der Einzelstaaten hat das Gericht den *Keating-Owen Child Labor Act of 1916* für verfassungswidrig erklärt,<sup>3018</sup> obwohl dieses formelle Bundesgesetz vom demokratisch unmittelbar legitimierten Bundesparlament erlassen worden war. Wie erwähnt, wurde *Hammer v. Dagenhart* später ausdrücklich aufgehoben und der Schutz der ‚*police powers*‘ der Einzelstaaten nunmehr in abgewandelter und abgeschwächter Form durch Bestimmtheitsgebote (*plain statement rules*) und föderalismus-verfassungskonforme Auslegung als Ersatzmechanismen bewerkstelligt (s. eben b) bb)). Im Rahmen dieser Ersatzmechanismen können sich für die Gerichte nun gerade auch Möglichkeiten bieten, auf mehr oder weniger deutlich identifizierbare Äußerungen der (para-)demokratischen Öffentlichkeit Rücksicht zu nehmen. Als Beispiel hierfür kann das *U.S. Supreme Court*-Judikat *Gonzales v. Oregon* (2006) dienen. Hier entschied das Gericht, dass der Bundesgesetzgeber im Betäubungsmittelgesetz *Controlled Substances Act* (CSA) den *U.S. Attorney General* nicht ermächtigt habe, den CSA gegen Ärztinnen und Ärzte zu vollziehen, welche Patientinnen und Patienten Medikamente für ärztlich begleitetes Sterben (*physician-assisted death* oder *medical aid in dying*) bereitstellen (s. o. § 5, A. I. 2. b) bb)).<sup>3019</sup> In seiner Mehrheitsmeinung führte Justice Anthony Kennedy aus, dass im CSA nicht hinreichend deutlich werde, dass dieser zu bundesbehördlicher Vollzugstätigkeit ermächtigen wolle, welche die *police powers* der Staaten im Bereich des Arztrechts beeinträchtigen würde.<sup>3020</sup> In Kennedys Begründung spielen am Rande auch Implikationen des demokratischen Föderalismus eine Rolle (obschon er diese – anders als Vertreterinnen und Vertreter des Schrifttums<sup>3021</sup> – nicht besonders hervorhebt): Im Fall ging es um die Rechtslage

<sup>3018</sup> *Hammer v. Dagenhart*, 247 U.S. 251 (1918).

<sup>3019</sup> Vgl. *Gonzales v. Oregon*, 546 U.S. 243 (2006), 275.

<sup>3020</sup> Vgl. *Gonzales v. Oregon*, 546 U.S. 243 (2006), 269 ff.

<sup>3021</sup> Hervorhebung des *popular federalism*-Aspekts von *Gonzales v. Oregon*, 546 U.S. 243 (2006), etwa bei S. Lazarus, DePaul L. Rev. 56 (2006), 1 (42 f.); C. A. Johanningsmeier, Indiana L. J. 82 (2007), 1125 (1136); vgl. ferner auch D. L. Franklin, Chi.-Kent L. Rev. 81

in Oregon; hier war ärztlich begleitetes Sterben Mitte der 1990er Jahre durch den *Oregon Death With Dignity Act (ODWDA)* in Grenzen ausdrücklich legalisiert worden. Bemerkenswerterweise wurde der *ODWDA* in einem direkt-demokratischen Gesetzgebungsverfahren erlassen.<sup>3022</sup> Daher wurde oben im einführenden Abschnitt zum *popular federalism* bereits darauf hingewiesen, dass der *ODWDA* als Behauptung einer Verbandsgrundrechtsposition (eben in der Fallgruppe sachpolitische Gesetzgebungsreservate) in der Wirkungsdimension (para-)demokratische Öffentlichkeit gelesen werden kann (s. o. B. II. 2. d)). Relativ unstrittig ist nun aber, dass das Einzelstaatengesetz *ODWDA* durch ein Bundesgesetz wie den *CSA* (mit der weiten *commerce clause* als Verbandskompetenz-Grundlage) verdrängt (*preempted*) werden könnte. Allerdings, so Kennedy, habe der Bundesgesetzgeber dies eben nicht hinreichend deutlich gemacht; auch habe er den *U.S. Attorney General* nicht hinreichend deutlich dazu ermächtigt, den *CSA* so auszulegen, dass er im Bereich des Arztrechts, einer klassischen Materie der *state police powers* angewendet werden dürfe. An dieser Stelle ergänzt Kennedy nun noch ein *popular federalism*-Argument, welches freilich kaum als unverzichtbar für seine Argumentation qualifiziert werden kann: „Die Bedeutsamkeit des Streitpunkts des ärztlich begleiteten Suizids, welcher Gegenstand einer ‚ernsthaften und umfassenden Debatte‘ im ganzen Land gewesen ist [...] macht die verdeckte Form der behaupteten Delegation [von Entscheidungsgewalt] noch zweifelhafter.“<sup>3023</sup> Im Schrifttum wurde diese Urteilstextstelle (ein wenig ‚überinterpretiert‘<sup>3024</sup> und) so gelesen, dass Kennedy hier der direkt-demokratischen Aktivität in Oregon (und der öffentlichen Diskussion in der ganzen Föderation) habe Raum geben wollen.<sup>3025</sup> Andere Stimmen weisen darauf hin, dass es

---

(2006), 1069 (1084 ff.); zur signifikanten und empirisch bestimmbaren Rolle der *popular safeguards of federalism* bei staatlichen Maßnahmen für und gegen *physician-assisted death (medical aid in dying)* ferner C. D. Kam/R. A. Mikos, *Journal of Empirical Legal Studies* 4 (2007), 589.

<sup>3022</sup> Vgl. die Sachverhaltsschilderung in *Gonzales v. Oregon*, 546 U.S. 243 (2006), 249: „In 1994, Oregon became the first State to legalize assisted suicide when voters approved a ballot measure enacting the Oregon Death With Dignity Act (ODWDA).“

<sup>3023</sup> *Gonzales v. Oregon*, 546 U.S. 243 (2006), 267 f.: „The importance of the issue of physician-assisted suicide, which has been the subject of an ‚earnest and profound debate‘ across the country [...] makes the oblique form of the claimed delegation all the more suspect.“

<sup>3024</sup> Dafür, dass es Kennedy in *Gonzales v. Oregon* (2006) nicht wirklich um die Stärkung direkt-demokratischer Vorgänge ging, spricht neben der vorsichtigen Einleitung des Arguments auch Kennedys Abstimmungsverhalten in einem anderen, thematisch verwandten Fall: In *Gonzales v. Raich*, 545 U.S. 1 (2005), war Kennedy Teil der Gerichtsmehrheit, welche dem Bundesgesetzgeber die Verbandskompetenz zugestand, den Gebrauch von Marihuana auch in Einzelstaaten zu verbieten, in welchen (z. T. direkt-demokratische) Gesetze den Gebrauch von Marihuana für medizinische Zwecke ausdrücklich legalisieren. Insoweit waren die Äußerungen des Bundesgesetzgebers eben hinreichend bestimmt, sodass es auf inhaltlich entgegenstehendes Einzelstaatenrecht nicht ankommt.

<sup>3025</sup> Vgl. C. A. Johanningmeier, *Indiana L. J.* 82 (2007), 1125 (1136): „Justice Kennedy’s majority opinion insulating Oregon’s assisted suicide initiative from federal drug laws gives credit to the earnest debate that has swept the country on that issue.“ Zu dieser Lesart auch



jedenfalls für die *Exekutive* (den *U.S. Attorney General*) nahe gelegen hätte, im Rahmen der Ermessensausübung (*prosecutorial discretion*) selbstbeschränkend *executive self-restraint* gegenüber der (para-)demokratischen Öffentlichkeit zu leisten (s. o. B. I. 2. b) bb)) und darauf zu verzichten, den CSA in Staaten wie Oregon auf ärztlich begleitetes Sterben anzuwenden<sup>3026</sup> – hier wird auf eine potenzielle (obschon nicht genutzte) ‚Gegenwelt‘ zur gerichtlich durchsetzbaren Dogmatik verwiesen (s. u. 3.).

Auch Argumentationen, welche auf die Effektivierung von Kompetenzen der föderierten Einheiten, also auf ihren verbandskompetenziellen *status activus* gerichtet sind (s. o. § 5, C.), lassen sich als gerichtliche Rücksichtnahme auf (oder gar Stimulierung von) *popular federalism* lesen. In dieser Lesart kommen Akte der demokratisch unmittelbar legitimierten Legislativen der föderierten Einheiten als Ausdruck von *popular federalism* daher; hier sind die Wirkungsdimensionen nicht-judikative Praxis und (para-)demokratische Öffentlichkeit sehr eng aufeinander bezogen (s. oben B. I. 2. a) bb)). In dieser Konstellation stellt sich die Problematik der „*counter-majoritarian difficulty*“ – im Vergleich zum eben betrachteten *status negativus* – auf einer anderen Ebene, da es nicht um die Invalidierung oder Nicht-anwendbarkeit von Bundesrecht, sondern um die Nicht-Invalidierung von Recht der föderierten Einheiten geht. Zur Veranschaulichung dieses Argumentationsmusters kann im Fallrecht des *U.S. Supreme Court* auf das abweichende Sondervotum von Justice Antonin Scalia zu *Arizona v. United States* (2012) verwiesen werden: Scalia argumentiert dafür, dass Arizona als „souveräner“ Staat das bundesgesetzliche Aufenthaltsrecht ergänzen, effektivieren und letztlich ‚faktisch‘ verschärfen dürfe (ausführlich oben § 5, C. II. 2.).<sup>3027</sup> Die Lesart im Sinne des *popular federalism*, der Bezug zur Effektivierung von Demokratieverwirklichung auf Einzelstaatenebene, steht bei Scalia zwar im Schatten der beinahe obsessiven etatistischen Argumentation (dazu oben a. a. O.), liegt aber der Sache nach nahe und schwingt unausgesprochen mit. Die dieser Lage im Aufenthaltsrecht teilweise strukturähnliche Konstellation des *medical marijuana federalism* (ausführlich oben § 5, C. II. 3.) bewegt sich dagegen (noch) weitgehend außerhalb der Gerichte, stellt also eher ein Beispiel für eine ‚Gegenwelt‘ zur gerichtlich durchsetzbaren Dogmatik dar

---

S. Lazarus, DePaul L. Rev. 56 (2006), 1 (42): „*Upholding the Justice Department’s prohibition would not only have bypassed Congress, but would have preempted an active political debate in state legislatures.*“ Etwas andere Ausrichtung des *popular federalism*-Arguments (Fokus auf die passiv-kontrollierende Funktion der [para-]demokratischen Öffentlichkeit) bei R. A. Mikos, Ohio State Law Journal 68 (2007), 1669 (1721): „*Given that federal agencies and courts are not subject to the same populist controls as Congress, it may be desirable for the Court to require that any substantial expansion of federal authority vis-à-vis the states come directly from Congress instead.*“

<sup>3026</sup> Vgl. D. L. Franklin, Chi.-Kent L. Rev. 81 (2006), 1069 (1085): „*a robust commitment to federalism on the part of the Executive Branch would have resulted in a decision to allow the national debate over assisted suicide to continue by declining to enforce the CSA against doctors in Oregon.*“

<sup>3027</sup> *Arizona v. United States*, 567 U.S. 387 (2012), 416 – Sondervotum Justice Scalia.



(s. u. 3. a)). Auch im grundgesetzlichen Föderalismus lässt sich das Argumentationsmuster identifizieren: In der – stark umstrittenen – Argumentation von Franz C. Mayer und Markus Artz wird die Verbandskompetenz des Landesgesetzgebers (von Berlin) für das *öffentliche* Wohnungs(-miet-)recht auch mit der „Verfassungsidetität“ des – demokratischen – Verfassungsstaats Berlin untermauert und auf das „Verfassungsverspreche[n]“ aus Art. 28 Abs. 1 VvB verwiesen, zu dessen Verwirklichung gerade auch der – demokratisch unmittelbar legitimierte – Landesgesetzgeber von Berlin aufgerufen sei.<sup>3028</sup>

*d) Fazit: Nebeneinander und Abstimmung der Wirkungsdimensionen*

Die vorstehenden Ausführungen haben verdeutlicht, dass Gerichte bei der Sanktionierung von Verbandsgrundrechtspositionsverletzungen häufig damit konfrontiert sind, einschlägige Positionen und Äußerungen der beiden anderen föderalismusverfassungsrechtlichen Wirkungsdimensionen, nicht-judikative Praxis und (para-)demokratische Öffentlichkeit, zu berücksichtigen. Diese Rücksichtnahme lässt sich als *judicial (self-)restraint* bezeichnen und äußert sich in unterschiedlichen Spielarten, deren Anwendbarkeit und Ausgestaltung häufig umstritten ist: Im Verhältnis zur nicht-judikativen Praxis wurden kontrollfreie Ermessensspielräume (s. o. b) aa)), föderalismus-verfassungskonforme Auslegung, Bestimmtheitsgebote und Vermutungsregeln (s. o. b) bb)) angesprochen. Hinzu tritt das Zusammenspiel von Rechtsprechung und (para-)demokratischer Öffentlichkeit: Die Rechtsprechung gibt der (para-)demokratischen Diskussion, Beratschlagung und Entscheidung föderalismusrelevanter Problemlagen Raum (s. o. c) bb)).

Die Rücksichtnahme auf andere Wirkungsdimensionen durch die Gerichte bei der Sanktionierung von Verbandsgrundrechtspositionen ist bemerkenswert, wurden Verbandsgrundrechtspositionen doch oben mit Blick auf ihre charakteristische Rechtsprechungsnähe (s. o. § 4, B. III. 2. u. 4.) beschrieben. Insgesamt ist die Dogmatik der Verbandsgrundrechtspositionen auch ein Ort des Ausgleichs zwischen gerichtlicher Selbstanmaßung (*judicial activism*) und gerichtlicher Selbstbeschränkung (*judicial [self-]restraint*) hinsichtlich der Durchsetzung unscharf definierter, verfassungstextferner Positionen. Untechnisch gesprochen gilt gerade wegen der Verfassungstextferne der Verbandsgrundrechtspositionen für ihre Justiziabilität: „Alles kann, nichts muss.“<sup>3029</sup> Diese Flexibilität verleiht der Dogmatik der Verbandsgrundrechtsposition das Potential, zwischen den verschiedenen föderalismusverfassungsrechtlichen Wirkungsdimensionen sowie auch zwischen Sachpolitik und Föderalismus-Ideenpolitik zu vermitteln.

<sup>3028</sup> F. C. Mayer/M. Artz, Öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Aspekte eines „Mietendeckels“ für das Land Berlin, unveröff. Gutachten, 2019, S. 13 f.

<sup>3029</sup> Die Sanktionierung von Verbandsgrundrechtspositionen ist insoweit durch den rhetorischen Modus der Litotes geprägt, s. o. in Fn. 2974.

### 3. Dynamische Setzung von Verbandsgrundrechtspositionen (*Exkurs*)

Nach dem ‚Miteinander‘ beim Mobilisieren (s. o. 1.) und dem ‚Nebeneinander‘ beim Sanktionieren (s. o. 2.) von Verbandsgrundrechtspositionen soll nun noch das ‚Gegeneinander‘ (oder zumindest ‚Aneinander-vorbei‘) der Wirkungsdimensionen skizziert werden: Verbandsgrundrechtspositionen – auch dies zeigt ein Blick zurück auf die oben skizzierten Fallgruppen – werden auch *vollständig außerhalb* der Gerichte dynamisch gesetzt<sup>3030</sup> (oder ‚behauptet‘): nämlich in Bereichen der (nicht-judikativen) Verfassungspraxis (s. u. a)) und der Verfassungspolitik (s. u. b)), welche sich als Außen- oder Gegenwelten zur gerichtlich durchsetzbaren Dogmatik beschreiben lassen. Diese Aspekte der Verbandsgrundrechtspositionen sind insgesamt freilich von untergeordneter Bedeutung und hier nur exkursorisch anzureißen, da die vorliegende Studie die gerichtliche Dogmatik fokussieren möchte, welche in diesen Gegenwelten nun aber gerade nicht ‚aktiviert‘ ist; freilich gehören sie zum Gesamtbild und relativieren die Position der Rechtsprechung innerhalb dieses Gesamtbilds.

#### *a) Gegenwelten in der nicht-judikativen Verfassungspraxis*

Gegenwelten zur gerichtlich durchsetzbaren Dogmatik begegneten vor allem<sup>3031</sup> bei den Verbandsgrundrechtspositionen der föderierten Einheiten im verbands*in*-gerenziellen *status activus*: Wenn US-Einzelstaaten mit Jessica Bulman-Pozen und Heather Gerken als „mächtige“ „Diener“<sup>3032</sup> und deutsche Länder (der Sache nach etwa mit Konrad Hesse)<sup>3033</sup> als gewaltenteilerisch bedeutsame Verwaltungs-‚Experten‘ oder -‚Expertokraten‘ qualifiziert werden, um ihre (potenziell) aktiv-gestalterische Rolle in Verschränkungsarrangements hervorzuheben, so verweist dies im Wesentlichen auf Vorgänge *außerhalb* der Strukturen gerichtlicher Dogmatik, nämlich insbesondere auf die Wirkungsdimension ‚nicht-judikative Praxis‘ (Exekutive, aber auch Legislative). Hesse hat dieses ‚Außerhalb‘ als einen Zusammenhang der ‚Kompensation‘ näher qualifiziert (ausführlich oben § 6, C. III.).

Gegenwelten zur gerichtlich durchsetzbaren Dogmatik sind ferner gerade dort vorstellbar, wo die Wirkungsdimensionen ‚nicht-judikative Praxis‘ und ‚(para-)demokratische Öffentlichkeit‘ zusammenwirken, um Verbandsgrundrechtspositionen der föderierten Einheiten zu verwirklichen, ohne dass es gerichtlichen Zutuns bedürfte: Das gilt v. a. für die oben skizzierten Fälle der (*soft*) *nullification*, also bei der Etablierung von Gegenprogrammen zur Bundeslinie auf der Ebene der föderierten

<sup>3030</sup> Einführend zum Modus der dynamischen Setzung von Verfassungsrecht oben A. II. 3.

<sup>3031</sup> Ein weiteres Beispiel für eine Gegenwelt zum *judicial federalism* ist die ohne judikative Beeinflussung legislativ durch das Bundesparlament aufgestellte ‚no bailout‘-Regel im US-amerikanischen Finanzverfassungsrecht (ausführlich oben § 6, B. I. 2. b)).

<sup>3032</sup> J. Bulman-Pozen/H. K. Gerken, Yale L. J. 118 (2009), 1256 (1258 ff.).

<sup>3033</sup> Vgl. K. Hesse, Der unitarische Bundesstaat, Karlsruhe 1962, S. 28; Näheres sowie kritische Stimmen oben § 6, C. III. 3.

Einheiten, und zwar (teilweise) auf direkt-demokratische Initiative hin. Dies wurde für den *medical marijuana federalism* in den USA und für das Wohnraummietrecht unter dem Grundgesetz angedeutet (s.o. B. I. 2. c) cc) u. C. I. 2. c) bb)). Zudem ist an Konstellationen zu erinnern, in welchen Verbandsgrundrechtspositionen von gubernativen oder exekutiven Kräften bei ihrer Ermessensausübung berücksichtigt werden – und zwar gerade weil es einschlägige Äußerungen der (para-)demokratischen Öffentlichkeit gibt: Dies wurde oben u.a. an dem Beispiel des (geforderten) Verzichts auf den Vollzug des *federal death penalty* in Einzelstaaten ohne *state death penalty* vorgestellt (s.o. B. I. 2. b) bb); s. auch C. I. 2. c) bb)). Diese (potenziellen) Wege der Setzung (Behauptung) von Verbandsgrundrechtspositionen förderierter Einheiten außerhalb der Gerichte sind gegenüber der gerichtlichen Setzung und Durchsetzung von Verbandsgrundrechtspositionen nicht etwa *per se* überlegen.<sup>3034</sup> Darauf kommt es vorliegend allerdings auch nicht an; hier interessiert nur, dass die Bedeutung der Rechtsprechung für die Verbandsgrundrechtspositionen zwar sehr stark, aber eben nicht ausschließlich und absolut ist.

*b) Gegenwelten in der Verfassungspolitik,  
insbesondere durch Verfassungsänderungen*

Das andere Feld, auf welchem deutlich wird, dass der Rechtsprechung kein Monopol bei der Setzung und Ausgestaltung von Verbandsgrundrechtspositionen zukommt, ist dasjenige der Verfassungs(-änderungs-)politik. Vor allem unter dem Grundgesetz ist angesichts dessen relativ geringer Änderungsfestigkeit (s.o. § 6, A. VII. 3. a)) in verschiedenen Verbandsgrundrechtspositionen-Fallgruppen ein Wechselspiel zwischen Rechtsprechung und formellem Verfassungsänderungsgesetzgeber (also v.a. der nicht-judikativen Praxis) zu beobachten. Verfassungspolitische Gegenwelten zum *judicial federalism* können sich ergeben, wenn Verbandsgrundrechtspositionen – ggf. gerade als Reaktion auf einschlägige Rechtsprechung – durch formelle Bundesverfassungsänderungen (anders) ausgestaltet werden. Die (Gegen-)Reaktion der Rechtsprechung auf solche formellen Bundesverfassungsänderungen wiederum fällt grundsätzlich zahnlos aus – gerichtlich durchsetzbare Bundesverfassungsänderungsgrenzen zum Schutz der förderierten Einheiten (s.o. § 6, A. VII.) sind letztlich steuerungsschwach (vgl. nur die kaum handhabbare „Hausgut“-<sup>3035</sup>Formel aus der Entscheidung des Zweiten Senats zur Besoldungsvereinheitlichung – s.o. § 6, A. VII. 3. b)). Insoweit bleibt dem Verfassungsänderungsgesetzgeber durchaus relevantes Gestaltungspotenzial:

So hat der US-amerikanische Verfassungsänderungsgesetzgeber als Reaktion auf die *U.S. Supreme Court*-Entscheidung *Oregon v. Mitchell* (1970)<sup>3036</sup> zur Bundes-

<sup>3034</sup> Vgl. für eine skeptisch-kritische Bewertung des Zusammenspiels der Wirkungsdimensionen ‚nicht-judikative Praxis‘ und ‚(para-)demokratische Öffentlichkeit‘, u.a. unter Transparenzaspekten, *D. L. Franklin*, *Chi.-Kent L. Rev.* 81 (2006), 1069 ff.

<sup>3035</sup> BVerfGE 34, 9 (20) – Besoldungsvereinheitlichung.

<sup>3036</sup> *Oregon v. Mitchell*, 400 U.S. 112 (1970).

verfassungswidrigkeit der *bundesgesetzlichen* Vorgabe eines Mindestwahlalters von 18 Jahren für Wahlen auf Einzelstaatenbene kurz darauf den XXVI. Zusatzartikel zur US-Verfassung mit einem solchen Mindestalter erlassen (s.o. § 6, A. VI. 2. b)). Der grundgesetzliche Bundesverfassungsänderungsgesetzgeber hat für die verbandsgrundrechtspositions-sensiblen Sachbereiche des Landesbeamtenrechts und der Staatshaftung (auch der Länder) die Gesetzgebungskompetenzausstattung des Bundes erheblich ausgedehnt (s.o. § 5, A. II. 3. b) bzw. § 5, A. III. 3. c)) – und die einschlägigen Verbandsgrundrechtspositionen der Länder (‚legislative Personalhoheit‘ bzw. ‚Freihalten von Haftung‘) entsprechend ausgezehrt (oder jedenfalls die verbandskompetenzrechtlichen Grundlagen für eine solche Auszehrung geliefert). Im Bereich der Staatshaftung war dies (also die Schaffung von Art. 74 Abs. 1 Nr. 25, Abs. 2 GG) auch eine Reaktion auf die Rechtsprechung zur Verbandskompetenz-widrigkeit des Staatshaftungsgesetzes von 1981<sup>3037</sup> (s.o. § 5, A. III. 3. c)). Besonders anschaulich wird das Potential von Grundgesetzänderungen als Gegenwelt zum *judicial federalism* in der Finanzverfassung, v.a. bei der Schaffung und schrittweisen Ausdehnung von Rechtsgrundlagen für bedingte Bundesfinanzhilfen in den Art. 104b ff. GG (s.o. § 6, A. IV. 3. c)). Der im Bild von den ‚goldenen Zügeln‘ versteckte und in der Rechtsprechung des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts explizierte Topos von der ‚Entscheidungsfreiheit‘<sup>3038</sup> der Länder steht also zur Disposition – dies unter Beteiligung des Bundesrats (vgl. Art. 79 Abs. 2 GG) und somit mittelbar der Länder selbst.

## II. Vorausschau und Hypothese 2.2: ‚Wirken‘ als Lesen und Gelesenwerden

Aus dem Vorstehenden wird deutlich, dass die Ver-‚Wirklichung‘ von Verbandsgrundrechtspositionen, wenn auch vorrangig, so doch keinesfalls ausschließlich eine Sache der Rechtsprechung ist. Verbandsgrundrechtspositionen bilden vielmehr gerade Schnittstellen, an denen die Wirkungsdimensionen ‚Rechtsprechung‘, ‚(para-)demokratische Öffentlichkeit‘ und ‚nicht-judikative Praxis‘ interagieren. *Erstens* muss die Rechtsprechung zu den Verbandsgrundrechtspositionen von anderen Akteuren (föderalen Trägern oder Mitgliedern der para-demokratischen Öffentlichkeit) überhaupt erst mobilisiert werden: Hier können Verbandsgrundrechtspositionen gerade als ‚Türöffner‘ stilisiert sein (so etwa die Klagebefugnis von Massachusetts wegen dessen „Quasi-Souveränität“ im Fall *Massachusetts v. EPA* – s.o. I. 1. b)). *Zweitens* sind auch beim anschließenden Modus der Sanktionierung von Verbandsgrundrechtspositionsverstößen vielfältige Interrelationen der Wirkungsdimensionen beobachtbar, welche unter dem Schlagwort *judicial (self-)restraint* in einem weit verstandenen Sinn gebündelt wurden (s.o. I. 2.): Beispiels-

<sup>3037</sup> Staatshaftungsgesetz vom 26. Juni 1981, BGBl. I S. 553; nichtig erklärt in BVerfGE 61, 149 – Amtshaftung.

<sup>3038</sup> BVerfGE 39, 96 (107) – Städtebauförderungsgesetz.

weise vollzieht sich die Verwirklichung von solchen Positionen wie den *historic police powers* der US-Einzelstaaten teilweise geradezu im Schnittpunkt aller drei Wirkungsdimensionen, wenn Gerichte die Produkte des (direkt-)demokratischen Legislativföderalismus zum Beispiel im Arztrecht respektieren (s.o. I. 2. c) bb)). *Drittens* können um Verbandsgrundrechtspositionen herum ‚Gegenwelten‘ zur gerichtlich durchsetzbaren Dogmatik entwickelt werden: Besonders anschaulich wird das etwa an den Topoi der förderierten Einheiten als „mächtige“ „Diener“ und „Experten“ (‚Expertokraten‘) in föderalen Verschränkungsstrukturen (s.o. I. 3. a)).

Klagebefugnis begründende „Quasi-Souveränität“, *judicial (self-)restraint* beim Schutz von *historic police powers*, „Dienerschaft“ als Machtreserve jenseits der gerichtlich durchsetzbaren Dogmatik – insgesamt fällt auf, dass die formelartig zugespitzten Topoi, mit welchen die Verbandsgrundrechtspositionen der förderierten Einheiten artikuliert werden, gerade *auch* auf die Wirkungsdimensionen des Föderalismusverfassungsrechts *außerhalb* der Rechtsprechung verweisen. Die genannten Topoi weisen über das *setting* ‚vor Gericht‘ hinaus. Insoweit – so die hier aufgestellte Hypothese 2.2<sup>3039</sup> – können Verbandsgrundrechtspositionen in ihrer besonderen rhetorisch-textuellen Verfasstheit als eine Verhandlung von Vorgängen des Lesens (und Gelesenwerdens) erfasst werden – gewissermaßen als Stoff für eine zugespitztes ‚dogmatisches Gespräch‘<sup>3040</sup>. Das Lesen (und Gelesenwerden) von Verbandsgrundrechtspositionen bildet die Interrelationen zwischen den drei Wirkungsdimensionen rhetorisch-textuell ab. Verbandsgrundrechtspositionen sind als rhetorisch-„symbolisches Kapital“ („*capital [rhétorique-]symbolique*“<sup>3041</sup>) nicht nur für die verfassungsrechtliche Stellung der förderierten Einheiten *vis-à-vis* der Bundesebene, sondern auch für Verhandlungen zwischen Rechtsprechung, nicht-judikativer Praxis und (para-)demokratischer Öffentlichkeit besonders zugänglich. Beispielsweise reizt der Topos der „Quasi-Souveränität“ an (fordert also heraus), als ein Argument für das Bestehen der Klagebefugnis des Staats Massachusetts in *Massachusetts v. EPA* gelesen zu werden (s.o. I. 1. b)). Gerichte sind gerade wegen der Verfassungstextferne der Verbandsgrundrechtspositionen darauf angewiesen, Leserinnen und Leser zu finden (also z. B. mobilisierende Klägerinnen und Kläger oder Akteure, die das gesetzte ‚Richterrecht‘ anschließend befolgen), um den Verbandsgrundrechtspositionen zu Wirksamkeit verhelfen zu können. Aus der Un-

<sup>3039</sup> Als ‚Hypothesen‘ werden vorliegend die vier Sätze bezeichnet, welche am Ende von § 1, § 2, § 7 u. § 8 formuliert werden, um die Rhetorikanalyse in den §§ 10 bis 12 zu motivieren und vorzubereiten (dazu zusammenfassend § 9, A. III. 1.). Die Hypothesen 1.1 u. 1.2 betreffen den Faden ‚Ideenpolitik‘ und die Hypothesen 2.1 u. 2.2 den Faden ‚Dogmatik‘. S. zu den anderen drei Hypothesen oben § 1, C. III. 2. (Hypothese 1.1), § 2, C. IV. 3. (Hypothese 1.2) sowie § 7, C. II. 2. (Hypothese 2.1).

<sup>3040</sup> Dem ‚dogmatischen Gespräch‘ korrespondiert die am Ende von § 7 bei Hypothese 2.1 ausgemachte ‚dogmatische Stimme‘ (s.o. § 7, C. II. 2.) – diese Metaphern sollen das untrennbare Zusammenspiel von textuellem ‚Innen‘ (Stimmbildung) und diskursivem ‚Außen‘ (Gespräch) der Dogmatik veranschaulichen.

<sup>3041</sup> P. Bourdieu, *Raisons pratiques. Sur la théorie de l'action*, Paris, Frankreich, 1994, S. 160f.

schärfe der Topoi folgt aber auch Spielraum für die Gerichte, die Sanktionierung der Verbandsgrundrechtspositionen fein zu justieren, zu dosieren und auf die anderen beiden Wirkungsdimensionen – im Sinn von *self-restraint* – abzustimmen.

Hypothese 2.2 steht in engem Zusammenhang mit der bereits erarbeiteten Hypothese 2.1. Gemäß Hypothese 2.1 spiegelt die besondere (formelartig zugespitzte) rhetorisch-textuelle Gestalt von Verbandsgrundrechtspositionen die Charakteristika der gerichtlich durchsetzbaren Dogmatik zu den Verbandsgrundrechtspositionen (zugespitzte Gerichtsfähigkeit, Formalisierung und Instrumentalisierung sowie pluralistische Diskursivität) wider (s. o. § 7, C. II. 2.): Diese Eigenschaften werden in Topoi wie ‚*state dignity*‘ oder ‚Länderfreundlichkeit‘ rhetorisch komprimiert, erlesbar und operabel. Hypothese 2.2 führt diese Beobachtungen zum ‚Inneren‘ der gerichtlich durchsetzbaren Dogmatik der Verbandsgrundrechtspositionen nun mit Blick auf deren ‚Außen‘-Welt fort: Auch das Verhältnis der gerichtlich durchsetzbaren Dogmatik der Verbandsgrundrechtspositionen ‚nach außen‘, ihre Stellung gegenüber nicht-judikativer Praxis und (para-)demokratischer Öffentlichkeit ist mit Blick auf Vorgänge des Lesens formelartig zugespitzter Topoi analysierbar. Hypothese 2.1 und Hypothese 2.2 sowie ihre Wechselwirkungen werden in §§ 10 bis 12 einer literaturwissenschaftlich-rhetorikanalytischen Überprüfung unterzogen.

## Methodologische Reflexion

„Ich werde mich entschlossen verirren“

Peter Handke<sup>3042</sup>

### § 9 Methode(n): vergleichende Verfassungsrechtsdogmatikforschung im Trilog mit politischer Theorie und literaturwissenschaftlicher Rhetoriktheorie

Ehe die angekündigte Rhetorikanalyse betrieben wird, folgt eine methodologische Verortung und (Selbst-)Reflexion des bereits Geschriebenen und des noch Ausstehenden. Die methodologische Verortung soll zugleich einen Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Methodendiskussion leisten. Der Satz „Methode hat man, über Methode spricht man nicht!“ wird hier bewusst nicht gefolgt.<sup>3043</sup> Das Augenmerk liegt vor allem auf drei Aspekten: *erstens* auf der schwierigen disziplinären Stellung der ‚Rechtsdogmatikforschung‘ (s. A.), *zweitens* auf der besonderen Komponente der Rechtsvergleichung (s. C.) und – *drittens* – auf der Komponente der Interdisziplinarität (Integration von politischer Theorie und Ideengeschichte sowie literaturwissenschaftlich informierter Rhetorikanalyse – s. B.). In der

---

<sup>3042</sup> P. Handke, *Phantasien der Wiederholung*, Frankfurt a.M. 1983, S. 99.

<sup>3043</sup> Auch als Rechtswissenschaftlerin oder Rechtswissenschaftler ‚sollte man [durchaus] über Methode sprechen‘, als würde gelten: „Ich werde mich entschlossen verirren“ (P. Handke, *Phantasien der Wiederholung*, Frankfurt a.M. 1983, S. 99). Kritische Auseinandersetzung mit diesem „freilich selten explizit ausgesprochenen [...] Motto“ bei A. Voßkuhle, in: H. Bauer/D. Czybulka/W. Kahl/ders. (Hrsg.), *Umwelt, Wirtschaft und Recht*, Tübingen 2002, S. 171 (175 ff.); ebenfalls kritisch zur wiedergegebenen Satzform B. Großfeld, in: FS O. Sandrock, Heidelberg 2000, S. 329 (333 f.), der sie auf Ernst Rabel zurückführt (andere schreiben sie Werner Flume zu); kritisch auch H. C. Röhl, *VVDStRL* 74 (2015), S. 7 (8 f.): „Über Methode hat man zu reden.“ Methodologische Diskussionen, die in der ‚Wissenschaft vom öffentlichen Recht‘ seit über zehn Jahren Konjunktur haben, gehören nicht nur in separierte methodologische Spezialmonographien und Sammelbände, sondern auch in Qualifikationsarbeiten. Vgl. zur Methodologiediskussion in der ‚Wissenschaft vom öffentlichen Recht‘ H. C. Röhl, *VVDStRL* 74 (2015), S. 7 (8), m. w. N.



methodologischen Reflexion laufen also die drei ‚Fäden‘<sup>3044</sup> der Gesamtuntersuchung (Ideenpolitik, Dogmatik, Rhetorik) zusammen; daher wird sie als ‚Knoten‘ betrachtet.

Den Schwerpunkt der bisherigen Ausführungen bildete – trotz der Einbettung in Ausführungen zur politischen Ideengeschichte (s. o. §§ 1 f.) – die vergleichende Untersuchung der Verfassungsrechtsdogmatik der Verbandsgrundrechtspositionen der förderierten Einheiten unter der US-Verfassung und dem Grundgesetz (s. den zweiten Faden – §§ 3 bis 8): ‚Verbandsgrundrechtspositionen‘ der förderierten Einheiten wurden als dogmatische Kategorie identifiziert, definiert, verglichen und charakterisiert. Nachdem die vorstehenden Kapitel (§ 7 und § 8) gerichtlich durchsetzbare Dogmatik (zu den Verbandsgrundrechtspositionen) im System des Föderalismusverfassungsrechts verortet haben, geht es im Folgenden vor allem darum, die rechtswissenschaftliche Erforschung von gerichtlich durchsetzbarer Dogmatik methodologisch zu reflektieren. Insgesamt begreift die Gesamtuntersuchung damit gerichtlich durchsetzbare (und im Schrifttum begleitete) ‚Dogmatik‘ als wissen(-schaft-)stheoretisch hybrides Phänomen – nämlich *sowohl* als Forschungsgegenstand *wie auch* als Element der Methodik der Gesamtuntersuchung. Nach einem Blick auf ‚Dogmatik‘ als Methodik-Frage (s. A.) ist anschließend die in der gesamten Untersuchung durchgehend eingenommene Vergleichsperspektive zu reflektieren (s. C.). Dabei sind jeweils die Implikationen der Interdisziplinarität (Integration von politischer Theorie und Ideengeschichte sowie von literaturwissenschaftlich informierter Rhetorikanalyse) zu berücksichtigen (s. B.).

## A. Zur Komponente der Rechtsdogmatikforschung

Mit ‚Rechtsdogmatikforschung‘ ist vorliegend die (teilnehmende) Beobachtung der Prozesse der Herausbildung von Rechtsdogmatik gemeint; Rechtsdogmatikforschung stellt einen Ausschnitt aus dem größeren Bereich der mit Rechtsdogmatik befassten Rechtswissenschaft dar. Diese disziplinäre Stellung der Rechtsdogmatikforschung ist im Folgenden herzuleiten:

---

<sup>3044</sup> In Anlehnung an die Gliederung in „*threads*“ bei T. Morton, Dark Ecology. For a Logic of Future Coexistence, New York, N.Y., U.S.A., 2016. Das Schreiben über Föderalismusverfassungsrecht entlang von ‚Fäden‘ lässt sich als das Schreiben über ein „Hyperobjekt“ begreifen, wie es ebenfalls von Timothy Morton beschrieben wurde: T. Morton, Hyperobjects. Philosophy and Ecology after the End of the World, Minneapolis, Minn., U.S.A., u. a. 2013, S. 4: „*necessarily iterative, circling style of thought [...] This is because one only sees pieces of a hyperobject at any one moment*“.

## I. Methodischer Pluralismus der Rechtswissenschaft

Mit Rechtsdogmatik befasste Rechtswissenschaft ist auf das geltende Recht bezogen und zielt vor allem auf Systematisierung, Harmonisierung und Ordnung von Rechtsstoff, Begriffs- und Maßstabsbildung sowie häufig auch auf Entscheidungsvorschläge für die Praxis.<sup>3045</sup> Diese unmittelbar mit Dogmatik befasste Rechtswissenschaft (und erst recht deren Unterfall Rechtsdogmatikforschung) stellt aber keinesfalls den einzig denkbaren Zugang zum Phänomen ‚Recht‘ dar. Im Methodenpluralismus der Rechtswissenschaft<sup>3046</sup> bildet die mit Dogmatik befasste Rechtswissenschaft (nur) *ein* Methodenbündel neben anderen.<sup>3047</sup> Rechtswissenschaftlerinnen und Rechtswissenschaftler bedienen sich verschiedenster Verfahren, um den Forschungsgegenstand ‚Recht‘ näher zu untersuchen. Neben der mit Rechtsdogmatik befassten Rechtswissenschaft bestehen u. a. Ansätze historischer, philosophischer, ‚theoretischer‘, soziologischer, psychologischer, ökonomischer, kulturwissenschaftlicher oder sprachwissenschaftlicher Rechtsforschung.

---

<sup>3045</sup> Vgl. H. C. Röhl, VVDStRL 74 (2015), S. 7 (17), der diese Disziplin als „Jurisprudenz“ bezeichnet; vgl. spezifisch für den vorliegend einschlägigen Sonderbereich der Verfassungsrechtswissenschaft C. Möllers, in: A. v. Bogdandy/J. Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge, 2. Aufl., Berlin u. a. 2009, S. 227 (271 f.): die verfassungsrechtswissenschaftliche „Prinzipien- und Systembildung“ korrespondiere v. a. der herrschaftsformenden Tradition der Verfassung (wissenschaftliche Begleitung des Konstitutionalisierungsprozesses in der judikativen und nicht-judikativen Praxis); weiter zählt Möllers die Erarbeitung dogmatischer Angebote für die Auflösung von Konflikten zwischen Rechtsnormen unterschiedlichen Ranges und die Konturierung von höherrechtlicher Maßstabsbildung zu den Aufgaben der Verfassungsrechtswissenschaft. Diese Aufgaben der Verfassungsrechtswissenschaft lassen sich als Arbeit an ‚Verfassungsrechtsdogmatik‘ fassen. Dies ist aber nur ein Teil der Aufgaben der Verfassungsrechtswissenschaft: In Bezug auf die herrschaftsbegründende Tradition der Verfassung arbeite – so Möllers, a. a. O. weiter – zudem legitimationstheoretisch-demokratietheoretisch informierte Rechtswissenschaft an der Lösung von institutionellen Problemlagen – dies unterfällt nicht der akademischen Dogmatikbildung (Jurisprudenz) im hier gemeinten Sinn.

<sup>3046</sup> Spricht man im Zusammenhang mit ‚dem Recht‘ von ‚Methode‘, so müssen von vorneherein zwei Dimensionen unterschieden werden – auch wenn sie nicht immer sauber und verlustfrei getrennt werden können: Methoden der Rechtsanwendung sind grundsätzlich von Methoden der Rechtswissenschaft zu trennen, vgl. H. C. Röhl, VVDStRL 74 (2015), S. 7 (10), m. w. N. Mit den Methoden der Rechtsanwendung beschäftigt sich zunächst die juristische Methodenlehre: Dieser geht es insbesondere um Fragen der Auslegung von Rechtsnormen und sonstiges Handwerkszeug der praktisch arbeitenden Juristin. Für die methodologische Einordnung einer wissenschaftlichen Untersuchung, wie sie vorliegend angestrebt wird, sind hingegen die Methoden der Rechtswissenschaft maßgeblich.

<sup>3047</sup> Vgl. nur A. v. Arnauld, VVDStRL 74 (2015), S. 39 (41); vgl. auch C. Bumke, JZ 2014, 641 (650): Rechtsdogmatik „bearbeitet [...] das Recht in derselben Weise, wie dies auch in der [judikativen oder nicht-judikativen] Praxis geschehen könnte“; innerhalb des Methodenpluralismus ist das ihr disziplinäres „Alleinstellungsmerkmal“; zur Verfassungsrechtsdogmatikforschung als bloßen Teil der Verfassungsrechtswissenschaft C. Schönberger, in: FS Schlink, Heidelberg 2014, S. 41 (48 f.), welcher diese Gegenüberstellung mit der Forderung nach einer „Verfassungsrechtswissenschaft, die nicht in Verfassungsdogmatik aufgeht“ verknüpft.

Und so ließen sich zu dem hier gegebenen Untersuchungsgegenstand aus wissenschaftlicher Perspektive auch grundlegend andere Fragen stellen<sup>3048</sup> – beispielsweise nach den historischen Wurzeln der heutigen föderalen Ordnungen in der nordamerikanischen Kolonialzeit bzw. im Alten Reich<sup>3049</sup>, nach der ‚politischen Wirklichkeit‘ des Föderalismus (etwa nach dem Bestehen einer ‚föderalen Kultur‘ in der Wahlbevölkerung) anhand empirischer Parameter<sup>3050</sup> oder nach der (politischen) Ökonomie verschiedener föderaler Entwürfe und aus dieser Perspektive nach Vor- und Nachteilen von Leitbildern föderaler Ordnung (‚Wettbewerbsföderalismus‘ etc.). Mit der ideengeschichtlich gebetteten interdisziplinären Rhetorikanalyse wird in der vorliegenden Untersuchung zwar ‚tatsächlich‘ ein über die mit Dogmatik befasste Rechtswissenschaft teilweise hinausreichendes Forschungsfeld betreten werden (s. dazu sogleich II. 4. c) u. III. 2.), im Zentrum der Untersuchung steht jedoch Rechtsdogmatikforschung zu den Verbandsgrundrechtspositionen der US-Einzelstaaten und der deutschen Länder.

## II. Rechtsdogmatik und Rechtswissenschaft

Was bedeutet ‚Rechtsdogmatikforschung‘ und wie verhält sie sich zu anderen Teildisziplinen der Rechtswissenschaft? Antworten auf diese Frage sind ausgehend vom Forschungsgegenstand ‚Dogmatik‘ herzuleiten:

### 1. Nochmals: der Forschungsgegenstand ‚Dogmatik‘

‚Dogmatik‘ (als Forschungsgegenstand) wurde oben definiert als eine pluralistisch-diskursiv gebildete, formalisierte, instrumentalisierbare „Zwischenschicht“ (ausführlich oben § 7, B. I.): Diese „Zwischenschicht“ zwischen den abstrakt-geordneten Gehalten von Rechtsnormen und der konkret-individuellen Rechtsanwendung (Eifert)<sup>3051</sup> besteht aus einem „innersystematisch erarbeitete[n] Gefüge juris-

<sup>3048</sup> Zu den verschiedenen wissenschaftlichen Zugängen zu ‚Föderalismus‘ etwa *F. Palermo/K. Kössler*, Comparative Federalism. Constitutional Arrangements and Case Law, Portland, Ore. 2017, S. 1, mit den Beispielen politische Theorie, Politikwissenschaft, Verfassungsrechtswissenschaft, Makroökonomie.

<sup>3049</sup> Mittelbar wird im ideenpolitischen Teil der Untersuchung (§§ 1 f.) auch eine (spezifische) historische Perspektive (etwa auf die *Federalist/Anti-Federalist*-Debatte) eingenommen, dies aber v. a. um das Theorem der ‚Ideenpolitik‘ einzuführen und somit die dogmatische Analyse und die Rhetorikanalyse zu rahmen und vorzubereiten.

<sup>3050</sup> Oben wurde die Frage aufgeworfen (freilich jedoch aus der Untersuchung ausgeklammert), inwieweit in den USA und der Bundesrepublik Deutschland ‚tatsächlich‘ von einer ‚föderalen Kultur‘ in der (para-)demokratischen Öffentlichkeit gesprochen werden könne (s. o. § 8, B. II. 2. a)); vgl. für eine der seltenen empirischen Studien für die USA: *C. D. Kam/R. A. Mikos*, Journal of Empirical Legal Studies 4 (2007), 589.

<sup>3051</sup> Vgl. *M. Eifert*, in: G. Kirchhof/S. Magen/K. Schneider (Hrsg.), Was weiß Dogmatik? Was leistet und wie steuert die Dogmatik des öffentlichen Rechts?, Tübingen 2012, S. 79 (81).

tischer Begriffe, Institutionen, Grundsätze und Regeln [...], die als Bestandteil der positiven Rechtsordnung unabhängig von einer gesetzlichen Fixierung allgemein Anerkennung und Befolgung beanspruchen“ (Brohm)<sup>3052</sup>. Oben wurde betont, dass die Herausbildung dieses „Gefüges“ prozesshaft-diskursiv verstanden und dabei der Blick auf einen Pluralismus der Beiträgerinnen und Beiträger gerichtet werden kann; zugleich wurde anerkannt, dass es sich bei der Dogmatikbildung trotz der Vielzahl von Beiträgen keinesfalls um einen unregelmäßigen, sondern um einen stark konditionierten und hierarchisierten Prozess mit zahlreichen rechtlichen, professionellen und sozialen Bedingungen und Ausschlüssen handelt (ausführlich oben § 7, B. III. 4.).

Wichtig für die methodologische Reflexion ist nun, dass der Kreis der Beiträgerinnen und Beiträger zu Dogmatik oben – u. a. mit Voßkuhle – weit gefasst, nämlich im „professionellen Rechtsstaat (Richter, Verwaltungsbeamte, Wissenschaftler etc.)“<sup>3053</sup> erblickt wurde. Mit Jestaedt geht die vorliegende Untersuchung gar davon aus, dass Dogmatik das „gemeinsame Kommunikationsformat von Rechtswissenschaft und Rechtspraxis“<sup>3054</sup> darstellt (auch hierzu bereits ausführlich oben § 7, B. I. 3.).

## 2. Wissenschaftliche Professionalität statt demokratischer Legitimation

In der Reihe der Akteure, die nach dem referierten Verständnis an der Schaffung von ‚Dogmatik‘ beteiligt sind, fällt das rechtswissenschaftliche Schrifttum aus der Reihe: Anders als Gerichte und andere Hoheitsträger sind Rechtswissenschaftlerinnen und Rechtswissenschaftler nicht im herkömmlichen Sinn demokratisch legitimiert oder gesetzlich ermächtigt, an der Auslegung und Fortbildung von Recht – mit Verbindlichkeitscharakter – mitzuwirken.<sup>3055</sup> Für das rechtswissenschaftliche

<sup>3052</sup> W. Brohm, VVDStRL 30 (1972), 245 (246), mit Verweisen auf T. Geiger, Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts, Kopenhagen 1947, S. 9 ff.; und T. Viehweg, in: Festschrift für C. A. Emge, Wiesbaden 1960, S. 106 (106 f.).

<sup>3053</sup> A. Voßkuhle, in: G. Kirchhof/S. Magen/K. Schneider (Hrsg.), Was weiß Dogmatik? Was leistet und wie steuert die Dogmatik des öffentlichen Rechts?, Tübingen 2012, S. 111 (111). Voßkuhles ‚Dogmatik‘-Definition ist beinahe identisch mit der von R. Alexy, Theorie der juristischen Argumentation, 3. Aufl., Frankfurt a.M. 1996, S. 314. Jedoch spricht Voßkuhle eben vom „professionellen Rechtsstaat (Richter, Verwaltungsbeamte, Wissenschaftler etc.)“ als Schöpfer von Dogmatik, während Alexy eine „institutionell betrieben[e] Rechtswissenschaft“ als Schöpferin der Dogmatik benennt. Zum „rechtsstaatlichen und wissenschaftlichen Ethos“ der Verfassungsrechtswissenschaft auch B. Schlink, Der Staat 28 (1989), 161 (170).

<sup>3054</sup> M. Jestaedt, in: G. Kirchhof/S. Magen/K. Schneider (Hrsg.), Was weiß Dogmatik? Was leistet und wie steuert die Dogmatik des öffentlichen Rechts?, Tübingen 2012, S. 117 ff.

<sup>3055</sup> Zur „Selbstermächtigung“ der dogmatisch arbeitenden Rechtswissenschaft zur Rechtserzeugung in Symbiose mit der Rechtspraxis O. Lepsius, in: G. Kirchhof/S. Magen/K. Schneider (Hrsg.), Was weiß Dogmatik? Was leistet und wie steuert die Dogmatik des öffentlichen Rechts?, Tübingen 2012, S. 39 (43 ff.); vgl. zur Legitimationsfrage auch R. Sacco/P. Rossi, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl., Baden-Baden 2017,

Schrifttum gelten auch nicht – jedenfalls nicht in gleicher Weise – die Bindungen der Art. 1 Abs. 3 und Art. 20 Abs. 3 GG, d. h. die Bindung der Auslegungsarbeit an die Grundrechte, die verfassungsmäßige Ordnung, Recht und Gesetz – wobei hier freilich die dogmatisch anders einzuordnende „Verfassungstreue“-Klausel des Art. 5 Abs. 3 S. 2 GG zu beachten ist<sup>3056</sup>.

Dennoch nehmen wissenschaftliche Akteure an der Gestaltung von ‚Dogmatik‘ teil. Voßkuhle bezeichnet Wissenschaftlerinnen und „Wissenschaftler“ – wie erwähnt – gar als Teil des „professionellen Rechtsstaates“<sup>3057</sup>. Auch Bernhard Schlink geht davon aus, dass es ein „rechtsstaatliche[s] und wissenschaftliche[s] Ethos“ der Verfassungsrechtswissenschaft gibt.<sup>3058</sup> Dabei ist es offenbar also eher – wenn auch nicht nur – das Element der „Professionalität“, welches wissenschaftliche Akteure in den Kreis der Dogmatik-Bildenden einbindet.<sup>3059</sup> ‚Professionalität‘ baut dabei vor allem auch auf implizites Wissen<sup>3060</sup>, auf Imitationsverhalten<sup>3061</sup>, auf Reputations-sicherungszwänge<sup>3062</sup>, auf Habitus, auf eine starke Stellung in der juristischen Ausbildung, Didaktik und Pädagogik sowie auf Diskursstrukturierung durch Hierarchisierungen und Ausschlüsse innerhalb des wissenschaftlichen Diskurses (dazu –

---

Kap. 8, § 3, Rn. 21; C. Möllers/H. Birkenkötter, I•CON 12 (2014), 603 (614): „*Legal academia does not have the political legitimacy to create new law*“; C. Möllers, in: M. Herdegen/J. Masing/R. Poscher/K. F. Gärditz (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, München 2021, § 5, Rn. 10.

<sup>3056</sup> Art. 5 Abs. 3 S. 2 GG ist eine Schranken-Schranke des Individualgrundrechts der Wissenschaftsfreiheit aus Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG, welche ihrerseits Hoheitsträger verpflichtet.

<sup>3057</sup> A. Voßkuhle, in: G. Kirchhof/S. Magen/K. Schneider (Hrsg.), Was weiß Dogmatik? Was leistet und wie steuert die Dogmatik des öffentlichen Rechts?, Tübingen 2012, S. 111 (111).

<sup>3058</sup> B. Schlink, Der Staat 28 (1989), 161 (170) – Schlink folgert daraus seine Kritik am „Bundesverfassungsgerichtspositivismus“; dazu gleich unten III. 2. b) bb).

<sup>3059</sup> In diesem Zusammenhang ist bemerkenswert, dass S. Koriath, in: FS Schlink, Heidelberg 2014, S. 31 (33), einen Zusammenhang zwischen dem von Bernhard Schlink beschriebenen „Bundesverfassungsgerichtspositivismus“ der deutschen Verfassungsrechtswissenschaft (ausführlich sogleich III. 2. b) bb)) und der „pragmatische[n] Legitimation“ (wohl) der Dogmatikbildung durch Verfassungsrechtswissenschaft(?) herstellt.

<sup>3060</sup> Vgl. W. Hassemer, in: F. Saliger/ders./U. Neumann (Hrsg.), Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 9. Aufl., Heidelberg 2016, S. 227 (239 f.): „Betriebswissen“.

<sup>3061</sup> K. v. Schlieffen, Rechtstheorie 32 (2001), 175 (178); M. Wrase, in: A. Pilniok/J. Brockmann (Hrsg.), Die juristische Profession und das Jurastudium, Baden-Baden 2017, S. 41 (49).

<sup>3062</sup> Solche Reputations-sicherungszwänge, welche zu Professionalität ‚verleiten‘, verbinden wohl alle am Rechtsleben beteiligten Akteure in gewissem Maße, vgl. zur Rolle von Reputations-sicherungszwängen bei (US-amerikanischen) Richterinnen und Richtern: C. Möllers/H. Birkenkötter, I•CON 12 (2014), 603 (606, dort in Fn. 18), mit Hinweis auf R. A. Posner, How Judges Think, Cambridge, Mass., U.S.A., u. a. 2008 – bemerkenswerterweise diskutiert Richard A. Posner diesen Zusammenhang unter der Überschrift „*Judges Are Not Law Professors*“ (a. a. O., S. 204 ff.), betont aber das Reziprozitätsverhältnis zwischen „*first-rate academic lawyers*“ und „*good judges*“ basierend auf gegenseitiger Anerkennung.

u. a. mit Hinweisen auf Wolfgang Ullrich und Pierre Bourdieu – oben § 7, B. III. 4.). Ein solche wissenschaftliche ‚Professionalität‘ entbindet selbstverständlich nicht von der Notwendigkeit, sich als interpretierende, ordnende und kritisierende Instanz selbst zu orientieren, sich eine Perspektive zu verschaffen – in einer demokratischen Verfassungsordnung im besten Fall die Perspektive einer ‚Verfassungs‘- und insbesondere ‚Demokratie‘-orientierten – statt beispielsweise einer ‚Staats‘-orientierten – Rechtswissenschaft (s. auch § 12, C. II.).<sup>3063</sup>

### 3. Teilnehmende Beobachtung und beobachtende Teilnahme

Dogmatisch arbeitende Rechtswissenschaft wird regelmäßig als „Reflexion erster Ordnung, aus der Perspektive nicht des Beobachters, sondern des Teilnehmers“<sup>3064</sup> – oder zumindest als „teilnehmende Beobachtungsdisziplin“<sup>3065</sup> – charakterisiert. Blickt man aus Sicht der Wissenschaft auf Rechtsdogmatik, so hat man regelmäßig gewissermaßen einen Zwitter vor Augen: Man sieht Rechtsdogmatik als Forschungsgegenstand, arbeitet aber zugleich (mehr oder weniger bewusst, mehr oder weniger offen) an ihr mit.

Bei der wissenschaftlichen Erforschung von Rechtsdogmatik ist Distanz zum Forschungsgegenstand besonders schwer herstellbar. Dieses Distanz-Problem großer Teile der Rechtswissenschaft geht über das allgemeine wissenschaftstheoretische Problem der Untrennbarkeit von Teilnahme und Beobachtung bei wissenschaftlicher Betätigung, das auch andere wissenschaftliche Disziplinen wie etwa die Kultur- und Sozialanthropologie, aber auch die politische Theorie<sup>3066</sup> oder gar die Literatur-

---

<sup>3063</sup> Vgl. zu diesen drei Perspektiven *O. Lepsius*, *Der Staat* 52 (2013), 157 ff. Lepsius plädiert für eine ‚Demokratie‘-orientierte Rechtswissenschaft, welche „Rücksicht auf die Entstehungs- und Funktionsbedingungen“ demokratisch erzeugten Rechts nimmt; eine solche weist dann freilich über rechtswissenschaftliche Dogmatik hinaus und ist eher als „Variante einer Verfassungstheorie“ zu verstehen, s. a. a. O. (168).

<sup>3064</sup> *T. Gutmann*, JZ 2013, 697 (697).

<sup>3065</sup> Vgl. den Redebeitrag von Christoph Schönberger in der Diskussion zu den Staatsrechtlerreferaten von Hans Christian Röhl und Andreas von Arnould, VVDStRL 74 (2015), S. 88 (90): „Mir scheint die Gemeinsamkeit beider Referate darin zu liegen, dass sie die Rechtswissenschaft weiterhin als teilnehmende Beobachtungsdisziplin des Rechtssystems insgesamt betrachten. In diesem Sinn ist die Rechtswissenschaft für beide eher Theologie als Religionswissenschaft.“

<sup>3066</sup> Zur politischen Theorie als „Intervention in gesellschaftliche Deutungskämpfe“ und „Bestandteil einer von Machtverhältnissen durchzogenen [...] Welt der menschlichen Angelegenheiten“ *H. Münkler/G. Straßenberger*, *Politische Theorie und Ideengeschichte. Eine Einführung*, München 2016, S. 190 f., mit Verweis auf *C. Mouffe*, *Das demokratische Paradox*, Wien, Österreich, 2008, S. 45, 58 ff. – vgl. knapp am Rande zu Mouffes Ansatz ‚radikaler Demokratie‘ unten bei und in Fn. 4153 (in § 12, B. III. 1. d)). Münkler und Straßenberger weisen außerdem auf Hannah Arendt und Bonnie Honig als Vertreterinnen „performative[r] Konzeptionen des Politischen“ hin.

wissenschaft (insbesondere im Bereich der Erforschung von Gegenwartsliteratur<sup>3067</sup> oder im Fall von „disziplinärer Dichtung“ [Alexander Nebrig] nicht nur von „Dichterphilologen“<sup>3068</sup>) kennen, insgesamt noch hinaus. Wissenschaftliche Rechtsdogmatikbildung ist – stärker als andere Wissenschaften – auf die gestaltende Einwirkung auf den erforschten Gegenstand gerade *angelegt*.<sup>3069</sup> Freilich wurde im ersten Kapitel herausgearbeitet, dass innerhalb des Methodenpluralismus der politischen Theorie und Ideengeschichte der Ansatz der Ideenpolitik ebenfalls durch eine ausdrücklich-affirmative Ausrichtung auf Interventionen in die Praxis angelegt ist und dass das ideenpolitische Arbeiten im Ideenreservoir als dogmatisches Arbeiten bezeichnet werden kann (näher oben § 1, C. III.). Rechtsdogmatik und Ideenpolitik, Rechtsdogmatikforschung und Ideenpolitikforschung sind aus methodologischer Sicht eng verwandt (dazu sogleich B. II. 2.).

#### 4. Grade der Distanz zwischen Wissenschaft und Praxis

Der Forschungsgegenstand ‚gerichtlich durchsetzbare Dogmatik‘ wurde oben bereits durch das Schlagwort der „Gerichtsfähigkeit“ charakterisiert; dogmatische Texte wurden – im Anschluss an Klaus F. Röhl und Hans Christian Röhl – als

<sup>3067</sup> Vgl. C. Spoerhase, in: Merkur 776 (Januar 2014), S. 15 ff. Bemerkenswerterweise hat sich Carl Schmitt (1888–1985), der ja doch v. a. auch (Staats-)Rechtswissenschaftler war, in einem literaturwissenschaftlichen Versuch mit einem Autor seiner Gegenwart, Theodor Däubler (1876–1934), nämlich mit dessen „Das Nordlicht“ (1910) und dabei auch noch ausdrücklich mit der „Aktualität des Werkes“ auseinandergesetzt: C. Schmitt, Theodor Däublers ‚Nordlicht‘. Drei Studien über die Elemente, den Geist und die Aktualität des Werkes, München 1916, zur „Aktualität des Werkes“: a. a. O., S. 59 ff.; vgl. zu Schmitts Däubler-Arbeit und seiner „literarische[n] Jurisprudenz“ C. Schönberger, in: Merkur 810 (November 2016), S. 89 ff.

<sup>3068</sup> A. Nebrig, Disziplinäre Dichtung. Philologische Bildung und deutsche Literatur in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts, Berlin u. a. 2013. Nebrig versteht unter „disziplinärer Dichtung“ das Hervorbringen von „poetische[n] Texte[n] [...]“, die mit der für sie zuständigen Fachwissenschaft, der Germanistik, kommunizieren“ (a. a. O., S. 6); dies kann u. a. aufgrund eines „bildungsbiographischen Kriteriums“ (bei sog. „Dichterphilologen“ wie Rudolf Borchardt, Albrecht Schaeffer oder Ernst Stadler), aber auch darüber hinaus der Fall sein, wenn „inhaltlich[e] Aspekte des philologisch-literaturwissenschaftlichen Diskurses“ in literarischen Texten (z. B. von Hermann Broch, Arno Holz oder Thomas Mann) „zum Tragen kommen“ (a. a. O., S. 7).

<sup>3069</sup> In den Bereichen ‚Kunst‘ und ‚Literatur‘ treten zwischen Kunst- bzw. Literaturpraxis einerseits und Kunst- bzw. Literaturwissenschaft andererseits in einer mittleren Position – freilich bei fließenden Grenzen – noch ‚Kunstkritik‘ bzw. ‚Literaturkritik‘, welche jeweils wichtige dogmatische Funktionen für ihren jeweiligen Bereich übernehmen; zu den ritualisiert-konventionalisiert-dogmatischen Gehalten von ‚Kunstkritik‘ W. Ullrich, in: ders., Tiefer hängen. Über den Umgang mit der Kunst, Berlin 2003, S. 13 (28 ff.): Ullrich hebt hervor, dass konventionalisiert-ritualisierte Formen der Kunstrezeption überhaupt erst den Kontext und Rahmen für eine – scheinbar – ‚freie‘ Kunst liefern („Regelrezeption“ ermöglicht Autonomieästhetik), zugleich aber auch der Grund für die Schaffung „bequemer“ und wenig selbstkritischer Kunst sind; Ullrich fordert deshalb mehr Originalität und Variabilität beim Rezipieren.



„Rechtsinhaltsquelltexte“ bezeichnet, deren Inhalte „schon in einem juristischen Kontext stehen und in gleicher Weise wie die i.e.S. verbindlichen juristischen Rechtsquellen Sollensnormen formulieren, so dass die Gerichte sie unmittelbar anwenden könnten“<sup>3070</sup> (näher oben § 7, A. I. 4.). Auch das rechtswissenschaftliche Schrifttum *kann* solche Rechtsinhaltsquelltexte erarbeiten (näher oben § 7, A. IV. 1.). Dies führt zu methodologischen Implikationen für die Rechtswissenschaft; auf einem Spektrum von steigender Nähe bzw. abnehmender Distanz der Rechtswissenschaft zur Rechtspraxis lassen sich drei wissenschaftliche Perspektiven unterscheiden – Forschung zu den Grundlagen des Rechts, Rechtsdogmatikforschung, Jurisprudenz:

#### *a) Erforschung der Grundlagen des Rechts*

Zunächst einmal sollte klar geworden sein, dass nicht jede Äußerung aus der Rechtswissenschaft ein Bestandteil von Dogmatik ist: Schriftumsbeiträge sind nur dann Teil von Dogmatik, stellen nur dann Rechtsinhaltsquelltexte dar, wenn sie einen operationalisierenden und kohärenzsichernden Beitrag zur Anwendung von Rechtsnormen in Einzelfällen leisten; „theoretische Reflexionen des Rechtsstoffes ohne praktischen Anwendungsbezug“ stehen demgegenüber neben der Dogmatik.<sup>3071</sup> Diese Gruppe von wissenschaftlichen Zugängen kann als Forschung zu den ‚Grundlagen des Rechts‘ bezeichnet werden.

#### *b) Akademische Jurisprudenz – Wissenschaft mit dogmatischer Stimme*

Von der Erforschung der ‚Grundlagen des Rechts‘ zu unterscheiden ist rechtswissenschaftliche Dogmatikbildung. Mit Hans Christian Röhl soll insoweit von ‚Jurisprudenz‘ gesprochen werden.<sup>3072</sup> Diese ist praxisorientiert und (mehr oder weniger offen) auf die Produktion von Rechtsinhaltsquelltexten gerichtet. Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler bedienen sich in diesem Modus selbst einer ‚dogmatischen Stimme‘ (oder wollen entsprechend gelesen werden). Im Chiasmus teilnehmende Beobachtung/beobachtende Teilnahme überwiegt dann das Moment der Teilnahme (an der Dogmatikbildung).

Innerhalb des Bereichs des dogmatisch arbeitenden Schrifttums gibt es freilich (graduelle) Unterschiede und Schwerpunkte, zum Teil durchaus mit Überschneidungen zu den ‚Grundlagen des Rechts‘: Hans Christian Röhl unterscheidet im Methodeninstrumentarium der Jurisprudenz analytische (etwa empirische, hermeneutische, logische sowie philosophisch-reflexive) Methoden einerseits sowie syn-

<sup>3070</sup> K. F. Röhl/H. C. Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl., München 2008, S. 520.

<sup>3071</sup> A. Voßkuhle, in: G. Kirchhof/S. Magen/K. Schneider (Hrsg.), Was weiß Dogmatik? Was leistet und wie steuert die Dogmatik des öffentlichen Rechts?, Tübingen 2012, S. 111 (111).

<sup>3072</sup> Vgl. H. C. Röhl, VVDStRL 74 (2015), S. 7 (17).

thetische (etwa begriffsbildende, systematisierende und vergleichende) Methoden andererseits.<sup>3073</sup> Die dogmatisch arbeitende Rechtswissenschaft mache nicht bei der Analyse und Reflexion vorgefundener rechtlicher Begriffe, Institutionen, Grundsätze, Argumente und Regeln Halt, sondern produziere über Systematisierung, „Theorieangebot“ und Begriffsbildung letztlich vor allem Entscheidungsvorschläge für die Lösung von Rechtsfragen.

Zum Teil werden mit Blick auf das rechtswissenschaftliche dogmatische Arbeiten qualitative Stufen oder Intensitäten unterschieden, die hier – mit Armin von Bogdandy – als „pflegende“ („*tending*“) Jurisprudenz einerseits und als „gestaltende“ Jurisprudenz („*great doctrinal design*“) andererseits benannt werden sollen<sup>3074</sup>: Die „pflegende“ dogmatische Arbeit ist damit befasst, neue Rechtsentwicklungen in das bestehende dogmatische System einzuarbeiten. „Gestaltende“ rechtsdogmatische Arbeit nimmt – weitergehend – für sich in Anspruch, das bestehende dogmatische System weiterzuentwickeln oder zu verändern, d. h. neue Begriffe, Kategorien und Systematiken zu entwickeln und auf das herrschende Verständnis des geltenden Rechts einzuwirken. Auch diese gestaltungsintensivere Form von Jurisprudenz bleibt jedoch auf das geltende Recht bezogen.

### c) Rechtsdogmatikforschung

Zwischen den Polen der Erforschung der Grundlagen des Rechts und der Jurisprudenz wird vorliegend die Rechtsdogmatikforschung verortet. Rechtsdogmatikforschung ist weiter entfernt von der Praxis als die Jurisprudenz; sie zielt nicht auf die Produktion von Rechtsinhaltsquellen ab. Allerdings ist Rechtsdogmatikforschung nicht so weit von der Praxis entfernt wie manche Teile der Forschung zu den ‚Grundlagen des Rechts‘, da sie Prozesse der Dogmatikbildung in Rechtspraxis und Jurisprudenz untersucht. Neben der (v. a. judikativen) Rechtspraxis ist also auch die Jurisprudenz ein Gegenstand der Rechtsdogmatikforschung. Im Chiasmus teilnehmende Beobachtung/beobachtende Teilnahme überwiegt bei der Rechtsdogmatikforschung das Moment der Beobachtung (nämlich der Beobachtung der Dogmatikbildung durch andere Akteure). Gleichsam werden sich gewisse ‚Teilnahme-Beiträge‘ zur Dogmatikbildung auch bei der distanzierten Rechtsdogmatikforschung nicht vollständig ausschließen lassen, sind also unhintergebar.<sup>3075</sup>

<sup>3073</sup> Vgl. H. C. Röhl, VVDStRL 74 (2015), S. 7 (16 ff.).

<sup>3074</sup> Vgl. A. v. Bogdandy, I•CON 7 (2009), 364 (377): „*a sort of ‚upkeep‘ and ‚tending‘ of constitutional law*“ einerseits und „*great doctrinal design*“ andererseits; zu unterschiedlichen Gestaltungsansprüchen von rechtswissenschaftlichem dogmatischem Arbeiten auch C. Möllers/H. Birkenkötter, I•CON 12 (2014), 603 (612 ff.), welche dogmatische Arbeit, die anspruchsvollere Gestaltungsambitionen aufweist, mit der Gattungstradition des deutschsprachigen Lehrbuchs in Verbindung bringen.

<sup>3075</sup> Zumal dies (ob ein Dogmatikbeitrag geleistet wird oder nicht) auch davon abhängt, wie der jeweilige wissenschaftliche Beitrag gelesen wird.

d) Wissenschaftsvergleichende Notiz  
zur US-amerikanischen Rechtswissenschaft

Häufig betonen Kommentatorinnen und Kommentatoren, dass die beschriebene besonders enge Verkopplung von Rechtswissenschaft und (v.a. judikativer) Rechtspraxis, wie sie eben für die Jurisprudenz beschrieben wurde (s.o. b)), ein Charakteristikum des deutschen Rechtsdiskurses sei.<sup>3076</sup> Es stellt sich die Frage, ob es Jurisprudenz mit einflussreichen Beiträgen zur Dogmatikbildung im eben beschriebenen Sinn außerhalb der Bundesrepublik Deutschland überhaupt gibt. Angesichts des vorliegenden Untersuchungsgegenstands interessiert dabei insbesondere: Ist der Verfassungsrechtsdiskurs in den Vereinigten Staaten von Amerika offen für akademische Jurisprudenz im oben beschriebenen Sinn?

Das deutsche Wort der ‚Rechtsdogmatik‘ wird häufig als unübersetzbar charakterisiert.<sup>3077</sup> Allenfalls als teilweises Äquivalent zur deutschen ‚Rechtsdogmatik‘ kommt das US-amerikanische Wort ‚doctrine‘ in Betracht. Als ‚doctrine‘ werden vor allem Fallgruppen und Rechtsprechungslinien der US-amerikanischen Gerichte bezeichnet<sup>3078</sup>: Hierbei kann sich ‚doctrine‘ entweder auf die Strukturen der Rechtsprechung zu größeren Rechtsbereichen beziehen (beispielsweise: „*federalism doctrine*“<sup>3079</sup>) oder aber zur Bezeichnung spezifisch-kleinteiliger Fallgruppen und Rechtsprechungslinien verwendet werden (beispielsweise: „*anti-commandeering doctrine*“ – s.o. § 6, A. I. 2. a)). Diese (ganz vorrangig) gerichtszentrierte Begriffsverwendung von ‚doctrine‘ zeigt, dass damit nicht der von der deutschen ‚Rechtsdogmatik‘ erfasste Beitrag der Rechtswissenschaft (Jurisprudenz) bei der Dogmatikbildung angesprochen wird.

---

<sup>3076</sup> Vgl. A. Voßkuhle, in: G. Kirchhof/S. Magen/K. Schneider (Hrsg.), Was weiß Dogmatik? Was leistet und wie steuert die Dogmatik des öffentlichen Rechts?, Tübingen 2012, S. 111 (113): „international wohl einmalig“; M. Jestaedt, in: G. Kirchhof/S. Magen/K. Schneider (Hrsg.), Was weiß Dogmatik? Was leistet und wie steuert die Dogmatik des öffentlichen Rechts?, Tübingen 2012, S. 117 (117 f.): für die „Rechtswissenschaft im deutschen Sprachraum“; O. Lepsius, in: G. Kirchhof/S. Magen/K. Schneider (Hrsg.), Was weiß Dogmatik? Was leistet und wie steuert die Dogmatik des öffentlichen Rechts?, Tübingen 2012, S. 39 (47); vgl. auch M. Hailbronner, Der Staat 53 (2014), 425 (430); A. v. Bogdandy, I·CON 7 (2009), 364 (365) weitet diese Charakterisierung auch auf die übrigen Mitgliedstaaten der Europäischen Union aus; vgl. auch C. Schönberger, Der „German Approach“, Tübingen 2015, S. 2, welcher gewissermaßen eine Steigerung der engen Kopplung von Wissenschaft und Praxis beschreibt: Die Rechtswissenschaft begreife sich in Deutschland traditionell selbst als Rechtspraxis, was ein Alleinstellungsmerkmal der deutschen, selbst gegenüber der Tradition in Österreich sei, vgl. a.a.O., S. 5.

<sup>3077</sup> Vgl. nur M. Jestaedt, in: G. Kirchhof/S. Magen/K. Schneider (Hrsg.), Was weiß Dogmatik? Was leistet und wie steuert die Dogmatik des öffentlichen Rechts?, Tübingen 2012, S. 117 (118); H. C. Röhl, VVDSrL 74 (2015), S. 7 (11); Bu, JZ 2016, 382 (383).

<sup>3078</sup> Vgl. für eine solche Begriffsverwendung etwa M. C. Dorf/T. Morrison, Constitutional Law, New York, N.Y., U.S.A., 2010, S. 70 („the Court’s efforts to fashion doctrines that protect state sovereignty“), 84.

<sup>3079</sup> M. C. Dorf/T. Morrison, Constitutional Law, New York, N.Y., U.S.A., 2010, S. 84.

Mit Blick auf die Produkte (also Texte) der US-amerikanischen Verfassungsrechtswissenschaft wird zwar in aller Regel nicht von ‚*doctrine*‘ gesprochen, doch trifft man vereinzelt auf Bezeichnungen wie ‚*doctrinal analysis*‘<sup>3080</sup> für eine bestimmte Form rechtswissenschaftlicher Forschung. Richard A. Posner versteht hierunter das „sorgfältige Lesen und Vergleichen von Gerichtsentscheidungen mit dem Ziel, Unklarheiten zu identifizieren, Inkonsistenzen zwischen Entscheidungen und Entscheidungslinien offenzulegen, Abgrenzungen zu entwickeln, die Kernaussagen der Entscheidungen zu formulieren und auf andere Weise die charakteristischen Fähigkeiten der Rechtsanalyse auszuüben.“<sup>3081</sup> Posner ergänzt, dass sich diese Form von Rechtswissenschaft dabei keineswegs mit Aussagen zur inneren Systemgerechtigkeit der Entscheidungen begnüge, sondern auch – wenn man so will: kritische – Bewertungen der Entscheidungen hinsichtlich der Praktikabilität und materiellen Gerechtigkeit treffen würde. Dabei würden allerdings nicht etwa in methodisch geleiteter Form die Kenntnisse anderer Disziplinen, etwa der Sozialwissenschaften und Philosophie rezipiert und angewendet, sondern eher auf Plausibilität, Erfahrungswerte und „*common sense*“ zurückgegriffen.<sup>3082</sup> Insoweit bestehen deutliche Parallelen und Schnittmengen dieser US-amerikanischen „*doctrinal analysis*“ mit der Jurisprudenz in Deutschland. Hierbei scheint Posner vor allem die oben (s. o. b)) als „pflegend“ bezeichnete rechtsdogmatische Arbeit zu beschreiben, bei welcher der gestaltende Anspruch eher geringer ausgeprägt ist. Ob die von Posner im Jahr 1980 beschriebene „*doctrinal analysis*“ im US-amerikanischen (Verfassungs-)Rechtsdiskurs (heute noch<sup>3083</sup>) mit wesentlichem Einfluss etabliert ist, wird von mancher Seite bezweifelt: Vielfach werden für das (auch wissenschaftliche) US-amerikanische Rechtsdenken ein Fokus auf Interdisziplinarität, eine recht offene Politisierung, eine gewisse praktische Einflusslosigkeit, beinahe ein fragmentiertes Chaos konstatiert;<sup>3084</sup> obschon insoweit durchaus auch anderslautende Stimmen<sup>3085</sup> vernehmbar sind.

<sup>3080</sup> R. A. Posner, Yale Law Journal 90 (1980), 1113 (1113 f.) verwendet „*doctrinal analysis*“ sowie „*clarification of legal doctrine*“ als Bezeichnungen für einen von drei Haupttypen von „*legal scholarship*“ in den USA. A. v. Bogdandy, I-CON 7 (2009), 364 (367), verwendet den Begriff „*doctrinal analysis*“ als Bezeichnung für das „Hauptfeld von Rechtswissenschaft in Europa.“

<sup>3081</sup> R. A. Posner, Yale Law Journal 90 (1980), 1113 (1113): „*Doctrinal analysis [...] involves the careful reading and comparison of appellate opinions with a view to identifying ambiguities, exposing inconsistencies among cases and lines of cases, developing distinctions, reconciling holdings, and otherwise exercising the characteristic skills of legal analysis.*“

<sup>3082</sup> Vgl. R. A. Posner, Yale Law Journal 90 (1980), 1113 (1114).

<sup>3083</sup> Posners Aufsatz stellte bereits im Jahr 1980 fest, dass sich diese – für den damaligen Zeitpunkt von ihm als (noch) dominierend bezeichnete – Form der Rechtswissenschaft in den USA in einem Niedergang befinde; vgl. R. A. Posner, Yale Law Journal 90 (1980), 1113 (1117 ff.).

<sup>3084</sup> Vgl. in diese Richtung (obschon nach Selbstaussage bewusst etwas „überzeichnet“) M. Reimann, in: K. Krakau/F. Streng (Hrsg.), Konflikt der Rechtskulturen? Die USA und Deutschland im Vergleich, Heidelberg 2003, S. 23 (35); vgl. auch O. Lepsius, in: G. Kirchhof/S. Magen/K. Schneider (Hrsg.), Was weiß Dogmatik? Was leistet und wie steuert die Dog-

Ohne dass hier insoweit quantifizierende Aussagen getroffen werden sollen<sup>3086</sup>, ist in diesem Zusammenhang für den vorliegenden Untersuchungsgegenstand Folgendes festzustellen: Die US-amerikanische Rechtswissenschaft hat vereinzelt durchaus einschlägige Beiträge zur Verfassungsrechtsdogmatik des einzelstaatenschützenden Föderalismusverfassungsrecht geleistet; entsprechende Rechtsinhalts-uelltexte aus akademischer Feder wurden oben ausgewertet: Deutlich gerichtszentriert argumentierte etwa das ‚Schrifttumsprojekt‘ von Deborah Merritt zum Topos „*state autonomy*“ – und wurde Anfang der 1990er Jahre auch durch den *U.S. Supreme Court* in seinen föderalismusverfassungsrechtlichen Leitentscheidungen rezipiert und ausdrücklich zitiert (s.o. § 7, A. IV. 1. b)). Ein anderes Beispiel stellen die Arbeiten von Michael J. Zydney Mannheimer zum *federal death penalty* (s.o. § 5, A. I. 2. c)) dar. Distanzierter von der konkreten Rechtspraxis sind demgegenüber die skizzierten Ansätze von Jessica Bulman-Pozen und Heather Gerken zu US-Einzelstaaten als „mächtige“, „Diener“ (s.o. § 6, C. II.) und Herbert Wechslers prominente Diskussion der „*safeguards of federalism*“, welche oben zur Grundlage der Differenzierung zwischen Strukturelementen und Wirkungsdimensionen des Föderalismusverfassungsrechts gemacht wurde (s.o. § 3, C. II.). Diese letztgenannten Arbeiten von Wechsler sowie Bulman-Pozen und Gerken beschränken sich nicht auf die Einordnung und Kommentierung gerichtlicher Dogmatik und fokussieren auch nicht – anders als die Rechtsinhaltsuelltexte von Merritt und Mannheimer – die Formulierung eigener Dogmatikangebote; sie gehen gegenständlich und von der Perspektive her über akademische Jurisprudenz hinaus, indem sie Aspekte des ‚Rechts‘ außerhalb seiner gerichtlichen Durchsetzung thematisieren und somit die Stellung gerichtlich durchsetzbarer Dogmatik im Rechtssystem relativieren. Grundsätzlich lässt sich die idealtypische Differenzierung zwischen Forschung zu den ‚Grundlagen des Rechts‘, Rechtsdogmatikforschung und akademischer Jurisprudenz auf das US-amerikanische Schrifttum anwenden.

---

matik des öffentlichen Rechts?, Tübingen 2012, S. 39 (47); A. v. Arnould, VVDStRL 74 (2015), S. 39 (45), der jedoch zugleich darauf hinweist, dass solche Feststellungen z. T. „etwas überspitzt sein“ mögen; vgl. auch den Redebeitrag von Christoph Schönberger in der Diskussion zu den Staatsrechtlerreferaten von Hans Christian Röhl und Andreas v. Arnould, VVDStRL 74 (2015), S. 88 (90): Tendenz zu einer „allgemeinen kulturellen Beobachtungswissenschaft des Rechts“ in den USA.

<sup>3085</sup> Vgl. R. C. Post, I•CON 7 (2009), 416 (421): „*American legal scholars [...] identify with the practice of law*“; auch R. Michaels, VerfBlog, 2014/2/19: „*much scholarship today is [attuned closely to practical needs]*“.

<sup>3086</sup> *Prima facie* drängt sich sicherlich insoweit die Hypothese auf, dass auch im Bereich des vorliegenden Untersuchungsgegenstands (Verbandsgrundrechtspositionen föderierter Einheiten) unter dem Grundgesetz quantitativ ein größerer Beitrag des Schrifttums zur einschlägigen Dogmatik, u.a. in der akademischen Gutachtenliteratur (näher oben § 7, A. IV. 1. a)) und der Festschriftenliteratur (näher oben § 7, A. IV. 1. b)), ausmachen lässt als unter der US-Verfassung.

### III. Methodologische Folgerungen für die vorliegende Studie

Auf dem gerade skizzierten Spektrum der vorgestellten wissenschaftlichen Perspektiven (zwischen der Forschung zu den ‚Grundlagen des Rechts‘ über Rechtsdogmatikforschung zur akademischen Jurisprudenz) steht die vorliegende Studie in der Sphäre der Rechtsdogmatikforschung:

#### 1. Von der Forschungsfrage über die Hypothesen zur Methodik

Ausgangspunkt für die Bestimmung von Forschungsmethodik ist – jedenfalls im idealtypischen<sup>3087</sup> Fall – die gestellte Forschungsfrage.<sup>3088</sup> Die vorliegende Gesamtuntersuchung fragt nach dem rhetorisch-textuellen ‚Funktionieren‘ bestimmter, rhetorisch bemerkenswerter dogmatischer Figuren zum Schutz der föderierten Einheiten im Föderalismusverfassungsrecht der Vereinigten Staaten von Amerika und der Bundesrepublik Deutschland (etwa ‚state dignity‘ oder ‚länderfreundliches Verhalten‘); sie möchte die insoweit einschlägige föderalismusverfassungsrechtliche Dogmatik als Instrument und Lesekonvention vor Gericht untersuchen. Im Verlauf der vorstehenden Kapitel wurden zur näheren Erörterung dieses Untersuchungsprogramms vier Hypothesen ausführlich hergeleitet und plausibilisiert. Die ersten beiden Hypothesen wurden im Rahmen des ersten Fadens (zum ‚Instrumentalföderalismus‘ und zur Ideenpolitik des ‚Bundes‘) entwickelt:

- **Hypothese 1.1:** Innerhalb der ideenpolitischen Konstellation des freiheitlich-nationalstaatlich-repräsentativ-demokratischen (Instrumental-)Föderalismus lässt sich der ideenpolitisch-dogmatische Topos der ‚schutzwürdigen föderierten Einheit‘ identifizieren; dieser ordnet das ‚Theorie‘-Material im einschlägigen Ideenreservoir (s. oben § 1, C. III. 2.).
- **Hypothese 1.2:** Der ideenpolitisch-dogmatische Topos der ‚schutzwürdigen föderierten Einheit‘ (s. Hypothese 1.1) lässt sich näher qualifizieren durch das politik-theoretische Modell (oder: die Lesekonvention) ‚Bund‘ und die daraus ableitbaren Topoi ‚föderale Würde‘ und ‚föderale Treue‘; das Modell des ‚Bundes‘ sowie ‚föderale Würde‘ und ‚föderale Treue‘ verweisen – angesichts ihrer prozeduralen Grundprägung sowie ihres geringen sachlichen und legitimations-theoretischen Selbststands – häufig auf zusätzliches außer-föderales Ideenmaterial (‚Nationalstaatlichkeit‘, ‚Freiheit‘ und ‚Demokratie‘ – s. oben § 2, C. IV. 3.).

<sup>3087</sup> Freilich prägt umgekehrt regelmäßig auch die gewählte Methode die Forschungsfrage, vgl. A. Voßkuhle, in: E. Schmidt-Aßmann/W. Hoffmann-Riem/ders. (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. 1, 2. Aufl., München 2012, § 1, Rn. 1; A. v. Arnould, *VVDStRL* 74 (2015), S. 39 (42). Auch wird der Forschungsgegenstand mit Blick auf Forschungsfrage und Methodik zugeschnitten. Im Bereich rechtsdogmatischer Forschung gestalten sich diese Grenzziehungen zwischen Gegenstand, Frage und Methodik besonders schwierig.

<sup>3088</sup> Vgl. J. Hage, in: M. Van Hoecke (Hrsg.), *Methodologies of Legal Research*, Oxford, U.K., u. a. 2011, S. 19 (22 f.); A. v. Arnould, *VVDStRL* 74 (2015), S. 39 (41 f.).

Die anderen beiden Hypothesen stehen am Ende des zweiten Fadens (zum ‚Instrumentalföderalismus‘ in Verfassungsrecht, Rechtsprechung und Dogmatik) und beziehen sich auf die besondere dogmatisch-textuelle Gestalt von Verbandsgrundrechtspositionen der föderierten Einheiten unter der US-Verfassung und dem Grundgesetz (etwa in den Formeln ‚*state dignity*‘ oder ‚länderfreundliches Verhalten‘):

- **Hypothese 2.1:** Die verfassungstextfernen dogmatischen Topoi zur Stützung von Verbandsgrundrechtspositionen föderierter Einheiten sind häufig durch eine formelartige Zuspitzung gekennzeichnet; diese besondere ‚rhetorische‘ Verfasstheit steht in einem engen Zusammenhang mit den besonderen Eigenschaften der Dogmatik der Verbandsgrundrechtspositionen, v. a. mit den Zuspitzungen von Gerichtsfähigkeit, Formalisierung und Instrumentalisierung sowie mit der pluralistischen Diskursivität der Dogmatikbildung (s. o. § 7, C. II. 2.).
- **Hypothese 2.2:** Das Verhältnis der gerichtlich durchsetzbaren Dogmatik der Verbandsgrundrechtspositionen ‚nach außen‘, d. h. ihre Stellung gegenüber nicht-judikativer Praxis und (para-)demokratischer Öffentlichkeit, ist mit Blick auf Vorgänge des Lesens formelartig zugespitzter Topoi analysierbar (s. o. § 8, C. II.).

Dieses Tableau von vier Hypothesen bildet das Zwischenfazit der Gesamtuntersuchung nach den ersten acht Kapiteln und bildet den Ausgangspunkt für die spätere literaturwissenschaftlich informierte Rhetorikanalyse (s. u. §§ 10 ff.).

## 2. Methodologische Selbstverortung der Studie in der Rechtsdogmatikforschung

Aus den vier Hypothesen ist ersichtlich, dass die vorliegende Studie nicht darauf zielt, selbst Dogmatikangebote für die gerichtliche Praxis zu unterbreiten, sondern die (ideenpolitische, dogmatische und textuell-rhetorische) Verfasstheit einer Gruppe besonderer Argumentationstopoi näher zu analysieren.

### *a) Keine Jurisprudenz, sondern Rechtsdogmatikforschung*

Insoweit unterzieht sich die Studie dem Versuch einer (Selbst-)Beschränkung auf ‚bloße‘ Rechtsdogmatikforschung und verzichtet darauf, Jurisprudenz im oben genannten Sinn zu betreiben. Im Chiasmus teilnehmende Beobachtung/beobachtende Teilnahme verortet sich die Untersuchung also am Pol der Beobachtung.

Es soll also *nicht* nach ‚guten‘, ‚prinzipientreuen‘, legitimationstheoretisch gerechtfertigten oder auch ‚nur‘ nach plausiblen, praktikablen, effektiven oder gar effizienten dogmatischen Lösungen für das Problem der prekären Stellung föderierter Einheiten in Föderationen gesucht werden. Es sollen *keine* Rechtsinhalts-  
quelltexte formuliert werden, welche Gerichte bei der Lösung eines Konfliktfalls,



zum Beispiel zum *conditional spending* (s. o. § 6, A. IV.), *unmittelbar* aufgreifen und verwerten könnten.

Vielmehr werden die einschlägigen Dogmatik-Beiträge anderer Akteure zur Kategorie ‚Verbandsgrundrechtspositionen‘ aufgesucht, gesammelt, fallgruppenartig systematisiert, in den größeren Strukturen des Föderalismusverfassungsrechts (Strukturelemente und Wirkungsdimensionen) verortet und zwischen den beiden untersuchten Rechtsordnungen verglichen. Diese Zusammenstellung des einschlägigen Argumentationsmaterials ermöglicht die Identifizierung von Charakteristika der einschlägigen Topoi. Auf diese Weise wurde ein wirkmächtiges Muster ideenpolitischer und dogmatischer Argumentation zunächst in der politischen Theorie verortet (s. Hypothesen 1.1 und 1.2) und dann in seiner konkreteren verfassungsrechtsdogmatischen Gestalt in zwei Verfassungsordnungen aufgesucht. Dies führte zu den Beobachtungen zur besonderen rhetorischen Reichhaltigkeit der einschlägigen Topoi und deren spezifischer Funktion im Gefüge der Dogmatik als diskursivem Kommunikationsformat unterschiedlicher Akteure (s. Hypothesen 2.1 und 2.2). Im letzten Faden der Untersuchung, der Rhetorikanalyse, werden diese Hypothesen aufgegriffen.

*b) Umgang mit dem methodologischen Problem der Praxis-,  
v. a. Gerichtsnähe*

Rechtsdogmatik als „gemeinsames Kommunikationsformat von Rechtswissenschaft und Rechtspraxis“ (Jestaedt)<sup>3089</sup> ist ein Kraftfeld, auf welchem diskursive Macht und Einfluss zwischen Rechtswissenschaft (v. a. akademischer Jurisprudenz) und Rechtspraxis verteilt und verhandelt wird. Aber auch innerhalb der Rechtspraxis gibt es – dies wurde in § 8 ausführlich unter dem Schlagwort der (föderalismus-) verfassungsrechtlichen Wirkungsdimensionen diskutiert – einen Pluralismus der Interpretinnen und Interpreten der Verfassung („*shared constitutional interpretation*“<sup>3090</sup> – ausführlich oben § 8, B. IV.). Für die forschungsmethodologische Grundlegung interessiert die komplexe (Diskurs-)Machtverteilung zwischen den *verschiedenen* Akteuren der Rechtswissenschaft und den *verschiedenen* Akteuren der Rechtspraxis insoweit, als dass die an und über Rechtsdogmatik arbeitende Rechtswissenschaft ihr Verhältnis zu den Entscheidungen der verschiedenen Praxis-Akteure klären sollte:

aa) Aufmerksamkeit auch für nicht-judikative Rechts-,Wirklichkeit‘

Das betrifft einmal die Frage, *welche* Praxis-Akteure rechtswissenschaftlich untersucht werden: Rechtswissenschaft, welche sich auf akademische Jurisprudenz, auf die Produktion von „gerichtsfähigen“ Rechtsinhaltsquelltexten fokussiert, ten-

<sup>3089</sup> S. o. in Fn. 3054.

<sup>3090</sup> *M. C. Dorf/B. Friedman*, Supreme Court Review 2000, 61.

diert dazu, die Rechts-,Wirklichkeit‘ außerhalb der gerichtlich durchsetzbaren Dogmatik zu vernachlässigen. Wie Christoph Möllers und Hannah Birkenkötter hervorheben, ist eine solche Blickverengung gerade in den staatsorganisationsrechtlichen Themenfeldern Gewaltenteilung und Föderalismusverfassungsrecht problematisch, da hier in gesteigertem Maße „Verfassungsgerichte nur als ein Teil des Ganzen verstanden werden dürfen“<sup>3091</sup>.

Insoweit ist hervorzuheben, dass auch die vorliegende Studie – bewusst – die *gerichtlich* durchsetzbare Dogmatik des Föderalismusverfassungsrechts fokussiert (s.o. § 7, B. II.). Es wird die Entscheidung getroffen, sich von vorneherein in besonderem Maße auf die ‚Kommunikation‘ mit den Gerichten und weniger mit den Akteuren der Exekutive oder Legislative einzulassen. Das Forschungsinteresse liegt eben gerade darauf, wie Gerichte ‚Föderalismus‘ als verfassungsrechtliches Argument (und Instrument) auf Bundesebene einsetzen. Die ins Zentrum der Dogmatikanalyse gerückten Verbandsgrundrechtspositionen der föderierten Einheiten wurden gerade als besonders ‚rechtsprechungsnah‘ charakterisiert (s.o. § 4, B. III. 4., § 7, A. II, u. § 8, B. III. 2. b)). Es werden aber ausdrücklich auch die Interdependenzen der gerichtlich durchsetzbaren Dogmatik mit den Wirkungsdimensionen ‚nicht-judikative Praxis‘ und ‚(para-)demokratische Öffentlichkeit‘ sowie die Grenzen gerichtlich durchsetzbarer Dogmatik, ihre ‚Gegenwelten‘ in nicht-judikativer Praxis und Öffentlichkeit, ausgelotet (s.o. § 8, C. I.). In der Verhandlung dieser Interdependenzen und Grenzen – so die oben erarbeitete Hypothese 2.2 – liegt schließlich gerade ein Charakteristikum der Verbandsgrundrechtspositionen (s.o. § 8, C. II.).

#### bb) Untersuchung von „Bundesverfassungsgerichtspositivismus“ (Bernhard Schlink)

Weiterhin muss die ‚Einstellung‘ der wissenschaftlichen Untersuchung zur Entscheidungspraxis der Gerichte geklärt sein. Bernhard Schlink hat im Jahr 1989 wirkmächtig<sup>3092</sup> die Formel des „Bundesverfassungsgerichtspositivismus“ geprägt, um das Verhältnis zwischen „Staatsrechtslehre“ und Bundesverfassungsgericht zu beschreiben<sup>3093</sup> und zu kritisieren.<sup>3094</sup> Ausgangspunkt von Schlinks Kritik ist der

<sup>3091</sup> C. Möllers/H. Birkenkötter, I•CON 12 (2014), 603 (610): „critical academic limitation to constitutional courts and their jurisprudence [...] is especially unsatisfying for the institutional side of constitutional law, for issues like separation of powers or federalism in which even constitutional courts must be understood as only one part of the whole.“

<sup>3092</sup> Die Wirkmacht des Aufsatzes wird etwa dadurch unterstrichen, dass sich ihm über 25 Jahre nach seiner Veröffentlichung zwei Beiträge in der „Freundesgabe für Bernhard Schlink zum 70. Geburtstag“ widmen: S. Koriath, in: FS Schlink, Heidelberg 2014, S. 31 ff.; C. Schönberger, in: FS Schlink, Heidelberg 2014, S. 41 ff.; vgl. auch M. Klopfer, in: FS Schmidt-Preuß, Berlin 2018, S. 161 (163 f.).

<sup>3093</sup> Zum zunächst v.a. deskriptiven Charakter des Aufsatzes deutlich S. Koriath, in: FS Schlink, Heidelberg 2014, S. 31 (33).

<sup>3094</sup> Vgl. B. Schlink, Der Staat 28 (1989), 161.

Befund, dass die Verfassungsrechtswissenschaft sich sowohl ‚stofflich‘-inhaltlich als auch von ihrer ‚Haltung‘ her zu stark dem Bundesverfassungsgericht unterordne: Stofflich-inhaltlich konzentriere sich die Wissenschaft zu stark auf die rechtlichen Fragen, die zuvor Gegenstand von gerichtlichen Entscheidungen waren; dabei lege die Wissenschaft zudem überwiegend eine unkritische Haltung gegenüber den Lösungen des Bundesverfassungsgerichts an den Tag.<sup>3095</sup> Falls Kritik geäußert werde, so beschränke sich diese auf systemimmanente Kritik, welche neue Einzelentscheidungen mit dem bestehenden Fallrechtskörper abgleiche und auf Kohärenz und Harmonie befrage.

Schlink hält diesen „Bundesverfassungsgerichtspositivismus“ der „Staatsrechtswissenschaft“ mit Blick auf „rechtsstaatliche[s] und wissenschaftliche[s] Ethos“ sowie rechtspädagogische Folgen für kritikwürdig.<sup>3096</sup> Insbesondere sei er jedoch problematisch, da die bundesverfassungsgerichtspositivistische Wissenschaft nicht mehr in der Lage sei, aus den zahlreichen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts ein „kohärentes dogmatisches Korpus“ zu bilden.<sup>3097</sup> Es fehle zunehmend an einer ausreichenden „Steuerungsleistung“ dieser Form von Rechtswissenschaft. Schlinks Gegenvorschlag ist demgegenüber eine „methoden- und dogmenstrenge Kritik“ durch eine „eigenständig[e]“ „Staatsrechtswissenschaft“<sup>3098</sup> – Kritik also gerade durch „dogmatische Strenge“<sup>3099</sup>. Rechtsdogmatisch arbeitende Rechtswissenschaft solle eine „auf Allgemeinheit, Konsistenz und Systematik angelegte Methode und Dogmatik“ pflegen und müsse sich hierzu von der „Arbeit der Rechtsprechung am einzelnen Fall“ lösen.<sup>3100</sup> Es gehe um konstruktive Bemächtigung der rechtlichen Problemlagen in „kritischer Distanz zur Rechtsprechung“<sup>3101</sup>, also um die Erarbeitung eigenständiger Dogmatikangebote der Rechtswissenschaft, die von einer Abbildung der Einzelheiten der vorhandenen gerichtlichen Entscheidungen befreit ist.<sup>3102</sup> In interdisziplinärer Anlehnung an Wolfgang

<sup>3095</sup> Vgl. B. Schlink, Der Staat 28 (1989), 161 (162 f.).

<sup>3096</sup> B. Schlink, Der Staat 28 (1989), 161 (170); zur rechtspädagogischen Komponente auch M. Kloepfer, in: FS Schmidt-Preuß, Berlin 2018, S. 161 (164); C. Möllers/H. Birkenkötter, I•CON 12 (2014), 603 (614), betonen, dass der Höchstgerichtspositivismus der (nicht nur forschenden, sondern auch lehrenden) Rechtswissenschaft vom (deutschen) juristischen Ausbildungssystem (Staatsexamina) und dann mittelbar auch von den Studierenden geradezu eingefordert würde.

<sup>3097</sup> Vgl. B. Schlink, Der Staat 28 (1989), 161 (170).

<sup>3098</sup> B. Schlink, Der Staat 28 (1989), 161 (169).

<sup>3099</sup> So die Lesart von Schlinks Forderung bei S. Koriath, in: FS Schlink, Heidelberg 2014, S. 31 (31).

<sup>3100</sup> B. Schlink, Der Staat 28 (1989), 161 (171).

<sup>3101</sup> Vgl. B. Schlink, Der Staat 28 (1989), 161 (167), zu einer solchermaßen arbeitenden Zivilrechtswissenschaft als mögliches Vorbild für eine eigenständiger operierende Verfassungsrechtswissenschaft.

<sup>3102</sup> Dabei sind auch Widersprüche zur Rechtsprechung denkbar, vgl. B. Schlink, Der Staat 28 (1989), 161 (171): „Gewißheit, [...] daß die Richtigkeit bzw. Falschheit [juristischer Aussagen] durch gegenläufige Rechtsprechung noch nicht widerlegt wird.“

Ullrichs Kritik an einem unreflektierten Umgang mit den herrschenden Protokollen versteift-dogmatischer Kunstrezeption (hierzu oben § 3, B. II. 6.) lässt sich Schlinks Forderung als ein Ruf nach mehr Originalität und Variabilität beim Rezipieren von Rechtsphänomenen durch die Wissenschaft, als ein Ruf nach der Entwicklung neuer akademischer „Rezeptionsnischen“<sup>3103</sup> – und auf diese Weise als spezifisch rechtswissenschaftliche Aktualisierung einer Grundproblematik von ‚Dogmatik‘ überhaupt – verstehen.

Unabhängig davon, inwieweit Schlinks Befund von 1989 heute (noch) zutrifft,<sup>3104</sup> geht es bei einer forschungsmethodologischen Selbstvergewisserung darum, den eigenen Standpunkt gegenüber den Entscheidungen und Dogmatikangeboten der Rechtsprechung zu bestimmen. Die vorliegende Untersuchung nimmt „Bundesverfassungsgerichtspositivismus“ (oder komparatistisch abgewandelt: den ‚Höchstgerichtspositivismus‘) – mit Blick auf die behandelten Inhalte – durchaus bewusst in Kauf: Es werden vor allem Texte der Rechtsprechung ausgewertet; angesichts der Rechtsprechungsnähe der Verbandsgrundrechtspositionen (s. o. § 4, B. III. 4., § 7, A. II. u. § 8, B. III. 2. b)) ist das auch unvermeidbar. Die Inkaufnahme von stofflich-inhaltlichem Höchstgerichtspositivismus erfolgt, weil das „gemeinsam[e] Kommunikationsformat von Rechtswissenschaft und Rechtspraxis“ (Jestaedt) und damit eben auch das Phänomen des Höchstgerichtspositivismus für den Bereich des Föderalismusverfassungsrechts näher untersucht werden soll. Als Studie im Bereich der Rechtsdogmatikforschung (s. o. II. 4. c)) interessiert sich die vorliegende Arbeit gerade für die diskursiven Strukturen des Dogmatik-Komplexes rund um die Verbandsgrundrechtspositionen – und damit eben für die insoweit besonders starke Stellung der Rechtsprechung. Wichtig ist zudem, dass zwar vorrangig, aber eben keinesfalls ausschließlich Texte der Rechtsprechung untersucht werden: Auch Rechtsinhaltsquelltexte u. a. der akademischen Jurisprudenz zählen zum Untersuchungsgegenstand; diese sind aber eben durch ihre zugespitzte „Gerichtsfähigkeit“

<sup>3103</sup> W. Ullrich, in: ders., *Tiefer hängen. Über den Umgang mit der Kunst*, Berlin 2003, S. 13 (31 f.).

<sup>3104</sup> Schlink selbst hat – etwa 20 Jahre nach seinem „Bundesverfassungsgerichtspositivismus“-Aufsatz – Veränderungstendenzen und -potenziale in der deutschen Verfassungsrechtswissenschaft (und zwar in Reaktion auf eine zunehmend ‚undogmatischer‘ arbeitende Rechtsprechung), welche ihn an die stärker praxis-distanzierte US-amerikanische Verfassungsrechtswissenschaft erinnern, angesprochen: B. Schlink, *JZ* 2007, 157 (162); aktualisierender Befund auch bei S. Koriath, in: FS Schlink, Heidelberg 2014, S. 31 (38 ff.), welcher insbesondere auf Entwicklungen einer „Entthronung der Verfassung“ selbst (durch Unionsrecht, internationales Privatrecht, etc.) hinweist, welche Bundesverfassungsgericht und Verfassungsrechtswissenschaft jeweils anders herausfordern; vgl. ferner den Ausblick bei C. Schönberger, in: FS Schlink, Heidelberg 2014, S. 41 (48 f.), welcher eine Verfassungsrechtswissenschaft fordert, welche „mehr und anderes tu[t] als das Gericht“, nämlich „auch verfassungsgeschichtlich, verfassungsvergleichend, verfassungstheoretisch argumentiert“; vgl. auch M. Kloepfer, in: FS Schmidt-Preuß, Berlin 2018, S. 161 (164), welcher beobachtet, dass seit einiger Zeit eine verstärkte Öffnung der deutschen Verfassungsrechtswissenschaft hin zu Wissenschaftstheorie, Interdisziplinarität, Methodologiereflexion zu beobachten sei.

ausgezeichnet, also auf die Kommunikation mit und Verwertung durch die Rechtsprechung angelegt (s.o. § 7, A. IV.; vgl. auch Hypothese 2.1).

Das Verhältnis von höchstgerichtlichen und rechtswissenschaftlichen Dogmatik-Beiträgen wird im Rahmen der Rhetorikanalyse aufgegriffen werden (s.u. § 11, B. II.). Die von Schlink geforderte verstärkte „kritisch[e] Distanz zur Rechtsprechung“<sup>3105</sup> soll in der vorliegenden Untersuchung also nicht in der – von Schlink wohl präferierten – Erarbeitung eigenständiger, ‚strenger‘ Alternativ-Dogmatiken bestehen, sondern in der interdisziplinär gebrochenen Formal-Analyse von Produkten des Höchstgerichtspositivismus und den Formen ihrer Interpretation in konventionalisiert-ritualisierten „Rezeptionsnischen“ (Ullrich)<sup>3106</sup>:

*c) Impetus der Studie: ‚taking form seriously‘ (‚form matters‘)*

Den Verzicht der Studie, selbst gerichtsfähige Dogmatikangebote zu unterbreiten, lässt sich als tendenzielle Abwendung von ‚inhaltlicher‘, normativer Rechtsarbeit und tendenzielle Hinwendung zur wissenschaftlichen Untersuchung der ‚Form(en)‘ der dogmatischen Rechtsarbeit und Kommunikation anderer Akteure betrachten. Mit Blick auf die üblichen Arbeitsweisen der akademischen Jurisprudenz könnte die vorliegende Untersuchung also als ein Rückzug (gar eine Flucht) auf die ‚Meta-Ebene‘<sup>3107</sup> verstanden werden<sup>3108</sup>. Stellt man die Perspektive allerdings etwas um, so wird sichtbar: Bezogen auf die oben charakterisierte rechtswissenschaftliche Sub-Disziplin der ‚Rechtsdogmatikforschung‘ (s.o. II. 4. c)) wird vorliegend eben ganz direkt deren Forschungsgegenstand, nämlich ‚Rechtsdogmatik‘, untersucht.

Der methodologische Impetus (das Programm, vielleicht auch die Agenda) der Studie lässt sich mit der Formel ‚taking form seriously‘ (oder beinahe wortspielereich: ‚form matters‘) fassen.<sup>3109</sup> Mit der textuellen, rhetorischen und diskursiven

<sup>3105</sup> S.o. in Fn. 3101.

<sup>3106</sup> Begriff von W. Ullrich, in: ders., *Tiefer hängen. Über den Umgang mit der Kunst*, Berlin 2003, S. 13 (32), der damit konventionalisiert-ritualisierte Protokolle der Kunst-Interpretation bezeichnet, welche ‚freier Kunst‘ einen stabilisierenden Rahmen geben, dabei aber auch drohen, ‚Kunst‘ bequem und selbstkritiklos zu machen (s.o. § 3, B. II. 6.).

<sup>3107</sup> Wie von dem im nachfolgenden interdisziplinären Teil der Studie intensiv in Bezug genommenen Literaturtheoretiker Paul de Man (s.u. § 10, B.) wird eine Haltung als „critic of critics“ eingenommen, vgl. V. B. Leitch/W. E. Cain/L. A. Finke/J. McGowan/T. D. Sharpley-Whiting/J. J. Williams, *The Norton Anthology of Theory and Criticism*, 3. Aufl., New York, N.Y., U.S.A., u. a. 2018, S. 1311.

<sup>3108</sup> Aus der komplexen Zwitterstellung von Rechtsdogmatik zwischen Praxis und Wissenschaft (s.o. § 7, B. I. 3.) ergibt sich, dass die vorliegende Untersuchung teilweise auch eine Praxeologie der Dogmatikbildung in Teilen der Rechtswissenschaft, eben in der akademischen Jurisprudenz, insoweit also teilweise auch Wissenschaftssoziologie (freilich nicht empirisch) betreibt.

<sup>3109</sup> Vgl. die parallele Forderung für den Bereich der Kultur- und Geisteswissenschaften bei C. Levine, *Forms. Whole, Rhythm, Hierarchy, Network*, Princeton, N.J., U.S.A., 2015, S. 9:

Verfasstheit von ideenpolitisch-dogmatischen Argumentationstopoi werden Formfragen in das Zentrum gestellt. Dies hat insbesondere auch Implikationen für die Methodik des Rechtsvergleichs, welche sogleich erörtert werden (s. u. C. II. 1.). Die besondere Aufmerksamkeit für Formfragen in der Dogmatik soll der von Michael Kloepfer vor fünfzig Jahren beobachteten „gefährlichen Unterschätzung des Formalen“ in der Verfassungsrechtswissenschaft<sup>3110</sup> entgegentreten. Mit Mitchell Lasser geht die Studie davon aus, dass „gerichtliche Entscheidungen [und andere Rechtsinhaltsquellen] mehr machen als einfach nur materielle Rechtsfragen zu lösen“; sie sind auch „Porträts“ ihrer Machart, der Stellung des Gerichts und des Modus gerichtlichen Argumentierens und Entscheidens.<sup>3111</sup> Nicht zuletzt sind sie dabei immer auch ein Gegenstück der dogmatischen „Rezeptionsnischen“, in denen sie diskursiv überleben.

Bei alledem ist es eben kein ‚Zufall‘<sup>3112</sup>, dass gerade eine Untersuchung der Dogmatik des *Föderalismus*verfassungsrechts als explizit formale Analyse daherkommt. Denn zum einen hat das föderale Prinzip eine starke, eine zugespitzt ‚formale‘ Komponente: Oben wurde ausgehend vom geringen legitimierungstheoretischen Selbststand und der Verzichtbarkeit des Föderalismus in einer freiheitlich-demokratischen politischen Ordnung der besondere ‚Artefakt‘-, ‚Unikat‘-, ‚Luxus‘-, ‚Erfahrungs‘- und ‚Angebots‘-Charakter sowie das intrikate Zusammenspiel von Form(en) und Funktion(en) föderaler Ordnung bei intensiver „Kommentarbedürftigkeit“ und Dogmatiklastigkeit beschrieben (s. o. § 3, B. II.; s. dort auch die Ausführungen zu ‚föderalem Design‘, ‚föderalem Stil‘ und gar ‚föderaler Kunst‘). Zum anderen wurde gerade für die vorliegend fokussierten Verbandsgrundrechtspositionen von föderierten Einheiten die formelhafte Zuspitzung in Figuren wie ‚state

---

*„formless or antiformal experiences have actually drawn too much attention from literary and cultural critics in the past few decades“.*

<sup>3110</sup> M. Kloepfer, Grundrechte als Entstehenssicherung und Bestandsschutz, München 1970, S. 26 (zur Rolle von ‚Form‘ und ‚Struktur‘ in der Grundrechtsdogmatik), mit Hinweis auf P. Lerche, DVBl 1961, 690 (699). Freilich verzichtet Kloepfer in der zitierten Untersuchung selbst letztlich nicht darauf, inhaltliche Rechtsarbeit zu betreiben, rahmt und ordnet diese allerdings durch ein strenges ‚formales‘ Struktursystem. Kloepfer hat ein anderes Bild von ‚Form‘ vor Augen, als es vorliegend fokussiert wird. Es geht ihm nicht um den oben ausführlich erörterten Sphärensprung zwischen verfassungsrechtlichen Strukturelementen und Wirkungsdimensionen (s. o. § 3, C.), sondern v. a. um die anspruchsvolle Rekonstruktion von Strukturelementen, ohne besondere Rücksicht auf die Verkomplizierungen durch die Wirkungsdimensionen.

<sup>3111</sup> M. Lasser, Harv. L. Rev. 111 (1998), 689 (691): *„This Article’s methodology and analysis are premised on the basic claim that judicial decisions do more than simply resolve substantive legal issues. [...] Judicial decisions, and judicial arguments generally, are therefore texts that offer representations of judicial practice and of the judicial role. These representations may be thought of as portraits: they are images of judging. Insofar as these portraits are produced by judges in judicial texts, they may be termed judicial self-portraits.“*

<sup>3112</sup> Sondern eher: *„a reasonable match between the method and the object of analysis“*, wie bei M. Lasser, Harv. L. Rev. 111 (1998), 689 (694).

*dignity*‘ und ‚Länderfreundlichkeit‘ und die Nähe zu formalistischer Argumentation als Charakteristika erarbeitet (s.o. § 7, C. I. 2., s. auch Hypothese 2.1 oben § 7, C. II. 2.).

Die oben als reflektionsbedürftig beschriebene besondere Praxisnähe von rechtswissenschaftlicher Arbeit an Rechtsdogmatik (v.a. im Modus akademischer Jurisprudenz) wird durch den vorliegend forcierten Formfokus der Methodik (der Rechtsdogmatikforschung) verringert. Das hat Vorteile (Steigerung der Objektivität und Selbstständigkeit gegenüber der Praxis) und Nachteile (geringere praktische Verwertbarkeit). Dadurch, dass die Studie auch interdisziplinär und komparatistisch arbeitet, wird ihre Distanz zur Rechtspraxis noch verstärkt:

## **B. Zur Komponente der doppelten Interdisziplinarität**

### **I. Funktionen der Interdisziplinarität: Steigerung von Distanz, Analysepotential und ‚Vergleichbarkeit‘**

Die hier angestrebte Distanzsteigerung gegenüber der Rechtspraxis durch formorientierte Rechtsdogmatikforschung (s. eben A. III. 2. c)) wird durch einen zweifachen interdisziplinären Methodenimport ermöglicht und gestärkt – dieser Import erfolgt einmal aus der literaturwissenschaftlichen Rhetorikanalyse (s.u. II. 1.) und einmal aus der politischen Theorie und Ideengeschichte (s.u. II. 2.). Dabei ist die Steigerung wissenschaftlicher Distanz zur Praxis durch Interdisziplinarität kein Selbstzweck, sondern hat zwei wichtige methodologische Effekte: zum einen eine Steigerung der ‚Vergleichbarkeit‘ der föderalismusverfassungsrechtsdogmatischen Strukturen in den beiden Föderationen USA und Bundesrepublik Deutschland (über ein interdisziplinär stilisiertes *tertium comparationis* – dazu sogleich C. II. 1. a)), zum anderen eine Steigerung des Analysepotentials:

## **II. Zu den beiden interdisziplinären Importen**

### **1. Rhetorikanalyse – ‚law and literary criticism‘ – ‚law and the humanities as interart studies‘**

Dass *formorientierte* Rechtsdogmatikforschung (s. eben A. III. 2. c)) von den Analyseprotokollen der Rhetorikanalyse profitieren kann, liegt geradezu auf der Hand: Das Bindeglied zwischen dem Forschungsgegenstand ‚Form(en) rechtsdogmatischer Textarbeit und Kommunikation‘ einerseits und der methodischen Perspektive ‚Rhetorikanalyse‘ andererseits ist die Sprache – genauer gefasst: konventionalisierte Form(en) der kollektiven Sprachverwendung und Interpretation (also



‚Dogmatik‘ – vgl. oben § 7, B. III. 2. bis 4.). In dieser Perspektive wird die ‚Rhetorik von Dogmatik‘ ein interdisziplinäres Forschungsobjekt (und -subjekt).<sup>3113</sup>

Verbandsgrundrechtspositionen und die dogmatischen Topoi (‚state dignity‘, ‚Länderfreundlichkeit‘, etc.), von denen sie getragen werden, sind – selbstverständlich – sprachlich verfasst und konventionalisiert. Sie sind daher auf ihre rhetorische Verfasstheit hin analysierbar. Als rechtliche Form und verfassungsjuristisches Argumentationsmuster sind Verbandsgrundrechtspositionen – systemtheoretisch gesprochen – auf den binären Code ‚rechtmäßig‘/‚rechtswidrig‘ hin ausgerichtet. Sie sind aber zuallererst einmal sprachlich verfasst; und dies in bemerkenswerter, nämlich ‚rhetorisch reichhaltiger‘ Weise. Worin diese bemerkenswerte rhetorische Verfasstheit besteht, konnte bisher nur untechnisch angesprochen werden: Im Zusammenhang mit der Erarbeitung von Hypothese 2.1 wurde insbesondere auf die *formelhafte Zuspitzung* von Topoi wie ‚state dignity‘ und ‚Länderfreundlichkeit‘ hingewiesen (s. o. § 7, C. II. 2.).

Eine nähere rhetorische Analyse dieser Formelhaftigkeit bedarf interdisziplinären Inputs: Eine wissenschaftliche Disziplin, welche konventionalisierte (‚dogmatische‘) Formen der Sprachverwendung und -interpretation mit Verfahren intensiver Textarbeit untersucht, ist die Literaturwissenschaft. Daher wird im letzten Teil der Gesamtstudie – im Geist des interdisziplinären Ansatzes *law and literary criticism*<sup>3114</sup> – in Auseinandersetzung mit dem ‚Literatur‘-Verständnis von Paul de Man

<sup>3113</sup> Zu ‚Dogmatik‘ als einem interdisziplinären Schnittpunkt im Forschungsfeld *law and literature* am Rande R. D. Neugärtner, Rechtswissenschaft 2017, 461 (469), teilweise unter Auswertung von C. Möllers, This Century’s Review 3 (2014), 42 (47); zu ‚Dogmatik‘ im Bereich der ‚Literatur‘ und der (kritischen, wissenschaftlichen, pädagogischen, etc.) Beschäftigung mit ihr: § 10, B. II. 3.

<sup>3114</sup> Man mag „law and literary criticism“ (s. A. Glass, Austl. J. L. & Soc’y 7 (1991), 16; I. Augsberg, Die Lesbarkeit des Rechts. Texttheoretische Lektionen für eine postmoderne juristische Methodologie, Weilerswist 2009, S. 13), also die Analyse von Rechtstexten mit den Methoden und in den Theoriegebäuden der Literaturwissenschaft, als eine Teilmenge von (oder beinahe als ein Synonym zu) „law as literature“ fassen und diesen Komplex seinerseits als eine Teilmenge des größeren Forschungsfelds „law and literature“. Wirkmächtig (vgl. nur B. Pieroth, Recht und Literatur, München 2015, S. XI) ist die Einteilung von „law and literature“ in: (1) „law in literature“ (Beispiel: M. Klopfer, Verfassungsdenken in Schillers „Don Carlos“, in: NJW 2006, 560 ff.), (2) „law as literature“ (Beispiel: B. Johnson, Anthropomorphism in Lyric and Law, in: Yale J. of Law & the Humanities 10 [1998], 549 ff. – s. u. § 10, A. II. 2. b) bb); oder R. Dworkin, Law’s Empire, Cambridge, Mass., U.S.A., u. a. 1986, S. 225 ff. – zu ‚Richterrecht‘ als ‚Kettenroman‘ – s. o. § 7, A. I. 4. b) cc), in Fn. 2520) sowie (3) „literature in law“ (Beispiele: BVerfGE 30, 173 – Mephisto, E 119, 1 – Esra); vgl. der Sache nach zu diesen drei Elementen auch R. A. Posner, Law and Literature, 3. Aufl., Cambridge, Mass., U.S.A., 2009: (1) „reflections of law in literature“ (a. a. O., S. 21 ff.), (2) „legal texts as literary texts“ (a. a. O., S. 273 ff.) bzw. (3) „regulation of literature by law“ (a. a. O., S. 497 ff.). Vgl. auch R. D. Neugärtner, Rechtswissenschaft 2017, 461 (475) – dort m. w. N. dazu, dass konkrete Studien diese Ansätze zum Teil auch kombinieren und integrieren sowie mit Importen aus dritten Disziplinen (*gender/queer studies*, *postcolonial studies*, Soziologie, Geschichtswissenschaft) anreichern – vgl. für eine Anreicherung aus dem Bereich der *queer studies* etwa Eve Kosofsky Sedgwick und Janet Halley’s Ansatz eines „reparativen Lesens“ von ‚Literatur‘ und ‚Recht‘ (s. u. § 10, C. II.).

(also im Fahrwasser der literaturwissenschaftlichen ‚Dekonstruktion‘<sup>3115</sup>) ein spezifischer Begriff von ‚Rhetorik‘ erarbeitet (s. u. § 10, B. II. 2. u. 3.) und ausgehend davon eine Rhetorik-Analyse der Topoi zu den Verbandsgrundrechtspositionen durchgeführt werden (s. u. §§ 11 f.): Das Besondere an de Mans ‚Rhetorik‘-Begriff ist es, dass er die Wechselwirkungen (und Spannungen[!]) zwischen dem ‚rhetorischen‘ (‚tropischen‘) Bau menschlicher Sprache und den – ‚dogmatischen‘ – Konventionen ihrer Interpretation herausstreicht (s. u. § 10, B. II. 2. u. 3.). Kurzgefasst, geht de Man davon aus, dass menschliche Sprache (vollständig) aus Tropen (u. a. Metaphern) gebaut ist, welche stets in verschiedener Weise gelesen werden können (ausführlich unten § 10, B. II. 2. a)). Es ist aus dem Text selbst heraus unentscheidbar, welche Lesart die ‚richtige‘ ist. Durch konventionalisierte ‚Lesefiguren‘ (wie ‚Lyrik‘) wird diese Unentscheidbarkeit allerdings verdeckt: Als Triebfeder der Konventionalisierung in Lesefiguren macht de Man eine wirkkräftige ‚Ideologie des Ästhetischen‘ aus, welche die Unentscheidbarkeit der ‚Rhetorik‘ „gewaltsam“ eliminiert (ausführlich unten § 10, B. II. 3. c)). Insoweit ist der vorgelegte Theorie-Import auch auf eine Untersuchung des Zusammenhangs von ‚Dogmatik‘ und ‚Ästhetik‘ in Literatur und Recht sowie in Literaturwissenschaft und Rechtswissenschaft gerichtet. ‚Recht‘ wird nicht ‚nur‘ als ‚Literatur‘, sondern (zugleich auch) als ‚Kunst‘ betrachtet: Die vorliegende Studie versteht sich damit auch als ein Beitrag zu *„law and the humanities as interart studies“*: Literatur und Recht werden als menschliche Kollektiv-Praktiken betrachtet, welche mit der Kraft des ‚Ästhetischen‘ (in wirkkräftigen Lesekonventionen) arbeiten.<sup>3116</sup> Angesichts der besonderen ‚Ästhetik‘-Affinität der „Kunst der föderalen Form“ (Peter Badura – näher oben § 3, B. II. 4.) bietet sich dieser Ansatz für eine Analyse von *Föderalismus*verfassungsrechtsdogmatik in besonderem Maß an.

Der interdisziplinäre Import aus der Literaturwissenschaft und der Rhetorik-Theorie ermöglicht es, zu untersuchen, wie die besondere rhetorisch-textuell-sprachliche Verfasstheit von Topoi wie ‚state dignity‘ und ‚Länderfreundlichkeit‘ deren spezifische Stellung im föderalismusverfassungsrechtlichen Gefüge ermöglicht und welche Rolle dabei konventionalisierte, ästhetische Lesefiguren spielen. Hierzu wird im letzten Teil der Studie (s. u. §§ 11 f.) – ausgehend von form-orientierten Lektüren konkreter Textstellen aus Rechtsinhaltsquellen (close read-

<sup>3115</sup> Zu de Mans Ansatz der ‚Dekonstruktion‘ unten in und bei Fn. 3457 ff.

<sup>3116</sup> Vgl. zum Programm der *interart studies* als Untersuchung von Parallelen, Unterschieden, Importen, Zitaten, Synergien, Spannungen, Wettbewerb, Hybridität zwischen ‚den Künsten‘ – zeitlich und konzeptionell über Gotthold Ephraim Lessing („Laokoon“) und Richard Wagner („Gesamtkunstwerk“) hinaus hin zur Erfassung von Performativierungen, Hybridisierungen, Multimedialisierungen und Veralltäglichen, der Künste – nur E. Fischer-Lichte, in: dies./K. Hasselmann/M. Rautzenberg (Hrsg.), *Ausweitung der Kunstzone. Interart Studies – Neue Perspektiven der Kunstwissenschaften*, Bielefeld 2010, S. 7 ff.; vgl. für eine exemplarische Analyse im Geist von *„law and the humanities [as] interart studies“* R. D. Neugärtner, *myops* 34 (2018), 4 (12): Untersuchung einer abfallrechtlichen Regulierungsstrategie (zur Plastikmüllvermeidung) als Ausdruck der – künstlerisch und geisteswissenschaftlich intensiv bearbeiteten – Phänomene ‚waste art‘ bzw. ‚waste theory‘.

ings<sup>3117</sup>) – ermittelt, wie die rhetorische Verfasstheit von Verbandsgrundrechtspositionen der dogmatischen Kommunikation (s.u. § 11) und der Ideenpolitik mit Instrumentalföderalismus (s.u. § 12) Raum gibt. Diese Untersuchung wurde durch die ausführliche Herleitung und Plausibilisierung der Hypothesen 2.1 und 2.2 vorbereitet (s.o. §§ 7 f.): Welche rhetorischen Eigenschaften und ‚Vorgänge‘ ermöglichen es den untersuchten Topoi, als zugespitzt „gerichts-fähige“, formalisierte, aber auch instrumentalisierbare textuelle Träger von Verbandsgrundrechtspositionen im pluralistischen Diskurs der Dogmatikbildung zu funktionieren (s. Hypothese 2.1 – s.o. § 7, C. II. 2.)? Welche rhetorischen Eigenschaften und ‚Vorgänge‘ ermöglichen es, dass diese Topoi als Vermittler zwischen Rechtsprechung, nicht-judikativer Praxis und (para-)demokratischer Öffentlichkeit funktionieren können (s. Hypothese 2.2 – s.o. § 8, C. II.)?

## 2. Ideenpolitikforschung

Der zweite interdisziplinäre Import stammt aus der politischen Theorie und Ideengeschichte. Der Ansatz der Ideenpolitikforschung wurde in § 1 als ein spezifischer, nicht alternativloser Zugang zur Untersuchung politischen Denkens vorgestellt: Im Kern geht es darum, wissenschaftlich zu beobachten, in welcher Weise, mit welchen Zielen und mit welchen Effekten ideengeschichtliches Material von Theoretikerinnen und Theoretikern, aber auch von Praktikerinnen und Praktikern ‚der Politik‘ zurechtgelegt (und dann auf neue Sachverhalte angewendet) wurde und wird – Theorie/Praxis-Interventionen werden fokussiert (ausführlich § 1, C. I. u. III.).

Ausgehend von diesem Ansatz wurde das überzeitlich wirkmächtige Bild der ‚schutzwürdigen föderierten Einheit‘ in der ideenpolitischen Konstellation des freiheitlich-nationalstaatlich-repräsentativ-demokratischen Instrumentalföderalismus verortet (Hypothese 1.1). Darauf aufbauend wurde nachvollzogen, wie dieses Bild der ‚schutzwürdigen föderierten Einheit‘ durch die ideenpolitischen Topoi ‚föderale Treue‘ und ‚föderale Würde‘ der föderierten Einheiten, welche im (krypto-) normativen Modell des Bundes verankert sind, konkretisiert und angereichert wird (Hypothese 1.2). Die föderalismusverfassungsrechtsdogmatischen Diskurse unter der US-Verfassung und unter dem Grundgesetz wurden sodann im zweiten Faden (§ 3 bis § 8) als Ausdruck dieser überzeitlich-raumübergreifend wirkkräftigen ideenpolitischen Argumentationsmuster betrachtet. Verfassungsrechtsdogmatik wird in der vorliegenden Studie also als besonderer Fall von Ideenpolitik analysiert (s.o. § 3, B. III. zu Föderalismusverfassungsrecht als inhärent ‚ideenpolitischem Recht‘). Das Argumentieren mit ‚föderaler Treue‘ und ‚föderaler Würde‘ hat seine ideenpolitische Quelle im Modell des ‚Bundes‘ – seinen dogmatischen Ort hat es v. a. in der Kategorie der ‚Verbandsgrundrechtspositionen‘: Verbandsgrundrechtspositionen greifen als verfassungstextferne Gehalte stark auf das erwähnte kryptonor-

<sup>3117</sup> Zu ‚close reading‘ näher in und bei Fn. 3210 ff.

mativ-metakonstitutionelle Material zurück, wirken dann innerhalb der dogmatischen Strukturen vor allem als Kompetenz- und Ingerenzausübungsregeln (s. o. § 4, A. III. 2. u. 3.) und werden v. a., aber nicht nur, durch Gerichte sanktioniert (s. o. § 4, B. III. 4., § 7, A. II, u. § 8, B. III. 2. b)).

Die Steigerung des Analysepotentials durch den Rückgriff auf das Phänomen ‚Ideenpolitik‘ liegt nun vor allem darin, dass überhaupt erst einmal deutlich konturiert wird, *dass* die Dogmatik der Verbandsgrundrechtspositionen intensiv auf kryptonormativ-metakonstitutionelles Material zurückgreift. Darüber hinaus gibt der Ansatz der Ideenpolitikforschung Einblick in die Funktionsweise des Instrumentalföderalismus: Föderalismus mit seinem geringen legitimationstheoretischen Selbststand ist auf das Zusammenwirken mit anderen politischen Ideen und Ordnungsvorstellungen wie ‚(National-)Staatlichkeit‘, ‚Freiheit‘ und ‚Demokratie‘ inhärent angelegt (s. Hypothese 1.2). Dies schlägt sich auch in der Argumentation mit den Verbandsgrundrechtspositionen nieder, welche demokratietheoretische, rechtsstaatlich-freiheitliche, sub-nationalistische und etatistische Momente aufweisen können – dies wird im Rahmen der Rhetorikanalyse aufzugreifen sein (s. u. § 12). Bei alledem hilft die methodische Komponente der Ideenpolitikforschung dabei, die Textarbeit mit dogmatischen Formen auch mit der erforderlichen Aufmerksamkeit für ihre Instrumentalfunktionen zu analysieren, also einer anspruchsvolleren Vorstellung von ‚Form‘ und ‚Formung‘ gerecht zu werden, welche den Affordanzcharakter dogmatischer Formen zum fortgesetzten Betreiben von Ideenpolitik (s. o. § 3, B. II. 5.) würdigt.

Dadurch, dass hier bestimmte Formen verfassungsrechtsdogmatischer Argumentation auf ein überzeitlich-raumübergreifend wirkkräftiges Muster zurückgeführt werden, wird zugleich der Boden für den Verfassungsrechtsvergleich bereitet:

## C. Zur Komponente der Rechtsvergleichung

Formorientierte, interdisziplinäre Rechtsdogmatikforschung wird vorliegend in besonderer, nämlich in *vergleichender* Weise betrieben; diese komparatistische Komponente hat ihrerseits methodologische Implikationen: Die Denkoperation des Vergleichens ist tendenziell uferlos; man *kann* durchaus sprichwörtlich Äpfel mit Birnen – oder auch mit Orangen<sup>3118</sup> – vergleichen.<sup>3119</sup> Daher ist es gerade für das komparatistische Arbeiten in besonderem Maß wichtig, die Auswahl der Ver-

<sup>3118</sup> Dem deutschen ‚Äpfel mit Birnen vergleichen‘ korrespondiert im anglophonen Raum die Wendung *to compare apples to oranges*; vgl. etwa W. J. T. Mitchell, *World Literature Today* 70 (1996), 321 (322 f.); hierzu E. Zemanek, in: dies./A. Nebrig (Hrsg.), *Komparatistik*, Berlin 2012, S. 7 (8); M. Lasser, *Judicial Deliberations. A Comparative Analysis of Transparency and Legitimacy*, Oxford u. a., U.K., 2004, S. 270.

<sup>3119</sup> Vgl. W. J. T. Mitchell, *World Literature Today* 70 (1996), 321; E. Zemanek, in: dies./A. Nebrig (Hrsg.), *Komparatistik*, Berlin 2012, S. 7 (8, 15).

gleichsobjekte (s. u. I.) und die Methodik des Vergleichs i. e. S. (s. u. II.) zu reflektieren:<sup>3120</sup>

## I. Was vergleichen?

### Zur Auswahl der zu vergleichenden Verfassungsordnungen

Verglichen wird die gerichtlich durchsetzbare Dogmatik zur Stellung der föderierten Einheiten unter der US-Verfassung und unter dem Grundgesetz.

#### 1. Transparenz hinsichtlich komparatistischer Auswahlentscheidungen

In mehrfacher Hinsicht ist eine solche Bestimmung des Vergleichsgegenstands mit bewussten Auswahlentscheidungen verbunden, von denen zwei besonders schwerwiegend sind: So liegt darin – *erstens* – die Entscheidung, gerade die US-amerikanische und die deutsche (jedoch keine anderen oder zusätzlichen) Verfassungsordnungen zu vergleichen (s. u. 2. u. 3.). *Zweitens* soll es (nur) um einen Vergleich der einschlägigen ‚Dogmatik‘, nicht aber etwa um eine vergleichende politische Institutionenlehre, Rechtsgeschichte oder politische Ökonomie des Föderalismus dieser Nationen gehen – diese zweite Auswahlentscheidung ist untrennbar mit der Frage nach der Methodik des Vergleichens i. e. S. verknüpft und wird daher im Zusammenhang damit behandelt (s. u. II. 1. c)).

Mit Günter Frankenberg geht die vorliegende Untersuchung bei alledem davon aus, dass die bei komparatistischen Auswahlentscheidungen mitwirkenden Zufälligkeiten nicht per se problematisch sind. Vielmehr führen Zufälligkeiten erst durch die Behauptung ihrer Notwendigkeit zur Fragwürdigkeit des Vergleichs.<sup>3121</sup> In diesem Sinn ist der Zuschnitt des Vergleichsgegenstands offenzulegen, (soweit möglich) zu erklären, aber nicht als alternativlos zu behaupten oder gar zu verschleiern:

#### 2. Pragmatische Einflüsse auf die Auswahlentscheidung

Die Auswahl der US-amerikanischen und der deutschen Verfassungsrechtsordnung als Vergleichsobjekte (*comparata*) ist durch verschiedene Faktoren bedingt:

Es wirken zunächst *individuelle* Gründe (insbesondere der [Studien-]Werdegang)<sup>3122</sup> und – damit weitgehend verbunden – *forschungspragmatische* Vorteile

<sup>3120</sup> Vgl. E. Zemanek, in: dies./A. Nebrig (Hrsg.), Komparatistik, Berlin 2012, S. 7 (8, 15).

<sup>3121</sup> G. Frankenberg, Harv. Int'l L. J. 26 (1985), 411 (434): „It is not contingency as such but its translation into necessity which makes academic work in general and doctrinal comparison in particular dubious.“

<sup>3122</sup> Vorliegend: erstes rechtswissenschaftliches Studium in der Bundesrepublik Deutschland, späterer Masterstudiengang in den USA; vgl. allgemein zur Bedeutung der individuellen Ausbildung und Verankerung in bestimmten Rechtssystem(en) einer rechtsvergleichend ar-

(geringe Sprachbarriere, leichter Zugang von Wissensbeständen und Diskursen, institutionelle und persönliche Kontakte).

### 3. Sachlich-inhaltliche Einflüsse auf die Auswahlentscheidung

Mit Blick auf den Inhalt einer wissenschaftlichen Untersuchung ist eine solche pragmatisch angeleitete Auswahl zunächst freilich arbiträr. Es sprechen aber auch sachlich-inhaltliche Gründe für den Zuschnitt des Vergleichs auf die USA und Deutschland:

#### *a) Kanonisierung des US-amerikanisch-deutschen Föderalismusvergleichs*

Ein Rechtsvergleich zwischen den USA und Deutschland ist in der deutschsprachigen wissenschaftlichen Tradition (und teilweise darüber hinaus) häufig, also gewissermaßen kanonisiert und *mainstream*<sup>3123</sup>. Die Kanonisierung leuchtet schon mit Blick auf die jeweils überdurchschnittliche praktische Bedeutung der beiden Rechtsordnungen in Weltpolitik und Weltwirtschaft unmittelbar ein. Zudem werden die USA (neben dem Vereinigten Königreich) als Musterbeispiel für ein ‚common law‘-Rechtssystem und Deutschland (neben Frankreich) als Musterbeispiel für ein kontinentaleuropäisches Rechtssystem angesehen.<sup>3124</sup> Vor allem auch im vorliegenden interessierenden Bereich des Föderalismus(-verfassungsrechts-)vergleichs<sup>3125</sup> ziehen die USA und Deutschland in besonderem Maß komparatistisches Interesse auf sich. Dies hat u. a. rechtshistorische Gründe<sup>3126</sup>; zum Teil werden die USA und Deutschland (neben der Schweiz) gar als „Archetypen“ von Föderalstaaten be-

---

beitenden Verfasserin: G. Frankenberg, Harv. Int'l L. J. 26 (1985), 411 (432f.). Vielleicht kann erst durch einen nicht ganz unerheblichen Auslandsaufenthalt eine etwaige Schwelle der Legitimität, komparatistisch über das andere Rechtssystem schreiben ‚zu dürfen‘, überschritten werden; zur (II-)Legitimität, über „Amerika“ zu schreiben (freilich [wohl] aus Sicht ‚der Literatur‘) F. Hoppe, Prawda. Eine amerikanische Reise, Frankfurt a. M. 2018, S. 11.

<sup>3123</sup> Zum Problem der ‚Kanonisierung‘ in anderen Zusammenhängen auch am Rande (der Sache nach) oben § 1, C. III. 1. c) (zur Struktur- und Ordnungsbildung sowie Kanonisierung als einem Arbeitsschritt der ‚Ideenpolitik‘) sowie oben § 7, A. III. 1. (zu ‚Rechtsdogmatik‘ und der Kanonisierung von gerichtlichen Rechtsinhaltsquellen).

<sup>3124</sup> Vgl. G. Frankenberg, Harv. Int'l L. J. 26 (1985), 411 (431); beachte ferner, dass Vergleiche mit dem Verfassungsrecht der USA ohnehin wegen dessen (jedenfalls früher klar gegebener) Stellung als „a kind of common language of comparative law“ (C. Möllers/H. Birkenkötter, I•CON 12 [2014], 603 [610]) höchst verbreitet sind.

<sup>3125</sup> Zu beachten ist, dass „Föderalismus“ überhaupt für „besonders vergleichungsgeeignet“ gehalten wird, so ohne Begründung A. Tschentscher, JZ 2007, 807 (808).

<sup>3126</sup> Vgl. F. Palermo/K. Kössler, Comparative Federalism. Constitutional Arrangements and Case Law, Portland, Ore., 2017, S. 5 f. (zu den USA, Deutschland [und der Schweiz] als „oldest and more established federations [... that] have somewhat more comparative weight than other countries“).

zeichnet<sup>3127</sup> (gerade das mag ein Grund sein, weshalb sie sich nicht besonders als Untersuchungsobjekte eignen, „um eine allgemeine Theorie des Föderalismus zu entwickeln“<sup>3128</sup>, was vorliegend aber auch gar nicht angestrebt wird). Außerdem wurden die Entstehung des Grundgesetzes und die Etablierung des Verfassungslebens der frühen Bundesrepublik Deutschland stark durch US-amerikanisches Verfassungsdenken geprägt. Die USA und Deutschland befinden sich – auch unabhängig von historischen Betrachtungen – jedenfalls im Kernbereich dessen, was (auch heute) als ‚föderale Ordnung‘ diskutiert wird. Beide Föderationen gelten als „konsolidiert“<sup>3129</sup> oder „*federal in the classical view*“<sup>3130</sup> und werden auch von engen<sup>3131</sup> Definitionen von ‚Föderalismus‘ umfasst<sup>3132</sup>, was ihre ‚Vergleichbarkeit‘ stützt.

### b) Strukturell-typenbasierter, tendenziell äquivalenter Vergleich

#### aa) Typus des freiheitlich-nationalstaatlich-repräsentativ-demokratischen Instrumentalföderalismus

Die Beschreibung des Status föderierter Einheiten in den USA und in Deutschland wird in der vorliegenden Untersuchung gerahmt vom Typus des ‚freiheitlich-na-

<sup>3127</sup> F. Palermo/K. Kössler, Comparative Federalism. Constitutional Arrangements and Case Law, Portland, Ore., 2017, S. 72, 79; beachte freilich S. Choudhry/N. Hume, in: T. Ginsburg/R. Dixon (Hrsg.), Comparative Constitutional Law, Cheltenham, U.K., 2011, S. 356 (357, 359), welche Australien, Kanada, die Schweiz und die USA (nicht aber Deutschland) als Kernfälle („*core cases*“) ausmachen.

<sup>3128</sup> So zum grundgesetzlichen Föderalismus C. Möllers, Staat als Argument, 2. Aufl., Tübingen 2011, S. XXXV.

<sup>3129</sup> Vgl. zu der Differenzierung „*consolidated federations*“ versus „*emerging federalism*“ (ohne Bezug auf die USA oder Deutschland) O. Beaud, in: L. Azoulai (Hrsg.), The Question of Competence in the European Union, New York, N.Y., U.S.A., u. a. 2014, S. 19 (20).

<sup>3130</sup> Zu dieser Formulierung (an dieser Stelle ohne direkten Bezug auf die USA und Deutschland) F. Palermo/K. Kössler, Comparative Federalism. Constitutional Arrangements and Case Law, Portland, Ore., 2017, S. 4.

<sup>3131</sup> Ob dies auch für die engste vorstellbare Definition von ‚Föderalismus‘ gilt, beispielsweise für eine Definition, welche „unitarische Bundesstaaten“ (K. Hesse, Der unitarische Bundesstaat, Karlsruhe 1962) ausschließt, kann an dieser Stelle dahinstehen. Zur Auseinandersetzung mit Hesses Formel vom „unitarischen Bundesstaat“ s. § 6, C. III.

<sup>3132</sup> So gehören die USA und Deutschland zu den „etwa zwei Dutzend Ländern“, die von Ronald L. Watts als „*federations*“ (einschließlich „*quasi-federations*“) aufgezählt werden; vgl. R. L. Watts, in: J. Loughlin/J. Kincaid/W. Swenden (Hrsg.), Routledge Handbook of Regionalism and Federalism, London, U.K., u. a. 2013, S. 19 (22) – in diese Liste von ca. zwei Dutzend (quasi-)föderalen Ordnungen sind freilich etwa auch der Grenzfall Spanien, nicht aber der Grenzfall Italien einbezogen. Daneben bestehen weiter gefasste Definitionen von ‚Föderalismus‘: Beispielsweise erwähnt D. J. Elazar, Federal Systems of the World, 2. Aufl., Harlow, U.K., 1994, S. XVI f., unter Zugrundelegung eines weiten ‚Föderalismus‘-Begriffs – etwas kryptisch – „91 gegenwärtig funktionierende Beispiele für Autonomie oder Selbst-Regierung [...] in 52 verschiedenen Staaten“ („91 currently functioning examples of autonomy or self-rule [...] were identified in 52 different states“); hierzu F. Palermo/K. Kössler, Comparative Federalism. Constitutional Arrangements and Case Law, Portland, Ore. 2017, S. 3 f.



tionalstaatlich-repräsentativ-demokratischen Instrumentalföderalismus‘ (s.o. § 1, A.). Dieser Typus wird durch die ideenpolitische Konstellation der politischen Ideen ‚Föderalismus‘, ‚repräsentative Demokratie‘, ‚Freiheit‘ und ‚Nationalstaatlichkeit‘, wie sie bereits 1787 bei den *Federalists* zusammentrafen (s.o. § 1, B.), geprägt. Diese ideenpolitische Konstellation kommt als überzeitlich relevanter komparatistischer Bezugspunkt in Betracht: Sowohl die Verfassungsordnung der USA als auch diejenige der Bundesrepublik Deutschland können heute diesem Typus zugerechnet werden; jeweils sind die genannten ideenpolitischen Strukturelemente verwirklicht. Die Konstellation dieser politischen Ideen dient als Rahmen, innerhalb dessen sich politisches Denken vollzieht<sup>3133</sup> – und ‚vergleichbar‘ wird.

Die komparatistische Typenbildung erfolgt somit „strukturell und modelltheoretisch [...], nicht jedoch genetisch oder gar teleologisch, [... also] systematisch, ja letztlich a-historisch“<sup>3134</sup>. Die besondere ideenpolitische Konstellation wird zu verschiedenen Zeiten an verschiedenen Orten relevant und immer wieder neu aktualisiert (Beispiele hierfür oben § 1, C. II.). Es geht hier eben um das – gewissermaßen zeitlose – Ideenreservoir (s.o. § 1, C. III.) zum Instrumentalföderalismus. Freilich ermöglicht die Vorstellung des Ideenreservoirs dann aber – gewissermaßen als überzeitliche Brücke – „hochriskante Vergleiche [...] diachroner wie synchroner Art“<sup>3135</sup> zwischen solchen Momenten der Ideenpolitik, sodass die föderale Ordnung der USA von 1787 mit der föderalen Ordnung der Bundesrepublik Deutschland von 2021 vergleichbar wird.

#### bb) Gemeinsames als Rahmen: Tendenz zum äquivalenten Vergleich

Dadurch, dass die vorliegende Studie die US-Verfassung wie auch das Grundgesetz dem gemeinsamen Typus des freiheitlich-nationalstaatlich-repräsentativ-demokratischen Instrumentalföderalismus unterordnet, rückt sie schon im Ausgangspunkt *Gemeinsamkeiten* der beiden untersuchten politischen Ordnungen in den Vordergrund. In beiden Föderalordnungen soll die Wirkkraft des ideenpolitischen Topos der ‚schutzwürdigen föderierten Einheit‘ nachgewiesen werden – auch dies ist ein verbindendes Moment. In der (literaturwissenschaftlichen) Komparatistik ist bei einer solchen Fokussierung von Gemeinsamkeiten der *comparata* die Rede von

<sup>3133</sup> Vgl. zu einem ähnlichen *methodologischen* Verständnis ‚politischer Ideen‘ (in der Sache freilich gerade ohne deutliche Berücksichtigung der Komponente des ‚Föderalismus‘) H. Heller, Die politischen Ideenkreise der Gegenwart [1926], in: Gesammelte Schriften, hrsg. v. M. Drath/O. Stammer/G. Niemeyer/F. Borinski, Bd. I, Leiden, Niederlande, 1971, S. 267 (272); dazu M. Llanque, in: ders. (Hrsg.), Souveräne Demokratie und soziale Homogenität. Das politische Denken Hermann Hellers, Baden-Baden 2010, S. 95 (96); hierzu oben § 1, C. I. 2. u. insbes. § 1, C. III. 1. c).

<sup>3134</sup> Das wörtliche Zitat entstammt der methodologischen Selbstbeschreibung von P. Dann, Parlamente im Exekutivföderalismus, Berlin u. a. 2004, S. 27.

<sup>3135</sup> G. Straßenberger/H. Münkler, in: H. Buchstein/G. Göhler (Hrsg.), Politische Theorie und Politikwissenschaft, Wiesbaden 2007, S. 45 (56).

einem „äquivalenten Vergleich“ (im Unterschied zum „kontrastiven Vergleich“).<sup>3136</sup> Ähnlichkeiten weist der vorliegend verfolgte äquivalent-vergleichende Ansatz zudem mit einem komparatistischen Modell auf, welches in der Methodologie der vergleichenden Geschichtswissenschaft diskutiert wird: Theda Skocpol und Margaret Somers haben für dieses disziplinäre Feld u.a. den Typus des ‚parallelen Vergleichs zur Theoriedemonstration‘ („*parallel demonstration of theory*“) konturiert.<sup>3137</sup> Ziel des Vergleichs nach diesem Modell sei es, die Leserin oder den Leser „davon zu überzeugen, dass eine bestimmte, explizit umrissene Hypothese oder Theorie ihre Fruchtbarkeit, also ihre Eignung, Befunde in überzeugender Weise zu ordnen, demonstrieren könne, wenn sie auf eine Serie von relevanten historischen Zeitschienen angewandt“ werde.<sup>3138</sup>

Eine weitere tief-liegende Gemeinsamkeit des US-amerikanischen und des deutschen Föderalismus gerade im Unterschied zu manchen anderen Föderationen wird man darin erblicken können, dass hier jeweils (tendenziell) eine „Föderation mit einer ‚nicht-föderalen‘ Gesellschaft“ (Jan Erk: „*a federation with a ‚non-federal‘ society*“<sup>3139</sup>) vorliegt. Das unterscheidet die USA und Deutschland von Föderationen wie Kanada, Belgien und der Schweiz, in denen es deutlichere ethno-linguistische, sub-nationalistische Prägungen des föderalen Gefüges gibt.<sup>3140</sup> Obschon die Intensität der föderalen ‚Kultur‘ in den USA und in der Bundesrepublik Deutschland sicherlich unterschiedlich ausgeprägt ist (dazu am Rande oben § 8, B. II. 2. a)), ist das Fehlen klarer ethno-linguistischer Binnengrenzen (s.o. § 2, B. III. 2. a) bb)) doch eher ein verbindendes Element der beiden Föderationen. Zugleich spiegeln sich hier zwei bereits beschriebene Charakteristika des US-amerikanischen und deut-

<sup>3136</sup> Vgl. E. Zemanek, in: dies./A. Nebrig (Hrsg.), *Komparatistik*, Berlin 2012, S. 7 (16). In der literaturwissenschaftlichen Komparatistik wird zudem beobachtet, dass der – auch vorliegend wichtige – Fokus auf ‚Formen‘ beim Vergleichen (näher dazu unten in und bei Fn. 3203 ff. sowie oben in und bei Fn. 3107 ff.) eine Tendenz zum Gemeinsamen aufweist, vgl. C. Guillén, *The Challenge of Comparative Literature*, übers. v. C. Franzen, Cambridge, Mass., U.S.A., u.a. 1993, S. 144: „*Forms do not divide but unite*“.

<sup>3137</sup> T. Skocpol/M. Somers, *Comparative Studies in Society and History* 22 (1980), 174 ff.; die anderen beiden Typen sind „*comparative history as macro-causal analysis*“ sowie „*comparative history as the contrast of contexts*“.

<sup>3138</sup> T. Skocpol/M. Somers, *Comparative Studies in Society and History* 22 (1980), 174 (176): „*In this [...] type of comparative history, the reason for juxtaposing case histories is to persuade the reader that a given, explicitly delineated hypothesis or theory can repeatedly demonstrate its fruitfulness – its ability convincingly to order the evidence – when applied to a series of relevant historical trajectories.*“ Ähnliches klingt für das Verhältnis von *Rechtsvergleichung* und *Rechtstheorie* an bei W. Ewald, *The American Journal of Comparative Law* 46 (1998), 701: „*Comparative law [as] testing-ground for [legal] philosophical theories*“.

<sup>3139</sup> J. Erk, *Publius* 34 (2004), 1 (2), mit Verweis auf W. S. Livingston, *Political Science Quarterly* 67 (1952), 81. Erk zählt neben den USA und Deutschland Österreich als Beispiel für eine „Föderation mit einer ‚nicht-föderalen‘ Gesellschaft“ auf.

<sup>3140</sup> Vgl. J. Erk, *Publius* 34 (2004), 1 (2); vgl. ferner J. A. Gardner, *Interpreting State Constitutions. A Jurisprudence of Function in a Federal System*, Chicago, Ill., U.S.A., 2005, S. 57: „*[U.S.] federalism is political rather than ethnic or linguistic*“.

schen Föderalismus: der gesteigerte Artefakt- und Instrumentalcharakter (s. o. § 3, B. II.).

cc) Unterschiede im Detail: Trennung und Verschränkung,  
Konflikt und Konsens(?)

Nun bewegt sich der Typus des freiheitlich-nationalstaatlich-repräsentativ-demokratischen Instrumentalföderalismus aber auf sehr hoher Abstraktionshöhe. Innerhalb dieser höchst unbestimmten Konstellation ist viel Raum für unterschiedlichste Konkretisierungen (und Instrumentalisierungen) der einzelnen Elemente. Und so wird beispielsweise das Element der ‚repräsentativen Demokratie‘ unter der US-Verfassung und unter dem Grundgesetz in sehr unterschiedlicher Weise verwirklicht (präsidentielles bzw. parlamentarisches Regierungssystem<sup>3141</sup>).

Bedeutsamer für die vorliegende Untersuchung sind systematische Unterschiede in der konkreten Ausgestaltung des föderalen Designs i. e. S., also insbesondere die Strukturen und Schemata hinter der Verbandskompetenzverteilung: Hier sind die Entwürfe von US-Verfassung und Grundgesetz im Ausgangspunkt geradezu Paradebeispiele für *unterschiedliche* Typen kernföderaler Ordnungen – die USA mit ihrem durch ‚echte‘ politische Konflikte geprägten Trennungsföderalismus (interstaatlichen Föderalismus<sup>3142</sup>) mit grundsätzlicher Kompetenzparallelität und die Bundesrepublik Deutschland mit dem konsensorientierten Verflechtungs- und Exekutivföderalismus (intrastaatlichen Föderalismus<sup>3143</sup>) mit grundsätzlicher Kompetenzalternativität (s. bereits § 2, B. IV.). Diese binäre Kontraststellung birgt Analysepotential für einen – auf dieser Abstraktionsstufe dann doch – kontrastiven Vergleich.<sup>3144</sup>

Allerdings hat sich im bisherigen Verlauf der Untersuchung bereits gezeigt, dass die binäre Kontrastierung (Trennung und Konflikt versus Verschränkung und Konsens) zu einfach und zu pauschal ist, um insbesondere den unterverfassungsrechtlichen Gestaltungen des US-amerikanischen *cooperative federalism* mit seinen deutlichen Verschränkungstendenzen seit dem *New Deal* gerecht zu werden (näher oben § 2, C. III. 3. b) cc) u. § 4, B. I. 3. c) aa)). Der Trennung/Verschränkung-Kontrast ist auch unter anderen Gesichtspunkten zu relativieren: Beispielsweise stellt

<sup>3141</sup> Aber dennoch handelt es sich jeweils um ‚eingebettete Wahldemokratien‘ – zu dieser Kategorie später bei Betrachtung des demoikratischen Föderalismus unten § 12, B. III. 1. b).

<sup>3142</sup> Dazu H. Kilper/R. Lhotta, Föderalismus in der Bundesrepublik Deutschland, Opladen 1996, S. 62.

<sup>3143</sup> Dazu H. Kilper/R. Lhotta, Föderalismus in der Bundesrepublik Deutschland, Opladen 1996, S. 62.

<sup>3144</sup> Vgl. C. Möllers, Die drei Gewalten. Legitimation der Gewaltengliederung in Verfassungsstaat, Europäischer Integration und Internationalisierung, Weilerswist 2008, S. 41 f.: „Blick auf gerade diese beiden Verfassungsordnungen bietet sich an, weil sie zwei elementare Modelle darstellen, das Verhältnis von föderaler Gliederung und Gewaltenteilung zu gestalten“.

in *beiden* untersuchten Verfassungsordnungen der Ausbau der Bundesverwaltung eine tendenzielle Bedrohungslage für die Gestaltungsfreiheit der föderierten Einheiten dar (ausführlich oben § 4, B. I. 3. d) bb) (1)). Auch ist die idealtypische Gegenüberstellung von US-amerikanischer Kompetenzparallelität und grundgesetzlicher Kompetenzalternativität zwar im Ausgangspunkt zutreffend, allerdings ist in den USA dann doch auch eine Tendenz zur stärkeren Gesetzgebungskompetenzalternativität dadurch zu beobachten, dass Bundesgesetze Einzelstaatengesetzgebung in weiten Sachbereichen durch *preemption* verdrängen (s. o. § 4, B. I. 2. c) cc)). Umgekehrt werden in Deutschland vereinzelt die Möglichkeiten einer gewissen Kompetenzparallelität ausgetestet, etwa zuletzt im (Berliner) Wohnraummietrecht (s. o. § 5, A. IV. 3. b)) oder im Bereich des (bayerischen) Grenzschutzes (s. o. § 5, C. III. 3.). Dadurch, dass die vorliegende Studie solche Annäherungen der beiden föderalen Design-Typen ‚Trennung‘ und ‚Verschränkung‘ in der praktischen ‚Wirklichkeit‘ wahrnimmt, weist sie eben doch wieder eine starke Tendenz zum äquivalenten Vergleich auf.

### c) Verzerrungen und Ausschlüsse

Die Perpetuierung des komparatistischen Kanons (s. o. a)), zumal durch einen im Wesentlichen äquivalenten Vergleich (s. o. b)) wäre – für sich genommen – nun sicherlich eher ein schwaches (methodologisch gar fragwürdiges) *Movens* für die Länderauswahl. Dies gilt umso mehr, wenn man sich vor Augen führt, dass die Auswahlentscheidung zugunsten der USA und Deutschlands verschiedene thematische Ausschlüsse und Perspektivenverzerrungen zur Folge hat:

#### aa) „Methodologischer Nationalismus“ (Ulrich Beck) als methodologisches Problem

Zunächst einmal findet ein Zuschnitt des Forschungsgegenstands auf zwei ‚Nationalstaaten‘ (s. auch unten § 12, B. I. 1.), die Vereinigten Staaten von Amerika und die Bundesrepublik Deutschland, statt. Dagegen ist beispielsweise die Europäische Union, welche ‚den Nationalstaat‘ unter Nutzung föderaler Arrangements gerade supranational übersteigt, vorliegend kein Vergleichsobjekt.<sup>3145</sup>

In der Soziologie hat u.a. Ulrich Beck wiederholt eine Warnung vor einem „methodologischen Nationalismus“ sozialwissenschaftlicher Forschung ausge-

---

<sup>3145</sup> Damit wird durchaus Analysepotential verschenkt: vgl. C. Möllers, Gewaltengliederung, Tübingen 2005, S. 211: „Gerade um zu verstehen, welches die Besonderheiten der staatlichen Ebene sind, muß diese mit überstaatlichen Rechtsordnungen verglichen werden“; vgl. auch S. Huhnholz/E. M. Hausteiner, in: G. Ambrosius/C. Henrich-Franke/C. Neutsch (Hrsg.), Föderalismus in historisch vergleichender Perspektive, Bd. 2, Baden-Baden 2015, S. 279: „Verfasstheit und politische Realität der Europäischen Union erweist sich einmal mehr als Schauplatz und Projektionsfläche grundsätzlicher Konflikte [auch] innerer [...] Ordnung“ (Hervorh. R.D.N.).

sprochen.<sup>3146</sup> Bei einem solchen „methodologischen Nationalismus“ gehe „das theoretische Nachdenken von der unhinterfragten Annahme [gewissermaßen also: ‚Ideologie‘] aus, dass sich Nation, Territorium, Gesellschaft und Kultur nahtlos ineinander fügen“.<sup>3147</sup> Methodologischer Nationalismus ist das Denken in der Dimension des ‚klassischen‘ (deutlich nach außen abgegrenzten und im Inneren weitgehend homogenen) Nationalstaats. Beck bewertet einen solchen methodologisch-nationalistischen Zugang als problematisch: Es drohe die „Verwechslung einer Theorie *einer* Gesellschaft (von vielen) mit der Theorie *der* Gesellschaft“ und hierdurch eine „*Selbstprovinzialisierung* der Gesellschaftstheorie“<sup>3148</sup>; stattdessen sei „methodologischer Kosmopolitismus“, eine „kosmopolitisch[e] Wende in der soziologischen und politische[n] Theorie und Forschung“ in Zeiten der Globalisierung, angezeigt<sup>3149</sup>.

#### bb) ‚Westernismus‘ als methodologisches Problem

Weiterhin geht mit der vorliegenden Länderauswahl eine Bindung an eine ‚westliche‘ (nordamerikanisch-europäische) oder ‚global-nördliche‘ Perspektive einher. Es findet nicht nur eine Verengung auf Nationalstaaten, sondern zudem auf zwei Nationalstaaten des Globalen Nordens statt. Hierin liegt die Gefahr, dass die Untersuchung einem verzerrend-selbstbestätigenden Eurozentrismus, genauer: einem Zentrismus der ‚westlichen Welt‘ („*Westernism*“<sup>3150</sup>), verfällt.<sup>3151</sup> Vor allem Vertreterinnen und Vertreter der Sozial- und Geisteswissenschaften haben das Problem des Westernismus, zum Teil auch als Frage des Postkolonialismus, seit den 1950er Jahren mit kritischem Impetus beschrieben.<sup>3152</sup> Diese Gefahr des Westernismus mag vorliegend dadurch noch vertieft werden, dass im nachfolgenden interdisziplinären Teil Studie mit dem Lesemodell der ‚romantischen Lyrik‘ eine

<sup>3146</sup> Vgl. U. Beck, Was ist Globalisierung? Irrtümer des Globalismus – Antworten auf Globalisierung, Frankfurt a.M. 2007 [1997], S. 115 ff.; U. Beck/E. Grande, Soziale Welt 61 (2010), S. 187 (189).

<sup>3147</sup> U. Beck/E. Grande, Soziale Welt 61 (2010), 187 (189).

<sup>3148</sup> U. Beck/E. Grande, Soziale Welt 61 (2010), 187 (189).

<sup>3149</sup> U. Beck/E. Grande, Soziale Welt 61 (2010), 187 (187).

<sup>3150</sup> C. Möllers/H. Birkenkötter, I•CON 12 (2014), 603 (623).

<sup>3151</sup> Kritisch zum „orthodoxen“ Schwerpunkt der vergleichenden Föderalismusforschung auf „klassischen Föderalismus“ in stabilen Föderationen wie insbesondere den USA etwa S. Choudhry/N. Hume, in: T. Ginsburg/R. Dixon (Hrsg.), Comparative Constitutional Law, Cheltenham, U.K., 2011, S. 356 (357 f.).

<sup>3152</sup> Vgl. etwa F. Fanon, Peau noire, masques blancs, Paris, Frankreich, 1952; E. W. Said, Orientalism, New York, N.Y., U.S.A., 1978; referierend zur hervorragenden Bedeutung von Fanon und Said für die Herausbildung des Forschungsfelds der *postcolonial studies* nur V. B. Leitch/W. E. Cain/L. A. Finke/J. McGowan/T. D. Sharpley-Whiting/J. J. Williams, The Norton Anthology of Theory and Criticism, 3. Aufl., New York, N.Y., U.S.A., u.a. 2018, S. 1351 bzw. S. 1780.

dezidiert westernistisch verwurzelte Lese-Praxis untersucht wird (s.u. § 10, B. II. 1. b)).<sup>3153</sup>

Dabei besteht vorliegend allerdings *nicht* (jedenfalls nicht unmittelbar<sup>3154</sup>) die Gefahr eines exotisierenden Blicks<sup>3155</sup> auf außer-,westliche‘ Föderationen (oder auf außer-,westliche‘ Lese-Praktiken). Schließlich werden Beispiele für ‚Föderalismus‘ (oder äquivalente Ordnungsprinzipien) aus dem globalen Osten und Süden (etwa Äthiopien<sup>3156</sup>, Nigeria<sup>3157</sup>, Indien<sup>3158</sup> oder Malaysia<sup>3159</sup>) gerade *nicht* als Untersuchungsgegenstände herangezogen. Auch widmet sich die Studie *nicht* Mustern ästhetisch-politisch-juristischer Kommunikation, welche romantisch-lyrischen Lesefiguren in anderen Diskursräumen äquivalent sein könnten. Das Problem liegt also eher im *ignoranten* Verzicht auf die Wahrnehmung von Einflüssen aus dem Globalen Osten und Süden, welche dabei helfen könnten, die ‚westlichen‘ Denkprotokolle fruchtbar zu hinterfragen und variabelere oder originellere Rezeptionsnischen<sup>3160</sup> zu ergänzen.<sup>3161</sup> Freilich wird man bei alledem in Rechnung zu stellen haben, dass Arbeiten über *demokratisch-freiheitliche* Verfassungsordnungen zu einem gewissen Grad inhärent westernistisch ausgerichtet sein müssen.<sup>3162</sup>

<sup>3153</sup> Vgl. die (exemplarische) Anm. über den ‚Westernismus‘ und ‚Orientalismus‘ (Said) in dem ‚romantischen‘ Text „*Kubla Khan: or, A Vision in a Dream: A Fragment*“ von Samuel Taylor Coleridge unten in Fn. 3421 (in § 10, B. II. 3. b)).

<sup>3154</sup> Freilich mag die vorliegende Untersuchung als ein Beitrag zum größeren diskursiven Programm ‚föderalen Denkens‘ begriffen werden: Dann ergeben sich – vermittelt über den Modellcharakter der ‚westlichen‘ freiheitlich-nationalstaatlich-demokratischen Föderalisten für die Entstehung föderaler Verfassungsordnungen auch im Globalen Süden – ggf. Problemlagen eines ‚Föderalismus-Imperialismus‘, an denen diese Untersuchung mittelbar beteiligt wäre.

<sup>3155</sup> Dazu E. W. Said, *Orientalism*, New York, N.Y., U.S.A., 1978.

<sup>3156</sup> Hierzu aus verfassungsvergleichender Sicht K. Kassaye Ahmed, *Umpiring a Federal System. The Ethiopian Choice in Comparative Perspective*, Bern, Schweiz, 2017.

<sup>3157</sup> Vgl. E. E. Osaghae, in: J. Poirier/C. Saunders/J. Kincaid (Hrsg.), *Intergovernmental Relations in Federal Systems*, Don Mills, ON, Kanada, 2015, S. 272 ff.

<sup>3158</sup> Vgl. H. Bhattacharyya, *Federalism in Asia. India, Pakistan and Malaysia*, London, U.K., u. a. 2010.

<sup>3159</sup> Vgl. W. Case, in: B. He/B. Galligan/T. Inoguchi (Hrsg.), *Federalism in Asia*, Cheltenham, U.K., u. a. 2007, S. 124 ff.

<sup>3160</sup> Vgl. W. Ullrich, in: ders., *Tiefer hängen. Über den Umgang mit der Kunst*, Berlin 2003, S. 13 (31 f.) – dazu oben bei § 3, B. II. 6.

<sup>3161</sup> Vgl. G. Frankenberg, *Harv. Int'l L. J.* 26 (1985), 411 (452 f.): zum Instrumentalisieren des „radikal Unterschiedlichen“ zur gesteigerten Aufmerksamkeit für den wirklichen Konflikt am Beispiel von erzwungenen Abtreibungen in China.

<sup>3162</sup> Vgl. C. Möllers/H. Birkenkötter, *I-CON* 12 (2014), 603 (623): „*Some kind of ‚Westernism‘ seems like a necessary element of constitutional studies, at least if conducted in a Western academic environment and influenced by a Western tradition*“; vgl. ferner A. Hollerbach, in: W. Maihofer (Hrsg.), *Ideologie und Recht*, Frankfurt a.M. 1969, S. 37 (41): „im Hinblick auf die grundlegende kommunikativ-geschichtliche Seinsverfassung des Menschen gibt es gesellschaftlich unbedingtes Denken überhaupt nicht“.

### d) Umgang mit den Verzerrungen und Ausschlüssen

#### aa) Mittelbarer, anekdotischer Einbezug von ‚externen‘ Wissensbeständen

Dem Risiko eines verzerrend-selbstbestätigenden Westernismus wird in der vorliegenden Gesamtuntersuchung *nicht* dadurch begegnet, dass der ‚westlichen‘ Dogmatik in systematischer Weise funktional äquivalente Lösungen aus dem Globalen Osten und Süden vergleichend gegenübergestellt würden. Auch wird *nicht* angestrebt, trans-westernistischen historischen Rezeptionsvorgängen auf den Grund zu gehen, beispielsweise dem oben angesprochenen Einfluss des politischen Denkens indigener nordamerikanischer Bevölkerung, vor allem der Stammeskonföderation der Haudenosaunee (Irokesen), auf die *Federalist/Anti-Federalist*-Debatte (s.o. § 1, A. II. u. § 1, B. IV. 1. a)). Schließlich wird auch *nicht* versucht, Verzerrungen durch den Fokus auf zwei Nationalstaaten durch den vollwertigen Einbezug supranationaler Organisationen wie der Europäischen Union in den Forschungsgegenstand zu vermeiden. Allerdings fließen mittelbar, gewissermaßen ‚unter der Hand‘ sehr wohl punktuelle Erkenntnisse, Theoreme und Perspektiven in die Untersuchung ein, welche (v.a. auch) aus Diskursen zum außer-,westlichen‘ oder zum supranationalen Föderalismus stammen:

Zwei Beispiele für den Einbezug von Erfahrungen aus dem außer-,westlichen‘ Föderalismus seien genannt (welche vorliegend freilich jeweils nicht im Detail ausgewertet werden und insoweit eher Anlass für vertiefende Forschung geben könnten): Zum einen kann auf den Föderalismus in Malaysia als besonders deutliches Beispiel für den Artefakt- und Gestaltungscharakter von föderalen Ordnungen (s.o. § 3, B. II.) hingewiesen werden; hier wurden föderale Grenzen bewusst quer zu politischen und kulturellen Konfliktlinien gelegt.<sup>3163</sup> Zum anderen kann das Föderalismusverfassungsrecht Äthiopiens als Beispiel für eine besonders intensive Verwirklichung von *departmentalist federalism* und als Ausgangspunkt für die Relativierung der Bedeutung von *judicial federalism* angeführt werden (allgemein dazu oben § 8, B. I.).<sup>3164</sup>

Auch Diskussionen zum supranationalen Föderalismus haben *mittelbar* Einfluss auf die vorliegende Studie<sup>3165</sup>: Ein zentrales Element im Forschungsdesign der Studie ist die besondere Aufmerksamkeit für das Modell des ‚Bundes‘ als (krypto-)normative ideenpolitische Argumentationsmasse hinter US-Verfassung und Grundgesetz (s.o. § 2, C. I.). Das Modell des ‚Bundes‘ wurde in der Forschungsliteratur –

<sup>3163</sup> Vgl. T. O. Hueglin/A. Fenna, *Comparative Federalism*, 2. Aufl., North York, ON, Kanada, 2015, S. 26.

<sup>3164</sup> Vgl. K. Kassaye Ahmed, *Umpiring a Federal System. The Ethiopian Choice in Comparative Perspective*, Bern, Schweiz, 2017, S. 195 ff.

<sup>3165</sup> Vgl. neben den im Fließtext genannten Aspekten auch die knappe Rezeption der von J. H. H. Weiler, in: K. Nicolaïdis/R. Howse (Hrsg.), *The Federal Vision*, Oxford, U.K., u.a. 2001, S. 54 (62 f.), vorgetragenen Beobachtung von „*moral commitment and identity*“ in föderalem Denken (s.o. § 2, A. II. 2.).



insbesondere als Alternative zum starren ‚Bundesstaat‘-, ‚Staatenbund‘-Schema – nun v. a. auch in Auseinandersetzung mit dem Charakter der Europäischen Union konzentriert.<sup>3166</sup> Entsprechend hat die vorliegende Untersuchung oben u. a. die von Christoph Schönberger – anhand der EU-Verträge entwickelte – *tertium datur*-Formel vom „Bundes- oder Verfassungsvertrag“<sup>3167</sup> rezipiert. Später wird bei der Diskussion von ‚Föderalismus‘ und ‚Demokratie‘ auf den von Kalypso Nicolaïdis im Zusammenhang mit der ‚demokratie‘-theoretischen Debatte um die in den 2000er Jahren geplante Verfassung der Europäischen Union geprägten Begriff der ‚Demokratie‘<sup>3168</sup> zurückgegriffen werden (s. u. § 12, B. III. 2. a) cc)), welcher von Nicolaïdis ebenfalls als *tertium datur*-Formel verstanden wird<sup>3169</sup>. Ein anderes Beispiel stellt der oben knapp rezipierte Gedanke von der Europäischen Union als ‚Rechtsgemeinschaft‘ (Walter Hallstein)<sup>3170</sup> dar (s. o. § 2, C. II. 1. b) bb)). Und überhaupt kann der Versuch der vorliegenden Studie, weitgehend auf eine affirmative Verwendung des Begriffs ‚Staat‘ zu verzichten (s. etwa oben § 3, A. II.), auf Diskussionen zur verfassungstheoretischen Erfassung der europäischen Integration verweisen.

#### bb) Keine systematische Untersuchung föderal-kolonialer ‚Komplizenschaft‘

Weiterhin ist im Zusammenhang mit der Frage nach dem vorliegenden Umgang mit Westernismus zu explizieren, dass es durchaus vorstellbar wäre, eine dezidiert postkoloniale Untersuchung von Föderalismusverfassungsrecht anzustellen, was vorliegend aber nicht passiert; insoweit liegt ein echter Ausschluss vor. Eine solche Untersuchung würde systematisch danach fragen, worin die ‚Komplizenschaft‘<sup>3171</sup>

<sup>3166</sup> Vgl. C. Schönberger, AöR 129 (2004), 81 ff.; O. Beaud, in: L. Azoulai (Hrsg.), *The Question of Competence in the European Union*, New York, N.Y., U.S.A., u. a. 2014, S. 19 ff.; vgl. referierend C. Möllers, in: A. v. Bogdandy/J. Bast (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge*, 2. Aufl., Berlin u. a. 2009, S. 227 (247 f.).

<sup>3167</sup> C. Schönberger, AöR 129 (2004), 81 (112); ähnlich O. Beaud, in: L. Azoulai (Hrsg.), *The Question of Competence in the European Union*, New York, N.Y., U.S.A., u. a. 2014, S. 19 (34).

<sup>3168</sup> K. Nicolaïdis, *Critical Review of International Social and Political Philosophy* 7 (2004), 76 (83): „the EU is and should continue to be a *demoi-cracy* in the making, subject to the rule of its peoples, for its peoples, with its peoples“.

<sup>3169</sup> Nämlich als „*third way*“, so K. Nicolaïdis, *Critical Review of International Social and Political Philosophy* 7 (2004), 76 (83): „Our European *demoi-cracy* is neither simply a union of democracies nor a union as democracy.“

<sup>3170</sup> W. Hallstein, *Der unvollendete Bundesstaat*, Düsseldorf u. a. 1969, S. 33 ff.

<sup>3171</sup> Vgl. zur Figur der „Komplizenschaft“ (einerseits zwischen „Intellektuellen [...] und] der Administration imperialer Macht“ sowie andererseits zwischen den lokalen Strukturen ‚innerhalb des Westen‘ und dem Kolonialismus im Außenverhältnis des Westens zum Globalen Osten und Süden) im Forschungsfeld der *postcolonial studies* mit Hinweisen auf die Arbeit von Edward W. Said nur V. B. Leitch/W. E. Cain/L. A. Finke/J. McGowan/T. D. Sharpley-Whiting/J. J. Williams, *The Norton Anthology of Theory and Criticism*, 3. Aufl., New York, N.Y., U.S.A., u. a. 2018, S. 1782 f.

des föderalen Ordnungsmodells mit der Einrichtung und Administration von Imperialismus und Kolonialismus gelegen hat und weiterhin liegt.

Es wäre dann unter anderem zu untersuchen, wie die föderale Gliederung eines Teils der westlichen Staaten die imperialistische Außenpolitik dieser Staaten und ggf. auch ihrer Glieder beeinflusst (und umgekehrt). Damit ist der Themenkomplex ‚Föderalismus und auswärtige Gewalt‘ angesprochen; dieser Komplex zählt zwar zu den ‚klassischen‘ Referenzgebieten des Föderalismusverfassungsrechts<sup>3172</sup>, hat für die vorliegende Untersuchung allerdings keine besondere Bedeutung, da insoweit die Rolle der Rechtsprechung und von gerichtlich durchsetzbarer Dogmatik gering ist, sodass insoweit Föderalismus selten ‚als Instrument und Lesekonvention vor Gericht‘ auftritt.<sup>3173</sup> Weiter – und dies ist insbesondere für den US-amerikanischen Föderalismus von Interesse – wäre zu fragen, wie die Ausweitung der föderalen Gliederung von westlichen Nationalstaaten unmittelbar als ein Instrument der Kolonialisierung wirkt: Letzteres wurde oben unter dem Stichwort der *Americanization* im Zusammenhang mit der *Westward Expansion* der USA unter Berücksichtigung der Überblendung der Ordnungsmodelle ‚Bund‘ und ‚Imperium‘ (‚Reich‘) als Expansions- und Homogenisierungsbewegung im politischen Großraum zumindest am Rande angesprochen (s. o. § 2, B. I. 3. b) u. § 6, A. VI. 2. a)). Schließlich wäre in Rechnung zu stellen, dass die USA, entstanden aus den *Thirteen Colonies*, ja von vornherein und überhaupt ein ‚post-koloniales‘ Projekt darstellen.

cc) Untersuchung von „methodologischem Nationalismus“,  
 ‚Westernismus‘ und Kanonisierung

Freilich kommen die angesprochenen Einbezüge von ‚externen‘ Wissensbestände und Perspektiven sowie von ‚Reich‘/‚Bund‘-Überblendungen vorliegend nur punktuell oder nur hintergründig vor. Dies liegt daran, dass der hier vorgelegte typenbasierte Vergleich (s. o. b)) gerade darauf abzielt, ein konkretes Produkt des Denkens in den Kategorien des Westernismus und des methodologischen Nationalismus in seiner ideenpolitisch-rhetorischen Machart und Funktionsweise zu analysieren.

<sup>3172</sup> Vgl. komparatistisch etwa *F. Palermo/K. Kössler*, Comparative Federalism. Constitutional Arrangements and Case Law, Portland, Ore., U.S.A., 2017, S. 423 ff.

<sup>3173</sup> Insoweit ist der Bereich der auswärtigen Gewalt kein aussagekräftiges Referenzgebiet für gerichtlich durchsetzbare Verbandsgrundrechtspositionen; vgl. freilich aus dem Schrifttum zum grundgesetzlichen Föderalismusverfassungsrecht *B. Fassbender*, JZ 2016, 280 ff., für eine Argumentation für Verbandsgrundrechtspositionen im Bereich der auswärtigen Gewalt: Wenn Fassbender die „Völkerrechtsfähigkeit“ der deutschen Länder als „ein konstitutives Element der Staatlichkeit der Länder“ vorstellt, argumentiert er für eine entsprechende Verbandsgrundrechtsposition. Am Beispiel des Lindauer Abkommens zeigt *B. Fassbender*, JZ 2016, 280 (282 f.), dass sich die Länder von einer gerichtlichen Klärung dieser Fragen „scheuten“, sondern den Weg über die nicht-judikative Praxis wählten. Zu erinnern ist außerdem daran, dass Rudolf Smend die Bundestreue auch mit Blick auf informelle Praktiken der deutschen Regierung im Bereich der föderalen Koordinierung von Außenpolitik im Deutschen Reich konturiert hatte (dazu oben § 2, C. III. 3. a) aa)).

Deutlich wird dies im weiteren Verlauf der Untersuchung im Rahmen der literaturwissenschaftlich informierten Rhetorikanalyse beim interdisziplinären Zugriff auf ‚die Romantik‘ als eine nationalliteraturenübergreifende aber eben westernistische literaturgeschichtlich-komparatistische Epochenbezeichnung (s.u. § 10, B. II. 3. b)). Westernistisches und methodologisch-nationalistisches Denken sind dergestalt Teil des Untersuchungsgegenstands. Über diese Denkformen soll mehr in Erfahrung gebracht werden. Damit verortet sich die Studie ausdrücklich innerhalb der ‚westlich‘-nordatlantischen Verfassungstradition föderalen Denkens und nimmt *nicht* für sich in Anspruch, umfassend über ein etwaiges universelles Föderalismusverfassungsrecht (oder seine funktionalen Äquivalente) *überhaupt* zu sprechen.<sup>3174</sup>

Zumindest teilweise (und eher unausgesprochen) widmet sich die Untersuchung damit auch einer Analyse des beschriebenen komparatistischen Kanonisierungsprozesses hinsichtlich des Föderalismusvergleichs USA/Deutschland (s.o. a)): Das ideenpolitische Modell des freiheitlich-nationalstaatlich-repräsentativ-demokratischen Instrumentalföderalismus, welches den vorliegend angestrebten Verfassungsvergleich überwölbt, ist zugleich eine Erklärung für die Prominenz und Kanonisierung US-amerikanisch/grundgesetzlicher Verfassungsvergleiche.

## II. Wie Vergleichen? Zur Methodik des Vergleichens i.e.S.

Wurde somit konturiert und begründet, welche *comparata* verglichen werden sollen, ist nun noch auf die Methodik des Vergleichens i.e.S. einzugehen; diese lässt sich mit den Attributen ‚formalistisch‘ (s.u. 1.), integriert (s.u. 2.) und ahistorisch (s.u. 3.) umreißen:

### 1. ‚Formalistisches‘ Vergleichen

Die hier angestrebte Untersuchung kann gerade nicht der – in der zeitgenössischen Rechtsvergleichung wohl ‚herrschenden‘ – Methode des (sozialwissenschaftlichen) Funktionalismus folgen (s.u. b)). Stattdessen wird hier ein dogmatikfokussiert-formalistisches Vergleichen vollzogen (s.u. c)), welches rechtswissenschaftliche Textarbeit und Begriffsarbeit (*conceptualism*) und rudimentär auch Wissenschaftsvergleichung umfasst, sich hingegen vom Ansatz des *expressivism* unterscheidet (s.u. d)).

---

<sup>3174</sup> Vgl. in diesem Zusammenhang die Forderung von C. Möllers/H. Birkenkötter, I•CON 12 (2014), 603 (614), zu reflektieren, dass die „Formen der Präsentation“ von *comparative constitutional law* immer an „eine bestimmte Rechts- oder Verfassungstradition“ gebunden bleiben.

### a) Zum *tertium comparationis*

Die Grundelemente eines Vergleichs sind die zu vergleichenden Gegenstände (*comparata*; s.o. I.) und eine „gemeinsame Bezugsgröße“, ein *tertium comparationis*.<sup>3175</sup> Dieses ‚Dritte‘ des Vergleichs ist der Bezugspunkt („*referent*“<sup>3176</sup>) oder Blickpunkt, von dem aus die *comparata* untersucht werden.

Die vorliegende Studie hat ihr *tertium comparationis* interdisziplinär gewonnen<sup>3177</sup>: Innerhalb der ideenpolitischen Konstellation des freiheitlich-nationalstaatlich-repräsentativ-demokratischen Instrumentalföderalismus wurde der ideenpolitisch-dogmatische Topos der ‚schutzwürdigen föderierten Einheit‘ identifiziert<sup>3178</sup> (Hypothese 1.1); dieser Topos wird in beiden Föderationen aufgesucht, er bildet insoweit das *tertium comparationis*. Ein ideenpolitischer Topos ermöglicht einen strukturell-typenbasierten Vergleich (s. auch oben I. 3. b)). Dieser Vergleich hat „ein im weiteren Sinne *strukturelles Interesse* am [...] Produkt“<sup>3179</sup> also an den dogmatiktragenden Texten. Insoweit liegt (Struktur-)„Formalismus“ vor.

### b) Kein (vollwertiger) Funktionalismus

Das so umrissene *tertium comparationis* zeigt, dass hier keine funktionalistische Studie vorgelegt wird, jedenfalls nicht in Form des sozialwissenschaftlichen Funktionalismus.

#### aa) Methodik des (sozialwissenschaftlichen) Funktionalismus

Der (sozialwissenschaftliche) Funktionalismus kann als zeitgenössisch wohl ‚herrschende‘ oder einflussstärkste – obschon zugleich stark umstrittene<sup>3180</sup> – Me-

<sup>3175</sup> Vgl. C. Zelle, *Komparatistik* 2004/2005, 13 (23); E. Zemanek, in: dies./A. Nebrig (Hrsg.), *Komparatistik*, Berlin 2012, S. 7 (15).

<sup>3176</sup> G. Frankenberg, *Harv. Int'l L. J.* 26 (1985), 411 (432): „*logical and neutral referent for comparison*“. Zur gebotenen, aber prekären ‚Neutralität‘ des *tertium comparationis* auch M. Lasser, *Harv. L. Rev.* 111 (1998), 689 (693 f.).

<sup>3177</sup> Ein insoweit ähnliches Vorgehen beschreibt und vollzieht M. Lasser, *Harv. L. Rev.* 111 (1998), 689 (693 f.).

<sup>3178</sup> Ausblick: In § 12 wird überdies zu zeigen sein, dass der ideenpolitisch-dogmatische Topos der ‚schutzwürdigen föderierten Einheit‘ auch eine spezifische *rhetorische* Qualität aufweist.

<sup>3179</sup> Zu einem solchen Erkenntnisinteresse in der literaturwissenschaftlichen Komparatistik M. Schmeling, in: ders. (Hrsg.), *Vergleichende Literaturwissenschaft. Theorie und Praxis*, Wiesbaden 1981, S. 1 (16), der einen Vergleich mit „im weiteren Sinne strukturelle[m] Interesse“ beschreibt, welcher durch allgemeine Phänomenologie, Strukturalismus, Semiotik, Psychoanalyse und Formalästhetik bearbeitet werden könne.

<sup>3180</sup> Vgl. R. Michaels, in: M. Reimann/R. Zimmermann (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, U.K., u. a. 2006, S. 339 (340): „*both the mantra and the bête noire of comparative law*“. Frühe Kritik am Funktionalismus etwa bei G. Frankenberg, *Harv. Int'l L. J.* 26 (1985), 411 (434 ff.).

thode der Rechtsvergleichung angesehen werden.<sup>3181</sup> Allerdings wird komparatistischer Funktionalismus selten in (sozialwissenschaftlicher) ‚Reinform‘ betrieben<sup>3182</sup> und tritt in sehr unterschiedlichen Formen auf.<sup>3183</sup>

Kerngedanke der funktional(istisch)en Methode der Rechtsvergleichung ist das Anknüpfen des Vergleichs am zu lösenden sozialen (oder ggf. auch politischen) Konflikt, der hinter den konkreten, ‚formalisierten‘ rechtlichen Lösungen steht. Vorteil dieses konflikt-fokussierten Denkens ist, dass auch *außerrechtliche*<sup>3184</sup> Lösungen in Betracht gezogen werden.<sup>3185</sup> Rechtliche und außerrechtliche Lösungen können als sog. ‚funktionale Äquivalente‘ alternativ oder kumulativ zur Lösung des untersuchten Konflikts beitragen. Statt eines Begriffs, einer Norm oder eines Instituts bildet der zu lösende soziale Konflikt das *tertium comparationis* funktionalistischer Komparatistik.

#### bb) Berührungspunkte der Studie mit funktionalistischem Denken

Ein sozialwissenschaftlich-funktionalistischer Zugang zum vorliegenden Untersuchungsgegenstand würde also nicht unmittelbar nach den Strukturen der gerichtlich durchsetzbaren Dogmatik des Föderalismusverfassungsrechts in den USA und Deutschland fragen. Vielmehr würde eine sozialwissenschaftlich-funktionalis-

---

<sup>3181</sup> Vgl. nur U. Kischel, Rechtsvergleichung, München 2015, § 3, Rn. 3: „die funktionale Rechtsvergleichung [...] ist die heute klassische Form der Rechtsvergleichung, ihr folgen bewußt oder unbewußt die weitaus meisten rechtsvergleichenden Untersuchungen“.

<sup>3182</sup> Nicht selten bezeichnen Autoren ihren Ansatz als funktionalistisch, fragen dann teilweise aber weniger nach den (sozialen) Funktionen rechtlicher und außer-rechtlicher Lösungen zu (sozialen) Problemen, sondern untersuchen von vorneherein bestimmte Instrumente des Rechts, etwa Kompetenznormen, oder bestimmte Institutionen; vgl. exemplarisch F. Palermo/K. Kössler, Comparative Federalism. Constitutional Arrangements and Case Law, Portland, Ore., U.S.A., 2017, S. 2 ff., die ihren Ansatz als funktionalistisch (und freilich zusätzlich auch als „*concept-inspired practical approach*“) bezeichnen, dann aber weniger Funktionen als vielmehr Instrumente („*toolbox of federalism*“) untersuchen: Die Autoren fragen etwa nach Kompetenzen, nach Prinzipien wie „Repräsentation“ oder nach uferlosen Kategorien wie „finanzielle Beziehungen“; freilich nennen die Autoren auch Beispiele für echte funktionalistische Fragen, z. B. auf S. 7: Wie wird kulturelle oder linguistische Diversität in verschiedenen Verfassungsordnungen akkommodiert?

<sup>3183</sup> Vgl. R. Michaels, in: M. Reimann/R. Zimmermann (Hrsg.), The Oxford Handbook of Comparative Law, Oxford, U.K., u. a. 2006, S. 339 (342, 344 ff.): „*there is not one (,the‘) functional method, but many*“, mit Aufzählung von sieben verschiedenen (theoretischen) Formen des vergleichenden Funktionalismus.

<sup>3184</sup> Klassisches Beispiel für den Blick außerhalb des Rechts bei K. Zweigert/H. Kötz, Introduction to Comparative Law, 3. Aufl., Oxford, U.K., 1998, S. 39, unter Verweis auf B. v. Hoffmann, Das Recht des Grundstückskaufs. Eine rechtsvergleichende Untersuchung, Tübingen 1982: Was im deutschen Recht durch das Grundbuch- und Immobiliarsachenrecht adressiert wird, werde in den USA auf dem Versicherungsmarkt durch Rechtstitelversicherungs-lösungen (*title insurance companies*) erreicht.

<sup>3185</sup> Vgl. K. Zweigert/H. Kötz, Introduction to Comparative Law, 3. Aufl., Oxford, U.K., 1998, S. 34.

tische Analyse an einem hinter dem Föderalismusverfassungsrecht stehenden Problem der betroffenen politischen Gemeinschaft(en) anknüpfen.

Eine mögliche funktionalistische Frage, die (auch) den Untersuchungsgegenstand ‚Föderalismusverfassungsrecht‘ betreffe, wäre: ‚Wie wird in den USA und in Deutschland erreicht, dass regionale Besonderheiten im Schulwesen und Kulturleben berücksichtigt oder ermöglicht werden?‘<sup>3186</sup> Auch ließe sich untersuchen, wie – gerade unter den Bedingungen der fortschreitenden Globalisierung des Wirtschaftens – die „ökonomische Selbstbehauptung“ von (insbesondere strukturschwachen) Regionen in den USA und Deutschland ökonomisch und politisch gerahmt ist; diese Frage würde einen Blick über den ‚hoheitlichen Föderalismus‘ hinaus auf die von Ines Härtel beschriebenen „nichthoheitlichen Föderalstrukturen“ und das Phänomen *region building*<sup>3187</sup> (hierzu knapp oben § 2, B. II. 1.) erfordern. Eine andere Frage, die – neben der horizontalen Gewaltenteilung, den Individualgrundrechten u. a. m. – auch das Föderalismusverfassungsrecht berühren würde, könnte lauten: ‚Wie wird in den USA und in Deutschland dafür gesorgt, dass die Macht der hoheitlichen Gewalt gegenüber den Bürgerinnen und Bürgern begrenzt wird?‘ Schließlich wäre eine denkbare Frage: ‚Durch welche institutionellen Arrangements lassen sich die Gelegenheiten repräsentativ-demokratischer Einflussnahme potenzieren; wie wird die Distanz zwischen Regierten und Regierenden verringert?‘ Diese Fragen bewegen sich – typisch funktionalistisch – auf „einer mittleren Ebene zwischen *high theory* und konkreten Details“<sup>3188</sup> und ermöglichen insoweit Vergleiche. Sie beschäftigen sich letztlich jeweils mit einzelnen *values* oder *benefits of federalism*<sup>3189</sup>, also mit den hinter der Idee des Föderalismus stehenden Werten, Zwecken und Vorteilen für die betroffenen (sozio-)politische(n) Einheit(en) wie Machtbeschränkung oder Demokratiepoteenzierung.

Es ist kein Zufall, dass die beispielhaft aufgezählten funktionalistischen Fragen jeweils einen Einzelaspekt der oben detailliert beschriebenen ideenpolitischen Konstellation des freiheitlich-nationalstaatlich-repräsentativ-demokratischen (Instrumental-)Föderalismus betreffen: *erstens* das Bedürfnis nach lokalistischer Sachnähe bestimmter Politikbereiche auch in großen ‚Nationalstaaten‘, *zweitens* Freiheitssicherung u. a. durch vertikale Gewaltenteilung und – *drittens* – die Po-

<sup>3186</sup> Vgl. für eine ähnliche Fragestellung F. Palermo/K. Kössler, Comparative Federalism. Constitutional Arrangements and Case Law, Portland, Ore., U.S.A., 2017, S. 7: Wie wird kulturelle oder linguistische Diversität in verschiedenen Verfassungsordnungen akkommodiert?

<sup>3187</sup> I. Härtel, Jahrbuch des Föderalismus 2011, 96 (109).

<sup>3188</sup> So die Beschreibung funktionalistischer Vergleichsversuche bei V. C. Jackson, Penn. St. Int'l L. Rev. 28 (2010), 319 (325): „at a mid-level between *high theory* and *concrete detail*, to identify functions that are performed by almost all constitutions“; ähnlich M. Tushnet, Yale L. J. 108 (1999), 1225 (1307): „Functionalism, [...] is licensed by an interpretive theory in which constitutional institutions serve purposes that can be identified at a middle level of generality [...]“.

<sup>3189</sup> Vgl. nur M. C. Dorf/T. Morrison, Constitutional Law, New York, N.Y., U.S.A., 2010, S. 71 ff., zu „benefits and costs of federalism“.

tenzierung repräsentativer Demokratie durch Föderalismus. Letztlich werden innerhalb der Konstellation des freiheitlich-nationalstaatlich-repräsentativ-demokratischen (Instrumental-)Föderalismus selbstverständlich solche und weitere politische Konfliktlagen ideenpolitisch verhandelt. Illustriert wurde dies oben anhand der *Federalist/Anti-Federalist-Debatte* (s.o. § 1, B.). Wichtig für den vorliegenden Untersuchungsansatz ist nun, dass er davon ausgeht, dass die Verhandlung dieser und anderer politischer Konflikte lose um das Zentrum Instrumentalföderalismus herum gebündelt ist: Hier laufen *mehrere* Konfliktlinien in einem diskursiven Schnittpunkt (oder Knoten) zusammen. Deshalb fokussiert die Studie nicht isoliert *eine* dieser Konfliktlinien und untersucht nicht eine einzelne Konfliktlinie sozialwissenschaftlich-funktionalistisch.<sup>3190</sup> Auch wenn solche Mikro-Vergleiche häufig als methodologisch vorzugswürdig proklamiert werden, ist eine vollständige Abkehr vom großflächigen Vergleichen doch nicht *per se* angezeigt.<sup>3191</sup> Die vorliegende Studie interessiert sich für den Instrumentalföderalismus als großflächigen Argumentationspool, der auf die permanente Aushandlung von Lösungen zu diesen Konflikten angelegt ist, und dort insbesondere für die Rolle der ‚schutzwürdigen föderierten Einheiten‘, welche im diskursiven Schnittpunkt des Instrumentalföderalismus vertort wurden (näher oben § 1, B. V. 3.).

In diesem Sinn könnte man davon sprechen, hier werde *ideenpolitischer* Funktionalismus verfolgt. Da im föderalen Prinzip mit seinem ‚Design‘-Charakter Funktion(en) und Form(en) inhärent verkoppelt sind (s.o. § 3, B. II. 5.), ist ideenpolitischer Funktionalismus aber auch ideenpolitischer Formalismus: Eine wirkmächtige Form der ideenpolitischen Argumentation, welche zum Teil die Gestalt dogmatischer Argumentation gewinnt, wird als *tertium comparationis* zentriert.

### c) Dogmatikfokussierter Formalismus

Die Ideenpolitik und vor allem die gerichtlich durchsetzbare Dogmatik zum Schutz föderierter Einheiten in den USA und in Deutschland soll also ‚formalistisch‘ verglichen werden (s.u. bb)) – dies eingedenk der seit Längerem diskutierten methodologischen Schwächen ‚form‘-orientierter Rechtsvergleichung<sup>3192</sup>, welche vor allem um das – pejorativ gemeinte – Stichwort „Legozentrismus“ kreisen (s.u. aa)):

<sup>3190</sup> Bei einer solchen strikt funktionalistischen Ausrichtung würde die Studie – wie von V. C. Jackson, Penn. St. Int'l L. Rev. 28 (2010), 319 (325), für den Funktionalismus beschrieben – bei der „mittleren Ebene zwischen *high theory* und konkreten Details“ stehen bleiben. Sie würde – wie von M. Tushnet, Yale L. J. 108 (1999), 1225 (1307), für den Funktionalismus skizziert – *keinen* „umfassenden Vergleich“ anstreben.

<sup>3191</sup> Vgl. C. Möllers/H. Birkenkötter, I•CON 12 (2014), 603 (615): „*it would be wrong to react to the variety of constitutionalisms we can find today with a limited set of micro-questions and case-analyses. These play an important role, but reacting to complexity only with a fragmentation of the research unaccompanied with a radical conceptual reductionism is not at all obvious*“.

<sup>3192</sup> Bemerkenswerterweise lässt sich Ähnliches im Bereich der literaturwissenschaftlichen Komparatistik ausmachen: So referiert etwa C. Guillén, *The Challenge of Comparative Lite-*



aa) „Legozentrismus“ als methodologische Schwäche von Dogmatikvergleichen

Vertreterinnen und Vertreter der kritischen Rechtsvergleichung bemängeln spätestens seit den 1980er Jahren grundsätzliche Schwächen der allgemein verbreiteten (herrschenden) Methodologien der Rechtsvergleichung, zu denen auch der Dogmatikvergleich gezählt werden kann.<sup>3193</sup>

Wirkmächtig hat sich etwa Günter Frankenberg gerade auch mit den Schwächen eines textbasierten Dogmatikvergleichs auseinandergesetzt, wie er in gewisser Hinsicht auch in der vorliegenden Arbeit durchgeführt wird. Typischerweise würden Anhängerinnen und Anhänger dieser Methode dogmatische Texte (insbesondere Ausschnitte gerichtlicher Entscheidungen, aber auch Gesetzestext- und Lehrbuch-ausschnitte) sowie arbiträr ausgewählte historische und systematische Zusatzmaterialien vergleichend nebeneinanderstellen („*doctrinal comparison*“ in Form von „*juxtaposition-plus*“).<sup>3194</sup> Diese Form der Rechtsvergleichung komme zwar realistisch-, „bescheiden“ daher, da sie scheinbar auf Idealisierungen, (explizite) Wertungen und eigenständige normative Entwürfe verzichte.<sup>3195</sup> Jedoch kritisiert Frankenberg, dass „*juxtaposition-plus*“ durch ein formalistisches Rechtsverständnis (ein „formalistisches Ordnen und Benennen“) geleitet sei und sich an zu stark vereinfachenden, oftmals dichotomen Kategorien orientiere.<sup>3196</sup> Auf diese Weise würden Rechtstexte – „*law in the books*“ – über die soziale Wirklichkeit – „*law in action*“ – gestellt.<sup>3197</sup> Frankenberg bündelt diese Merkmale des Ansatzes „*juxtaposition-plus*“

---

ature, übers. v. C. Franzen, Cambridge, Mass., U.S.A., u. a. 1993, S. 142, eine verbreitete diffuse Abwertung formalistischer Zugänge (ohne diese Abwertung seinerseits zu affirmieren): „*But it seems that [...] forms, or, more accurately stated, the moments when we isolate, identify, and judge them, has often had a bad press – even a bad conscience – in various eras and civilizations*“.

<sup>3193</sup> Vgl. für eine Auflistung von fünf verbreiteten (aber kritikwürdigen) komparatistischen Ansätzen G. Frankenberg, Harv. Int'l L. J. 26 (1985), 411 (427 ff.): (1) „*encyclopedic comparison*“ (global und historisch umfassend beschreibend), (2) „*constructive comparison*“ (präskriptiv-schöpferisch, idealistisch), (3) „*comparative historical reconstruction*“ (historisch, dabei ggf. ethnologisch oder entwicklungstheoretisch), (4) „*doctrinal comparison*“ in Form von „*juxtaposition-plus*“ (komplexer textbasierter Dogmatikvergleich, eklektisch angereichert mit diversen Zusatzinformationen) sowie (5) „*comparative functionalism*“ (soziologisch-instrumentell).

<sup>3194</sup> Vgl. G. Frankenberg, Harv. Int'l L. J. 26 (1985), 411 (430).

<sup>3195</sup> Vgl. G. Frankenberg, Harv. Int'l L. J. 26 (1985), 411 (429): „*approaches to comparative law which [...] claim to turn from idealistic speculation to realistic analysis and from high aspiration to an allegedly modest legal science*“.

<sup>3196</sup> Vgl. G. Frankenberg, Harv. Int'l L. J. 26 (1985), 411 (421 f.).

<sup>3197</sup> Vgl. G. Frankenberg, Harv. Int'l L. J. 26 (1985), 411 (423); zur Unterscheidung „*law in the books*“ v. „*law in action*“ vgl. R. Pound, American Law Review 44 (1910), 12 ff. – s. auch bereits die Ausführungen oben § 8, A. I. Im vorliegenden Zusammenhang ist von Interesse, dass W. Ewald, The American Journal of Comparative Law 46 (1998), 701 (704), im Rahmen seines Ansatzes eines „*jurisprudential approach to comparative law*“ (s. u. bei Fn. 3230), das *binary* „*law in the books*“ v. „*law in action*“ zu einer Triade ergänzt, indem er „*law in minds*“ hinzufügt (und als komparatistisch untersuchungswürdig qualifiziert).

– etwas unscharf<sup>3198</sup> – im Vorwurf des „Legozentrismus“ („*legocentrism*“).<sup>3199</sup> Dieser Legozentrismus von vergleichenden Untersuchungen im Stil von „*juxtaposition-plus*“ führe dazu, dass ihr bescheidener Anspruch, einen objektiv-neutralen Vergleich durchzuführen, nicht erfüllt werden könne.<sup>3200</sup> Vielmehr würden sich diese Untersuchungen an die formalen Kategorien der heimatischen Rechtsordnung binden und lediglich die Perpetuierung der Vorstellung bewirken, in diesen formalen Kategorien liege die ‚Wirklichkeit‘ der ‚Rechtskultur‘.<sup>3201</sup> Die Warnung vor zu viel Legozentrismus im Verfassungsvergleich hält bis heute an.<sup>3202</sup>

#### bb) ‚Formalistische‘ Untersuchung von „Legozentrismus“

Dennoch begibt sich die vorliegende Untersuchung ausdrücklich und bewusst auf die Ebene der ideenpolitischen und dogmatischen Argumentationsmuster und damit auf eine Ebene der *Form*. Allerdings erfolgt dies nicht etwa begleitet von der Behauptung, auf diese Weise die soziale ‚Wirklichkeit‘ der US-amerikanischen und deutschen ‚Rechtskultur‘ abschließend erfassen zu können. Insoweit wird Frankenbergs Warnung vor einem solchen Fehlschluss durchaus gefolgt. Die verschiedenen Wirkungsdimensionen (Rechtsprechung, nicht-judikative Praxis, [para-]demokratische Öffentlichkeit) werden mit ihren jeweiligen Grenzen und Interdependenzen ernst genommen (s. o. § 8). Komparatistisch-methodologische Forderungen nach der Berücksichtigung der politisch-institutionellen Bettung von Recht<sup>3203</sup> werden dergestalt bedient.

<sup>3198</sup> Stärkere Differenzierung bei C. Möllers/H. Birkenkötter, I•CON 12 (2014), 603 (607), die (ablehnend) vom „Literalismus“ sprechen, um eine Vorstellung zu kennzeichnen, dass in Rechtstexten die soziale Wirklichkeit abgebildet sei.

<sup>3199</sup> G. Frankenberg, Harv. Int'l L. J. 26 (1985), 411 (433). Freilich wurden Grenzen und Verzerrungen eines rein textbasierten Legozentrismus auch schon früher beschrieben, vgl. B. Mirkine-Guetzévitch, Revue internationale de droit comparé 1 (1949), 397 (417); dazu F. Palermo/K. Kössler, Comparative Federalism. Constitutional Arrangements and Case Law, Portland, Ore. 2017, S. 7 f.

<sup>3200</sup> Vgl. G. Frankenberg, Harv. Int'l L. J. 26 (1985), 411 (411, 430 ff.).

<sup>3201</sup> Vgl. G. Frankenberg, Harv. Int'l L. J. 26 (1985), 411 (430, 433).

<sup>3202</sup> Vgl. R. Hirschl, I•CON 11 (2013), 1 (3); hierzu teilweise skeptisch (und mit einem Plädoyer für einen „Konzeptualismus“ in der Verfassungsvergleichung) C. Möllers/H. Birkenkötter, I•CON 12 (2014), 603 (620 f.).

<sup>3203</sup> Vgl. D. Halberstam, in: K. E. Whittington/R. D. Kelemen/G. A. Caldeira (Hrsg.), The Oxford Handbook of Law and Politics, Oxford, U.K., u. a. 2008, S. 142 (144), dort auch zum oftmals unverbundenen Nebeneinander von „*comparative politics*“ (empirisches Arbeiten und positive Theorie) v. „*law*“ (normative Theorie); ders., in: K. Nicolaidis/R. Howse (Hrsg.), The Federal Vision, Oxford, U.K., u. a. 2001, S. 213 (216 f.): „*any conclusion derived from such comparisons must be highly attentive to the broader institutional and political context in which the studied phenomenon [...] occurs [...] and] consider countervailing institutional dynamics*“; vgl. auch den methodologischen Ansatz von P. Dann, Parlamente im Exekutiv-föderalismus, Berlin u. a. 2004, S. 21: Einbeziehung des institutionellen Umfelds in die Beschreibung von staatsorganisationsrechtlichen Kompetenzen und Strukturen.

Wie die Probleme des Höchstgerichtspositivismus, des Westernismus und des methodologischen Nationalismus (s. o. A. III. 2. b) bb) u. C. I. 3. c)) wird auch der Legozentrismus als Charakteristikum des Untersuchungsgegenstands ‚gerichtlich durchsetzbare Dogmatik‘ begriffen. Dadurch, dass die formale Gemachtheit und Machart der gerichtlich durchsetzbaren Dogmatik des Föderalismusverfassungsrechts ausgestellt wird<sup>3204</sup>, soll der – bereits erwähnten, aber eben gerade auch im Bereich der Rechtsvergleichung zu beobachtenden<sup>3205</sup> – „gefährlichen Unterschätzung des Formalen“ (Kloepfer<sup>3206</sup> – s. o. A. III. 2. c)) entgegengewirkt werden.

Zu bemerken ist zudem, dass Frankenberg wie erwähnt davor warnt, die formalen Kategorien *der heimatlichen Rechtsordnung* als Leitlinien für den Vergleich zu verwenden<sup>3207</sup> (s. o. aa)). Dies ist vorliegend aber nicht der Fall<sup>3208</sup>: Die zentrale Kategorie ist ‚Verbandsgrundrechtspositionen‘ – diese Kategorie führt die vorliegende Untersuchung nun aber neu ein (s. o. § 4, A. III.); sie ist keinesfalls einseitig an eine der beiden untersuchten Rechtsordnungen gebunden, sondern induktiv aus Beobachtungen zu beiden Rechtsordnungen gewonnen worden. ‚Form‘ ist insoweit nicht gleich ‚Form‘ – Formen lassen sich auf unterschiedlicher Abstraktionshöhe und in unterschiedlich großer Distanz vom geltenden Recht beschreiben. Gefahren einer Verzerrung ergeben sich daher eher mit Blick auf die Begriffe ‚Zuständigkeit‘, ‚Kompetenz‘ und ‚Ingerenz‘, welche im deutschsprachigen Rechtsdiskurs semantisch stark (vor-)belastet sind und dem eher schwach theoretisierten, diffusen US-amerikanischen Begriff ‚power‘ gegenüberstehen. Gerade angesichts dieser Gefahr wurde oben eine besonders intensive Definitions- und Abgrenzungsarbeit<sup>3209</sup> bezüglich dieser Begriffe geleistet (s. o. § 4, A. I. u. II.).

#### *d) Nähere Qualifizierung des gewählten formalistischen Ansatzes*

Wie der Begriff der ‚Form‘ überhaupt ist die Rede von (forschungsmethodologischem) ‚Formalismus‘ so unbestimmt, dass sie näherer Qualifizierung bedarf:

<sup>3204</sup> Zu einem solchen Untersuchungsinteresse auch *M. Lasser*, Harv. L. Rev. 111 (1998), 689 (691).

<sup>3205</sup> Vgl. exemplarisch *F. Palermo/K. Kössler*, Comparative Federalism. Constitutional Arrangements and Case Law, Portland, Ore., U.S.A., 2017, S. 8, welche ihre Methode als „non-formalistic“ kennzeichnen und sich so vom ‚Formalismus‘ abgrenzen wollen.

<sup>3206</sup> *M. Kloepfer*, Grundrechte als Entstehenssicherung und Bestandsschutz, München 1970 – dazu oben A. III. 2. c).

<sup>3207</sup> Vgl. *G. Frankenberg*, Harv. Int'l L. J. 26 (1985), 411 (430, 433).

<sup>3208</sup> Beachte außerdem die Einführung der komparatistisch neutralen Kategorien ‚föderierte Einheit‘ und ‚Bundesebene‘ – s. o. § 2, B. III. 1.

<sup>3209</sup> Im Sinn der von *C. Möllers/H. Birkenkötter*, I·CON 12 (2014), 603 (625), formulierten methodologischen Leitlinie, wonach beim Vergleich auftretende begriffliche Unsicherheiten expliziert werden sollten.

aa) ‚Textualismus‘(?); rechtswissenschaftliche Textarbeit; *close reading*

Der vorliegende verfolgte Formalismus ist vor allem auch ‚Textualismus‘, indem er die verschiedenen Texte (s.o. § 7, A.), welche die gerichtlich durchsetzbare Dogmatik tragen (Urteilstexte, Texte der akademischen Jurisprudenz), gerade als textuelle Träger in sein Zentrum rückt. Hierfür etabliert die Studie die Textsorte ‚Rechtsinhaltsquelltexte‘ (s.o. § 7, A. I. 4.). Insbesondere die noch ausstehende literaturwissenschaftlich eingebettete Rhetorikanalyse im letzten Teil der Studie (§§ 10–12) wird als intensive Textarbeit begriffen (als ‚*close reading*‘ unter Fokussierung bestimmter Topoi – s.u. § 10, B. III. u. V.). ‚*Close reading*‘ – als Affirmation von Form-Orientierung beim Lesen (von ‚Literatur‘) – richtet die Aufmerksamkeit auf „mikromorphologische“<sup>3210</sup> Details konkreter Textstellen.<sup>3211</sup> Zunächst (also beim *close reading* selbst) bleiben Kontextfaktoren grundsätzlich außer Betracht.<sup>3212</sup> Allerdings werden – gerade in der literaturwissenschaftlichen Komparatistik – die Beobachtungen aus *close readings* auf der Mikro-Ebene häufig zum Ausgangspunkt genommen, um in einem nächsten Schritt Makro-Analysen unter Einbezug von Kontextaspekten anzuschließen.<sup>3213</sup> Im Fall der rhetorikanalytischen

<sup>3210</sup> D.h. auf kleinteilige formale Einheiten; Begriff („*micromorphological reading*“) aus C. Guillén, *The Challenge of Comparative Literature*, übers. v. C. Franzen, Cambridge, Mass., U.S.A., u.a. 1993, S. 188 – dort freilich ohne expliziten Bezug auf ‚*close reading*‘.

<sup>3211</sup> Nach B. Hutchinson, *Comparative Literature. A Very Short Introduction*, Oxford, U.K., 2018, S. 26, können dies u.a. sein: Fragen von Syntax, Satzstruktur, semantischer Ambiguität, Sprachbildlichkeit, aber auch die „kontextuelle Resonanz spezifischer Ausdrücke“; vgl. auch A. Nünning, in: ders. (Hrsg.), *Metzler Lexikon Literatur- und Kulturtheorie*, 5. Aufl., Stuttgart u.a. 2013, S. 105. Bei den *close readings* in der vorliegenden Studie werden rhetorische (tropologische) Aspekte (s.u. § 10, B.) fokussiert.

<sup>3212</sup> Vgl. A. Nünning, in: ders. (Hrsg.), *Metzler Lexikon Literatur- und Kulturtheorie*, 5. Aufl., Stuttgart u.a. 2013, S. 105 – dort m.w.N. auch zur Basis von *close reading* in den literaturwissenschaftlichen Schulen der Werkimmanenz und des *New Criticism*, aber auch zum Einsatz dieser ‚Methode‘ durch die – auch vorliegend nachvollzogene – literaturwissenschaftliche Dekonstruktion (zu dieser s.u. § 10, B. II. 3. c)). Ausführlich zur spezifischen Gestalt von *close reading* in der Dekonstruktion: J. D. Culler, *On Deconstruction. Theory and Criticism after Structuralism*, Ithaca, N.Y., U.S.A., 1982, S. 242 ff.

<sup>3213</sup> So – für die literaturwissenschaftliche Komparatistik – B. Hutchinson, *Comparative Literature. A Very Short Introduction*, Oxford, U.K., 2018, S. 26, 76, welcher *close reading* als traditionelle Grundlage der literaturwissenschaftlichen Komparatistik präsentiert und als prominentes Beispiel Erich Auerbachs Studie „Mimesis“ nennt; ähnlich C. Guillén, *The Challenge of Comparative Literature*, übers. v. C. Franzen, Cambridge, Mass., U.S.A., u.a. 1993, S. 188. Auerbach selbst beschreibt seine „Methode“ dahingehend, dass er sich „von einigen allmählich und absichtslos erarbeiteten Motiven leiten“ lässt und diese „an einer Anzahl von Texten“ (von Homer bis Virginia Woolf), in „einer Interpretation weniger Stellen“ „[...] versucht[t]“, s. E. Auerbach, *Mimesis. Dargestellte Wirklichkeit in der abendländischen Literatur*, 11. Aufl., Tübingen 2015 [1946], S. 509f.; vgl. zu Auerbachs Ansatz auch P. de Man, in: *The Rhetoric of Romanticism*, New York, N.Y., U.S.A., 1984, S. VII (IX), in einem Vorwort zu einer dekonstruktivistischen komparativen Aufsatzsammlung zur europäischen ‚Romantik‘ (s. dazu in und bei Fn. 3424). Zur Rolle von *close readings* in der (formfokussierten) Rechtsvergleichung M. Lasser, in: P. Legrand/R. Munday (Hrsg.), *Comparative*

*close readings* der vorliegenden Studie öffnet sich der Blick auf Aspekte der politischen Theorie und Ideengeschichte (Ideenpolitik) sowie des Verfassungsrechts im Geflecht seiner dogmatischen Diskursstrukturen.

Im Zusammenhang mit dem Schlagwort ‚Textarbeit‘ ist freilich noch einmal hervorzuheben<sup>3214</sup>, was oben bereits knapp ausgeführt wurde: Die Texte, welche *praktische* Rechtsarbeit als Textarbeit ermöglichen (Akten, Protokolle, Vermerke, Schriftsätze, etc.), gehören zu einer anderen Textsorte (nämlich zu den Rechtsarbeitstexten s.o. § 7, A. I. 3. c)) als die Texte, welche zur Dogmatikbildung beitragen wollen (Rechtsinhaltsquelltexte) und die den vorliegenden Untersuchungsgegenstand darstellen, und – erst recht – zu einer anderen Textsorte als Texte, welche Rechtsdogmatikforschung betreiben möchten. Zur Rechtsdogmatikforschung zählt sich wie erwähnt die vorliegende Studie (s.o. A. III. 2. a)); sie vollzieht keine Rechtsarbeit als Textarbeit und auch keine Dogmatikbildung, sondern *rechtswissenschaftliche* Textarbeit mit Rechtsinhaltsquelltexten.

Der Begriff eines *forschungsmethodologischen* ‚Textualismus‘ ist freilich in der rechtswissenschaftlichen Diskussion nicht etabliert und kaum intersubjektiv gewinnbringend, vielmehr eher irreführend. Dies liegt u.a. an den verschiedenen konkurrierenden Verwendungsmöglichkeiten des Begriffs ‚Text‘ im wissenschaftlichen Sprachgebrauch (bis hin zu ‚Kultur als Text‘ – s. dazu am Rande oben § 7, A. IV. 2.). Zudem ist ‚*textualism*‘ eher im Zusammenhang mit der (US-amerikanischen) *operativen* juristischen Methodenlehre gebräuchlich,<sup>3215</sup> um die es hier, im Rahmen der *forschungsmethodologischen* Grundlegung, aber nicht geht.

Klarzustellen und festzuhalten ist jedenfalls, dass die hier vorgelegte wissenschaftliche Textarbeit gerade keinen kruden ‚Literalismus‘ verfolgen möchte: Mit „Literalismus“ („*literalism*“) beschreiben (und kritisieren) Christoph Möllers und Hannah Birkenkötter solche Ansätze, welche ‚geschriebene‘ Rechtstexte als Hauptreferenz für das Identifizieren der ‚Realität‘ des Rechts nehmen (und andere Einflüsse und Determinanten vernachlässigen).<sup>3216</sup> Einem solchen kruden Literalismus will die vorliegende Untersuchung vorbeugen, indem sie die *Vielfalt* von Texten, mit denen ‚Recht‘ arbeitet, ernst nimmt: Die untersuchten Rechtsinhalts-

---

legal studies: traditions and transitions, Cambridge, U.K., u.a. 2003, S. 197 (206) – hierzu sogleich in Fn. 3217.

<sup>3214</sup> Dies auch mit Blick auf die u.a. von C. Möllers/H. Birkenkötter, I•CON 12 (2014), 603 (616, 614), formulierte methodologische Forderung, ein transparenteres „Gespräch“ über die (textlichen) „Formen“ zu führen, in welchen *comparative constitutional law* präsentiert wird.

<sup>3215</sup> In den USA wird „*textualism*“ als eine Argumentationsweise bei der Rechtsauslegung und -anwendung, welche den Normtext zu ihrem Ausgangspunkt macht, insbesondere mit dem Denken und Wirken von Justice Antonin Scalia verbunden, vgl. nur m.w.N. C. L. Langford, Scalia v. Scalia. Opportunistic Textualism in Constitutional Interpretation, Tuscaloosa, Ala., U.S.A., 2017, S. 6, und passim.

<sup>3216</sup> C. Möllers/H. Birkenkötter, I•CON 12 (2014), 603 (607): „a problem that is well known in the methodology of comparative constitutional law in which texts serve as the main reference to identify the state of the law“.

quelltexte sind eine *spezifische* Textsorte (ausführlich oben § 7, A. I.) – mit spezifischen funktionalen Grenzen. Zudem wird ein komplexeres Verständnis von ‚Textualität‘ zu Grunde gelegt: Die hier vorgelegte Textarbeit an Rechtsinhaltsquelltexten ist gerade geöffnet für *meta*-konstitutionelles, verfassungstextfernes („ungeschriebenes“), ideenpolitisches Material. Es wird untersucht, wie dieses verfassungstextferne Material in den Argumentationstopoi zu den Verbandsgrundrechtspositionen ‚dann doch‘ textuellen Niederschlag findet.

bb) *Conceptualism*; rechtswissenschaftliche Begriffsarbeit (und ‚Ideenarbeit‘)

Der vorliegend betriebene textbezogene Formalismus enthält auch Aspekte von rechtswissenschaftlicher Begriffsarbeit (*conceptualism*).<sup>3217</sup>

Als ‚*conceptualism*‘ betrachten Christoph Möllers und Hannah Birkenkötter ein rechtswissenschaftliches und ggf. ein rechtsvergleichendes Vorgehen, bei welchem die Arbeit mit Begriffen bewusst in den Vordergrund gerückt wird: Begriffe (ggf. auch *neue* Begriffe) sollen dafür genutzt werden, um zu erfassen, „was Verfassungsrecht ist und wie verschiedene Verfassungsordnungen verglichen werden können“. <sup>3218</sup> Beim Vergleich auftretende begriffliche Unsicherheiten sollten expli-

<sup>3217</sup> Hier kommen also drei Methodik-Elemente zusammen: Formalismus, Textarbeit und *conceptualism*. Ähnlich ist der von M. Lasser, in: P. Legrand/R. Munday (Hrsg.), *Comparative legal studies: traditions and transitions*, Cambridge, U.K., u. a. 2003, S. 197 ff., diskutierte Ansatz (s. a. a. O. [206]: „*close reading of the legal system's linguistic and conceptual relations*“ – Lasser bezeichnet diese Methode als „*deployment of a literary methodology*“). Dazu, dass *conceptualism* zugleich „bescheidener“, „komplexer“ Formalismus ist, vgl. C. Möllers/H. Birkenkötter, I•CON 12 (2014), 603 (605, 607, 608). Auch Textarbeit und *conceptualism* überschneiden sich, wobei zu beachten ist, dass Textarbeit und *conceptualism* keinesfalls stets in einem Gleichlauf oder in gegenseitiger Deckung erfolgen, vgl. die Kritik von C. Möllers/H. Birkenkötter, I•CON 12 (2014), 603 (607, Fn. 19), an Peter Häberle: „*highly problematic way to identify texts with concepts*“. Hier liegt das Problem des kruden ‚Literalismus‘ – s. dazu die Stellungnahme oben bei aa).

<sup>3218</sup> So – mit interdisziplinärer Anknüpfung an Arbeiten von Jocelyn Benoist und Wolfgang Künne – C. Möllers/H. Birkenkötter, I•CON 12 (2014), 603 (625): „*developing new concepts to capture the phenomenon of what constitutional law is and how different constitutional legal regimes can be compared with one another*“; vgl. auch O. Brand, Brook. J. Int'l L. 32 (2007), 405 (438 ff.), unter Hervorhebung eines zweistufigen Vorgehens: (1) Bildung von vergleichsermöglichenden begrifflichen Modellen („*comparative concepts*“) durch Abstraktion von gemeinsamen Elementen ausgehend von Beobachtungen von Phänomenen in einer Reihe von Rechtssystemen sowie (2) Abgleich von real-weltlichen Institutionen oder Vorschriften an diesen begrifflichen Modellen („*systematic comparison*“). Ein teilweise ähnliches Vorgehen beschreibt (freilich kritisch) auch G. Frankenberg, Harv. Int'l L. J. 26 (1985), 411 (431): „*The systematic approach starts with general characteristics and abstract concepts or with the institutional infra-structure of a ‚real‘ or ideal type legal system. It proceeds to identify similarities or dissimilarities in the other subsystems or areas of law within the relevant context.*“ Zu einem ähnlichen Ansatz im religionswissenschaftlichen Vergleich unter dem Label „*taxonomic mode*“: O. Freiburger, *Considering Comparison. A Method for Religious Studies*, New York, N.Y., U.S.A., 2019, S. 127 ff.

ziert werden.<sup>3219</sup> Dahinter steht die Einsicht, dass rechtlich relevante Begriffe<sup>3220</sup> wie ‚Eigentum‘, ‚subjektives Recht‘, ‚Parlament‘ oder ‚Parlamentarismus‘ eine „Wirklichkeit eigener Art“ beanspruchen: Sie seien nicht reduzierbar auf empirisch-quantitativ analysierbare Daten und durch quantitative sozialwissenschaftliche Analysen nicht abschließend erfassbar.<sup>3221</sup> Auch sei der Fakt anzuerkennen, dass in der Praxis letztlich – bei erheblichen methodischen Unterschieden im Detail – alle Rechtssysteme mit Begriffen arbeiteten.<sup>3222</sup> Möllers und Birkenkötter heben hervor, dass rechtlich relevante Begriffe „nicht nur als Werkzeuge dienen [könnten], um rechtliche Phänomene zu rechtfertigen, sondern auch als Werkzeuge, um rechtliche Phänomene zu erklären.“<sup>3223</sup> Aus Begriffen könnten Bezugssysteme für die Beschreibung institutioneller Entwicklungen in Verfassungsordnungen gebildet werden.<sup>3224</sup> Dabei sei „moderater Formalismus“ in Form von *conceptualism* nicht notwendigerweise unkritisch-affirmativ, vielmehr enthalte er das Potential, durch das „Verbessern von Begriffen“ eine leistungsstärkere Beschreibung der Wirklichkeit des Rechts zu erreichen.<sup>3225</sup>

Das begriffliche Bezugssystem der vorliegenden vergleichenden Analyse stützt sich insbesondere auf den (neuen) Begriff des ‚Instrumentalföderalismus‘ und seine Verortung in einer (ideenpolitischen) Konstellation mit politischen Ideen wie ‚Freiheit‘, ‚(National-)Staatlichkeit‘ und ‚repräsentative Demokratie‘ (näher oben § 1). Die Konturierung des Instrumentalcharakters des Föderalismus stellt einen Versuch dar, insoweit eine begriffliche Konkretisierung zur Steigerung des Erklärungspotentials des Begriffs ‚Föderalismus‘ im Zusammenhang mit den beiden untersuchten Föderalordnungen zu leisten. Ähnlich wie beispielsweise ‚Parlamente

<sup>3219</sup> Vgl. C. Möllers/H. Birkenkötter, I-CON 12 (2014), 603 (625).

<sup>3220</sup> C. Möllers/H. Birkenkötter, I-CON 12 (2014), 603 (604) definieren ‚concept‘ als einen sprachlichen Ausdruck, der sich auf eine Gruppe von Elementen, welche eine gemeinsame Qualität aufweisen, bezieht und dabei mehr ist als die Summe dieser Elemente.

<sup>3221</sup> C. Möllers/H. Birkenkötter, I-CON 12 (2014), 603 (621): „*Normative concepts claim a reality of their own, and it is far from clear how this reality could be reduced to empirical quantitative research.*“

<sup>3222</sup> So unter Hinweis auf Stanley Fish: C. Möllers/H. Birkenkötter, I-CON 12 (2014), 603 (609): „*there is an undeniable practical presence of the conceptual in every legal system*“; s. a. a. O. (606).

<sup>3223</sup> C. Möllers/H. Birkenkötter, I-CON 12 (2014), 603 (607); vgl. auch O. Brand, Brook. J. Int'l L. 32 (2007), 405 (438, 453 ff.).

<sup>3224</sup> C. Möllers/H. Birkenkötter, I-CON 12 (2014), 603 (607); vgl. ferner O. Brand, Brook. J. Int'l L. 32 (2007), 405 (455).

<sup>3225</sup> Vgl. C. Möllers/H. Birkenkötter, I-CON 12 (2014), 603 (607); vgl. auch dies., a. a. O. (624 f.), zum Beispiel ‚Parlamentarismus‘: Hier könne anspruchsvolle Begriffsarbeit Missverständnisse und falsche Schlussfolgerungen vermeiden. Vgl. für einen ähnlichen Impetus der Dynamik, Anpassung und Verbesserung beim begriffs- und kategorienbezogenen „taxonomischen“ Vergleichen im Feld der religionswissenschaftlichen Komparatistik: O. Freiberger, *Considering Comparison. A Method for Religious Studies*, New York, N.Y., U.S.A., 2019, S. 129.



tarismus<sup>3226</sup> ist ‚Föderalismus‘ mit undifferenzierten, unreflektierten, aber hartnäckigen Begriffsinhalten belastet, welche keinesfalls zwingend sind: Dies zeigt insbesondere die versteinerte Dichotomie Trennungsföderalismus/Verschrankungsföderalismus; diese kann u. a. nicht die praktisch so wichtigen Erscheinungsformen des *cooperative federalism* in den USA erklären (s.o. § 2, C. III. 3. b) cc) u. § 4, B. I. 3. c) aa)). Insoweit hilft der vorliegend forcierte Blick auf das typen-übergreifende Modell des ‚Bundes‘ und – als Ausschnitt oder Ableitung daraus – auf den *status activus* der Verbandsgrundrechtspositionen der Einzelstaaten, um deren durchaus einflussreiche Stellung in den (einfachgesetzlichen) Verschrankungsstrukturen des US-Föderalismus zu würdigen (s.o. § 6, C. II.).

Auf anderer (kleinteiligerer) Ebene wurde in den Kapiteln zur Rechtsdogmatik vergleichende Begriffsarbeit hinsichtlich der dogmatischen Kategorien ‚Zuständigkeit‘, ‚Kompetenz‘ und ‚Ingerenz‘ geleistet (s.o. § 4, A. I. u. II.). Um die Modifikation von Kompetenznormen und Ingerenznormen in den Modi der Beschränkung (*status negativus*), der Verpflichtung (*status positivus*), der Effektivierung (*status activus*) und der Gleichheit (*status aequalis*) besser beschreiben zu können, hat die Untersuchung die neue dogmatische Kategorie der ‚Verbandsgrundrechtspositionen‘ eingeführt (s.o. § 4, A. III.).

Dadurch, dass der Begriff ‚Instrumentalföderalismus‘ und die politischen Ideen ‚Freiheit‘, ‚(National-)Staatlichkeit‘ und ‚repräsentative Demokratie‘ gerade mit Blick auf ihren Einfluss auf Argumentationsmuster in dogmatischen *Texten* zu den Verbandsgrundrechtspositionen analysiert werden, erfolgt der hier betriebene *conceptualism* in *textfokussierter* Weise. Dogmatische Texte werden als Zeugnisse begrifflichen Denkens gelesen.<sup>3227</sup> Die in den Texten unmittelbar oder mittelbar in Bezug genommenen Begriffe werden in ihrer „Wirklichkeit eigener Art“<sup>3228</sup> ernst genommen und nicht als Abbilder sozialer Realität missverstanden. Dieser Blick auf die besondere Wirklichkeit rechtlich relevanter Begriffe und Argumentationen hebt zugleich Fragen der ‚Form‘ und des Stils juristischer (und ideenpolitischer) Argumentation im Kommunikationsformat ‚Dogmatik‘ hervor.<sup>3229</sup> Insoweit folgt die Studie in gewisser Hinsicht auch dem von William Ewald skizzierten Programm eines Zugangs zur Rechtsvergleichung aus der Warte der allgemeinen Rechtslehre, Rechtstheorie und juristischen Methodenlehre („*jurisprudential approach to com-*

<sup>3226</sup> Dazu die Anm. eben in Fn. 3225.

<sup>3227</sup> Vgl. dazu, dass Rechtstexte wie insbesondere Urteilstexte begriffliches Denken präsentieren: C. Möllers/H. Birkenkötter, I•CON 12 (2014), 603 (609): „*there is an undeniable practical presence of the conceptual in every legal system. [...] This is the result of the role of the judge as a reason-giving decision-maker.*“ Vgl. ferner M. Lasser, in: P. Legrand/R. Munday (Hrsg.), *Comparative legal studies: traditions and transitions*, Cambridge, U.K., u. a. 2003, S. 197 ff.

<sup>3228</sup> C. Möllers/H. Birkenkötter, I•CON 12 (2014), 603 (621): „*reality of their own*“.

<sup>3229</sup> Vgl. C. Möllers/H. Birkenkötter, I•CON 12 (2014), 603 (621), mit Verweis auf M. Lasser, *Judicial Deliberations. A Comparative Analysis of Transparency and Legitimacy*, Oxford, U.K., u. a. 2004.

*parative law*<sup>3230</sup>), welches die „Stile juristischen Denkens“ („*the styles of legal thought*“) und damit „*law in minds*“ zum Gegenstand der Rechtsvergleichung erheben und durch „begriffliches Verstehen“ („*conceptual understanding*“) erkunden möchte<sup>3231</sup>. Nochmals zu betonen ist in diesem Zusammenhang freilich, dass die vorliegende Untersuchung – in einem parallel-äquivalenten Vergleich (s. o. I. 3. b) bb)) – einen den beiden untersuchten Föderationen *gemeinsamen* diskursiven Stil der kollektiven Begriffs- und Ideenarbeit (als ‚*law in minds and mouths*‘) analysiert.

#### cc) Abgrenzung und Ausblick: *expressivism*

Als Korrektur des Funktionalismus wird vereinzelt die komparatistische Methodik(?) oder das Theorem(?) des Expressivismus (*expressivism*) in Stellung gebracht.<sup>3232</sup> ‚Expressivismus‘ als Methodik des Vergleichs ist nicht deckungsgleich mit dem oben knapp angesprochenen ‚Expressivismus‘ als Zugang zur Wirkungsweise von Rechtsnormen (s. o. § 7, B. IV. 2. b)), hat aber Überschneidungen mit diesem. Die vorliegende Studie teilt zwar eine Abwendung vom strikten Funktionalismus (s. o. b)), verfolgt aber *keinen* komparatistischen Expressivismus in der Weise, wie diese Methodik herkömmlicherweise beschrieben wird:

Expressivismus wird regelmäßig als Suche nach charakteristischen Eigenschaften der ‚hinter‘ den Verfassungsordnungen stehenden politischen Gemeinschaften verstanden.<sup>3233</sup> Relevante Einflüsse kommen aus der jeweiligen ‚Geistesgeschichte‘, sind häufig religiös geprägt<sup>3234</sup>, aber auch durch die spezifische politische Geschichte der politischen Gemeinschaft<sup>3235</sup> bestimmt. Dieser spezifische Charakter käme – so

<sup>3230</sup> W. Ewald, *The American Journal of Comparative Law* 46 (1998), 701 ff.; U. Kischel, *Rechtsvergleichung*, München 2015, § 3, Rn. 129, übersetzt Ewalds Ansatz mit: „vergleichende Rechtstheorie“.

<sup>3231</sup> Vgl. W. Ewald, *The American Journal of Comparative Law* 46 (1998), 701 (703 f.).

<sup>3232</sup> Zu *expressivism* als Kritik von *functionalism* referierend M. Tushnet, *Yale L. J.* 108 (1999), 1225 (1270, dort in Fn. 213), mit Hinweis auf das Beispiel M. A. Glendon, *Abortion and Divorce in Western Law*, Cambridge, Mass., U.S.A., u. a. 1987.

<sup>3233</sup> Vgl. für ein solches Forschungsprogramm von *expressivism* als „*cultural hermeneutics*“ exemplarisch M. A. Glendon, *Abortion and Divorce in Western Law*, Cambridge, Mass., U.S.A., u. a. 1987, S. 8 – unter Hinweis auf eine Anregung von Clifford Geertz; hierzu referierend M. Tushnet, *Yale L. J.* 108 (1999), 1225 (1269 ff.); s. auch V. C. Jackson, *Penn. St. Int'l L. Rev.* 28 (2010), 319 (325 f.): „*But constitutions also serve as a form of public law that is particularly situated to express, or help constitute, or (possibly even) influence national identity.*“

<sup>3234</sup> Dies zeigt sich häufig explizit (eben ‚expressiv‘) in den Präambeln zu Verfassungen, vgl. M. Tushnet, *Yale L. J.* 108 (1999), 1225 (1272 f.), mit Hinweis auf die irische Verfassung.

<sup>3235</sup> Beispielsweise betrachtet *expressivism* die Besonderheiten des grundgesetzlichen Verfassungsrechts auch als ‚Antwort‘ auf die Tatsache, dass in Deutschland 1933 die Machtübergabe an Adolf Hitler stattfand, vgl. M. Tushnet, *Yale L. J.* 108 (1999), 1225 (1273), mit Hinweis auf die bundesverfassungsgerichtliche Judikatur zum Schwangerschaftsabbruch. Ein anderes Beispiel ist die Schaffung des grundgesetzlichen Verfassungsorgans Gemeinsamer

die Schule des *expressivism* – in der jeweiligen Verfassung zum *Ausdruck*; möglicherweise wirke die Verfassung auch umgekehrt auf diesen Charakter zurück<sup>3236</sup>.

Damit ist offenkundig, dass *expressivism* eine deutliche Neigung zum – vorliegend gerade nicht verfolgten – kontrastiven Vergleich hat, obschon dies wohl nicht zwingend ist, schließlich kann auch etwas (‚zufällig‘ oder auch durch historischen Kontakt) Gemeinsames *jeweils* ‚ausdrucksstark‘ in den zu vergleichenden Verfassungen sein: Vorliegend könnten also das ideenpolitische Vehikel des Instrumentalföderalismus und das Bild der ‚schutzwürdigen föderierten Einheit‘ (vgl. insbesondere Hypothese 1.1 – s. o. § 1, C. III. 2.) gerade als etwas betrachtet werden, was sowohl für die US-amerikanische wie auch für die deutsche Verfassungskultur prägend ist und daher in beiden Verfassungen ‚ausgedrückt‘ wird. Diese Sichtweise wäre aber erkennbar konstruiert, da ‚Instrumentalföderalismus‘ hierfür auf zu hoher Abstraktionsebene angesiedelt ist: *Expressivism* bezieht sich nicht auf solche großflächigen ideenpolitischen Konstellationen, sondern vielmehr auf kleinteiligere Eigenschaften politischer Gemeinschaften, v. a. im Zusammenhang mit Individualgrundrechten (etwa eine bestimmte Position zum Verhältnis von Religion und ‚Staat‘ oder die Grenzen der Meinungsfreiheit<sup>3237</sup>), ggf. aber auch auf konkret fassbare ‚strukturelle‘, staatsorganisationsrechtliche Fragen wie die Notstandsverfassung oder die wehrhafte Demokratie<sup>3238</sup>.

Insoweit wäre dann vorliegend auf *einzelne* Elemente aus der oben beschriebenen ideenpolitischen Konstellation des freiheitlich-nationalstaatlich-repräsentativ-demokratischen Föderalismus abzustellen – und hier würde dann durchaus Potential für einen kontrastiven Vergleich frei: So könnten der US-amerikanische und der grundgesetzliche Föderalismus u. a. mit Blick auf unterschiedlich intensive Tendenzen von Sub-Nationalismus und Lokalismus, auf spezifische Bilder von ‚Freiheit‘ oder auf verschiedene institutionelle Settings zur Verwirklichung repräsentativer Demokratie hin kontrastiert werden. Das Interesse der – vom Impetus *form matters*‘ getragenen – Studie liegt allerdings von vorneherein anders: Das Interesse an der *Form* der ideenpolitisch-dogmatischen Argumentation im Instrumentalföderalismus steht im Vordergrund; sachlich-inhaltliche Details der Argumentationen, welche diesem Makro-Muster als Anwendungen unterfallen, werden lediglich zur exemplarisch-anekdotalischen Veranschaulichung des formalen Mechanismus herangezogen.<sup>3239</sup>

---

Ausschuss, welches v. a. auch als Symbol der Abkehr von der Exekutivlastigkeit des Notstands und v. a. auch als ‚Antwort‘ auf (angebliche) Schwächen der Weimarer Reichsverfassung von 1919 zu lesen ist; vgl. *M. Kloepper*, Handbuch der Verfassungsorgane im Grundgesetz, Berlin 2022, § 4, Rn. 3.

<sup>3236</sup> Vgl. *V. C. Jackson*, Penn. St. Int'l L. Rev. 28 (2010), 319 (325).

<sup>3237</sup> Vgl. etwa *M. Tushnet*, Yale L. J. 108 (1999), 1225 (1274 ff.), am Beispiel des unterschiedlichen Umgangs mit *hate speech*, v. a. in den USA und Europa.

<sup>3238</sup> Vgl. dazu die Anm. in Fn. 3235 a. E.

<sup>3239</sup> Mag also in der vorgelegten Methodik – neben den anderen bereits vorgestellten Methodik-Elementen – auch *formal expressivism* erkennen.

## dd) Ansätze von Wissenschaftsvergleichung

Neben Urteilstexten werden wie erwähnt auch Beiträge der US-amerikanischen und der deutschen akademischen Jurisprudenz in den Vergleich einbezogen, jedoch nur soweit sie sich auf die (bereits erfolgte oder potenzielle) *gerichtliche* Durchsetzung von Föderalismusverfassungsrecht beziehen, also Rechtsinhaltsquelltexte darstellen (näher oben § 7, A. IV. 1.). Insoweit stellt der vorgelegte Rechtsvergleich rudimentär auch „Wissenschaftsvergleichung“<sup>3240</sup> dar, ohne diese aber zu zentrieren, zu explizieren und näher zu verfolgen. Rudimentäre Wissenschaftsvergleichung liegt beispielsweise in den – freilich eher anekdotischen, knappen – Ausführungen zu typischen Genres der akademischen Jurisprudenz in den USA und in Deutschland, etwa *amicus curiae briefs* einerseits und Rechtsgutachten andererseits (s.o. § 7, A. IV. 1. a)). Auch wird im Rahmen der Rhetorikanalyse – als Auseinandersetzung mit dem Höchstgerichtspositivismus der Verfassungsrechtswissenschaft (s.o. A. III. 2. b)) – auf den rhetorischen Modus akademischer Kritik als Form von ‚Ironie‘ eingegangen werden (s.u. § 11, B.). Wie überhaupt in der vorliegenden Untersuchung (s.o. I. 3. b) bb)), liegt auch hinsichtlich dieser wissenschaftsvergleichenden Dimension eine deutliche Tendenz zum äquivalenten Vergleich vor.

## 2. Aufbau: integriertes Vergleichen, insbesondere durch Matrix- und Fallgruppenbildung

### a) Integriertes, verzahntes, explizites, symmetrisches Vergleichen

Der Aufbau des Verfassungsrechtsdogmatikvergleichs erfolgt hier in integrierter<sup>3241</sup> („verzahnter“<sup>3242</sup>) Form als „*explicit comparison*“<sup>3243</sup>. Das bedeutet, dass längere isolierte Länderberichte (isoliert zur US-Verfassung, isoliert zum Grund-

<sup>3240</sup> Zur „Wissenschaftsvergleichung“ C. Schönberger, Der „German Approach“, Tübingen 2015, S. 3 ff.; interdisziplinär aufschlussreich ist insoweit eine Spielart innerhalb der literaturwissenschaftlichen Komparatistik, die „vergleichenden Literaturkritik“ („*comparative criticism*“), welche eine Reflexion von Einstellungen und Methoden in *metakritischer* Dimension, mit Aufmerksamkeit für die Stimme der anderen Meinungen, Argumentationsweisen, Verfahren, anstrebt, vgl. M. Schmeling, in: ders. (Hrsg.), *Vergleichende Literaturwissenschaft. Theorie und Praxis*, Wiesbaden 1981, S. 1 (16 f.), m. w. N.

<sup>3241</sup> Vgl. zur Begrifflichkeit etwa K. Brieskorn, *Vertragshaftung und responsabilité contractuelle*, Tübingen 2010, S. 21; vgl. auch U. Kischel, *Rechtsvergleichung*, München 2015, § 3, Rn. 246, der insoweit aber v.a. vom „verzahnten Vergleich“ spricht (a.a.O., § 3, Rn. 242 ff.); etwas anders gelagerter, aber durchaus verwandter Begriff des ‚integrierten Vergleichs‘ bei A. Tschentscher, JZ 2007, 807 (816), welchem es um die „Integration von Beschreibung und Bewertung“ geht – dazu referierend U. Kischel, a.a.O., § 3, Rn. 50.

<sup>3242</sup> U. Kischel, *Rechtsvergleichung*, München 2015, § 3, Rn. 242 ff.

<sup>3243</sup> Vgl. J. C. Reitz, *American Journal of Comparative Law* 46 (1998), 617 (633 f.): „*Comparative law scholarship should be organized in a way that emphasizes explicit comparison. [...] Instead of the simplistic, ineffective, and inefficient three-part approach, I advocate trying as much as possible to make every section comparative.*“

gesetz) vermieden werden. Stattdessen wird versucht, von vorneherein und durchgehend die US-amerikanische und die deutsche Verfassungslage möglichst kleinteilig-parallel, „abschnittsweise und oft auch unterabschnittsweise ineinandergeschoben“<sup>3244</sup>, darzustellen. Ein solches integriertes Vergleichen liegt angesichts der bereits festgestellten Grundtendenz der Studie zum parallel-äquivalenten Vergleich (s. o. I. 3. b) bb)) nahe. Zugleich bereitet das integrierte Vergleichen den Boden für einen möglichst „symmetrischen“ Vergleich, bei welchem beiden *comparata* ein gleiches Maß an analytischer Aufmerksamkeit geschenkt wird<sup>3245</sup>.

### *b) Binnengliederung, insbesondere durch Matrix- und Fallgruppenbildung*

Die parallel-integrierte Darstellung verlangt nach strukturierenden Kriterien, welche die Abschnitte und Unterabschnitte gliedern.<sup>3246</sup> Nach dem oben Gesagten (s. o. I. c) aa)) sollten diese Kriterien möglichst komparatistisch neutral gewählt werden, also nicht einseitig an eine der zu vergleichenden Rechtsordnungen gebunden sein.

Vorliegend liegt der Binnengliederung des Vergleichs vor allem die in § 3, C. erarbeitete und in § 4 bis § 8 felderweise untersuchte Struktur-Wirkungs-Matrix des Föderalismusverfassungsrechts zugrunde: Die Matrix erstreckt sich entlang der Achsen ‚Strukturelemente‘ (Verbandskompetenzen, Verbandsingerenzen, Verbandsgrundrechtspositionen) und ‚Wirkungsdimensionen‘ (Rechtsprechung, nicht-judikative Praxis und [para-]demokratische Öffentlichkeit). Insbesondere die Kategorien der ‚Wirkungsdimensionen‘-Achse sind – durch ihre auch rechtssoziologische Einbettung (dazu § 8, A.) komparatistisch eher unverfänglich; zur Neutralität der Kategorien ‚Verbandskompetenzen‘, ‚Verbandsingerenzen‘, ‚Verbandsgrundrechtspositionen‘ wurde bereits Stellung bezogen (s. o. I. c) bb)).

Bei der ausführlichen Darstellung der gerichtlich durchsetzbaren Dogmatik zum Strukturelement ‚Verbandsgrundrechtspositionen‘ (s. §§ 5 f.) erfolgte die Binnengliederung des integrieren Vergleichs durch die Bildung von Fallgruppen: Die Fallgruppenbildung orientiert sich an einem Raster von Kriterien auf zwei Ebenen: In einem *ersten* Schritt wurden (mit Josef Isensee teilweise in Anlehnung an die In-

<sup>3244</sup> So die Beschreibung „verzahnten Vergleichens“ bei U. Kischel, Rechtsvergleichung, München 2015, § 3, Rn. 242.

<sup>3245</sup> Zum Begriff („symmetric“ *comparison*) im religionswissenschaftlichen Vergleich vgl. O. Freiburger, Considering Comparison. A Method for Religious Studies, New York, N.Y., U.S.A., 2019, S. 127.

<sup>3246</sup> Vgl. K. Brieskorn, Vertragshaftung und responsabilité contractuelle, Tübingen 2010, S. 21, welche auf „funktional[e] Kriterien“, die sie durch Abstraktion und Analyse von „Tatbestandsmerkmalen“ des von ihr untersuchten Vertragsrechts in Deutschland und Frankreich gewinnt, abstellt; beachte aber U. Kischel, Rechtsvergleichung, München 2015, § 3, Rn. 242, welcher eine Orientierung an „[ä]hnliche[n] dogmatische[n] Teilfiguren oder Normen“ empfiehlt, was freilich legezentristisch und gerade nicht funktionalistisch gedacht ist.

dividualgrundrechtstheorie von Georg Jellinek<sup>3247</sup>) vier Status der Verbandsgrundrechtspositionen unterschieden: *status negativus*, *status positivus*, *status activus* und *status aequalis* (ausführliche Herleitung oben § 4, B. III. 3.). Diese Status sind zwar primär vor allem im deutschsprachigen Staats- und Verfassungsrechtsdiskurs verankert<sup>3248</sup>, allerdings aufgrund ihres hohen Abstraktionsgrads, aufgrund ihrer Distanz zum positiven Recht und aufgrund des zusätzlich ‚entfremdenden‘ Transports aus dem Bereich der Individualgrundrechte in das Föderalismusverfassungsrecht (zumal Hartmut Bauer sie bereits für den Bereich der Individualgrundrechte als „Prokrustesbetten“ bezeichnet hat<sup>3249</sup>) in der vorliegenden Verwendungsweise komparativ weitgehend neutral. Innerhalb dieser vier Status wurde bei der Darstellung der Verbandsgrundrechtspositionen dann – *zweitens* – weiter nach abstrahierten ‚Themen‘, also Lebensbereichen und vor allem auch nach Funktionsbereichen der politischen Gemeinschaften differenziert: Diese erlaubte beispielsweise die Unterscheidung von verschiedenen Sub-Gruppen von Bundeskompetenzausübungsgrenzen: nämlich sachpolitikbezogene, personalbezogene, haftungsbezogene und rechtsregimebezogene Kompetenzausübungsgrenzen (s. o. § 5, A. I. bis § 5, A. IV.).

Nur ausblicksartig ist darauf hinzuweisen, dass die noch ausstehende Rhetorikanalyse gegliedert um interdisziplinär gewonnene Kriterien, nämlich Tropen (Ironie und Metonymie), erfolgen wird. Dadurch wird dann wiederum integriertes Vergleichen ermöglicht (s. u. §§ 11 f.).

### 3. ‚Ahistorisches‘ Vergleichen

Der Verfassungsrechtsdogmatikvergleich bezieht sich grundsätzlich auf das heute geltende Föderalismusverfassungsrecht der USA und Deutschlands. Freilich haben juristisches Arbeiten und Rechtsdogmatik stets auch eine vergangenheitsbezogene Komponente, sodass die Bestimmung der Rolle der Rechtsgeschichte nicht nur die verfassungsvergleichende Komponente (s. u. b)), sondern bereits die Methodik der Rechtsdogmatikforschung an sich (s. u. a)) betrifft:

<sup>3247</sup> Vgl. G. Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl., Tübingen 1905, S. 81 ff., 87; teilweise Übertragung ins Föderalismusverfassungsrecht bei J. Isensee, in: ders./P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VI, 3. Aufl., Heidelberg 2008, § 126, Rn. 132 ff. – Näheres zur Übertragung oben § 4, B. III. 3.

<sup>3248</sup> Beachte allerdings den Hinweis bei W. Brugger, AöR 136 (2011), 1 (3, dort in Fn. 6), auf das „anglo-amerikanisch[e] Pendant zu Jellineks Statuslehre [...] bei Thomas H. Marshall, Citizenship and Social Class (1950)“.

<sup>3249</sup> H. Bauer, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, 3. Aufl. 2013, Art. 17, Rn. 20: „Prokrustesbetten der Statuslehre“ (freilich im spezifischen Zusammenhang mit der Einordnung des insoweit besonders sperrigen Petitionsrechts); Kritik an dieser „unzutreffend[n] Charakterisierung“ bei W. Brugger, AöR 136 (2011), 1 (4, dort in Fn. 8) – bezogen auf eine insoweit inhaltsgeleiche Voraufgabe der Kommentierung Bauers.

a) *Rechtsdogmatikforschung und ‚Rechtsgeschichte‘*

aa) *Vergangenheitsbezug der Verfassungsrechtsdogmatik*

Die Untersuchung von Texten zur gerichtlich durchsetzbaren Dogmatik des Föderalismusverfassungsrechts stellt notwendigerweise einen Blick in die Vergangenheit dar. Dies liegt bereits daran, dass jeder der zu untersuchenden Urteilstexte und rechtswissenschaftlichen Texte selbstverständlich aus der Vergangenheit stammt und sich auf Vorgänge aus der (Vor-)Vergangenheit bezieht; Michael Kloepper spricht insoweit vom „doppelten Vergangenheitsbezug des Rechts“<sup>3250</sup>.

„Herkömmliche“ akademische Jurisprudenz weist nun dadurch ein starkes Moment des Gegenwarts- und Zukunftsbezugs auf, dass sie dieses Material aus der (Vor-)Vergangenheit auf aktuelle oder künftige Problemlagen anwendet oder für die Anwendung operationalisiert und vorbereitet. Im vorliegenden Untersuchungsdesign der Rechtsdogmatikforschung (s. o. A.) wird eine solche verwertungsgerichtete Aktualisierung hingegen nicht angestrebt. Die Untersuchung zur ideenpolitisch-dogmatischen Argumentationsweise ist vielmehr auch an solchen Texten interessiert, welche nicht zum ‚good law‘ zählen, welche also nicht (mehr) aus juristischer Sicht ‚kanonisch‘, wohl aber diskursiv (potenziell) wirkmächtig sind. Für diese Texte wurden die Kategorien ‚obsoleter‘ Rechtsinhaltsquellen (z. B. aufgehobene Entscheidungen) und ‚apokrypher‘ Rechtsinhaltsquellen (insbes. abweichende Sondervoten) eingeführt (s. o. § 7, A. III.). Gewissermaßen widmet sich die vorliegende Untersuchung also in gesteigertem Maß dem „doppelten Vergangenheitsbezug des Rechts“.

bb) (Allenfalls) Dogmatikgeschichte, nicht Rechtsgeschichte i. e. S.

Richtet sich der Blick vorliegend also auf dogmatische Texte, die in der Vergangenheit verfasst wurden, so liegt darin freilich kein rechtsgeschichtliches Arbeiten ‚im eigentlichen Sinn‘<sup>3251</sup>.<sup>3252</sup> Rechtsgeschichtliches Arbeiten im eigentlichen Sinn würde vielmehr u. a. danach fragen, unter welchen soziopolitischen Umständen eine konkrete Entscheidung zu Stande kam, was diese Entscheidung im Zeitpunkt ihres Erlasses bedeutete und welche ‚real-lebensweltlichen‘ Folgen sie hatte.<sup>3253</sup> Dies

<sup>3250</sup> M. Kloepper, in: FS Hoppe, München 2000, 111 (116): „Sachverhalte aus der Vergangenheit anhand von Entscheidungen aus der Vergangenheit einer Lösung zu[führen]“.

<sup>3251</sup> Freilich ist es schwer, überhaupt einen Ansatz auszumachen, der als ‚Rechtsgeschichte im eigentlichen Sinn‘ bezeichnet werden könnte. Einen Überblick über verschiedene Ansätze von ‚Rechtsgeschichte‘ im deutschsprachigen Raum bietet T. Vesting, Rechtstheorie, 2. Aufl., München 2015, S. 149 ff., mit dem Fazit, dass im Binnenpluralismus deutschsprachigen rechtsgeschichtlichen Arbeitens keine einheitliche Fragestellung und Methode erkennbar seien (vgl. a. a. O., S. 152); vgl. auch T. Duve, KritV 97 (2014), 96 (127); ferner M. Stolleis, Humboldt-Forum Recht 2012, 77.

<sup>3252</sup> Vgl. J. P. Reid, Loyola of Los Angeles Law Review 27 (1993), 193 (194 f.).

<sup>3253</sup> Vgl. J. P. Reid, Loyola of Los Angeles Law Review 27 (1993), 193 (194).



ließe sich durch ‚echte‘ kontextualisierende Fallstudienarbeit untersuchen.<sup>3254</sup> Eine solche historische, soziopolitisch-kulturelle Kontextualisierung rechtlicher Lösungen wird vorliegend jedoch nicht angestrebt: Statt Rechtsgeschichte i. e. S. wird – und auch dies nur in Ansätzen – (bloße) Dogmatikgeschichte<sup>3255</sup> untersucht.

Dabei gilt es zu beachten, dass Dogmatikgeschichte tendenziell in argumentativ-verzerrter Art und Weise erzählt wird, um den *status quo* des geltenden Rechts zu rechtfertigen: ‚Dogmatikgeschichtsschreibung‘ tendiert dazu, den *status quo* der geltenden Dogmatik zu „naturalisieren“,<sup>3256</sup> d. h. Dogmatikgeschichte wird häufig – ausgehend von der Gegenwart – in einer Weise erzählt, die es als „natürlich“ erscheinen lässt, dass eben gerade *diese* Dogmatik den Endpunkt der dogmatikgeschichtlichen Entwicklung bilden *muss(te)*.<sup>3257</sup> Potenzielle oder ‚tatsächliche‘ Alternativwege der Dogmatikentwicklung („*The Road Not Taken*“<sup>3258</sup>) werden in dogmatikgeschichtlichen Darstellungen regelmäßig (ebenso wie außerrechtliche Aspekte) unterdrückt oder ausgelassen.<sup>3259</sup>

Eine solche verzerrende Form von Dogmatikgeschichtsschreibung soll vorliegend möglichst vermieden werden. Dies kann dadurch erreicht werden, dass ausdrücklich auch Alternativwege (oder jedenfalls alternative ‚Angebote‘) der Dogmatikentwicklung – eben in apokryphen und obsoleten Rechtsinhalts Quelltexten – dargestellt werden. Dabei ist freilich im Einzelnen zu kennzeichnen, welche dogmatischen Lösungsangebote noch ‚*good law*‘ darstellen und welche nicht (mehr) zur geltenden Dogmatik zu zählen sind.

<sup>3254</sup> Vgl. C. Möllers/H. Birkenkötter, I•CON 12 (2014), 603 (611).

<sup>3255</sup> Vgl. zu einer solchen Differenzierung der Sache nach B. Meyler, U.C. Irvine Law Review 5 (2015), 365 (374, 378), mit Verweis auf J. P. Reid, Loyola of Los Angeles Law Review 27 (1993), 193; hierzu R. D. Neugärtner, Rechtswissenschaft 2017, 461 (472 f.); vgl. T. Vesting, Rechtstheorie, 2. Aufl., München 2015, S. 151 f., der die Methode „einer eher selbstgenügsamen Dogmengeschichte“ (nach dem Vorbild Max Kasers) unter Verweis auf R. Ogorek, in: D. Simon (Hrsg.), Rechtswissenschaft in der Bonner Republik, Frankfurt a. M. 1994, S. 12 (99, 29), als bloßes „Aussitzungskonzept“ kennzeichnet.

<sup>3256</sup> Vgl. B. Meyler, U.C. Irvine Law Review 5 (2015), 365 (378), mit Verweis auf J. P. Reid, Loyola of Los Angeles Law Review 27 (1993), 193.

<sup>3257</sup> Vgl. G. Frankenberg, Harv. Int'l L. J. 26 (1985), 411 (454); B. Meyler, U.C. Irvine Law Review 5 (2015), 365 (378).

<sup>3258</sup> Implizite Bezugnahme auf Robert Frosts Gedicht „*The Road Not Taken*“ im vorliegenden Zusammenhang bei G. Frankenberg, Harv. Int'l L. J. 26 (1985), 411 (454). In Frankenbergs Stoßrichtung auch die prägnante Kritik der omnipräsenten naiven Lesart von Frosts Gedicht bei J. D. Culler, Theory of the Lyric, Cambridge, Mass., 2015, S. 338; vgl. auch D. Orr, The Road Not Taken. Finding America in the Poem Everyone Loves and Almost Everyone Gets Wrong, New York, N.Y., 2015.

<sup>3259</sup> Vgl. G. Frankenberg, Harv. Int'l L. J. 26 (1985), 411 (453 f.).

## b) Rechtsvergleichung und ‚Rechtsgeschichte‘

## aa) Synergieeffekte

Dass es zwischen kritischen Ansätzen der Rechtsvergleichung und kritischen Ansätzen der Rechtsgeschichte Gemeinsamkeiten<sup>3260</sup> sowie Synergieeffekte geben kann, hat u. a. wiederum (s. o. 1. c) aa)) Günther Frankenberg herausgearbeitet: Gerade die Rechtsvergleichung könne Beiträge dazu leisten, naturalisierende ‚historische‘ Kontinuitätsvorstellungen, die der Rechtfertigung des *status quo* dienen, aufzubrechen. Vorherrschende Erzählweisen von (Dogmatik-)Geschichte, die alternative ‚Geschichten‘ (etwa die ‚Geschichten‘ der Verlierer) ausschließen oder unterdrücken, könnten hinterfragt werden, indem über die Rechtsvergleichung das Denken in Alternativen inspiriert und informiert werde.<sup>3261</sup>

Dadurch, dass vorliegend föderalismusverfassungsrechtliche Dogmatiktexte aus den USA und aus Deutschland nebeneinandergestellt und unter formalen Aspekten verglichen werden, wird ein solches Denken in (dogmatischen) Alternativen gefördert. Bezogen auf die jeweilige nationale Verfassungsordnung bedeutet das, dass der Blick dafür frei wird, dass die Entwicklungslinien der gerichtlich durchsetzbaren Dogmatik nicht alternativlos sind.

## bb) Typologisch-struktureller, nicht genetischer Vergleich

Dass vorliegend bezogen auf die Einzelrechtsordnungen keine ‚Rechtsgeschichte im eigentlichen Sinn‘ untersucht wird (s. o. a) bb)), spiegelt sich in der Methodik des Rechtsvergleichs: Es soll nicht im Modus eines (i. e. S.) historischen, teleologischen oder genetischen Vergleichs gearbeitet, sondern typologisch, strukturell und systematisch verglichen werden.<sup>3262</sup> Insbesondere findet keine (explizite) Suche nach „direkte[m] genetische[m] Bezug“<sup>3263</sup> zwischen dogmatischen Lösungen aus dem US-amerikanischen und dem deutschen Föderalismusverfassungsrecht statt: So wird beispielsweise nicht nachvollzogen, ob und ggf. wie die Idee der zwischen Bund(esebene) und föderierten Einheiten geteilten Souveränität (*dual sovereignty*)

<sup>3260</sup> Vgl. auch M. Stolleis, Humboldt-Forum Recht 2012, 77 (77 f.), der einen weiten Begriff der ‚Kritik‘ („reflektierte Distanz“) als Gemeinsamkeit der rechtswissenschaftlichen Grundlagenfächer Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung (u. a.) herausstellt.

<sup>3261</sup> Vgl. G. Frankenberg, Harv. Int'l L. J. 26 (1985), 411 (453 ff.), mit Verweis auf R. Gordon, Stanford Law Review 36 (1984), 57 (109).

<sup>3262</sup> Zu einem ähnlichen komparatistisch-methodologischen Ansatz P. Dann, Parlamente im Exekutivföderalismus, Berlin u. a. 2004, S. 26 f., welcher (zusätzlich) mit dem Begriffspaar ‚synchron‘ – ‚diachron‘ arbeitet, um den eigenen Ansatz zu kennzeichnen.

<sup>3263</sup> Vgl. zu dieser Möglichkeit des Vergleichens (als einer von fünf) M. Schmeling, in: ders. (Hrsg.), Vergleichende Literaturwissenschaft. Theorie und Praxis, Wiesbaden 1981, S. 1 (12): „direkte[r] genetische[r] Bezug zwischen zwei oder mehreren Vergleichsgliedern“ als Grundlage des „monokausalen Vergleichs“.

als „*legal [doctrine] transplant*“ (Alan Watson)<sup>3264</sup> aus dem US-amerikanischen Verfassungsdenken in das deutsche Verfassungsdenken des 19. Jahrhunderts übertragen wurde. Es sollen auch keine Entstehungs- oder Entwicklungsgeschichten der US-amerikanischen und der deutschen Föderation erzählt oder gar verglichen werden.<sup>3265</sup> Auch der Einfluss der ‚Siegermacht‘ USA auf die Entstehung des spezifisch grundgesetzlichen Föderalismus bleibt somit unbeleuchtet. Wohlgemerkt würden solche historischen Kontextualisierungen wohl erhebliches Vertiefungspotential bereitstellen: So könnte der primär äquivalente Vergleich (s. o. I. 3. b) bb)) in der historischen Dimension kontrastive Züge gewinnen (hinsichtlich der deutlich verschiedenen Entstehungsbedingungen beider Föderationen, insbesondere mit Blick auf die teilweise vorhandenen Wurzeln des recht jungen grundgesetzlichen Föderalismus im „monarchischen Bundesstaat“ als Kontrastfolie zum unterdessen jahrhundertealten „republikanischen Bundesstaat“ US-Verfassung<sup>3266</sup>). Solche ‚vollwertigen‘ verfassungsrechtsgeschichtlichen Kontextualisierungen werden vorliegend auch nicht etwa in den ersten beiden Kapiteln zur politischen Theorie und Ideengeschichte erarbeitet: Auch wenn dort durchaus auf historische ideenpolitische Debatten, v. a. auf die *Federalist/Anti-Federalist*-Debatte von 1787/88 und vereinzelte Beispiele ihrer Rezeption (u. a. durch Calhoun, de Tocqueville) eingegangen wird, so geschieht dies lediglich, um die Wirkungsweise des Instrumentalföderalismus als eine ideenpolitische Wirkungsweise exemplarisch-anekdotisch vorzustellen.

---

<sup>3264</sup> Unter einem „*legal transplant*“ versteht A. Watson, *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law*, 2. Aufl., Athens, Ga., U.S.A., u. a. 1993, S. 29 f., den Transfer eines gesamten Rechtssystems oder eines Teils eines Rechtssystems in eine „neue [territoriale, nationalstaatliche, kulturelle, gesellschaftliche, ...] Sphäre.“ Er weist darauf hin, dass solche *transplants* alle möglichen Formen und Größen haben können. Im vorliegenden Fall geht es weniger um den Transfer konkreter Rechtsnormen, als vielmehr um die Übertragung eines Gedanken- und Dogmatikgebäudes; daher die Rede vom „*legal [doctrine] transplant*“.

<sup>3265</sup> Zu entwicklungsgeschichtlichen Ansätzen zum Föderalismusverfassungsrecht (ohne vergleichendes Element) beispielsweise M. S. Greve, *The Upside-down Constitution*, Cambridge, Mass., u. a. 2012; B. Grzeszick, *Vom Reich zur Bundesstaatsidee. Zur Herausbildung der Föderalismusidee als Element des modernen deutschen Staatsrechts*, Berlin 1996; vgl. komparatistisch-typisierend F. Palermo/K. Kössler, *Comparative Federalism. Constitutional Arrangements and Case Law*, Portland, Ore. 2017, S. 9, zu den Attributen „aggregativer“, „devolutionärer“, „zusammenkommender“ und „zusammenhaltender Föderalismus“; zu komparatistisch relevanten Unterschieden hinsichtlich der (Vor-)Geschichte föderaler Verfassungen N. Aroney, *American Journal of Comparative Law* 54 (2006), 277 (322).

<sup>3266</sup> R. Smend, *Festgabe für Otto Mayer*, Tübingen 1916, S. 247 (247 f., 266 ff.), betont diese Unterscheidung und verankert die „Bundestreue“ v. a. in den Besonderheiten des Mitwirkungsföderalismus des monarchischen Bundesstaats Deutsches Reich von 1871 (ausführlich oben § 2, C. III. 3. a)) – und zwar in ausdrücklicher Abgrenzung von der Schweiz und den USA. A. a. O. (270) warnt Smend vor der komparatistischen „Schablone“ des „republikanischen Bundesstaats“ unter Hinweis auf die von Otto Mayer eingeforderte komparatistische „Befreiungsarbeit“, O. Mayer, *AöR* 18 (1903), 337 (372). Eine solche Aufgabe stellt sich seit 1949 (1919), wenn überhaupt, natürlich in veränderter Form.

Für das angestrebte Untersuchungsziel, die Formalanalyse eines ideenpolitisch-dogmatischen Musters zu betreiben, ist eine solche historische Kontextualisierung nicht erforderlich und angesichts der Großflächigkeit des untersuchten Musters ohnehin nicht in systematischer Weise, sondern nur exemplarisch-anekdotisch leistbar. Insoweit gilt Ähnliches wie bei der Abgrenzung von der Methodik des *expressivism* (s. o. 1. d) cc)). Im vorgelegten typologischen Strukturvergleich werden Dogmatiktexte aus der Vergangenheit beider Verfassungsordnungen nebeneinandergestellt, ohne überzeitliche oder überörtliche Kontakte zu behaupten oder zu untersuchen. Auf diese Weise wird das ideenpolitisch-dogmatische Instrumentarium zum Schutz der förderierten Einheiten beider Verfassungsordnungen in seiner Vielfalt (in seinem Wirkungspotential) vorgestellt. Dadurch, dass auf ideenpolitisch-dogmatische Lösungen aus der Vergangenheit und aus verschiedenen Ordnungen zurückgegriffen wird, erhält die Untersuchung „weiteres Material“, um die Analyse der Argumentationen zum Schutz förderierter Einheiten durch Verfassungsrechtsdogmatik „in einen systematisch überzeugenderen Rahmen zu stellen“.<sup>3267</sup>

*c) Ausblick: vergleichende Rhetorikanalyse und ‚Geschichte‘*

Dass nicht nur kanonische, sondern auch apokryphe und obsoleete Rechtsinhaltsquellenanalysiert werden (s. o. § 7, A. III.), vergrößert den Fundus an Material für die – ebenfalls ahistorisch ausgerichtete – Rhetorikanalyse am Ende der Gesamtuntersuchung: Die Rhetorikanalyse als solche wird – in interdisziplinärer Anlehnung v. a. an den Literaturwissenschaftler Paul de Man – einem Programm von Textanalyse (mit *close reading* als Ausgangspunkt<sup>3268</sup>) folgen, welches die trop(olog)isch-rhetorischen Strukturen der Dogmatiktexte nachvollzieht, ohne sich durch „konventionelle Vorstellungen“ von Teleologie, ‚Geschichte‘ oder ‚Kultur‘ leiten zu lassen<sup>3269</sup> (s. dazu unten § 10, B.). Durch den ahistorischen Impetus und das Aufbrechen von Teleologie soll der bereits thematisierten Gefahr der „naturalisierenden“ Tendenz von Dogmatikgeschichte zur Rechtfertigung des *status quo* (s. o. a) bb)) begegnet werden.

<sup>3267</sup> Die wörtlichen Zitate stammen aus der methodologischen Selbstbeschreibung bei P. Dann, *Parlamente im Exekutivföderalismus*, Berlin u. a. 2004, S. 27 (Fn. 14).

<sup>3268</sup> Zu ‚*close reading*‘ s. o. in und bei Fn. 3210 ff.

<sup>3269</sup> Prägnant wird ein solcher Zugang zu Texten in der programmatischen Selbstbeschreibung der von Sara Guyer und Brian McGrath herausgegeben Schriftenreihe „Lit Z“ (Fordham University Press), die sich (v. a.) am Wirken Paul de Mans orientiert, vorgestellt: „*Lit Z embraces models of criticism uncontained by conventional notions of history, periodicity, and culture, and committed to the work of reading*“ (vgl. die vorderen inneren Klappentexte der Bände der Schriftenreihe, beispielsweise M. Redfield, *Theory at Yale. The Strange Case of Deconstruction in America*, New York, N.Y., U.S.A., 2016).

## D. Zusammenfassung, Limitationen und Ausblick

### I. Zusammenfassung

Zusammenfassend ist die Studie methodologisch zu qualifizieren als eine:

- *formorientierte Rechtsdogmatikanalyse* (s.o. A. III. 2. u. C. II. 1. c))
- zur Untersuchung der *rhetorischen* Verfasstheit von Topoi – unter Zuhilfenahme von Ansätzen aus der *Literaturwissenschaft* (als ‚*law and literary criticism*‘ sowie ‚*law and the humanities as interart studies*‘) – (s.o. B. II. 1.)
- in *Texten* der gerichtlich durchsetzbaren Dogmatik (Rechtsinhaltsquelltexten – s.o. C. II. 1. d) aa))
- zu den *Verbandsgrundrechtspositionen* der förderierten Einheiten (s.o. § 4, B. III.)
- in den *USA und in Deutschland* (s.o. C. I.)
- in einem *symmetrisch-integrierten* (s.o. C. II. 2.),
- tendenziell *parallel-äquivalenten* (s.o. C. I. 3. b) bb)),
- *ahistorischen, typologischen Strukturvergleich* (s.o. C. I. 3. b) u. C. II. 3.)
- mit Komponenten der komparatistischen *Text- und Begriffsarbeit*, insbesondere durch ‚*close readings*‘ (s.o. C. II. 1. d) aa) u. bb)),
- dessen *tertium comparationis* (das Bild der ‚schutzwürdigen förderierten Einheit‘ im Instrumentalföderalismus – s.o. C. II. 1. a)) aus der *politischen Theorie und Ideengeschichte* gewonnen wurde (s.o. B. II. 2.).

### II. Limitationen

Neben dieser positiven Selbstbeschreibung ergeben sich aus dem Vorstehenden – im negativen Modus – zugleich die Grenzen des gewählten Untersuchungsansatzes; auch diese Limitationen sind der Transparenz halber zusammenzufassen:

Es wird keine akademische Jurisprudenz, sondern formorientierte Rechtsdogmatikforschung betrieben, so dass die Studie nicht auf eigenständige Dogmatik-Beiträge zielt (s.o. A. III. 2. a)). Im Fokus steht klar die gerichtlich durchsetzbare Dogmatik, auch wenn die Beziehung zu anderen Wirkungsdimensionen ansatzweise in Rechnung gestellt wird (s.o. C. II. 1. c) bb) u. § 8).

Der Vergleich zeichnet sich durch die deutliche Tendenz zum Gemeinsamen hin aus (äquivalenter Vergleich statt kontrastiver Vergleich – s.o. C. I. 3. b) bb)). Dies liegt bereits in der Auswahl der beiden untersuchten Föderationen mit westernistisch-nationalstaatlichem Fokus (s.o. C. I. 3. c)) begründet. Zudem wirken die interdisziplinäre Rahmensetzung (s.o. B.) sowie die weitgehende Aussparung von kontextualisierender verfassungsgeschichtlicher Arbeit i.e.S. (s.o. C. II. 3.) und von

Untersuchungen i. S. d. Ansatzes ‚*expressivism*‘ (s. o. C. II. 1. d) cc)) auf den äquivalenten Vergleich hin. Es werden keine (sozialwissenschaftlich) funktionalistischen Mikro-Analysen angesprochener Problemlagen betrieben (s. o. C. II. 1. b)).

### III. Offenlassen, was offen ist (und das Offensein ausstellen)

Die Verfolgung des Impetus ‚*form matters*‘ (s. o. A. III. 2. c)) ist letztlich nicht ohne Verzicht auf Praxisnähe und Konventionalität zu haben. Erst der Verzicht auf das Betreiben akademischer Jurisprudenz und der Rückzug auf die Ebene der Formalanalyse führen dazu, dass die Vielfalt der (potenziellen) Anwendungsfälle des Argumentierens mit Verbandsgrundrechtspositionen ausgestellt werden kann. Da keine eigenen inhaltlich ‚einzig richtigen‘ dogmatischen Lösungen für funktionalistisch aufbereitete Detailprobleme präsentiert werden müssen, können fremde (kanonische, aber auch obsolete und apokryphe) Dogmatik-Beiträge in formaler Hinsicht analysiert werden. Dies hat auch inhärent mit der gewählten komparatistischen Ausrichtung zu tun: Wie Christoph Möllers und Hannah Birkenkötter hervorheben, ist das US-amerikanische Rechtsdenken wesentlich toleranter gegenüber unabschließbaren Problemlagen.<sup>3270</sup> Wo das deutsche Rechtsdenken auf Schließung und ‚die einzig richtige Entscheidung‘ schießt, hat das US-amerikanische Rechtsdenken ‚Mut‘, offenzulassen, was offen ist.

---

<sup>3270</sup> Vgl. C. Möllers/H. Birkenkötter, I•CON 12 (2014), 603 (611): „*it is one of the most fascinating and instructive elements of American constitutional practice that fundamental questions, [...] seem never to be settled.*“ Möllers und Birkenkötter folgern für die Verfassungsvergleichung: „*Modern law deserves an aporetic approach*“; vgl. ferner (ohne komparatistischen Bezug) die – ‚demokratie‘-theoretisch grundierte – Forderung von O. Lepsius, Der Staat 52 (2013), 157 (186), wonach „Rechtswissenschaft in der Demokratie [...] den Pluralismus der Rechtsdeutungen als Ausdruck der institutionellen Differenzierung verteidigen“ muss (dazu näher gegen Ende der Gesamtstudie unter § 12, C. II.).

## Rhetorik einer ‚lyrisch‘-anthropomorphen Lesekonvention

„[T]he Constitution contains no ‚dignity‘ Clause [...]“

*Justice Clarence Thomas*<sup>3271</sup>

„The allocation of powers in our federal system preserves the [...] dignity [...] of the States.“

*Justice Anthony Kennedy*<sup>3272</sup>

„No lyric can be read lyrically [...] The power that takes one from one text to the other [...] is the sheer blind violence [...]“

*Paul de Man*<sup>3273</sup>

„Schatten werfen keine Schatten.“

*Tocotronic*<sup>3274</sup>

„traum des monats: ich rechne – und zwar voellig verlustfrei – individuelle freiheit in demokratische selbstbestimmung um. das ternaere zahlensystem machts moeglich. [...]“

*@Gufk\_le\_Clark*<sup>3275</sup>

---

<sup>3271</sup> *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644 (2015), 721 (735) – abweichendes Sondervotum von *Justice Clarence Thomas*, dem sich *Justice Antonin Scalia* anschloss. Thomas fährt a. a. O. fort: „and even if it did, the government would be incapable of bestowing dignity“.

<sup>3272</sup> *Bond v. United States*, 564 U.S. 211 (2011), 221 – Mehrheitsmeinung von *Justice Anthony Kennedy* für das einstimmig entscheidende Gericht; aufgegriffen und zitiert von *Chief Justice John Roberts* in: *Shelby County v. Holder*, 570 U.S. 529 (2013), 543 – zu diesen Fällen oben § 5, A. I. 2. b) bb) bzw. § 6, D. II.

<sup>3273</sup> *P. de Man*, in: *The Rhetoric of Romanticism*, New York, N.Y., U.S.A., 1984, S. 239 (254, 262).

<sup>3274</sup> *J. Müller/D. v. Lowtzow/A. Zank [Tocotronic]*, Schatten werfen keine Schatten, auf: *Tocotronic [Compact Disc]*, Hamburg 2002.

<sup>3275</sup> *@Gufk\_le\_Clark* auf Twitter, 26. Okt. 2019.



Die Topoi der ‚föderalen Würde‘ und der ‚föderalen Treue‘, welche das Bild der ‚schutzwürdigen föderierten Einheit‘ prägen (s. Hypothesen 1.1 und 1.2 – oben § 1, C. III. 2. bzw. § 2, C. IV. 3.), weisen eine rhetorische Gemeinsamkeit auf: Sie lassen sich als Anthropomorphismen, also als sprachliche Vermenschlichungen, lesen. Mit diesem rhetorischen Verfahren der Vermenschlichung befasst sich das zehnte Kapitel. Ausgehend von Beispielen für anthropomorphe Formeln in föderalismusverfassungsrechtlichen Judikaten des *U.S. Supreme Court* und des Bundesverfassungsgerichts wird das rhetorische Verfahren des Anthropomorphismus problematisiert: Werden föderale Träger sprachlich vermenschlicht, so ist mehr am Werk als die bloße Zuschreibung von Rechtspersönlichkeit; weitergehend wird den föderalen Trägern eine – unscharf-schillernde und deshalb instrumentalisierbare – Position der besonderen *Schutzwürdigkeit* zugesprochen (s. § 10, A.).

Um mehr über das rhetorische Verfahren des Anthropomorphismus zu erfahren und ein Modell für den kritisch-analytischen Umgang damit zu entwickeln, wird der Blick interdisziplinär geweitet und auf literaturwissenschaftliche Theoriebeiträge gelenkt (s. § 10, B.): Zur interdisziplinären Sensibilisierung, Anreicherung und Verstärkung werden Aufsätze des Literaturwissenschaftlers Paul de Man – einem Vertreter der literaturwissenschaftlichen Dekonstruktion – vorgestellt und in ein Analysemodell zur Untersuchung anthropomorphistischer Lesarten von gerichtlichen Entscheidungen und anderen Rechtsinhaltsquellen überführt. De Man beschreibt den Anthropomorphismus als das rhetorisch-poetische Verfahren der literarischen Gattung ‚Lyrik‘, wobei er betont, dass Anthropomorphismen *er-lesen* werden müssen; dabei sei eine anthropomorphistische Lesart nicht zwingend, werde jedoch durch ein wirkkräftiges ideologisch-literaturdogmatisches Muster, das Muster des „lyrischen Lesens“, aufgedrängt (s. u. § 10, B. II. 3.). De Mans Analyse des dogmatischen Charakters von anthropomorphistischen Lektüren stellt eine disziplinenübergreifende Verbindung zwischen ‚Literaturdogmatik‘ und Rechtsdogmatik her (s. u. § 10, B. II. 3. a)). Mit Paul de Man und Ino Augsberg erfolgt zur Dogmatik-Analyse in Gestalt einer Rhetorik-Analyse die „Umstellung des Blicks auf eine lese(r)in(nen)orientierte Perspektive“<sup>3276</sup>. ‚Föderalismus‘ – genauer: das anthropomorphe Bild der ‚schutzwürdigen föderierten Einheit‘ – wird als dogmatische Lesekonvention (‚Lesefigur‘) studiert.

Diese Umstellung ermöglicht es, unter Anknüpfung an die in § 7 und § 8 erarbeiteten Hypothesen die Funktionsweise der Dogmatik zum Schutz föderierter Einheiten als Vorgang des Lesens zu analysieren: Welche rhetorischen Eigenschaften ermöglichen es dogmatischen Topoi wie ‚*state dignity*‘ und ‚Bundestreue‘, als zugespitzt „gerichts-fähige“, formalisierte, aber auch instrumentalisierbare textuelle Träger von Verbandsgrundrechtspositionen im pluralistischen Diskurs der Dogmatikbildung zu funktionieren (s. Hypothese 2.1 – s. o. § 7, C. II. 2.)? Welche rhetorischen Vorgänge ermöglichen es, dass diese Topoi als Vermittler zwischen Recht-

<sup>3276</sup> I. Augsberg, Die Lesbarkeit des Rechts. Texttheoretische Lektionen für eine postmoderne juristische Methodologie, Weilerswist 2009, S. 17 f., ebenfalls im Anschluss an de Man.

sprechung, nicht-judikativer Praxis und (para-)demokratischer Öffentlichkeit funktionieren können (s. Hypothese 2.2 – s.o. § 8, C. II.)? Diese Fragen werden unter Rückgriff auf das in Auseinandersetzung mit de Man etablierte Analysemodell besser beantwortbar: Einer anthropomorphen ‚dogmatischen Stimme‘ (insbesondere der Gerichte) korrespondieren Anthropomorphismen von föderalen Trägern in der ‚dogmatischen Welt‘ – vorausgesetzt, diese Anthropomorphismen werden von Leserinnen und Lesern im ‚dogmatischen Gespräch‘ mit der Rechtsprechung er-lesen. Dieses Er-Lesen von Anthropomorphismen ist nun aber – wie erwähnt – nicht zwingend, sondern lediglich dogmatisch wirkmächtig; es kann dekonstruiert werden: Die beiden abschließenden Kapitel dekonstruieren daher einerseits die ‚dogmatische Stimme‘ der Gerichte (s. § 11) und andererseits die ‚dogmatische Welt‘ der Verbandsgrundrechtspositionen rund um ‚Würde‘ und ‚Treue‘ (s. § 12). Dieser letzte Schritt der Dekonstruktion von ‚föderaler Würde‘ und ‚föderaler Treue‘ verortet das Argumentieren mit ‚föderaler Treue‘ und ‚föderaler Würde‘ im eingangs eröffneten Feld der ideenpolitischen Konstellation des ‚freiheitlich-nationalstaatlich-demokratischen Föderalismus‘ und nimmt auf diesem Weg die Hypothesen 1.1 (s.o. § 1, C. III. 2.) und 1.2 (s.o. § 2, C. IV. 3.) in Bezug: Die unscharfen Topoi ‚föderale Treue‘ und ‚föderale Würde‘ verdecken in ihrer anthropomorphen Formelhaftigkeit, dass sie ‚eigentlich‘ durch verschiedenste Bezüge zu den politischen Ideen ‚Nationalstaatlichkeit‘ (s. § 12, B. I.), ‚Freiheit‘ (s. § 12, B. II.) und ‚Demo(i)kratie‘ (s. § 12, B. III.) gespeist werden; diese Bezüge gilt es, (auch) nicht-anthropomorphistisch zu *er-lesen* und dadurch offenzulegen.

## **§ 10 Rhetorik, Dogmatik, Lesen: Dekonstruktion ideenpolitisch-dogmatischer Anthropomorphismen**

Im ersten Teil der Studie wurde ‚Föderalismus‘ – und zwar insbesondere die Stellung der föderierten Einheiten gegenüber der Bundesebene – ausgehend von dem Modell des ‚Bundes‘ als ‚Würde‘- und ‚Treue‘-Frage formuliert. ‚Würde‘ und ‚Treue‘ sind rhetorisch reichhaltige Topoi; sie werden im vorliegenden Kapitel als sprachliche Vermenschlichungen – Anthropomorphismen – qualifiziert und problematisiert (s. u. A.).

Diese Problematisierung wird interdisziplinär durch zwei Aufsätze des Literaturwissenschaftlers Paul de Man informiert und vertieft (s. u. B.): Mit de Man wird der Anthropomorphismus als Lesefigur der literarischen Gattung ‚Lyrik‘ identifiziert und ‚dekonstruiert‘. De Man beschreibt das rhetorische Verfahren des Anthropomorphismus als eine – *nicht*-alternativlose – literaturdogmatische Lektüreeinstellung, die von der „Ideologie des Ästhetischen“ getrieben und gewaltsam auf Texte oktroyiert werde (s. u. B. II.). Mit de Man wird eine „Umstellung des Blicks auf eine

lese(r[innen])orientierte Perspektive“<sup>3277</sup> forciert: Diese „lese(r[innen])orientierte Perspektive“ bildet den Kern eines interdisziplinären Analysemodells zur Untersuchung anthropomorphistischer Lesarten auch von gerichtlichen Entscheidungen (s. u. B. III. u. V.). Es wird offensichtlich, dass das Er-Lesen von Anthropomorphismen – in der Lyrik und im Verfassungsrecht – eine ideologisch-dogmatisch getriebene Operation ist, die alternative Lesarten unterdrückt und eine „Ethik des Lesens“ in den Vordergrund rückt (s. u. C. II.).

## A. Rhetorische Reichhaltigkeit: ‚föderale Würde‘ und ‚föderale Treue‘ als Anthropomorphismen

### I. „Stellen [...], daß es gleichsam knallt“

In *Alden v. Maine* (1999) führte *Justice* Anthony Kennedy für die Mehrheit des *U.S. Supreme Court* aus: „*The States [...] are not relegated to the role of mere provinces or political corporations, but retain the dignity, though not the full authority, of sovereignty*“<sup>3278</sup>. Der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts spricht in der 1. Rundfunkentscheidung von 1961 davon, dass „[i]m deutschen Bundesstaat [...] das gesamte verfassungsrechtliche Verhältnis zwischen dem Gesamtstaat und seinen Gliedern [...] durch den ungeschriebenen Verfassungsgrundsatz von der wechselseitigen Pflicht des Bundes und der Länder zu bundesfreundlichem Verhalten beherrscht [wird ...]“.<sup>3279</sup> Die in diesen Zitaten verwendeten Topoi der ‚föderalen Würde‘ („*dignity*“) der US-Einzelstaaten und der ‚föderalen Treue‘ (in Gestalt der gegenseitigen „Freundlichkeit“ von Bund und Ländern) werden im Folgenden auf ihre rhetorische Qualität untersucht. Was ist rhetorisch im Gange, wenn föderierte Einheiten sprachlich mit ‚Würde‘ und ‚Treue‘ ausgestattet werden?

Dabei kommen die zitierten Textstellen noch relativ formelhaft-prosaïsch daher: Die Topoi ‚Würde‘ und ‚Treue‘ („Freundlichkeit“) werden jeweils schlicht als Formeln in den Raum gestellt. In der Rechtsprechung gibt es allerdings auch „Stellen [...], daß es einem [– in den Worten von Thomas Mann/Tonio Kröger –] einen Ruck giebt, daß es gleichsam knallt ...“<sup>3280</sup>: So führt *Chief Justice* John G. Roberts in der

<sup>3277</sup> I. Augsberg, Die Lesbarkeit des Rechts. Texttheoretische Lektionen für eine postmoderne juristische Methodologie, Weilerswist 2009, S. 17 f., ebenfalls im Anschluss an de Man.

<sup>3278</sup> *Alden v. Maine*, 527 U.S. 706 (1999), 715; zur dogmatischen Einordnung dieser Entscheidung bereits § 5, A. III. 2. b); näher auch B. V. 1. b) cc).

<sup>3279</sup> BVerfGE 12, 205 (254) – 1. Rundfunkentscheidung; näher auch unten B. V. 1. a) cc).

<sup>3280</sup> Worte – mit M. Kloepper, NJW 2006, 560 – geliehen von der Figur Tonio Kröger aus der „Novelle“ „Tonio Kröger“ von Thomas Mann, zitiert nach T. Mann, in: Tristan. Sechs Novellen, 7. Aufl., Berlin 1909, S. 165 (176); Tonio Kröger spricht mit (oder: zu) Hans Hansen über Schillers „Don Carlos“ – das „geh[e] über alle Begriffe“, „zum Beispiel [bei der] Stelle, wo der König geweint hat“. Davon, dass „Metaphern – um einen Ausdruck Sartres zu gebrauchen – ‚geladene Pistolen‘ und eben alles andere als ‚tot‘ sind“, geht auch D. Damler, Rechtsästhetik. Sinnliche Analogien im juristischen Denken, Berlin 2016, S. 51, aus.

Entscheidung *National Federation of Independent Business v. Sebelius* (2012) aus, dass eine (an Bedingungen geknüpfte) Finanzhilfe der US-Bundesebene an die Einzelstaaten im Zusammenhang mit der Finanzierung und Ausgestaltung der Gesundheitsreform *Obamacare* deshalb verfassungswidrig sei, weil sie deren Willensfreiheit ausschließe: „*In this case, the financial ‚inducement‘ Congress has chosen is much more than ‚relatively mild encouragement‘ – it is a gun to the head.*“<sup>3281</sup>

## II. Anthropomorphismus

### 1. Sprachliche Vermenschlichung

Im Reallexikon der deutschen Literaturwissenschaft definiert Christoph Huber: „Als sprachlich-rhetorisches Verfahren [...] verleiht die Personifikation Unbelebtem (z. B. Naturphänomenen), Abstraktem (Affekten, Tugenden/Lasten), Kollektivem (Volk, Land, Kirche) Leben, Bewu[ss]tsein und menschliche Gestalt (Anthropomorphismus).“<sup>3282</sup> Eben dieses von Huber definierte sprachlich-rhetorische Verfahren der Personifikation findet auch in der oben zitierten Textstelle aus dem Urteil *National Federation of Independent Business v. Sebelius* (2012) statt: *Chief Justice* Roberts führt die US-Einzelstaaten – also ‚eigentlich‘ unbelebte Abstrakta – (sprach-),bildlich‘ als Opfer einer Erpressung durch das Bundesparlament vor; die Einzelstaaten werden mit einer „Waffe am Kopf“ portraitiert. Auf diese Weise werden der US-Bundesebene (genauer: dem Bundesparlament) und den Einzelstaaten Bewusstsein, Absichten und die Kapazität der Willensfreiheit zugesprochen. Der ‚freie Wille‘ wird nun aber wirkmächtig mit dem Wesen des Menschen als solchem in Verbindung gebracht. Es findet also eine sprachliche *Vermenschlichung* der Einzelstaaten und der Bundesebene statt. Abstrakta, Kollektive, Territorien können ‚eigentlich‘ keine Waffen halten, können nicht drohen und erpressen bzw. nicht bedroht werden und erpresst werden – (einzelne) Menschen hingegen schon. Ähnliche rhetorische Verfahren sind in den anderen oben zitierten Urteilen, in *Alden v. Maine* und in der 1. Rundfunkentscheidung, im Gang: Mit der Zuschreibung von „Würde“ bzw. von „Freundlichkeit“ an föderale Träger werden diese rhetorisch vermenschlicht.

Das rhetorische Mittel der *Vermenschlichung* wird – etwa in Hubers oben zitierter Grunddefinition – nicht nur als ‚Personifikation‘, sondern deutlicher als ‚*Anthropomorphismus*‘ bezeichnet. Dabei bleibt das genaue Verhältnis zwischen ‚Personifikation‘ und ‚*Anthropomorphismus*‘ freilich häufig dunkel (s. auch sogleich

<sup>3281</sup> *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, 567 U.S. 519 (2012), 581.

<sup>3282</sup> C. Huber, in: Reallexikon der deutschen Literaturwissenschaft, Bd. III, 3. Aufl., Berlin u. a. 2003, S. 53 (53).

bei 2. b) bb)); Huber geht offenbar von (annähernder) Synonymität aus.<sup>3283</sup> Neben dieser rhetorischen Betrachtung ist der ‚Anthropomorphismus‘ freilich auch ein tief-schillernder Begriff der Theologie, der Philosophie und der Anthropologie.<sup>3284</sup> In seiner Studie zur ‚Rechtsästhetik‘ hat Daniel Damler – unter Rückgriff auf Erkenntnisse der Anthropologie, der kognitiven Archäologie und der kognitiven Linguistik – das Auftreten des Anthropomorphisierens (ca. 60.000 bis 40.000 Jahre v. Chr.) innerhalb der Entwicklung des menschlichen Denkens als eine der frühesten und wichtigsten Ausdrucksformen einer neuen Qualität des Denkvermögens, der „kognitiven Fluidität“ („*cognitive fluidity*“ – Steven Mithen), beschrieben.<sup>3285</sup> Kognitive Fluidität – die Fähigkeit, verschiedene Felder („Domänen“) des Wissens zu verknüpfen, Übertragungen vorzunehmen und Analogien herzustellen – sei die Grundlage dafür gewesen, dass Menschen sich überhaupt in soetwas wie ‚Religion‘, ‚Kunst‘ oder ‚Politik‘ ergehen konnten.<sup>3286</sup> Bereits in dieser frühen Phase der Entwicklung hin zum *Homo sapiens* fand auch das Übertragen von Wissenselementen aus der Domäne des Menschlichen auf die Domäne der Tierwelt statt, was sich u. a. in veränderten Jagdtechniken, bei denen Tieren menschliches Verhalten unterstellt wurde, niederschlug.<sup>3287</sup> Auch heute ist das Nachdenken über den Anthropomorphismus ein zentraler Gegenstand der *animal studies*, einschließlich der Ethik der Mensch-Tier-Beziehungen.<sup>3288</sup> Insbesondere das letztgenannte Anwendungsfeld der Tierethik führt vor Augen: Anthropomorphismen sind nicht ‚unschuldig‘ und gehen mit Verantwortung einher.<sup>3289</sup>

<sup>3283</sup> Vgl. neben dem oben abgedruckten Zitat auch Hubers Kurzdefinition von ‚Personifikation‘ als „Darstellung von unbelebten, außermenschlichen oder abstrakten Sachverhalten als menschliche Gestalten“, C. Huber, in: Reallexikon der deutschen Literaturwissenschaft, Bd. III, 3. Aufl., Berlin u. a. 2003, S. 53 (53).

<sup>3284</sup> Umfassend zur Begriffs- und Philosophiegeschichte des ‚Anthropomorphismus‘ (einschließlich des einschlägigen theologischen Diskurses): R. Becker, Der menschliche Standpunkt. Perspektiven und Formationen des Anthropomorphismus, Frankfurt a. M. 2011; ders., Archiv für Begriffsgeschichte 49 (2007), 60; ders., Archiv für Begriffsgeschichte 50 (2008), 153.

<sup>3285</sup> Vgl. D. Damler, Rechtsästhetik. Sinnliche Analogien im juristischen Denken, Berlin 2016, S. 49 f., unter Hinweis insbes. auf S. Mithen, The Prehistory of the Mind. A search for the origins of Art, Religion and Science, London, U.K., 1996, S. 151 ff.

<sup>3286</sup> Vgl. D. Damler, Rechtsästhetik. Sinnliche Analogien im juristischen Denken, Berlin 2016, S. 50.

<sup>3287</sup> Vgl. D. Damler, Rechtsästhetik. Sinnliche Analogien im juristischen Denken, Berlin 2016, S. 49 f., unter Hinweis auf S. Mithen, The Prehistory of the Mind. A search for the origins of Art, Religion and Science, London, U.K., 1996, S. 168.

<sup>3288</sup> Vgl. etwa A. C. Horowitz/M. Bekoff, Anthrozoös, 20. 1 (2007), 23 ff., welche m. w. N. den Wert des Anthropomorphisierens in diesem Feld verteidigen und dieses auf verhaltenspsychologischer Grundlage („*cognitive ethology*“) „naturalisieren“ möchten; deutlich kritisch zum Anthropomorphisieren hingegen etwa J. S. Kennedy, The new anthropomorphism, Cambridge, U.K., u. a. 1992, welcher betont, dass es neben kruden, offensichtlichen Anthropomorphismen auch unabsichtliche und häufig unbewusste Anthropomorphismen gibt.

<sup>3289</sup> Die Wirkungen des Anthropomorphisierens erschöpfen sich nicht in der reichhaltigen Idylle von Katzenfutterwerbung oder im Splatter eines (zumal ‚falsch‘ übersetzten) „Friedhofs

## 2. Mehr als bloße Rechtspersönlichkeit

Nun lässt sich fragen, was an diesem Vorgang der sprachlichen Vermenschlichung föderaler Träger bemerkens- und untersuchenswert sein soll. Diese Frage stellt sich nicht zuletzt vor dem Hintergrund der Tatsache, dass die Behandlung föderaler Träger als Rechtspersonen in Theorie und Praxis des Föderalismusverfassungsrechts in den USA und in Deutschland durchaus etabliert ist (s.u. a)). Man könnte also fragen, weshalb die oben zitierten Textstellen, in denen Gerichte föderale Träger personifizieren, (rechts-)wissenschaftliche Aufmerksamkeit wecken sollten. Allerdings wird zu zeigen sein, dass an den zitierten Textstellen rhetorisch mehr am Werk ist, als eine basale rechts-,technische‘ Personifikation erfordern würde (s.o. b)).

### a) Rechts-,Technik‘:

#### *föderale Träger als Rechtspersonen im positiven Recht*

Föderale Träger sind als Rechtspersonen Träger von Rechten und Pflichten.

#### aa) Verfassungstextbefunde

Die Rechtspersönlichkeit föderaler Träger als schlichte ‚Tatsache‘ des geltenden Rechts zeigt sich bereits unmittelbar in den Texten der beiden Bundesverfassungen: Im Grundgesetz wird dies etwa in Art. 93 Abs. 1 Nr. 3 GG besonders deutlich, welcher – im Zusammenhang mit der Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts für den Bund-Länder-Streit – ausdrücklich von „Meinungsverschiedenheiten über Rechte und Pflichten des Bundes und der Länder spricht“. Und auch die US-Verfassung geht erkennbar davon aus, dass die Einzelstaaten und die US-Bundesebene Träger von Rechtspositionen und Pflichten sein können, beispielsweise wenn sie in Art. III, Sec. 2 USC die Zuständigkeit des *U.S. Supreme Court* auf Streitigkeiten ausdehnt, in denen „*the United States*“ oder auch „*two or more States*“ Parteien sind. In den zitierten Vorschriften regeln das Grundgesetz und die US-Verfassung die (verfassungs-)prozessuale Rechtsstellung der föderalen Träger.

Jedenfalls implizit gehen die Verfassungen aber auch *materiell*-rechtlich – also unabhängig von der verfassungsprozessualen Dimension – von der Rechtspersönlichkeit der föderalen Träger aus. Dies zeigt etwa ein Blick auf die (positive<sup>3290</sup> und

der Kuscheltiere“, wie auch sozialpsychologische Forschung betont, vgl. A. Waytz/J. Cacioppo/N. Epley, Perspectives on Psychological Science 5 (2010), 219 (220): „*[f]ar more than just a cute and inconsequential response to stuffed animals or marketing campaigns*“ – s. auch unten in Fn. 3399.

<sup>3290</sup> Hinsichtlich der positiven Zuteilung von Verbandskompetenzen in der US-Verfassung ist zu bemerken, dass in Art. I, Sec. 8 USC der Bundesebene Gesetzgebungskompetenzen dadurch zugeteilt werden, dass unmittelbar „*[t]he Congress*“, also das Bundesparlament als Bundesverfassungsorgan zur Gesetzgebung in näher qualifizierten Bereichen autorisiert wird – insoweit trennt die US-Verfassung hier nicht zwischen Verbandskompetenzen und Organkompetenzen, wie das im Grundgesetz in den Art. 70 ff. bzw. Art. 76 ff. GG angelegt ist.

negative) verfassungsrechtliche Zuteilung von Kompetenzen an die föderalen Träger. Zur Illustration sei insoweit exemplarisch auf die besonders plakativ als verfassungsrechtliche Pflichten der Einzelstaaten formulierten Gesetzgebungsverbote in Art. I, Sec. 10 USC verwiesen: „*No State shall enter into any Treaty, Alliance, or Confederation; [...]*.“ Im Grundgesetz wird die Technik der Zuordnung von Rechtspersönlichkeit an föderale Träger beispielsweise in der Grundnorm zu den Gesetzgebungskompetenzen (Art. 70 Abs. 1 GG) deutlich: „Die Länder haben das Recht der Gesetzgebung, soweit dieses Grundgesetz nicht dem Bunde Gesetzgebungsbefugnisse verleiht.“ Unabhängig von der – hier nicht zu entscheidenden – Frage, ob man die grundgesetzlichen Formulierungen „*Recht zur Gesetzgebung*“ und „*Gesetzgebungsbefugnisse*“ für irreführend hält, da es ‚der Sache nach‘ ‚nur‘ um Zuständigkeiten (Kompetenzen) gehe,<sup>3291</sup> wird hier jedenfalls deutlich, dass Bund und Ländern verfassungsrechtsrelevante Positionen zugeordnet werden. Die Formulierung in Art. 70 Abs. 1 GG lässt sich so lesen, dass Bund und Länder eben nicht etwa als ‚bloße‘ Organe eines etwaigen Gesamtstaats (dann wäre die Rede von der ‚Zuständigkeit‘ naheliegend<sup>3292</sup>), sondern eben als eigenständige Rechtspersonen daherkommen.

Nach alledem kommt die Rechtspersönlichkeit föderaler Träger in US-Verfassung und Grundgesetz also als „positiv-rechtliche Notwendigkeit“<sup>3293</sup> daher. Sie ergibt sich z.T. unmittelbar, z.T. implizit aus den beiden Verfassungstexten. US-Verfassung und Grundgesetz arbeiten mit der Konzeption der Rechtspersönlichkeit föderaler Träger; sie hat insoweit technisch-praktischen Wert.<sup>3294</sup>

#### bb) Rechtspersönlichkeit hoheitlicher Träger als Gegenstand von Theoriearbeit

Insbesondere im deutschsprachigen Raum<sup>3295</sup> haben die theoretischen Diskussionen um den ‚Staat als Rechtsperson‘ Tradition<sup>3296</sup>. Dass ‚der Staat‘ als juristische

<sup>3291</sup> Vgl. etwa *M. Klopfer*, Verfassungsrecht, Bd. I, München 2011, § 19, Rn. 168: „Rechte (d.h. [...] eigentlich Zuständigkeiten)“ (zu Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG); ähnlich *ders.*, Handbuch der Verfassungsorgane im Grundgesetz, Berlin 2022, § 8, Rn. 383.

<sup>3292</sup> Beachte freilich, dass in Art. 70 Abs. 2 GG dann – anders als in Abs. 1 – von der „Zuständigkeit“ die Rede ist.

<sup>3293</sup> Zur Verfassungslage unter dem Grundgesetz *C. Möllers*, Staat als Argument, 2. Aufl., Tübingen 2011, S. 153.

<sup>3294</sup> Vgl. zum „praktische[n] Wert“ der Konstruktion des Staats als juristische Person *C. Möllers*, Staat als Argument, 2. Aufl., Tübingen 2011, S. 162.

<sup>3295</sup> Die theoretische Reflexion ist im anglo-amerikanischen Rechtsraum insoweit (wohl-)gemerkt aber nicht bzgl. *corporate personhood* – s. sogleich Fn. 3301) eher geringer ausgeprägt als im deutschsprachigen Rechtsraum, was allerdings nicht gegen die oben skizzierte praktische Bedeutsamkeit der Rechtspersönlichkeit von Hoheitsträgern auch in den USA spricht; vgl. *C. Möllers*, Staat als Argument, 2. Aufl., Tübingen 2011, S. 153 (dort in Fn. 14). Möllers weist in diesem Zusammenhang auch darauf hin, dass es im US-amerikanischen öffentlichen Recht durchaus üblich sei, gerichtlich unmittelbar gegen handelnde Behörden, nicht etwa (wie im deutschen Verwaltungsprozess) nur gegen den entsprechenden föderalen



Person eine eigenständige Rechtspersönlichkeit aufweist, wurde in der deutschsprachigen Rechtswissenschaft 1837 vom Göttinger Staatsrechtsprofessor Wilhelm Eduard Albrecht jedenfalls bereits angedacht<sup>3297</sup> und dann – insbesondere von Carl Friedrich v. Gerber (1865)<sup>3298</sup> und Paul Laband (1876)<sup>3299</sup> – deutlich statuiert.<sup>3300</sup> Im

Träger (Bund bzw. Land) als Rechtsträger der Behörde vorzugehen. Allerdings bleiben auch in den USA Konstellationen, in denen es auf die Rechtspositionen der Einzelstaaten als solche ankommt – dies gerade im föderalen Verhältnis zur Bundesebene, vgl. beispielhaft *Massachusetts v. Environmental Protection Agency*, 549 U.S. 497 (2007), ein Verfahren, in welchem Einzelstaaten als solche (u. a. Massachusetts) eine Bundesbehörde auf administratives Tätigwerden verklagen (s. o. § 5, B. II. 2. a) zur dogmatischen Einordnung).

<sup>3296</sup> Dennoch sieht *J. Bauernschmidt*, Die Rechtsperson der Europäischen Union im Wandel, Tübingen 2019, S. 4 ff., in einem verwandten Feld (Verfassungsrecht der Europäischen Union) mit Blick auf die „Rechtsperson“ noch immer „eine Blindstelle in der Verfassungstheorie“; er begründet dies damit, dass bisherige Theorieansätze zwar das „Makro“-Verhältnis von Union und Mitgliedstaaten (u. a. wie vorliegend mit Blick auf das Modell des ‚Bundes‘) analysierten, weniger aber die „Verknüpfung von Recht und Organisation“ auf einer „Mikro-Ebene“ betrachten würden.

<sup>3297</sup> Albrecht arbeitete heraus, dass es den Sprachgebrauch vom ‚Staat‘ als ‚juristischer Person‘ um 1837 durchaus schon gegeben habe, allerdings sei die Vorstellung bis zu diesem Zeitpunkt noch nicht konsequent auf die Darstellung des Staatsrechts angewendet worden: *W. E. Albrecht*, Rezension über Maurenbrechers Grundsätze des heutigen deutschen Staatsrechts, in: Göttingische gelehrte Anzeigen 1837, 1489 (1495); beachte aber *C. Schönberger*, Das Parlament im Anstaltsstaat, Frankfurt a. M. 1997, S. 44 f.: Schönberger weist darauf hin, dass Albrecht – entgegen eines anderslautenden „hartnäckigen Mythos“ – „in der Sache [noch] auf dem Boden der älteren Staatslehre stand“, da er den Staat noch *nicht* als „ein völlig autonomes Willenssubjekt“ begriffen, sondern lediglich betont habe, dass der Monarch auf eine über ihm stehende Idee des höheren Gemeininteresses verpflichtet sei. Schönberger weist weiter darauf hin, dass Albrecht und der von ihm rezensierte Maurenbrecher in der Kontinuität der naturrechtlichen ‚*persona moralis*‘-Lehre stehen würden, vgl. a. a. O. (42, dort in Fn. 83), m. w. N.; deutliche Betonung der Innovationsleistung Albrechts aber etwa bei *H. Uhlenbrock*, Der Staat als juristische Person. Dogmengeschichtliche Untersuchung zu einem Grundbegriff der deutschen Staatsrechtslehre, Berlin 2000, S. 38; Uhlenbrock wendet sich a. a. O., S. 45, auch unmittelbar gegen Schönbergers eben zitierte „Mythos“-Bemerkung; er selbst hält fest: „Die Kennzeichnung des Staates als juristische Person war [bei Albrecht] kein zufälliges Wortspiel, sondern eine bewusst gewählte juristische Terminologie“.

<sup>3298</sup> *C. F. W. v. Gerber*, Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts, Leipzig 1865, S. 1 f.: „Der Staat als Bewahrer und Offenbarer aller auf die sittliche Vollendung des Gemeinlebens gerichteten Volkskräfte ist die höchste rechtliche Persönlichkeit, welche die Rechtsordnung kennt“; und dann a. a. O. (2; dort in Fn. 1): „Die Auffassung des Staats als eines persönlichen Wesens ist die Voraussetzung jeder juristischen Construction des Staatsrechts.“

<sup>3299</sup> *P. Laband*, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. I, Tübingen 1876, S. 57: „für den Staat, die juristische Person des öffentlichen Rechtes, erstreckt sich Rechtsfähigkeit und Willensfähigkeit auf das Gebiet des öffentlichen Rechts, der Herrschafts- oder Hoheitsrechte“, unter Verweis auf v. Gerber. Vgl. zur Wirkmacht Labands etwa *A. Rinken*, Das Öffentliche als verfassungstheoretisches Problem, Berlin 1971, S. 109 f.: Mit der bei Laband dargestellten Gründung des Staatsrechts auf den Begriff des Herrschens ist zugleich die Entscheidung für die einseitige Konstruktion des *Staates* als juristische Person gefallen.“

<sup>3300</sup> Überblickte bei *C. Schönberger*, Das Parlament im Anstaltsstaat, Frankfurt a. M. 1997, S. 42 ff. (zu Wilhelm Eduard Albrecht), S. 33 ff. (zu Carl Friedrich von Gerber); S. 92 ff. (zu

anglo-amerikanischen Rechtsraum ist insoweit an das – im Einzelnen umstrittene – Konzept der ‚*corporate personhood*‘ zu denken; dieses wird freilich vorrangig mit Blick auf *privatrechtliche* Anwendungen diskutiert.<sup>3301</sup> Weitergehend wird in der angloamerikanischen Rechtstheorie ‚*legal personhood*‘ überhaupt – das heißt auch die Rechtspersönlichkeit von Menschen (von ‚natürlichen Personen‘) theoretisch als artifizielles Konstrukt diskutiert: Auch Menschen werden vom positiven Recht nur unter Ausschlüssen und mit Beschränkungen rechtlich erfasst – ganz besonders deutlich wird das (rechtsgeschichtlich) am rechtlichen Status von ‚*slaves*‘ im US-amerikanischen (Verfassungs-)Recht insbesondere vor Erlass des XIII. Zusatzartikels im Jahr 1865.<sup>3302</sup> In der deutschen Rechtswissenschaft hat Susanne Baer die Herstellung von ‚Subjektivität‘ durch Recht, als rechtliche Konstruktion, beschrieben.<sup>3303</sup>

Die Vorstellung, dass der ‚Staat‘ eine juristische Personen darstelle, ist in der Rechtswissenschaft keinesfalls ohne Kritik geblieben<sup>3304</sup>: So hat etwa Ernst-Wolfgang Böckenförde die Konzeption des Staates als juristische Person kritisiert und gefordert, den Staat stattdessen als komplexe „Organisation“ und „Veranstaltung des

---

Paul Laband) – Schönberger betont, dass es *keine* Kontinuität zwischen Albrecht einerseits und v. Gerber/Laband andererseits gebe (s. auch Fn. 3297); ausführlich zu Albrechts, v. Gerbers und Labands Ansätzen: *H. Uhlenbrock*, Der Staat als juristische Person. Dogmengeschichtliche Untersuchung zu einem Grundbegriff der deutschen Staatsrechtslehre, Berlin 2000, S. 39 ff., S. 63 ff., S. 84 ff.; knapper Überblick bei *J. Bauernschmidt*, Die Rechtsperson der Europäischen Union im Wandel, Tübingen 2019, S. 20.

<sup>3301</sup> Vgl. etwa *G. A. Mark*, *U. Chi. L. Rev.* 54 (1987), 1441; *B. Johnson*, *Yale J. of Law & the Humanities* 10 (1998), 549 (570 ff.).

<sup>3302</sup> Vgl. nur *E. S. Anker*, in: dies./B. Meyler (Hrsg.), *New Directions in Law and Literature*, New York, N.Y., U.S.A., 2017, S. 210 (215), welche beschreibt, dass die Entwicklung und Ausgestaltung zentraler rechtlicher Kategorien (‚subjektive Rechte‘, ‚Menschenrechte‘, ‚juristische Person‘, Versicherungsprinzip) im 19. Jahrhundert durch Praktiken der Sklaverei entscheidend mitgeprägt worden sei. Zusammenfassend-referierend zur Theoriearbeit am Konstrukt der ‚Rechtsperson‘, welche häufig interdisziplinär informiert ist, mit Nachweisen *R. D. Neugärtner*, *Rechtswissenschaft* 2017, 461 (466 f.).

<sup>3303</sup> *S. Baer*, „Der Bürger“ im Verwaltungsrecht. Subjektkonstruktion durch Leitbilder vom Staat, Tübingen 2006, S. 25 ff.; zuvor bereits *dies.*, *KritV* 1999, 5 (13 ff.); *dies.*, in: C. Kreuzer (Hrsg.), *Frauen im Recht – Entwicklung und Perspektiven*, Baden-Baden 2001, S. 9 ff.; zusammenfassend *dies.*, *Rechtsoziologie*. Eine Einführung in die interdisziplinäre Rechtsforschung, 3. Aufl., Baden-Baden 2017, § 4, Rn. 214.

<sup>3304</sup> Vgl. neben dem im Fließtext hervorgehobenen *E.-W. Böckenförde*, in: FS Wolff, München 1973, S. 269, etwa auch die deutliche Kritik (aus der Sicht einer Perspektive der „sozialen Demokratie“) bei *A. Rinken*, Das Öffentliche als verfassungstheoretisches Problem, Berlin 1971, S. 110 – insbesondere am Vorgang der „Hypostasierung“ eines „Kunstabgriff[s] juristischer Technik“ (was vorliegend als Vorgang der Anthropomorphisierung analysiert wird), näher auch am formalistischen Totalisierungsimpetus der Doktrin (es werde „eine Einheit voraus[ge]setzt, die der demokratische Prozeß erst anstrebt“) und an der Entmaterialisierung durch die „Eliminierung des Wohlfahrtszwecks“ des ‚Staates‘; referierend zur Kritik an der Lehre von der ‚Rechtspersönlichkeit‘ des ‚Staates‘: *C. Möllers*, *Staat als Argument*, 2. Aufl., Tübingen 2011, S. 159 ff.

Volkes“ zu begreifen.<sup>3305</sup> Böckenförde kommt es mit seiner Kritik und seinen konzeptionellen Gegenvorschlägen v. a. darauf an, ‚den Staat‘ in seiner verwaltungsorganisationellen Vielfalt und Komplexität ‚wirklichkeitsgetreuer‘ zu erfassen:<sup>3306</sup> ‚Der Staat‘ handle eben nicht als einheitlicher Block, sondern durch eine komplexe Vielzahl von Stellen. Der totalisierende Blick auf den Staat als eine einheitliche Rechtsperson werde also der *verwaltungspraktischen* Wirklichkeit nicht gerecht. Gegen Böckenfördes Kritik hat Christoph Möllers die *rechtspraktisch* durchaus wertvolle Komplexitätsreduktionsleistung der Konzeption des Staats als Rechtsperson gewürdigt – zu überwinden sei lediglich eine starre Impermeabilitätsdoktrin, welche Zurechnungsvorgänge im ‚Inneren‘ der Rechtsperson ‚Staat‘ erschwere.<sup>3307</sup> Im Übrigen differenziert Möllers hinsichtlich der Notwendigkeit der Betrachtung von Hoheitsträgern als Rechtspersonen zwischen zwei Rechtsverhältnissen – dem ‚inneren‘ Rechtsverhältnis zwischen Hoheitsträger und Bürgerin oder Bürger einerseits und dem ‚äußeren‘ Rechtsverhältnis von (föderalen) Hoheitsträgern untereinander andererseits<sup>3308</sup>: Hinsichtlich des Rechtsverhältnisses zwischen Hoheitsträger und Bürgerin oder Bürger sei die rechtstechnische Konzeption eines übergreifenden Hoheitsträgers ‚Staat als Rechtsperson‘ nicht zwingend (aber durchaus möglich). Alternativ könne auch unmittelbar die handelnde Behörde oder gar der handelnde Beamte als außenrechtlich berechtigtes oder verpflichtetes Gegenüber der Bürgerin oder des Bürgers behandelt werden.<sup>3309</sup> Insoweit ist die Vorstellung von Hoheitsträgern als Rechtspersonen also eine rechtstechnische Möglichkeit, aber eben nicht zwingend notwendig. Anders sei dies im Verhältnis von Bund und Ländern: Bund und Länder als juristische Personen zu betrachten, sei positivrechtlich notwendig.<sup>3310</sup>

Dem ist zuzustimmen; insoweit kann auf die oben skizzierten Textbefunde aus der US-Verfassung und aus dem Grundgesetz verwiesen werden (s.o. aa)), welche verdeutlichen, dass das geltende Föderalismusverfassungsrecht in den USA und in Deutschland föderierte Einheiten und Bundesebene als Akteure mit Rechtspersönlichkeit voraussetzt. Wie sonst<sup>3311</sup>, wenn nicht durch die Einräumung von Rechtspersönlichkeit, sollten föderale Träger rechtlich handlungsfähig sein? Wie sollten den föderalen Trägern Zuständigkeiten zur Gesetzgebung, zum Vollzug von Gesetzen und zur Rechtsprechung zugeteilt und von diesen ausgeübt werden, ohne dass

<sup>3305</sup> Vgl. E.-W. Böckenförde, in: FS Wolff, München 1973, S. 269 (287 ff.).

<sup>3306</sup> Vgl. E.-W. Böckenförde, in: FS Wolff, München 1973, S. 269 (287 ff., v. a. 292, 294), u. a. mit Hinweis auf eine „wirklichkeitswissenschaftliche Analyse des Staates als Organisation“ bei Hermann Heller.

<sup>3307</sup> Vgl. C. Möllers, Staat als Argument, 2. Aufl., Tübingen 2011, S. 161.

<sup>3308</sup> Vgl. C. Möllers, Staat als Argument, 2. Aufl., Tübingen 2011, S. 154.

<sup>3309</sup> Vgl. C. Möllers, Staat als Argument, 2. Aufl., Tübingen 2011, S. 153 f.

<sup>3310</sup> Vgl. C. Möllers, Staat als Argument, 2. Aufl., Tübingen 2011, S. 153 f.

<sup>3311</sup> Man muss die Zuschreibung von Rechtspersönlichkeit an politische Entitäten schließlich nicht „paranoid“, sondern kann sie auch „reparativ lesen“ – zu diesen von Eve Kosofsky Sedgwick thematisierten Lese-Einstellungen unten C. II.

sie als Rechtspersonen behandelt werden? Wie sonst sollten Gerichte die Einhaltung der Zuständigkeitsordnung überprüfen können?

*b) Rhetorischer Überschuss: föderale Träger als Menschen*

aa) Wesentlich Menschliches

Die Behandlung von föderalen Trägern als Rechtspersonen ist also eine Notwendigkeit des Föderalismusverfassungsrechts. Allerdings vollzieht sich in den oben zitierten Textstellen der Urteile von *U.S. Supreme Court* und Bundesverfassungsgericht (s. o. I.) *mehr* als nur eine basale Zuschreibung von Rechtspersönlichkeit an föderale Träger. Die Gerichte ordnen der Bundesebene und den föderierten Einheiten nicht lediglich – ‚technisch‘ – bestimmte Zuständigkeiten zu und legen dann ‚nüchtern‘ aus, welche Sachaufgaben davon umfasst sind und welche nicht. Vielmehr werden den föderalen Trägern Positionen der „Würde“ (*Alden v. Maine*),<sup>3312</sup> der gegenseitigen „Freundlichkeit“ (1. Rundfunkentscheidung) und der Entscheidungsfreiheit, des freien Willens (*National Federation of Independent Business v. Sebelius*) zugeschrieben. In all diesen Fällen werden bestimmte Eigenschaften, die im menschlichen Denken wirkmächtig mit dem ‚Wesen‘ des Menschen verbunden sind, sprachlich *besonders* hervorgehoben.

Diese sprachliche Hervorhebung hat einen besonderen Effekt – ein besonderer Effekt wird erlesbar: die emphatische Herausstellung der Schutzwürdigkeit der föderalen Träger.

bb) Personifikation v. Anthropomorphismus

Letztlich wird an dieser Stelle die oben bereits knapp angerissene Differenzierung zwischen einer ‚bloßen‘ Personifikation und einem Anthropomorphismus (s. o. I.) relevant. Während Hubers oben zitierte Lexikondefinition offenbar (implizit) davon ausgeht, dass ‚Personifikation‘ und ‚Anthropomorphismus‘ gleichbedeutend sind, haben andere Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler diese Synonymität in Zweifel gezogen: So hat Barbara Johnson im Anschluss an Paul de Man (s. sogleich B.) festgestellt: „Ein Anthropomorphismus hängt, anders als eine Personifikation, von dem Gegebenen der Essenz des Menschlichen ab.“<sup>3313</sup> Beim Anthro-

<sup>3312</sup> Dies hebt auch Suzanna Sherry in ihrem Essay „*States Are People Too*“ als rhetorisch besonders bemerkenswert hervor: S. Sherry, Notre Dame L. Rev. 75 (2000), 1121 (1126 f.): „*Not since extending the language of the Fourteenth Amendment to corporations has the Court so anthropomorphized an abstract entity.*“ Sherry ergänzt a. a. O. ironisch: „*The self-esteem movement seems to have no bounds.*“

<sup>3313</sup> B. Johnson, Yale J. of Law & the Humanities 10 (1998), 549 (573 f.): „*Anthropomorphism, unlike personification, depends on the givenness of the essence of the human*“; Übersetzung R.D.N.; im Anschluss an P. de Man, in: The Rhetoric of Romanticism, New York, N.Y., U.S.A., 1984, S. 239 (241): „*But, anthropomorphism ‘is not just a trope but an identification on the level of substance.*“

porphismus komme es auf etwas essenziell Menschliches an, was zudem als vorfindbar behauptet werde. Dieses Moment des essenziell Menschlichen stehe bei einer ‚bloßen‘ Personifikation nicht im Fokus.

Hier stellen sich freilich eine Reihe von Folgefragen: Etwa die Frage, *was* denn dann bei der Personifikation entscheidend sein soll – geht es hier bloß um *irgendein* Moment der ‚technischen‘ Zurechnung, Totalisierung und Einheitsbildung? Auch fragt sich, wo das ‚Technische‘ endet und das ‚essenziell Menschliche‘ beginnt: Sind ‚bereits‘ Handlungsfähigkeit und – die z.B. im Urteil *National Federation of Independent Business v. Sebelius* (s.o. I.) in Bezug genommene – Entscheidungsfreiheit<sup>3314</sup> essenziell menschlich? Oder beginnt das ‚Wesen‘ des Menschen erst bei verbaler Sprachbegabung, beim Erschaffen von ‚Kunst‘, bei der – z.B. im 1. Rundfunkurteil (s.o. I.) referenzierten – Unterhaltung von Freundschaften<sup>3315</sup>, beim – z.B. im Urteil *Alden v. Maine* (s.o. I.) in Bezug genommenen – Innehaben von ‚Würde‘<sup>3316</sup> oder beim Tragen „wahrer Trauer“<sup>3317</sup>? Geht es hier gar nicht um wesensmäßige Unterschiede, sondern um graduelle Schattierungen? Kommt es nur auf eine gewisse Betonung, Hervorhebung und Vertiefung an?

Denkbar ist auch, dass eine Unterscheidung zwischen Personifikation und Anthropomorphismus ‚objektiv‘ gar nicht belastbar erfolgen kann, sondern dass ‚subjektive‘ Faktoren entscheidend sind: Kommt es auf das Bewusstsein (die Reflexion) des rhetorischen Verfahrens an, ist die Personifikation also ein reflektiert-bewusster Anthropomorphismus<sup>3318</sup> – falls ja: auf wessen Bewusstsein kommt es an (das des Schreibenden oder das der Leserin)? Oder aber ist ein Anthropomorphismus – gewissermaßen umgekehrt – nicht vielleicht das konsequente (und ggf. kritisch-reflektierte) Fortdenken, Vertiefen und Ernstnehmen dessen, was in einer Personifikation schon angelegt, aber noch nicht ausgesprochen ist – ggf. bis hin zum ironischen Modus? Oder gilt vielleicht: ‚*We know it when we see it*‘ – haben (jedenfalls ‚poetische‘) *Menschen* schlicht ein Gespür dafür, wenn eine Personifikation in eine

<sup>3314</sup> Dann läge in *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, 567 U.S. 519 (2012), 581 (s.o. I.), ein ‚echter‘ Anthropomorphismus vor.

<sup>3315</sup> Dann läge in BVerfGE 12, 205 (254) – 1. Rundfunkentscheidung (s.o. I.), ein ‚echter‘ Anthropomorphismus vor.

<sup>3316</sup> Dann läge in *Alden v. Maine*, 527 U.S. 706 (1999), 715 (s.o. I.), ein ‚echter‘ Anthropomorphismus vor. Die Diskussionen um die Würde der Kreatur, um die Tierwürde verdeutlichen, dass ‚Würde‘ keinesfalls auf Menschen beschränkt sein muss; allderings geht es hier nicht um den Nachvollzug ethisch und moralphilosophisch abgesicherter Diskussionsstände, sondern um wirkmächtige Bilder und Assoziationen – und insoweit ist eine enge Bindung zwischen ‚Würde‘ und Menschsein auszumachen.

<sup>3317</sup> Im Anschluss an die Rede vom „[t]rue ‚mourning‘“ bei *P. de Man*, in: *The Rhetoric of Romanticism*, New York, N.Y., U.S.A., 1984, S. 239 (262): „True ‚mourning‘ is less deluded [...]“. Die innere Dramatik und Argumentationsbewegung in de Mans Aufsatz legt nahe, dass er die Fähigkeit zu „wahrer ‚Trauer‘“ (im Anschluss an Charles Baudelaire’s Gedicht „*Obsession*“) für das Wesen des Menschen hält.

<sup>3318</sup> In diese Richtung Jonathan D. Culler – in Diskussion des Aufsatzes von *B. Johnson*, *Yale J. of Law & the Humanities* 10 (1998), 549 – in einer E-Mail an den Verf.

Vermenschlichung umschlägt? Geht es um einen konventionalisierten Lesemodus, um ein Genre?

Festzuhalten ist zunächst jedenfalls: Ob tatsächlich eine belastbare Unterscheidung zwischen Personifikation und Anthropomorphismus möglich (und *verbalisierbar*) ist, ist offenbar eine komplexe Frage – sie braucht vorliegend nicht beantwortet zu werden. Vorliegend ist zunächst wichtig, *dass* die Unterscheidung zwischen ‚bloßer‘ Personifikation und ‚tiefergehendem‘ Anthropomorphismus im Raum steht und *dass* sie schwierig zu treffen ist – schlicht, *dass* diese Unterscheidung ein Thema ist (zu einem Thema gemacht wird, gemacht werden kann).

## **B. Literaturwissenschaftliche Sensibilisierung: Paul de Mans Dekonstruktion anthropomorpher Lesarten in der Lyrik**

Literaturwissenschaftlich hat sich Paul de Man (1919–1983) mit der Abgrenzung von Personifikation und Anthropomorphismus beschäftigt. Im Geist der Ansätze ‚*law and literary criticism*‘ sowie ‚*law and the humanities as interart studies*‘ (s. o. § 9, B. II. 1.) wird de Mans ‚Theorie‘- und Lektüre-Arbeit als interdisziplinärer Bezugspunkt der vorliegenden Studie verwendet. Hierzu werden im Folgenden die Kernaussagen zweier Aufsätze von de Man vorgestellt, jeweils im literaturtheoretischen Denken de Mans verortet und jeweils auf ihren interdisziplinären Wert für die vorliegende Untersuchung befragt sowie probeweise auf den Föderalismusverfassungsrechtsdiskurs angewendet. Es handelt sich um die Aufsätze „*Anthropomorphism and Trope in the Lyric*“ (s. u. II.) sowie „*Reading (Proust)*“ (s. u. IV.). Zuvor sollten – aus wissenschaftsethischen Gründen – einige Worte zur Biographie de Mans fallen (s. u. I.).

## **I. Vorbemerkung: zur antisemitischen Publikationstätigkeit von Paul de Man (I)**

Die literaturtheoretisch reflektierte literaturwissenschaftliche Arbeit von Paul de Man kann als Teil des ‚westlichen‘ Kanons der Literaturtheorie gelten: In Überblickswerken zur Literaturtheorie wird de Man häufig als wichtiger Vertreter *einer* Spielart der sog. ‚Dekonstruktion‘ (hierzu sogleich II. 3. c)) vorgestellt.<sup>3319</sup> In

<sup>3319</sup> Vgl. exemplarisch die Überblicks- und Einführungsdarstellungen von D. Martyn, in: H. Brackert/J. Stückrath (Hrsg.), *Literaturwissenschaft. Ein Grundkurs*, Reinbek bei Hamburg 1992, S. 664 (670 ff.); C. Pross/G. Wildgruber, in: H. L. Arnold/H. Detering (Hrsg.), *Grundzüge der Literaturwissenschaft*, München 1996, S. 409 ff.; M. Schmitz-Emans, in: U. Schmid (Hrsg.), *Literaturtheorien des 20. Jahrhunderts*, Stuttgart 2010, S. 99 ff.; O. Simons, *Literaturtheorien zur Einführung*, 2. Aufl., Hamburg 2014, S. 94 ff., 105 ff.; N. A. Sütterlin, in: O. Jahraus (Hrsg.), *Zugänge zur Literaturtheorie*, Stuttgart 2016, S. 84 ff.; etwas breiter die

den 1970er Jahren führte de Mans spezifische Beschäftigung mit Literatur (hierzu sogleich II.) zu einer gewissen akademischen ‚Leserevolution‘.<sup>3320</sup> Ausgehend von der sog. ‚Yale School‘ der Dekonstruktion<sup>3321</sup> erfasste diese zunächst den literaturwissenschaftlichen Diskurs in den USA. In den 1980er und 1990ern Jahren gelangte sie – deutlich abgeschwächt – auch in den deutschsprachigen Raum.<sup>3322</sup>

---

Darstellung der „Dekonstruktion“ bei A. Geisenhanslüke, Einführung in die Literaturtheorie, 6. Aufl., Darmstadt 2013, S. 90 ff. (dort neben Derrida und de Man auch zu Lyotard, Deleuze, Kristeva und Bloom).

<sup>3320</sup> Als exemplarischer Ausdruck hiervon kann eine Äußerung von Wlad Godzich dienen: „Once upon a time, we all thought we knew how to read, and then came de Man“ (W. Godzich, in: P. de Man, Blindness and Insight. Essays in the Rhetoric of Contemporary Criticism, 2. Aufl., Oxon, U.K., 1983, S. XV [XVII]); hierzu auch I. Augsberg, Die Lesbarkeit des Rechts. Texttheoretische Lektionen für eine postmoderne juristische Methodologie, Weilerswist 2009, S. 15, dort in Fn. 25. Godzichs hyperbolisch zugespitzte Aussage fügt sich in die Berichte über die übertrieben-peinliche „Vergottung“ de Mans durch viele ‚Schülerinnen‘ und ‚Schüler‘ sowie Kolleginnen und Kollegen bis 1987, u.a. auch als „Yoda-Figur“ in den „Sternenkriegen der Theorie“ (Geoffrey Hartman), hierzu referierend E. Knörer, Merkur 68 (2014), 823 (824), m.w.N. Knörer weist a.a.O. darauf hin, dass das Bild de Mans unter Kolleginnen und Kollegen und Studierenden neben der fachlichen Achtung durch positive ‚menschliche‘ Eigenschaften (großzügig, bescheiden, [selbst-]ironisch, warmherzig-zugewandt, obschon zugleich auch distanziert) geprägt gewesen sei; beachte in diesem Zusammenhang allerdings die a.a.O. (kritisch) rezensierte Biographie E. Barish, The Double Life of Paul de Man, New York, N.Y., U.S.A., u.a., 2014, deren Fokus darauf liegt, über die antisemitische Publikationstätigkeit hinaus (hierzu sogleich) eine Kluft zwischen de Mans ‚offizieller‘ sozialer Erscheinung einerseits und seinem verdeckten (z. T. nach gängigen westlichen Moralstandards ‚unmoralischen‘ und teilweise gar kriminellen) Doppelleben (Stichworte: Bigamie, Hochstapelei, Urkundenfälschung) andererseits zu zeichnen (freilich reicht Barish‘ Biographie nur bis zu de Mans Ruf an die Cornell University in den 1960er Jahren). Während die antisemitische Publikationstätigkeit de Mans als wissenschaftsethisch relevant zu betrachten ist, kann das für die von Knörer berichteten und von Barish biographisch untersuchten Aspekte des sozialen Umgangs und des Privatlebens freilich nicht gelten.

<sup>3321</sup> Vgl. O. Simons, Literaturtheorien zur Einführung, 2. Aufl., Hamburg 2014, S. 105: Zur ‚Yale School‘, „der amerikanischen Schule des Dekonstruktivismus“, werden neben de Man Harold Bloom, Geoffrey Hartman und J. Hillis Miller gezählt; umfassend: M. Redfield, Theory at Yale. The Strange Case of Deconstruction in America, New York, N.Y., U.S.A., 2016.

<sup>3322</sup> Wichtige Schlaglichter für die (frühe) Rezeption de Mans in Deutschland sind etwa die Arbeiten von Werner Hamacher (W. Hamacher, in: D. Wellbery [Hrsg.], Positionen der Literaturwissenschaft. Acht Modellanalysen am Beispiel von Kleists Das Erdbeben in Chili, München 1985, S. 149 ff.) und Harro Müller (u. a. H. Müller, in: Merkur 40 (1986), 108 ff.; ders., in: K.-H. Bohrer (Hrsg.), Ästhetik und Rhetorik. Lektüren zu Paul de Man, Frankfurt a.M. 1993, S. 98 ff.). In diesen Beispielen wird die Bedeutung der Kleist-Lektüre für die de Man-Rezeption im deutschsprachigen Raum deutlich. Ein weiterer Schwerpunkt deutschsprachiger dekonstruktivistischer Literaturbeschäftigung, auch in partiellem Anschluss an de Man (und v.a. an de Man-‚Schülerinnen‘ wie Barbara Johnson und Gayatri Chakravorty Spivak) sind bestimmte frühe Arbeiten des dekonstruktivistischen Feminismus, etwa von Barbara Vinken und Bettine Menke, vgl. das Vorwort und Nachwort in B. Vinken (Hrsg.), Dekonstruktiver Feminismus. Literaturwissenschaft in Amerika, Frankfurt a.M. 1992.



Es ist nicht üblich, in einer wissenschaftlichen Studie, die auf theoretische Arbeiten eines Wissenschaftlers zurückgreift, etwas über dessen Biographie auszuführen. Vorliegend ist von diesem Grundsatz eine gegenständlich eng beschränkte<sup>3323</sup> Ausnahme zu machen, da bestimmte publizistische Tätigkeiten de Mans Anlass geben, auch seine wissenschaftliche Arbeit aus wissenschaftsethischer Perspektive grundlegend zu hinterfragen: Kurz nach seinem Tod (1983) wurde im Jahr 1987 bekannt, dass der in Antwerpen geborene de Man in den Jahren 1940 bis 1942, in der Phase der Besetzung Belgiens durch deutsche Truppen im Zweiten Weltkrieg, kulturjournalistische Texte für die Zeitungen „*Le Soir*“ und „*Het Vlaamsche Land*“ verfasst hatte. Viele dieser Texte waren NS-linientreu und kollaboratistisch; vereinzelt enthalten sie ausdrücklich antisemitische Aussagen.<sup>3324</sup> Wie de Mans in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts erarbeitetes wissenschaftliches Werk vor dem Hintergrund dieser Publikationstätigkeit (neu) zu bewerten ist, wird in der literaturwissenschaftlichen Fachwelt sehr unterschiedlich eingeschätzt. Diese Problematik ist für die vorliegende Studie deshalb relevant, weil einigen Kommentatorinnen und Kommentatoren die Diskussion zum Anlass genommen haben, de Mans Theoriebeiträge als insgesamt (wissenschafts-)ethisch unverantwortliches Projekt zu charakterisieren (was auch die vorliegend angestrebte interdisziplinäre Übertragung fragwürdig erscheinen lassen könnte). Auf diese Frage ist vorliegend sinnvollerweise erst einzugehen (s.u. C. II.), nachdem einige Grundzüge von de Mans literaturtheoretischem Denken skizziert worden sind.

---

<sup>3323</sup> S. auch die Bemerkung in Fn. 3320 a. E. Ähnliches Vorgehen etwa bei I. Augsberg, Die Lesbarkeit des Rechts. Texttheoretische Lektionen für eine postmoderne juristische Methodologie, Weilerswist 2009, S. 21 (dort in Fn. 48). Anderes Vorgehen („bewusster“ Verzicht, die Debatte aufzugreifen) etwa bei V. Jackson, Dickinson's Misery. A Theory of Lyric Reading, Princeton, N.J., U.S.A., u.a. 2005, S. 258 (dort in Fn. 66); ähnlich – letztlich aber selbstwidersprüchlich, da doch stellungnehmend – M. Cebulla, Wahrheit und Authentizität. Zur Entwicklung der Literaturtheorie Paul de Mans, Stuttgart 1992, S. 1 (dort in Fn. 1): „Da der ideologische Gehalt dieser Artikel und der latente Antisemitismus einzelner Passagen in keiner Beziehung zur späteren Literaturtheorie de Mans stehen, wird in dieser Arbeit auf eine Stellungnahme zur mittlerweile abgeschlossenen Diskussion verzichtet.“

<sup>3324</sup> Deutlich antisemitisch ist der Essay „*Les Juifs dans la Littérature actuelle*“ (*Le Soir* v. 4. März 1941) sowie ein Beitrag, in welchem de Man expressionistische Kunst – in pejorativer Stoßrichtung – als vergeistigt-abstrakt-unnatürlich charakterisiert und v.a. jüdischen Künstlerinnen und Künstlern zuschreibt (*Het Vlaamsche Land* v. 20. August 1942); Abdruck der Beiträge in *P. de Man, Wartime Journalism, 1939–1943*, hrsg. v. W. Hamacher/N. Hertz/T. Keenan, Lincoln, Neb., U.S.A., 1988; Einzelheiten zu den beiden genannten Artikeln bei E. Barish, *The Double Life of Paul de Man*, New York, N.Y., U.S.A., u.a., 2014, S. 117 ff. bzw. S. 131; zum erstgenannten Artikel („*Les Juifs dans la Littérature actuelle*“) auch C. Menke, in: ders. (Hrsg.), *Paul de Man. Die Ideologie des Ästhetischen*, Frankfurt a.M. 1993, S. 265 (271 f.).

## II. Paul de Man:

### „*Anthropomorphism and Trope in the Lyric*“

In dem Essay „*Anthropomorphism and Trope in the Lyric*“ (1984)<sup>3325</sup>, welcher zum Kanon der ‚westlichen‘ ‚Lyrik‘-Theorie gezählt wird<sup>3326</sup>, stellt de Man den Anthropomorphismus als das vorherrschende „Interpretationssystem“<sup>3327</sup> der ‚westlichen‘ ‚Lyrik‘ vor. Die Grundaussage in de Mans Aufsatz ist, dass der Anthropomorphismus *nicht* lediglich ein punktuell rhetorisches Stilmittel für die Verfasserinnen und Verfasser lyrischer Texte, sondern – großflächiger und basaler angesetzt – ein wirkmächtiges Muster beim Interpretieren von (insbesondere) ‚lyrischen‘ Texten sei<sup>3328</sup>: Das interpretative Verfahren des Anthropomorphismus, also das Verfahren der sprachlich-interpretativen Vermenschlichung sei am Werk, wenn „wir“<sup>3329</sup> Texte als ‚lyrische‘ Texte lesen. Diese Lektürehaltung zeige sich insbesondere daran, wenn „wir“ Texten eine fiktionale Sprech-Instanz, ein sog. ‚lyrisches Ich‘, entnehmen.

### 1. ‚Lyrische‘ und ‚nicht-lyrische‘ Gedichte

Das Verfahren des Anthropomorphismus als Interpretationsmuster zeige sich in einem interpretativen Vorgang, den de Man als „*lyrical reading*“<sup>3330</sup> bezeichnet: Als „*lyrical reading*“ beschreibt er die traditionell wirkmächtige Lesart, mit welcher weite Teile der (‚westlichen‘) Literaturwissenschaft kürzeren Texten in Versform, die wir gemeinhin als ‚Lyrik‘ und ‚Gedichte‘ kennen, begegnet. De Man zeigt an Bei-

<sup>3325</sup> P. de Man, in: *The Rhetoric of Romanticism*, New York, N.Y., U.S.A., 1984, S. 239 ff. Der Aufsatz entstand kurz vor de Mans Tod im Jahr 1983: Laut der „*Notes on Permissions*“ zum Band „*The Rhetoric of Romanticism*“ wurde der Essay – anders als die Mehrzahl der übrigen dort versammelten Essays – eigens für diesen Band geschrieben und nicht mehr final durch de Man abgenommen, vgl. a. a. O., S. 322; vgl. auch de Mans entsprechende Bemerkung im Vorwort: „*I agreed to write two new essays partly to indicate how I would approach such material [European romantic and post-romantic literature] today*“, P. de Man, in: *The Rhetoric of Romanticism*, New York, N.Y., U.S.A., 1984, S. VII (VII). Zum Begriff der ‚Romantik‘ s. u. 3. b).

<sup>3326</sup> Dies zeigt die Besprechung in Überblickswerken wie V. Jackson/Y. Prins, *The Lyric Theory Reader. A Critical Anthology*, Baltimore, Md., U.S.A., 2014, S. 270 ff., 291 ff.; oder J. D. Culler, *Theory of the Lyric*, Cambridge, Mass., U.S.A., 2015, S. 78 ff.

<sup>3327</sup> P. de Man, in: *The Rhetoric of Romanticism*, New York, N.Y., U.S.A., 1984, S. 239 (242): „*systems of interpretations such as anthropomorphisms*“.

<sup>3328</sup> Hier findet also eine weitgehende Umstellung der Betrachtung von der Produktions- auf die Rezeptionsebene statt.

<sup>3329</sup> De Man spricht vereinzelt ausdrücklich in der ersten Person *Plural*: P. de Man, in: *The Rhetoric of Romanticism*, New York, N.Y., U.S.A., 1984, S. 239 (261): „*What we call the lyric [...]*“. Dieses „wir“ ist zu verstehen mit Blick auf de Mans westernistische Verankerung als ein Literaturwissenschaftler, der sich v. a. mit englischer, französischer und – weniger intensiv – deutscher Literatur, insbesondere des 18. bis 20. Jahrhunderts beschäftigt.

<sup>3330</sup> P. de Man, in: *The Rhetoric of Romanticism*, New York, N.Y., U.S.A., 1984, S. 239 (254 f., 260 ff.).

spielen auf, dass diese Lesart einerseits zwar keineswegs alternativlos ist, sondern vielmehr immense ideologische Kraft (Gewalt) ausübt und Polyvalenzen der Texte unreflektiert einebnet. Andererseits kommt es ihm jedoch auch darauf an, nachzuweisen, dass die „Möglichkeit einer anthropomorphen (Fehl)Lektüre“ in der ‚rhetorischen‘ Struktur der (fehl)gelesenen Texte selbst durchaus angelegt ist.<sup>3331</sup>

### a) Lyrik und Nicht-Lyrik bei Baudelaire

Zur Illustration stellt de Man zwei kurze Texte von Charles Baudelaire nebeneinander, um vorzuführen, dass zwischen diesen Texten eine bestimmte intertextuell-interpretative<sup>3332</sup> Beziehung besteht, welche das „lyrische Lesen“ exemplarisch veranschaulichen könne. Es handelt sich um die beiden Sonette „*Correspondances*“ und „*Obsession*“, welche 1857 in der Gedichtsammlung „*Les fleurs du mal*“ erschienen sind und unter anderem<sup>3333</sup> von Friedhelm Kemp ins Deutsche übersetzt wurden:<sup>3334</sup>

#### *Correspondances*

*La Nature est un temple où de vivants piliers  
Laissent parfois sortir de confuses paroles;  
L'homme y passe à travers des forêts de symboles  
Qui l'observent avec des regards familiers.*

#### Entsprechungen

Die Natur ist ein Tempel, wo aus lebendigen Pfeilern  
zuweilen wirre Worte dringen;  
der Mensch geht dort durch Wälder von Symbolen  
die mit vertrauten Blicken ihn beobachten.

<sup>3331</sup> P. de Man, in: *The Rhetoric of Romanticism*, New York, N.Y., U.S.A., 1984, S. 239 (247): „the possibility of anthropomorphic (mis)reading is part of the text and part of what is at stake in it“.

<sup>3332</sup> ‚Intertextualität‘ verstanden als (interpretative) „Bewegung“, „Kraft“ oder „Gewalt“ zwischen zwei Texten: vgl. P. de Man, in: *The Rhetoric of Romanticism*, New York, N.Y., U.S.A., 1984, S. 239 (261): „motion that takes us from the earlier to the later text“, „the power that takes one from one text to the other is [...] the sheer blind violence“, a. a. O. (262).

<sup>3333</sup> Weitere Übersetzung etwa durch Stefan George; s. den Abdruck der Übersetzung Georges in der deutschen Ausgabe von „Anthropomorphismus und Trope in der Lyrik“ in: P. de Man, in: *Allegorien des Lesens*, Frankfurt a.M. 1988, S. 179 (203 f.); vorliegend wird überwiegend mit der Übersetzung von Friedhelm Kemp gearbeitet, da diese interlinearer (oder untechnisch und simplifizierend ausgedrückt: ‚originaltreuer‘) vorgeht; vgl. nur die Übersetzung von Vers 1 („*La Nature est un temple où de vivants piliers*“) bei George: „Aus der natur belebten tempelbaun“ – George entfernt sich hier erheblich von der Interlinearversion (also Wort-für-Wort-Übersetzung) und formt die beiden in Reihe geschalteten Tropen (erstens „temple“ für „nature“; und zweitens „vivants piliers“ [für „temple“]) in ein einziges ausdrückliches Paradox („belebten tempelbaun“) um. Diese Komprimierung unterdrückt tropologische Bedeutungsmöglichkeiten (s. u. 3. d)). Zum Begriff und den Schwierigkeiten der „Interlinearversion [...] als ‚Ideal aller Übersetzung‘“: W. Benjamin, in: ders., *Gesammelte Schriften*, hrsg. v. R. Tiedemann/H. Schweppenhäuser, Bd. IV/1, Frankfurt/Main 1972 [1921], S. 9 (21); hierzu M. May, in: E. Zemanek/A. Nebrig (Hrsg.), *Komparatistik*, Berlin 2012, S. 115 (126 f.).

<sup>3334</sup> Original und Übersetzung entnommen aus: C. Baudelaire, *Les fleurs du mal*. Die Blumen des Bösen, hrsg. u. übers. v. F. Kemp, München 1975 [1857], S. 22 f. u. 158 ff. Beachte, dass Kemps Übersetzung auf Versifizierung verzichtet; vorliegend wurden in der Gegenüberstellung mit dem Original an den sich aus der Interlinearversion (s. o. Fn. 3333) ergebenden Stellen Zeilenumbrüche eingefügt.

*Comme de longs échos qui de loin se confondent  
Dans une ténébreuse et profonde unité,  
Vaste comme la nuit et comme la clarté,  
Les parfums, les couleurs et les sons se répondent.*

*Il est des parfums frais comme des chairs d'enfants,  
Doux comme les hautbois, verts comme les prairies,  
– Et d'autres, corrompus, riches et triomphants,*

*Ayant l'expansion des choses infinies,  
Comme l'ambre, le musc, le benjoin et l'encens,  
Qui chantent les transports de l'esprit et des sens.*

### Obsession

*Grands bois, vous m'effrayez comme des cathédrales;  
Vous hurlez comme l'orgue; et dans nos cœurs maudits,  
Cahmbres d'éternel deuil où vibrent de vieux râles,  
Répondent les échos de vos De profonds.*

*Je te hais, Océan! tes bonds et tes tumultes,  
Mon esprit les retrouve en lui; ce rire amer  
De l'homme vaincu, plein de sanglots et d'insultes,  
Je l'entends dans le rire énorme de la mer.*

*Comme tu me plairais, ô nuit! sans ces étoiles  
Dont la lumière parle un langage connu!  
Car je cherche le vide, et le noir, et le nu!*

*Mais les ténèbres sont elles-mêmes des toiles  
Où vivent, jaillissant de mon œil par milliers,  
Des êtres disparus aux regards familiers.*

Wie langer Hall und Widerhall, die fern vernommen  
in eine finstere und tiefe Einheit schmelzen,  
weit wie die Nacht und wie die Helle,  
antworten die Düfte, Farben und Töne einander.

Düfte gibt es, frisch wie das Fleisch von Kindern,  
stieß wie Hoboen, grün wie Wiesen,  
– und andere, zersetzt, üppig und triumphierend,

Ausdehnend sich Unendlichkeiten gleich,  
so Ambra, Moschus, Benzoe und Weihrauch,  
die die Verzückungen des Geistes und der Sinne singen.

### Besessenheit

Große Wälder, ihr erschreckt mich wie Kathedralen;  
ihr heult wie die Orgel; und in unsren verfluchten Herzen,  
Kammern ewiger Trauer, wo alte Röchellaute beben,  
tönt euren De Profundis dumpfe Antwort wider.

Ich hasse dich, Ozean! dein Wogen und Toben  
muß ich in meinem Geiste wiederfinden; Dies bittere Lachen  
des besieigten Menschen, voller Schluchzen und Schmähungen,  
Ich höre es in des Meeres ungeheuren Lachen.

Wie wärest du mir lieb, o Nacht! ohne jene Sterne,  
Deren Licht eine bekannte Sprache spricht!  
Denn ich suche die Leere, und die Schwärze und die Nacktheit!

Doch die Finsternisse sind selbst Gemälde,  
aus denen, meinen Augen zu Tausenden entspringend,  
Dahingegangene lebendig mich anschauen mit vertrauten Blicken!

Mit Blick auf ihre ‚äußere‘ Form als Sonette sind sich die beiden Texte sehr ähnlich. Dennoch kontrastiert de Man die beiden Texte scharf: Der Text „*Correspondances*“ als solcher sei *kein* lyrischer Text.<sup>3335</sup> Der Text „*Obsession*“ hingegen sei lyrisch: De Man behauptet, dass der Text „*Obsession*“ eine „lyrische Lektüre“ („*lyrical reading*“) des Texts „*Correspondances*“ darstelle.<sup>3336</sup> De Man stellt „*Correspondances*“ als den *nicht*-lyrischen „Infra-Text“ „unter“ dem lyrischen Text „*Obsession*“ vor.<sup>3337</sup> De Mans (heuristisch-, bildliche<sup>3338</sup>) Annahme ist, dass Baudelaire selbst<sup>3338</sup> seinen Text „*Correspondances*“ in spezifischer – nämlich lyrischer – Weise liest, um das Gelesene sodann in einem neuen, diesmal explizit lyrischen Text (nämlich „*Obsession*“) niederzuschreiben – verkürzt: „*Obsession*“ liest „*Corre-*

<sup>3335</sup> De Man deutlich: „*All we know is that it [„Correspondances“] is, emphatically, not a lyric“*, P. de Man, in: *The Rhetoric of Romanticism*, New York, N.Y., U.S.A., 1984, S. 239 (261).

<sup>3336</sup> Vgl. P. de Man, in: *The Rhetoric of Romanticism*, New York, N.Y., U.S.A., 1984, S. 239 (252 f., 254).

<sup>3337</sup> Vgl. P. de Man, in: *The Rhetoric of Romanticism*, New York, N.Y., U.S.A., 1984, S. 239 (262); dazu J. D. Culler, *Theory of the Lyric*, Cambridge, Mass., U.S.A., 2015, S. 81: „*ur-text*“.

<sup>3338</sup> Ob de Man hier Charles Baudelaire als historischen Menschen oder nicht eher als ein literaturkritisches Konstrukt versteht, soll an dieser Stelle dahinstehen; s. aber unten Fn. 3346; s. auch unten b) bb).

*spondances*“ lyrisch.<sup>3339</sup> Aus Nicht-Lyrik („*Correspondances*“) wird Lyrik („*Obsession*“).

Um zu verdeutlichen, weshalb er „*Correspondances*“ als ‚nicht-lyrisch‘, „*Obsession*“ jedoch als ‚lyrisch‘ bezeichnet, kontrastiert de Man zunächst Form und Ausdrucksweise der beiden Texte: Während „*Correspondances*“ nüchtern mit einfachen, deklarativen und objektiven Aussagesätzen („*La Nature est un temple*“) daherkommt, ist „*Obsession*“ stark subjektivistisch verfasst und reich an aufdringlichen<sup>3340</sup> ‚rhetorischen Mitteln‘<sup>3341</sup>: So wartet „*Obsession*“ mit Apostrophen (das heißt: mit der Adressierung von Objekten, beispielsweise der Wälder: „*Grand bois, vous [...]*“), mit Ausrufungen („*ô nuit!*“) und mit Anthropomorphismen auf.<sup>3342</sup> Als Beispiel für einen Anthropomorphismus in „*Obsession*“ dient de Man dessen erste Strophe, in welcher den Wäldern die Fähigkeit zugesprochen wird, einen „*de profundis*“-Gesang aufzuführen: „*Grand bois, [...] vos De profundis*“. Mit dem „*de profundis*“-Gesang wird eine flehend-büßerische Rede der christlichen Tradition in Bezug genommen, wie sie in Psalm 130 präsentiert wird: „*De profundis clamavi ad te, Domine*“. Die Wälder singen also nicht nur ‚irgendetwas‘, sie adressieren Gott – kommen also ‚ureigen‘ menschlich daher.<sup>3343</sup>

#### b) Zum Begriff ‚Lyrik‘

Wenn de Man zwar „*Obsession*“, nicht jedoch „*Correspondances*“ als ‚lyrisch‘ bezeichnet, so nimmt er einen *engen* Begriff von ‚Lyrik‘ in Bezug:

<sup>3339</sup> De Man personifiziert wahlweise mal das Gedicht („*The opening of ‚Obsession‘ reads ‚Correspondances‘ [...]*“, mal den Autor(?) („*Baudelaire’s own lyrical reading of ‚Correspondances‘, however, produced at least a text [...]*“, P. de Man, in: *The Rhetoric of Romanticism*, New York, N.Y., U.S.A., 1984, S. 239 (254); ähnlich a. a. O. (247).

<sup>3340</sup> „*Obsession*“ ist insoweit hyperbolisch und aktualisiert somit *par excellence* eines der vier unten – in Anschluss an Culler – vorgestellten Momente des Lyrischen (s. u. b) cc)).

<sup>3341</sup> ‚Rhetorisch‘ hier verstanden als *bewusster* Einsatz von *punktuellen* Stil-Mitteln, um besondere *Effekte* zu erzielen. Dies ist zu unterscheiden von ‚rhetorisch‘ im unten näher vorgestellten Sinn als Kennzeichnung des rhetorisch-trop(olog)ischen Charakters der menschlichen Sprache *überhaupt* – s. u. 2. a) cc)).

<sup>3342</sup> Vgl. P. de Man, in: *The Rhetoric of Romanticism*, New York, N.Y., U.S.A., 1984, S. 239 (243), zu „*Correspondances*“, und a. a. O. (253, 255 f.) zu „*Obsession*“.

<sup>3343</sup> Vgl. P. de Man, in: *The Rhetoric of Romanticism*, New York, N.Y., U.S.A., 1984, S. 239 (255 f.); de Man charakterisiert den „*de profundis*“-Gesang zudem als „aurale Metonymie für den Tod“ und spricht mit der Fähigkeit zur Reflexion über die eigene Sterblichkeit eine weitere inhärente menschliche Kondition an, welche in „*Obsession*“ auf die Wälder übertragen werden.

## aa) Lyrik i. e. S.: Wirkungskraft des ‚lyrischen Ichs‘

‚Lyrik‘ in diesem engen Sinn bezieht de Man auf Texte, in denen die „Instanz der repräsentierten Stimme“ („*the instance of represented voice*“<sup>3344</sup>) zentral ist. Es geht um Texte, denen ein fiktives sprechendes ‚lyrisches Ich‘ (ein „*speaker of the poem*“<sup>3345</sup>) entnommen werden kann. In „*Obsession*“ tritt ein solches „ich“ bereits im ersten Vers in einer „(m)ich“-„ihr“-Konstellation ausdrücklich hervor: „*Grands bois, vous m’effrayez [...]*“ – „Große Wälder, ihr erschreckt mich [...]“. In einer Apostrophe (Ansprache) werden die Wälder durch ein ‚lyrisches Ich‘ adressiert. Demgegenüber sucht man in „*Correspondances*“ vergeblich nach dem Pronomen „ich“.

Dabei ist zu beachten, dass die Vorstellung von einem ‚lyrischen Ich‘ als prägendem Charakteristikum der Lyrik – v. a. im Bereich der Literaturdidaktik<sup>3346</sup> – so wirkmächtig ist, dass es häufig nicht nur in Texten gesucht wird, die wie „*Obsession*“ ausdrücklich-wörtlich das Pronomen „ich“, eine ausdrückliche Subjekt-Objekt-Struktur der Apostrophe (Ansprache) oder andere „Signale“ für eine Sprecherinstanz (lyrisches Präsens, Demonstrativpronomen und Ortsadverbien) enthalten; das ‚lyrische Ich‘ als angebliche „Tiefenstruktur“ wird vielmehr auch in sonstige (kurze) versierte Texte hinein-gelesen, sofern sich diese nicht deutlich als ‚Epik‘ oder ‚Dramatik‘ aufdrängen.<sup>3347</sup> Ein enger Begriff von ‚Lyrik‘ wird „gewalttätig“ und „blind“<sup>3348</sup> auch auf Texte angewendet, für deren Analyse er u. U. kaum geeignet ist. So wird teilweise auch der Text „*Correspondances*“ gelesen, als ob darin ein (fiktiver) Sprecher vortragen (oder zumindest „sehen“ und „riechen“) würde.<sup>3349</sup>

<sup>3344</sup> P. de Man, in: *The Rhetoric of Romanticism*, New York, N.Y., U.S.A., 1984, S. 239 (261); Übersetzung R.D.N.; Werner Hamacher übersetzt diese Wendung nicht mit „Instanz der repräsentierten Stimme“, sondern mit „Sprache der repräsentierten Stimme“, P. de Man, in: *Allegorien des Lesens*, Frankfurt a.M. 1988, S. 179 (201); „*instance*“ ist (stärker als das deutsche ‚Instanz‘) mehrdeutig („Instanz“, ‚Beispiel‘, ‚Vorgang‘, ‚Dringlichkeit‘, etc.), worauf es de Man sicherlich auch ankam.

<sup>3345</sup> Kritisch-referierend zu diesem Zugang („*speaker of the poem*“, „*imitation speech act*“, „*fictive speech by an imagined speaker*“) mit Blick auf die US-amerikanische Literaturwissenschaft und v. a. Literaturdidaktik J. D. Culler, *Theory of the Lyric*, Cambridge, Mass., U.S.A., 2015, S. 109 ff., m. w. N.

<sup>3346</sup> Dazu eben in Fn. 3345; s. auch Fn. 3350 a.E.; vgl. auch P. de Man, in: *The Rhetoric of Romanticism*, New York, N.Y., U.S.A., 1984, S. 239 (261), mit der ironischen Bemerkung, Baudelaire habe seine beiden oben näher besprochenen Sonette „mit Sicherheit nur für den Nutzen künftiger Lehrender verfasst“.

<sup>3347</sup> Zu dieser „tiefenstrukturell[e] Verwendung des Begriffs“ des ‚lyrischen Ichs‘ referierend K. Müller-Dyes, in: H. L. Arnold/H. Detering (Hrsg.), *Grundzüge der Literaturwissenschaft*, München 1996, S. 323 (336), welcher als Theoretiker dieses Ansatzes K. H. Spinner, *Zur Struktur des lyrischen Ich*, Frankfurt a.M. 1975 (hierzu unten bei Fn. 3364), hervorhebt; vgl. auch H. Schlaffer, in: *Poetica* 27 (1995), 38 (39).

<sup>3348</sup> P. de Man, in: *The Rhetoric of Romanticism*, New York, N.Y., U.S.A., 1984, S. 239 (262): „*the sheer blind violence*“.

<sup>3349</sup> Zu einem sehenden und riechenden ‚lyrischen Ich‘ in „*Correspondances*“ S. Pines, *Pariser Schnappschüsse. Sehen und Blindheit bei Baudelaire*, München 2014, S. 14 f.: „Doch wie lässt sich diese Konzentration auf den Blick in den *Fleurs du Mal* rechtfertigen? [...] in

## bb) Vielfältige Vorstellungen von lyrischer Subjektivität

Bei alledem ist freilich anzuerkennen, dass Konzeptionen von ‚Lyrik‘, die um das ‚lyrische Ich‘ und lyrische Subjektivität kreisen, durchaus vielgestaltig daherkommen und z. T. theoretisch stark reflektiert, verfeinert, relativiert und erweitert wurden.<sup>3350</sup> Die von de Man (analytisch, nicht affirmativ-regelpoetisch<sup>3351</sup>) in Bezug genommene Vorstellung einer „Instanz der repräsentierten Stimme“ (s. o. aa)) ist dabei eher eine krude – aber eben fundamental wirkkräftige – Variante.

Subjektivistische ‚Lyrik‘-Konzeptionen wurzeln insbesondere in der subjektivistischen Poetik der ‚Romantik‘ i. w. S. (s. sogleich 3. b)) und in der Philosophie des deutschen Idealismus<sup>3352</sup>: So wurde Lyrik teilweise als (geformter) Ausdruck des Erlebens und Empfindens der empirischen Autorin oder des Autors selbst begriffen (‚Erlebnislyrik‘).<sup>3353</sup> Georg Wilhelm Friedrich Hegel konzipierte Lyrik – in den

---

*Correspondances* erblickt das lyrische Ich Symbole, „qui l’observent avec des regards familiers“ [...]“; und a. a. O., S. 127: „In Gedichten wie [...] *Correspondances* vermeint das lyrische Ich beim Betrachten der Umgebung [...] Weihrauch zu riechen.“ Bemerkenswert auch die Lesart von H. Weinrich, in: Literatur für Leser, Stuttgart 1971, S. 85 (89), welcher in Auseinandersetzung mit Baudelaire-Lektüren von Sartre, Brecht und Benjamin ‚in‘ „*Correspondances*“ (und Baudelaire’s Texten überhaupt) einen „Dandy und Existenzverweigerer“ (als ‚lyrisches Ich‘) auf dem Weg sieht. Laut P. de Man, in: The Rhetoric of Romanticism, New York, N.Y., U.S.A., 1984, S. 239 (254), habe Baudelaire selbst seinen Text „*Correspondances*“ so gelesen, als ob darin ein (fiktiver) Sprecher vortragen würde, und als Ergebnis dieser „lyrischen Lektüre“ den Text „*Obsession*“ erhalten und ‚niedergeschrieben‘. Zudem beschreibt P. de Man, a. a. O. (246), dass jedenfalls für die Mikroebene (hierzu unten 4. a)) des Texts „*Correspondances*“ ein „lyrisches Lesen“ verbreitet sei: „*The tradition of interpretation for this poem [„Correspondances“], which stresses the importance of Chateaubriand and of Gérard de Nerval [i. e., two major authors of French Romanticism] as sources, almost unanimously moves in that direction [i. e., an anthropomorphic, i. e. lyrical, reading of „forêts“]*“.

<sup>3350</sup> Allein im deutschsprachigen Raum hat dadurch allerdings die Vorstellung des ‚lyrischen Ichs‘ eine kaum überschaubare Fülle von Konzeptualisierungen erfahren, welche sich in ihren literaturtheoretischen Grundannahmen zum Teil ausdrücklich widersprechen: Überblick über die Variationen und Widersprüche bei: M. Martínez, in: H. Detering (Hrsg.), Autorschaft. Positionen und Revisionen, Stuttgart u. a. 2002, S. 376 (377 f.): „Flut von nicht nur verschiedenartigen, sondern einander ausschließenden Bestimmungen“, mit denen das ‚lyrische Ich‘ belegt wurde und wird; ähnlich auch H. Fricke/P. Stocker, in: Reallexikon der deutschen Literaturwissenschaft, Bd. II, 3. Aufl., Berlin u. a. 2000, S. 509 (510); dort insbesondere zu „Verwirrungen und Verflachungen im literaturkritischen und literaturdidaktischen Diskurs“.

<sup>3351</sup> Hierzu sogleich in und bei Fn. 3376.

<sup>3352</sup> Vgl. K. Müller-Dyes, in: H. L. Arnold/H. Detering (Hrsg.), Grundzüge der Literaturwissenschaft, München 1996, S. 323 (333 f.); J. D. Culler, Theory of the Lyric, Cambridge, Mass., U.S.A., 2015, S. 92 ff.

<sup>3353</sup> Vgl. referierend K. Müller-Dyes, in: H. L. Arnold/H. Detering (Hrsg.), Grundzüge der Literaturwissenschaft, München 1996, S. 323 (334), der diese Sicht mit „Goethes Individualitätsauffassung“ und dem „Ausdruck ‚Erlebnislyrik‘, der für Dilthey und Oskar Walzel den Inbegriff von Lyrik schlechthin bezeichnete“, in Verbindung bringt. Zu dieser Bemerkung von Müller-Dyes ist allerdings zu ergänzen, dass der wirkmächtigste Theoretiker der ‚Erlebnislyrik‘, Wilhelm Dilthey, das als „Erlebnis“ des lyrischen Subjekts im Gedicht Dargestellte keinesfalls mit dem von der empirischen Autorin oder vom empirischen Autor ‚tatsächlich‘ Er-



Worten des Herausgebers seiner „Vorlesungen über die Ästhetik“, Heinrich Gustav Hotho – als „Bedürfniß, sich auszusprechen und das Gemüth in der Aeufßerung seiner selbst zu vernehmen“<sup>3354</sup>. Dieses ‚Lyrik‘-Verständnis wird daher auch als „expressiv“ (expressivistisch) bezeichnet.<sup>3355</sup> In der Hegel-Rezeption wird betont, dass Hegel/Hotho damit freilich *nicht* gemeint habe, dass der Autor des Gedichts als empirisches Subjekt unmittelbar über sich als empirische Person spreche.<sup>3356</sup>

Im Verlauf der letzten zwei Jahrhunderte wurde die Vorstellung eines lyrischen Subjekts von diesen Wurzeln aus dem späten 18. und dem frühen 19. Jahrhundert abgelöst und modifiziert: Zu Beginn des 20. Jahrhunderts betonten Margarete Susman und Oskar Walzel deutlicher, als dies zuvor ausgesprochen (obschon bereits angedacht) worden war, dass das ‚lyrische Ich‘ von der ‚real‘-weltlichen Person der Autorin oder des Autors zu unterscheiden sei<sup>3357</sup>; Walzel wendete das ‚lyrische Ich‘ zudem auf ‚Rollengedichte‘<sup>3358</sup> und sogar auf ‚Dinggedichte‘<sup>3359</sup> an<sup>3360</sup> und be-

---

lebten gleichsetzt, vgl. *W. Dilthey*, Das Erlebnis und die Dichtung. Lessing – Goethe – Novalis – Hölderlin, 14. Aufl., Göttingen 1965, S. 138 f.: „Jedes poetische Werk [...] isoliert seinen Gegenstand aus dem Lebenszusammenhang und gibt ihm Totalität in sich selber“; hierzu *M. Martínez*, in: H. Detering (Hrsg.), Autorschaft. Positionen und Revisionen, Stuttgart u. a. 2002, S. 376 (380 f.). Auch bei Oskar Walzel ist die Verbindung zwischen ‚lyrischem Ich‘ und empirischer Autorperson durchaus aufgebrochen; siehe unten bei Fn. 3357.

<sup>3354</sup> *H. G. Hotho [G. W. F. Hegel]*, Vorlesungen über die Aesthetik, Bd. III, Berlin 1838, S. 422.

<sup>3355</sup> *J. D. Culler*, *Theory of the Lyric*, Cambridge, Mass., U.S.A., 2015, S. 75: „Hegel’s highly refined version of the expressive theory“.

<sup>3356</sup> Vgl. *M. Martínez*, in: H. Detering (Hrsg.), Autorschaft. Positionen und Revisionen, Stuttgart u. a. 2002, S. 376 (380): „Im Gedicht äußert sich also für Hegel keine private empirische Subjektivität, sondern ein ‚befreites Inneres‘, das als normatives Ideal vom privaten Ich des empirischen Autors zu unterscheiden ist. Hegel unterstellt zudem keineswegs, daß der lyrische Dichter stets als er selbst sprechen müsse“; vgl. *H. G. Hotho [G. W. F. Hegel]*, Vorlesungen über die Aesthetik, Bd. III, Berlin 1838, S. 420: „Die Poesie [...] macht [...] ein von jeder Zufälligkeit der Stimmungen gereinigtes Objekt, in welchem das befreite Innere zugleich in befriedigtem Selbstbewußtseyn frei zu sich zurückkehrt, und bei sich selber ist“.

<sup>3357</sup> Vgl. *M. Susman*, Das Wesen der modernen deutschen Lyrik, Stuttgart 1910, S. 16 ff.; *O. Walzel*, in: ders., Das Wortkunstwerk. Mittel seiner Erforschung, Leipzig 1926 [1916], S. 260 (270, 274), zur Ablösung des Erlebnisses von der Persönlichkeit des Dichters; hierzu referierend *M. Martínez*, in: H. Detering (Hrsg.), Autorschaft. Positionen und Revisionen, Stuttgart u. a. 2002, S. 376 (379 ff.), welcher betont, dass Susman und Walzel durchaus in einer Kontinuitätslinie mit Vordenkern wie Hegel und Dilthey stehen.

<sup>3358</sup> In einem ‚Rollengedicht‘ (*dramatic monologue*) tritt eine Figur als fiktionaler Sprecher hervor, vgl. *J. D. Culler*, *Theory of the Lyric*, Cambridge, Mass., U.S.A., 2015, S. 108, welcher betont, dass dies nur eine Möglichkeit der ‚Lyrik‘, nur ein mögliches Element der ‚Lyrik‘ sei.

<sup>3359</sup> Ein ‚Dinggedicht‘, so die klassische Begriffsbestimmung von *K. Oppert*, Deutsche Vierteljahrsschrift für Literaturwissenschaft und Geistesgeschichte 4 (1926), 747 (747 f.), sei „auf unpersönliche, episch-objektive Beschreibung eines Seienden angelegt“. Ein solcher Ansatz ist noch vereinbar mit der Vorstellung eines (eben beschreibenden) ‚lyrischen Ichs‘, welches dann freilich „unpersönlich“ daherkommen müsste. Jüngere Theorie-Ansätze legen ein verstärktes Augenmerk auf „Inständigkeit und Agency“ von ‚Dingen‘ und ‚Dinggedich-

hauptete, dass es „eigentlich einem ‚Er‘ gleichkomm[e]“<sup>3361</sup>. In einer eher kruden Form hat Barbara Herrnstein Smith ein Modell konzipiert, wonach in lyrischen Texten zwar nicht die Autorin oder der Autor selbst sprechen würden, wohl aber ein *fiktives* Subjekt; Lyrik *repräsentiere* persönliche Äußerungen, stelle persönliche Äußerungen *mimetisch* dar.<sup>3362</sup>

In Deutschland, aber auch international, hatte an der theoretischen ‚Verfeinerung‘ lyrischer Subjektivität die Habilitationsschrift von Käte Hamburger („Die Logik der Dichtung“ – erstmals 1957) einen wesentlichen Anteil: Das ‚lyrische Ich‘ wird darin als ein Aussagesubjekt vorgestellt, welches zum einen – insoweit noch ähnlich wie bei Smith – nicht zwingend mit der Person (und Biographie) der Autorin oder des Autors identisch sei, dessen Aussagen aber zum anderen – insoweit anders als bei Smith – nicht-mimetisch, nicht-fiktiv, nicht-repräsentiert, sondern als rein-selbst-bezügliche ‚Wirklichkeitsaussagen‘ der Selbstsetzung ohne fest determinierbare Verbindung zur ‚äußeren Wirklichkeit‘ daher kämen.<sup>3363</sup>

Andere haben die Betrachtung lyrischer Subjektivität noch deutlicher von der Seite der Produktion des lyrischen Texts (also von der ‚Welt‘ der Autorin oder des

---

ten‘, vgl. U. C. Steiner, in: R. Simon/N. Herres/C. Lörincz (Hrsg.), *Das lyrische Bild*, München 2010, S. 299 ff. – dann gerät aber die Vorstellung, dass das ‚lyrische Ich‘ das Zentrum eines Gedichts sei, erkennbar in Schwierigkeiten. Vielmehr treten die ‚Dinge‘ selbst als „subjekt- und weltbildende Entitäten“ in die Mitte, vgl. a. a. O. (305).

<sup>3360</sup> Vgl. O. Walzel, in: ders., *Das Wortkunstwerk. Mittel seiner Erforschung*, Leipzig 1926 [1916], S. 260 (271 ff.), zu Tendenzen der (gewissermaßen nur ‚formellen‘) „Entichung“ der Lyrik hin zu (gewissermaßen nur ‚formell‘) „ichloser Lyrik der Dinge und Menschen“, wobei aber eben „zuletzt fast gleichwertig [sei], ob [ein Dichter] diesen anderen oder dieses andere in der dritten Person auftreten läßt oder ob er ihm die Rechte der ersten schenkt“ (a. a. O. [274]).

<sup>3361</sup> O. Walzel, in: ders., *Das Wortkunstwerk. Mittel seiner Erforschung*, Leipzig 1926 [1916], S. 260 (270): „Das ‚Ich‘ der reinen Lyrik ist so wenig persönlich und subjektiv, daß es eigentlich einem ‚Er‘ gleichkommt.“

<sup>3362</sup> Vgl. B. H. Smith, *On the Margins of Discourse. The Relation of Literature to Language*, Chicago, Ill., U.S.A., 1978, S. 8 („*poems are pictures of utterances*“), S. 24 ff., 28 („*the poem as a fictive utterance*“); hierzu kritisch J. D. Culler, *Theory of the Lyric*, Cambridge, Mass., U.S.A., 2015, S. 110 f.

<sup>3363</sup> K. Hamburger, *Die Logik der Dichtung*, 2. Aufl., Stuttgart 1968, S. 217: „das lyrische Ich [ist] ein echtes, ein reales Aussagesubjekt“; S. 219: „es [gibt] kein exaktes, weder logisches noch ästhetisches, weder ein internes noch ein externes Kriterium [...], das uns darüber Aufschluß gäbe, ob wir das Aussagesubjekt des lyrischen Gedichtes mit dem Dichter identifizieren können oder nicht“, „[d]ie Form des Gedichtes ist die der Aussage, und dies bedeutet, daß wir sie als Erlebnisfeld des Aussagesubjekts erleben – [...] die lyrische Aussage [hat aber] keine Funktion in einem Wirklichkeitszusammenhang“; vgl. auch die Vorauf. : K. Hamburger, *Die Logik der Dichtung*, Stuttgart 1957, S. 162 ff., insbes. S. 166 f.: „das Aussagesubjekt [...] gibt seinen Willen kund, in einem anderen Bereiche sich geltend zu machen und gehört, ‚verstanden‘ zu werden als dem eines Wirklichkeitszusammenhangs“; hierzu sympathisierend-referierend J. D. Culler, *Theory of the Lyric*, Cambridge, Mass., U.S.A., 2015, S. 105 ff., welcher Hamburgers Ansatz v. a. als Versuch einordnet, lyrische Subjektivität zwischen einem kruden autorzentrierten Biographismus („Erlebnislyrik“) und einer kruden Fiktionalisierung (B. H. Smith) als linguistisches Ereignis eigener Art („*linguistic event of another type*“) zu verorten.

Autors) weg- und auf die Seite der *Rezeption* des lyrischen Texts (also zur Leserin oder zum Leser) hingelenkt: Lyrische Subjektivität werde durch die Leserin oder den Leser erzeugt; beispielsweise geht Kaspar H. Spinner davon aus, dass sich die Leserin oder der Leser, um den Text zu verstehen, im fiktionalen, „abstrakte[n] Ort Ich“ orientieren und sich die dort „geschaffene Blickrichtung in einer Art Simulation aneignen“ müsse.<sup>3364</sup> In ähnlicher Stoßrichtung, aber unter stärkerer Betonung der (auch innerlichen) „Nachsprechbarkeit“ durch die Leserin oder den Leser hat Heinz Schlaffer den „Merkvers“ formuliert: „Wer ist das Ich im Gedicht? – Jeder, der es spricht.“<sup>3365</sup>

Nach alledem ist es kaum möglich, allgemeinverbindlich zu konturieren, was lyrische Subjektivität bedeuten könnte – die konkurrierenden Zugänge sind hierfür zu unterschiedlich.<sup>3366</sup> Allerdings lässt sich festhalten, dass ‚Lyrik‘ häufig Texte bezeichnen soll, in oder mit denen ‚Subjektivität‘ sprachlich verhandelt wird – ‚Subjektivität‘ kommt dabei insgesamt komplex, mehrdimensional, manchmal auch schematisch, modellartig und erzwungen daher.

### cc) Lyrik i. w. S.: Vielfalt lyrischer Formen

Stellt man lyrische Subjektivität in das Zentrum des ‚Lyrik‘-Begriffs, so darf das jedenfalls nicht dazu führen, dass man die reichhaltige Vielfalt lyrischer Formen unterschätzt. Mit einem eingeeengten Fokus auf ein (angebliches) fiktives lyrisches Subjekt (auf eine „Instanz der repräsentierten Stimme“) könnte man nur einen Teil der Texte (sinnvoll) erfassen, die – jedenfalls seit der lyrischen Moderne (aber nicht erst seit der lyrischen Moderne<sup>3367</sup>) – als ‚Lyrik‘ behandelt werden. Lyrik ist (und war seit jeher) vielfältiger.<sup>3368</sup>

Freilich fällt es der Literaturwissenschaft schwer, eine Definition für einen ‚Lyrik‘-Begriff im *weiten* Sinn zu finden.<sup>3369</sup> Besonders brauchbar scheinen daher

<sup>3364</sup> Vgl. K. H. Spinner, *Zur Struktur des lyrischen Ich*, Frankfurt a. M. 1975, S. 18 f.; hierzu kritisch-referierend M. Martínez, in: H. Detering (Hrsg.), *Autorschaft. Positionen und Revisionen*, Stuttgart u. a. 2002, S. 376 (385).

<sup>3365</sup> H. Schlaffer, in: *Poetica* 27 (1995), 38 (38); hierzu kritisch-referierend M. Martínez, in: H. Detering (Hrsg.), *Autorschaft. Positionen und Revisionen*, Stuttgart u. a. 2002, S. 376 (385).

<sup>3366</sup> S. o. Fn. 3350.

<sup>3367</sup> Vgl. J. D. Culler, *Theory of the Lyric*, Cambridge, Mass., U.S.A., 2015, S. 115, der beispielsweise auch ‚bereits‘ Goethes „Heidenröslein“ (1789 [1770]) als ein Gedicht liest, welches nicht hinreichend durch das Modell der subjektiven Ausdruckslyrik und/oder der lyrischen Stimme erklärbar sei.

<sup>3368</sup> Dies ist beispielsweise das Hauptargument der Lyriktheorie von Jonathan D. Culler: vgl. J. D. Culler, *Theory of the Lyric*, Cambridge, Mass., U.S.A., 2015, S. 82, 90, 115: „*need for a broader conception of lyric, one not centered on a fictional speaker*“ (a. a. O., S. 115).

<sup>3369</sup> Bezeichnend etwa die aussageschwache Minimaldefinition, welche im Wesentlichen (bis auf das Definitionselement „Vers“) eine Negativdefinition ist, bei H. Fricke/P. Stocker, in:

Ansätze, die auf eine scharf gestochene Definition verzichten und stattdessen typologisch im Sinn des ‚Sandhaufentheorems‘ vorgehen: Es wird dann eine Reihe von typologischen Merkmalen (oder eher von Tendenzen oder Momenten oder Elementen) ausgemacht, die typischerweise, aber nicht zwingend bei Texten vorkommen, die ‚wir‘ als lyrische Texte behandeln: Einen solchen Ansatz hat u. a. Jonathan Culler (aus strukturalistisch-komparatistischer<sup>3370</sup> Perspektive) vorgelegt, in welchem er vier lyrische „Parameter“ (oder „Themen“) gruppiert: *erstens* das Thema der Enunziation und Stimmgebung („voicing“), *zweitens* einen präsentischen Ereignischarakter, *drittens* ein Moment des (potenziell) Ritualistisch-Performativen (der Wieder-Aufführbarkeit) und – *viertens* – ein Moment der verlegen machenden<sup>3371</sup> Übertreibung (Hyperbel).<sup>3372</sup> Besonders in der erstgenannten Tendenz (Enunziation und Stimmgebung) kann auch die – oben fokussierte – „Instanz der repräsentierten Stimme“ relevant werden. Culler betont allerdings nachdrücklich, dass das „Thema“ („topic“) der Enunziation und Stimmgebung in lyrischen Texten (i. w. S.) vielgestaltig daherkommen könne und gerade nicht auf eine krude Instanz der repräsentierten Stimme beschränkt sei: Es gebe lyrische Texte, in denen eine solche Stimme *nicht* ausgemacht werden könne, die aber dennoch das Moment der Stimmgebung verhandeln, etwa durch ihre besonderen rhythmischen Qualitäten und ihre Einladung zum Rezitiertwerden.<sup>3373</sup> Es komme nicht darauf an, sich vorzustellen, im lyrischen

---

Reallexikon der deutschen Literaturwissenschaft, Bd. II, 3. Aufl., Berlin u. a. 2000, S. 498: „Verstexte, die nicht episch oder dramatisch sind.“

<sup>3370</sup> Freilich mit deutlich ‚westernistischem‘ Fokus; dies zeigen bereits die von J. D. Culler, *Theory of the Lyric*, Cambridge, Mass., U.S.A., 2015, S. 10 ff., als „Induktions“-Material an den Anfang gestellten Sappho, Horaz, Petrarca, Goethe, Leopardi, Baudelaire, Lorca, Williams, Ashbery.

<sup>3371</sup> Zur lyrischen Produktion und Verhandlung von ‚Verlegenheit‘ näher ganz am Schluss der Studie § 12, C. III.

<sup>3372</sup> Zur Kurzdarstellung dieser „Parameter“, „organisiert nach vier Themen“, vgl. J. D. Culler, *Theory of the Lyric*, Cambridge, Mass., U.S.A., 2015, S. 34 ff. Vgl. i. Ü. etwa den „Elemente“-Ansatz von W. Killy, *Elemente der Lyrik*, 2. Aufl., München 1972, welcher folgende „Elemente der Lyrik“ ausmacht: „Natur“, „Addition, Variation, Summation“, „Zeit“, „Mythologie“, „Allegorie sowie Personifikation“, „Stimmung“, „Maske“ und „Kürze“. In einem ähnlichen Ansatz, einem „Mehrkomponentenmodell“, benennt E. Müller-Zettelmann, *Lyrik und Metalyrik*, Heidelberg 2000, S. 73 ff., sechs „Tendenzen“: (1) „Textkürze und Reduktion des Dargestellten“, (2) „erhöht[e] manifest[e] Artifizialität: Überstrukturierung“ (durch Versbildung und Klangstrukturen), (3) „erhöht[e] ästhetisch[e] Selbstreferentialität“, (4) „erhöht[e] Devianz“, (5) „erhöhte[e] epistemologische[e] Subjektivität“ und (6) „Generierung einer labilen ästhetischen Illusion“. Culler hält Müller-Zettelmanns Tendenzen für „plausibel“, aber für zu wenig „ins Auge springend“ („salient“); außerdem würden diese den angeblichen „Devianz“-Charakter von ‚Lyrik‘ zu stark betonen (vgl. J. D. Culler, *Theory of the Lyric*, Cambridge, Mass., U.S.A., 2015, S. 34). Auffällig im Vergleich mit den Ansätzen von Killy und Müller-Zettelmann ist Cullers Verzicht, das Element ‚Kürze‘ gesondert zu führen; die häufig gegebene Kürze lyrischer Texte stehe aber in enger Verbindung etwa mit dem Moment der Übertreibung; dazu Culler, a. a. O., S. 37.

<sup>3373</sup> Vgl. J. D. Culler, *Theory of the Lyric*, Cambridge, Mass., U.S.A., 2015, S. 34 f. Die „Nachsprechbarkeit“ (im Sinne von „Aneignen“) als „notwendige Eigenschaft von Lyrik“ und deren „bestimmende Aufgabe“ betont auch H. Schlaffer, in: *Poetica* 27 (1995), 38 (38). Frei-

Text würden Stimmen verkörpert, als vielmehr die Erzeugung von Effekten der Stimmgebung und Oralität in lyrischen Texten zu entdecken: „*Rather than imagine that lyrics embody voices, we do better to say that they create effects of voicing, of aurality.*“<sup>3374</sup> Culler geht also davon aus, dass für ‚Lyrik‘ i. w. S. das „Thema“ der ‚Stimme‘ (in unterschiedlichem Maß) in aller Regel durchaus wichtig sei, aber eben *nicht* in der verengten Sicht, dass in jedem Gedicht ein sprechendes ‚lyrisches Ich‘ identifiziert werden könnte.

Damit ist auch klar, dass Baudelaires Text „*Correspondances*“ sehr wohl als lyrischer Text i. w. S. bezeichnet werden kann. Dennoch ist die Vorstellung, dass ‚Lyrik‘ i. e. S. ein sprechendes ‚lyrisches Ich‘ (eine „Instanz der repräsentierten Stimme“) voraussetze, wirkmächtig – und auf die Analyse und Demystifizierung<sup>3375</sup> dieser wirkmächtigen Vorstellung kommt es de Man in seinem Essay „*Anthropomorphism and Trope in the Lyric*“ gerade an. Damit affirmiert de Man dieses enge Lyrik-Modell nicht etwa, sondern untersucht es nachvollziehend-interessiert-‚kritisch‘.<sup>3376</sup> Gerade in diesem kritischen Nachvollzug eines wirkmächtigen Interpretationsschemas liegt der interdisziplinäre Wert für die vorliegende Untersuchung.

## 2. Abgrenzung von ‚Trope‘ und ‚Anthropomorphismus‘

Was hat de Mans Unterscheidung zwischen Nicht-Lyrik („*Correspondances*“) und Lyrik („*Obsession*“) nun mit dem Anthropomorphismus als interpretatorisches Verfahren zu tun? De Man stellt das Verfahren des Anthropomorphismus als Grundlage des ‚lyrischen Lesens“ vor. Dabei grenzt er den Anthropomorphismus von einer Gruppe von rhetorischen Mitteln, den „bloßen Tropen“, ab. Während im ‚lyrischen‘ „*Obsession*“ Anthropomorphismen tonangebend seien, sei das nicht-lyrische „*Correspondances*“ durch ‚bloße‘ Tropen geprägt.

---

lich gibt es auch ‚Gedichte‘/‚poems‘, bei welchen der Aspekt der ‚Stimme‘ weniger hervorragend ist – man denke etwa an ‚visuelle Poesie‘ (‚Wortbilder‘). Vgl. auch die Culler-Rezension von M. Perloff, in: D. J. Bayot (Hrsg.), *Circling the Canon. The Selected Book Reviews of Marjorie Perloff, 1995–2017*, Bd. II, Albuquerque, N.M., U.S.A., S. 279 (284): „*Nonnarrative, nondramatic, and yet not fully ‚lyric‘ poetry: what is its place?*“ – verbunden mit der Beobachtung, dass sich Culler im ‚langen 20. Jahrhundert‘ auf Hopkins und Frost konzentriere und die formalen Experimente („*Revolution[en]*“) von Eliot, Pound, Stevens, Williams, Stein (und deren europäischen Parallelen) wenig würdige.

<sup>3374</sup> J. D. Culler, *Theory of the Lyric*, Cambridge, Mass., U.S.A., 2015, S. 35.

<sup>3375</sup> So auch die Einordnung von de Mans Ansatz durch J. D. Culler, *Theory of the Lyric*, Cambridge, Mass., U.S.A., 2015, S. 82.

<sup>3376</sup> Vgl. P. de Man, in: *The Rhetoric of Romanticism*, New York, N.Y., U.S.A., 1984, S. 239 (261): „*What we call the lyric [...]*“ – zur Perspektive dieses ‚wir“ s.o. in Fn. 3329. Zum Begriff ‚Kritik‘ auch unten 3. c) cc) u. ferner § 11, A.

## a) Nicht-Lyrik: „bloße Tropen“

## aa) ‚Tropen‘

Als ‚Tropen‘<sup>3377</sup> werden – einer vereinfachenden (und umstrittenen) Kurzdefinition zu Folge – diejenigen sprachlich-rhetorischen Mittel bezeichnet, welche eine semantische (also bedeutungsbezogene) Spannungslage zwischen einer ‚eigentlichen‘ und einer ‚uneigentlichen‘ Bedeutung bzw. zwischen etwas ‚eigentlich‘ Gemeintem und etwas ‚uneigentlich‘ Gesagtem erzeugen.<sup>3378</sup> Wie erklärungskräftig und haltbar die Vorstellung der Unterscheidbarkeit zwischen einer ‚eigentlichen‘ und einer ‚uneigentlichen‘ Bedeutung ist, ist in Sprachphilosophie, Rhetorikforschung und Literaturwissenschaft freilich stark umstritten.<sup>3379</sup>

Paul de Man spricht statt einer zweigliedrigen (‚eigentlich‘/‚uneigentlich‘) von einer dreigliedrigen Struktur der Metapher (als Unterfall der Tropen; hierzu unten IV. 2. b) aa)) und unterscheidet „*literal meaning*“, „*figural meaning*“ und

<sup>3377</sup> Vom griechischen *trópos* ‘für ‚Wendung‘, aber auch für ‚Wesen‘, vgl. E. Meuthen, in: Reallexikon der deutschen Literaturwissenschaft, Bd. III, 3. Aufl., Berlin u. a. 2003, S. 695 (696).

<sup>3378</sup> Häufig werden ‚Tropen‘ in diesem Zusammenhang von ‚rhetorischen Figuren‘ unterschieden, wobei der Unterschied darin ausgemacht wird, dass ‚Tropen‘ im Spiel mit (aktualisierten und nicht-aktualisierten, aber möglichen) Bedeutungen funktionieren (*paradigmatische* Dimension), während sich die ‚rhetorischen Figuren‘ in der *syntagmatischen* Dimension realisieren, welche gerade das Zusammenspiel mehrerer – tatsächlich in Kombination verwendeter – Laute und Worte in einem Satz oder Text betreffen, etwa bei der Wortwiederholung, dem Reim, der Alliteration oder dem Chiasmus, vgl. E. Meuthen, in: Reallexikon der deutschen Literaturwissenschaft, Bd. III, 3. Aufl., Berlin u. a. 2003, S. 695 (695); hierzu auch B. Engelmann, Rechtsstheorie 46 (2015), 1 (3).

<sup>3379</sup> Das Attribut ‚eigentlich‘ wird im Zusammenhang mit der Grundstruktur eines Tropus unterschiedlich verwendet: Während E. Meuthen, in: Reallexikon der deutschen Literaturwissenschaft, Bd. III, 3. Aufl., Berlin u. a. 2003, S. 695 (695), ‚eigentlich‘ auf den – im Bedeutungszusammenhang der tatsächlichen Rede – konventionell erwartbaren, aber in der tatsächlichen Rede nicht verwirklichten Begriff bezieht, beziehen andere Autoren ‚eigentlich‘ auf den konventionellen („ursprünglichen“) – aber in der tatsächlichen Rede nicht gemeinten – Bedeutungszusammenhang des in der Rede (tatsächlich) verwendeten Ausdrucks; vgl. J. M. Schindler, Rechtsmetaphorologie – Ausblick auf eine Metaphorologie der Grundrechte, Berlin 2016, S. 17; vgl. auch R. Zymner, in: Reallexikon der deutschen Literaturwissenschaft, Bd. III, 3. Aufl., Berlin u. a. 2003, S. 726 (726); ähnlich, aber unter weitgehendem Verzicht auf das Gegensatzpaar ‚eigentlich‘/‚uneigentlich‘: H. Birus, in: Reallexikon der deutschen Literaturwissenschaft, Bd. II, 3. Aufl., Berlin u. a. 2000, S. 571 (571): „Divergenz von geregelter lexikalischer Bedeutung des Sprachzeichens [= ‚eigentlich‘] und aktuellem Inhalt des Redezeichens [= ‚uneigentlich‘]“. Ähnlich wie Meuthen hingegen wohl G. Kurz, Metapher, Allegorie, Symbol, 6. Aufl., Göttingen 2009, S. 9: „richtige[s] Wort“. Neben dieser Frage, worauf innerhalb des Tropen-Modells das Attribut ‚eigentlich‘ zu beziehen ist, bleibt zudem die Frage danach, inwiefern es überhaupt gerechtfertigt ist, bestimmte Bedeutungszusammenhänge – hierarchisch – als ‚eigentlich‘, andere als ‚uneigentlich‘ einzustufen: Friedrich Nietzsche hat deutlich gemacht, dass der Unterschied jedenfalls kein *wesensmäßiger*, sondern eine Frage der *Konventionalisierung* durch die soziale Einrichtung Sprache ist, hierzu G. Posselt/M. Flatscher, Sprachphilosophie. Eine Einführung, Wien, Österreich, 2016, S. 87 f.

„proper meaning“<sup>3380</sup> – Peter Krumme übersetzt diese Trias mit: „wörtliche Bedeutung“, „figurale Bedeutung“ und „eigentliche Bedeutung“<sup>3381</sup>. Als „altes Schulbeispiel“<sup>3382</sup> für einen Tropus – in der Unterform der Metapher – dient traditionell eine Aussage, welche Homers „*Ilias*“ entnommen wurde: „Er war ein Löwe in der Schlacht“, wobei der Co-Text nahelegt, dass mit „Er“ der Kämpfer ‚Achill‘ gemeint ist. Folgt man de Mans dreigliedrigem ‚Metaphern‘-Begriff, so ist die „wörtliche Bedeutung“ von ‚Löwe‘: „Tier von gelbbrauner Farbe, das in Afrika lebt und eine Mähne hat usw.“<sup>3383</sup> Die „eigentliche Bedeutung“ von ‚Löwe‘, welche im konkreten Co-Text und Kontext der Verwendung bei Homer herausgestellt wird, ist hingegen: ‚stark‘ und/oder ‚mutig‘. Die von De Man als dritte Dimension des dreigliedrigen ‚Metaphern‘-Begriffs geführte „figurale Bedeutung“ von ‚Löwe‘ wäre im Beispiel: ‚Achill‘, da ‚Achill‘ mit einem ‚Löwen‘ figural-rhetorisch gleichgesetzt wird.<sup>3384</sup> Nach alledem wird die Aussage: ‚Er war ein Löwe in der Schlacht‘ gelesen als: ‚Achill war in der Schlacht stark/mutig.‘ Die Eigenschaften der körperlichen Stärke und des Mutes werden als Gemeinsamkeit zwischen Achill und einem Löwen behauptet. Diese Behauptung kann mit de Man zunächst als eine ‚bloße‘ „tropologische Proposition“ begriffen werden.<sup>3385</sup>

#### bb) Tropen in „Correspondances“

Laut de Man ist Baudelaires Text „*Correspondances*“ durch eine Vielzahl solcher „tropologischer Propositionen“ geprägt: Bereits der erste Vers beginnt mit einer

<sup>3380</sup> P. de Man, in: *Allegories of Reading*, New Haven, Conn., U.S.A., u. a. 1979, S. 57 (65, dort in Fn. 10).

<sup>3381</sup> P. de Man, in: *Allegorien des Lesens*, übersetzt v. P. Krumme, Frankfurt a.M. 1988 [1979], S. 91 (115, dort in Anm. 10).

<sup>3382</sup> So („das alte Schulbeispiel für eine Metapher“): O. Kramer, *Goethe und die Rhetorik*, Berlin u. a. 2010, S. 69, der das Beispiel, welches wirkmächtig in Homers „*Ilias*“ verwendet wurde, in Goethes Gedicht „Künstlers Morgenlied“ in der Wendung „Löwenkriegern“ aufspürt. Auch P. de Man, in: *Allegories of Reading*, New Haven, Conn., U.S.A., u. a. 1979, S. 57 (65, dort in Fn. 10), bedient sich dieses Beispiels. In Prousts „*À la recherche du temps perdu*“ (hierzu unten IV.) wird die Metapher vom Krieger-‚Löwen‘/‚Löwen‘-Krieger von der Figur Françoise aus pazifistischen Gründen entmenslichend totalisiert (gewissermaßen kommt hier ein Zoomorphismus als Anti-Anthropomorphismus zum Einsatz): „[...] und sie [die Soldaten im Krieg „Anno siebzig“] sind auch den Strick nicht mehr wert, an dem man sie aufhängen müßte; das sind keine Menschen mehr, das sind Leuen.“ (Für Françoise lag in dem Vergleich eines Menschen mit einem Löwen – mit einem ‚Leu‘ – nämlich nichts Schmeichelhaftes.)“, s. M. Proust, *Auf der Suche nach der verlorenen Zeit*, I. Unterwegs zu Swann, in: M. Proust, *Werke*, Bd. II/1, hrsg. v. L. Keller u. übers. v. E. Rechel-Mertens, Frankfurt a.M. 1994, S. 131; für den Hinweis auf diese Textstelle ist der Verf. Max Lenz dankbar.

<sup>3383</sup> P. de Man, in: *Allegorien des Lesens*, übersetzt v. P. Krumme, Frankfurt a.M. 1988 [1979], S. 91 (115, dort in Anm. 10).

<sup>3384</sup> Vgl. P. de Man, in: *Allegories of Reading*, New Haven, Conn., U.S.A., u. a. 1979, S. 57 (65, dort in Fn. 10).

<sup>3385</sup> Vgl. P. de Man, in: *The Rhetoric of Romanticism*, New York, N.Y., U.S.A., 1984, S. 239 (241): „infinite chain of tropological transformations and propositions“.



tropischen (metaphorischen) Phrase: „*La Nature est un temple [...]*.“ Das Abstraktum „Natur“ wird sprachlich mit einem „Tempel“ gleichgesetzt. Freilich wird an dieser Stelle zugleich sichtbar (und dies möchte de Man gerade zeigen), wie *wenig hilfreich für das Text-,Verständnis*‘ die Vorstellung einer dreigliedrigen Ausdifferenzierung von ‚Bedeutung‘ eines Ausdrucks (wörtlich, figural, eigentlich) ist: Als wörtliche Bedeutung von ‚Tempel‘ lässt sich eine ‚gebäudeförmige religiöse Kultstätte‘ festsetzen. Die figurale Bedeutung von „Tempel“ ist vorliegend „Natur“. Nun bleibt aber zunächst relativ unbegreiflich, was die eigentliche Bedeutung von „Tempel“ im ersten Vers von „*Correspondances*“ sein könnte: Welche gemeinsame Eigenschaft „der Natur“ und „eines Tempels“ soll hier behauptet werden? Denkbar wäre z. B.: ‚ein Ort der Sinnsuche‘ oder ‚etwas Menschengemachtes‘ – dann würde also behauptet werden, dass „die Natur“ ein ‚Ort der Sinnsuche‘ oder ‚etwas Menschengemachtes‘ sei. Der Satz „*La Nature est un temple [...]*“ enthält letztlich nur, was de Man eine rein „strukturelle“, „relationale“ Proposition, eine „Verknüpfung von einem Subjekt mit einem Prädikat“, nennt.<sup>3386</sup> Dem Subjekt „die Natur“ wird das Prädikat „ist ein Tempel“ zugeordnet. Solche relationalen Propositionen seien nun aber letztlich unendlich variabel. Es handele sich um bloße sprachliche Hin- und Herverweisungen, die nicht auf die Ebene der „Substanz“<sup>3387</sup> verweisen würden. In der oben eingeführten – wie erwähnt umstrittenen – Terminologie ‚eigentlich‘/‚uneigentlich‘ heißt das: Bei einem Tropus ist eine angebliche eigentliche Bedeutung nur wiederum eine weitere uneigentliche Bedeutung; es wird lediglich eine weitere relationale Proposition aufgestellt. So wird in „*Correspondances*“ über den „Tempel“, der zuvor mit der „Natur“ gleichgesetzt wurde, gesagt, dass er aus sprechenden „lebenden Säulen“ („*vivants piliers*“) bestehe. Es ist nicht ohne Weiteres verständlich, was diese Proposition nun *substanziell* („eigentlich“) über das *Wesen* des „Tempels“ und somit mittelbar auch über das Wesen der „Natur“ aussagen soll. Baudelaires Sonett „*Correspondances*“ führt also ein unendliches – und letztlich unverständliches – sprachliches Hin- und Herverweisen durch „bloße Tropen“ vor.

#### cc) Rhetorizität aller Sprache (Vico, Nietzsche)

Letztlich buchstabiert de Man hier eine von Friedrich Nietzsche übernommene<sup>3388</sup> (und in Ansätzen noch weiter auf Giambattista Vico rückführbare<sup>3389</sup>) sprachphi-

<sup>3386</sup> Vgl. P. de Man, in: *The Rhetoric of Romanticism*, New York, N.Y., U.S.A., 1984, S. 239 (241).

<sup>3387</sup> Begriff von de Man („*substance*“): P. de Man, in: *The Rhetoric of Romanticism*, New York, N.Y., U.S.A., 1984, S. 239 (241), dort definiert als „*constitution of specific entities prior to their confusion*“ und als etwas „als *gegeben* Angenommenes“ („*assumed to be given*“) – zum Durchgriff der ‚Lyrik‘ auf die „Substanz“ in de Mans Theorie sogleich b).

<sup>3388</sup> De Man knüpft im Anthropomorphismus-Essay und anderswo ausdrücklich an Nietzsches Sprachphilosophie an: vgl. P. de Man, in: *The Rhetoric of Romanticism*, New York, N.Y., U.S.A., 1984, S. 239 (239 ff.), zum berühmten Nietzsche-Zitat „Was ist also Wahrheit? Ein bewegliches Heer von Metaphern, Metonymien und Anthropomorphismen [...]“ (aus dem Aufsatz „Ueber Wahrheit und Lüge im aussermoralischen Sinne“: F. Nietzsche, in: ders.,

losophische Position aus: Nietzsche hatte in den 1870er Jahren den rhetorisch-tropologischen Charakter der menschlichen Sprache *überhaupt* herausgearbeitet. Metaphern und andere Tropen seien kein bloßer ‚Redeschmuck‘. Vielmehr funktioniere menschliche Sprache *grundsätzlich* tropisch-tropologisch: „[D]ie Tropen treten nicht dann und wann an die Wörter heran, sondern sind deren eigenste Natur. Von einer ‚eigentlichen Bedeutung‘, die nur in speziellen Fällen übertragen würde, kann gar nicht die Rede sein. [...] Eigentlich ist alles Figuration, was man gewöhnliche Rede nennt.“<sup>3390</sup>

*b) Lyrik: Durchgriff auf die „Substanz“ im Anthropomorphismus*

Während de Man „*Correspondances*“ als einen Text mit – letztlich unverständlichen – tropologischen Propositionen beschreibt, sieht er in „*Obsession*“ das Interpretationssystem des Anthropomorphismus am Werk,<sup>3391</sup> welches Verständlichkeit („*intelligibility*“) zur Folge habe.<sup>3392</sup>

Werke. Kritische Gesamtausgabe, hrsg. v. G. Colli/M. Montinari, III. Abt., Bd. 2, Nachgelassene Schriften 1870–1873, Berlin 1995, S. 367 [374]). Intensive Auseinandersetzung mit Nietzsches Sprachphilosophie (insbesondere den Vorlesungsskizzen) etwa auch im Essay „*Rhetoric of Tropes* (Nietzsche)“: *P. de Man*, in: *Allegories of Reading*, New Haven, Conn., U.S.A., u. a. 1979, S. 103 (105); zur Frage, wie Nietzsches Sprachphilosophie mit de Man (und Michel Foucault) fruchtbar weitergedacht werden könne, *G. Posselt/M. Flatscher*, Sprachphilosophie. Eine Einführung, Wien, Österreich, 2016, S. 98 f.: Forderung nach Selbstreflexion einer jeden Interpretation hinsichtlich der eigenen historisch-begrifflichen Perspektive, der eigenen rhetorischen Verfasstheit und der Unvermeidbarkeit von Fehldeutung; kritisch zu de Mans Nietzsche-Rezeption (mit dem Vorwurf, diese bleibe „jenem Feld verhaftet [...], das Nietzsche als Nihilismus bezeichnet hat“): *T. Böning*, DVjs 64 (1990), 426 (426); anders als Nietzsche wende sich de Man nicht der Möglichkeit zu, dass „das Wissen um die Endlichkeit“ der „Grund“ des Reichtums der Welt“ sein und in „physische“ Fröhlichkeit und Daseinsfreude“ verwandelt werden könne (a. a. O. [466]).

<sup>3389</sup> In der ersten Hälfte des 18. Jahrhunderts arbeitete Vico an seinen „Prinzipien einer neuen Wissenschaft über die gemeinsame Natur der Völker“, welche in verschiedenen Ausgaben zwischen 1725 und 1744 erschienen. Das zweite Buch der „Prinzipien“ behandelt die „poetisch[e] Weisheit“ und ein Abschnitt darin die „poetisch[e] Logik“. Darin stellt Vico Spekulationen über die tropologisch-rhetorische Genealogie der menschlichen Sprache an, vgl. *G. Vico*, Prinzipien einer neuen Wissenschaft über die gemeinsame Natur der Völker, Teilband 2, übersetzt v. V. Höhle/C. Jermann, Hamburg 1990 [1744], Rn. 400 ff.; vgl. insbesondere auch a. a. O., Rn. 409: „alle Tropen [...] notwendige Ausdrucksweisen alle[r] ersten poetischen Völker“. Vergleichend zur Rolle der Metaphorizität menschlicher Sprache bei Vico und Nietzsche: *D. W. Price*, *The Personalist Forum* 10 (1994), S. 119 (121).

<sup>3390</sup> *F. Nietzsche*, in: ders., Werke. Kritische Gesamtausgabe, hrsg. v. G. Colli/M. Montinari, II. Abt., Bd. 4, Vorlesungsaufzeichnungen (WS 1871/72–WS 1874/75), Berlin 1995, S. 413 (427); hierzu *P. de Man*, in: *Allegories of Reading*, New Haven, Conn., U.S.A., u. a. 1979, S. 103 (105); vgl. auch *G. Posselt/M. Flatscher*, Sprachphilosophie. Eine Einführung, Wien, Österreich, 2016, S. 87 f.

<sup>3391</sup> Vgl. *P. de Man*, in: *The Rhetoric of Romanticism*, New York, N.Y., U.S.A., 1984, S. 239 (254 ff.).

<sup>3392</sup> *P. de Man*, in: *The Rhetoric of Romanticism*, New York, N.Y., U.S.A., 1984, S. 239 (259).

aa) „Naturalisierte“, „verständliche“ Anthropomorphismen  
in „Obsession“

Die Ausstattung der „großen Wälder („[g]rands bois“) mit einer menschlichen Stimme, welche das Bußgebet „*De profundis clamavi ad te, Domine*“ singt (vgl. Vers 1 bis 4), lässt sich als sprachliche Vermenschlichung, also als Anthropomorphismus qualifizieren (s. bereits 1. b) aa)). De Man hebt besonders hervor, dass dieser Anthropomorphismus „voll motiviert“ und „naturalisiert“ daherkomme<sup>3393</sup>, so dass „es schon einiger Anstrengung bedarf, um zu bemerken, dass ein Anthropomorphismus am Werk“ sei<sup>3394</sup>. Diese Naturalisierung und Motivierung des Anthropomorphismus werde durch Analogien bewirkt: De Man weist insbesondere auf die Analogie zwischen „äußeren Ereignis und innerem Gefühl“ hin, welche in den Versen 2 bis 4 hergestellt werde:

[...] et dans nos cœurs maudits,  
Chambres d'éternel deuil où vibrent de vieux râles,  
Répondent les échos de vos *De profundis*.

[...] und in unsren verfluchten Herzen,  
Kammern ewiger Trauer, wo alte Röchellaute beben,  
tönt euren *De Profundis* dumpfe Antwort wider.

Äußeres (das Rauschen des Waldes, welches als Gebetsgesang daherkommt) und Inneres (ewige Trauer im Herzen eines ‚lyrischen Wir‘) korrespondieren miteinander. Getragen wird diese Korrespondenz durch die „wir“/„ihr“-Struktur („*nos cœurs*“/„*vos De profundis*“); durch diese Struktur werden zwei Entitäten parallelisiert, welche *jeweils* ‚ureigen‘ menschlich (betend bzw. trauernd) handeln. Die Wirkung dieser Analogie besteht de Man zu Folge darin, dass das ‚lyrische Wir‘ in Gestalt „der Metapher der lyrischen Stimme als Subjekt“ hervortrete<sup>3395</sup>; „*Obsession*“ „behaupt[e] das Recht, ‚Ich‘ zu sagen, mit voller Autorität“<sup>3396</sup>. De Man führt „*Obsession*“ als eine Explikation der „Instanz der repräsentierten Stimme“ (s. o. 1. b) aa)) vor. Die Einsetzung dieser „Instanz“ erfolgt durch den rhetorisch-interpretativen Anthropomorphismus. Effekte dieser anthropomorphen Operation seien „Plausibilität“ („*verisimilitude*“) und (scheinbare) „Verständlichkeit“ („*intelligibility*“)<sup>3397</sup>: „*We all perfectly and quickly understand ‚Obsession‘ [...]*“<sup>3398</sup>. Exkursorisch sei erwähnt, dass sozialpsychologische Forschung nahe legt, dass sich

<sup>3393</sup> P. de Man, in: *The Rhetoric of Romanticism*, New York, N.Y., U.S.A., 1984, S. 239 (255).

<sup>3394</sup> P. de Man, in: *The Rhetoric of Romanticism*, New York, N.Y., U.S.A., 1984, S. 239 (256): „*appears so natural that it takes an effort to notice that anthropomorphism is involved*“.

<sup>3395</sup> P. de Man, in: *The Rhetoric of Romanticism*, New York, N.Y., U.S.A., 1984, S. 239 (256): „*the metaphor of the lyrical voice as subject*“.

<sup>3396</sup> P. de Man, in: *The Rhetoric of Romanticism*, New York, N.Y., U.S.A., 1984, S. 239 (256): „*asserts the right to say ‚I‘ with full authority*“.

<sup>3397</sup> P. de Man, in: *The Rhetoric of Romanticism*, New York, N.Y., U.S.A., 1984, S. 239 (256 bzw. 259).

<sup>3398</sup> P. de Man, in: *The Rhetoric of Romanticism*, New York, N.Y., U.S.A., 1984, S. 239 (261).

de Mans Reihe der Effekte des Anthropomorphisierens um ‚Vertrauen‘ ergänzen lässt.<sup>3399</sup>

Hervorhebung verdient bei alledem die Tatsache, dass de Man hier Anthropomorphismen in mehreren Dimensionen (auf mehreren Ebenen) beschreibt: Nicht nur die „Wälder“ innerhalb der ‚lyrischen Welt‘ werden anthropomorphisiert, sondern auch – und in Korrespondenz hiermit – die lyrische Stimme („ich“, „wir“) und der Text „*Obsession*“ selbst. Auf diese miteinander korrespondierenden Anthropomorphismen in verschiedenen Dimensionen wird es bei der interdisziplinären Übertragung im späteren Verlauf der vorliegenden Studie besonders ankommen (s. u. III. 2.).

bb) ‚Anthropomorphismus‘ als Durchgriff auf die „Substanz“

Zwischen „bloßen Tropen“ und Anthropomorphismen besteht laut de Man folgender Unterschied: Anthropomorphismen seien „Identifikation[en] auf der Ebene der Substanz“ und stellten – anders als die „bloßen Tropen“ – keine bloßen rhetorischen, unendlichen Übertragungen auf rein sprachlicher Ebene dar.<sup>3400</sup> Ein Anthropomorphismus – in „*Obsession*“ also zum Beispiel die Rede davon, dass ein Wald ein flehend-klagendes Bußgebet singen würde – beschäftige sich (implizit) mit einer substanziellen Frage, als dass er – in einem ersten Schritt – voraussetze, dass es substanziell in bestimmter Weise verfasste Entitäten gebe (etwa Wälder und Menschen), und dann – in einem zweiten Schritt – diese Entitäten in eins setze.<sup>3401</sup> Das Besondere am Anthropomorphismus sei, dass eine der bei dieser Operation in Bezug genommenen Entitäten ein ‚Mensch‘ ist. Somit sage ein Anthropomorphismus immer auch etwas darüber aus, was die spezifisch menschliche Verfassung, die *condition humaine* sei. Anders als bei den „bloßen Tropen“, die nicht auf die Ebene der Substanz durchdrängen (also stets im Uneigentlichen, im Wörtlichen und Figuralen verblieben; s. o. a) bb)), würde beim Anthropomorphismus also – anscheinend – ‚tatsächlich‘ eine eigentliche Bedeutung relevant – diese eigentliche Bedeutung speist sich aus Vorstellungen über die *condition humaine*. In „*Obsession*“ ist dies insbesondere die ‚ureigen menschliche‘ Beschäftigung mit der eigenen Sterb-

<sup>3399</sup> Vgl. A. Waytz/J. Cacioppo/N. Epley, Perspectives on Psychological Science 5 (2010), 219 (225): „Those more likely to anthropomorphize nonhuman agents were also more likely to report that they would trust technological agents to make important decisions“; A. Waytz/J. Heafner/N. Epley, Journal of Experimental Social Psychology 52 (2014), 113 ff., am Beispiel selbstfahrender Autos. Waytz, Cacioppo und Epley geben a. a. O. zu bedenken: „if anthropomorphizing non-agents makes them appear more responsible for their actions, then the humans controlling those agents may appear less responsible themselves“ – dies leitet über zur unten thematisierten ‚Ethik des Lesens‘ (*ethics of reading*) von Anthropomorphismen – s. u. C. II.

<sup>3400</sup> P. de Man, in: The Rhetoric of Romanticism, New York, N.Y., U.S.A., 1984, S. 239 (241).

<sup>3401</sup> P. de Man, in: The Rhetoric of Romanticism, New York, N.Y., U.S.A., 1984, S. 239 (241).

lichkeit in den Worten und Praktiken der Religion. Dadurch, dass der Anthropomorphismus auf solche menschlichen Eigenschaften rekurriert, ermöglicht er – anscheinend – den Ausbruch aus dem rein uneigentlichen (wörtlich-figuralen) – und dadurch letztlich unverständlichen – Sprechen. Daher sei das anthropomorphe „*Obsession*“ für „uns“ (Menschen) – anders als das nüchtern-tropische „*Correspondances*“ – unmittelbar verständlich.<sup>3402</sup>

### 3. „Lyrisches Lesen“ als literaturdogmatische Konvention und ihre Dekonstruktion

De Man geht es in seinem Essay aber nicht lediglich darum, hervorzuheben, in welcher Art und Weise Gemeinsamkeiten und Unterschiede zwischen den beiden exemplarisch analysierten Sonetten von Baudelaire bestehen. Vielmehr nutzt de Man die Gegenüberstellung der beiden Texte, um zu verdeutlichen, welche Rolle Konventionen des Lesens und dahinterliegende „Ideologien“<sup>3403</sup> bei der Beschäftigung mit ‚Literatur‘ spielen.

#### a) ‚Literaturdogmatik‘

Diese Konventionen des Lesens lassen sich als ‚Literaturdogmatik‘<sup>3404</sup> bezeichnen. In interdisziplinärer Abwandlung einer von Martin Eifert vorgeschlagenen Definition für ‚Rechtsdogmatik‘ (s. o. § 7, B. I.) kann ‚Literaturdogmatik‘ bestimmt werden als „eine kohärenzsichernde, operationalisierende Zwischenschicht zwi-

<sup>3402</sup> Bei alledem bleibt „*Correspondances*“ als solches unverständlich (es gibt insoweit keinen Weg zurück von „*Obsession*“ zu „*Correspondances*“); vgl. dazu P. de Man, in: *The Rhetoric of Romanticism*, New York, N.Y., U.S.A., 1984, S. 239 (259, 261), an zwei Textstellen, deren erstere von Hamacher etwas missverständlich übersetzt wurde(?): de Man, a. a. O. (259): „*Obsession*‘ translates ‚*Correspondances*‘ into intelligibility“ (Übersetzung in P. de Man, in: *Allegorien des Lesens*, Frankfurt a. M. 1988, S. 179 [199]: „*Obsession* macht *Correspondances* verständlich“) und/aber de Man, a. a. O. (261): „*Obsession*‘ leaves ‚*Correspondances*‘ as thoroughly incomprehensible as it always was“.

<sup>3403</sup> De Man geht es hier insbesondere um die „Ideologie des Ästhetischen“ – hierzu sogleich c) aa).

<sup>3404</sup> Vgl. R. D. Neugärtner, *Rechtswissenschaft* 2017, 461 (469): So „kennt durchaus auch ‚die Literatur‘ – hinterfragbare und rechtfertigungsbedürftige! – Konventionen und Restriktionen der Interpretation, gewissermaßen als Formen mehr oder weniger starrer ‚Dogmatik‘ (Stichworte: ‚Werktreue‘, ‚Genre‘, ‚Methoden der Textinterpretation‘)“, mit Hinweis auf C. Möllers, *This Century’s Review* 3 (2014), 42 (47), welcher sich mit der ‚Werktreue‘ befasst. Ansätze zu einer wissenschaftsvergleichenden Betrachtung der disziplinären Dogmatiken der Kanonisierung (Politikwissenschaft, Literaturwissenschaft, Theologie und Rechtswissenschaft) bei M. Llanque, in: W. Reese-Schäfer/S. Salzborn (Hrsg.), „Die Stimme des Intellekts ist leise“. Klassiker/innen des politischen Denkens abseits des Mainstreams, Baden-Baden 2015, S. 41 (43 ff.), welcher den Begriff der ‚Dogmatik‘ dabei aber eher eng fasst und i. W. auf Theologie und Rechtswissenschaft begrenzt; beachte dann allerdings a. a. O. (44): „Vor dem Hintergrund der dogmatischen Disziplinen ist jede Kanonisierung dem Verdacht des Versuchs der Dogmatisierung ausgesetzt.“

schen den [literarischen Texten] und [ihrer Lektüre (Interpretation)] im Einzelfall“<sup>3405</sup>. Bestimmte Konventionen des Lesens und Interpretierens steuern („operationalisieren“) unseren Umgang mit Texten, denen wir als ‚literarische‘ Texte begegnen. Bestimmte Erwartungshaltungen und Sehgewohnheiten sind am Werk. Literaturdogmatische Konventionen kreisen v.a. um Gattungen und (Sub-)Genres (etwa ‚Lyrik‘ oder ‚Sonett‘), um Epochen (etwa ‚Romantik‘), aber auch um scheinbar unverzichtbar-unverrückbare Vorstellungen davon, was eine ‚Autorin‘ oder ein ‚Autor‘, was ein ‚Text‘ oder was ein ‚Werk‘ ist.<sup>3406</sup> Literaturdogmatik ermöglicht ‚literaturkritische‘ Werturteile.<sup>3407</sup> Literaturdogmatik – etwa in Gestalt des gattungsbezogenen Lektüreprotokolls des „lyrischen Lesens“ – zielt auf „Plausibilität“ („*verisimilitude*“), auf (scheinbare) „Verständlichkeit“ („*intelligibility*“)<sup>3408</sup> und schlicht auf kohärente, intersubjektive (v.a. auch didaktisch motivierte) Kommunizierbarkeit der Textbeschäftigung. Literaturdogmatik ermöglicht<sup>3409</sup> und rahmt nicht zuletzt den Vergleich zwischen verschiedenen literarischen Texten. Diese dogmatischen Konventionen sind unterschiedlicher Provenienz; sie können philosophischer (ästhetischer), literaturwissenschaftlicher, einschließlich komparatistischer, literaturkritischer und nicht zuletzt auch literaturdidaktischer<sup>3410</sup> Natur sein. Die Parallelen zum oben erarbeiteten Zugang zu ‚Rechtsdogmatik‘ sind erkennbar (s.o. § 7, B.).

<sup>3405</sup> M. Eifert, in: G. Kirchhof/S. Magen/K. Schneider (Hrsg.), Was weiß Dogmatik? Was leistet und wie steuert die Dogmatik des öffentlichen Rechts?, Tübingen 2012, S. 79 (81): ‚Dogmatik‘ ist „vor allem eine kohärenzsichernde, operationalisierende Zwischenschicht zwischen den Rechtsnormen und der Rechtsanwendung im Einzelfall“ – näher § 7, B. I. 2.

<sup>3406</sup> Vgl. R. D. Neugärtner, Rechtswissenschaft 2017, 461 (469).

<sup>3407</sup> Vgl. P. de Man, *Diacritics* 3. 3 (1973), 27 (32): „a whole series of concepts that underlie the value judgments of our critical discourse: the metaphors of primacy, of genetic history and, most notably, of the autonomous power to will of the self.“

<sup>3408</sup> P. de Man, in: *The Rhetoric of Romanticism*, New York, N.Y., U.S.A., 1984, S. 239 (256 bzw. 259).

<sup>3409</sup> Freilich kann Literaturdogmatik den Vergleich von Texten gerade auch erschweren; dies gilt etwa für Texte der Autoren Friedrich Schiller und Heinrich v. Kleist: Insbesondere die germanistische Epochenproblematik um die ‚Weimarer Klassik‘ und die deutsche ‚Romantik‘ (i.e.S.) – aber auch um etwaige Makroepochen wie ‚Aufklärung‘ und ‚Moderne‘ i.w.S. – verleitet dazu, ‚Schiller‘ als krude Kontrastfolie zu ‚Kleist‘ zu begreifen (und umgekehrt), obwohl einige Texte der beiden Autoren thematisch (Freiheit, Gewalt, Krieg, Geschichte, etc.) und gattungspoetisch (Tragödie) gemeinsamen Grund aufweisen, vgl. zu den Schwierigkeiten des Vergleichs Schiller-Kleist/Kleist-Schiller, welche durch literaturdogmatische (insbes. literaturhistorische) Zuschreibungen bedingt sind: D. H. Crosby, *Monatshefte* 53 (1961), 255 ff.; C. Benthien, in: I. Breuer (Hrsg.), *Kleist-Handbuch. Leben – Werk – Wirkung*, Stuttgart u.a. 2009, S. 219 ff.; zu Schiller und Kleist als Vertreter „derselben literarischen Tradition“, die jedoch auf unterschiedliche Weise die „komplexe Ideologie des Ästhetischen“ (hierzu unten c) aa)) verhandelten: P. de Man, in: *The Rhetoric of Romanticism*, New York, N.Y., U.S.A., 1984, S. 263 (264 f.).

<sup>3410</sup> S.o. 1. b) aa).

Im ‚Lyrik‘-Aufsatz „*Anthropomorphism and Trope in the Lyric*“ (und in Aufsätzen zu den Genres ‚Autobiographie‘<sup>3411</sup> und ‚Übersetzung‘<sup>3412</sup>) geht es de Man darum, zu zeigen, dass literaturdogmatische Schemata letztlich („blind“) „gewalttätig“ vorgehen, um „Verständlichkeit“ zu erzwingen<sup>3413</sup>: Dies betreffe sowohl Operationen der Literaturgeschichtsschreibung – d.h. die Einordnung eines einzelnen literarischen Textes in eine Epoche wie ‚die Klassik‘ oder ‚die Romantik‘ – wie auch Aussagen der literaturwissenschaftlichen Gattungstheorie – d.h. die Zuordnung eines Einzeltexts zu einer Gattung wie etwa ‚Lyrik‘.

b) ‚Romantik‘ und ‚Post-Romantik‘ als literaturdogmatische Kategorien

Auch das „lyrische Lesen“ kreist als literaturdogmatische Konvention insbesondere um Gattungs- und Epochenprobleme: Zur Gattungsfrage, die insoweit um einen engen ‚Lyrik‘-Begriff mit einer „Instanz der repräsentierten Stimme“ kreist, wurde bereits ausführlich ausgeführt (s.o. 1. b)). Zugleich ist das „lyrische Lesen“ mit der unsicheren literaturhistorischen Position der ‚Romantik‘ verbunden: Jonathan Culler hat den ‚Lyrik‘-Begriff i.e.S. in der Kurzformel „romantisches Lyrik-Modell“ („*romantic lyric model*“<sup>3414</sup>) zusammengefasst, obschon er selbst einräumt, dass diese Bezeichnung rhetorisch überzeichnet (gewissermaßen missbräuchlich-denunziatorisch) daherkomme („*somewhat abusively*“<sup>3415</sup>). Denn auch Culler räumt ein, dass Bestimmungen des ‚Lyrik‘-Begriffs, die auf lyrische Subjektivität rekurrieren, schon bei Hegel teilweise durchaus komplexer daherkommen (s.o. 1. b) bb)).<sup>3416</sup> Und auch de Man selbst stellt in seinem Essay eine Verbindung zwischen der Gattungsfrage nach der ‚Lyrik‘ und der Epochenfrage nach der ‚Romantik‘ her, wenn er „*Obsession*“ (nicht aber „*Correspondances*“) der ‚Post-Romantik‘ zuordnet.<sup>3417</sup>

Ähnlich wie der Gattungsbegriff ‚Lyrik‘ (s.o. 1. b)) ist auch der Begriff ‚Romantik‘ schwer zu fassen. Wenn Culler das subjektivistische ‚Lyrik‘-Modell rund um ein ‚lyrisches Ich‘ als „romantisches Lyrik-Modell“ bezeichnet, so geht es nicht primär um einen engen germanistisch-literaturgeschichtlichen ‚Romantik‘-Begriff, der insbesondere um die „Universal-Poetik“ Friedrich Schlegels herum verortet

<sup>3411</sup> P. de Man, MLN 94 (1979), S. 919 (921): „*Autobiography, then, is not a genre or a mode, but a figure of reading or of understanding that occurs, to some degree, in all texts.*“

<sup>3412</sup> P. de Man, Yale French Studies 97 (2000) [1983], S. 10 (32 f.).

<sup>3413</sup> P. de Man, in: The Rhetoric of Romanticism, New York, N.Y., U.S.A., 1984, S. 239 (261 f.).

<sup>3414</sup> J. D. Culler, Theory of the Lyric, Cambridge, Mass., U.S.A., 2015, S. 82; vgl. auch V. Jackson, Dickinson’s Misery. A Theory of Lyric Reading, Princeton, N.J., U.S.A., u.a. 2005, S. 7: „*expressive romantic lyric*“.

<sup>3415</sup> J. D. Culler, Theory of the Lyric, Cambridge, Mass., U.S.A., 2015, S. 350.

<sup>3416</sup> Vgl. J. D. Culler, Theory of the Lyric, Cambridge, Mass., U.S.A., 2015, S. 350.

<sup>3417</sup> Vgl. P. de Man, in: The Rhetoric of Romanticism, New York, N.Y., U.S.A., 1984, S. 239 (253).



werden kann (deutsche literarische Frühromantik insbesondere in Jena zum Jahrhundertwechsel 1800). Vielmehr geht es um einen weiten ‚Romantik‘-Begriff: Es werden ‚die Romantik‘ als nationalliteraturenübergreifende<sup>3418</sup> literaturgeschichtliche und komparatistische Epochenbezeichnung, aber auch ‚das Romantische‘ (oder: ‚der Romantizismus‘) als überzeitlich relevante Einstellung (Ideologie) gegenüber Kunst und Literatur in Bezug genommen.<sup>3419</sup> Örtlich sind ‚die Romantik‘ und ‚das Romantische‘ dabei klar ‚westernistisch‘<sup>3420</sup> ausgerichtet (hierzu aus methodologischer Sicht oben § 9, C. I. 3. c) bb)).<sup>3421</sup>

‚Romantische‘ Literatur in einem solchen weitgefassten Sinn steht nicht nur im Fokus von de Mans Aufsatz *„Anthropomorphism and Trope in the Lyric“*, sondern auch des gesamten Aufsatz-Sammelbands *„The Rhetoric of Romanticism“*, für den de Man diesen Text geschrieben hat. Die literaturwissenschaftliche Verhandlung der ‚westlichen‘ literarischen ‚Romantik‘ i. w. S. kann wohl gar als Kern von de Mans literaturwissenschaftlichem Gesamtwerk begriffen werden:<sup>3422</sup> De Mans Disserta-

<sup>3418</sup> Dass die literarische Romantik eine Epoche ist, welche sich – bei Unterschieden im Detail – nationalliteraturenübergreifend fassen lässt, ist weitgehend anerkannt, vgl. etwa D. Kretzschmar, in: E. Zemanek/A. Nebrig (Hrsg.), *Komparatistik*, Berlin 2012, S. 67 (71 f., 73, 78, 79), dort auch dazu, dass aus internationaler Sicht *„German Romanticism“* auch ‚Sturm und Drang‘ und die ‚Weimarer Klassik‘, also die sog. ‚Goethe-Zeit‘ insgesamt erfasse, ob schon sich Goethe selbst in Opposition zu einem engen ‚Romantik‘-Begriff stellte.

<sup>3419</sup> Das Reallexikon der deutschen Literaturwissenschaft unterscheidet drei „Verwendungsweisen“ von ‚Romantik‘: (1) eine a-historische Haltung (Hinwendung zum Unendlichen, zur Welt des Traums, etc.), (2) eine gesamteuropäische Makro-Epoche der Literatur- und Kunstgeschichte, geprägt durch das Christentum und die Tendenz zur Geschichtsreflexion in Abgrenzung zur Antike und ‚Klassik‘ und (3) eine Epoche der deutschen Literaturgeschichte von 1795 bis 1830 (d.h. unter Ausschluss des ersten Teils der ‚Goethe-Zeit‘), vgl. D. Kremer, in: *Reallexikon der deutschen Literaturwissenschaft*, Bd. III, 3. Aufl., Berlin u. a. 2003, S. 326.

<sup>3420</sup> Zu methodologischen Implikationen des ‚Westernismus‘ oben § 9, C. I. 3. c) bb).

<sup>3421</sup> Womit ‚selbstverständlich‘ nicht gesagt werden soll, dass sich ‚Romantik‘ und ‚Romantisches‘ nicht immer wieder einmal auch dem Außer-‚Westlichen‘ widmen würden – man lese etwa Samuel Taylor Coleridges *„Kubla Khan: or, A Vision in a Dream: A Fragment“*. Es stellen sich dann aber eben Perspektiven-Fragen; hier setzt etwa die kritische Arbeit von E. W. Said, *Orientalism*, New York, N.Y., U.S.A., 1978, an. Zur Mehrschichtigkeit des ‚Orient‘-Bilds des ‚klassischen‘ Romantikers Coleridge vgl. D. Vallins, in: ders./K. Oishi/S. Perry (Hrsg.), *Coleridge, Romanticism and the Orient. Cultural Negotiations*, London, U.K., 2013, S. 1 (6): *„Coleridge’s paradoxical relation to the East as an orientalist both in the sense of being a scholar or student of the East, and in the Saidian sense of being one who imagined or envisaged the East in ways shaped (if not dictated) by the European cultural environment of his age“*.

<sup>3422</sup> De Man selbst würde dieser Aussage vielleicht widersprechen; im Vorwort zum Sammelband *„The Rhetoric of Romanticism“* betont er, dass die – umfangreichere und für seine ‚Theorie‘ prägendere – Aufsatzsammlung *„Allegories of Reading“* nur ganz am Rande die Problematik der ‚Romantik‘ und ‚Post-Romantik‘ adressiere, vgl. P. de Man, in: *The Rhetoric of Romanticism*, New York, N.Y., U.S.A., 1984, S. VII (VII). Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, dass de Man im Vorwort zu *„Allegories of Reading“* berichtet, die Erarbeitung der dort versammelten Essays hätte ihren Ausgangspunkt in einem literaturgeschichtlichen Vorhaben zur ‚Romantik‘, sei dann allerdings zu einer Theorie des ‚Lesens‘ ausge-

tion von 1960 trägt den Titel „*Mallarmé, Yeats, and the Post-Romantic Predicament*“<sup>3423</sup> und in einem der letzten von ihm autorisierten Texte befasst er sich mit der Frage nach der (Nicht-)Definierbarkeit der ‚Romantik‘.<sup>3424</sup> De Mans Beschäftigung mit ‚romantischer‘ Literatur i. w. S. umfasst v. a. hoch-kanonische „Meistertexte“<sup>3425</sup> aus der englischsprachigen (Wordsworth, P. B. Shelley, Yeats), französischsprachigen (Rousseau, Mallarmé<sup>3426</sup>, Baudelaire, Proust) und deutschsprachigen (Hölderlin, Kleist, Nietzsche, Rilke) Literatur vom 18. bis zum Beginn des 20. Jahr-

wachsen: „*I began to read Rousseau seriously in preparation for a historical reflection on Romanticism and found myself unable to progress beyond local difficulties of interpretation. In trying to cope with this, I had to shift from historical definition to the problematics of reading*“, P. de Man, in: *Allegories of Reading*, New Haven, Conn., U.S.A., u. a. 1979, S. IX (IX). Dass die *mindsets* von „*Allegories of Reading*“ und „*The Rhetoric of Romanticism*“ auch aus Sicht von de Man selbst eng verflochten sind, wird auch durch die Tatsache nahegelegt, dass „[a]uf de Mans Anregung hin“ in die deutsche Ausgabe des ersten Teils der „*Allegorien des Lesens*“ zwei Aufsätze aus „*The Rhetoric of Romanticism*“ (darunter der hier primär diskutierte Aufsatz „*Anthropomorphism and Trope in the Lyric*“) aufgenommen wurden, vgl. die editorische Notiz in P. de Man, *Allegories of Reading*, New Haven, Conn., u. a. 1979, S. 27. Vgl. für die hier vertretene These, dass die Auseinandersetzung mit ‚Romantik‘ im Zentrum von de Mans Werk steht, auch die Stimmen in Fn. 3423 a.E. In diese Richtung implizit auch D. Kremer/A. B. Kilcher, *Romantik. Lehrbuch Germanistik*, 4. Aufl., Stuttgart 2015, S. 58; vgl. auch M. Schmitz-Emans, in: U. Schmid (Hrsg.), *Literaturtheorien des 20. Jahrhunderts*, Stuttgart 2010, S. 99 (125): „Studien zur Literatur der Romantik – die einen Schwerpunkt [von de Mans] literaturkritischen Œuvres ausmachen“.

<sup>3423</sup> Die 1960 an der Harvard University eingereichte Dissertation wurde als solche nicht verlegt. Ein wesentlicher exzerpiert Teil (zu Yeats) wurde 1984 als Essay „*Image and Emblem in Yeats*“ veröffentlicht: P. de Man, in: *The Rhetoric of Romanticism*, New York, N.Y., U.S.A., 1984, S. 145 ff. Weitere Teile der Dissertation sowie Vorstudien und aufgegebene Skizzen (zu Stefan George) wurden posthum veröffentlicht: P. de Man, *The Post-Romantic Predicament*, hrsg. v. M. McQuillan, Edinburgh, U.K., 2012. Zur Bedeutung der Dissertation für de Mans Gesamtwerk: O. de Graef, *Titanic Light. Paul de Man's Post-Romanticism, 1960–1969*, Lincoln, Neb., U.S.A., u. a. 1995, S. xii; M. McQuillan, in: P. de Man, *The Post-Romantic Predicament*, hrsg. v. M. McQuillan, Edinburgh, U.K., 2012, S. 1 ff.

<sup>3424</sup> P. de Man, in: *The Rhetoric of Romanticism*, New York, N.Y., U.S.A., 1984, S. VII (VIII f.); in diesem Zusammenhang verweist de Man auf methodologischer Ebene auf Erich Auerbachs Ansatz in dessen Studie „*Mimesis*“, einem Paradebeispiel für den punktuellen komparatistischen Zugriff ausgehend von *close readings* – hierzu oben in und bei Fn. 3213.

<sup>3425</sup> Formulierung bei D. Kremer/A. B. Kilcher, *Romantik. Lehrbuch Germanistik*, 4. Aufl., Stuttgart 2015, S. 58; vgl. dazu, dass de Mans literaturwissenschaftlicher Ansatz auf das Lesen des Kanons (und kanonischer Interpretationen) angewiesen ist, D. Martyn, in: K.-H. Bohrer (Hrsg.), *Ästhetik und Rhetorik. Lektüren zu Paul de Man*, Frankfurt a.M. 1993, S. 13 (29); vgl. ferner H. Müller, in: K.-H. Bohrer (Hrsg.), *Ästhetik und Rhetorik. Lektüren zu Paul de Man*, Frankfurt a.M. 1993, S. 98 (105, 110 f.), zum Angewiesensein von de Mans Dekonstruktion auf die Hermeneutik und deren „Machtspiele“ als *sparring partner*; s. mit Blick auf de Mans Kanon-Orientierung allerdings auch die Bemerkung in Fn. 3426.

<sup>3426</sup> Bemerkenswert insoweit (d.h. betr. der Kanon-Orientierung) allerdings der Hinweis bei M. McQuillan, in: P. de Man, *The Post-Romantic Predicament*, hrsg. v. M. McQuillan, Edinburgh, U.K., 2012, S. 1 (2), wonach Mallarmé in den 1950ern in den USA ein vernachlässigter Forschungsgegenstand gewesen sei und de Man insoweit auch thematisch – und nicht nur methodologisch – innovativ arbeitete (jedenfalls im komparatistischen Kontext, jedenfalls bezogen auf die US-amerikanische Komparatistik).

hunderts. Rousseau (1712–1778) einerseits sowie Baudelaire (1821–1867), Mallarmé (1842–1898), Nietzsche (1844–1900), Yeats (1865–1939), Proust (1871–1922) und Rilke (1875–1926) andererseits verdeutlichen, dass de Mans Betrachtung ‚romantischer‘ Literatur zeitlich über eine etwaige ‚romantische‘ Kern-Zeit um 1800 – in beide Richtungen – erheblich ausgedehnt ist.<sup>3427</sup> Zum Teil spricht de Man dann ausdrücklich von „Prä-Romantik“<sup>3428</sup> bzw. „Post-Romantik“<sup>3429</sup>. Zudem verdeutlicht seine Beschäftigung mit Texten von Rousseau und Nietzsche in besonderem Maß, dass de Man die (angebliche) Gattungsgrenze zwischen ‚Philosophie‘ und ‚Literatur‘ in seinem Forschungsprogramm bewusst überschreitet.<sup>3430</sup>

Bei alledem stellt de Man die Legitimität von Kategorien der Literaturgeschichtsschreibung grundsätzlich in Frage: Im Dissertationstitel von 1960 kulminiert diese Skepsis in der Rede vom „*post-romantic predicament*“<sup>3431</sup>, der „post-romantischen Zwickmühle“. Und noch 1983 spricht de Man davon, dass er den Versuchen anderer Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler, eine Literaturgeschichte der

---

<sup>3427</sup> Vgl. auch die Nebenbemerkung de Mans in seinem Essay „*Hölderlin and the Romantic Tradition*“, in welchem de Man Hölderlin mit dem Etikett „*archromanticism*“ belegt, aber auch ausführt, dass die „poetische Tradition der Romantik [...] Novalis ebenso wie Rilke, Blake ebenso wie Yeats, Hugo ebenso wie Valéry“ umfasse, wobei er in einer Vorfassung statt Hugo Nerval aufgeführt hatte, s. *P. de Man*, *Diacritics* 40. 1 (2012) [1959], 106 (109, 123): „*However varied they may be, contemporary critical methods all originated within the poetic tradition of romanticism – using the term in a wide enough sense to encompass Novalis as well as Rilke, Blake as well as Yeats, Hugo as well as Valéry*“; „*Nerval* is crossed out and replaced with *Hugo*“.

<sup>3428</sup> Freilich mit distanzierenden(?) Anführungszeichen bei *P. de Man*, in: *Studies in Romanticism* 18/4 (1979), *The Rhetoric of Romanticism*, S. 495 (496): „*eighteenth-century antecedents in the ‚pre-Romantic‘ speculations of such authors as Diderot, Rousseau, Lessing, and Herder*“.

<sup>3429</sup> *P. de Man*, in: *The Rhetoric of Romanticism*, New York, N.Y., U.S.A., 1984, S. 239 (253): zu Baudelaire's „*Obsession*“ als „*post-romantic*“; der Titel von de Mans 1960 an der Harvard University eingereichten Doktorarbeit lautete: „*Mallarmé, Yeats, and the Post-Romantic Predicament*“; auch im Vorwort zum Aufsatzsammelband „*The Rhetoric of Romanticism*“ spricht de Man vom „*general topic of European romantic and post-romantic literature*“, vgl. *P. de Man*, in: *The Rhetoric of Romanticism*, New York, N.Y., U.S.A., 1984, S. VII (VII).

<sup>3430</sup> Anschaulich wird das u.a. im Aufsatz „*Anthropomorphism and Trope in the Lyric*“, wenn de Man seine Ausführungen zu einem Nietzsche-Zitat unmittelbar auf die Betrachtung von Baudelaire's Lyrik überführt, vgl. *P. de Man*, in: *The Rhetoric of Romanticism*, New York, N.Y., U.S.A., 1984, S. 239 (243), indem er anmerkt, dass die lyrischen Texte Baudelaire's zwar „weniger schematisch-komprimiert, stärker ausgearbeitet und dramatisiert“ seien als Nietzsches sprachphilosophisch-erkenntnisphilosophischen Ausführungen, jedoch sowohl Nietzsches als auch Baudelaire's Texte jeweils durch innere Spannungen und Disjunktionen konstituiert und (de-)konstruiert würden. Zur „philosophischen“ Dimension von de Mans „Sprachphilosophie“, die durch ihr absichtsvolles Missverstehen gerade auch von Klassikern wie Hegel bei Philosophen z.T. auf ausdrückliche Ablehnung stieß: *E. Knörrer*, *Merkur* 68 (2014), 823 (831), m. w. N.

<sup>3431</sup> S. o. Fn. 3423.

Romantik zu schreiben, „argwöhnisch“ bis „neidvoll“ gegenüberstehe.<sup>3432</sup> Die in literaturhistorischen Kategorien (wie auch in gattungstheoretischen Kategorien) enthaltene totalisierend-reduktive „Kombination von Tropen und ästhetischen sowie epistemologischen Normen“ werde nicht hinreichend reflektiert.<sup>3433</sup> „[P]seudo-historische Epochenbegriffe“ wie die Rede von der ‚Romantik‘ seien letztlich „Begriffe der Abwehr und der Nostalgie“ („*terms of resistance and nostalgia*“), die den Versuch darstellten, vorgefundenes literarisches Textmaterial so zu erfassen, dass es für ‚uns‘ verständlich wird.<sup>3434</sup> Bei der Anwendung literaturhistorischer Kategorien gehe es aber keinesfalls um ‚echte‘ historische Forschung, sondern um die Verwendung von „grobe[n] Metaphern für rhetorische Muster.“<sup>3435</sup> Gerade auf die Beschreibung solcher rhetorischen Muster möchte de Man die Arbeit des Philologen umstellen und führt dies in seiner Lektüre der Baudelaire-Sonette (s. o. I. a) u. gleich d)) – wie an zahlreichen anderen Stellen in seinem Werk – vor.

c) ‚Ästhetik‘ – ‚Rhetorik‘ – ‚Dekonstruktion‘

De Man blickt zudem *hinter* die literaturdogmatischen Konventionen der Gattungstheorie und Literaturgeschichte und entdeckt dort die Wirkungsmacht der „Ideologie des Ästhetischen“<sup>3436</sup>. Die Ideologie des Ästhetischen ist für de Man die Triebfeder hinter den wirkmächtigen Lesekonventionen, welche vorliegend als

<sup>3432</sup> P. de Man, in: *The Rhetoric of Romanticism*, New York, N.Y., U.S.A., 1984 [1983], S. VII (IX). An anderer Stelle erkennt de Man an, dass historisch ausgerichtete Studien zur ‚Romantik‘ wichtige Erkenntnisse befördert hätten: „*The debates surrounding the historical definition Romanticism helped to isolate a set of concepts and categories (self, temporality, history, the imagination, the sublime, etc.) of considerable theoretical and exegetic power*“, P. de Man, in: *Studies in Romanticism* 18/4 (1979), *The Rhetoric of Romanticism*, S. 495 (496).

<sup>3433</sup> P. de Man, in: *The Rhetoric of Romanticism*, New York, N.Y., U.S.A., 1984, S. 239 (253 f., 262).

<sup>3434</sup> P. de Man, in: *The Rhetoric of Romanticism*, New York, N.Y., U.S.A., 1984, S. 239 (262).

<sup>3435</sup> P. de Man, in: *The Rhetoric of Romanticism*, New York, N.Y., U.S.A., 1984, S. 239 (254): „*rather crude metaphors for figural patterns*“.

<sup>3436</sup> De Man behandelt die Problematik der ‚Ideologie des Ästhetischen‘ in mehreren Aufsätzen mit zum Teil unterschiedlichem Fokus: In den Aufsätzen „*Sign and Symbol in Hegel's Aesthetics*“ (P. de Man, *Critical Inquiry* 8 [1982], 761 [771]) und „*The Rhetoric of Temporality*“ (P. de Man, in: C. S. Singleton [Hrsg.], *Interpretation. Theory and Practice*, Baltimore, Md., U.S.A., 1969, S. 173 ff.; sowie *ders.*, in: *Blindness and Insight. Essays in the Rhetoric of Contemporary Criticism*, 2. Aufl., Oxon, U.K., 1983, S. 187 ff.) widmet er sich – mit stark philosophie- bzw. literaturgeschichtlichem Fokus – insbesondere der Ideologie des Ästhetischen als einer „Ideologie des Symbols“, welche in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts und dann v. a. im 19. Jahrhundert (zu Lasten des Allegorischen und der Rhetorik) einen Siegeszug in der kritischen Betrachtung von Literatur angetreten habe. Zur „komplexen Ideologie des Ästhetischen“ führt de Man auch in seinem Aufsatz zu Schiller und Kleist aus; hier spricht de Man die *epistemologischen* und *politischen* Implikationen des Ästhetischen an: P. de Man, in: *The Rhetoric of Romanticism*, New York, N.Y., U.S.A., 1984, S. 263 (264 f.).

‚Literaturdogmatik‘ (s. o. a)) bezeichnet werden (s. u. aa)). Diese Ideologie des Ästhetischen steht in einem Spannungsverhältnis zur ‚Rhetorizität‘ (literarischer) Texte (s. u. bb)). Dieses Spannungsverhältnis zeigt sich im Verfahren der ‚Dekonstruktion‘ (literarischer) Texte (s. u. cc)).

#### aa) ‚Ästhetik‘ als literaturdogmatische Triebfeder

In einem Aufsatz zu Hegels (von Hotho herausgegebenen) „Vorlesungen über die Ästhetik“ bezeichnet de Man die Ideologie des Ästhetischen als eine „Ideologie des Symbols“.<sup>3437</sup> De Man sieht das Symbol (und das Symbolische) im Zentrum der Autonomieästhetik, welche – seit der Begründung der Ästhetik als eigene philosophische Disziplin durch Alexander Gottlieb Baumgarten Mitte des 18. Jahrhunderts – einen Siegeszug in der kritischen Betrachtung von Literatur angetreten habe und dann während der „Goethezeit“<sup>3438</sup> sowie in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts insbesondere auch bei Hegel (und darüber hinaus bis „heute“<sup>3439</sup>) prägend sei.<sup>3440</sup> ‚Kunst‘ wird in Hegels (von Hotho herausgegebenen) „Vorlesungen über die Ästhetik“ als symbolisch vorgestellt, „indem die Kunst überhaupt gerade in der Beziehung, Verwandtschaft und dem konkreten Ineinander von Bedeutung und Gestalt besteht“<sup>3441</sup>. Hegel strukturierte seine Vorstellung von ‚Kunst‘ als „Ineinander von Bedeutung und Gestalt“ – so de Man – um die „beherrschende Metapher [...] der

<sup>3437</sup> P. de Man, *Critical Inquiry* 8 (1982), 761 (771); vgl. auch *ders.*, in: C. S. Singleton (Hrsg.), *Interpretation. Theory and Practice*, Baltimore, Md., U.S.A., 1969, S. 173 ff.; u. *ders.*, in: *Blindness and Insight. Essays in the Rhetoric of Contemporary Criticism*, 2. Aufl., Oxon, U.K., 1983, S. 187 ff.; vgl. ferner *ders.*, in: *The Rhetoric of Romanticism*, New York, N.Y., U.S.A., 1984, S. 239 (253 f.) – hier legt de Man zugleich dar, dass er die intertextuelle Beziehung zwischen den beiden analysierten Baudelaire-Gedichten ihrerseits als Struktur eines Symbols begreift und hebt seine Theorie des ‚Symbols‘ damit auf die Ebene der Literaturdogmatik: „the relationship between the neo-classical ‚Correspondances‘ and the post-romantic ‚Obsession‘ is itself structured like a symbol: the two sonnets complement each other like the two halves of a symbolon“. Zu de Mans Betrachtung der „Ideologie des Symbols“ referierend etwa M. Schmitz-Emans, in: U. Schmid (Hrsg.), *Literaturtheorien des 20. Jahrhunderts*, Stuttgart 2010, S. 99 (125); A. Geisenhanslüke, *Einführung in die Literaturtheorie*, 6. Aufl., Darmstadt 2013, S. 109 f.

<sup>3438</sup> Vgl. P. de Man, in: C. S. Singleton (Hrsg.), *Interpretation. Theory and Practice*, Baltimore, Md., U.S.A., 1969, S. 173 ff.

<sup>3439</sup> De Man beschreibt Hegels „Ästhetik“ – und darin insbesondere die „Ideologie des Symbolischen“ – als nachhaltig wirkkräftig; diese Wirkungskraft sei häufig unabhängig von konkreter Auseinandersetzung mit Hegels Texten gegeben; vgl. P. de Man, *Critical Inquiry* 8 (1982), 761 (763): „[I]ts influence on our way of thinking about and teaching literature is still all-pervasive. [...] Few thinkers have so many disciples who never read a word of their master’s writings.“ Anderenorts beschreibt de Man die nachhaltige Wirkungskraft von Schillers Ästhetik-Reflexionen: P. de Man, in: *The Rhetoric of Romanticism*, New York, N.Y., U.S.A., 1984, S. 263 (266).

<sup>3440</sup> P. de Man, *Critical Inquiry* 8 (1982), 761 (764 ff.).

<sup>3441</sup> H. G. Hotho [G. W. F. Hegel], *Vorlesungen über die Aesthetik*, Bd. I, Berlin 1835, S. 393; hierzu P. de Man, *Critical Inquiry* 8 (1982), 761 (763 f.).

Verinnerlichung“ („*commanding metaphor [...] of interiorization*“) herum.<sup>3442</sup> Ästhetische Schönheit werde verstanden als „äußerliche Manifestation eines idealen Inhalts, welcher seinerseits eine verinnerlichte Erfahrung darstellt, das erinnerte Gefühl einer vergangenen Wahrnehmung.“<sup>3443</sup> Dieses Wechselspiel von ‚innen‘ und ‚außen‘ im Symbol diene bei Hegel der „Vermittlung von Geist und natürlicher Welt“: „*The symbol is the mediation between the mind and the physical world of which art manifestly partakes, be it as stone, as color, as sound, or as language.*“<sup>3444</sup> Mit dieser Vermittlungsoperation schütze sich der Geist vor seiner Selbstauslöschung, welcher er im Bereich des Sprachlich-Zeichenhaften ausgesetzt sei.<sup>3445</sup> Insofern gehe es bei Hegel letztlich v.a. auch darum, wie das denkende Ich sich mit Hilfe von Kunst (und Geschichtsschreibung) vor seiner Selbstauslöschung rette.<sup>3446</sup> Es geht im Kern also um ein Ideal des künstlerischen *Ausdrucks*, in welchem sich die Verinnerlichung von Äußerlichkeiten durch ein Subjekt zeigt, eben wodurch sich dieses Subjekt konstituiert. Im Kern ist die Ideologie der ‚Ästhetik‘ damit eine „Ideologie des Subjekts“.<sup>3447</sup> Die oben näher beschriebene Figur der ‚lyrischen Stimme‘ (des ‚lyrischen Subjekts‘ – s.o. 1. b) aa) u. 2. b) aa)) ist ein spezieller, besonders wirkmächtiger Unterfall<sup>3448</sup> ästhetischer Subjektivität.

Für lyrische Subjektivität wurde oben skizziert, dass diese komplex und mehrdimensional daher kommt und vielgestaltig theoretisiert wird (s.o. 1. b) bb)). Auch im Allgemeinen wird die Ideologie des Ästhetischen und ästhetische Subjektivität von de Man ausdrücklich als „komplex“ qualifiziert.<sup>3449</sup> In seiner eben angesprochenen Hegel-Lektüre verweist er darauf, dass sich bei Hegel durchaus auch – freilich von der Rezeption vernachlässigte – „(ver-)störende“ und „rätselhafte Aussagen“ finden ließen, welche die wirkmächtige Vorstellung von ‚Kunst‘ als

<sup>3442</sup> P. de Man, *Critical Inquiry* 8 (1982), 761 (771).

<sup>3443</sup> P. de Man, *Critical Inquiry* 8 (1982), 761 (771): „*commanding metaphor [...] of interiorization, the understanding of aesthetic beauty as the external manifestation of an ideal content which is itself an interiorized experience, the recollected emotion of a bygone perception*“.

<sup>3444</sup> P. de Man, *Critical Inquiry* 8 (1982), 761 (763).

<sup>3445</sup> Vgl. P. de Man, *Critical Inquiry* 8 (1982), 761 (770).

<sup>3446</sup> Indem sich das denkende Ich, welches „zunächst“ ein Zeichen sei, als Symbol geriere, vgl. P. de Man, *Critical Inquiry* 8 (1982), 761 (767 ff.).

<sup>3447</sup> So deutlich mit Hinweisen auf de Man und Terry Eagleton: C. Menke, *Die Kraft der Kunst*, Berlin 2013, S. 137: „Das ästhetische Subjekt ist der Schein des Subjekts; es ist Ideologie, und die ästhetische Ideologie ist die Ideologie des Subjekts.“

<sup>3448</sup> Die Metapher der „Stimme“ (Metapher des Subjekts) wird von de Man auch in ‚literarischen‘ Texten, die traditionell nicht als lyrische Texte betrachtet werden, etwa in Erzähltexten nachgewiesen; auch dort habe die (Erzähl-)Stimme eine rhetorische Funktion, vgl. P. de Man, *Diacritics* 3. 3 (1973), 27 (33), am Beispiel Proust.

<sup>3449</sup> P. de Man, in: *The Rhetoric of Romanticism*, New York, N.Y., U.S.A., 1984, S. 263 (264).



Symbol konterkarieren.<sup>3450</sup> De Man nimmt gegenüber der Ideologie des Ästhetischen also nicht etwa eine Abwehrhaltung ein, sondern vollzieht ihre Forderungen und Selbstwidersprüche ‚interessiert‘ und kritisch nach. Ablehnend steht de Man jedoch simplifizierenden Lesarten philosophischer und literarischer Texte durch andere Rezipientinnen und Rezipienten (Leserinnen und Leser) gegenüber. Freilich ist er zugleich auf solche fremden „(Fehl)lektüren“<sup>3451</sup> zur Veranschaulichung seiner Theorie angewiesen.<sup>3452</sup> Hier erklärt sich de Mans besonderes Interesse an literarischen und philosophischen Texten der europäischen Literaturen seit dem späten 18. Jahrhundert – also an ‚romantischen‘ und ‚post-romantischen‘ Texten i. w. S. (s. o. b)): In diesen Texten werden zum einen – in mehr oder weniger komplexer Weise – Ansprüche der Autonomieästhetik, also Positionen der Ideologie des Ästhetischen rund um das Ideal der Verinnerlichung durch ein Subjekt, verhandelt. Zum anderen werden diese Texte häufig durch Rezipientinnen und Rezipienten nach wirkmächtigen Lektüreschemata der Ideologie des Ästhetischen (wie dem lyrischen Lesen) fehlgelesen.

#### bb) ‚Ästhetik‘-, ‚Rhetorik‘-Spannungen

Was de Man an Texten der ‚romantischen‘ Literatur i. w. S. interessiert, ist die Art und Weise, wie diese mit Forderungen der ‚Ästhetik‘ umgehen.<sup>3453</sup> Genauer gefasst: De Man untersucht die Texte auf (Selbst-)Widersprüche zwischen ästhetischen Ansprüchen, die in diesen Texten aufgerufen werden, einerseits und den polyvalenten Lektüremöglichkeiten, die durch die rhetorisch-trop(olog)ische Verfasstheit der Texte eröffnet werden, andererseits. Literaturdogmatik (in Gestalt von Forderungen der ‚Ästhetik‘) wird von de Man also nicht als etwas begriffen, das völlig losgelöst durch Leserinnen und Leser von außen an ‚romantische‘ Texte herange-

<sup>3450</sup> P. de Man, *Critical Inquiry* 8 (1982), 761 (764, 773): „disturbing“, „enigmatic statements“. So ließe sich de Man zu Folge Hegels Schriften auch die Vorstellung von ‚Kunst‘ als Zeichen, das auf der mechanisch-„bildlosen“ Tätigkeit des Gedächtnisses und nicht auf der organischen Tätigkeit der Erinnerung beruhe, entnehmen, vgl. a. a. O. (771 ff.).

<sup>3451</sup> P. de Man, in: *The Rhetoric of Romanticism*, New York, N.Y., U.S.A., 1984, S. 239 (247): „(mis)reading“; Hervorh. R.D.N.

<sup>3452</sup> Vgl. exemplarisch für diese omnipräsente Haltung de Mans die Auseinandersetzung mit herrschenden Lesarten von Yeats’ „Among School Children“: P. de Man, *Diacritics* 3. 3 (1973), 27 (30), von Baudelaires „Correspondances“: P. de Man, in: *The Rhetoric of Romanticism*, New York, N.Y., U.S.A., 1984, S. 239 (246 f.), sowie von Kleists „Über das Marionettentheater“: a. a. O., S. 263 (267 ff.). Hier geht es letztlich um das Verhältnis von Hermeneutik und Dekonstruktion: hierzu H. Müller, in: K.-H. Bohrer (Hrsg.), *Ästhetik und Rhetorik. Lektüren zu Paul de Man*, Frankfurt a. M. 1993, S. 98 (111): „Dekonstruktion [ist] nicht strikt jenseits der Hermeneutik anzusiedeln, vielmehr ist Dekonstruktion u. a. auf hermeneutische Verfahren angewiesen“; vgl. auch V. B. Leitch/W. E. Cain/L. A. Finke/J. McGowan/T. D. Sharpley-Whiting/J. J. Williams, *The Norton Anthology of Theory and Criticism*, 3. Aufl., New York, N.Y., U.S.A., u. a. 2018, S. 1311: de Man als „critic of critics“.

<sup>3453</sup> Vgl. D. Kremer/A. B. Kilcher, *Romantik. Lehrbuch Germanistik*, 4. Aufl., Stuttgart 2015, S. 58.



tragen wird, sondern als etwas, das in den Texten selbst – mehr oder weniger komplex – verhandelt wird. Bei dieser Verhandlung ästhetischer Ansprüche geraten die Texte in Selbstwidersprüche, was de Man im Anschluss an (Vico und) Nietzsche auf die rhetorisch-trop(olog)ische Verfasstheit der menschlichen Sprache (s.o. 2. a) cc)) zurückführt. Leserinnen und Leser gehen mit den textuellen Spuren dieser paradoxen Verhandlung des Ästhetischen dann in unterschiedlicher Weise um. Häufig werden die Selbstwidersprüche zu Gunsten einfacher ästhetischer Postulate übersehen. Dies geschieht etwa dann, wenn einem Text durch „lyrisches Lesen“ (s.u. d)) eine lyrische Stimme zugeschrieben wird und dabei nicht reflektiert wird, dass diese Operation rein metaphorischen (rhetorischen‘) Charakter aufweist. De Man setzt sich kritisch mit solchen totalisierenden Lesarten auseinander, welche krude ästhetische Postulate in den Texten betonen und dabei diesbezügliche Selbstwidersprüche ignorieren.

Damit sind zwei konkurrierende Pole – ‚Ästhetik‘ und ‚Rhetorik‘ – benannt, deren Spannungsverhältnis de Mans ‚Literatur‘-Begriff bestimmt. Spannungen zwischen Ästhetik und Rhetorik findet de Man insbesondere in ‚romantischen Texten‘ i. w. S.<sup>3454</sup> In diesen Texten weist er einerseits Signale für (und damit Einladungen zu) totalisierende(n) Lesearten nach ästhetischen Mustern wie dem ‚romantischen‘ ‚Lyrik‘-Ideal (s.o. 1. b) aa)) nach; andererseits zeigt er, dass sich ebendiese Texte gegen solche totalisierenden Lesarten sperren.<sup>3455</sup> ‚Romantische‘ Texte i. w. S. kann de Man daher als Orte beschreiben, in denen – in den Worten von Detlef Kremer und Andreas B. Kilcher – „rhetorische Strategien der Selbstaufhebung, die Sinn produzieren und in selbstreferentiellen Schleifen wieder dementieren“, am Werk sind.<sup>3456</sup> Das Aufdecken solcher „rhetorische[n] Strategien der Selbstaufhebung“ (in den Texten selbst) begreift de Man als seine literaturkritische (literaturwissenschaftliche) Aufgabe.

#### cc) ‚Dekonstruktion‘

Diese Suche nach rhetorischer Selbstaufhebung in Texten ist unter dem Etikett ‚Dekonstruktion‘ (im Sinn des US-amerikanischen Dekonstruktivismus der sog. ‚Yale-School‘) in das Arsenal der Literaturtheorie eingegangen.<sup>3457</sup> Damit wird vorliegend also ein sehr spezifisches Verständnis von ‚Dekonstruktion‘ in Bezug genommen, welches von anderen Verwendungen (etwa in Bezug auf Jacques Der-

<sup>3454</sup> Vgl. D. Kremer/A. B. Kilcher, *Romantik. Lehrbuch Germanistik*, 4. Aufl., Stuttgart 2015, S. 58.

<sup>3455</sup> De Man begibt sich damit immer wieder auf die Suche nach Mustern und ihren Durchbrechungen in den Texten: vgl. P. de Man, in: *The Rhetoric of Romanticism*, New York, N.Y., U.S.A., 1984, S. 239 (252): „Here again, our problem is centered on the possibility of reinscribing into the system elements [...] that do not belong to this pattern.“

<sup>3456</sup> D. Kremer/A. B. Kilcher, *Romantik. Lehrbuch Germanistik*, 4. Aufl., Stuttgart 2015, S. 58.

<sup>3457</sup> S.o. Fn. 3321.

rida<sup>3458</sup> oder gar Carl Schmitt<sup>3459</sup>) zu unterscheiden ist. Hervorzuheben ist, dass die Dekonstruktion im Sinn der *Yale-School* deutlich textfokussiert arbeitet (mit einer spezifischen Form von ‚close reading‘<sup>3460</sup>) und dabei *nicht* als Verfahren verstanden werden möchte, dass von ‚außen‘ an den Text herangetragen werde, sondern als der Nachvollzug von Vorgängen *im Text selbst*.<sup>3461</sup> Vorgänge der Dekonstruktion finden im Text selbst statt. In besonders verfeinerter Weise finden sie in ‚literarischen‘ (poetischen) Texten statt, sind aber nicht auf diese beschränkt, sondern lassen sich auch in kritischen und diskursiven, einschließlich wissenschaftlichen Texten,

<sup>3458</sup> ‚Dekonstruktion‘ bei de Man ist zu unterscheiden von der (primär ‚philosophischen‘, primär nicht so stark ‚literatur‘-wissenschaftlich interessierten) ‚Dekonstruktion‘ im Sinn von Jacques Derrida, mit welcher allerdings durchaus auch wichtige Überschneidungen (Anknüpfungen de Mans an Derrida, Folgerungen, ‚Anwendungen‘) bestehen, vgl. zu dem Verhältnis zwischen Derridas ‚Dekonstruktion‘ und ‚Dekonstruktion‘ im Bereich von *literary criticism* (u. a. bei de Man): J. D. Culler, *On Deconstruction. Theory and Criticism after Structuralism*, Ithaca, N.Y., U.S.A., 1982, S. 180 ff.: Culler nennt drei Cluster von Folgerungen, welche literaturwissenschaftliche ‚Dekonstruktion‘ (u. a. also de Man) Derridas Denken entnehmen könne und entnehme: (1) Hinterfragung des Status *kritisch-theoretischer Konzepte* der Literaturwissenschaft und -kritik wie ‚Autorin‘/‚Autor‘, ‚Text‘, ‚Literatur‘, ‚Genre‘, etc.; (2) Interesse für bestimmte *prekäre Themen* in literarischen Werken wie ‚Unentscheidbarkeit‘, ‚Ausschluss‘, ‚Herkunft‘, ‚Einfluss‘, ‚Originalität‘; (3) eine Einstellung und *Methode* des aufmerksamen *Lesens* von Texten – s. zu dem dritten Aspekt auch die Ausführungen zum ‚close reading‘ oben in und bei Fn. 3212.

<sup>3459</sup> Vgl. für die Verwendung des Etiketts „Dekonstruktion“ (konkreter: „intentional[e] Dekonstruktion“ und „dekonstruktive Argumentation“) in Bezug auf Carl Schmitt: R. Mehring, *Carl Schmitt zur Einführung*, 5. Aufl., Hamburg 2017, S. 33 ff., wonach Schmitt „juristische Modelle von hoher Abstraktheit in perspektivisch verzerrter, polemischer Absicht [...] konstruier[t], um die Verfassungsentwicklung als autodestruktive Entfaltung immanenter Inkonssequenzen und Selbstwidersprüche zu beschreiben“. Eine Suche nach „Inkonssequenzen und Selbstwidersprüche[n]“ mag man durchaus als Gemeinsamkeit mit de Mans ‚Dekonstruktion‘ erkennen können, allerdings setzt de Man – anders als Schmitt – nicht seinerseits Ideal- oder Ursprungs-Konstruktionen der Modelle, welche dann als stabiler Maßstab für angebliche Fehlentwicklungen dienen könnten, sondern deckt Unschärfen, Spannungen, Widersprüche, Blindstellen, Ausschlüsse in konkreten Texten und vor allem auch in den (angeblich ‚originalen‘) Modellen selbst auf. In dem oben zitierten Satz bringt Mehring ja wörtlich zum Ausdruck, dass Schmitt sein Material keinesfalls ‚vollständig‘, konsequent ‚dekonstruiert‘, sondern dass er vor allem auch zuallererst „konstruier[t]“ – ein für Schmitts Zwecke zentraler erster Schritt, den de Man gerade nicht vollzieht. Vgl. ferner R. Mehring, in: G. Raulet/M. Llanque (Hrsg.), *Geschichte der politischen Ideengeschichte*, Baden-Baden 2018, S. 203 (216), über Carl Schmitt als „agonalen Ideengeschicht[sschreiber]“ mit der Strategie einer rezeptiven Personalisierung der Ideengeschichte als „Dekonstruktion“ – die ‚Dekonstruktion‘ de Mans hingegen legt den unsicheren Status von Subjekt-Metaphern (etwa von Autorinnen und Autoren), Personifizierungen und Anthropomorphismen gerade offen.

<sup>3460</sup> S. o. in und bei Fn. 3212.

<sup>3461</sup> Deutlich P. de Man, *Diacritics* 3. 3 (1973), 27 (32): „*The deconstruction is not something we have added to the text but it constituted the text in the first place. A literary text simultaneously asserts and denies the authority of its own rhetorical mode and by reading the text as we did, we were only trying to come closer to being as rigorous a reader as the author had to be in order to write the sentence in the first place.*“

letztlich in allen Texten nachweisen.<sup>3462</sup> Grundlage der Dekonstruktion ist die rhetorisch-trop(olog)ische Verfasstheit aller Texte (s.o. 2. a) cc)),<sup>3463</sup> welche sich konventionalisierten, ideologischen Postulaten des Ästhetischen (Subjekt, Einheit, etc.) entgegensetzt.

*d) Ein Beispiel: „lyrisches Lesen“ von „Correspondances“  
als literaturdogmatische Gewalttat*

Um Dekonstruktion als textimmanente Spannung zwischen Rhetorik und Ästhetik im eben skizzierten Sinn exemplarisch zu veranschaulichen, soll mit de Man erneut auf die erste Strophe von „*Correspondances*“ (s.o. 1. a)) geblickt werden: Zwar bezeichnet de Man „*Correspondances*“ aufgrund dessen nüchterner, ‚rein‘ tropischer, *nicht*-subjektivistischer, (scheinbar) *nicht*-anthropomorph(istisch)er Sprache unter Zugrundelegung eines engen ‚Lyrik‘-Begriffs wie gezeigt ausdrücklich als *Nicht*-Lyrik (s.o. 2. a) bb)). Aber dennoch trage „*Correspondances*“ – in de Mans Worten – „die volle Möglichkeit der Lyrik“ in sich.<sup>3464</sup> „*Correspondances*“ könne nämlich – gerade weil es *nicht* lyrisch sei – „lyrisch *gelesen*“ werden. Es erlaube und produziere lyrische Lektüren. „Lyrisches Lesen“ ist das Lesen eines (nicht-lyrischen) Texts mit Blick auf die literaturdogmatischen „Interpretationsprotokolle und Konventionen der Lyrik“.<sup>3465</sup> Diese „Interpretationsprotokolle und Konventionen der Lyrik“ kreisen um das „Interpretationssystem“ des Anthropomorphismus. Die „Rezeptionsnische“ (Wolfgang Illrich)<sup>3466</sup> der Lyrik ist das Reich des Anthropomorphismus. „Lyrisches Lesen“ ist das Auffinden von anthropomorphen Strukturen in Texten. Diese anthropomorphen Strukturen bilden eine Spannungslage zwischen ‚Rhetorik‘ und ‚Ästhetik‘ im eben skizzierten Sinn (s.o. c) bb)). ‚Ästhetik‘ ist hier insoweit im Spiel, als dass es im Anthropomorphismus um die Totalisierung von ‚innen‘ und ‚außen‘ im (lyrischen) Subjekt geht (s.o. c) aa)).

Es gebe Textstellen in „*Correspondances*“, deren ‚rhetorisch‘-trop(olog)ische Verfasstheit es „erlaub[e], aber mit Sicherheit nicht erzwing[e]“, sie als Anthropomorphismus zu lesen.<sup>3467</sup> Es bestehe dort eben die „volle *Möglichkeit* der Lyrik“<sup>3468</sup>

<sup>3462</sup> P. de Man, *Diacritics* 3. 3 (1973), 27 (32): „*Poetic writing is the most advanced and refined mode of deconstruction; it may differ from critical or discursive writing in the economy of its articulation, but not in kind.*“

<sup>3463</sup> Vgl. P. de Man, *Diacritics* 3. 3 (1973), 27 (32).

<sup>3464</sup> P. de Man, in: *The Rhetoric of Romanticism*, New York, N.Y., U.S.A., 1984, S. 239 (261 f.): „*it [i.e. ‚Correspondances‘], and it alone, contains, implies, produces, generates, permits (or whatever aberrant verbal metaphor one wishes to choose) the entire possibility of the lyric.*“

<sup>3465</sup> So referierend zu de Man: J. D. Culler, *Theory of the Lyric*, Cambridge, Mass., U.S.A., 2015, S. 78.

<sup>3466</sup> W. Illrich, in: ders., *Tiefer hängen. Über den Umgang mit der Kunst*, Berlin 2003, S. 13 (32) – s.o. § 3, B. II. 6.

<sup>3467</sup> P. de Man, in: *The Rhetoric of Romanticism*, New York, N.Y., U.S.A., 1984, S. 239 (246).

und damit des Anthropomorphismus, nicht aber deren Notwendigkeit. Entscheidet man sich für eine anthropomorphistische Lesart, so sei dies stets auch eine „(Fehl)lektüre“ im oben erwähnten Sinn (s. o. 1. u. 3. c) aa)).<sup>3469</sup> De Man deutet zur Illustration u. a. auf die ersten Verse von „*Correspondances*“:

***Correspondances***<sup>3470</sup>

*La Nature est un temple où de vivants piliers  
Laisent parfois sortir de confuses paroles;  
L'homme y passe à travers des forêts de symboles  
Qui l'observent avec des regards familiers.  
[...]*

**Entsprechungen**

Die Natur ist ein Tempel, wo aus lebendigen Pfeilern  
zuweilen wirre Worte dringen;  
der Mensch geht dort durch Wälder von Symbolen  
die mit vertrauten Blicken ihn beobachten.  
[...]

De Man stellt zwei konkurrierende Lesarten für die „lebendigen Pfeile[r]“, aus denen „wirre Worte dringen“, aus dem ersten Vers vor<sup>3471</sup>: Diese Textstelle könne, müsse aber nicht so gelesen werden, als läge dort ein Anthropomorphismus vor. Es sei – *erstens* – möglich, „lebendig[e] Pfeile[r]“ so zu lesen, als ob es um ‚eigentlich‘ leblose Steinsäulen (eines ‚echten‘ Tempels) gehe, welche rhetorisch mit menschlicher Sprachfähigkeit und Leben ausgestattet würden. Dann läge hier eine sprachliche Vermenschlichung nicht-menschlicher Entitäten – also ein Anthropomorphismus – vor. Diese Lesart sei möglich, aber nicht zwingend. Es sei – *zweitens* und konkurrierend – ebenfalls möglich, „lebendig[e] Pfeile[r]“ so zu lesen, als ob damit unmittelbar menschliche Körper bezeichnet würden, von denen dann aber behauptet wird, sie würden wie Steinsäulen aussehen oder wirken oder irgendetwas mit Steinsäulen gemeinsam haben. Menschliche Körper sind nun aber natürlicherweise mit Sprachfähigkeit ausgestattet, sodass diese zweite Lesart gar keinen Anthropomorphismus darstelle. Während diese *zweite* Lesart – „lebendig[e] Pfeile[r]“ als säulenförmige Menschen – eine ‚bloße‘ Metapher (also Trope; s. o. 2. a)) darstelle, basiere die *erste* Lesart – „lebendig[e] Pfeile[r]“ als menschenförmige, belebte Säulen – auf einem Anthropomorphismus.<sup>3472</sup> Analoges gelte für den Term „Wälder von Symbolen / die mit vertrauten Blicken ihn beobachten“ in Versen 3 und 4 von

<sup>3468</sup> P. de Man, in: *The Rhetoric of Romanticism*, New York, N.Y., U.S.A., 1984, S. 239 (262), Hervorh. R.D.N.

<sup>3469</sup> Vgl. P. de Man, in: *The Rhetoric of Romanticism*, New York, N.Y., U.S.A., 1984, S. 239 (247), Hervorh. R.D.N.

<sup>3470</sup> Zu den Nachweisen für Original und Übersetzung (*Friedhelm Kemp*), s. o. Fn. 3334.

<sup>3471</sup> Vgl. P. de Man, in: *The Rhetoric of Romanticism*, New York, N.Y., U.S.A., 1984, S. 239 (245 f.).

<sup>3472</sup> Vgl. P. de Man, in: *The Rhetoric of Romanticism*, New York, N.Y., U.S.A., 1984, S. 239 (245 f.). Eine ähnliche Textstelle aus Homers „*Ilias*“, in welcher nicht entscheidbar sei, ob von ‚Felsenmenschen‘ oder einem ‚Menschenfels‘ die Rede sei, diskutiert Bruno Snell, vgl. B. Snell, *Die Entdeckung des Geistes*, 3. Aufl., Hamburg 1955, S. 269, mit dem Hinweis, dass „der Mensch den Felsen nur dadurch anthropomorph sehen kann, da[ss] er sich selbst zugleich petromorph sieht, da[ss] er nur dadurch, da[ss] er den Felsen von sich aus interpretiert, ein eigenes Verhalten gewahrt wird und den treffenden Ausdruck dafür findet“; vgl. zu diesem Beispiel und Snells Analyse auch W. Killy, *Elemente der Lyrik*, 2. Aufl., München 1972, S. 10.

„Correspondances“:<sup>3473</sup> Auch diese Textstelle lasse sich *einerseits* als eine Beschreibung von Wäldern, welche sprachlich-rhetorisch mit Augenlicht ausgestattet – also anthropomorphisiert – wurden, lesen. Aber auch hier sei die anthropomorphistische Lesart nicht zwingend: „Wälder von Symbolen“ lasse sich nämlich *andererseits* schlicht als ‚ein Bündel von Symbolen‘ (also als: ‚eine große Menge von Zeichen‘) lesen. In diesem Fall handelte es sich nicht um den Anthropomorphismus eines „Waldes“, sondern um ein bloßes rhetorisches „Mittel der Verstärkung“ („figure of amplification“<sup>3474</sup>). Letztlich könne in dieser zweiten, *nicht*-anthropomorphistischen Lesart „Wald von Zeichen“ schlicht für ‚eine große Menge von zeichenhaften Menschen‘ stehen: Statt ‚sehenden Wäldern‘ (Anthropomorphismus) würden in den Versen 3 und 4 dann also ‚zeichen- und rätselhafte Menschenmassen‘<sup>3475</sup> (bloße Trope) in Bezug genommen.

De Man gesteht zu, dass die *nicht*-anthropomorphistische Lesart von „lebendig[e] Pfeile[r]“ und von „Wälder von Symbolen / die mit vertrauten Blicken ihn beobachten“ als ‚säulenartige‘ bzw. ‚rätselhafte Menschen‘ „weitergeholt erscheint“.<sup>3476</sup> Die alternative, anthropomorphistische Lesart dieser Wendungen als ‚menschenartige Säulen‘ bzw. ‚menschenartige Bäume‘ sei unter den Kommentatorinnen und Kommentatoren des Texts die vorherrschende, wirkmächtigere Lesart. De Man arbeitet an dieser Stelle ohne Hinweise auf konkrete Interpretationen. Allerdings lassen sich tatsächlich v. a. anthropomorphistische Lesarten der ersten Strophe von „Correspondances“ finden: Exemplarisch<sup>3477</sup> sei auf eine knappe Interpretation von Harald Weinrich verwiesen: „Man mu[ss] auf das Wort *observer* achten. Es geht nicht mehr darum, da[ss] wir als Herren die Natur auseinandersondern, um sie zu beobachten und zu analysieren. Die Naturelemente selber vielmehr, die als Zeichen aufeinander verweisen, sie beobachten nun uns und sprechen dabei eine vertraute, eine poetische Sprache. Es ist [...] eine Sprache der reinen Synthese.“<sup>3478</sup> Trotz seiner

<sup>3473</sup> Vgl. P. de Man, in: *The Rhetoric of Romanticism*, New York, N.Y., U.S.A., 1984, S. 239 (246); hierzu auch B. Johnson, *Yale J. of Law & the Humanities* 10 (1998), 549 (555): die Frage sei, ob man es mit „baumgleichen Menschen“ („tree-like men“) oder mit „menschengleichen Bäumen“ („man-like trees“) zu tun habe.

<sup>3474</sup> P. de Man, in: *The Rhetoric of Romanticism*, New York, N.Y., U.S.A., 1984, S. 239 (246).

<sup>3475</sup> P. de Man, in: *The Rhetoric of Romanticism*, New York, N.Y., U.S.A., 1984, S. 239 (246): „‘Symboles’ in ‚des forêts de symboles‘ could then designate the verbal, the rhetorical dimension within which we constantly dwell and which we therefore meet as passively as we meet the glance of the other in the street.“

<sup>3476</sup> P. de Man, in: *The Rhetoric of Romanticism*, New York, N.Y., U.S.A., 1984, S. 239 (246 f.).

<sup>3477</sup> Ein weiteres deutliches Beispiel für die anthropomorph(istisch)e Lesart wäre etwa der Seitenblick auf „Correspondances“ bei S. Pines, *Pariser Schnappschüsse. Sehen und Blindheit bei Baudelaire*, München 2014, S. 145: „[Hier] ist [...] das lyrische Ich selbst aktiv auf der Suche nach denjenigen Momenten – Raumdetails – die ihn [sic!] zum Sehen bringen oder ihn [sic!] dazu auffordern, wie es der Wald [sic!] aus Symbolen in *Correspondances* tut, die ihn mit ihrem [sic!] *regard familier* [sic!] betrachten.“

<sup>3478</sup> H. Weinrich, in: *Literatur für Leser*, Stuttgart 1971, S. 85 (89).

Aufmerksamkeit für den verweisenden Zeichen-Charakter von „Naturelementen“ entnimmt Weinrich dem Text letztlich ausdrücklich sehende und sprechende – also anthropomorphe – „Naturelemente“, die er dem Menschen („wir“/„uns“), weiterhin‘ gegenüberstellt. Diese Gegenüberstellung von „Mensch“ und „Natur“ wird durch die ‚äußere‘ Form der Strophe (einem antagonistisch-parallelistisch ausgerichteten Satzpaar mit zwei Subjekten) zunächst durchaus auch nahegelegt.<sup>3479</sup> Allerdings hat Margot Melenk darauf hingewiesen, dass ein Widerspruch dieser durch den Antagonismus „Natur“/„Mensch“ geprägten ‚äußeren‘ Form des Texts zum Thema des Texts („Ineinandergleite[n] verschiedener Bereiche“) und zu den „Bildparadoxien“, womit sie die „lebendigen Pfeile[r]“ und „Wälder von Symbolen“ meint, bestehe.<sup>3480</sup> „Correspondances“ sträubt sich eben sowohl gegen eine Ineinsetzung wie auch gegen eine krude Kontrastierung von „Mensch“ und „Natur“. Eben dieses Sträuben wird in vielen Interpretationen jedoch *über*-lesen, wenn die Spannungslage zwischen „Mensch“ und „Natur“ dadurch *scheinbar* gelöst – ‚eigentlich‘ aber nur aufgeschoben – wird, dass Naturelemente vermenschlicht werden. Laut de Man würde die „Tradition der Interpretation“ von „Correspondances“, „beinahe einmütig in diese Richtung gehen“. <sup>3482</sup> Diese herrschende Meinung der Interpretation betone François-René de Chateaubriand und Gérard de Nerval als angebliche Einflüsse auf „Correspondances“. <sup>3483</sup> Beide zählen zum Kern der französischen literarischen Romantik in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts. In der (so verstandenen) ‚romantischen‘ Tradition liege die anthropomorphistische Deutung von „Correspondances“ auch nahe: Ein Mensch (ein lyrisches Subjekt!), welcher in einer Waldszene von anthropomorphen Entitäten aus der Natur (sprechenden und sehenden Säulen, Bäumen, Zeichen, etc.) konfrontiert wird, liegt ganz im traditionellen ‚romantischen‘ Erfahrungsraum. Daher kann de Man die wirkmächtige anthropomorphistische Lesart von „Correspondances“ als Beispiel für die ideologische Kraft des ‚romantischen‘ Ideals der Lyrik rund um ein lyrisches Subjekt anführen. Die konkurrierende und „fernliegende“ Deutung im Sinne von ‚säulenartigen‘ bzw. ‚rätselhaften Men-

<sup>3479</sup> Vgl. M. Melenk, Die Baudelaire-Übersetzungen Stefan Georges, München 1974, S. 43.

<sup>3480</sup> Vgl. M. Melenk, Die Baudelaire-Übersetzungen Stefan Georges, München 1974, S. 43 f.

<sup>3481</sup> Ähnlich zu einer ähnlichen Textstelle aus Homers „Ilias“, in welcher nicht entscheidbar sei, ob von ‚Felsenmenschen‘ oder einem ‚Menschenfels‘ die Rede sei, Bruno Snell, s. o. Fn. 3472. Dazu W. Killy, Elemente der Lyrik, 2. Aufl., München 1972, S. 11, mit der Feststellung: „Natur weist auf menschliche Erfahrung, Erfahrung erhält artikulierbares Leben durch Natur – hinter diesen Zirkel kann man nicht zurückgehen, und das ganze schöne Geschäft des Umgangs mit Poesie erübrigte sich, wenn man es könnte.“ Es ist allerdings zu ergänzen: Totalisierende anthropomorphe Lesarten wollen „hinter diesen Zirkel“ zurück und *geben vor*, dies auch erreichen zu können – sie üben insoweit „schiere blinde Gewalt“ aus, vgl. P. de Man, in: The Rhetoric of Romanticism, New York, N.Y., U.S.A., 1984, S. 239 (262): „sheer blind violence“.

<sup>3482</sup> P. de Man, in: The Rhetoric of Romanticism, New York, N.Y., U.S.A., 1984, S. 239 (246).

<sup>3483</sup> Vgl. P. de Man, in: The Rhetoric of Romanticism, New York, N.Y., U.S.A., 1984, S. 239 (246).

schen', welche sich gegenseitig, aber *anonym-unpersönlich* (dann eher in einer Stadt, nicht im Wald) konfrontieren<sup>3484</sup>, sträubt sich gegen diese wirkmächtige Ideologie des Subjekts. Sie ist „fernliegender“, ungewöhnlicher, unverständlicher und verstörender. Angesichts dieser Wahlmöglichkeiten (subjektivistische, harmonische Verständlichkeit oder unpersönliche Unverständlichkeit) wendet sich die Mehrzahl der Kommentatorinnen und Kommentatoren der ‚romantischen‘, anthropomorphisierenden, also „lyrischen“ Lesart zu. Dabei handele es sich aber eben um *eine* bloße Möglichkeit der Interpretation, die zwar von der sprachlichen („rhetorischen“) Verfasstheit des Texts erlaubt, nicht aber erzwungen werde. Entscheidet sich die oder der Interpretierende für diese Lesart, so liegt eine „(Fehl)lektüre“<sup>3485</sup> im oben erwähnten Sinn (s. o. 1. u. 3. c) aa) vor.<sup>3486</sup> Diese „(Fehl)lektüre“ ist von literaturdogmatischen Kategorien um enge Begriffe von ‚Romantik‘ und ‚Lyrik‘ herum – und letztlich von der ästhetischen Ideologie des ‚Subjekts‘ – getrieben. Soweit diese „(Fehl)lektüre“ von der Leserin oder dem Leser als alternativlos ausgegeben wird, stellt sie eine literaturdogmatische Gewalttat gegenüber dem unentschiedenen Text dar.<sup>3487</sup> Hieran ist allerdings auch der Text „*Correspondances*“ ‚selbst‘ nicht ‚unschuldig‘, da er – wie erwähnt – diese Lesart durchaus erlaubt (gar heraufbeschwört) – obschon die Festlegung darauf zugleich wieder unterläuft.

#### 4. Zusammenführung:

##### ‚Lyrische‘ Anthropomorphismen auf Mikroebene und Makroebene

Nach alledem ist zu sagen: Das von De Man (und vorliegend) nachvollziehend-kritisch (d. h.: nicht affirmativ) beschriebene „lyrische Lesen“ als wirkmächtiges literaturdogmatisches Lektüreprotokoll (s. o. 3.) setzt das Mittel des Anthropomorphismus auf mindestens zwei Ebenen ein:

##### a) ‚Mikroebene‘ und ‚Makroebene‘

*Erstens* wird beim „lyrischen Lesen“ – auf einer übergreifenden *Makroebene* – das lyrische Ich, der lyrische Sprecher, die lyrische Stimme („*the instance of rep-*

<sup>3484</sup> Vgl. P. de Man, in: *The Rhetoric of Romanticism*, New York, N.Y., U.S.A., 1984, S. 239 (246).

<sup>3485</sup> Vgl. P. de Man, in: *The Rhetoric of Romanticism*, New York, N.Y., U.S.A., 1984, S. 239 (247), Hervorh. R.D.N.

<sup>3486</sup> Man mag eine Parallele zum Gedankenexperiment mit Schrödingers Katze ziehen: Die oder der Lesende kommt der oder dem Experimentierenden nahe, die oder der sich beim Hineinsehen in den Kasten (in die „Stahlkammer“) weigert, in „naiver Weise ein ‚verwachsenes Modell‘ [...] gelten zu lassen“ (*E. Schrödinger*, *Naturwissenschaften* 23 [1935], 807 [812]) – diese Beobachtung verdankt der Verf. einer Anregung v. Karsten Hinrich Asbahr.

<sup>3487</sup> Vgl. P. de Man, in: *The Rhetoric of Romanticism*, New York, N.Y., U.S.A., 1984, S. 239 (262): „*sheer blind violence*“.



*resented voice*“<sup>3488</sup>), also das lyrische Subjekt anthropomorphisiert: Dies wurde bei der Betrachtung von Baudelaires „*Obsession*“, einem Text, in dem das Pronomen „ich“ ausdrücklich auftaucht, veranschaulicht (s. o. 2. b) aa)). Aber auch „nicht lyrischen“ Texten ohne ausdrückliches „ich“ (etwa „*Correspondances*“) wird von Interpretinnen und Interpreten im Wege des „lyrischen Lesens“ häufig ein anthropomorphes ‚lyrisches Ich‘ entnommen (s. o. 3. d)). *Zweitens* anthropomorphisiert das „lyrische Lesen“ – auf einer *Mikroebene* – auch weitere im Text angesprochene Entitäten, mit denen das lyrische Subjekt in Kontakt kommt, denen es gegenübertritt, zu denen es eine Beziehung unterhält: Dies wurde für „*Correspondances*“ exemplarisch an den „Wäldern“ bzw. „Zeichen“ sowie an den „Säulen“, denen von vielen Interpretinnen und Interpreten Augenlicht bzw. Sprachfähigkeit zugeschrieben werden, gezeigt (s. o. 3. d)). In „*Obsession*“ sind Anthropomorphismen auf der Mikroebene noch intensiver und stärker „motiviert“: Hier sprechen und sehen die „Wälder“ nicht nur (was auch Tiere können), sondern singen das Bußgebet „*De profundis clamavi ad te, Domine*“ und engagieren sich – ‚ureigen‘ menschlich – in religiöser Reflexion auf ihre Sterblichkeit (s. o. 2. b) aa)).

Wenn die beiden Ebenen, auf denen ‚lyrische‘ Anthropomorphismen auftauchen, vorliegend als ‚Mikroebene‘ und ‚Makroebene‘ bezeichnet werden, so wird bewusst eine untechnische, literaturwissenschaftlich so nicht verwendete Terminologie gewählt. Dies geschieht aus heuristischen Gründen und deshalb, weil der Rückgriff auf alternative Begrifflichkeiten unpassend erscheint oder bestimmte verengende Vorannahmen mit sich bringt<sup>3489</sup>: So ließe sich zwar beispielsweise daran denken, in Anlehnung an die Textwelttheorie<sup>3490</sup> die Ebene der ‚lyrischen Welt‘ (mit „Wäldern“, „Zeichen“ und „Säulen“) von der Ebene zu trennen, auf welcher (vom ‚lyrischen Ich‘) über diese Welt gesprochen wird, diese Welt hervorgebracht wird. In Analogie zur Erzähltheorie könnte entsprechend von der ‚lyrischen Diegese‘ gesprochen werden und die *intradiegetische* Ebene (mit „Wäldern“, „Zeichen“ und „Säulen“) von der *extradiegetischen* Ebene unterschieden werden.<sup>3491</sup> Allerdings träfe dies nicht den Kern der hier angestrebten Differenzierung zwischen Mikroebene und Makroebene. Wie der Vergleich von „*Obsession*“ und „*Correspondances*“ zeigt, ist nicht immer klar, wo – innerhalb oder außerhalb der ‚lyrischen Welt‘ – das lyrische

<sup>3488</sup> P. de Man, in: *The Rhetoric of Romanticism*, New York, N.Y., U.S.A., 1984, S. 239 (261).

<sup>3489</sup> Zudem ist erneut zu betonen: Mit de Man wird das literaturdogmatische Lektüreprotokoll des „lyrischen Lesens“ vorliegend kritisch nachvollzogen, nicht affirmiert. Es wird daher nicht als Aufgabe dieser Studie begriffen, das „lyrische Lesen“ auf literaturtheoretisch belastbaren Boden zu stellen.

<sup>3490</sup> Zu Möglichkeiten und Grenzen, die (v. a. aus der kognitiven Literaturwissenschaft stammende) Textwelttheorie auf den Bereich der Lyrikanalyse anzuwenden, vgl. R. Zymner, JLT 11 (2017), 149 (153 ff.); skeptisch J. D. Culler, JLT 11 (2017), 32, mit dem programmatischen Aufsatztitel: „*Lyric Words, not Worlds*“.

<sup>3491</sup> Zum erzähltheoretischen Begriff der ‚Diegese‘: M. Martínez/M. Scheffel, Einführung in die Erzähltheorie, 11. Aufl., München 2019, S. 26, mit Hinweisen auf Etienne Souriau und Gérard Genette.

Subjekt zu verorten ist: In „*Obsession*“ ist es (scheinbar) Teil der lyrischen Welt; in „*Correspondances*“ könnte es dagegen (falls man es überhaupt er-liest) eher von außerhalb auf die ‚lyrische Welt‘ blicken, wird aber von manchen Interpretinnen und Interpreten auch in die ‚lyrische Welt‘ hineingelesen (s. sogleich b)). Auf die Verortung des lyrischen Subjekts (im Verhältnis zu einer etwaigen ‚lyrischen Welt‘) kommt es vorliegend aber auch nicht an.

*b) Sphärenspringende Interrelationen zwischen ‚Mikroebene‘  
und ‚Makroebene‘*

Vielmehr steht vorliegend im Vordergrund, dass die anthropomorphen Strukturen des „lyrischen Lesens“ auf einer *Interrelation*, *Korrespondenz* und gegenseitigen *Abhängigkeit* von verschiedenen anthropomorphen Entitäten beruhen: Das anthropomorphe lyrische Subjekt (der Makroebene) tritt – in einem Sphärensprung – in eine *Beziehung* zu den anthropomorphen Entitäten der Mikroebene: In „*Obsession*“ ist das offensichtlich, wenn das lyrische Subjekt die „Wälder“ ausdrücklich adressiert: „Große Wälder, ihr erschreckt mich [...]“. Im „unverständlichen“, „nicht lyrischen“ „*Correspondances*“ wird diese Beziehung nicht durch den Text selbst, sondern von Interpretinnen und Interpreten im Wege des „lyrischen Lesens“ ausformuliert: So deutet etwa Sarah Pines: „In Gedichten wie [...] *Correspondances* vermeint das lyrische Ich beim Betrachten der Umgebung [...] Weihrauch zu riechen.“<sup>3492</sup> „[Hier] ist [...] das lyrische Ich selbst aktiv auf der Suche nach denjenigen Momenten – Raumdetails – die ihn [sic!] zum Sehen bringen oder ihn [sic!] dazu auffordern, wie es der Wald aus Symbolen in *Correspondances* tut, die ihn mit ihrem *regard familier* betrachten.“<sup>3493</sup> Pines verlegt das lyrische Subjekt in die ‚lyrische Welt‘ und lässt es dort Sinneseindrücke wahrnehmen und von den „Wäldern von Symbolen“ beobachtet werden, also mit anderen anthropomorphen Entitäten in Kontakt treten.

*c) Literaturdogmatischer Charakter der Anthropomorphisierung*

Abschließend ist zusammenfassend hervorzuheben, dass die Vorgänge der Anthropomorphisierung beim „lyrischen Lesen“ von de Man als bloße *Lektüremöglichkeiten* und als „(Fehl)lektüren“<sup>3494</sup> qualifiziert werden (näher oben 3. d)). Sowohl der Anthropomorphismus auf der Makroebene wie auch die Anthropomorphismen auf der Mikroebene sind nicht zwingend vom Text vorgegeben, sondern werden

<sup>3492</sup> S. Pines, *Pariser Schnappschüsse. Sehen und Blindheit bei Baudelaire*, München 2014, S. 14 f.

<sup>3493</sup> S. Pines, *Pariser Schnappschüsse. Sehen und Blindheit bei Baudelaire*, München 2014, S. 145.

<sup>3494</sup> Vgl. P. de Man, in: *The Rhetoric of Romanticism*, New York, N.Y., U.S.A., 1984, S. 239 (247), Hervorh. R.D.N.

durch Leserinnen und Leser „gewaltsam“ er-lesen.<sup>3495</sup> Dabei werden Leserinnen und Leser durch literaturdogmatische Konventionen, welche um enge ‚Lyrik‘- und ‚Romantik‘-Begriffe herum bestehen, und letztlich durch die ästhetische Ideologie des Subjekts getrieben (näher oben 3. c) aa).

### III. Interdisziplinäre Übertragung I: lyrisches Lesen von Rechtsinhaltsquellen

Bislang hat das vorliegende Kapitel de Mans kritischen Nachvollzug der *Literaturdogmatik* des „lyrischen Lesens“ dargestellt. Nunmehr ist zu umreißen, wie dieses Modell des „lyrischen Lesens“ auf die Analyse der *Verfassungsrechtsdogmatik* des Föderalismusverfassungsrechts der USA und Deutschlands übertragen werden kann.

#### 1. Interdisziplinäre ‚Dogmatik‘-Forschung

Ausgangspunkt des vorliegenden Kapitels zur besonderen ‚Rhetorik‘ des Föderalismusverfassungsrechts waren drei „knall[ige]“ Zitate aus höchstgerichtlichen Entscheidungen (aus zwei Entscheidungen des *U.S. Supreme Court* und aus einer Entscheidung des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts – s. o. A. I.). Um die in den höchstgerichtlichen Entscheidungen und anderen dogmatischen Texten (Rechtsinhaltsquellen)<sup>3496</sup> aufgerufenen anthropomorphen Strukturen (um die Topoi der ‚föderale Würde‘ und ‚föderale Treue‘ herum) interdisziplinär analysieren zu können, soll nunmehr das Modell des „lyrischen Lesens“ interdisziplinär operationalisiert werden: Für die interdisziplinäre Übertragung sind zwei Momente des „lyrischen Lesens“ besonders bedeutsam: Dies sind – *erstens* – die (heuristische) Differenzierung zwischen einer Mikroebene und einer Makroebene der Anthropomorphisierung (s. u. 2.) sowie – *zweitens* – der dogmatische Charakter der Anthropomorphisierung und die darauf bezogene Ideologie-Analyse- und Lese-Perspektive (s. u. 3.). Dieser zweitgenannte Punkt zeigt, dass die hier vorgeschlagene interdisziplinäre Übertragung ein Projekt der disziplinenübergreifenden ‚Dogmatik‘-Forschung darstellt (als ‚*law and the humanities as interart studies*‘; s. bereits § 9, B. II. 1.).

<sup>3495</sup> Dies gilt freilich nicht für „*Obsession*“: Hier habe bereits Baudelaire selbst ein „lyrisches Lesen“ vorgelegt, welches durch Leserinnen und Leser nicht (gewissermaßen ‚zusätzlich‘) lyrisch gelesen werden könne, vgl. *P. de Man*, in: *The Rhetoric of Romanticism*, New York, N.Y., U.S.A., 1984, S. 239 (254): „*No lyric can be read lyrically.*“

<sup>3496</sup> Zu dieser Kategorie oben § 7, A. I. 4.

## 2. Korrespondierende Anthropomorphismen auf zwei textuellen Ebenen

„Lyrisches Lesen“ basiert auf korrespondierenden Anthropomorphisierungen auf zwei textuellen Ebenen – auf einer Mikroebene und einer Makroebene (s.o. II. 4.). Diese textuelle Zwei-Ebenen-Struktur<sup>3497</sup> soll wie folgt auf die Untersuchung des Föderalismusverfassungsrechtsdiskurses übertragen werden:

### a) Makroebene:

*„dogmatische Stimme“, insbesondere „Stimme der Rechtsprechung“*

Die Makroebene, beim „lyrischen Lesen“ der Ort des lyrischen Subjekts (des ‚lyrischen Ichs‘, des lyrischen Sprechers, der lyrischen Stimme, etc.), soll als Ort verstanden werden, an dem eine ‚Stimme der Rechtsprechung‘ (oder allgemeiner gefasst: eine ‚dogmatische Stimme‘) er-lesen werden kann. ‚Rechtsprechung‘ wird hier also ‚wörtlich‘ genommen – mit der Pointe freilich, dass es primär auf das *Hören* des Sprechens ankommt. Auf der Makroebene werden also die ‚Stimmen‘ von (u. a.) *U.S. Supreme Court* und Bundesverfassungsgericht verortet, welche sich deren Entscheidungstexten entnehmen lassen.

Diese interdisziplinäre Übertragungsbewegung kann sowohl auf Entscheidungen des *U.S. Supreme Court* wie auch auf Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (sowie auf weitere rechtsdogmatische Rechtsinhaltsquellen aus den USA und Deutschland) angewendet werden. Dabei spielt zunächst keine Rolle, dass die Urteile des *U.S. Supreme Court* in aller Regel in einem ‚subjektiverem‘ Ton verfasst sind als Urteile des Bundesverfassungsgerichts. (Entscheidungen des *U.S. Supreme Court* werden häufig ausdrücklich in der ersten Person Plural [„we“, „this Court“] oder – bei Sondervoten – in der ersten Person Singular verfasst. Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts kommen dagegen in aller Regel in im ‚objektiven‘ Duktus der dritten Person daher.<sup>3498</sup>) De Mans Besprechung der herrschenden Lesart

<sup>3497</sup> Die *textuelle* Zwei-Ebenen-Struktur des „lyrischen Lesens“ von gerichtlichen Entscheidungen des Föderalismusverfassungsrechts ist *nicht* etwa kongruent mit der politischen Zwei-Ebenen-Struktur des föderalen Prinzips (Bundesebene – Ebene der föderierten Einheiten).

<sup>3498</sup> Bei Sondervoten ist dies freilich teilweise anders (für eine hierauf gerichtete Frage dankt der Verf. Max Lenz): Hier gibt es immer wieder einleitende Phrasen in der 1. Person (Singular oder Plural), von denen dann freilich häufig auf einen objektiven Duktus umgestellt wird, vgl. etwa das – oben knapp erwähnte – abweichende Sondervotum Di Fabio/Mellinghoff in BVerfGE 104, 249 (273 ff.) – Biblis A., welches einsetzt mit: „Entgegen der Senatsmehrheit sind wir der Auffassung, dass [...]“; ähnlich beide abw. Sondervoten (Mahrenholz/Sommer sowie Böckenförde) in BVerfGE 88, 203 (338 ff., 359) – Schwangerschaftsabbruch II (Mahrenholz/Sommer freilich mit objektivistischen, dabei sprachgewaltigem Auftakt: „[...] Zu den spezifischen Grundbedingungen menschlichen Seins gehört, daß Sexualität und Kinderwunsch nicht übereinstimmen. [...]“), und das abw. Sondervotum Hassemer BVerfGE 120, 224 (255 ff.) – Geschwisterbeischlaf; beachte hingegen den unmittelbar apodiktisch setzenden Einstieg des prominenten Sondervotums Grimm zu ‚Reiten im Walde‘, BVerfGE 80, 137 (164 ff.): „Das Reiten im Walde genießt keinen Grundrechtsschutz.“

des in einem ‚objektiven‘ Duktus daherkommenden „*Correspondances*“ hat gezeigt, dass Interpretinnen und Interpreten (etwa Sarah Pines) durch „lyrisches Lesen“ auch diesem Text eine lyrische Stimme entnehmen (s. o. II. 3. d)). Analog lassen sich auch Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts auf eine ‚Stimme des Gerichts‘ hin lesen (und werden – wie zu zeigen sein wird – tatsächlich so gelesen).<sup>3499</sup>

#### b) Mikroebene:

‚dogmatische Welt‘ – ‚Staatenmensch‘ oder ‚Menschenstaat‘?

Auf der Mikroebene des „lyrischen Lesens“ werden Entitäten, mit denen das lyrische Subjekt in eine Beziehung, Korrespondenz und Abhängigkeit tritt, anthropomorphisiert – so etwa die „Wälder“ in „*Obsession*“ und „*Correspondances*“ (s. o. II. 2. b) aa) u. II. 3. d)). Diesen Anthropomorphismen auf der Mikroebene entsprechen im Föderalismusverfassungsdiskurs die föderalen Träger: Bundesebene und föderierte Einheiten treten ‚in‘ den gerichtlichen Entscheidungen als Rechtspersonen auf. Doch über ihre ‚rein technische‘ Rechtspersönlichkeit hinaus (s. o. A. II. 2. a)) werden ihnen Positionen der Würde und der Treue zugeschrieben, so etwa in der oben zitierten Entscheidung *National Federation of Independent Business v. Sebelius* (2012): Die Bedrohung der Willensfreiheit der Einzelstaaten durch eine influenzierende Bundesfinanzhilfe wird vom *U.S. Supreme Court* (genauer: von *Chief Justice* John G. Roberts) durch das Bild einer Erpressung mit Waffengewalt ausgedrückt: „*In this case, the financial ‚inducement‘ Congress has chosen is much more than ‚relatively mild encouragement‘ – it is a gun to the head.*“<sup>3500</sup> Föderale Träger (die US-Bundesebene und die Einzelstaaten) werden insoweit als Erpresser (Waffenträger) und Erpressungsoffer (Waffenopfer) anthropomorphisiert. Allerdings handelt es sich um eine bloße *Möglichkeit*, hier einen Anthropomorphismus zu erlesen.

Alternativ kann die Textstelle – prosaisch und *nicht*-anthropomorphistisch – so gelesen werden, dass es hier nicht um menschenartige politische Einheiten (US-Einzelstaaten mit freiem Willen) geht, sondern um ‚echte‘ politisch relevante Menschen, welche *wie* (oder: *als*; oder: *für*) politische Einheiten (die US-Bundesebene und die Einzelstaaten) handeln und/oder von diesem Handeln betroffen sind. Der Fokus wird dann auf ‚echte‘ Menschen wie Wählerinnen und Wähler, Grundrechtsträgerinnen und Grundrechtsträger, von hoheitlichen Maßnahmen Begünstigte, durch hoheitliche Maßnahmen Verletzte, Entscheidungsträgerinnen und Entscheidungsträger, Beamte, etc. gelenkt. Letztlich geht es bei einer dekonstruktivistischen Lesart also darum, in Topoi wie ‚föderale Würde‘ und ‚föderale Treue‘ nach

<sup>3499</sup> De Mans Punkt ist, dass sich letztlich *alle* Texte so lesen lassen; er sieht den Grund dafür im Bedürfnis nach „Verstehen“: „*Any text, as text, compels reading as its understanding*“, *P. de Man*, in: *The Rhetoric of Romanticism*, New York, N.Y., U.S.A., 1984, S. 239 (261).

<sup>3500</sup> *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, 567 U.S. 519 (2012), 581.

den politisch (und rechtlich) relevanten (handelnden oder betroffenen) ‚echten‘ Menschen<sup>3501</sup> zu suchen.

Im Anschluss an den hinsichtlich der „Correspondances“-Lektüre gebildeten Chiasmus ‚menschenartige Säulen vs. säulenartige Menschen‘ ließe sich auch der Chiasmus ‚menschenartige Staaten vs. staatenartige (d.h. politisch relevante) Menschen‘ bilden. Noch knapper lässt sich die Differenz der Lesarten auf die Formel ‚Staatenmensch vs. Menschenstaat‘ bringen. Was zunächst nach bloßer ‚Wortspielerei‘ klingen mag, hat wichtige Implikationen für dogmatische Figuren des Föderalismusverfassungsrechts wie die US-amerikanische „state dignity“ und die deutsche „Bundesstreue“.

### c) Korrespondenz zwischen den Ebenen

Die Möglichkeit der Anthropomorphisierung föderaler Träger als ‚Staatenmenschen‘ auf der Mikroebene lässt sich so betrachten, als stünde sie in Korrespondenz mit der ‚Stimme der Gerichte‘ auf der Makroebene. Die Texte von US-Verfassung und Grundgesetz als solche weisen den föderalen Trägern *keine* Positionen der Würde und der Treue zu. Die Möglichkeit solcher rhetorischen Zuschreibungen wird vielmehr ‚erst‘ in gerichtlichen Entscheidungen wie *National Federation of Independent Business v. Sebelius* (2012) eröffnet. Die Möglichkeit der Anthropomorphisierung der föderalen Träger wird durch die *Rechtsprechung*, also durch die ‚Stimme des Gerichts‘, gesetzt. Die Anthropomorphisierungen von Gericht (Makroebene) und föderierten Einheiten (Mikroebene) treten in Wechselwirkungen und verstärken sich dergestalt – gewissermaßen in einem reziproken ‚Würde‘-Dialog – gegenseitig.

## 3. Ideologisch-dogmatischer Charakter der Anthropomorphisierung; Lese-Perspektive auf das ‚dogmatische Gespräch‘

„Lyrisches Lesen“ wurde als *literaturdogmatisches* Lektüreprotokoll, als „Rezeptionsnische“ beschrieben: Es arbeitet mit engen Begriffen von ‚Lyrik‘ und ‚Romantik‘, welche letztlich auf der „*Ideologie* des Ästhetischen“ als einer Ideologie des Subjekts basieren (ausführlich oben II. 3. c) aa)). Diese Erkenntnis des ideologischen

<sup>3501</sup> Emily Dickinson hat *einen* möglichen Aspekt dieses *mindsets* in dem – ‚lyrischen‘? – Text „*The Heart is the Capital of the Mind*“ (E. Dickinson, Final Harvest. Emily Dickinson's Poems, New York, N.Y., U.S.A., u.a. 1962 [1876], S. 278) verdichtet:

„*The Heart is the Capital of the Mind –  
The Mind is a single State –  
The Heart and the Mind together make  
A single Continent –  
One – is the Population –  
Numerous enough –  
This ecstatic Nation  
Seek – it is Yourself.*“

dogmatischen Charakters der lyrischen Anthropomorphisierung ist auf den Föderalismusverfassungsrechtsdiskurs zu übertragen: Die Anthropomorphisierungen der ‚Stimme des Gerichts‘ und der ‚würdigen‘ und ‚treuen‘ föderalen Träger kommen in dieser Perspektive dann als ideologie-basierte, dogmatische Setzungen daher.

Damit fällt der Blick zugleich auf eine dritte Ebene (oder Dimension), die gewissermaßen über der Makroebene (mit der ‚Stimme des Gerichts‘) und der Mikroebene (mit den föderalen Trägern) liegt: Auf dieser dritten Ebene steht die Leserin oder der Leser, die Interpretin oder der Interpret der gerichtlichen Entscheidung im Mittelpunkt. Damit wird eine „Umstellung des Blicks auf eine lese(r)orientierte Perspektive“ (Ino Augsberg) vollzogen.<sup>3502</sup> In dieser „lese(r)orientierte Perspektive“ geht es v. a. darum, die „Fiktionalität [der] Robustheit“ der juristischen Methodik im gerichtlich durchsetzbaren Föderalismusverfassungsrecht aufzuzeigen<sup>3503</sup>: Die Anthropomorphisierungen auf Makro- wie auf Mikroebene wurden oben mit de Man als von der Leserin bzw. dem Leser erzwungene „(Fehl)Lektüren“ qualifiziert (näher oben II. 3. d)). Dabei sind Leserinnen und Leser unterschiedlicher Bereiche (Literaturwissenschaft, Literaturkritik, Lehrenden und Lehrer, ‚private‘ Leserinnen und Leser) gemeint. Interdisziplinär-analog hierzu werden Leserinnen und Leser gerichtlicher Entscheidungen (also andere Gerichte, ‚dasselbe‘ Gericht zu einem späteren Zeitpunkt, Praktikerinnen und Praktiker in Exekutive und Legislative, Rechtswissenschaftlerinnen und Rechtswissenschaftler, Bürgerinnen und Bürger) auf diese Weise als relevante Akteure des gerichtlich durchsetzbaren Föderalismusverfassungsrechts wahrnehmbar. Föderalismusverfassungsrechtliche Ideenpolitik durch Gerichte, Praxis und Wissenschaft (s. o. § 8, B. u. C.) wird insbesondere auch durch anthropomorphisierendes *Lesen* gerichtlicher Entscheidungen und den Eintritt in ein ‚dogmatisches (Lese-)Gespräch‘ gemacht.

Bei alledem ist freilich zu beachten, dass die Texte, denen aus der Lese-Perspektive Anthropomorphismen entnommen werden, diese Lesart als *Möglichkeit* durchaus enthalten, also – in den oben verwendeten Worten – nicht ‚unschuldig‘ an anthropomorphisierenden „(Fehl)Lektüren“, sondern ggf. sogar darauf angelegt sind (s. o. II. 3. d)). Dogmatik ist eben mit (Peter Lerche<sup>3504</sup> und) Martin Eifert „vor allem eine kohärenzsichernde, operationalisierende *Zwischenschicht*“<sup>3505</sup>, sie vermittelt mit ihren *Angeboten* zwischen Rechtsnormen, vorgefundenen Entscheidungen und der rezipierenden Anwendung auf neue Einzelfälle. Mit der Lese-Perspektive des „lyrischen Lesens“ wird der Blick auf die Dogmatik-Rezipierenden (die auch nur

<sup>3502</sup> I. Augsberg, Die Lesbarkeit des Rechts. Texttheoretische Lektionen für eine postmoderne juristische Methodologie, Weilerswist 2009, S. 17 f., ebenfalls im Anschluss an de Man.

<sup>3503</sup> I. Augsberg, Die Lesbarkeit des Rechts. Texttheoretische Lektionen für eine postmoderne juristische Methodologie, Weilerswist 2009, S. 23.

<sup>3504</sup> Vgl. P. Lerche, in: P. Badura/H. Dreier (Hrsg.), FS 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. I, Tübingen 2001, S. 333 (343).

<sup>3505</sup> M. Eifert, in: G. Kirchhof/S. Magen/K. Schneider (Hrsg.), Was weiß Dogmatik? Was leistet und wie steuert die Dogmatik des öffentlichen Rechts?, Tübingen 2012, S. 79 (81), Hervorh. R.D.N.



wieder neue Dogmatik-Produzierende sind) – und deren Verantwortung – gelenkt (s. näher unten C. II. u. § 12, C. II.).

#### 4. Fazit: dreigliedriges Analyseschema

In interdisziplinärem Anschluss an de Mans Betrachtungen zum „lyrischen Lesen“ im Aufsatz *„Anthropomorphism and Trope in the Lyric“* lässt sich ein dreigliedriges Schema für die Analyse der Rhetorik des gerichtlich durchsetzbaren Föderalismusverfassungsrechts aufstellen (s.u. Abb. 8): Der anthropomorphisierende Umgang mit gerichtlichen Entscheidungen soll auf drei Ebenen betrachtet werden: Mit einer er-lesbaren ‚Stimme des Gerichts‘ (analog zur ‚lyrischen Stimme‘) auf der Makroebene korrespondieren er-lesbare Anthropomorphisierungen föderaler Träger (analog zur ‚lyrischen Welt‘) auf der Mikroebene; letztlich handelt es sich dabei aber jeweils um bloße Möglichkeiten (Er-Lesbarkeiten) einer Anthropomorphisierung, welche der Leserin oder dem Leser der gerichtlichen Entscheidung durch deren rhetorische Struktur eröffnet werden (Ebene der Leserin oder des Lesers der gerichtlichen Entscheidung – kurz: Leseebene – als dritte Ebene).

| „Lyrisches Lesen“                                                                                                                           |                   | Analyseschema                                                                                                                                                                             |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Literaturwissenschaft, Literaturkritik, Literaturpädagogik, Mitglieder der (para-)demokratischen Öffentlichkeit, ... (‚lyrisches Gespräch‘) | <b>Leseebene</b>  | andere Gerichte, exekutive und legislative Praxis, Rechtswissenschaft, Mitglieder der (para-)demokratischen Öffentlichkeit, ... (‚dogmatisches Gespräch‘)                                 |
| ‚lyrische Stimme‘                                                                                                                           | <b>Makroebene</b> | ‚Stimme des Gerichts‘; <i>weiter gefasst</i> : ‚dogmatische Stimme‘                                                                                                                       |
| Entitäten im Gedicht (in der ‚lyrischen Welt‘), z.B. ‚menschenartige Säulen‘ oder ‚säulenartige Menschen‘?                                  | <b>Mikroebene</b> | Entitäten in der gerichtlichen Entscheidung (in der ‚dogmatischen Welt‘), z.B. ‚menschenartige föderale Träger‘ oder ‚politisch relevante Menschen‘ in Relation zu den föderalen Trägern? |

Abbildung 8: „Lyrisches Lesen“ und interdisziplinäres Analyseschema

#### IV. Paul de Man: „Reading (Proust)“

Ehe das eben konturierte dreigliedrige Analyseschema aus Mikroebene, Makroebene, Leseebene der Anthropomorphisierung im Hauptteil der Untersuchung an gerichtliche Entscheidungen und sonstige dogmatische Rechtsinhaltsquellen zum Föderalismusverfassungsrecht der USA und Deutschlands angelegt werden wird (s.u. §§ 11 u. 12), ist es zunächst partiell zu verfeinern:

## 1. Tropologische Verfeinerung der Analyse auf der Mikroebene

### a) Nachvollzug der textimmanenten Dekonstruktion

Die im Folgenden vorgestellte Verfeinerung des Analyseschemas betrifft dessen Mikroebene (die ‚lyrische Welt‘ bzw. ‚dogmatische Welt‘ *im* Text). Näher betrachtet wird also die Ebene, auf der es darum geht, dass in den zu analysierenden Rechtshaltsquelltexten föderale Träger sprachlich-rhetorisch in einer Art und Weise behandelt werden, die eine anthropomorphisierende Lesart ermöglicht und ggf. sogar nahelegt (anreizt), aber eben nicht erzwingt (hierzu eben III. 3.). Die hier angestrebte besondere Aufmerksamkeit für die Möglichkeit einer *nicht*-anthropomorphisierenden Lesart (also die Hervorhebung des Involviertseins ‚staatenähnlicher Menschen‘ statt ‚menschenähnlicher Staaten‘) lässt sich nach dem oben Gesagten als *Nachvollzug* der in den einschlägigen Texten nachweisbaren textimmanenten Dekonstruktion (näher oben II. 3. c) cc)) begreifen. Grundlage dieser textimmanenten Dekonstruktion ist die ‚rhetorisch‘-trop(olog)ische Verfasstheit der dogmatischen Texte (hierzu oben II. 2. a) cc)). Diese ‚rhetorisch‘-trop(olog)ische Verfasstheit gilt es daher näher zu analysieren; dies erfordert weiteres Vokabular:

### b) De Man: „Anthropomorphism is structured like a trope“

Ausgangspunkt für die nähere Untersuchung der textimmanenten Dekonstruktion in dogmatischen Texten mit Hilfe des Vokabulars der Tropologie ist die Bestimmung des Verhältnisses von ‚Tropen‘ und ‚Anthropomorphismen‘. Hierzu macht de Man im oben bereits näher betrachteten Aufsatz *„Anthropomorphism and Trope in the Lyric“* (s.o. II.) Ausführungen: Wie erwähnt grenzt de Man den ‚Anthropomorphismus‘ als ideologisch-dogmatisches „System der Interpretation“ von den ‚Tropen‘ als sprachlich-‚rhetorische‘ Verweisstrukturen ab:<sup>3506</sup> Als „Interpretationssystem“ verweise der Anthropomorphismus auf die „Substanz“ des Menschlichen (z. B. in *„Obsession“* auf die religiös kanalisierte Todesangst; s.o. II. 2. b) bb)), um Plausibilität und Verständlichkeit zu erreichen; Tropen hingegen würden im rein sprachlichen Bereich verbleiben und – wie etwa im (noch un-interpretierten!) Text *„Correspondances“* – die Bildung immer neuer sprachlicher Propositionen ermöglichen („Natur“ als „Tempel“ als „Wald aus Zeichen“ als ...), ohne auf die „Substanz“ (z. B. des Menschlichen) durchzudringen (näher oben II. 2. a) bb)).

Trotz dieses kategorialen Unterschieds zwischen „verständlichem“ Anthropomorphismus und „unverständlicher“ Trope stellt de Man fest: „Und obwohl eine Trope keinesfalls dasselbe wie ein Anthropomorphismus ist, so ist es doch so, dass ein Anthropomorphismus *wie eine Trope strukturiert* ist.“<sup>3507</sup> Um mehr über an-

<sup>3506</sup> P. de Man, in: *The Rhetoric of Romanticism*, New York, N.Y., U.S.A., 1984, S. 239 (241 f.).

<sup>3507</sup> P. de Man, in: *The Rhetoric of Romanticism*, New York, N.Y., U.S.A., 1984, S. 239 (242): „[...] for although a trope is in no way the same as an anthropomorphism, it is never-

thropomorphistische Lesarten – und mittelbar über ihre Alternative, also *nicht-anthropomorphisierende* Lesarten – erfahren zu können, ist dementsprechend ein Blick auf die *Struktur von Tropen* zu werfen:

## 2. Tropologische Terminologie in „Reading (Proust)“

Zur näheren Erörterung der Struktur (verschiedener) Tropen soll ein weiterer Aufsatz von Paul de Man vorgestellt werden: In „Reading (Proust)“ (1972/1979<sup>3508</sup>) analysiert de Man die tropische Struktur einer Passage aus dem ersten Band „*Du côté de chez Swann*“ (1913) von Marcel Prousts „*À la recherche du temps perdu*“ (1913–1927). In „Reading (Proust)“ stellt de Man nicht nur sein Verständnis von der dreigliedrigen Grundstruktur der Tropen im *Allgemeinen* vor (s. u. a), sondern unterscheidet anhand seiner Proust-Lektüre zudem drei der wichtigsten *besonderen* Formen (Unterfälle) von Tropen: nämlich Metapher, Metonymie und Synekdoche (s. u. b)). Dabei knüpft de Man im Ausgangspunkt an strukturalistische Vorarbeiten von Gérard Genette an; diese führt er dann – *poststrukturalistisch* – weiter (hierzu später 3.).<sup>3509</sup>

### a) Dreigliedrige Grundstruktur von Tropen

Die von de Man in „Reading (Proust)“ beschriebene dreigliedrige Grundstruktur von Tropen wurde oben bereits skizziert: Beim tropischen Sprechen (also beispielsweise wenn in Homers „*Ilias*“ über Achill gesagt wird: ‚Er war ein Löwe in der Schlacht‘) stehe ein Ausdruck (hier: ‚Löwe‘) in einem unentscheidbaren Wechselspiel aus:

---

*theless the case that an anthropomorphism is structured like a trope [...]*“; Übers. u. Hervorh. R.D.N.

<sup>3508</sup> Der Essay wurde erstmals (in französischer Sprache) unter dem Titel „*Proust et l'allegorie de la lecture*“ als Festschriftbeitrag für den Proust-Forscher Georges Poulet (1902–1991) veröffentlicht: *P. de Man*, in: *Mouvements premiers. Etudes critiques offertes à Georges Poulet*, Paris, Frankreich, 1972, S. 231 ff. Später wurde der Essay als zentraler Baustein in die Aufsatzsammlung „*Allegories of Reading*“ integriert: *P. de Man*, in: *Allegories of Reading*, New Haven, Conn., U.S.A., u. a. 1979, S. 57 ff.; deutsche Übersetzung von Peter Krumme: *P. de Man*, in: *Allegorien des Lesens*, übersetzt v. P. Krumme, Frankfurt a.M. 1988 [1979], S. 91 ff. „Integriert“ ist dabei durchaus ‚wörtlich‘ zu nehmen: Der Eröffnungsaufsatz der „*Allegories of Reading*“, „*Semiology und Rhetoric*“, weist erhebliche inhaltliche Überschneidungen mit „Reading (Proust)“ auf, was für die zentrale Stellung von „Reading (Proust)“ im Gesamtkonzept der „*Allegories of Reading*“ spricht (welche ihrerseits häufig als Kern von de Mans Schaffen begriffen werden).

<sup>3509</sup> Vgl. zur strukturalistischen Vorarbeit Genettes de Mans Hinweis auf Genettes Aufsatz „*Métonymie chez Proust*“ (*G. Genette*, in: *Figures III*, Paris, Frankreich, 1972, S. 41 [48]) bei *P. de Man*, in: *Allegories of Reading*, New Haven, Conn., U.S.A., u. a. 1979, S. 57 (60 ff., dort insbes. auch in Fn. 5 u. 6), mit der Betonung, dass die von Genette und de Man analysierte Proust-Textstelle ein (von Genette vorgeschlagenes) *geschlossenes* tropologisches System letztlich *unterlaufe*. Hier zeigt sich das Verhältnis von Strukturalismus (Genette) und *Poststrukturalismus* (de Man).

- „wörtlicher Bedeutung“ (hier: ‚gelbes Tier mit Mähne‘),
- „figuraler Bedeutung“ (hier: ‚Achill‘) und
- „eigentlicher Bedeutung“ (hier: ‚Stärke‘, ‚Mut‘ – näher oben II. 2. a) aa)).<sup>3510</sup>

Dabei haben die obigen Ausführungen (etwa zu den „lebendigen Pfeilern“ in „*Correspondances*“) deutlich gemacht, dass für de Man sowohl die Entscheidung zwischen „wörtlicher“ oder „figuraler“ Lesart wie auch die Bestimmung der „eigentlichen Bedeutung“ im Text selbst nicht gesichert sei und letztlich *im Lesen* gewaltsam oktroyiert werde (ausführlich oben II. 2. a) bb) u. II. 3. d)).

#### b) Besondere Formen von Tropen: Metapher, Metonymie und Synekdoche

De Man unterscheidet in „*Reading (Proust)*“ zudem mit Metapher, Metonymie und Synekdoche drei der wichtigsten *besonderen* Formen von Tropen.<sup>3511</sup> Er stellt also begriffliches Material für die Differenzierung<sup>3512</sup> verschiedener tropischer Strukturen bereit. Um diese drei Unterfälle der Trope zu unterscheiden, differenziert de Man nach der Art der Relation zwischen der Entität, welche bei der wörtlichen Lesart in Bezug genommen wird, einerseits und der Entität, welche bei der figuralen Lesart in Bezug genommen wird, andererseits.<sup>3513</sup> Aus dieser Relation von wörtlicher und figuraler Lesart (bzw. der Relation zwischen den bei diesen Lesarten jeweils in Bezug genommenen Entitäten) ergibt sich dann die eigentliche Bedeutung des tropischen Ausdrucks: (Die im Folgenden aufgegriffenen Beispiele werden auch von de Man verwendet, stammen freilich nicht aus Texten von Proust<sup>3514</sup>.)

##### aa) Metapher

Bei der Metapher sind die durch die wörtliche und die figurale Bedeutung des Ausdrucks jeweils in Bezug genommenen Entitäten durch eine *als notwendig be-*

<sup>3510</sup> P. de Man, in: *Allegories of Reading*, New Haven, Conn., U.S.A., u. a. 1979, S. 57 (65, dort in Fn. 10): „*literal meaning*“, „*figural meaning*“ und „*proper meaning*“; Übersetzung bei P. de Man, in: *Allegorien des Lesens*, übersetzt v. P. Krumme, Frankfurt a. M. 1988 [1979], S. 91 (115, dort in Anm. 10).

<sup>3511</sup> Vgl. P. de Man, in: *Allegories of Reading*, New Haven, Conn., U.S.A., u. a. 1979, S. 57 (62 f., dort insbes. auch in Fn. 8).

<sup>3512</sup> Die Möglichkeit und Notwendigkeit tropologischer Differenzierung (über die krude Betrachtung von Metaphorizität hinaus) wird hervorgehoben bei E. Chrzanowska-Kluczewska, *Much More than Metaphor. Master Tropes of Artistic Language and Imagination*, Frankfurt a. M. u. a. 2013.

<sup>3513</sup> P. de Man, in: *Allegories of Reading*, New Haven, Conn., U.S.A., u. a. 1979, S. 57 (62): „*relational link between the two entities involved*“.

<sup>3514</sup> De Man führt die im Folgenden aufgegriffenen Beispiele zu Metonymie und Synekdoche im Aufsatz „*Rhetoric and Semiology*“, welcher zahlreiche inhaltliche Überschneidungen mit „*Reading (Proust)*“ aufweist, an. Zu einem komplexen Beispiel, welches de Man der Proust-Lektüre entnimmt, dann sogleich unten 3. c).

*hauptete Wesensähnlichkeit verbunden*<sup>3515</sup>: Der Krieger Achill und ein Löwe sind sich darin wesensähnlich, dass sie ‚stark‘ und ‚mutig kämpfen‘ – dies ergibt dann die eigentliche Bedeutung des Ausdrucks ‚Er war ein Löwe in der Schlacht‘, nämlich: ‚Er (Achill) kämpfte stark und mutig in der Schlacht‘.

#### bb) Metonymie

Bei der Metonymie sind die durch die wörtliche und die figurale Bedeutung des Ausdrucks jeweils in Bezug genommenen Entitäten durch eine *bloß* „zufällige Begegnung“ („*casual encounter*“) verbunden<sup>3516</sup> (näher unten 4. b), V. 1. b) sowie § 12, A.): Als Beispiel nennt de Man die Bezeichnung eines bestimmten Autos als ‚Ford‘: Als wörtliche Bedeutung sieht de Man hier die historische Person ‚(Henry) Ford‘ und als figurale Bedeutung ein ‚bestimmtes Auto‘ an. Die Relation dieser beiden Entitäten sei nun keine Relation der Wesensähnlichkeit, sondern eine Relation des „zufälligen Kontakts“, welcher hier konkret darin liege, dass *Henry Ford* der Unternehmer ist, dessen Unternehmen solche Autos herstellt.<sup>3517</sup>

#### cc) Synekdoche

Bei der *Synekdoche* sind die durch die wörtliche und die figurale Bedeutung des Ausdrucks jeweils in Bezug genommenen Entitäten durch die Relation von Teil und Ganzem und durch eine besonders intensive (räumliche) Nähe gekennzeichnet – diese Nähebeziehung ist so intensiv, dass eine Identität der Entitäten suggeriert wird.<sup>3518</sup> Als Beispiel zitiert de Man im Aufsatz „*Semiology and Rhetoric*“<sup>3519</sup> die letzten Verse aus William Butler Yeats’ ‚post-romantischem‘<sup>3520</sup> Gedicht „*Among School Children*“: „*O chestnut tree, great-rooted blossom, / Are you the leaf, the blossom or the bole? / O body swayed to music, O brightening glance, / How can we know the dancer from the dance?*“<sup>3521</sup> Hier können zwei parallele Synekdochen erlesen werden: Einmal „Blatt“ etc. für den gesamten „Baum“ und einmal „Tänzer“ für den gesamten „Tanz“. De Man beschreibt die *Synekdoche* als „Grenztrope“: Sie

<sup>3515</sup> P. de Man, in: *Allegories of Reading*, New Haven, Conn., U.S.A., u.a. 1979, S. 57 (62): „*The relational link between the two entities involved in the exchange then becomes so strong that it can be called necessary*“.

<sup>3516</sup> P. de Man, in: *Allegories of Reading*, New Haven, Conn., U.S.A., u.a. 1979, S. 57 (63).

<sup>3517</sup> Vgl. P. de Man, in: *Allegories of Reading*, New Haven, Conn., U.S.A., u.a. 1979, S. 3 (14): „*taking [...] Mr. Ford for a motor car*“.

<sup>3518</sup> Vgl. P. de Man, in: *Allegories of Reading*, New Haven, Conn., U.S.A., u.a. 1979, S. 57 (63, dort in Fn. 8).

<sup>3519</sup> Vgl. P. de Man, *Diacritics* 3. 3 (1973), 27 (30).

<sup>3520</sup> Zur ‚Postromantik‘: s. o. II. 3. b).

<sup>3521</sup> W. B. Yeats, in: A. W. Allison et al. (Hrsg.), *Norton Anthology of Poetry*. Revised, New York, N.Y., U.S.A., 1975 [1927], S. 928 (930).

„erzeuge eine ambivalente Zone zwischen Metapher und Metonymie“:<sup>3522</sup> Das *metonymische* Moment besteht im ‚tatsächlichen‘ Kontakt zwischen „Tänzer“ und „Tanz“, im ‚realweltlichen‘ Neben- oder Ineinander von „Tänzer“ und „Tanz“: Der „Tänzer“ ist tatsächlich im „Tanz“ begriffen, seine Bewegungen sind Teil des (größeren) Tanzens. Insoweit werden „Tänzer“ und „Tanz“ also noch – wie *Henry Ford* und das von seinem Unternehmen hergestellte Auto – als zwei Entitäten auseinandergehalten und auch keine Wesensähnlichkeit, sondern ein (‚bloßer‘) Kontakt zwischen diesen Entitäten behauptet. Zugleich gibt es hier aber auch ein – sogar totalisiertes – *metaphorisches* Moment: Dieses liegt darin, dass die rhetorische Frage („*How can we know the dancer from the dance?*“) die Wesensgleichheit, die Ununterscheidbarkeit, die Identität von „Tänzer“ und „Tanz“ behauptet.<sup>3523</sup> Vereinfacht gesagt: Für de Man fallen in einer Synekdoche Metapher und Metonymie (Ähnlichkeit und Kontakt, Notwendigkeit und Zufall) zusammen.

dd) Zusammenfassende Übersicht

Nachfolgende Übersicht fasst die Strukturen (und Beispiele) der besonderen Tropen Metapher, Metonymie und Synekdoche gegenüberstellend zusammen:

|                       | Metapher                           | Metonymie                                            | Synekdoche                                                                   |
|-----------------------|------------------------------------|------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------|
| Beispiel              | ‚Er war ein Löwe in der Schlacht.‘ | ‚Er ließ den Ford stehen.‘                           | ‚ <i>How can we know the dancer from the dance?</i> ‘                        |
| wörtliche Bedeutung   | ‚gelbes Tier mit Mähne, etc.‘      | ‚Henry Ford‘ (Unternehmer in der Automobilindustrie) | ‚jemand, der bestimmte Bewegung zu Musik ausführt‘ („Tänzer“)                |
| figurale Bedeutung    | ‚Achill‘                           | ‚ein bestimmtes Auto‘                                | ‚eine geordnete Abfolge von menschlichen Bewegungen zu Musik‘ („Tanz“)       |
| eigentliche Bedeutung | ‚stark‘/‚mutig‘                    | ‚wirtschaftliche Beziehung: Hersteller-Produkt‘      | ‚Identität‘                                                                  |
| Prinzip               | Wesensähnlichkeit                  | zufälliger Kontakt (Nähe)                            | Wesensähnlichkeit <u>und</u> besonders intensive Nähe (Teil-Ganzes-Relation) |

Abbildung 9: Metapher, Metonymie, Synekdoche

<sup>3522</sup> *P. de Man*, in: *Allegories of Reading*, New Haven, Conn., U.S.A., u. a. 1979, S. 57 (63, dort in Fn. 8).

<sup>3523</sup> Diese Analyse der synekdochischen Struktur der Yeats-Verse wird von de Man nicht ausbuchstabiert; sie beruht auf der Anwendung des von de Man präsentierten allgemeinen Schemas der Synekdoche (*P. de Man*, in: *Allegories of Reading*, New Haven, Conn., U.S.A., u. a. 1979, S. 57 [63, dort in Fn. 8]) auf das in *P. de Man*, *Diacritics* 3. 3 (1973), 27 (30), lediglich als Synekdoche behauptete Yeats-Beispiel.

### 3. Perspektive des Lesens und der Literaturdogmatik: de Man liest Proust

De Man stellt in „*Reading* (Proust)“ also im Ausgangspunkt Definitionen für ‚Metapher‘ (als Trope der Wesensähnlichkeit), ‚Metonymie‘ (als Trope des zufälligen Kontakts) und ‚Synekdoche‘ (als Trope der Identität durch intensive Nähe in Teil-Ganzes-Beziehungen) bereit (s. o. 2. b)). De Mans Hauptaugenmerk liegt jedoch nicht darauf, ein starres terminologisches Raster für die verschiedenen Unterfälle der Tropen zu finden. Vielmehr betont er, dass Tropen gerade keine Raster, sondern eher fluide „Systeme der Umwandlung“ seien.<sup>3524</sup>

#### a) Poststrukturalistische Weiterführung strukturalistischer Tropologie

De Man wendet sich in „*Reading* (Proust)“ ausdrücklich von der (strukturalistischen) Vorstellung ab, es gebe „geschlossene Systeme der Tropologie“.<sup>3525</sup> De Man zeigt sich insoweit als *Poststrukturalist*, der strukturalistische Vorarbeiten (etwa von Genette) weiterführen möchte. Während Genette davon ausgeht, Metapher und Metonymie könnten in stabilen und harmonischen Einklang gebracht werden,<sup>3526</sup> geht de Man davon aus, dass eine beispielhaft analysierte Proust-Textstelle sich gegen eine solche harmonisierende Totalisierung sperre: Prousts Text enthalte Störfaktoren (letztlich „Figuren der Unlesbarkeit“), welche einer Harmonisierung widersprächen.<sup>3527</sup>

<sup>3524</sup> „[T]ropes are transformational systems rather than grids“, P. de Man, in: *Allegories of Reading*, New Haven, Conn., U.S.A., u. a. 1979, S. 57 (63, dort in Fn. 8).

<sup>3525</sup> Vgl. P. de Man, in: *Allegories of Reading*, New Haven, Conn., U.S.A., u. a. 1979, S. 57 (60 f., dort in Fn. 5), in Auseinandersetzung mit der strukturalistischen Vorarbeit Genettes in G. Genette, in: *Figures III*, Paris, Frankreich, 1972, S. 41 (48).

<sup>3526</sup> So die Unterstellung bei P. de Man, in: *Allegories of Reading*, New Haven, Conn., U.S.A., u. a. 1979, S. 57 (60 f., dort in Fn. 5): „Genette’s model of happy totalization“, „What makes the passage remarkable and takes it well beyond Genette’s model of a reconciled system of metaphor and metonymy (of ‚liaison‘ and ‚marriage‘), is that Proust refuses to avail himself of the simple natural analogy“, zu G. Genette, in: *Figures III*, Paris, Frankreich, 1972, S. 41 (48).

<sup>3527</sup> Vgl. P. de Man, in: *Allegories of Reading*, New Haven, Conn., U.S.A., u. a. 1979, S. 57 (60 f., dort in Fn. 5). De Man findet diese Störfaktoren im Verzicht des Proust-Texts auf einfache Naturanalogien und in der Entscheidung für – vom naturalistischen Lektürestandpunkt aus gesehen – absurden Aussagen wie „Die Sonne wendet ihren Blick woanders hin“, „ohne dass man irgendeine Wolke gesehen hat“. Dieser ‚unnatürliche‘ Vorgang harmoniere nicht mit der von Genette im Proust-Text gesuchten über metonymische (diegetische) Metaphern vermittelten Natur/Kunst-Dialektik.



*b) Literaturdogmatisches Lesemuster: der „Machtanspruch“  
der metaphorischen Lesart*

Für de Man sind die tropischen Strukturen in einem Text nicht schematisch-starr bestimmbar und nicht auf eine Lesart festlegbar. Dies zeige sich in besonderem Maß an der Synekdoche (s.o. 2. b) cc)): Diese werde von der klassischen Rhetorik als Unterfall der Metonymie klassifiziert. Die besondere poetische Kraft der Synekdoche speise sich aber daraus, dass die ihr zu Grunde liegende Teil-Ganzes-Beziehung auch „metaphorisch *verstanden werden könne*“<sup>3528</sup> – und ‚tatsächlich‘ häufig so verstanden werde. Hier wird deutlich, dass der Umgang mit Tropen für de Man v. a. eine Frage der *Interpretation* (des *Lesens*) ist. Wie bei der Betrachtung des Anthropomorphismus als Lesefigur der Lyrik im Aufsatz „*Anthropomorphism and Trope in the Lyric*“ (s.o. II.) geht es ihm auch im Aufsatz „*Reading* (Proust)“ darum, zu untersuchen, wie literaturdogmatische (s.o. II. 3. a)) Konventionen des Lesens in literarischen Texten verhandelt werden.

Insbesondere zielt de Man darauf, zu zeigen, dass es eine wirkmächtige Lesekonvention gebe, die von einer Priorität der Metapher über die Metonymie ausgehe. Dieser „Machtanspruch“<sup>3529</sup> metaphorischer Lesarten, eine literaturdogmatische Konvention, sei aber textlich nicht gesichert (und damit wiederum „gewalttätig“). Die Metapher werde konventionell gegenüber der Metonymie als poetisch hochwertiger, überzeugender, befriedigender empfunden. Das führe dazu, dass bestimmte Textstellen provozieren würden, metaphorisch gelesen zu werden, obwohl sie tatsächlich metonymisch strukturiert seien.<sup>3530</sup> Metonymien könnten „trügerisch vorgeben“, Metaphern zu sein, d. h.: sie könnten provozieren, als Metaphern gelesen zu werden.<sup>3531</sup>

*c) Ein Beispiel: „Fliegen, die [...] sommerliche Kammermusik aufführten“*

Zur Illustration analysiert de Man verschiedene Textstellen aus Prousts „*À la recherche du temps perdu*“. Er sieht seine Aufgabe darin, im Proust-Text solche Stellen aufzuspüren, welche ‚eigentlich‘ metonymisch strukturiert seien, sich aber ‚auch‘ als Metaphern (und schließlich als Synekdochen) *lesen lassen* (und dies auch selbst provozieren).

<sup>3528</sup> P. de Man, in: *Allegories of Reading*, New Haven, Conn., U.S.A., u. a. 1979, S. 57 (63, dort in Fn. 8): „can be understood metaphorically“; Übers. u. Hervorh. R.D.N.

<sup>3529</sup> P. de Man, in: *Allegorien des Lesens*, übersetzt v. P. Krumme, Frankfurt a.M. 1988 [1979], S. 31 (45): etwas verkürzt übersetzt als „Machtanspruch der Metapher“; im Original heißt es: „the investment in the power of metaphor“; P. de Man, in: *Allegories of Reading*, New Haven, Conn., U.S.A., u. a. 1979, S. 3 (14 f.).

<sup>3530</sup> Vgl. P. de Man, in: *Allegories of Reading*, New Haven, Conn., U.S.A., u. a. 1979, S. 57 (62 ff.).

<sup>3531</sup> Vgl. P. de Man, in: *Allegories of Reading*, New Haven, Conn., U.S.A., u. a. 1979, S. 57 (67).

Die nachstehende Tabelle (Abb. 10) vollzieht eine dieser Analysen nach: Es geht um eine Untersuchung des Ausdrucks „Fliegen, die [...] sommerliche Kammermusik aufführten“ (s. Zeile B in Abb. 10) auf seine tropische Verfasstheit hin. In dem Ausdruck werden Fliegengeräusche mit „sommerlicher Kammermusik“ gleichgesetzt. Letztlich stehen „Fliegen“ für (den ganzen) „Sommer“. De Man zeigt, dass die Verbindung zwischen den beiden Entitäten „Fliegen“ und „Sommer“ in der Passage bei Proust *sowohl* metonymisch *wie* auch metaphorisch – und *letztlich* synekdochisch – geprägt sei (s. Zeile D bis F). Gebettet ist der analysierte tropische Ausdruck in den Co-Text einer Leseszene (s. Zeile A): Die Romanfigur ist an einem warmen und sonnigen Sommertag in seinem dunklen und kühlen Zimmer und liest. Am Fenster summen Fliegen. Mittels des tropischen Ausdrucks „Fliegen, die [...] sommerliche Kammermusik aufführten“ kann der Ich-Erzähler schließlich behaupten, dass es im dunklen Zimmer genauso hell sei wie in der Sonne draußen (s. Zeile G). Da die „Fliegen“ mit (dem ganzen) „Sommer“ identifiziert werden, bringen sie das Licht des Sommers in das Zimmer:

|   | Textstelle (Proust) <sup>3532</sup>                                                                                                      | Analyse (de Man) <sup>3533</sup> |                                                                                              |
|---|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------|
| A | „Es war [in meinem Zimmer] kaum hell genug zum Lesen, und das Gefühl von dem Glanz des Lichts draußen wurde mir nur [...] gegeben [...]" | Co-Text                          | Leseszene im dunklen Zimmer; draußen Sommer (-> innen/außen- sowie dunkel/hell-Polarität)    |
| B | durch die Fliegen, die vor mir mit ihrem kleinen Konzert sozusagen sommerliche Kammermusik aufführten;                                   | tropischer Ausdruck i.e.S.       | Fliegengeräusche als sommerliche Kammermusik; letztlich: Fliegen stehen für den Sommer       |
| C | bei dieser wird der Sommer nicht [...] einfach evoziert: sie ist durch ein zwingenderes Band mit ihm verbunden;                          | literaturdogmatische Konvention  | Priorität Metapher > Metonymie (wird im literarischen Text ausbuchstabiert <sup>3534</sup> ) |
| D | in den schönen Tagen entstanden, nur mit ihnen wiedererstehend                                                                           | metonymisches Element            | zufälliger Kontakt                                                                           |

<sup>3532</sup> Zitiert nach der Übersetzung von Eva Rechel-Mertens: *M. Proust, Auf der Suche nach der verlorenen Zeit*, 1. Unterwegs zu Swann, in: *M. Proust, Werke*, Bd. II/1, hrsg. v. L. Keller u. übers. v. E. Rechel-Mertens, Frankfurt a. M. 1994, S. 123.

<sup>3533</sup> Vgl. *P. de Man*, in: *Allegories of Reading*, New Haven, Conn., U.S.A., u. a. 1979, S. 57 (62 f.).

<sup>3534</sup> „*Du côté de chez Swann*“ ist ein *meta*-figuraler literarischer Text, welcher das Spiel mit tropologischem Sprachmaterial auskostet, zuspitzt, expliziert, reflektiert und kommentiert; er ist in diesem Sinn ‚literarische Kunst‘, vgl. zur Meta-Figuralität als Ausweis von ‚Kunst‘ *O. Simons*, *Literaturtheorien zur Einführung*, 2. Aufl., Hamburg 2014, S. 106 – s. auch das Zitat unten in Fn. 3560.

|   |                                                                                                                                                                                      |                                                                                       |                                                                                      |
|---|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------|
| E | und etwas von ihrer Substanz erhaltend,                                                                                                                                              | metaphorisches Element                                                                | Wesensähnlichkeit                                                                    |
| F | führt sie nicht nur die Vorstellung davon in unserem Gedächtnis herauf, sondern bestätigt vielmehr ihre Wiederkehr als tatsächliche, unmittelbar uns umgebende, greifbare Gegenwart. | synekdochische Synthese                                                               | Kombination von zufälligem Kontakt und Wesensähnlichkeit -> Steigerung zur Identität |
| G | Diese dunkle Kühle meines Zimmers verhielt sich zur besonnenen Straße wie der Schatten zum Lichtstrahl, das heißt, sie enthielt ebensoviel Helligkeit wie jene [...].“               | Rückbindung an den Co-Text mit (aus naturalistischer Sicht) absurder Schlussfolgerung | im dunklen Zimmer sei es genauso hell wie in der Sommersonne draußen                 |

Abbildung 10: De Mans Proust-Lektüre

Obwohl die Fliegengeräusche nur ein (zufälliger) kleiner Teil der gesamten Erfahrung ‚eines Sommers‘ seien, führe die Kraft der metaphorischen (und schließlich synekdochischen) Lesart dazu, dass die Fliegengeräusche mit dem Wesen des Sommers und schließlich mit dem Sommer ‚als Ganzes‘ einschließlich aller damit verbundenen Sinneseindrücke (Wärme und Helle) identifiziert würden. Die von de Man an der Proust-Textstelle nachvollzogene Kraft der metaphorischen (und schließlich synekdochischen) Lesart strebt auf eine angebliche Versöhnung und Harmonie von ‚innen‘ und ‚außen‘, von erfahrendem Subjekt und erfahrener Welt. Hier zeigt sich die Wirkmacht der oben näher beschriebenen Ideologie des Ästhetischen als Ideologie des Symbols (oder der Synekdoche) und als Ideologie des Subjekts (ausführlich oben II. 3. c) aa)). Synekdochische Lesarten sind als symbolische Lesarten Ausdruck der Ideologie des Ästhetischen.<sup>3535</sup>

De Man kommt es darauf an, zu betonen, dass die Grundlage dieser ausgreifenden ästhetisch-synekdochischen Operation letztlich eine natürlich-realeweltliche Verbindung (ein „zufälliger Kontakt“) von Fliegen und Sommerzeit sei. Insoweit befindet sich der Text in der Welt der Naturwissenschaft (Biologie): Fliegen leben v. a. in der Sommerzeit. Eine naturalistische Lesart, welche in der Welt solcher realweltlich-biologischer Bedingungen für das Vorkommen von Fliegen verbleibt, könne nun aber *nicht* die totalisierende ästhetisch-synekdochische Schlussfolgerung tragen, es sei im abgedunkelten Zimmer genauso hell wie im Sonnenschein.<sup>3536</sup> Diese Aussage ist aus Sicht der Naturwissenschaft (Metonymie) absurd, ästhetisch (me-

<sup>3535</sup> Symbol und Synekdoche seien gleich strukturiert: *P. de Man*, in: C. S. Singleton (Hrsg.), *Interpretation. Theory and Practice*, Baltimore, Md., U.S.A., 1969, S. 173 (176).

<sup>3536</sup> Vgl. *P. de Man*, in: *Allegories of Reading*, New Haven, Conn., U.S.A., u. a. 1979, S. 57 (63).

taphorisch-synekdochisch), jedoch „ganz und gar überzeugend“<sup>3537</sup>. Nichtsdestotrotz steht diese ästhetisch-synekdochische Schlussfolgerung auf der Basis der biologisch-metonymischen Grundlage, überschreitet diese aber in ihrer Totalisierungsoperation gewalttätig.

Die Proust-Textstelle kann die metonymisch-biologische (letztlich: *wörtliche*) Lesart (Fliegen leben v. a. im Sommer) und die ästhetisch-synekdochische (letztlich: *figurale*) Lesart (Fliegen sind ‚der gesamte Sommer‘ und können daher mit ihren Geräuschen Wärme und Helligkeit in kühle, dunkle Innenräume bringen) nur scheinbar – nämlich unter der Herrschaft der Ideologie des Ästhetischen – versöhnen. Die ‚Logiken‘ der widerstreitenden Perspektiven (metonymische Naturwissenschaft und synekdochische Ästhetik) schließen sich gegenseitig aus. Diese Unvereinbarkeit der Lesarten bezeichnet de Man als „Unlesbarkeit“ („unreadability“<sup>3538</sup>).

*d) Eine vierte besondere Trope: (allegorische) Ironie –  
Figur der „Unlesbarkeit“*

Das Stichwort der „Unlesbarkeit“ im Sinne einer Unentscheidbarkeit zwischen konkurrierenden, sich gegenseitig ausschließenden Lesarten führt – nach Metapher, Metonymie und Synekdoche (s. o. 2. b)) – zu einer vierten besonderen Trope: der Ironie.

aa) Ironie als Gegenpol zur Ideologie des Ästhetischen

De Man versteht ‚Ironie‘ als eine textuelle Struktur, welche als *Versuch* betrachtet (d. h.: gelesen) werden kann, mit der Unmöglichkeit, Sprache auf eine bestimmte (metonymische, metaphorische, synekdochische) Lesart festzulegen, umzugehen.<sup>3539</sup> Damit ist die Ironie in diesem Sinn *kein punktuelles* rhetorisches oder stilistisches Mittel, das punktuell von Autorinnen und Autoren eingesetzt würde, um eine bestimmte Wirkung zu erzielen.<sup>3540</sup> Vielmehr ist Ironie ein *grundlegender* Modus der Sprache, die Verhandlung eines allgemeinen linguistischen Problems (nämlich der Unmöglichkeit, Sprache auf eine bestimmte Lesart festzulegen).

<sup>3537</sup> P. de Man, in: *Allegories of Reading*, New Haven, Conn., U.S.A., u. a. 1979, S. 57 (63): „entirely convincing“.

<sup>3538</sup> P. de Man, in: *Allegories of Reading*, New Haven, Conn., U.S.A., u. a. 1979, S. 57 (61, dort in Fn. 5, a. E.).

<sup>3539</sup> Vgl. P. de Man, in: *Allegories of Reading*, New Haven, Conn., U.S.A., u. a. 1979, S. 103 (115 f.).

<sup>3540</sup> Ablehnend zu einem solchen Verständnis von ‚Ironie‘ als bloßem „Kunstmittel“: P. de Man, in: *Aesthetic Ideology*, hrsg. v. A. Warminski, Minneapolis, Minn., U.S.A., 1996, S. 163 (169 ff.). Diese Form von ‚Ironie‘ gibt es freilich auch; es handelt sich dann wohl um das, was de Man mit „Ironie“ im Sinne [...] von Thomas Mann“ meinen könnte; P. de Man, in: *Allegories of Reading*, New Haven, Conn., U.S.A., u. a. 1979, S. 103 (116); vgl. O. Kohns, *Die Verrücktheit des Sinns. Wahnsinn und Zeichen bei Kant*, E.T.A. Hoffmann und Thomas Carlyle, Bielefeld 2007, S. 157 (dort in Fn. 16).

‚Ironie‘ kommt (zusammen mit der ‚Allegorie‘) in de Mans Verständnis insoweit gewissermaßen als Gegenpol zur Ideologie des Ästhetischen (in Gestalt der Ideologie des Symbols – s. o. II. 3. c) aa)) daher<sup>3541</sup>: Während die Ideologie des Ästhetischen auf totalisierende symbolische, letztlich synekdochische Lesarten (s. o. II. 3. c) aa)) drängt, verbleibt die Ironie im Spiel der „Unlesbarkeit“ im Sinne der Unentscheidbarkeit zwischen konkurrierenden Lesarten. Die Ironie stellt den Versuch dar, mit sprachlichen Mitteln damit *umzugehen*, dass die Versprechen des Symbols (Einheit von ‚innen‘ und ‚außen‘, Einheit von ‚Geist‘ und ‚Welt‘, Einheit von ‚Subjekt‘ und ‚Natur‘, Einheit von ‚Sprache‘ und ‚Wirklichkeit‘ etc.) *nicht* erreicht, *nicht* gesichert werden können. Anders als das ‚Ästhetische‘ (i. e. S.) – anders also als das Symbol und anders als die Synekdoche – zähle die Ironie (gemeinsam mit der Allegorie) zu den Sprachformen, welche *nicht* der Mystifikation unterliegen.<sup>3542</sup>

#### bb) Ironie als „permanente Parekbase“ (Friedrich Schlegel)

De Man schließt sich mit diesem ‚Ironie‘-Verständnis ausdrücklich an Friedrich Schlegel an.<sup>3543</sup> Schlegel hat ‚Ironie‘ als „permanente Parekbase“ bezeichnet.<sup>3544</sup> ‚Parekbase‘ (auch ‚Parabase‘, von griechisch *ek-basis*‘) stammt ursprünglich aus der antiken Dramentheorie und bezeichnet das Heraustreten (eines Chores) aus der dramatischen Szene und damit verbunden einen Wechsel im rhetorischen Register: Der Chor adressiert – plötzlich – ausdrücklich das Publikum.<sup>3545</sup> Schlegel sieht in

<sup>3541</sup> Die polare Gegenüberstellung ‚Symbol‘ – ‚Ironie‘ ist etwas verkürzt und unterschlägt insbesondere de Mans Betrachtung des ‚Allegorischen‘, der ‚Allegorie‘ als Gegenpol des ‚Symbolischen‘, des ‚Symbols‘; hierzu ausführlich der Aufsatz „*The Rhetoric of Temporality*“, vgl. P. de Man, in: C. S. Singleton (Hrsg.), *Interpretation. Theory and Practice*, Baltimore, Md., U.S.A., 1969, S. 173 ff.; u. *ders.*, in: *Blindness and Insight. Essays in the Rhetoric of Contemporary Criticism*, 2. Aufl., Oxon, U.K., 1983, S. 187 ff.

<sup>3542</sup> Dies gelte allerdings nur, „solange sie im Bereich ihrer jeweiligen Sprache bleiben [...] und] nicht auf die empirische Welt übergreifen“, da sie dann „einer erneuten Verblendung anheim“ fielen, so die Übersetzung von Jürgen Blasius: P. de Man, in: *Die Ideologie des Ästhetischen*, hrsg. v. C. Menke, Frankfurt a. M. 1993, S. 83 (125); Orig.: *ders.*, in: C. S. Singleton (Hrsg.), *Interpretation. Theory and Practice*, Baltimore, Md., U.S.A., 1969, S. 173 (207).

<sup>3543</sup> Deutliche Bezugnahmen auf Friedrich Schlegel etwa im Aufsatz „*Rhetoric of Tropes* (Nietzsche)“, P. de Man, in: *Allegories of Reading*, New Haven, Conn., U.S.A., u. a. 1979, S. 103 (116); außerdem im Aufsatz „*The Concept of Irony*“, P. de Man, in: *Aesthetic Ideology*, hrsg. v. A. Warminski, Minneapolis, Minn., U.S.A., 1996, S. 163 (insbes. 178 f.).

<sup>3544</sup> F. Schlegel, in: E. Behler (Hrsg.), *Kritische Friedrich-Schlegel-Ausgabe*, II. Abt., Bd. 18, München u. a. 1963 [1797], S. 17 (85).

<sup>3545</sup> Vgl. F. Schlegel, in: E. Behler (Hrsg.), *Kritische Friedrich-Schlegel-Ausgabe*, II. Abt., Bd. 11, München u. a. 1958 [1803/04], S. 1 (88): „dem Volk“ wurden von dem „heraustretenden Chor die größten Grobheiten gesagt“, sodass „größte Zügellosigkeit herrschte“; hierzu M. Müller, *Die Ironie. Kulturgeschichte und Textgestalt*, Würzburg 1995, S. 63; vgl. auch P. de Man, in: *Aesthetic Ideology*, hrsg. v. A. Warminski, Minneapolis, Minn., U.S.A., 1996, S. 163 (178).

diesem dramatischen Gestaltungsmittel<sup>3546</sup> den Ausgangspunkt<sup>3547</sup> für ein Modell der Ironie: So wie der Chor aus der dramatischen Szene heraustritt und dieselbe hierdurch unterbricht, so unterbreche sich der ironische Text (und zwar jeder Text) selbst. Genauer gefasst: Bestimmte Lesarten eines Texts seien *unterbrechbar*, da der Text stets auch *anders gelesen* werden könne. Dieses Unterbrechen könne laut Schlegel „permanent“ – also an allen Textstellen zu jeder Zeit<sup>3548</sup> – erfolgen. Hier zeigt sich der Charakter der Ironie als grundlegender („flächendeckender“ und dauerhafter) sprachlicher Modus, der aber doch in jedem einzelnen Moment aktuell ist oder aktualisiert werden kann.<sup>3549</sup>

#### cc) Unkontrollierbarkeit der Ironie

De Man hebt hervor, dass die Ironie als Lesefigur (von der Autorin oder dem Autor) nicht beherrschbar sei: Mit Schlegel zitiert er Goethe: „die Worte verstehen sich selbst oft besser, als diejenigen, von denen sie gebraucht werden“.<sup>3550</sup> Schlegel versucht dennoch, Hinweise dafür zu geben, wie man als Autorin oder Autor – angesichts dieser Unkontrollierbarkeit des Materials Sprache – „über einen Gegenstand gut schreiben“ könne: Man müsse sich selbst beschränken und so schreiben, als ob man „in jedem Augenblick frei abbrechen“ könne<sup>3551</sup> – gewissermaßen also so, als hätte man die Möglichkeit der permanenten Parekbase ständig vor Augen. In Abwandlung der rechtswissenschaftlichen Formel vom *judicial self-restraint* lässt sich die Formel *poetic self-restraint* bilden (Näheres zu dieser Analogie unten § 11, C. I. 1.). Marika Müller sieht in der Schlegel'schen Ironie die „explizit[e] Über-

<sup>3546</sup> Der Sache nach wird die Parabase in Bertolt Brechts „epischem Theater“ zur Erzielung des „Verfremdungseffekts“ eingesetzt (freilich nicht unbedingt in Chorform).

<sup>3547</sup> Beachte den Hinweis in Fn. 3548.

<sup>3548</sup> Die Hinzufügung des Attributs „permanent“ zu „Parekbase“ in „permanente Parekbase“ ist laut *P. de Man*, in: *Aesthetic Ideology*, hrsg. v. A. Warminski, Minneapolis, Minn., U.S.A., 1996, S. 163 (179), „gewalttätig paradox“ („*violently paradoxical*“), da die Parekbase im Drama ein einmaliger Vorgang sei, im ironischen Text aber an allen Punkten und ständig erfolgen könne. Vgl. auch *O. Kohns*, *Die Verrücktheit des Sinns. Wahnsinn und Zeichen bei Kant, E.T.A. Hoffmann und Thomas Carlyle*, Bielefeld 2007, S. 166: „eine permanente Unterbrechung kann kaum noch eine Unterbrechung genannt werden“.

<sup>3549</sup> De Man grenzt ‚Allegorie‘ und ‚Ironie‘ anhand ihrer unterschiedlichen zeitlichen Struktur voneinander ab: Während die Ironie der „Modus der Gegenwart“ sei, sei die Allegorie auf das Spiel in der „idealen Zeit“ angewiesen: *P. de Man*, in: C. S. Singleton (Hrsg.), *Interpretation. Theory and Practice*, Baltimore, Md., U.S.A., 1969, S. 173 (207): „*Essentially the mode of the present, [irony] knows neither memory nor prefigurative duration, whereas allegory exists entirely within an ideal time that is never here and now but always a past or an endless future*“.

<sup>3550</sup> Vgl. *P. de Man*, in: *Aesthetic Ideology*, hrsg. v. A. Warminski, Minneapolis, Minn., U.S.A., 1996, S. 163 (181).

<sup>3551</sup> So im 37. Fragment der „Kritischen Fragmente“: *F. Schlegel*, in: H. Eichner (Hrsg.), *Kritische Friedrich-Schlegel-Ausgabe*, I. Abt., Bd. 2, München u.a. 1967 [1797], S. 147 (151).

windung der Zwänge der geschlossenen Ästhetik“.<sup>3552</sup> Die ironische Autorin oder der ironische Autor erlaube sich, ständig zwischen sich, seinem Text und dem Publikum reflektierend zu vermitteln, und gewinne hierdurch künstlerische Freiheit.<sup>3553</sup>

De Man hingegen ist hinsichtlich der (Wieder-)Gewinnung auktorialer Steuerungskraft durch Distanzierung, (Selbst-)Reflexion, Dialektik und Narration skeptischer: Er betont, dass solche therapeutischen Versuche der Re-Ästhetisierung letztlich nicht stabilisiert werden könnten.<sup>3554</sup> Die Ironie ist für de Man wie erwähnt eine Sprachform, die für sich genommen gerade *nicht* der Ideologie des Ästhetischen und der Mystifikation unterliege (s.o. aa)).<sup>3555</sup> Demensprechend könne mit ironischen Mitteln keine neue – wiederum ‚mystische‘ – Ästhetik stabilisiert werden. De Man stellt Versuchen der Re-Ästhetisierung Schlegels Diktum vom „Nichtverstehen“ als Grundlage der menschlichen Welterschöpfung entgegen.<sup>3556</sup> Es bleibe nur – und hier zitiert de Man Schlegels „Rede über die Mythologie“ – eine Sprache mit dem Schimmer des „Verkehrten und Verrückten, oder des Einfältigen und Dummen“<sup>3557</sup>, letztlich ein Spiel mit dem semantisch unkontrollierbaren, reinen Sprachmaterial.<sup>3558</sup> Mit dem semantisch unkontrollierbaren Sprachmaterial ließen sich nun aber stabile Strukturen der Reflexion, Dialektik und Narration nicht stützen.<sup>3559</sup> Nach alledem könne in der „permanenten Parekbasis“ als textuellem Modus

<sup>3552</sup> M. Müller, Die Ironie. Kulturgeschichte und Textgestalt, Würzburg 1995, S. 64.

<sup>3553</sup> Vgl. M. Müller, Die Ironie. Kulturgeschichte und Textgestalt, Würzburg 1995, S. 63: „das ständige Reflektieren und Transzendieren der Dichterpersönlichkeit im eigenen Kunstwerk in ständigen Hinblick auf das Publikum“ („interaktionsästhetische[r] Zusammenhang des poetischen Ironiebegriffs“).

<sup>3554</sup> Vgl. P. de Man, in: Aesthetic Ideology, hrsg. v. A. Warminski, Minneapolis, Minn., U.S.A., 1996, S. 163 (182 ff.), in kritischer Auseinandersetzung mit Schlegel-Lektüren von Peter Szondi und Walter Benjamin. Vgl. zur Frage, ob sich die Kategorie des ‚Selbst‘ im ironischen Sprechen wiedergewinnen lasse, den Aufsatz „The Rhetoric of Temporality“, vgl. P. de Man, in: C. S. Singleton (Hrsg.), Interpretation. Theory and Practice, Baltimore, Md., U.S.A., 1969, S. 173 (204 ff.). De Man bezeichnet seinen diesbezüglich skeptischeren Aufsatz (Vortrag) „The Concept of Irony“ als „Autokritik“ („autocritique“) des Ansatzes in „The Rhetoric of Temporality“, vgl. P. de Man, in: Aesthetic Ideology, hrsg. v. A. Warminski, Minneapolis, Minn., U.S.A., 1996, S. 163 (170).

<sup>3555</sup> Vgl. P. de Man, in: C. S. Singleton (Hrsg.), Interpretation. Theory and Practice, Baltimore, Md., U.S.A., 1969, S. 173 (203 f., 207).

<sup>3556</sup> Vgl. P. de Man, in: Aesthetic Ideology, hrsg. v. A. Warminski, Minneapolis, Minn., U.S.A., 1996, S. 163 (183 f.), mit Hinweis auf Schlegels „Über die Unverständlichkeit“, s. F. Schlegel, in: H. Eichner (Hrsg.), Kritische Friedrich-Schlegel-Ausgabe, I. Abt., Bd. 2, München u. a. 1967 [1797], S. 363 (370).

<sup>3557</sup> F. Schlegel, in: H. Eichner (Hrsg.), Kritische Friedrich-Schlegel-Ausgabe, I. Abt., Bd. 2, München u. a. 1967, S. 311 (319); hierzu auch O. Kohls, Die Verrücktheit des Sinns. Wahnsinn und Zeichen bei Kant, E.T.A. Hoffmann und Thomas Carlyle, Bielefeld 2007, S. 166 f.

<sup>3558</sup> Vgl. P. de Man, in: Aesthetic Ideology, hrsg. v. A. Warminski, Minneapolis, Minn., U.S.A., 1996, S. 163 (180 f.).

<sup>3559</sup> Hier mag der Nihilismus-Vorwurf gegen de Man einsetzen; hierzu knapp oben in Fn. 3388 sowie unten § 11, D. V., teilweise auch in Fn. 3653.



die Unentscheidbarkeit konkurrierender Lesarten nicht aufgelöst, sondern lediglich im Aufscheinen der Sprache des „Verkehrten und Verrückten oder des Einfältigen und Dummen“ ‚künstlerisch‘<sup>3560</sup> zeitlich aufgeschoben werden.<sup>3561</sup>

dd) Paradoxes sagen, „ohne von Sinnen zu wirken“

Zur Veranschaulichung von de Mans ‚Ironie‘-Verständnis soll der Blick zurück auf die Textstelle aus „*À la recherche du temps perdu*“ rund um die „sommerliche Kammermusik“ der Fliegen geworfen werden (s.o. c)): Die oben skizzierte Unentscheidbarkeit zwischen metonymisch-biologischer und ästhetisch-synekdochischer Lesart dieses tropischen Ausdrucks (s.o. c)) wird in die oben zitierte paradoxe Schlussfolgerung des Erzählers übergeleitet: „Diese dunkle Kühle meines Zimmers verhielt sich zur besonnenen Straße wie der Schatten zum Lichtstrahl, das heißt, sie enthielt ebensoviel Helligkeit wie jene [...]“ (s.o. c): dort Abb. 10, Zeile G). Letztlich wird hier behauptet, im abgedunkelten Zimmer sei es genauso hell wie im Sonnenlicht auf der offenen Straße. In diesem Paradox konfligieren die buchstäblich-metonymische Welt der Naturwissenschaft und die figural-synekdochische Welt der Ästhetik. Die paradoxe Aussage kann als Ironie gelesen werden<sup>3562</sup>: Letztlich spricht sie die Sprache des „Verkehrten und Verrückten oder des Einfältigen und Dummen“ (s.o. cc)). In der ironischen Sprache bleiben weder die Welt und Logik der Naturwissenschaft noch die Welt und Logik der Ästhetik unbeschädigt; keine dieser Welten und Logiken kann in der Welt der Sprache mit Sicherheit kommuniziert

<sup>3560</sup> Zu dem Aspekt des ‚Künstlerischen‘ in diesem Zusammenhang deutlich O. Simons, Literaturtheorien zur Einführung, 2. Aufl., Hamburg 2014, S. 106: Letztlich sei „einzig der Künstler in der Lage, die Sprache anders zu sprechen, weil er die Metaphorizität der Metaphern als solche bewusst machen kann: im Sprachspiel, durch das Erfinde künstlicher Metaphern, in ihrer Übertreibung und Ironisierung.“ Simons verweist auf de Mans Nietzsche-Lektüre im Aufsatz „*Rhetoric of Tropes* (Nietzsche)“: P. de Man, in: *Allegories of Reading*, New Haven, Conn., U.S.A., u.a. 1979, S. 103 ff.

<sup>3561</sup> Anderenorts bezeichnet de Man diesen zeitlichen (zeitweiligen) Aufschub als Allegorie des Lesens in Gestalt einer Allegorie der Unlesbarkeit, vgl. etwa P. de Man, in: *Allegories of Reading*, New Haven, Conn., U.S.A., u.a. 1979, S. 57 (77): „*The allegory of reading narrates the impossibility of reading. But this impossibility necessarily extends to the word ‚reading‘ which is thus deprived of any referential meaning whatsoever.*“

<sup>3562</sup> Im Essay „*Reading* (Proust)“, welcher u.a. die oben näher vorgestellten Ausführungen zur Unentscheidbarkeit zwischen metonymisch-biologischer und ästhetisch-synekdochischer Lesart des tropischen Ausdrucks „Fliegen, die [...] sommerliche Kammermusik aufführten“, enthält (s.o. c)), kommt de Man zwar nicht ausdrücklich auf die Ironie zu sprechen. Allerdings führt er zur Trope der Allegorie aus, welche in engem Zusammenhang mit seinem ‚Ironie‘-Verständnis steht: De Man erörtert die Frage, ob Prousts Roman die Unentscheidbarkeit zwischen metonymischer und synekdochischer Lesart letztlich als ein „allegorisches Narrativ seiner eigenen Dekonstruktion“ aufführe. De Man ist skeptisch und erteilt auch hier einer mystifizierenden Re-Ästhetisierung (s.o. cc)) eine Absage: Jedenfalls könne ein etwaiges „allegorisches Narrativ“ nicht als stabile Grundlage dafür dienen, den Autor Marcel Proust mit dem Ich-Erzähler zu identifizieren und die Kluft zwischen Erfahrung und Schreiben zu überbrücken, vgl. P. de Man, in: *Allegories of Reading*, New Haven, Conn., U.S.A., u.a. 1979, S. 57 (78).

werden. Dass der Erzähler in „*À la recherche du temps perdu*“ solche paradoxen Behauptungen aufstellen kann, „ohne von Sinnen zu wirken“<sup>3563</sup>, liegt letztlich nur an der Ideologie des Ästhetischen, welche die ästhetisch-synekdochische Lesart nach vorne schiebt und das metonymische Störelement und damit das Paradoxe in der Aussage verdeckt („naturalisiert“<sup>3564</sup>). Das ironische Lesen wiederum beseitigt zwar die *Scheinsicherheit* und *Scheinstabilität* der ästhetisch-synekdochischen Lesart, kann selbst aber keinen belastbaren Sinn liefern.

#### 4. Anwendung<sup>3565</sup>: tropische Strukturen von Anthropomorphismen

Wenn de Man sagt, dass ein „Anthropomorphismus wie eine Trope strukturiert“ sei (s. o. 1. b)), so legt das nahe, dass sich das in den vorstehenden Abschnitten skizzierte tropologische Begriffsmaterial (s. o. 2. u. 3.) für eine Beschreibung der Struktur von Anthropomorphismen verwenden lassen könnte: Zum einen ist die allgemeine dreigliedrige Struktur der Tropen (wörtliche/figurale/eigentliche Bedeutung) auf Anthropomorphismen anwendbar (s. u. a)). Zum anderen können einzelne Anthropomorphismen den besonderen Unterfällen von Tropen (Metapher, Metonymie, Synekdoche, Ironie) zugeordnet werden (s. u. b bis d)).

##### a) Dreigliedrige Grundstruktur

Die allgemeine dreigliedrige Struktur der Tropen (wörtliche/figurale/eigentliche Bedeutung; s. o. 2. a)) kann auch in anthropomorphen Strukturen nachgewiesen werden: Zur exemplarischen Veranschaulichung kann der Anthropomorphismus in der ersten Strophe von „*Obsession*“ (s. o. II. 2. b) aa)) dienen: Wendet man das dreigliedrige Schema der tropischen Struktur auf „*Grand bois, [...] vos De profundis*“ („Große Wälder, [...] eurem De Profundis“) an, so ergibt sich als wörtliche Bedeutung von „De profundis“: ‚ein flehend-büßerisches Gebet der christlichen Tradition wie in Psalm 130‘, als figurale Bedeutung ergibt sich ‚das Rauschen des Waldes‘ und als eigentliche Bedeutung ‚religiös gerahmte Beschäftigung mit der eigenen Sterblichkeit‘ und damit letztlich ‚etwas ureigen Menschliches‘.

Beim Anthropomorphismus steht die eigentliche Bedeutung („etwas ureigen Menschliches“) im Vordergrund. Sie wird in einem Akt der Interpretation (einem Akt des Lesens) irreführend-gewaltsam gesetzt und als feststehend behauptet. Der Gewinn dieser Interpretationsoperation liegt in Verständlichkeit, Plausibilität, etc.

<sup>3563</sup> P. de Man, in: *Allegories of Reading*, New Haven, Conn., U.S.A., u.a. 1979, S. 57 (60): „The narrator is able to assert, without seeming to be preposterous [...]“.

<sup>3564</sup> Hier drängt sich eine Parallele zur Naturalisierung des Anthropomorphismus der Wälder in „*Obsession*“ auf; s. o. II. 2. b) aa)).

<sup>3565</sup> Dieser Abschnitt versteht sich als Synthese der Aufsätze „*Anthropomorphism and Trope in the Lyric*“ (s. o. II.) und „*Reading* (Proust)“.

(näher oben II. 2. b) aa)). Daher bezeichnet de Man den Anthropomorphismus als „System der Interpretation“<sup>3566</sup>.

*b) Metaphorische Anthropomorphismen  
und metonymische Anthropomorphismen*

Entsprechend de Mans Behauptung, dass ein „Anthropomorphismus wie eine Trope strukturiert“ sei (s. o. 1. b)), lassen sich die skizzierten besonderen tropischen Strukturen von Metapher, Metonymie und Synekdoche auf die Analyse anthropomorp(istisch)er Strukturen übertragen. In „*Anthropomorphism and Trope in the Lyric*“ (s. o. II.) schreibt de Man ausdrücklich: „Anthropomorphismen können ein metaphorisches wie auch ein metonymisches Moment enthalten.“<sup>3567</sup> Und da de Mans ‚Synekdochen‘-Verständnis, wie eben skizziert wurde, auf einer Kombination von Metaphorischem und Metonymischem basiert (s. o. 2. b) cc)), können Anthropomorphismen auch ein synekdochisches *Moment*<sup>3568</sup>, nämlich ein kombiniert metaphorisch-metonymisches Moment enthalten (s. sogleich c)).

Um die verschiedenen tropischen Muster, die Anthropomorphismen zu Grunde liegen können, beispielhaft zu veranschaulichen, lohnt ein Blick auf die Namensgebung in der Botanik<sup>3569</sup>: Pflanzen tragen häufig einen ‚sprechenden Namen‘, dem eine tropische Struktur zu Grunde liegt. Vereinzelt weist die Benennung von Pflanzen dabei anthropomorphen Charakter auf, welcher metaphorisch oder metonymisch strukturiert sein kann:<sup>3570</sup> Während der Name ‚blue-eyed grass‘ (‚Blauaugengras‘, Gattung: ‚*Sisyrinchium*‘) metaphorisch-anthropomorph daherkommt, lässt sich der Name ‚eyebright‘ (‚Augentrost‘, Gattung: ‚*Euphrasia*‘) metonymisch-anthropo-

<sup>3566</sup> P. de Man, in: *The Rhetoric of Romanticism*, New York, N.Y., U.S.A., 1984, S. 239 (242).

<sup>3567</sup> P. de Man, in: *The Rhetoric of Romanticism*, New York, N.Y., U.S.A., 1984, S. 239 (240): „*anthropomorphisms can contain a metaphorical as well as a metonymic moment*“.

<sup>3568</sup> Die Rede vom ‚Moment‘ selbst ist wohl synekdochisch – darauf wurde Verf. von Max Lenz hingewiesen.

<sup>3569</sup> Vgl. grundsätzlich zu Pflanzen, insbesondere Blumen, als Spender ‚rhetorischer‘ Rede: I. Kranz, *Sprechende Blumen. Ein ABC der Pflanzensprache*, Berlin 2014, S. 7; vgl. auch das dort abgedruckte Zitat von Rudolf Borchardt: „Neunundneunzig Prozent alles uneigentlichen Ausdrucks, den die menschlichen Sprachen besitzen, sind von der Welt der Pflanze genommen [...]“, und den Hinweis auf die Etymologie des Worts ‚Floskel‘ von ‚*flosculus*‘ für ‚Blümchen‘ – die Blume kommt also gar als Modell (‚schlechter‘) ‚rhetorischer‘ Rede daher.

<sup>3570</sup> Vgl. ausführlich I. Doskočilová, *Semantic Shift in Plant Names* [unveröffentlichte Bachelor-Thesis, University of South Bohemia, Faculty of Science, České Budějovice 2014; abrufbar unter: [https://theses.cz/id/yxbhz5/Doskocilova\\_-\\_Semantic\\_Shift\\_in\\_Plant\\_Names.pdf](https://theses.cz/id/yxbhz5/Doskocilova_-_Semantic_Shift_in_Plant_Names.pdf); letzter Abruf am 01.12.2021; vgl. ferner B. Callebaut, *Belgian Journal of Linguistics* 5 (1990), 75 (78 f.), welcher jedoch nicht in systematischer Weise metonymische und metaphorische Anthropomorphismen unterscheidet (und ein anderes Verständnis von ‚Metonymie‘ – als Teil-Ganzes-Verhältnis – zu Grunde legt).

morph lesen.<sup>3571</sup> Sowohl bei ‚*blue-eyed grass*‘ wie auch bei ‚*eyebright*‘ ist das (menschliche) Auge der bestimmende Faktor der anthropomorphen Namensgebung:

Beim *blue-eyed grass*, einem Schwertliliengewächs mit auffälliger blauer (zum Teil aber auch violetter, gelber oder weißer<sup>3572</sup>) Blüte, wird – im metaphorischen Modus – die Ähnlichkeit im Aussehen zwischen einem blauen (menschlichen) Auge und der markanten Blüte der Pflanze ausgedrückt. Zugleich werden die positiven Konnotationen (‚Ausstrahlung‘, Attraktivität, [un-]bewusst rassistisch geprägtes ‚Schönheits‘-Ideal, etc.), welche im ‚westlichen‘ kulturellen Diskurs regelmäßig mit blauen menschlichen Augen verbunden sind, auf die Pflanze übertragen (eigentliche Bedeutung). Angesichts der Tatsache, dass Pflanzen, die als ‚*blue-eyed grass*‘ bezeichnet werden, teilweise gar *nicht* blau, sondern auch violett, gelb oder weiß blühen, tritt die Konnotation der Attraktivität, Ausstrahlung, etc. gegenüber dem Farbaspekt in den Vordergrund: Auch strahlend weiß, violett oder gelb blühendes ‚*blue-eyed grass*‘ wirkt attraktiv, auf die blaue Farbe als solche kommt es vorrangig gar nicht an.

Dagegen spielt das menschliche Auge für die Benennung der Pflanzengattung ‚*eyebright*‘ (‚Augentrost‘) eine andere Rolle: Hier geht es, anders als beim *blue-eyed grass* um keine Ähnlichkeitsrelation zwischen Pflanze und menschlichem Auge – weder im Aussehen noch anderweitig. Vielmehr werden dem ‚*eyebright*‘ verschiedene Heilwirkungen, u. a. bei Augenleiden zugeschrieben.<sup>3573</sup> Die tropische Namensbildung rührt hier also von einer Verwendung in der Heilkunde, in den Worten de Mans von einer „zufälligen Begegnung“ („*casual encounter*“) <sup>3574</sup>, nicht von einer Wesensähnlichkeit her, ist also metonymisch.<sup>3575</sup>

<sup>3571</sup> Ein weiteres Beispiel-Paar wäre: ‚Stiefmütterchen‘ (metaphorisch) und ‚Mutterwurz‘ (metonymisch).

<sup>3572</sup> Vgl. etwa E. P. Bicknell, Bulletin of the Torrey Botanical Club 23 (1896), 130 (134 f.), zu violetten und weißen Blüten. Dies führt teilweise zu paradoxen Namen für bestimmte Arten des *blue-eyed grass* wie etwa ‚*golden blue-eyed grass*‘ für die Art *Sisyrinchium californicum* mit gelben Blüten.

<sup>3573</sup> Vgl. B. Vonarburg, Homöotanik. Arzneipflanzen der Homöopathie, Bd. 1, Stuttgart 2009, S. 634 ff. (zu *Euphrasia officinalis* L.).

<sup>3574</sup> P. de Man, in: Allegories of Reading, New Haven, Conn., U.S.A., u. a. 1979, S. 57 (63).

<sup>3575</sup> B. Callebaut, Belgian Journal of Linguistics 5 (1990), 75 (79), ordnet den Pflanzennamen ‚*eyebright*‘ als „*abstract metaphor*“ ein, geht aber auch nicht näher auf die Heilwirkung der Pflanze ein. Es ließe sich zudem argumentieren, dass das der englische Name ‚*eyebright*‘ gar nicht *anthropomorph*-metonymisch, sondern schlicht metonymisch sei, da gar nicht suggeriert werde, die Pflanze habe ein Auge, und so die Pflanze gar nicht vermenschlicht werde. Beim deutschen Namen ‚Augentrost‘ besteht dann noch die Besonderheit, dass der Wortbestandteil ‚-trost‘ eine (zusätzliche) anthropomorphe Qualität besitzen könnte, wobei auch hier der anthropomorphe Charakter nicht völlig zwingend ist, wenn man davon ausgeht, dass auch nicht-menschliche Dinge Trost spenden können: Im Gedicht „Augentrost“ von Sarah Kirsch kommt ein ganzer Garten als „Augentrost“ daher. Vgl. für eine (Re-?)Anthropomorphisierung des ‚Augentrost‘-Motivs B.-J. Kruse, Witwen. Kulturgeschichte eines Standes in Spätmittelalter und Früher Neuzeit, Berlin u. a. 2007, S. 199 f., zum Bild ‚Augentrost‘ für die zweite Ehefrau von Witwern „als Mittel zur Linderung der Trauer von Witwer und Halbwaisen“; auf

## c) Synekdochische Anthropomorphismen

Synekdochisch strukturierte Anthropomorphismen schließlich lassen sich mit de Man als Kombination eines metonymischen Elements (zufälliger Kontakt in enger räumlicher Nähe) und eines metaphorischen Elements (starke Wesensähnlichkeit) begreifen; diese Kombination hat den Effekt einer Totalisierung in dem Sinne, dass die *Identität* der beteiligten Entitäten suggeriert wird (s. o. 2. b) cc)). Eine der an dieser synekdochischen Operation beteiligten Entitäten ist im Fall des synekdochischen Anthropomorphismus ein Mensch: Es wird die Identität zwischen einem Menschen und einer nicht-menschlichen Entität suggeriert. Insoweit geht der synekdochische Anthropomorphismus über die bisher beschriebenen Beispiele ‚Blauaugengras‘ und ‚Augentrost‘ hinaus – in diesen Beispielen wird nicht suggeriert, dass die Pflanze mit einem Menschen identisch ist, es werden lediglich bestimmte Relationen betont.

Als Beispiel für einen synekdochischen Anthropomorphismus (wiederum aus der ‚Welt der Pflanzen‘) soll William Wordsworth’ – hoch-,romantisches‘ (s. o. II. 3. b)) – Gedicht *„I Wandered Lonely as a Cloud“* dienen, dessen erste und letzte Strophe (von insgesamt vier Strophen) hier in der Fassung von 1815 zitiert werden:<sup>3576</sup>

*„I wandered lonely as a Cloud  
That floats on high o’er Vales and Hills,  
When all at once I saw a crowd,  
A host of golden Daffodils;  
Beside the Lake, beneath the trees,  
Fluttering and dancing in the breeze.*

[...]

*For oft when on my couch I lie  
In vacant or in pensive mood,  
They flash upon that inward eye  
Which is the bliss of solitude,  
And then my heart with pleasure fills,  
And dances with the Daffodils.“*

In der ersten Strophe wird eine zufällige<sup>3577</sup> Begegnung des ‚lyrischen Sprechers‘ („I“) mit einem „Heer von goldenen Narzissen“ („A host of golden Daffodils“) auf einer Wanderung dargestellt. (Die Bezeichnung ‚daffodil‘ ist ein weitverbreitetes

---

die literarische Verarbeitung des ‚Augentrost‘ in der (menschlichen) Figur Ottilie in Johann Wolfgang v. Goethes „Wahlverwandschaften“ (1809) deutet I. Kranz, Sprechende Blumen. Ein ABC der Pflanzensprache, Berlin 2014, S. 30, unter Hinweis auf die „Wahlverwandschaften“-Lektüre Walter Benjamins hin.

<sup>3576</sup> W. Wordsworth, Poems, Bd. I, London, U.K., 1815, S. 328 f.; die erste Fassung ist von 1807.

<sup>3577</sup> Der Charakter der Zufälligkeit und Plötzlichkeit der Begegnung wird in Vers 3 herausgestellt: „When all at once [...]“.

Synonym zu ‚*narcissus*‘.<sup>3578</sup>) Die vom Wind hervorgerufenen<sup>3579</sup> Bewegungen in diesem Blumenfeld werden als ein „Tanzen“ der Pflanzen beschrieben. Indem die Pflanzen mit der Fähigkeit, tanzen zu können, ausgestattet werden, werden sie sprachlich vermenschlicht. Insoweit liegt ein *metaphorischer* Anthropomorphismus vor: Die Bewegungen der Pflanzen und die Bewegungen von tanzenden Menschen werden als wesensähnlich herausgestellt. In der letzten Strophe wird die Vermenschlichung dann durch ein – virtuelles – Element der engen räumlichen Nähe zwischen Mensch und Pflanze ergänzt: Der ‚lyrische Sprecher‘ reiht sich (genauer: sein „Herz“) in das „Heer der Narzissen“ ein und behauptet, ein Teil dieses größeren Ganzen (des tanzenden Blumenfelds) zu sein: „*And then my heart with pleasure fills, / And dances with the Daffodils.*“ Das Ergebnis dieser rhetorischen Operation ist die Identität von Mensch und Pflanze(n). Hintergrund und Grundlage dieser *synekdochischen* Identifikation von tanzendem Mensch und tanzenden Pflanzen im größeren Feld ist nun aber der in der ersten Strophe beschriebene zufällige Kontakt zwischen dem ‚lyrischen Sprecher‘ und den Pflanzen auf der Wanderung „über Täler und Hügel“ – mithin ein *metonymisches* Element. Dieser metonymische, zufällige Kontakt besteht in der Beobachtung einer ‚tatsächlichen‘ Bewegung der Pflanzen.<sup>3580</sup> Die Kombination aus Metapher und Metonymie wird zur totalisierenden Synekdoche gesteigert. In der synekdochischen Lesart werden ‚verschiedenste Welten‘ scheinbar versöhnt, harmonisiert und in eins gesetzt: die Welten des Äußeren (Spaziergang und Naturbeobachtung) und des Inneren (spätere Erinnerung und Reflexion), die Welten des Gegenwärtigen, des Vergangenen und des Künftigen, die Welten des Individuums („I“) und der Masse („Heer von Narzissen“), die Welten des biographischen Erlebens<sup>3581</sup> und des Schreibens.<sup>3582</sup>

<sup>3578</sup> Vgl. nur *I. Kranz*, Sprechende Blumen. Ein ABC der Pflanzensprache, Berlin 2014, S. 54; zur Narzisse als vielschichtigem literarischem Motiv s. auch unten Fn. 3587.

<sup>3579</sup> S. hierzu die Bemerkung in Fn. 3590.

<sup>3580</sup> Man kann – gewaltsam biographistisch – dieses metonymische Moment der zufälligen Begegnung zwischen Mensch und Pflanzen sogar in die ‚Realität‘ verlegen: David Simpson weist darauf hin, dass es im Leben von William Wordsworth ‚tatsächlich‘ einen Spaziergang („*this particular walk*“) gegeben habe, welcher der im Gedicht verhandelten Situation zu Grunde liege: Wordsworth sei allerdings keineswegs allein, sondern zusammen mit seiner Schwester Dorothy Wordsworth unterwegs gewesen, wie sich aus Tagebuchaufzeichnungen der Schwester ergebe, vgl. *D. Simpson*, Wordsworth, Commodification, and Social Concern. The Poetics of Modernity, New York, N.Y., 2009, S. 166.

<sup>3581</sup> S. die Bemerkung in Fn. 3580.

<sup>3582</sup> Die vorliegende Lektüremöglichkeit des Wordsworth-Texts ist stark durch de Mans Lektüre einer Proust-Textstelle aus „*À la recherche du temps perdu*“ in *P. de Man*, in: *Allegories of Reading*, New Haven, Conn., U.S.A., u. a. 1979, S. 57 (62 f.), inspiriert (zu dieser oben 3. c)). Freilich würde sich de Man nicht mit der synekdochischen Lesart begnügen, sondern dieser eine alternative Lesart gegenüberstellen (hierzu sogleich d)). Als Beispiel für eine synekdochische Lesart des Gedichts vgl. etwa die Ansätze im Lehrbuch von *H. Vendler*, *Poems, Poets, Poetry. An Introduction and Anthology*, 2. Aufl., Boston, Mass., U.S.A., u. a. 2002, S. 314 ff.

Der Anthropomorphismus der Narzissen als Tänzer (und der lyrischen Stimme gleichermaßen) kommt in seiner Einfachheit kraftvoll-hyperbolisch daher. Die synekdochische Lesart ist nahezu ‚unwiderstehlich‘. Wordsworth’ Text selbst provoziert die synekdochische Lesart und lässt scheinbar kaum Raum für alternative Lesarten. Die Ideologie des Ästhetischen trifft in „*I Wandered Lonely as a Cloud*“ durchaus auf fruchtbaren Boden.

#### d) Ironischer Anthropomorphismus

Die versöhnlich-harmonisierend-,wohltuende‘, synekdochische Lesart von „*I Wandered Lonely as a Cloud*“ hat dem Text großen Erfolg in Lyrik-Anthologien und als typisches „Lieblingsgedicht“ beschert.<sup>3583</sup> Allerdings provoziert das Hyperbolisch-Naive<sup>3584</sup> der synekdochischen Lesart von „*I Wandered Lonely as a Cloud*“ bei einigen skeptischen Leserinnen und Lesern ironische Gegenwehr: Eine solch einfache Harmonie von innen/außen, von Vergangenheit/Gegenwart/Zukunft, von Individuum/Masse, von Erleben/Schreiben, wie sie in der synekdochischen Lesart behauptet wird, könne es ‚einfach‘ nicht geben. Geht man diesem Widerstand gegen die Synekdoche nach und liest „*I Wandered Lonely as a Cloud*“ – mit einer hinsichtlich der Versprechungen der Ideologie des Ästhetischen skeptischeren Lese-einstellung – erneut, so kann man im Text etwas entdecken, was David Simpson ein „extravagantes Vergnügen an der Absurdität“ („*extravagant delight in absurdity*“) und eine „beinahe komische Plumpheit“ der figuralen Sprache („*near-comic ungainliness*“) nennt.<sup>3585</sup> Simpson sieht in „*I Wandered Lonely as a Cloud*“ einen Text, der die „romantische Ideologie“ einerseits *par excellence* präsentiert, aber zugleich damit beginne, sich bezüglich dieser ideologischen Prägung selbst aufzuheben.<sup>3586</sup>

Simpson liest Wordsworth’ Text als die Ironisierung anthropomorphen Denkens: Es bestehe die Möglichkeit, den Text als Inszenierung eines asozialen, narzisstischen<sup>3587</sup> Anthropomorphismus zu verstehen. Simpson hebt hervor, dass die im Text

<sup>3583</sup> Vgl. (kritisch) D. Simpson, Wordsworth, Commodification, and Social Concern. The Poetics of Modernity, New York, N.Y., 2009, S. 170: „*That so many have received this as a favorite poem asks serious questions about the function of the aesthetic in the modern world.*“ Vgl. beispielhaft die ausführliche Besprechung des Gedichts im (in den USA auch in universitären Kursen eingesetzten) ‚Lyrik‘-Lehrbuch H. Vendler, Poems, Poets, Poetry. An Introduction and Anthology, 2. Aufl., Boston, Mass., U.S.A., u.a. 2002, S. 314 ff.: Die Beispielanalyse des Gedichts ist ganz einer harmonisierend-synekdochischen Lesart verpflichtet.

<sup>3584</sup> Zum Aspekt des Naiven in „*I Wandered Lonely as a Cloud*“ etwa auch D. Simpson, Wordsworth, Commodification, and Social Concern. The Poetics of Modernity, New York, N.Y., 2009, S. 169: „*near-comic ungainliness of figures*“.

<sup>3585</sup> D. Simpson, Wordsworth, Commodification, and Social Concern. The Poetics of Modernity, New York, N.Y., 2009, S. 167 bzw. S. 169.

<sup>3586</sup> D. Simpson, Wordsworth, Commodification, and Social Concern. The Poetics of Modernity, New York, N.Y., 2009, S. 173.

<sup>3587</sup> Auch I. Kranz, Sprechende Blumen. Ein ABC der Pflanzensprache, Berlin 2014, S. 54, weist mit Blick auf die Rolle der Narzissen in Edwidge Danticats Roman „*Breath, Eyes*,



präsentierte poetisch-trop(olog)ische Argumentation letztlich in einem – trostlos aporetischen – Zirkel der Vereinsamung gefangen sei: „*A poet's invisible and silent heart dances along with the flowers he has himself memorialized as figures in a dance before an audience of one.*“<sup>3588</sup> Von einem harmonisierenden Austausch – etwa zwischen innen und außen, zwischen Subjekt und Welt – könne keine Rede sein. Vielmehr werde ein solcher Austausch parodiert: Der ‚lyrische Sprecher‘ verbleibe durchgängig in einer „Welt kompletter Privatheit“.<sup>3589</sup> Die vom Text provozierte synekdochische Lesart vereine zwar den lyrischen Sprecher mit der Masse der Narzissen im gemeinsamen Tanz. Aufschlussreich sei allerdings ein Blick darauf, welche *Art* von Tanz hier aufgeführt werde: Die in Bezug genommenen Bewegungen sind keine ‚lebendigen‘ Bewegungen: Es wird nicht – wie es etwa im Sinne der Zeitraffer-‚Ästhetik‘ eines Naturdokumentarfilms denkbar wäre – das ‚Wunder des Lebens‘ (mit den Bewegungen des Wachstums, der Entwicklung, der Fortpflanzung und der Reizbarkeit der Pflanzen) als Tanz in Bezug genommen.<sup>3590</sup> Es gehe vielmehr um ein rein *passives* Bewegtwerden eines uniformierten „stehenden Heeres“ von untereinander identischen Entitäten durch die äußere Kraft des Windes; dabei würden die Entitäten sich vielleicht noch nicht einmal berühren oder in Interaktion treten.<sup>3591</sup> Vom Tanzen als ‚kunstvoll‘-ritualisierter sozialer Praxis des bewegten Austauschs kann insoweit keine Rede sein. Man könnte also sagen, hier liegt gar kein ‚menschlicher‘ Tanz – und damit gewissermaßen kein Anthropomorphismus – vor. Umgekehrt kann man aber eben auch einen *kritischen* Anthropomorphismus entdecken, welchem ein ganz bestimmtes – zum Zwecke der Kritik überzeichnetes – Bild eines beinahe ‚unmenschlichen‘ ‚Menschen‘, das Bild eines isoliert-asozialen – und dennoch uniformen – Biedermeiers zu Grunde liegt. Erliest man einen solchen

---

*Memory*“ (1994) darauf hin, dass Narzissen auch als Trope des (postkolonialen) Selbsthasses literarischer Figuren daherkommen könnten.

<sup>3588</sup> D. Simpson, *Wordsworth, Commodification, and Social Concern. The Poetics of Modernity*, New York, N.Y., 2009, S. 173.

<sup>3589</sup> D. Simpson, *Wordsworth, Commodification, and Social Concern. The Poetics of Modernity*, New York, N.Y., 2009, S. 170. Simpson stützt seine Argumentation mit der Beobachtung, dass das Gedicht (insbesondere die vierte Strophe) als Masturbationsszene gelesen werden könne. Dies erinnert an eine Beobachtung de Mans, wonach eine Textstelle in Friedrich Schlegels „Lucinde“ als philosophische Reflexion, aber auch als Beschreibung von Sexualpraktiken lesbar sei, vgl. P. de Man, in: *Aesthetic Ideology*, hrsg. v. A. Warminski, Minneapolis, Minn., U.S.A., 1996, S. 163 (169, 181).

<sup>3590</sup> Dass es um die vom Wind hervorgerufene Bewegung der Pflanzen geht, ist bemerkenswert: Pflanzen sind Lebewesen und bewegen sich als solche *aktiv* (bei Fortpflanzung, Wachstum, Entwicklung, bei der Reaktion auf Reize wie Licht); hier geht es aber um Bewegungen ‚im Wind‘, welche von den Pflanzen – *passiv* – erduldet werden müssen.

<sup>3591</sup> Vgl. D. Simpson, *Wordsworth, Commodification, and Social Concern. The Poetics of Modernity*, New York, N.Y., 2009, S. 168. An dieser Stelle wertet Simpson (a. a. O., S. 166 ff.) de Mans Beschäftigung mit Kleists Beschäftigung mit Schillers Ästhetik in „Über das Marionettentheater“ aus; vgl. P. de Man, in: *The Rhetoric of Romanticism*, New York, N.Y., U.S.A., 1984, S. 263 ff.

Anthropomorphismus, so entpuppt sich die angebliche Naivität der Tropen des Gedichts als sozialkritisches Potenzial.

Hat man die *Möglichkeit* einer solchen sozialkritischen Lesart (und die Stimmung einer trostlosen Aporie auswegloser Vereinzelung) vor Augen, so stehen manche Textstellen des Gedichts in einem anderen Licht: Im Sinne von Friedrich Schlegels „permanenter Parekbase“ (s. o. 3. d) bb)) stehen beide Lesarten – die synekdochisch-harmonisierende und die sozialkritische – stets neben- bzw. übereinander. Diese Unentscheidbarkeit zwischen harmonisierendem Anthropomorphismus und kritischem Anthropomorphismus führt zur Sprache des „Verkehrte[n] und Verrückte[n]“, des „Einfältige[n] und Dumme[n]“ (hierzu oben 3. d) cc)): Simpson entdeckt diese „Absurdität“ u. a. in den ersten beiden Versen der dritten Strophe des Gedichts:<sup>3592</sup>

*„The waves beside them [i. e., the daffodils,] danced, but they  
Out-did the sparkling waves in glee: –“*

Neben dem Narzissenfeld befindet sich ein See, auf welchem sich – ebenfalls durch den Wind hervorgerufen und passiv nur auf der Oberfläche erduldet<sup>3593</sup> – Wellen bewegen. Simpson kommentiert das Urteil des ‚lyrischen Sprechers‘, wonach der Tanz der Pflanzen den Tanz der Wasserwellen mit Blick auf den jeweils ausgedrückten ‚Frohsinn‘ überträfe, als „extravagantes Vergnügen an der Absurdität“ („*extravagant delight in absurdity*“).<sup>3594</sup> Tatsächlich wird man sich fragen müssen, welcher ‚Logik‘ das Urteil des ‚lyrischen Sprechers‘ hier eigentlich folgen könnte. In der Unentscheidbarkeit zwischen der Lesart des harmonisierenden Anthropomor-

<sup>3592</sup> Einige weitere Textstellen in „*I Wandered Lonely as a Cloud*“, welche als ‚ironisch‘ im Sinne von Schlegel/de Man gelesen werden können, sollen hier nur kurz genannt werden: Hierfür soll der Blick exemplarisch auf die dritte Strophe (Verse 13 bis 18) des Gedichts gerichtet werden (W. Wordsworth, Poems, Bd. I, London, U.K., 1815, S. 328 f.; die erste Fassung ist von 1807):

*„The waves beside them [i. e., the daffodils,] danced, but they  
Out-did the sparkling waves in glee: –  
A Poet could not but be gay  
In such a jocund company:  
I gazed – and gazed – but little thought  
What wealth the shew to me had brought.“*

In Vers 15 heißt es: „*A poet could not but be gay*“ – das autonomieästhetisch-romantische Ideal künstlerischer Freiheit wird hier als äußerer Zwang qualifiziert und dergestalt *ad absurdum* geführt. In Vers 17 heißt es: „*I gazed – and gazed – but little thought*“ – angesichts der Tatsache, dass der ‚lyrische Sprecher‘ die ganze Zeit über (auch schon in den vorangehenden Strophen 1 und 2) permanent analogisiert, vergleicht, bewertet, hierarchisiert und reflektiert, kann man diese Aussage als absurd lesen. In Vers 18 heißt es: „*What wealth the show to me had brought*“ – die Begriffe „*wealth*“ und „*show*“ sind jeweils für die kritische wie auch für die harmonische Lesart offen, bündeln also die Ambivalenz, entscheiden sie aber nicht (vgl. zu Letzterem D. Simpson, Wordsworth, Commodification, and Social Concern. The Poetics of Modernity, New York, N.Y., 2009, S. 170 ff.).

<sup>3593</sup> Auch hier lägen alternative ‚Ästhetiken der Bewegung‘, z. B. das Strömen eines Baches nahe.

<sup>3594</sup> D. Simpson, Wordsworth, Commodification, and Social Concern. The Poetics of Modernity, New York, N.Y., 2009, S. 167.

phismus und der Lesart des kritischen Anthropomorphismus wird die Textstelle zu einer sinnlosen Behauptung. Legt man die Möglichkeit des kritischen Anthropomorphismus zugrunde, so wird die Textstelle zu einem Reflektieren darüber, welche Bewegung nun uniformer und trostloser sei, die auf der Wasseroberfläche oder die im Pflanzenfeld – oder die des ‚lyrischen Sprechers‘ selbst (welcher als „Wolke“ [Vers 1] auch nur durch den Wind getrieben wird). Es wird offenbar, dass der ‚lyrische Sprecher‘ nicht weiß, was das im „Tanzen“ in Bezug genommene Menschliche ausmache, welche ethisch-normativen Imperative es diktieren könnte, welche Lebensklugheit es vermitteln sollte. Die synekdochische Behauptung einer Identität von ‚Mensch‘ und ‚Natur‘ (in Gestalt der Narzissen) sagt letztlich nichts Neues über die ‚Natur‘ des ‚Menschen‘ aus, wenn man sich der ‚Natur‘ nur in Begriffen aus der Vorstellungswelt des ‚Menschen‘ (‚Einsamkeit‘, ‚Egoismus‘, ‚Gemeinschaft‘, ‚Freude‘, ...) nähern kann. Die Einstellung des lyrischen Sprechers changiert daher unentscheidbar zwischen billigem Selbstbetrug und beinahe vernichtender Selbstkritik und mündet – unentschieden – im sinnlosen Vergleich eines angeblichen „Frohsinns“ zweier (gleichermaßen) ‚oberflächlicher‘ Bewegungen.

e) Zusammenfassende Übersicht

Die eben erläuterten Beispiele für verschiedenartig strukturierte Anthropomorphismen werden in nachfolgender Übersicht zusammenfassend gegenübergestellt:

|                          | Metaphorischer<br>Anthropomorphismus           | Metonymischer<br>Anthropomorphismus | Synekdochischer<br>Anthropomorphismus                                     | Ironischer<br>Anthropomorphismus                                                                             |
|--------------------------|------------------------------------------------|-------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Beispiel                 | ‚Blauaugengras‘                                | ‚Augentrost‘                        | „[...] my heart<br>[...] dances with<br>the Daffodils“                    | „The waves beside them [i. e.,<br>the daffodils,] danced, but they /<br>Out-did the sparkling waves in glee“ |
| wörtliche<br>Bedeutung   | ‚menschliches<br>Sehorgan‘                     | ‚menschliches<br>Sehorgan‘          | ‚eine geordnete<br>Abfolge von<br>menschlichen<br>Bewegungen<br>zu Musik‘ | ‚eine geordnete Ab-<br>folge von mensch-<br>lichen Bewegun-<br>gen zu Musik‘                                 |
| figurale<br>Bedeutung    | ‚Blüte einer be-<br>stimmten Pflan-<br>zenart‘ | ‚bestimmte<br>Pflanzenart‘          | ‚Bewegung der<br>Pflanzen im<br>Wind‘                                     | ‚Bewegung der<br>Pflanzen bzw. der<br>Wasseroberfläche im<br>Wind‘                                           |
| eigentliche<br>Bedeutung | ‚attraktiv‘                                    | ‚Heilwirkung‘                       | ‚Identität‘ in<br>harmonischer<br>‚Würde‘                                 | ‚Sinnlosigkeit‘<br>(‚Passivität‘, ‚Er-<br>duldung‘, ‚Ober-<br>flächlichkeit‘)                                |

|         |                                                                                      |                                                                                                              |                                                                                                                                                                          |                                                                                                                                   |
|---------|--------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Prinzip | Wesensähnlichkeit zwischen einer nicht-menschlichen Entität und einem/dem ‚Menschen‘ | zufälliger Kontakt („realweltliche“ Nähe) zwischen einer nicht-menschlichen Entität und einem/dem ‚Menschen‘ | Identitätsillusion durch Wesensähnlichkeit <u>und</u> besonders intensive Nähe (Teil-Ganzes-Relation) zwischen einer nicht-menschlichen Entität und einem/dem ‚Menschen‘ | Unentscheidbarkeit von Lesarten ‚des Menschlichen‘; Sprache des „Verkehrte[n] und Verrückte[n]“, des „Einfältige[n] und Dumme[n]“ |
|---------|--------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

Abbildung 11: Metaphorischer, metonymischer, synekdochischer, ironischer Anthropomorphismus

### 5. Vertiefung: vier „Fundamentaltropen“

In „*Reading* (Proust)“ fokussiert de Man die drei Tropen Metapher, Metonymie und Synekdoche (s. o. 2. b)). Anderenorts fügt er wie eben gezeigt Betrachtungen zur Ironie als (letztlich freilich nicht zu kontrollierender) Bewältigungsstrategie zum Umgang mit „Unlesbarkeit“ hinzu (s. o. 3. d)).

#### a) Abgrenzung von der ‚stilistischen Tropologie‘

Bei alledem ist De Mans Verständnis von ‚Metapher‘, ‚Metonymie‘, ‚Synekdoche‘ und ‚Ironie‘ zum Teil sehr spezifisch und in der Rhetorik-, Sprach- und Literaturwissenschaft keinesfalls alternativlos.<sup>3595</sup> Das betrifft bereits das Erkenntnisinteresse: De Mans Fokus darauf, welche Rolle Tropen in den Spannungslagen zwischen wirkmächtigen Lesekonventionen und insoweit unentscheidbaren Textstrukturen spielen, unterscheidet sich von anderen literaturwissenschaftlichen Perspektiven. De Man arbeitet textfokussiert und lektüreorientiert und betont Spannungslagen und Unentscheidbarkeiten – es geht ihm um das Beschreiben der Selbst-

<sup>3595</sup> Z. T. wird deutliche Kritik an de Mans Begriffsverständnis geübt: vgl. etwa J. Barnouw, *Comparative Literary Studies* 19 (1982), 459 (460), zu de Mans ‚Metonymie‘-Definition „*here de Man’s implied definition seems scandalously loose and slippery*“; vgl. auch S. Matzner, *Die Poesie der Metonymie*, Heidelberg 2016, S. 278 ff., insbes. S. 281: „Die Assoziation von Metapher/Analogie mit ‚Notwendigkeit‘ und von Metonymie/Kontiguität mit ‚Zufall‘ ist in höchstem Maße problematisch“, sowie a. a. O., S. 283 f., mit dem Vorwurf, de Man würde „strukturealistische (oder Strukturalismus-inspirierte) Überlegungen zu verschiedenen Phänomenen aus verschiedenen Kontexten ohne Rekurs auf empirische Bestätigung der zugrunde gelegten Annahmen in den Phänomenen je für sich genommen durchführ[en]“. Vgl. auch (freilich insgesamt wohlwollender) J. Knape, in: FS Kreutzer, Würzburg 2000, S. 483 (489): „Paul de Man nimmt es [...] mit den eingeführten Unterscheidungen der Figuren nicht genau. [...] Paul de Man geht es offensichtlich nur um einen sehr lockeren Anschluß an die traditionellen figurenaxonomischen Systeme“.

Dekonstruktion der Texte, welche diese gerade aufgrund ihrer tropischen Struktur vollziehen (ausführlich oben II. 3. c) cc)).

Verbreiteter als de Mans Ansatz einer dekonstruktivistischen Tropologie ist das literaturwissenschaftliche und literaturkritische Interesse an Tropen als stilistische, rhetorisch-poetische Techniken. Diese Perspektive soll hier simplifizierend-zusammenfassend als Perspektive der ‚Stilistik‘<sup>3596</sup> bezeichnet werden. In der stilistischen Tropologie wird gefragt, in welcher Art und Weise Formen der ‚Metaphorizität‘, der ‚Symbolik‘, der ‚Ironie‘ etc. durch (bestimmte) Autorinnen und Autoren (bewusst-intentional) als rhetorisch-poetische Techniken zur Erzielung bestimmter Effekte in literarischen Texten eingesetzt werden. Es wird dann also regelmäßig *weniger* die Perspektive des Lesens (zum Aufdecken verschiedener Lesemöglichkeiten) eingenommen, sondern eher diejenige des – als eindeutig und stabil sinntragend behaupteten – Texts oder diejenige der (spezifischen) Autorin oder des (spezifischen) Autors.

Besonders deutlich wird der Unterschied zwischen de Mans Ansatz einer dekonstruktivistischen Tropologie und einer stilistischen Tropologie bei de Mans oben ausführlich vorgestelltem ‚Ironie‘-Verständnis: Er betrachtet Ironie mit Friedrich Schlegel als *grundlegenden* und unkontrollierbaren sprachlichen Modus (Verhandlung der Unentscheidbarkeit zwischen konkurrierenden Lesarten) und nicht als ein von einer Autorin oder einem Autor punktuell eingesetztes rhetorisch-poetisches Stilmittel (näher oben 3. d) u. 4. d)).

#### b) „Fundamentaltropen“ als Muster der Welterschließung

Trotz seines besonderen Erkenntnisinteresses steht de Man zu einem Teil in einer langen wissenschaftlichen Tradition, soweit er den Tropen Metapher, Metonymie, Synekdoche und Ironie als Denk- und Interpretationsmustern besondere Aufmerksamkeit schenkt: Seit Petrus Ramus (Pierre de La Ramée, 1515–1572) und Giambattista Vico (1668–1774) haben Theoretikerinnen und Theoretiker diese vier Tropen immer wieder als *die vier* basalen Grundformen des tropischen Sprechens beschrieben.<sup>3597</sup> Sie werden als die vier „*master tropes*“ (Kenneth Burke<sup>3598</sup>) oder als die vier „*basic tropes*“ (Hayden White<sup>3599</sup>) bezeichnet.

<sup>3596</sup> R. G. Czapla, in: Reallexikon der deutschen Literaturwissenschaft, Bd. III, 3. Aufl., Berlin u.a. 2007, S. 515 (515), zur Stilistik als „Lehre von den Formen der sprachlichen, besonders der literarischen Rede und ihre Anwendung“. Czapla betont die enge historische und systematische Verbindung zwischen Stilistik und ‚Rhetorik‘.

<sup>3597</sup> Die Begriffe ‚Metapher‘, ‚Metonymie‘, ‚Synekdoche‘ und ‚Ironie‘ sind (neben zahlreichen weiteren Begriffen für weitere besondere Tropen) freilich schon der antiken Rhetorik und Poetik bekannt. Bemerkenswert ist bei Ramus (de La Ramée) und Vico allerdings die systematisierende Fokussierung auf diese vier Tropen als *Kern* bzw. *Ursprung* tropischer Rede, vgl. zur einflussreichen „Reduktion der Tropenlehre [...] auf vier Grundtypen tropischer Rede“ durch Ramus: E. Meuthen, in: Reallexikon der deutschen Literaturwissenschaft, Bd. III, 3. Aufl., Berlin u.a. 2003, S. 695 (697), mit Hinweis auf P. Ramus [P. de La Ramée], Scholae in liberales artes, Reprograf. Nachdr. d. Ausg. Basel 1569, Hildesheim u.a. 1970

Burke und White haben die Betrachtung dieser vier „Fundamentaltropen“<sup>3600</sup> oder „Kardinaltropen“<sup>3601</sup> über rein sprachwissenschaftlich-rhetorische Systematisierungen ausgedehnt, indem sie die vier Tropen als grundlegende Formen des menschlichen Denkens und der Welterschließung überhaupt gedeutet haben: Burke kann dabei als Vertreter der sog. „*New Rhetoric*“ gelten, welche in interdisziplinär geöffneter Weise ‚klassische‘ Rhetorik mit Erkenntnissen der Sprach- und Kommunikationswissenschaft sowie der Soziologie und Psychologie verbindet: Faustformelartig vereinfacht interessiert sich „*New Rhetoric*“ für großflächige Prozesse der (sprachlich-politischen) „Identifikation“ statt für kleinteilig-konkrete Situationen der Persuasion.<sup>3602</sup> Für White ist Verstehen als Übersetzung des Unbekannten in das Bekannte notwendigerweise trop(olog)isch.<sup>3603</sup> Dies gelte sowohl für „eher imaginäre“ wie auch für „realistische Diskurse“<sup>3604</sup> (Noch) unbekannte Entitäten werden mit Blick auf und in Bezug auf (angeblich) bereits bekannte Entitäten ausgedrückt. Dabei ergeben sich für Burke und White typische Denkopoperationen (archetypische Denkmuster), die sich in der Struktur der vier Fundamentaltropen spiegeln würden: So wird die Metapher gepaart mit „Perspektive“ (bei Burke) bzw. „Repräsentation“ (bei White), die Metonymie (bei beiden übereinstimmend) mit „Reduktion“, die Synekdoche mit „Repräsentation“ (bei Burke) bzw. „Integration“ (bei White) und die Ironie mit „Dialektik“ (bei Burke) bzw. „Negation“ (bei White).<sup>3605</sup> Burke und White geht es v. a. um die tropische Struktur von (insbesondere politischer und werbender) Massenkommunikation (Burke) bzw. von Historiogra-

---

[1569]; vgl. darin, Schol. Rhet. Lib. XVII, Sp. 375. Zur Hälfte des 18. Jahrhunderts kann ein systematisches viergliedriges Tropen-Modell auch bei Vico (s. bereits oben II. 2. a) cc)) beobachtet werden: vgl. G. Vico, Prinzipien einer neuen Wissenschaft über die gemeinsame Natur der Völker, Teilband 2, übersetzt v. V. Hölsle/C. Jermann, Hamburg 1990 [1744], Rn. 404 ff., mit dem Fazit: „alle Tropen [lassen ...] sich sämtlich auf diese vier zurückführen“.

<sup>3598</sup> K. Burke, in: The Kenyon Review 3 (1941), 421; ders., A Grammar of Motives, Berkeley, Ca., U.S.A., u. a. 1962, S. 503 ff.; vgl. etwa auch E. Chrzanowska-Kluczevska, Much More than Metaphor. Master Tropes of Artistic Language and Imagination, Frankfurt a.M. u. a. 2013.

<sup>3599</sup> H. White, Metahistory, Baltimore, Md., U.S.A., 1973, S. 31, m. w. N.

<sup>3600</sup> So die Übersetzung von Whites Begriff „*basic tropes*“ bei H. V. Geppert, Der Historische Roman, Tübingen 2009, S. 171.

<sup>3601</sup> So beispielsweise S. Matzner, Die Poesie der Metonymie, Heidelberg 2016, S. 20, Fn. 33 (zu Burke).

<sup>3602</sup> Programmatisch hierzu, unter dem Titel „*Rhetoric – Old and New*“: K. Burke, The Journal of General Education 5 (1951), 202 (203); vgl. auch J. Knape, in: FS Kreutzer, Würzburg 2000, S. 483 (484, 485 ff.).

<sup>3603</sup> Vgl. H. White, in: Tropics of Discourse. Essays in Cultural Criticism, Baltimore, Md., U.S.A., 1978, S. 1 (5).

<sup>3604</sup> Vgl. H. White, in: Tropics of Discourse. Essays in Cultural Criticism, Baltimore, Md., U.S.A., 1978, S. 1 (1 f.): „*all discourse, whether of the realistic or the more imaginative kind*“.

<sup>3605</sup> Vgl. K. Burke, in: The Kenyon Review 3 (1941), 421 ff.; H. White, Metahistory, Baltimore, Md., U.S.A., 1973, S. 31 ff.

phie und Geschichtsphilosophie (White). White stellt außerdem Verbindungen zu Kategorien der Psychoanalyse und der Marxistischen Philosophie her.<sup>3606</sup>

De Mans Betrachtung der vier Fundamentaltropen bezieht sich demgegenüber zunächst konkreter auf die rhetorisch-tropischen Strukturen *in* (‚literarischen‘ und philosophischen) Texten, hat also einen strengeren Fokus auf ‚Texte‘ i. e. S.<sup>3607</sup> Allerdings geht es de Man bei seinen Textanalysen stets darum, aufzuzeigen, welche verschiedenen möglichen (konkurrierenden) Lesarten von Texten es gibt<sup>3608</sup> (und dass aus Sicht der rhetorisch-tropischen Struktur des Texts keine abschließende Entscheidung für die Überlegenheit der einen oder anderen Lesart getroffen werden könne). Hinter den konkurrierenden Lesarten stehen laut de Man „Ideologien“ als tropisch strukturierte Denkmuster. Dabei hat er sich insbesondere mit der symbolisch-synekdochischen Struktur der wirkmächtigen „Ideologie des Ästhetischen“ befasst (s. o. II. 3. c) aa)). Auch de Man geht es – insoweit Burke und White durchaus vergleichbar – um den kritischen Nachvollzug von wirkmächtigen Denkmustern. Wie bei Burke und White werden diese Denkmuster in der Terminologie und nach dem Strukturmodell der Tropen beschrieben. Die ideologischen Denkmuster führen laut de Man zu literaturdogmatischen Lesekonventionen, beispielsweise zu harmonisierend-synekdochischen und anthropomorphisierenden Lesarten (s. o. 4. b) bis d)). Beim Lesen treffen diese ideologisch getriebenen Lesekonventionen auf konkrete Texte. Diese Texte stellen ihrerseits rhetorisch-tropische Gebilde dar, wobei ihre rhetorisch-tropischen Strukturen für de Man wie erwähnt nicht auf eine Bedeutung festlegbar (nicht entscheidbar) sind. Da Ideologien und Lesekonventionen nun aber durch Präferenzen für *bestimmte* tropische Strukturen geprägt seien, komme es beim Lesen zu Spannungslagen zwischen totalisierenden Lesekonventionen und den insoweit unentscheidbaren Texten. De Man betont somit die *Instabilität* (Scheinstabilität) des viergliedrigen Systems der Fundamentaltropen; er bestreitet, dass insoweit überhaupt ein (stabiles) ‚System‘ vorliegt: Vielmehr betont er, dass Tropen gerade keine Raster, sondern eher fluide „Systeme der Umwandlung“ seien (s. o. II. 2. a)).<sup>3609</sup>

Auch wenn de Man forschungsgegenständlich und wissenschaftstheoretisch teilweise anders positioniert ist als Burke und White, können die tropischen Strukturen, welche er beim Nachvollzug von Lesekonventionen beschreibt, durchaus mit den Ansätzen von Burke und White verglichen werden. Hinsichtlich der Cha-

<sup>3606</sup> Vgl. H. White, in: *Tropics of Discourse. Essays in Cultural Criticism*, Baltimore, Md., U.S.A., 1978, S. 1 (19f.).

<sup>3607</sup> Vgl. J. Knappe, in: FS Kreutzer, Würzburg 2000, S. 483 (489).

<sup>3608</sup> Also: ... aufzuzeigen, welche Lesarten durch die rhetorisch-tropischen Strukturen des jeweiligen Texts eröffnet werden. Es ließen sich – hier nicht zu vertiefende – Folgefragen anschließen, etwa: (Warum) gibt es eigentlich einen *numerus clausus* der (Fundamental-) Tropen (Metapher und Metonymie sowie ihre Verhandlungen in Synekdoche und Ironie) und damit der Lesarten?

<sup>3609</sup> „[T]ropes are transformational systems rather than grids“, P. de Man, in: *Allegories of Reading*, New Haven, Conn., U.S.A., u. a. 1979, S. 57 (63, dort in Fn. 8).



rakterisierung der Strukturen der einzelnen Tropen bestehen teilweise deutliche Parallelen zwischen den drei Ansätzen. Die Ansätze von Burke und White veranschaulichen zudem, dass die Beschreibung von Denkmustern (‘Ideologien’ und ‘Dogmatiken’) als tropische Strukturen auch auf philosophische und politische Diskurse anwendbar ist. (Freilich ist auch de Man selbst diesen Schritt über die Literatur ‚i. e. S.‘ hinaus gegangen, insbesondere bei seinen Rousseau-Lektüren.<sup>3610</sup>)

## V. Interdisziplinäre Übertragung II: Analyse der ‚dogmatischen Welt‘ des Föderalismusverfassungsrechts

Im Folgenden soll nun eine interdisziplinäre Übertragung der voranstehenden Ausführungen zu den vier „Fundamentaltropen“ aus dem literaturwissenschaftlichen in den rechtswissenschaftlichen Bereich erfolgen. Der vorstehende Abschnitt (s. o. IV.) diene dazu, das zuvor eingeführte dreigliedrige interdisziplinäre Analysemodell zur Untersuchung von anthropomorphistischen Lesarten (Mikroebene, Makroebene, Leseebene – s. o. III. 4.) zu vertiefen. Der Fokus dieser Vertiefung liegt auf der Mikroebene, also auf der Analyse der ‚dogmatischen Welt‘ des Föderalismusverfassungsrechts. Dabei geht es um das Verhältnis zwischen anthropomorphistischer und *nicht*-anthropomorphisierender Lesart: Die erstgenannte Alternative stellt sich menschenähnliche föderale Träger (vereinfacht: ‚Staatenmenschen‘) vor, die zweitgenannte rückt politisch relevante ‚echte‘ Menschen (vereinfacht: einen ‚Menschenstaat‘; s. o. III. 2. b)) in den Vordergrund. Mit Hilfe des im voranstehenden Abschnitt vorgestellten Materials zu den vier „Fundamentaltropen“ Metapher, Metonymie, Synekdoche und Ironie (s. o. IV.) kann das Verhältnis zwischen diesen beiden Lesemöglichkeiten nun näher qualifiziert werden:

Um diese nähere Qualifizierung zu veranschaulichen, werden die am Beginn des vorliegenden Kapitels (s. o. A. I.) zitierten Entscheidungen – die 1. Rundfunkentscheidung des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts (1961), sowie die Entscheidungen *Alden v. Maine* (1999) und *National Federation of Independent Business v. Sebelius* (2012) des *U.S. Supreme Court* – exemplarisch aufgegriffen und vor der Folie der Strukturen der vier Fundamentaltropen rhetorisch-tropologisch analysiert (s. u. 1.). Anschließend soll knapp skizziert werden, wie sich in diesen Lektüremöglichkeiten die im ersten Kapitel konturierte ideenpolitische Konstellation des freiheitlich-nationalstaatlich-repräsentativ-demokratischen Föderalismus spiegelt (s. u. 2.).

<sup>3610</sup> Vgl. nur die sechs Aufsätze zu Rousseau in *P. de Man, Allegories of Reading*, New Haven, Conn., U.S.A., u. a. 1979, S. 134 ff.

## 1. Tropische Strukturen hinter der Anthropomorphisierung föderaler Träger

Anhand der Pflanzennamen ‚Blauaugengras‘ und ‚Augentrost‘ sowie anhand zweier konkurrierender Lesarten des Gedichts *„I Wandered Lonely as a Cloud“* wurde veranschaulicht, dass Anthropomorphismen (genauer: anthropomorph[is-tisch]e Lesarten) metaphorisch, metonymisch, synekdochisch oder ironisch strukturiert sein können (ausführlich IV. 4.). Diese Einsicht soll nun auf Anthropomorphismen föderaler Träger in den genannten Beispielfällen angewendet werden:

### a) *Metaphorisch-anthropomorphistische Lesart*

- aa) Prinzip: Wesensähnlichkeit, aber keine Identität  
mit einem ‚Menschen‘

Als Merkmal der metaphorisch-anthropomorphistischen Lesart wurde der Aspekt der behaupteten Wesensähnlichkeit zwischen einer nicht-menschlichen Entität und einem Menschen herausgestellt. Als Beispiel diene die im Pflanzennamen ‚Blauaugengras‘ erlesbare Wesensähnlichkeit zwischen den auffälligen Blüten des Blauaugengrases und blauen menschlichen Augen, welche in einer besonderen Attraktivität gesehen wurde (s.o. IV. 4. b)). Der Unterschied zur Synekdoche (s. u. c)) liegt dabei darin, dass zwar ein Aspekt der Wesensähnlichkeit, aber keine Identität zwischen menschlicher und nicht-menschlicher Entität behauptet wird. Die Entitäten bleiben bei der metaphorisch-anthropomorphistischen Lesart separiert. Vereinfacht gesagt: Bei der ‚rein‘ metaphorisch-anthropomorphistischen Lesart geht es gar nicht um Menschen, sondern nur um die nicht-menschlichen Entitäten, welche rhetorisch zum ‚Menschlichen‘ in Beziehung gesetzt werden.

- bb) Anwendung: menschenähnliche föderale Träger  
(ohne ‚echte‘ Menschen)

Übertragen auf den Föderalismusverfassungsrechtsdiskurs bedeutet das: Bei einer metaphorisch-anthropomorphistischen Lesart wird die Wesensähnlichkeit, nicht aber die Identität, zwischen einer politischen Entität (etwa einem US-Bundesstaat oder einem deutschen Land) einerseits und einem ‚Menschen‘ andererseits behauptet. Um ‚echte‘ Menschen geht es dann gar nicht, das ‚Menschliche‘ wird nur als Folie benutzt, um die föderalen Träger in einer bestimmten Art und Weise zu charakterisieren. Es erfolgt kein Durchgriff auf ‚echte‘ Menschen (welche *der Sache nach* in der Fallkonstellation freilich durchaus – ggf. mittelbar – relevant sein können, aber eben nicht in der *aktuellen rhetorischen* Aufmerksamkeit der jeweiligen Entscheidung<sup>3611</sup> stehen). Es handelt sich in Fällen, bei denen die metaphorisch-

<sup>3611</sup> Genauer: nicht in der Aufmerksamkeit der *herrschenden* (metaphorisch-anthropomorphen) *Lesart* der einschlägigen gerichtlichen Entscheidung.

anthropomorphistische Lesart dominiert, um – vermeintlich – ‚reine‘ Staatsorganisationsrechtsfälle.

cc) Beispiel: BVerfGE 12, 205 – 1. Rundfunkentscheidung

Eine solche Konstellation, in welcher föderale Träger rhetorisch als menschenähnlich dargestellt werden, ohne dass es dabei auf die in der Fallkonstellation (mittelbar) betroffenen ‚echten‘ Menschen ankommt, liegt der 1. Rundfunkentscheidung des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts zu Grunde (1961).<sup>3612</sup>

Anlass der Rechtsstreitigkeit war der Versuch der Bundesregierung unter Bundeskanzler *Konrad Adenauer*, durch einen politisch kalkulierten Verfassungsbruch<sup>3613</sup> ein zweites Fernsehprogramm in der Bundesrepublik Deutschland zu etablieren. Hierzu wurde im Jahr 1960 die „Deutschland-Fernsehen-GmbH“ geschaffen, an welcher nach Vorstellung der Bundesregierung neben der Bundesrepublik Deutschland auch die einzelnen Länder Anteile erwerben sollten.<sup>3614</sup> Einer der Streitpunkte des Falls war die Art und Weise, in welcher die Bundesregierung im Vorfeld der Gründung dieser GmbH mit den Regierungen der deutschen Länder umgegangen war. Als problematisch wurde insbesondere empfunden, dass die CDU-geführte Bundesregierung mit den von CDU bzw. CSU geführten Landesregierungen (bzw. den entsprechenden Parteipolitikern), nicht aber mit den SPD-geführten Landesregierungen in vorbereitende Gespräche getreten war.<sup>3615</sup>

Der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts stellte die Verfassungswidrigkeit der Gründung der „Deutschland-Fernsehen-GmbH“ fest. Im Urteil arbeitet der Zweite Senat wie oben erwähnt mit dem Topos der „Freundlichkeit“ von Bund und Ländern und führt aus: „Wo immer der Bund sich in einer Frage des Verfassungslebens, an der alle Länder interessiert und beteiligt sind, um eine verfassungsrechtlich relevante Vereinbarung bemüht, verbietet ihm jene Pflicht zu bundesfreundlichem Verhalten, nach dem Grundsatz *divide et impera* zu handeln, d. h. auf die Spaltung der Länder auszugehen, nur mit einigen eine Vereinbarung zu suchen und die anderen vor den Zwang des Beitritts zu stellen.“<sup>3616</sup>

Der anthropomorphe Topos der „Freundlichkeit“ von Bund und Ländern kommt hier krude metaphorisch daher. Es geht nicht um die Stellung der von der hoheitlichen Tätigkeit betroffenen ‚echten‘ Menschen (Bürgerinnen und Bürger als Adressierte

<sup>3612</sup> BVerfGE 12, 205 – 1. Rundfunkentscheidung.

<sup>3613</sup> *M. Kloepfer*, JZ 2003, 481 (485).

<sup>3614</sup> Vgl. die Sachverhaltsschilderung bei BVerfGE 12, 205 (215) – 1. Rundfunkentscheidung; zu den medienpolitischen Auseinandersetzungen und Konfliktlagen und insbesondere zur treibenden Rolle von Bundeskanzler *Adenauer*: *F. Kain*, Das Privatfernsehen, der Axel Springer Verlag und die deutsche Presse. Die medienpolitische Debatte in den sechziger Jahren, Münster u. a. 2003, S. 28 ff.

<sup>3615</sup> Vgl. BVerfGE 12, 205 (257) – 1. Rundfunkentscheidung.

<sup>3616</sup> BVerfGE 12, 205 (255) – 1. Rundfunkentscheidung.

bzw. Konsumierende von Fernsehprogrammen und hoheitlicher Medienpolitik). Vielmehr wird die „Freundlichkeit“ als Topos eingesetzt, um den Rechtsverkehr (sowie den vorbereitenden informalen Umgang) der föderalen Träger untereinander bestimmten Regeln der gegenseitigen Rücksichtnahme in „Freundlichkeit“ zu unterstellen. Der metaphorische Anthropomorphismus der ‚freundlichen föderalen Träger‘ ist eher von geringer Komplexität<sup>3617</sup>; im Föderalismusverfassungsdiskurs tauchen freilich auch komplexere Metaphern auf: so insbesondere die vielschichtige Metapher des ‚Dieners‘ für föderierte Einheiten im kooperativen Föderalismus (s. o. § 6, C. II.).

*b) Metonymisch-anthropomorphistische Lesart*

aa) Prinzip: zufälliger Kontakt mit (‚echten‘) Menschen

Als Prinzip der metonymisch-anthropomorphistischen Lesart wurde der Aspekt eines „zufälligen Kontakts“ zwischen einer nicht-menschlichen Entität und (einem) Menschen herausgestellt (s. o. IV. 4. b)). Es geht um ‚realweltliche‘ Beziehungen zwischen den beteiligten Entitäten, welche rhetorisch hervorgehoben werden. So wurde im Pflanzennamen ‚Augentrost‘ das metonymische Element in der (angeblichen) Heilwirkung der Pflanze für das menschliche Auge gesehen. Insoweit lässt sich sagen, dass bei der rhetorischen Operation eines metonymisch strukturierten Anthropomorphismus die Relevanz der nicht-menschlichen Entität (z. B. Pflanze) für ‚echte‘ Menschen hervorgehoben wird. Das unterscheidet einen metonymisch strukturierten Anthropomorphismus vom metaphorisch strukturierten Anthropomorphismus. Wie beim metaphorisch strukturierten Anthropomorphismus bleiben auch beim metonymisch strukturierten Anthropomorphismus die beiden an der rhetorischen Operation beteiligten Entitäten (nicht-menschliche Entität und Mensch) separiert; eine Identität der Entitäten wird nicht behauptet – dies ist der Unterschied zum synekdochisch strukturierten Anthropomorphismus (s. u. c)).

bb) Anwendung: ‚echte‘ politisch oder rechtlich relevante Menschen treten hervor

Übertragen auf den Föderalismusverfassungsdiskurs bedeutet das: Bei einer metonymisch-anthropomorphistischen Lesart wird der Fokus auf ‚echte‘ Menschen gelenkt, welche in den föderalismusverfassungsrechtlichen Fallkonstellationen ‚realweltlich‘ (politisch oder rechtlich) betroffen sind. Die metonymische Perspektive auf föderalismusverfassungsrechtliche Konstellationen kann verschiedene Aspekte hervorheben:

---

<sup>3617</sup> Beachte jedoch die vertiefte Rhetorik-Analyse zur mit dem ‚Freundlichkeits‘-Topos im Zusammenhang stehenden ‚föderalen Etikette‘ unten § 11, B. I.

Zum einen werden föderalismusverfassungsrechtliche Konflikte in der metonymischen Perspektive als Rechtsstreitigkeiten erkennbar, von denen die rechtliche oder politische Stellung von Menschen abhängen kann. Damit rücken die Verbindungen des Föderalismusverfassungsrechts zur Demokratie (näher unten § 12, B. III. 2.), zur Rechtsstaatlichkeit und zu den Individualgrundrechten (näher unten § 12, B. II. 2.) in den Vordergrund. Etwaige – politische und rechtliche – ‚Drittwirkungen‘ des Föderalismusverfassungsrechts gegenüber Individuen als Wahlberechtigte, Normunterworfenen und Grundrechtsberechtigte werden offenbar.

Zum anderen kann die metonymische Perspektive den Blick auf diejenigen Menschen lenken, welche ‚im‘ oder für den oder als ‚Staat‘ arbeiten und handeln. Das betrifft beispielsweise Beamte und sonstige öffentlich Beschäftigte sowie politische Entscheidungsträgerinnen und Entscheidungsträger.

#### cc) Beispiel: *Alden v. Maine* (1999)

Ein Beispielsfall, in welchem die beiden vorgenannten Aspekte zusammenfallen, ist die Entscheidung des *U.S. Supreme Court* in *Alden v. Maine* (1999).<sup>3618</sup>

Im Zentrum der Entscheidung steht die Rechtsfrage, ob Individuen den US-Bundesstaat, in welchem sie leben, aufgrund von bundesrechtlichen Anspruchsgrundlagen auf monetäre Anspruchsziele verklagen können. Die föderalismusverfassungsrechtliche Relevanz der Fallkonstellation liegt also darin, dass es um ein Bundesgesetz geht, welches bestimmte Klagen gegen *föderierte Einheiten* ermöglicht. Anders als das oben skizzierte 1. Rundfunkurteil (s. o. a) cc)) kommt *Alden v. Maine* jedoch als offen *trianguläre* Konstellation mit ‚Drittwirkung‘ gegenüber einem Bürger daher. Konkret ging es um einen Angestellten im öffentlichen Dienst im Bundesstaat Maine, welcher nach dem *Fair Labor Standards Act*, einem Bundesgesetz, einen monetären Kompensations- und Ersatzanspruch gegen den Staat Maine als Arbeitgeber auf Bezahlung von geleisteten Überstunden gerichtlich geltend machen wollte.<sup>3619</sup>

Die Mehrheit des *U.S. Supreme Court* entschied, dass das Bundesgesetz *Fair Labor Standards Act* insoweit kompetenzwidrig sei, wie es auf monetären Ersatz gerichtete Klagen von Individuen gegen Einzelstaaten (ohne Zustimmung des Einzelstaates) ermöglichte.<sup>3620</sup> Der Bürger könne den Staat Maine also nicht aufgrund des Bundesgesetzes auf Geldersatz verklagen. *Justice Anthony Kennedy*, der Autor der Mehrheitsmeinung, führte zur Begründung u. a. den bereits am Kapitel-

<sup>3618</sup> *Alden v. Maine*, 527 U.S. 706 (1999); dogmatische Einordnung oben § 5, A. III. 2. b).

<sup>3619</sup> Vgl. die Sachverhaltsschilderung bei *Alden v. Maine*, 527 U.S. 706 (1999), 711 f., mit Hinweis auf die Anspruchsgrundlage *Fair Labor Standards Act of 1938* (FLSA), 52 Stat. 1060; als Anspruchsziel wird genannt: „*compensation and liquidated damages*“.

<sup>3620</sup> *Alden v. Maine*, 527 U.S. 706 (1999), 712: „*We hold that the powers delegated to Congress under Article I of the United States Constitution do not include the power to subject nonconsenting States to private suits for damages in state courts.*“

beginn zitierten Satz an: „*The States [...] are not relegated to the role of mere provinces or political corporations, but retain the dignity, though not the full authority, of sovereignty*“<sup>3621</sup> (s. bereits oben § 5, A. III. 2.). Kennedy schreibt den Staaten eine – als Anthropomorphismus lesbare<sup>3622</sup> – „Würde“-Position zu. Diese „Würde [...] der Souveränität“ verbiete es, Staaten gegen ihren Willen auf Geldersatz verklagen zu lassen. Die von Kennedy vertretene dogmatische Position wird als „*sovereign immunity*“<sup>3623</sup> bezeichnet.

Kennedy stützt die „*sovereign immunity*“ der US-Einzelstaaten mit der Zuschreibung der anthropomorph lesbaren Position der „Würde“. Diese Zuschreibung lässt sich allerdings metonymisch analysieren: Eine metonymisch-anthropomorphe Lesart fragt danach, welche ‚realweltliche‘ Beziehung die nicht-menschliche Entität (hier: der Staat Maine) zu ‚echten‘ Menschen hat. Diese Fragestellung hebt in der vorliegenden Konstellation (mindestens) drei Aspekte (drei metonymische Relationen) hervor: Die *erste* metonymische Relation ist verfassungshistorischer Natur, blickt auf die Zeit vor Gründung der USA und rückt den (englischen) Monarchen als ursprünglichen Inhaber der mit der königlichen Würde verbundenen „*sovereign immunity*“ in den Fokus. Eine *zweite* metonymische Relation kann im Verhältnis zwischen dem US-Bundesstaat und den Wahlberechtigten gesehen werden. *Drittens* steht der Kläger, der öffentlich Bedienstete *Alden*, in einem ‚realweltlichen‘ Kontakt-Verhältnis zum Staat Maine. Diese drei metonymischen Relationen zwischen dem „würdigen“ Staat Maine und bestimmten Menschen werden allesamt sowohl in Kennedys Mehrheitsmeinung wie auch im ablehnenden Sondervotum von *Justice David Souter*<sup>3624</sup> – jeweils mit gegensätzlicher Kommentierung und Wertung – angesprochen:

So wird die *erstgenannte*, verfassungshistorische, Metonymie (der Bezug auf den englischen Monarchen) von Souter als Argument dafür genutzt, dass die Rede von der „Würde“ des Souveräns monarchisch geprägt sei und in einem republikanisch-demokratischen Gemeinwesen keinen Platz habe.<sup>3625</sup> Auch Kennedy sieht durchaus die Verankerung der Dogmatik im monarchischen Verfassungsdenken Englands; allerdings behauptet er, dass die Dogmatik bei Gründung der USA als ein Essential

<sup>3621</sup> *Alden v. Maine*, 527 U.S. 706 (1999), 715. Bemerkenswert ist an dieser Aussage der implizite Vergangenheitsbezug in „*retain*“; „*state dignity*“ kommt auch in der Mehrheitsmeinung stets als etwas Tradiertes, als etwas Überkommenes, als etwas Vor-Gefundenes daher.

<sup>3622</sup> So auch *S. Sherry*, Notre Dame L. Rev. 75 (2000), 1121 (1127): „*Not since extending the language of the Fourteenth Amendment to corporations has the Court so anthropomorphized an abstract entity.*“

<sup>3623</sup> *Alden v. Maine*, 527 U.S. 706 (1999), 712 f., 716; auch das (kritisch) kommentierende Schrifttum hat diese Bezeichnung aufgegriffen: vgl. nur *M. C. Dorf/T. Morrison*, Constitutional Law, New York, N.Y., U.S.A., 2010, S. 89 f.; *E. Chemerinsky*, Constitutional Law. Principles and Policies, 5. Aufl., New York, N.Y., U.S.A., 2015, S. 187 ff.

<sup>3624</sup> *Alden v. Maine*, 527 U.S. 706 (1999), 760 ff. (abw. Sondervotum *D. Souter*).

<sup>3625</sup> Vgl. *Alden v. Maine*, 527 U.S. 706 (1999), 802 (abw. Sondervotum *D. Souter*); zudem trage selbst die Vorstellung *monarchischer Würde* nicht zwingend die normative Schlussfolgerung einer *sovereign immunity* in überzeugender Weise, vgl. a. a. O. (803, dort in Fn. 35).

der Souveränität auch von republikanisch-demokratischen Staaten betrachtet worden sei.<sup>3626</sup> Im Denken Kennedys wird die historische Metonymie zu einer (kruden) Metapher aktualisiert – und letztlich zur Synekdoche totalisiert.

Die zweitgenannte, gewissermaßen demokratietheoretische, metonymische Relation (der Bezug auf Wahlberechtigte) wird von Kennedy als Hilfsargument genutzt, um die „Würde“-Position des Staates Maine zu stützen: Es würde die Fähigkeit der Einzelstaaten zur Selbstregierung „nach dem Willen ihrer Bürgerinnen und Bürger“ erschweren, wenn sie aufgrund von *Bundesgesetzen* gerichtlich zu Zahlungen verpflichtet werden könnten. Insbesondere belastet das die haushaltspolitische Gestaltungsfreiheit der Einzelstaaten und gehe dergestalt an das „Herz des politischen Prozesses“. <sup>3627</sup> Souter weist diese Argumentation deutlich zurück: Die demokratische Gestaltungsfreiheit der Staaten könne sich in (kompetenzgemäßen) legislativen Maßnahmen (also Gesetzen der Staaten) niederschlagen; soweit diese Gesetze aber gegen (kompetenzgemäß erlassenes<sup>3628</sup>) Bundesrecht (wie den FLSA) verstoßen sollten, gelte der grundsätzliche Vorrang des (kompetenzgemäßen) Bundesrechts nach der Vorrangregel der *Supremacy Clause* (Art. VI, Cl. 2 USC; hierzu § 4, B. I. 2. c) cc)).<sup>3629</sup>

Auch die dritte metonymische Relation (das Verhältnis zwischen dem Staat Maine und dem öffentlich Beschäftigten und Kläger Alden) wird in Mehrheitsmeinung und Sondervotum konträr charakterisiert: Während Kennedy Alden als (bloßen) „Gläubiger“ bezeichnet<sup>3630</sup>, dessen fiskalische Interessen die Budgetfreiheit des Staates Maine nicht einengen sollten, sieht Souter in ihm einen „Bürger, dessen bundesgesetzliche Rechtsposition verletzt wurde“ („*citizen whose federal rights have been violated*“<sup>3631</sup>). Damit zieht Souter die in der Mehrheitsmeinung vertretene Zuschreibung von „Würde“ an den Staat Maine, welche im Ergebnis zu Lasten der

<sup>3626</sup> Vgl. *Alden v. Maine*, 527 U.S. 706 (1999), 715 f.

<sup>3627</sup> Vgl. *Alden v. Maine*, 527 U.S. 706 (1999), 750 f. Ein weiteres Hilfsargument geht in Richtung der Gewaltenteilung: Kennedy deutet an, dass es problematisch sei, wenn Vorgänge der Regierung und Verwaltung („*the course of their public policy and the administration of their public affairs*“) durch gerichtliche Entscheidungen diktiert würden („*subject to and controlled by the mandates of judicial tribunals without their consent, and in favor of individual interests*“), vgl. a. a. O., 750.

<sup>3628</sup> Vertiefend ist hier zu bemerken, dass die sachliche Einschlägigkeit einer Bundesgesetzgebungskompetenz auch durch die Mehrheitsmeinung nicht bestritten wurde; der FLSA wird als sachlich durch die ‚*commerce clause*‘ gedeckt angesehen. Allgemein zur Trennung zwischen sachlich-gegenständlicher Bundesgesetzgebungskompetenz und Kompetenzzusübungsregeln: s. o. § 4, A. III. 3. u. § 8, B. III. 2.

<sup>3629</sup> Vgl. *Alden v. Maine*, 527 U.S. 706 (1999), 803 (abw. Sondervotum D. Souter): „*the will of the citizens of the United States already trumps that of the citizens of the State*“.

<sup>3630</sup> *Alden v. Maine*, 527 U.S. 706 (1999), 751: „*judgment creditor*“. Souter sieht – rhetorisch aufmerksam – in Kennedys Rede vom Kläger als „Gläubiger“ herablassende Polemik, vgl. a. a. O., 803 (abw. Sondervotum D. Souter): „*The 'judgment creditor' in question is not a dunning bill collector [...]*“.

<sup>3631</sup> *Alden v. Maine*, 527 U.S. 706 (1999), 803 (abw. Sondervotum D. Souter).



rechtsstaatlichen Durchsetzung der Rechtsposition eines Bürgers (eines ‚echten‘ Menschen) geht, nachdrücklich in Frage.

### c) Synekdochisch-anthropomorphistische Lesart

#### aa) Prinzip: Illusion der Identität von Nicht-,Mensch‘ und ‚Mensch‘

Die Grundstruktur der synekdochisch-anthropomorphistischen Lesart wurde darin erblickt, dass hier ein – besonders qualifiziertes – metonymisches Moment (eine ‚realweltliche‘ Beziehung in besonders enger Nähe von Teil und Ganzem) und ein metaphorisches Moment (Wesensähnlichkeit) zusammenfallen und dadurch die Illusion der Identität zwischen einer nicht-menschlichen Entität und einem Menschen erzeugt wird (s. o. IV. 4. c)). Als Beispiel diene eine Lektüremöglichkeit von William Wordsworth‘ Gedicht „*I wandered lonely as a cloud*“, welche eine Identität von ‚lyrischem Sprecher‘ und Narzissen im vereinigenden gemeinsamen Tanz in einem größeren Blumenfeld herausstellt (s. o. IV. 4. c)).

#### bb) Anwendung: Illusion der Identität von föderalem Träger und ‚Mensch‘

Übertragen auf den Föderalismusverfassungsrechtsdiskurs bedeutet das: Bei einer synekdochisch-anthropomorphistischen Lesart wird die Illusion einer Identität zwischen einem föderalen Träger (z. B. US-Einzelstaat oder deutsches Land) und (einem) ‚echten‘ Menschen erzeugt: Entsprechend der beschriebenen Kombinationsstruktur der Synekdoche aus metonymischem Element und metaphorischem Element kann diese rhetorische Operation analytisch in zwei Schritte zergliedert werden: *Erstens* geht es um eine metonymische Relation zwischen einem föderalen Träger und einem Menschen und – *zweitens* – wird behauptet, der föderale Träger und dieser Mensch seien sich unter einem wesentlichen Gesichtspunkt ähnlich (metaphorisches Element).

Das *metonymische* Element, die ‚realweltliche‘ Beziehung, ist dabei durch eine besonders enge Nähe von Teil und Ganzem geprägt: Denkbar sind vor allem Beziehungen zwischen einem föderalen Träger und den auf dem Hoheitsgebiet des föderalen Trägers lebenden Menschen: Diese Menschen lassen sich als Teil des größeren Ganzen (der sozialen und oder politischen Gemeinschaft) betrachten.

Als Grundlage des *metaphorischen* Elements, welches in der Behauptung einer Wesensähnlichkeit von föderalem Träger und betroffenem Menschen liegt, kommen unterschiedliche (insbesondere politische und rechtliche) Aspekte in Betracht. Der in Bezug genommene föderale Träger und der betroffene Mensch können sich je nach Fallkonstellation unter verschiedenen Gesichtspunkten ähnlich sein: So kann die (behauptete) Wesensähnlichkeit darin liegen, dass sowohl der föderale Träger wie auch der betroffene Mensch durch die Fähigkeit, den Willen und das Recht zur politischen Selbstbestimmung, zur politischen Gestaltung und insoweit zur Entscheidungsfreiheit (Autonomie) übereinstimmen. Das metaphorische Element ist

dann letztlich *demokratiethoretisch* fundiert. Die (behauptete) Wesensähnlichkeit von föderalem Träger und betroffenem Menschen kann weiterhin darin gesehen werden, dass beiden berechtigterweise bestimmte Freiheitssphären und geschützte Interessen zugeschrieben werden können. Insoweit ist eine Fundierung des metaphorischen Elements mit Blick auf Positionen einer ‚negativen‘ Freiheit<sup>3632</sup> (oder der Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte) vorstellbar. Schließlich kann die (behauptete) Wesensähnlichkeit föderalem Träger und betroffenem Menschen in einem Drang und einem jeweiligen Recht zur ‚Existenz‘-Sicherung, zur Sicherung des Fortbestands (Überlebens) von politischer Gemeinschaft und physischem Menschen gesehen werden.

Bei der synekdochisch-anthropomorphistischen Lesart werden nun das metonymische Element (Mensch als Teil des föderalen Trägers als politische Gemeinschaft) und ein – wie auch immer geartetes – metaphorisches Element kombiniert. Diese Kombination erzeugt – in den Worten de Mans – „durch die räumliche Natur“ des metonymischen Elements der Synekdoche „die Illusion einer Synthese durch Totalisierung“<sup>3633</sup>: Der föderale Träger wird als mit Menschen – in Gestalt von Wahlberechtigten, Grundrechtsträgerinnen und Grundrechtsträgern oder physischen Menschen im Überlebenskampf – identisch betrachtet.

#### cc) Beispiel:

##### *National Federation of Independent Business v. Sebelius* (2012)

Die synekdochisch-anthropomorphistische Lesart kann an einer Textstelle aus der *U.S. Supreme Court*-Entscheidung *National Federation of Independent Business v. Sebelius* (2012)<sup>3634</sup> zur Gesundheitsreform ‚Obamacare‘ exemplarisch illustriert werden. In dieser Entscheidung, welche oben im Zusammenhang mit den verfassungsrechtlichen Grenzen für inhaltlich bedingte Bundesfinanzhilfen an die Einzelstaaten (*conditional spending*) vorgestellt wurde, erklärte es eine Mehrheit des *U.S. Supreme Court* für verfassungswidrig, wenn die Bundesebene die Einzelstaaten durch das Inaussichtstellen des Gewährens bzw. des Vorenthaltens von Finanzmitteln so erheblich unter Druck setzt, bei einem bundesrechtlichen Programm mitzuwirken, dass kein bloßer Anreiz („*a relative mild encouragement*“) mehr vorliege, sondern faktischer Zwang<sup>3635</sup> (näher oben § 6, A. IV. 2. b)). Da es bei den im *Obamacare*-Finanzierungsmechanismus in Aussicht gestellten Mitteln um Beträge gehe, die ca. zehn Prozent des Gesamtbudgets eines durchschnittlichen Einzelstaats ausmachen würden,<sup>3636</sup> liege – faktisch – Zwang vor. In dieser Zwangswirkung sieht Roberts

<sup>3632</sup> Zum nicht unproblematischen Begriffspaar ‚positive Freiheit‘/‚negative Freiheit‘ unten § 12, B. II. 1.

<sup>3633</sup> *P. de Man*, in: *Allegories of Reading*, New Haven, Conn., U.S.A., u. a. 1979, S. 57 (63, dort in Fn. 8).

<sup>3634</sup> *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, 567 U.S. 519 (2012).

<sup>3635</sup> *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, 567 U.S. 519 (2012), 580 f.

<sup>3636</sup> *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, 567 U.S. 519 (2012), 581 f.

einen Verstoß gegen Föderalismusverfassungsrecht, nämlich die Verletzung einer verfassungstextfernen Verbandsgrundrechtsposition der Einzelstaaten. An dieser – entscheidenden, aber verfassungstextlich nicht direkt unterstützten – Stelle seiner Argumentation setzt Roberts nun das rhetorische Mittel des Anthropomorphismus mit der vermenschlichenden Vorstellung von der ‚Willensfreiheit‘ der Einzelstaaten ein, indem er diese als Opfer einer qualifizierten Nötigung mit Waffengewalt stilisiert: „*In this case, the financial ‚inducement‘ Congress has chosen is much more than ‚relatively mild encouragement‘ – it is a gun to the head.*“<sup>3637</sup>

Roberts’ weitere Urteilsbegründung legt es nahe, diesen Anthropomorphismus synekdochisch zu lesen: Bei der Begründung, *weshalb* die Ausübung von willensausschließendem Zwang durch die Bundesebene auf die Einzelstaaten verfassungswidrig sei, nennt er im Wesentlichen drei Aspekte (s. bereits oben § 6, A. IV. 2. b)): *erstens* die unabhängige Souveränität der Einzelstaaten, *zweitens* die Sicherung der negativen Freiheit der Individuen durch Gewaltenteilung und – *drittens* – die Herstellung politischer Rechenschaftsstrukturen („*accountability*“) sowie Ermöglichung informierter Wahlentscheidungen.<sup>3638</sup> Beim erstgenannten Aspekt (Souveränität) fehlt ein offenes metonymisches Element, es liegt also eine krude metaphorisch-anthropomorphistische Lesart (ähnlich wie in der 1. Rundfunkentscheidung; s.o. a) cc)) nahe. Die Aspekte der negativen Freiheit und der informierten demokratischen Selbstbestimmung hingegen provozieren eine – rhetorisch wirkungsstarke – synekdochisch-anthropomorphistische Lesart: Die anthropomorphe Position des Einzelstaats ist unterfüttert durch die negativen und positiven Freiheitsinteressen ‚seiner‘ Bürgerinnen und Bürger. Diese stehen in einem Teil-Ganzes-Verhältnis zum Einzelstaat als einer freiheitssichernden und demokratisch organisierten politischen Gemeinschaft. Die totalisierende Kraft der Synekdoche stellt die Behauptung einer Identität von demokratisch-freiheitlichem Einzelstaat mit seinen freien und politisch selbstbestimmten Menschen rhetorisch in den Raum.

#### d) Ironisch-anthropomorphistische Lesart

##### aa) Prinzip:

Umgang mit der Unentscheidbarkeit, was ‚der Mensch‘ ist

Eine ironisch-anthropomorphistische Lesart wurde oben beschrieben als ein – vom Text ermöglichter – Versuch, beim Lesen mit der Unentscheidbarkeit zwischen konkurrierenden Lesarten umzugehen (s.o. IV. 4. d)). Am Beispiel einer ironisch-anthropomorphistischen Lesart des Gedichts „*I wandered lonely as a cloud*“ wurde gezeigt, dass es im Ergebnis um die Unentscheidbarkeit der Frage geht, was ‚das Menschliche‘ sei (näher oben IV. 4. d)). Die synekdochische Behauptung einer

<sup>3637</sup> *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, 567 U.S. 519 (2012), 581.

<sup>3638</sup> Vgl. *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, 567 U.S. 519 (2012), 577 f.

Identität von ‚Mensch‘ und ‚Natur‘ sagt nichts Neues über die ‚Natur‘ des ‚Menschen‘, wenn man sich auch der ‚Natur‘ nur in Begriffen aus der Vorstellungswelt des ‚Menschen‘ (‚Einsamkeit‘, ‚Egoismus‘, ‚Gemeinschaft‘, ‚Freude‘, ...) nähern kann. Angesichts dieser Zirkularität bleibt nur die Sprache des „Verkehrte[n] und Verrückte[n]“, des „Einfältige[n] und Dumme[n]“ (s. o. IV. 3. d) cc)) – was keinesfalls pejorativ zu verstehen ist. Es ist in diesem Sinne „einfältig“ und „verrückt“, zu behaupten, die Bewegung von Pflanzen im Wind sei „fröhlicher“ als die Bewegung einer Wasseroberfläche im Wind: „*The waves beside them danced, but they / Out-did the sparkling waves in glee*“ (näher oben IV. 4. d)).

#### bb) Anwendung:

Unentscheidbarkeit, was ‚der Mensch‘ für den föderalen Träger ist

Im Kontext des Föderalismusverfassungsrechts impliziert die ironisch-anthropomorphistische Lesart die kritische Hinterfragung, welche Aspekte des ‚Menschseins‘ eigentlich unterstellt werden, wenn föderale Träger rhetorisch als Menschen behandelt werden. Damit verbunden ist die Aufmerksamkeit dafür, dass die sprachliche Zuschreibung von etwas ‚Menschlichem‘ an die Bundesebene oder an föderierte Einheiten permanent unterschiedliche Lesarten provozieren kann. Es ist beispielsweise nicht entscheidbar, ob die Zuschreibung von Würde oder Entscheidungsfreiheit demokratisch fundiert im Sinne eines Durchgriffs auf die Wahlbevölkerung zu verstehen ist oder ob nicht – wie oben für die Entscheidung *Alden v. Maine* vorgestellt – eine überkommen monarchisch geprägte ‚Würde‘-Formel wirksam ist (s. o. b) cc)).

Eine ironisch-anthropomorphistische LeseEinstellung stellt diese Unentscheidbarkeit in Rechnung und beschränkt sich selbst, indem sie darauf verzichtet, sich auf eine bestimmte Lesart anthropomorph-rhetorischer Strukturen festzulegen. Totalisierend-synekdochische Postulate zur Identität von ‚Staat‘ (föderalem Träger) und ‚Mensch‘ werden vermieden, Spannungen und Widersprüchlichkeiten zwischen diesen Entitäten werden ausgehalten. In den Händen von Richterinnen und Richtern kann die ironisch-anthropomorphistische Lesart dementsprechend vor allem zu richterlicher Selbstbeschränkung – durchaus auch im Sinne von *judicial self-restraint* – führen. Dies kommt insbesondere dann in Betracht, wenn Gerichte die Komplexität bestimmter Konstellationen, in denen sich föderale Träger und ‚echte‘ politisch relevante Menschen gegenüberstehen, anerkennen und den Ausgleich widerstreitender Positionen dem politischen (demokratischen) Prozess überantworten.

#### cc) Beispiel: abweichendes Sondervotum zu *National Federation of Independent Business v. Sebelius* (2012)

Um eine mögliche Stoßrichtung der ironisch-anthropomorphistischen Lesart im Föderalismusverfassungsrecht exemplarisch zu illustrieren, soll kurz die *U.S. Su-*

preme Court-Entscheidung *National Federation of Independent Business v. Sebelius* (2012)<sup>3639</sup> zur Verfassungswidrigkeit eines Finanzierungsarrangements bei ‚Obamacare‘ (s.o. c) cc)) aufgegriffen werden: Die oben skizzierte Mehrheitsmeinung von Chief Justice Roberts wird in einem abweichenden Sondervotum von Justice Ruth Bader Ginsburg kritisiert.<sup>3640</sup> Ginsburg lehnt das Kriterium der Abgrenzung zwischen – noch zulässigem – Anreiz und – unzulässigem – Zwang als judikativ nicht operationalisierbar ab (näher oben § 6, A. IV. 2. b)).<sup>3641</sup> Für judikative Handhabbarkeit sei Roberts’ anthropomorphe Rede von ‚Zwang‘ und ‚Wahlfreiheit‘ der Einzelstaaten – so Ginsburg ausdrücklich – zu ‚amorph‘.<sup>3642</sup>

Ginsburg zieht sich durch die Benennung der Funktionsgrenzen der Rechtsprechung auf *judicial self-restraint* (s. u. § 12, C.) zurück und verweist auf einen Vorrang des demokratischen Prozesses bei der Behandlung der aufgeworfenen „amorphen“ Problematik: Sie fragt, ob „der Zwang, den Verantwortliche in den Einzelstaaten fürchten“, nicht vielleicht in der drohenden „Abstrafung an der Wahlurne“ liege, welche von Wählerinnen und Wählern als demokratische Antwort darauf gegeben werden könnte, dass die Verantwortlichen in den Einzelstaaten „eine populäre Bundesfinanzhilfe ablehnen“.<sup>3643</sup> Damit greift Ginsburg implizit das von Roberts vorgebrachte *accountability*-Argument (s.o. c) cc)) auf – und zeigt, dass dieses argumentativ anders verwendet werden könne. Sie versetzt sich hierzu gewissermaßen in die metonymische Perspektive und verzichtet auf das bei Roberts’ anklingende synekdochische Identitätspostulat, welches die politische Entscheidungsfreiheit von Wahlberechtigten mit der angeblichen politischen Entscheidungsfreiheit des föderalen Trägers (nach außen hin, der Bundesebene gegenüber) identifiziert (s.o. c) cc)). Ginsburg blickt vielmehr auf den demokratischen Prozess in den Einzelstaaten: Der Wahlbevölkerung im jeweiligen Einzelstaat könne von Richterinnen und Richtern zugetraut werden, die finanzpolitischen Entscheidungen der Verantwortlichen des Einzelstaats und deren Umgang mit (bedingten) finanziellen Angeboten von Seiten der Bundesebene einzuschätzen und eine entsprechende Bewertung dann in ihre Wahlentscheidung einfließen zu lassen. Roberts’ anthropomorphes Bild von Drohung und Bedrohung („gun to the head“<sup>3644</sup>, s.o. A. I.) wird von Ginsburg modifiziert und hierdurch in seiner – eben „amorphen“ – Unbe-

<sup>3639</sup> *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, 567 U.S. 519 (2012).

<sup>3640</sup> *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, 567 U.S. 519 (2012), 589 ff. (Beginn des Sondervotums), 624 ff. (vorliegend einschlägiger Teil des Sondervotums).

<sup>3641</sup> *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, 567 U.S. 519 (2012), 644: „The coercion inquiry [...] appears to involve political judgments that defy judicial calculation.“

<sup>3642</sup> *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, 567 U.S. 519 (2012), 644: „too amorphous to be judicially administrable“, im Anschluss an *L. Baker/M. Berman*, *Indiana Law Journal* 78 (2003), 459 (523).

<sup>3643</sup> *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, 567 U.S. 519 (2012), 643 f.: „Or that the coercion state officials in fact fear is punishment at the ballot box for turning down a politically popular federal grant?“

<sup>3644</sup> *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, 567 U.S. 519 (2012), 581.

stimmbarkeit ausgestellt: Es sei auch denkbar, dass nicht die Bundesebene der drohende Akteur sei, sondern die Wahlbevölkerung im Einzelstaat – was nun aber gerade im Wesen des repräsentativ-demokratischen Prinzips liegt und damit nicht gegen die Verfassungsmäßigkeit der bedingten Bundesfinanzhilfe spricht. Ironisch-anthropomorphistische Lesarten sind sich der „amorphen“ Qualität von Anthropomorphismen bewusst und stellen ihre Unentscheidbarkeit aus: Der ironisch gelesene A(nthropo)morphismus ist ein Amorphismus.

#### e) Zwischenfazit

Die vorstehenden Beispiele haben gezeigt, dass tropisch unterschiedlich strukturierte anthropomorphistische Lesarten sich den rechtlichen und politischen Verhältnissen zwischen föderalen Trägern und ‚echten‘ Menschen (Wahlberechtigte, Grundrechtsträgerinnen und Grundrechtsträger, Beamtinnen und Beamte oder – historisch – Monarchinnen und Monarchen) auf unterschiedliche Weise nähern: In der 1. Rundfunkentscheidung verbleibt die metaphorische Rede von der „Freundlichkeit“ von Bund und Ländern im staatsorganisationsrechtsinternen Bereich und greift nicht auf Bürgerinnen und Bürger durch (s. o. a) cc)). An der Entscheidung *Alden v. Maine* konnte gezeigt werden, dass hinter der metaphorischen Zuschreibung von „Würde“ an den Bundesstaat Maine verschiedene (mindestens drei) metonymische Relationen (historischer Bezug auf englischen Monarchen sowie aktueller Bezug auf Wahlbevölkerung und den Kläger *Alden*) liegen; Mehrheitsmeinung und Sondervotum konkurrieren jeweils um die treffendere Lesart dieser metonymischen Gehalte (s. o. b) cc)). Auch in der Entscheidung *National Federation of Independent Business v. Sebelius* nähern sich Mehrheitsmeinung und Sondervotum dem Anthropomorphismus („gun to the head“) mit unterschiedlicher LeseEinstellung: Im Mehrheitsvotum wird – synekdochisch – die Identität von demokratisch-freiheitlichem Einzelstaat mit seinen freien und politisch selbstbestimmten Menschen rhetorisch in den Raum gestellt (s. o. c) cc)). Das Sondervotum verzichtet auf eine solche Totalisierung und betrachtet – insoweit tendenziell ‚ironisch‘ – die Zuschreibung von Willens- und Entscheidungsfreiheit an föderierte Einheiten als „amorph“ (s. o. d) cc)).

## 2. Ausblick:

### **Anthropomorpher freiheitlich-nationalstaatlich-repräsentativ-demokratischer Föderalismus**

Die vier vorgestellten Beispiele haben verdeutlicht, dass hinter Anthropomorphismen vielgestaltige Bezüge von föderalen Trägern zu ‚echten‘ Menschen liegen: u. a. zu Wahlberechtigten, zu Grundrechtsträgerinnen und Grundrechtsträgern, zu Rechtsschutzsuchenden oder zu Beamtinnen und Beamten. Das leitet unmittelbar über zu der ideenpolitischen Konstellation des freiheitlich-nationalstaatlich-repräsentativ-demokratischen Föderalismus, welche im ersten Kapitel ausgehend von der ideenpolitischen Debatte zwischen *Federalists* und *Anti-Fed-*

*eralists* konturiert wurde (s.o. § 1; dort insbesondere Hypothese 1.1 bei § 1, C. III. 2.). Hinter den anthropomorphen Topoi der ‚föderalen Würde‘ und der ‚föderalen Treue‘ lassen sich nicht nur Gehalte der politischen Idee ‚Föderalismus‘, sondern auch Gehalte der politischen Ideen ‚(National-)Staatlichkeit‘ (s.u. § 12, B. I.), ‚Demokratie‘ und ‚Repräsentation‘ (s.u. § 12, B. III.) sowie ‚Freiheit‘ (s.u. § 12, B. II.) ausmachen.

#### *a) Anthropomorphe ‚(National-)Staatlichkeit‘*

Als Beispiel für eine Argumentation mit ‚Staatlichkeit‘ als Anreicherung des föderalen Prinzips kann auf *Alden v. Maine* zurückverwiesen werden (s.o. 1. b) cc): Die „Würde“-Zuschreibung an den Staat Maine (zu Lasten des Klägers *Alden*) kann letztlich vor allem als Ausdruck von Etatismus gelesen werden. Eine Dogmatik, die im monarchischen Staatsrecht Englands wurzelt, führt dazu, dass es als un-„würdig“ erachtet wird, wenn ein Individuum den Staat, in dem es lebt, auf monetären Ersatz verklagt. Die sprachliche Vermenschlichung des Staats Maine führt – basierend auf einer wirkmächtigen historischen Metonymie – zu einer Verkürzung der prozessualen Rechtsposition eines Individuums: Dergestalt kommt „Staat als [anthropomorphes] Argument“<sup>3645</sup> (s. auch § 12, B. I. 1.) gegen die Rechtsschutzmöglichkeiten eines ‚echten‘ Menschen und Grundrechtsträgers daher.

#### *b) Anthropomorphe ‚(repräsentative) Demokratie‘*

Hinter der anthropomorphen Formel der „Würde“ eines föderalen Trägers können auch demokratietheoretisch relevante Relationen liegen: Sowohl in *Alden v. Maine* wie auch in *National Federation of Independent Business v. Sebelius* wurde sowohl im Mehrheitsvotum wie auch im Sondervotum auf die demokratietheoretischen Implikationen des jeweiligen Falls Bezug genommen: Etwa brachte *Justice Kennedy* am Rande seines Mehrheitsvotums zu *Alden* den Schutz des Gestaltungsspielraums des (Haushalts-)Gesetzgebers von Maine zur ergänzenden Unterstützung seiner – primär etatistisch fundierten – Argumentation mit einer angeblichen „Würde“-Position des Staats Maine ins Spiel (s.o. 1. b) cc)). In *National Federation of Independent Business* vertreten *Chief Justice Roberts* und *Justice Ginsburg* unterschiedliche Auffassungen hinsichtlich des demokratietheoretischen *accountability*-Arguments (s.o. 1. c) cc) u. 1. d) cc)): Bedeutet ‚Entscheidungsfreiheit‘ der Einzelstaaten Freiheit von Zwang, der von ‚außen‘ (von der Bundesebene) kommt, oder ist nicht vielmehr zu fokussieren, dass repräsentativ-demokratischer Föderalismus primär eine Frage des Zwangs von ‚innen‘ (ausgehend von der Wahlbevölkerung) ist. Letztlich führt die besondere Komplexität föderaler Demokratie (s.u. § 12, B. III. 2. a) cc)) dazu, dass hier die Metaphern von ‚innen‘ und ‚außen‘ nicht mehr durchzuhalten sind.

<sup>3645</sup> In Anlehnung an *C. Möllers*, Staat als Argument, 2. Aufl., Tübingen 2011. Nähere Auseinandersetzung mit dem Ansatz dieser Analyse unten § 12, B. I. 1.



Im Verlauf der Untersuchung wird näher zu erörtern sein, welche zusätzlichen ‚Zwangslagen‘ und ‚Zumutungen‘ sich aus der Kombination von föderalem und repräsentativ-demokratischem Prinzip in den USA und in Deutschland ergeben (näher § 12, B. III. 2. u. 3.).

### c) *Anthropomorphe ‚Freiheit‘*

Hinter föderalen Anthropomorphismen verbergen sich aber nicht nur Individuen als demokratische Subjekte, sondern auch Individuen als Inhaberinnen und Inhaber gesetzlich eingeräumter Rechtspositionen und als Grundrechtsträgerinnen und Grundrechtsträger. *Chief Justice Roberts* führt im Mehrheitsvotum zu *National Federation of Independent Business* dazu aus, dass das Verbot des bundespolitischen Zwangs gegenüber den Einzelstaaten – vermittelt über die vertikale Gewaltenteilung – letztlich auch der Sicherung der negativen Freiheit der Individuen diene (s. o. 1. c) cc)). Die Unabhängigkeit (gewissermaßen also: die Freiheit) der Einzelstaaten diene der Machtzerstreuung und diene dergestalt der Sicherung individueller Freiheit der Bürgerinnen und Bürger in den Einzelstaaten.

Betrachtet man dagegen die Position des Klägers *Alden* in der Rechtssache *Alden v. Maine*, so wird deutlich, dass föderale Anthropomorphismen umgekehrt auch argumentativ gegen die Freiheitssphäre von Individuen gewendet werden können: *Aldens* monetärer Ersatzanspruch wurde vom *U.S. Supreme Court* unter Verweis auf die angebliche „Würde“ des Staats Maine als *nicht* prozessual durchsetzbar behandelt (s. o. 1. b) cc)).

Das Verhältnis zwischen der Schutzwürdigkeit föderaler Träger einerseits und der Schutzwürdigkeit von Individuen andererseits ist somit ambivalent. Dies wird – auch mit Blick auf die Komplexität des Begriffs ‚Freiheit‘ – im späteren Verlauf der Untersuchung näher zu entfalten sein (ausführlich § 12, B. II.).

## C. Zusammenfassung und Ausblick

### I. Zusammenfassung

Im vorliegenden Kapitel wurde – ausgehend von einem literaturkritisch-literaturtheoretischen Essay von Paul de Man – zunächst ein dreigliedriges Analyseschema für die Untersuchung anthropomorphistischer Lesarten entwickelt (s. o. B. II. u. III.). Dieses Analyseschema wurde sodann – unter Auswertung weiterer Essays von de Man – vertieft und verfeinert (s. o. B. IV. u. V.; s. zusammenfassend unten Abb. 12).

#### 1. Basis: dreigliedriges Analyseschema

Das dreigliedrige Analyseschema wurde von de Mans Beschäftigung mit ‚lyrischen‘ Texten Baudelaires auf die Betrachtung gerichtlicher Entscheidungen zum Föderalismusverfassungsrecht übertragen. Die drei Ebenen, welche bei der Analyse

anthropomorphistischer Lesarten unterschieden werden sollen, wurden als ‚Mikroebene‘, ‚Makroebene‘ und ‚Leseebene‘ bezeichnet (näher oben B. III. 4.).

Mikroebene und Makroebene sind zwei korrespondierende textuelle Ebenen der ‚lyrischen‘ Texte bzw. der gerichtlichen Entscheidungen: Auf der Mikroebene geht es um die rhetorische Behandlung von Entitäten der ‚lyrischen Welt‘ (Bäume, Säulen, etc.) bzw. von föderalen Trägern als Gegenstände der föderalismusverfassungsrechtlichen Urteile (der ‚dogmatischen Welt‘). Diese nicht-menschlichen Entitäten werden sprachlich vermenschlicht, beispielsweise wenn deutsche Länder als „freundlich“ oder US-Bundesstaaten als „würdig“ oder als Opfer von Waffengewalt portraitiert werden. Diese Anthropomorphisierungen föderaler Träger auf der textuellen Mikroebene korrespondieren mit der Anthropomorphisierung auf der Makroebene: Auf der Makroebene geht es – in Analogie zum literaturdogmatischen Konstrukt des ‚lyrischen Sprechers‘ – um die Position der rechtsprechenden Instanz, gewissermaßen also um die ‚Stimme des Gerichts‘ (allgemeiner: um eine ‚dogmatische Stimme‘). Die ‚lyrische Stimme‘ bzw. die ‚dogmatische Stimme‘ adressiert<sup>3646</sup> die anthropomorphisierten Einheiten, die Gegenstand der ‚lyrischen Welt‘ bzw. der ‚dogmatischen Welt‘ sind. Die ‚lyrische Stimme‘ stellt ebenso wie die ‚dogmatische Stimme‘ einen Anthropomorphismus dar: Einer virtuellen Entität wird die Fähigkeit des ‚gefühlbetonten‘, ‚reflektierten, wertenden, etc. Sprechens zugeordnet.

Ein wesentlicher Aspekt in de Mans Literaturverständnis liegt in der Fokussierung auf die Rolle des Lesens – in den Worten von Ino Augsberg das Einnehmen einer „lese(r)orientierte Perspektive“<sup>3647</sup>: Dementsprechend wird das Analysemodell um eine Leseebene ergänzt. Auf der Leseebene bewegen sich die Rezipienten von ‚lyrischen‘ Texten bzw. von gerichtlichen Entscheidungen und anderen dogmatischen Texten (Rechtsinhaltsquellen). De Man charakterisiert das „lyrische Lesen“ als eine von der „Ideologie des Ästhetischen“ geleitete literaturdogmatische Lesekonvention. Im Zentrum dieser harmonisierenden Lesekonvention steht das Er-Lesen von Anthropomorphismen (auf Mikro- und Makroebene). De Man hebt allerdings hervor, dass die anthropomorphistische Lesart nicht alternativlos ist und dass die tropische Struktur der gelesenen Texte sich gegen totalisierende Anthropomorphismen sperrt.

## 2. Vertiefung: tropische Strukturen von/in/hinter LeseEinstellungen

Diese Spannungslage zwischen anthropomorphistischer und nicht-anthropomorphisierender Lesart wurde unter Bezugnahme auf weitere literaturwissenschaftliche Theoriebeiträge de Mans vertieft und verfeinert (näher oben B. IV. u. V.; zusammenfassend unten Abb. 12).

<sup>3646</sup> Diese Adressierung ist freilich nicht immer so deutlich expliziert wie in Baudelaires Sonett „*Obsession*“ (s. o. B. II. 2. b) aa)).

<sup>3647</sup> I. Augsberg, Die Lesbarkeit des Rechts. Texttheoretische Lektionen für eine postmoderne juristische Methodologie, Weilerswist 2009, S. 18.

|                    | „Lyrisches Lesen“                                                                                                                           | Föderalismus-verfassungs-rechtsdiskurs                                                                                                                                                         | Analyse-fokus                                                                                                     | Rückblick auf Hypo-thesen                                                                                                                                                                                              | Ausblick                                                                                                                |
|--------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>Lese-ebene</b>  | <b>„lyrisches ,Gespräch“:</b><br>Literaturwis-senschaft, -kritik, -päda-gogik, Mit-glieder der (para-)demo-kratischen Öff-fentlichkeit, ... | <b>„dogmatisches Gespräch“:</b> an-dere Gerichte, exekutive und legislative Pra-xis, Rechtswis-senschaft, Mit-glieder der (para-)demo-kratischen Öff-fentlichkeit, ...                         | <b>Leseein-stellung</b><br>(insbeson-dere: synek-dochisch-totalisie-rende v. ironisch-kritische Leseein-stellung) | <b>Hyp. 2.2</b><br>(Verhältnis der gericht-lich durch-setzbaren Dogmatik ‚nach außen‘; s. § 8, C. II.)                                                                                                                 | siehe § 11 zur ironi-schen Dekon-struktion der ‚dogma-tischen Stimme‘                                                   |
| <b>Makro-ebene</b> | <b>„lyrische Stimme“</b>                                                                                                                    | <b>„dogmatische Stimme“</b> , ins-besondere der Gerichte                                                                                                                                       |                                                                                                                   | <b>Hyp. 2.1</b><br>(textuelle Verfasstheit der gericht-lich durch-setzbaren Dogmatik in zugespitzten Topoi; s. § 7, C. II. 2. )                                                                                        |                                                                                                                         |
| <b>Mikro-ebene</b> | <b>„lyrische Welt“:</b><br>Entitäten im Gedicht, z. B. ‚menschenar-tige Säulen‘ oder ‚säulen-artige Men-schen‘?                             | Entitäten in der gerichtlichen Entscheidung ( <b>„dogmatische Welt“</b> ), z. B. ‚menschenartige föderale Träger‘ oder ‚politisch relevante Men-schen‘ in Rela-tion zu den föderalen Trä-gern? | insbeson-dere meta-phorische versus metony-mische Elemente der Anthro-pomorphi-sierung                            | <b>Hyp. 1.1 und 1.2</b><br>(ideenpo-litisch-dog-matischer Topos der ‚schutzwür-digen föde-rierten Ein-heit‘ – s. § 1, C. III. 2. – und Ideen ‚National-staatlichkeit‘, ‚Freiheit‘ und ‚Demokratie‘; s. § 2, C. IV. 3.) | siehe § 12 zum nation-alstaatli-chen, frei-heitlichen und demo-kratischen Föderalis-mus (meto-nymische Dekonstruk-tion) |

Abbildung 12: Zusammenfassung des rhetorischen Analyseschemas<sup>3648</sup> und Ausblick<sup>3648</sup> Ergänzung von Abb. 8 (s. o. B. III. 4.).

Im Fokus stand dabei die Vertiefung der Analyse der Mikroebene: Es wurde gezeigt, dass Anthropomorphismen der Entitäten ‚lyrischer Welten‘ ebenso wie Anthropomorphismen föderaler Träger in der ‚dogmatischen Welt‘ des Föderalismusverfassungsrechts als Gegenstände gerichtlicher Entscheidungen metaphorische, metonymische, synekdochische oder ironische Elemente aufweisen können. Diese vier „Fundamentaltropen“ strukturieren die Beziehungen zwischen der im jeweiligen Text behandelten nicht-menschlichen Entität (etwa Wordsworth’ Narzissen, US-Bundesstaaten, deutsche Länder) und in Bezug genomener ‚menschlicher‘ Qualität. Es wurde gezeigt, dass hinter den Topoi der ‚föderalen Würde‘ und ‚föderalen Treue‘ häufig (auch) metonymische Relationen zu ‚echten‘ Menschen stehen – insbesondere zu Politikerinnen und Politikern, Wählerinnen und Wählern oder Grundrechtsträgerinnen und Grundrechtsträgern.

Zugleich wurde bei dieser Fokussierung auf die tropischen Strukturen hinter den Anthropomorphismen der Mikroebene aber auch die Untersuchung der Leseebene spezifiziert: De Man betont, dass Tropen kein geschlossenes System bilden, sondern von der LeseEinstellung abhängen (näher oben B. II. 2. a)). Texte sind aufgrund ihrer tropischen Verfasstheit nicht auf bestimmte Lesarten festlegbar. Anhand von Wordsworth’ „*I wandered lonely as a cloud*“ und der Divergenz zwischen Mehrheitsvotum und Sondervotum in der *U.S. Supreme Court*-Entscheidung *National Federation of Independent Business* wurde v.a. der Widerstreit zwischen (harmonisierender) synekdochischer und (kritischer) ironischer LeseEinstellung veranschaulicht.

## II. Zur antisemitischen Publikationstätigkeit von Paul de Man (II) – „ethics of reading [and writing]“

Vor allem die Aspekte der Untersuchung von LeseEinstellungen und von konkurrierenden Lesarten führen zurück zur oben erwähnten Debatte darüber, ob de Mans antisemitische Publikationstätigkeit in der Zeit während des Zweiten Weltkriegs (s. o. B. I.) Anlass sein könnte, sein späteres literaturtheoretisches Werk als (wissenschafts-)ethisch unverantwortliches Projekt zu qualifizieren. Seit Ende der 1980er Jahre wurde diese Frage in der literaturwissenschaftlichen Fachwelt<sup>3649</sup> (und im Feuilleton<sup>3650</sup> und – fiktionalisiert – in literarischen Texten etwa in Bernhard

<sup>3649</sup> Der von W. Hamacher/N. Hertz/T. Keenan (Hrsg.), Responses. On de Man’s Wartime Journalism, Lincoln, Neb., U.S.A. 1989, herausgegebene Band enthält eine Vielzahl von Kommentaren.

<sup>3650</sup> Auch im deutschsprachigen Feuilleton: vgl. die zahlreichen Nachweise auf Texte in Frankfurter Allgemeiner Zeitung, Frankfurter Rundschau, taz, Neuer Zürcher Zeitung und Der Spiegel: M. Cebulla, Wahrheit und Authentizität. Zur Entwicklung der Literaturtheorie Paul de Mans, Stuttgart 1992, S. 1 f. (dort in Fn. 1 a. E.) vgl. auch E. Knörer, Merkur 68 (2014), 823 (825 f., dort in Fn. 5).

Schlinks „Die Heimkehr“<sup>3651</sup>) sehr unterschiedlich eingeschätzt. Einige Kommentatorinnen und Kommentatoren erkennen eine Kontinuität oder gar zwangsläufige Kausalität zwischen de Mans kollaboratistischen Texten und seiner späteren dekonstruktivistischen Theoriearbeit, welche sie als organisierten Gedächtnisverlust<sup>3652</sup> oder als nihilistische Absage an Wahrheitsansprüche und an ethische Verantwortung Schreibender charakterisieren.<sup>3653</sup> Ihr Argument geht im Wesentlichen so: Wer wie de Man die Unentscheidbarkeit von Texten, die Nicht-Festlegbarkeit von Texten auf einen zentralen Sinn hervorhebt, könne letztlich – verantwortungslos – alles Mögliche, etwa auch Antisemitisches, schreiben, da es ja stets auch anders gelesen werden könne. Das andere Extrem bilden Ansätze, de Mans Theoriearbeit als komplex-reflektierten Versuch, die Zeugenschaft des Holocaust zu verhandeln, zu sublimieren.<sup>3654</sup> Wieder andere Kommentatorinnen und Kommentatoren wie Christoph Menke versuchen, sich insoweit mittig<sup>3655</sup> zu positionieren, und betrachten de Mans wissenschaftliches Werk als „Bruch“ mit, als „Opposition“ zu und als

<sup>3651</sup> B. Schlink, *Die Heimkehr*. Roman, Zürich, Schweiz, 2006; Bernhard Schlinks Text lässt sich so lesen, als würde darin de Mans ‚Theorie‘ von seiner Biographie abgespalten werden: Schlinks Text stellt einige Negative der Biographie de Mans an der fiktionalen Figur Johann Debauer/John de Baur (einem „Schüler von Leo Strauss und Paul de Man, Gründer der Deconstructionist Legal Theory“ – a. a. O., S. 259) aus (vgl. etwa a. a. O., S. 209, 220, 281, 286 f. zur Schilderung akademisch-institutionellen Betrugs); de Mans ‚Theorie‘ des allegorischen Lesens jedoch kommt eher gut weg (so lässt sich der Roman jedenfalls lesen) – der Ich-Erzähler stellt de Mans ‚Theorie‘ einer Schmittianisch-Straussianischen Theorie, welche in der erzählten Welt von der Figur Debauer/de Baur vertreten wird, entgegen, macht sich Erstere zu eigen und zur Grundlage ‚seines‘ *happy ending*. De Mans – nicht de Baur – Vorstellung von ‚Dekonstruktion‘ (im Sinn von Dekonstruktion von Lese- und Verstehensfiguren durch rhetorisches Lesen) soll das letzte Wort haben (vgl. a. a. O., S. 259, 271, 290, 319 f. und dann 375).

<sup>3652</sup> Vgl. etwa den Beitrag von Frank Schirmacher „Der Fall Paul de Man – Totgeschwiegene Schuld“, *Frankfurter Allgemeine Zeitung* v. 24. Februar 1988; hierzu kritisch-referierend E. Knörer, *Merkur* 68 (2014), 823 (825 f., dort in Fn. 5).

<sup>3653</sup> Vgl. etwa D. Lehman, *Signs of the Times. Deconstruction and the Fall of Paul de Man*, New York, N.Y., U.S.A., u. a. 1991, etwa auf S. 63 f., 183 f., 187, 242 f., welcher sich neben de Mans Schweigen über seine antisemitischen Texte auch mit den ‚Verteidigungsversuchen‘ anderer Dekonstruktivistinnen beschäftigt. Weniger stark biographistisch argumentierende Kritiker wie Frank Kermode problematisieren in grundsätzlicherer Weise die Schwierigkeit, in de Mans Schriften – jenseits seiner Beschäftigung mit der Rhetorizität von Sprache (hierzu B. II. 3. c) bb)) – irgendwelche substantiellen Überzeugungen ausmachen zu können, vgl. F. Kermode, in: *London Review of Books* 11/6 (1989), 3 ff.: „*The real problem is to discover in him anything, outside rhetoric, that can be stated unequivocally as a belief [...]*“; hierzu referierend E. Knörer, *Merkur* 68 (2014), 823 (833). Explizit gegen einen biographistischen Schluss von der Lebensgeschichte eines Schreibenden auf dessen wissenschaftliches oder schriftstellerisches Wirken u. a. am Beispiel de Mans auch Richard Rorty in dem Beitrag „*Taking Philosophy Seriously*“, *New Republic* v. 11. April 1988, S. 33 ff.

<sup>3654</sup> Vgl. S. Felman/D. Laub, *Testimony. Crises of Witnessing in Literature, Psychoanalysis and History*, New York, N.Y., U.S.A., 1992, S. 139; hierzu kritisch-referierend E. Knörer, *Merkur* 68 (2014), 823 (825, dort in Fn. 4 – freilich mit unzutreffender Quellenangabe).

<sup>3655</sup> Vgl. C. Menke, in: ders. (Hrsg.), *Paul de Man. Die Ideologie des Ästhetischen*, Frankfurt a. M. 1993, S. 265 (273).

Eröffnung der *Möglichkeit* einer Reflexion seiner früheren kollaboratistischen und antisemitischen Publikationstätigkeit.<sup>3656</sup> In interdisziplinärer Perspektive hat auch Ino Augsberg, dessen „texttheoretische Lektionen für eine postmoderne juristische Methodologie“ in seiner Schrift „Die Lesbarkeit des Rechts“ (2009) zu einem großen Teil auf die Theoriearbeit de Mans zurückgreifen<sup>3657</sup>, ausgeführt: „de Mans Arbeiten nach dem Zweiten Weltkrieg [lassen sich] auch als kritische Auseinandersetzung mit Totalitarismus und Antisemitismus lesen“.<sup>3658</sup>

Auch die vorliegende Studie geht davon aus, dass de Mans Interesse an der ideologisch-dogmatischen Verfasstheit von Lektüreinstellungen (ausführlich oben B. II. 3. a)) rund um die wirkmächtige „Ideologie des Ästhetischen“ (ausführlich oben B. II. 3. c) aa)) ideologiekritisches Potenzial bereithält. Zwar birgt de Mans Insistieren auf der Unentscheidbarkeit und Nicht-Festlegbarkeit von Texten auf bestimmte Lesarten durchaus ‚Nihilismuspotential‘. (Auch interdisziplinär) wertvoll und anschlussfähig ist allerdings de Mans Aufmerksamkeit für das ideologisch-dogmatische Moment eines jeden Lektürevorgangs, eines jeden Verstehensprozesses. De Man bestreitet nicht, dass es Sach- und Lebensbereiche (wie den Bereich des Rechts) gibt, welche darauf angewiesen sind, dass Texte ‚entschieden‘, also auf eine bestimmte Lesart festgelegt werden. Allerdings rückt er den Fokus auf den Vorgang des Lesens und die aktive Rolle der oder des Lesenden. Damit gerät das Lesen als Handlung in den Fokus, welche in erster Linie in der Verantwortung der lesenden Person liegt. Insoweit ist de Mans Theorie des Lesens auch ein Beitrag zur größeren geisteswissenschaftlichen Diskussion über eine „Ethik des [öffentlichen<sup>3659</sup>] Lesens“ („*ethics of reading*“<sup>3660</sup>). Dieser Fokus auf die Verantwortung der Lesenden ist in der Rechtswissenschaft beispielsweise – mit Blick auf *obiter dicta*

---

<sup>3656</sup> C. Menke, in: ders. (Hrsg.), Paul de Man. Die Ideologie des Ästhetischen, Frankfurt a.M. 1993, S. 265 (272).

<sup>3657</sup> Vgl. I. Augsberg, Die Lesbarkeit des Rechts. Texttheoretische Lektionen für eine postmoderne juristische Methodologie, Weilerswist 2009, S. 15 f.

<sup>3658</sup> I. Augsberg, Die Lesbarkeit des Rechts. Texttheoretische Lektionen für eine postmoderne juristische Methodologie, Weilerswist 2009, S. 21 (dort in Fn. 48).

<sup>3659</sup> Das letztlich nur das *öffentliche* Lesen nach ethischer Verantwortungsübernahme des Lesenden verlangt, betont J. D. Culler, in: P. Brooks/H. Jewett (Hrsg.), The Humanities and Public Life, New York, N.Y., U.S.A., S. 58 (60).

<sup>3660</sup> Vgl. knapp zu verschiedenen denkbaren Ansatzpunkten (und Grenzen) einer „Ethik des Lesens“ J. D. Culler, in: P. Brooks/H. Jewett (Hrsg.), The Humanities and Public Life, New York, N.Y., U.S.A., 2014, S. 58 (58 ff.): Culler unterscheidet u.a. einen – vorliegend weniger einschlägigen – Ansatz, der nach dem Lesen als Einfluss auf die Charakterbildung der oder des Lesenden fragt (unter Verweis auf W. C. Booth, The Company We Keep. An Ethics of Fiction, Berkeley, Ca., U.S.A., u. a. 1988), von Ansätzen, die nach einer ethischen Relation der oder des Lesenden gegenüber dem Text (oder auch gegenüber der Autorin oder dem Autor oder auch – was vorliegend bedeutsam ist – gegenüber dem Publikum des öffentlich Lesenden) fragen (unter Verweis u. a. auf J. H. Miller, The Ethics of Reading. Kant, de Man, Eliot, Trollope, James, and Benjamin, New York, N.Y., U.S.A., u. a. 1987). Der erstgenannte Strang fragt v. a. danach, was man lesen solle, beim zweiten gehe es um das ‚Wie‘ des Lesens.

des Bundesverfassungsgerichts – von Brun-Otto Bryde betont worden<sup>3661</sup>; auch Bernhard Schlinks Beobachtungen zu einem „Bundesverfassungsgerichtspositivismus der Staatsrechtslehre“<sup>3662</sup> gehen teilweise in diese Richtung (zu beiden Ansätzen näher § 9, A. III. 2. b) bb) bzw. § 11, D. III.). Wie Wolfgang Ullrich für „den Umgang mit der Kunst“ gezeigt hat, liegt gerade in dogmatischen Diskursen, zu denen auch die Kunstbetrachtung zählt (s. o. § 3, B. II. 6.), die Verantwortung dafür, dass diese Diskurse beweglich sind, eben vor allem auch bei den rezipierenden Instanzen.<sup>3663</sup> In der Kultur- und Literaturwissenschaft wird betont, dass aufmerksamdifferenziertes Lesen bei alledem nicht zwangsläufig zerstörerisch-„paranoid“ erfolgen müsse, sondern bestenfalls im Sinn eines „reparativen Lesens“ (Eve Kosofsky Sedgwick) die Fülle von Bedeutungen schöpferisch auskosten könne.<sup>3664</sup> Diese LektüreEinstellung ist interdisziplinär anschlussfähig, wenn man sich etwa mit Susanne Baer vor Augen führt: „Recht eröffnet Möglichkeiten, sichert Spielräume, es stellt sogar Subjektivität selbst her, indem es Menschen [und politische Einheiten von Menschen wie föderale Träger] als Subjekte konstruiert“<sup>3665</sup> sowie charakterisiert – und aus den zugeschriebenen Eigenschaften normative Folgerungen zieht (Stichwort: ‚Schutzwürdigkeit‘), um sodann unter Rückgriff auf diese normativen Positionen Konflikte zu lösen.

Mit alledem soll keinesfalls behauptet werden, dass das *Schreiben*<sup>3666</sup> von literarischen, philosophischen, politischen oder juristischen Texten (auf Kosten einer alles abdeckenden Ethik des Lesens) ohne eigene ethische Bindungen zu haben sein könnte; es geht insoweit um kein krudes Entweder-Oder. Auch Ullrich warnt davor, „seine Arbeit [...] nicht bloß auf eine bereits vorgegebene Rezeptionsnische hin [zu]

<sup>3661</sup> B.-O. Bryde, in: FS Papier, München 2013, S. 493 (500).

<sup>3662</sup> B. Schlink, Der Staat 28 (1989), 161.

<sup>3663</sup> Vgl. W. Ullrich, in: ders., Tiefer hängen. Über den Umgang mit der Kunst, Berlin 2003, S. 13 (31).

<sup>3664</sup> E. K. Sedgwick, in: dies. (Hrsg.), Novel Gazing. Queer Readings in Fiction, Durham, N.C., U.S.A., 1997, S. 1 (4 ff.); dazu J. Halley, in: E. S. Anker/B. Meyler (Hrsg.), New Directions in Law and Literature, New York, N.Y., U.S.A., 2017, S. 123 (131 ff.), welche den Zusammenhang von *queer theory*, reparativem Lesen und Rechtskritik unter dem Schlagwort einer „üppigen Fülle“ („*lush profusion*“) zu erfassen versucht; s. a. a. O. (140 f.): „*Re-seeing these systems with loving awareness of the lush profusion of human sexualities and genders, and with realist/critical awareness of the consequential plenitude that even intentionally repressive legal orders can produce when diverse social actors actively engage them, stills the dread and produces a complex attitude to the systems*“; vgl. hierzu R. D. Neugärtner, Rechtswissenschaft 2017, 461 (470).

<sup>3665</sup> So (anlässlich der Darstellung des ‚Rechts‘-Denkens von Michel Foucault) S. Baer, Rechtssoziologie. Eine Einführung in die interdisziplinäre Rechtsforschung, 4. Aufl., Baden-Baden 2021, § 4, Rn. 214.

<sup>3666</sup> De Mans ‚Lektüre‘-Begriff lässt sich ohnehin nicht in eine simple Opposition zum Begriff des Schreibens bringen, vgl. beispielsweise die Betrachtung von Baudelaires „*Obsession*“ als „Lektüre“ („*lyrical reading*“) des Texts „*Correspondances*“ – dazu oben B. II. 3. d). In diesem Zusammenhang kommentiert de Man: „*with all the complications that are inherent in this term*“ (gemeint ist: „*a reading of the [...] text*“).



fabrizieren“<sup>3667</sup>. Und Christoph Menke, der den ideologiekritischen Charakter von de Mans ‚Theorie‘ bejaht, hat dargelegt, dass de Mans antisemitische Texte der 1940er Jahre, indem sie eine Ideologie der Totalisierung (der Abscheidung des ‚Fremden‘) forcieren, eben auch aus der Perspektive eines Text-Verständnisses, welches sich von de Mans späterer ‚Theorie‘ leiten lässt, sehr wohl verwerflich sind.<sup>3668</sup> Es kann interdisziplinär gewinnbringend sein, die Spannungen zwischen der rhetorisch-tropischen Struktur von Texten und den von Leserinnen und Lesern gewaltsam darauf angewendeten Lektüreschemata kritisch zu beschreiben. Damit wird nicht behauptet, dass die Anwendung dieser Schemata nicht bereits von den Verfasserinnen und Verfassern der gelesenen Texte intendiert und provoziert wird – das ist sogar regelmäßig der Fall. Allerdings bleibt den Lesenden eine Wahl zwischen konkurrierenden Lektüremöglichkeiten. Dadurch geraten alternative Lesarten (und alternative Konfliktlösungen), unterdrückte Perspektiven und Interessen in den Blick. Der ideenpolitische Charakter verfassungsgerichtlicher und verfassungsrechtsdogmatischer Argumentation mit Anthropomorphismen wird offenbar: Wenn ‚Staaten‘ sprachlich wie Menschen behandelt werden, wird auf ganz ausgewählte Eigenschaften des Menschlichen zurückgegriffen – und dies zum Teil zu Lasten ‚echter Menschen‘.

### III. Ausblick: Ironie und Metonymie – zwei Tropen der Dekonstruktion

Das vorstehend Gesagte mündet am Schluss dieser Studie in zwei letzte Kapitel, welche zwei Grundmodi von Dekonstruktion an föderalismusverfassungsrechtlichem Material erproben<sup>3669</sup>: Dies ist – *erstens* – eine *ironische* Dekonstruktion der auf das ‚dogmatische Gespräch‘ und ein Gelesenwerden angewiesenen ‚dogmatischen Stimme‘ (s. u. § 11) sowie – *zweitens* und dort soll durchaus auch ein „reparativ“<sup>3670</sup>-produktives Auskosten von „Fülle“<sup>3671</sup> Platz finden – eine *metonymische* Dekonstruktion der ‚dogmatischen Welt‘ des Föderalismusverfassungsrechts vor der Folie

---

<sup>3667</sup> W. Ullrich, in: ders., *Tiefer hängen. Über den Umgang mit der Kunst*, Berlin 2003, S. 13 (32).

<sup>3668</sup> Vgl. C. Menke, in: ders. (Hrsg.), *Paul de Man. Die Ideologie des Ästhetischen*, Frankfurt a. M. 1993, S. 265 (271 f.). Das heißt wiederum nicht, dass man nicht mit de Mans Analyseinstrumentarium nachweisen könnte, dass es auch alternative Lesarten selbst dieser Texte geben kann. Ein solcher Nachweis könnte jedoch nicht das Urteil des unethischen Schreibens vernichten.

<sup>3669</sup> Vgl. zu diesem Ausblick auch die letzte Spalte in Abb. 12 etwas weiter oben im Fließtext (am Ende von C. I. 2.).

<sup>3670</sup> E. K. Sedgwick, in: dies. (Hrsg.), *Novel Gazing. Queer Readings in Fiction*, Durham, N.C., U.S.A., 1997, S. 1 (4 ff.).

<sup>3671</sup> „Fülle“ („*profusion*“) wie bei J. Halley, in: E. S. Anker/B. Meyler (Hrsg.), *New Directions in Law and Literature*, New York, N.Y., U.S.A., 2017, S. 123 (140 f.).

der ideenpolitischen Konstellation des freiheitlich-nationalstaatlich-repräsentativ-demokratischen Föderalismus (s. u. § 12).

## § 11 Ironie: ‚dogmatische Stimme‘ unter dem Vorbehalt des Gelesenwerdens im ‚dogmatischen Gespräch‘

Die ‚dogmatische Stimme‘ in Rechtsinhaltsquellen texts, insbesondere in gerichtlichen Entscheidungen, ist als Anthropomorphismus ein Effekt rhetorisch-dogmatischer Verfahren: Sie ist darauf angewiesen, im ‚dogmatischen Gespräch‘ *erlesen* zu werden. Das Bewusstsein, dass es für das Funktionieren von Dogmatik auf ein solches Er-Lesen und Er-Lesen-Werden ankommt, führt zur Ironie:

### A. Ironie und Kritik

Die Ironie gilt allgemein als Trope der Dialektik, der Negation oder des Kontingenzbewusstseins (s. o. § 10, B. IV. 5. b)).<sup>3672</sup> Es liegt also nahe, dass Ironie sehr häufig als Stilmittel von Kritik daherkommt.<sup>3673</sup> Dies gilt auch für den spezifischen Zugang zur Ironie, welchen Paul de Man vorgeschlagen hat (näher oben § 10, B. IV. 3. d)): Neben der Metonymie funktioniert in de Mans dekonstruktivistischem Ansatz insbesondere die Ironie als Trope der Dekonstruktion<sup>3674</sup>: Ironie stellt die Unbeherrschbarkeit des sprachlich-tropischen Materials aus und liefert auf diesem Weg (ideologie- und dogmatik-)kritisches Potenzial, um Lesehaltungen, welche eine solche Beherrschbarkeit behaupten, zu hinterfragen (s. o. § 10, B. IV. 3. d)).

Bezogen auf das oben etablierte dreigliedrige Modell zur Rhetorikanalyse (bestehend aus einer Mikroebene, einer Makroebene und einer Leseebene – s. o. § 10, B. III. 4. u. C. I. 1.) betreffen ironische Dekonstruktionen vor allem das Wechselspiel zwischen der Makroebene (‚dogmatische Stimme‘, insbesondere von Gerichten – s. o. § 10, B. III. 2. a)) und der Leseebene (‚dogmatisches Gespräch‘ zwischen Gerichten, Rechtswissenschaft, nicht-judikativer Praxis und (para-)demokratischer Öffentlichkeit – s. o. § 10, B. III. 3.): Ironie stellt die ‚dogmatische Stimme‘ in Frage; sie verweigert die affirmative Teilnahme am ‚dogmatischen Gespräch‘. Die folgenden Ausführungen dazu, dass die ‚dogmatische Stimme‘ unter dem Vorbehalt

<sup>3672</sup> Vgl. K. Burke, in: The Kenyon Review 3 (1941), 421 ff.; H. White, *Metahistory*, Baltimore, Md., U.S.A., 1973, S. 31 ff.

<sup>3673</sup> Teilweise wird (in der Linguistik) sogar vertreten, ‚Ironie‘ sei *zwangsläufig* ‚kritisch‘: so J. Garmendia, *Pragmatics & Cognition* 18 (2010), 397; dort auch zu Gegenstimmen, welche davon ausgehen, es gebe auch „positive irony“, wobei diese seltener sei als „negative irony“ (von Garmendia referierend als „asymmetry issue of irony“ bezeichnet).

<sup>3674</sup> Vgl. R. Gasché, *The Wild Card of Reading. On Paul de Man*, Cambridge, Mass., U.S.A., u. a. 1998, S. 87: „figure in deconstruction“.

steht, als solche erhoben und als solche gelesen zu werden, verstehen sich somit vor allem als Weiterverhandlung der Hypothesen 2.1 (s. o. § 7, C. II. 2.) und 2.2 (s. o. § 8, C. II.).

Die folgenden Abschnitte skizzieren in exemplarisch-anekdotischer Weise – ausgehend von *close readings*<sup>3675</sup> – ironische Dekonstruktionen der ‚dogmatischen Stimme‘. Dabei werden die Modi der Selbstironie und der Fremdironie (ironische Kritik von außen) unterschieden. Aus der Perspektive des ‚Literatur‘-Verständnisses von de Man ist die Unterscheidung zwischen Selbstironie und Fremdironie freilich nicht durchzuhalten; de Man betont – wie oben gezeigt – den tropischen Charakter der *Texte selbst* (s. o. § 10, B. II. 3. c) cc)); insoweit kann es folglich nur eine *Selbstironie der Texte selbst* geben. Diese Selbstironie der Texte muss *er-lesen* werden – und unter diesem Gesichtspunkt kommt dann doch eine Differenzierung nach der die Ironie er-lesenden Instanz (und ihrer Nähe zur Textproduktion) in Betracht. Bei Übertragung auf die Kommunikationssituation des Föderalismusverfassungsrechts ermöglicht dies die – heuristische – Unterscheidung mit Blick auf die jeweilige funktionell-institutionelle Rolle der lesenden Instanzen; dies ergibt eine Differenzierung zwischen der Selbstironie der Gerichte (s. u. C.) und der (Fremd-) Ironisierung der dogmatischen Stimme der Gerichte, vor allem durch Vertreterinnen und Vertreter des rechtswissenschaftlichen Schrifttums (s. u. B.):

## B. Ironische Kritik ‚von außen‘

Bei „Fremdironie“<sup>3676</sup> als Mittel der Kritik an dogmatischen Strukturen stellt sich die lesende Instanz *insoweit*<sup>3677</sup> gewissermaßen ‚außerhalb‘ des konkreten dogmatischen Gesprächs<sup>3678</sup> auf: Der ‚rechtskritische‘ Akteur *verzichtet* dann<sup>3679</sup> darauf, selbst – in einem „gerichts-fähigen“ Rechtsinhaltsquelltext (s. o. § 7, A. I.) – ein dogmatisches Angebot zu unterbreiten, welches „schon in einem juristischen Kontext steh[t] und in gleicher Weise wie die i. e. S. verbindlichen juristischen Rechtsquellen Sollensnormen formulier[t], so dass die Gerichte [es] unmittelbar anwenden könnten“.<sup>3680</sup> Dabei *verzichtet* der ‚rechtskritische‘ Akteur *insoweit*<sup>3681</sup> zugleich auf

<sup>3675</sup> Zu ‚close reading‘ näher in und bei Fn. 3210 ff.

<sup>3676</sup> Zu „Fremdironie“ (in Abgrenzung von „Selbstironie“) aus linguistischer Perspektive (Unterscheidung nach „Interaktantenkonstellationen“) N. Groeben/B. Scheele, Produktion und Rezeption von Ironie, Bd. I. Pragmalinguistische Beschreibung und psycholinguistische Erklärungshypothesen, 2. Aufl., Tübingen 1986, S. 166 ff.

<sup>3677</sup> Damit ist nicht gesagt, dass derselbe Akteur nicht an *anderen* Textstellen selbst ‚dogmatisch spricht‘, also praxisrelevante alternative Dogmatik-Angebote unterbreitet.

<sup>3678</sup> Freilich ist diese Positionierung – gerade angesichts des vorliegend zu Grunde gelegten weiten Begriffs der ‚pluralistischen Dogmatikbildung‘ (s. o. § 7, B. III.) – heuristischer Natur.

<sup>3679</sup> Beachte aber die Anm. in Fn. 3677 u. 3678.

<sup>3680</sup> K. F. Röhl/H. C. Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl., München 2008, S. 520 – ausführlich oben § 7, A. I. 4.

die Anmaßung einer eigenen ‚dogmatischen Stimme‘. Als ironische Kritikerinnen und Kritiker kommen damit vor allem Vertreterinnen und Vertreter der Rechtswissenschaft in Betracht; sie brechen aus dem von Bernhard Schlink beschriebenen Höchstgerichtspositivismus der Rechtswissenschaft („Bundesverfassungsgerichtspositivismus“) aus<sup>3682</sup> und betreiben insoweit<sup>3683</sup> kritische Rechtsdogmatikforschung statt akademischer Jurisprudenz (zur Unterscheidung oben § 9, A. II. 4.).

Im Folgenden werden zwei Beispiele für ironische Dekonstruktionen der ‚dogmatischen Stimme‘ vorgestellt – zum einen die Kritik an der US-amerikanischen *anti-commandeering doctrine* als „willkürliche Etikette“ (s. u. I.) und zum anderen die Kritik an der deutschen ‚Bundestreue‘ als „Bundesverfassungsgerichtstreue“ (s. u. II.).

## I. USA: ironische Dekonstruktion der dogmatisch-föderalen ‚Würde‘ als „Etikette“

Eine kritische Ironisierung anthropomorpher Argumentation im US-amerikanischen Verfassungsrecht wird in der Wendung „*etiquette of federalism*“ gebündelt, welche in den 1990er Jahren von Matthew D. Adler und Seth F. Kreimer zur Kennzeichnung der Rechtsprechung des *U.S. Supreme Court* zu den Verbandsgrundrechtspositionen der Einzelstaaten verwendet wurde. Die Kritik von Adler und Kreimer ist zunächst zu referieren (s. u. 1.), um dann eine Rhetorikanalyse des ironischen Modus der Kritik anzuschließen (s. u. 2.).<sup>3684</sup>

### 1. „[S]ome arbitrary rules of *etiquette*“ (Adler und Kreimer)

#### a) ‚Würde‘-Föderalismus als „willkürliche Etikette“

Adler und Kreimer haben 1998 einen Aufsatz, welcher sich deutlich kritisch mit der Rechtsprechung des *U.S. Supreme Court* zur *anti-commandeering doctrine* in den Leitentscheidungen *New York v. U.S.* (1992 – näher oben § 6, A. I. 2. a)) und *Printz v. U.S.* (1997 – näher oben § 6, A. II. 2. a)) beschäftigt, mit „*The New Etiquette*

<sup>3681</sup> Beachte wiederum die Anm. in Fn. 3677 u. 3678.

<sup>3682</sup> Wobei Schlink – wie oben skizziert wurde – einen anderen ‚Dogmatik‘-Begriff verwendet und ‚Alternativ-Dogmatiken‘ des Schrifttums gerade einfordert (s. o. § 9, A. III. 2. b) bb)).

<sup>3683</sup> Beachte ein weiteres Mal die Anm. in Fn. 3677 u. 3678.

<sup>3684</sup> Als alternatives prägnantes Beispiel für Ironie aus dem Schrifttum könnte Suzanna Sherrys kurzer Essay „*States Are People Too*“ dienen, vgl. S. Sherry, *Notre Dame L. Rev.* 75 (2000), 1121 (1126 f.), mit der Feststellung (zu *Alden v. Maine*, 527 U.S. 706 [1999] – dazu oben § 5, A. III. 2. b)) dienen: „*Not since extending the language of the Fourteenth Amendment to corporations has the Court so anthropomorphized an abstract entity.*“ Sherry ergänzt sodann ironisch: „*The self-esteem movement seems to have no bounds!*“

of *Federalism*: New York, Printz, and Yeskey“ übertitelt.<sup>3685</sup> Die Kritik der Autoren zielt auf das Herz der Dogmatik gerichtlich durchsetzbarer Verbandsgrundrechtspositionen, schließlich stellt die im Aufsatz als „Etikette“-Föderalismus bezeichnete *anti-commandeering doctrine* den Kern des US-amerikanischen ‚Würde‘-Föderalismus seit den 1990er Jahren dar: In Bundesgesetzen dürfen den Einzelstaaten demnach keine Legislativ- oder Exekutivaufgaben verpflichtend übertragen werden (näher oben § 6, A. I. 2. a) sowie § 6, A. II. 2. a)). Adler und Kreimer kritisieren, dass die der *anti-commandeering doctrine* zu Grunde liegende Unterscheidung zwischen (verfassungsrechtlich unzulässigem) *commandeering* einerseits und (verfassungsrechtlich zulässiger) bedingter *preemption* (s.o. § 4, B. I. 2. c) cc)) oder bedingten Bundesfinanzhilfen (s.o. § 6, A. IV. 2.) andererseits in der vom Gericht vorgeschlagenen Weise nicht konsistent operationalisierbar sei.<sup>3686</sup> Der *U.S. Supreme Court* habe eine willkürliche, telos-, substanz- und konturenlose Dogmatik entwickelt; die Undurchsichtigkeit dieser Dogmatik erlaube dem Gericht, Bundesgesetze – je nach machtpolitischer Genehmigung – zu invalidieren oder darauf bewusst zu verzichten.<sup>3687</sup> Adler und Kreimer schließen mit der – übrigens bislang frustrierenden<sup>3688</sup> – Hoffnung und Erwartung, dass die *anti-commandeering doctrine* als Aggregat bloßer „arbiträrer ‚Etikette‘-Regeln“ („*nothing more than some arbitrary rules of, etiquette*“) vom Gericht bald wieder aufgegeben werde.<sup>3689</sup>

Wenn Adler und Kreimer davon sprechen, dass die *anti-commandeering doctrine* aus „arbiträren ‚Etikette‘-Regeln“ bestehe, so verwenden sie – neben dem ausdrücklichen „Willkür“-Vorwurf – eine anthropomorphe Wendung in pejorativ-ironischer Manier (zumindest lässt sich ihr Text in pejorativ-ironischer Weise lesen<sup>3690</sup>): Im konkreten Kontext – es geht der Sache nach um einen gerichtlich durchsetzbaren Dogmatikkomplex, dessen Wirkungen immerhin die Nichtigkeit von Bundesge-

---

<sup>3685</sup> M. D. Adler/S. F. Kreimer, *Supreme Court Review* 1998, 71 ff.; deutlich ‚versöhnlicher‘ dann allerdings etwas später einer der beiden Ko-Autoren: M. D. Adler, *Annals of the American Academy for Political and Social Science* 574 (2001), 158 (170): „*I see no reason why Congress is best positioned to decide the hard issues posed in the anti-commandeering cases. The Court should, I suggest, continue to struggle with the meaning of state sovereignty*“; zur Wirkmacht des Aufsatzes im rechtswissenschaftlichen Diskurs s.u. bei und in Fn. 3924.

<sup>3686</sup> Vgl. M. D. Adler/S. F. Kreimer, *Supreme Court Review* 1998, 71 (83 ff.).

<sup>3687</sup> M. D. Adler/S. F. Kreimer, *Supreme Court Review* 1998, 71 (137): „[...] ,as a matter of judicial realpolitik, an opaque doctrine may be superior, for it allows the Court to threaten invalidation of a wide array of legislation, without binding itself to invalidate any particular (and popular) mandate. In this way, the Court puts federalism on the political agenda without depleting its own political capital.“

<sup>3688</sup> Im Jahr 2018 wurde die *anti-commandeering doctrine* in der Entscheidung *Murphy v. National Collegiate Athletic Association*, 584 U.S. \_\_\_\_ (2018), für den Bereich des *legislative commandeering* bestätigt – näher oben § 6, A. I. 2. a).

<sup>3689</sup> M. D. Adler/S. F. Kreimer, *Supreme Court Review* 1998, 71 (143).

<sup>3690</sup> So auch E. S. Anderson/R. H. Pildes, *U. Pa. L. Rev.* 148 (2000), 1503 (1561), welche selbst ein positiveres Bild von ‚Etikette‘ haben (dazu unten bei Fn. 3728).

setzen zur Folge haben<sup>3691</sup> – ist die Rede von „Etikette“-Regeln unpassend und erzeugt auf diese Weise einen ironischen Effekt. Dieser Effekt basiert auf dem Kontrast zwischen ‚weicher‘ Etikette und ‚hartem‘, folgenschweren<sup>3692</sup> Verfassungsrecht. ‚Etikette‘ trägt in diesem Kontext und in dieser Lesart eine diminutiv-pejorative (vielleicht sogar ridiküle) Konnotation. Das Pejorative an der „Etikette“ wird bei Adler und Kreimer durch das Attribut „arbiträr“ unterstrichen.

### b) Zwei Vorwürfe: Formalismus und Instrumentalisierbarkeit

Die Wendung „*etiquette of federalism*“ wird von zwei tieferliegenden pejorativen Konnotationen begleitet, welche Adler und Kreimer in ihrem Aufsatz auch der Sache nach ansprechen – dies sind die Vorwürfe der formalistischen Substanzlosigkeit (s. u. aa)) und der opportunistischen Instrumentalisierbarkeit (s. u. bb)) der *anti-commandeering doctrine*. Die Kritik von Adler und Kreimer bezieht sich damit im Kern auf zwei Aspekte, welche oben bei der Erarbeitung von Hypothese 2.1 als Merkmale von Verbandsgrundrechtspositionen überhaupt erörtert wurden: Zuspitzen von Formalisierung und Instrumentalisierbarkeit (s. o. § 7, C.).

#### aa) Formalismus: oberflächliche Substanzlosigkeit

Adler und Kreimer kritisieren die *anti-commandeering doctrine* ironisch als einen „schmückenden“, „Formalismus“<sup>3693</sup> ohne Substanz: Die Dogmatik sei nicht darauf zugeschnitten, „*federalism values*“ wie etwa die Sicherung von Freiheit durch vertikale Gewaltenteilung oder die Verwirklichung repräsentativer Demokratie auf Einzelstaatenebene abzusichern.<sup>3694</sup> Ob dieser Vorwurf der Sache nach zutrifft (dazu unten § 12, B. III. 3. cc)), kann an der vorliegenden Stelle dahinstehen; hier geht es zunächst um den *Modus* der Kritik als ‚Formfrage‘. Im Vorwurf der Substanzlosigkeit spiegelt sich die Konnotation von sozialer ‚Etikette‘ als etwas Oberflächliches, etwas vom ‚eigentlichen‘ Wesen Ablösbares, wie es auch im Begriff ‚Etikett‘<sup>3695</sup> mit-

<sup>3691</sup> Beachte allerdings den Hinweis bei *M. D. Adler/S. F. Kreimer*, Supreme Court Review 1998, 71 (139), darauf, dass in den beiden Leitentscheidungen *New York v. U.S.* und *Printz v. U.S.* die Invalidierung der Bundesgesetze jeweils politisch „kostenlos“ möglich war, da es sich – im Fall *New York* – um einen bloßen (praktisch verzichtbaren) Teil des Bundesgesetzes und – im Fall *Printz* – um ein zeitlich befristetes Gesetz handelte.

<sup>3692</sup> Beachte aber den Hinweis eben in Fn. 3691.

<sup>3693</sup> *M. D. Adler/S. F. Kreimer*, Supreme Court Review 1998, 71 (71): „*The jurisprudence of federalism has been bedecked with formalistic distinctions*“.

<sup>3694</sup> Vgl. *M. D. Adler/S. F. Kreimer*, Supreme Court Review 1998, 71 (83): „*not strongly justified by the values of constitutional federalism*“, ausführlich a. a. O. (95 ff.).

<sup>3695</sup> Das Pejorative wird noch intensiviert, wenn man ‚Etikettieren‘ als Handlung begreift, welche geradezu dazu einlädt, *falsch* zu etikettieren: dazu *H. v. Senger*, Die Kunst der List. Strategeme durchschauen und anwenden, 6. Aufl., München 2016, S. 164 ff., zur „Etikettierungs-List“ hinter dem Strategem „Einen dürren Baum mit künstlichen Blumen schmücken“; beachte dann aber a. a. O., S. 167: „Im Grunde ist jedes Wort ein letztlich willkürliches Etikett.“

schwingt, oder – noch intensiver pejorativ – als etwas Affektiertes: Auch wenn ‚Etikette‘ als soziales Phänomen zwischen ‚echten‘ Menschen nicht darauf reduzierbar ist (s. sogleich 2. b) aa)), so begleitet sie doch jedenfalls die latente Gefahr oder der Verdacht, zu schnell ins Übertriebene und Affektierte abzuleiten<sup>3696</sup>.

In rechtsmethodologischer Terminologie ist der Vorwurf der Substanzlosigkeit mit der verfassungsrechtsmethodologischen Position des ‚Formalismus‘ (als Gegenspieler von ‚Funktionalismus‘) verbunden: ‚Formalismus‘ in diesem (engen) Sinn wurde oben von der grundlegenden Formalisierungsleistung des (Verfassungs-) Rechts und der Dogmatik überhaupt unterschieden und wie folgt definiert (s. o. § 7, B. IV. 1. b)): Bei der verfassungsrechtsmethodologischen Position des Formalismus orientiert sich die rechtsanwendende Instanz tendenziell an drei Präferenzen; die Formalistin oder der Formalist bevorzugt: *erstens* hinsichtlich der Art von dogmatischen Regeln konditionale statt finale Regeln, *zweitens* hinsichtlich der Art der juristischen Methode bei der Auslegung ein ‚text‘-fokussiertes statt ‚kontext‘-offenes Vorgehen<sup>3697</sup> und – *drittens* – hinsichtlich der übergeordneten „Ziele“ der Rechtsanwendung Rechtssicherheit vor Effektivität der sozialen Steuerung.<sup>3698</sup> Vor allem mit Blick auf den ersten Punkt arbeitet die *anti-commandeering doctrine* formalistisch: Adler und Kreimer heben hervor, dass die Dogmatik mit (scheinbar) starren „dichotomen Grenzen“ statt mit offenen, flexiblen und praxisorientierten Abwägungsoperationen arbeite.<sup>3699</sup>

---

Den freien Umgang mit Wörtern kann man daher niemandem verübeln.“ Bemerkenswert ist, dass es wohl eine historische metonymische Verbindungslinie zwischen ‚Etikette‘ und ‚Etikett‘ gibt: „*The French Court of Louis XIV at Versailles used étiquettes, 'little cards', to remind courtiers to keep off the grass and similar rules, hence the sense of 'rule'*“ (so im englischsprachigen Wiktionary-Eintrag zu „*etiquette*“ zu Beginn des Jahres 2021).

<sup>3696</sup> Bezeichnenderweise warnen ‚Etikette‘-Ratgeber häufig davor, bestimmte Umgangsformen zu „übertreiben“, so etwa G. Uhl/E. Uhl-Vetter, *Business-Etikette in Europa*. Stilsicher auftreten, Umgangsformen beherrschen, 3. Aufl., Wiesbaden 2013, S. 56: „Natürlich nicht übertrieben oder affektiert!“ (konkret geht es hier, im Kapitel zu Großbritannien und Nordirland, um Verbeugungen und „Hofknicks“ bei der „Vorstellung und Verabschiedung gegenüber einem Mitglied der Königlichen Familie“); vgl. auch die weiteren Ausführungen zum Übertreiben: a. a. O., S. 97 (zu den „Anredeformeln der eloquenten Neapolitaner“ wie „*Dottore*“, „*Ingegnere*“ oder „*Commendatore*“) u. S. 138 (zum übertriebenen Respekt vor Vorgesetzten in Österreich).

<sup>3697</sup> Der Aspekt ‚Text‘ v. ‚Kontext‘ ist bei den *per se* besonders verfassungstextfernen Verbandsgrundrechtspositionen (s. o. § 7, A. II. 1. a)) nun aber kaum zur Unterscheidung geeignet; insoweit dürfte es gar keine formalistische Argumentation mit Verbandsgrundrechtspositionen geben.

<sup>3698</sup> Vgl. W. N. Eskridge, Harv. J. L. & Pub. Policy 22 (1998), 21 (21 f.).

<sup>3699</sup> Vgl. M. D. Adler/S. F. Kreimer, Supreme Court Review 1998, 71 (72, 74 f.); a. a. O. (76 f.) benennen die Autoren fünf binäre Unterscheidungen, welche der Dogmatik zu Grunde liegen würden.



## bb) Opportunismus: ‚realpolitische‘ Instrumentalisierbarkeit

Teilweise im Widerspruch, teilweise aber auch eng mit dem Formalismus-Vorwurf verbunden ist ein weiterer Kritikpunkt, welchen Adler und Kreimer gegen die *anti-commandeering doctrine* des *U.S. Supreme Court* hervorbringen: Die Autoren weisen auf den unscharf-„undurchsichtigen“ („*opaque*“) Charakter der *anti-commandeering doctrine* hin.<sup>3700</sup> Dies scheint zumindest auf den ersten Blick dem Formalismus-Vorwurf zu widersprechen, wird Formalismus als verfassungsrechtsmethodologische Position doch wie erwähnt insbesondere mit starren konditionalen Regeln und dem Streben nach Rechtssicherheit in Verbindung gebracht. Insoweit lässt sich die Kritik Adlers und Kreimers einerseits als Vorwurf lesen, dass die *anti-commandeering doctrine* ihren eigenen formalistischen Ansprüchen nicht gerecht wird.<sup>3701</sup>

Im Kern geht es Adler und Kreimer allerdings um Folgendes: Die Unschärfe der *anti-commandeering doctrine* erlaube es dem Gericht, diese aus opportunistischen Gründen zu „realpolitischen“<sup>3702</sup> Zwecken zu ‚instrumentalisieren‘: Es sei kaum determiniert und damit schwerlich vorauszusagen, ob das Gericht ein bundesgesetzliches Arrangement nun als unzulässiges *commandeering* einordnet oder nicht.<sup>3703</sup> Die scheinbar starren Grenzen – so Adler und Kreimer in einer Analogie zum Wahlrecht – seien „*simple result-oriented gerrymanders*“<sup>3704</sup>, also wie Wahlkreise im US-amerikanischen Wahlrecht aus opportunistischen Gründen in bestimmter Weise zuschneidbar<sup>3705</sup>. Dies komme letztlich dem „realpolitischen Kapital“ des *U.S. Supreme Court* zugute.<sup>3706</sup>

Oben wurden *drei* Dimensionen von ‚Instrumentalisierbarkeit‘ von ‚Dogmatik‘ unterschieden: Neben – *erstens* – der ganz grundlegenden Operationalisierungs- und Instrumentalisierungsleistung von Dogmatik als Dogmatik waren dies – *zweitens* – eine Instrumentalisierung zu sachlich-inhaltlichen Zwecken (je nach Regelungsgegenstand ggf. auch ideenpolitischen Gründen) und – *drittens* – zu real- und machtpolitischen, institutionellen Zwecken anlässlich der konkreten Situation der Rechtsdurchsetzung (näher oben § 7, B. IV. 2.): Beim „Etikette“-Föderalismus der *anti-commandeering*-Dogmatik, so der Vorwurf von Adler und Kreimer werde nun ‚Föderalismus‘, das inhärent *ideenpolitische* Instrument (s. o. § 3, B. II. 5. u. III.), zu einem starken „realpolitischen“ oder *machtpolitischen* Instrument des Gerichts; es gehe *nicht* mehr vorrangig um die Austarierung der ideenpolitischen Konstellation

<sup>3700</sup> M. D. Adler/S. F. Kreimer, Supreme Court Review 1998, 71 (137).

<sup>3701</sup> Zudem differenzieren die Autoren ausdrücklich zwischen „*accuracy*“ und „*clarity*“: M. D. Adler/S. F. Kreimer, Supreme Court Review 1998, 71 (143).

<sup>3702</sup> Vgl. den Germanismus „*realpolitik*“ bei M. D. Adler/S. F. Kreimer, Supreme Court Review 1998, 71 (137): „*a matter of judicial realpolitik*“.

<sup>3703</sup> Vgl. M. D. Adler/S. F. Kreimer, Supreme Court Review 1998, 71 (137).

<sup>3704</sup> M. D. Adler/S. F. Kreimer, Supreme Court Review 1998, 71 (73).

<sup>3705</sup> Zum *gerrymandering* im Wahlrecht oben § 6, A. VI. 2. d).

<sup>3706</sup> M. D. Adler/S. F. Kreimer, Supreme Court Review 1998, 71 (137).

aus Föderalismus, Nationalstaatlichkeit, Freiheit und repräsentativer Demokratie, sondern in erster Linie um die Behauptung einer starken Position des Gerichts im Feld der horizontalen Gewaltenteilung.

## 2. Tropologische Rhetorikanalyse: Ironie(n) der ‚Würde‘

Auch aus dem spezifischen tropologisch-rhetorischen ‚Literatur‘-Verständnis Paul de Mans (s.o. § 10, B. II.) heraus weist die Charakterisierung der *anti-commandeering doctrine* als „Etikette“ ironische Gehalte auf: In dieser Formel wird mustergültig die Unbeherrschbarkeit des *anthropomorphen* Sprachmaterials der Dogmatik des ‚Würde‘-Föderalismus ausgestellt – schließlich ist „Etikette“ ‚wörtlich‘<sup>3707</sup> durchaus eine – komplexe – soziale Konfliktvermeidungs- und Machttechnik, welche das Verhalten zwischen ‚echten‘ *Menschen* (freilich in bestimmten Rollen) betrifft.<sup>3708</sup> Im Folgenden soll erörtert werden, ob sich einige Aspekte der Komplexität von ‚Etikette‘ als Sozialphänomen zwischenmenschlichen Umgangs in der Dogmatik des „Etikette“-Föderalismus widerspiegeln:

### a) „Zufällige Begegnungen“ zwischen ‚Etikette‘ und ‚Föderalismus‘

Metonymische Lesarten richten nach de Man den Blick darauf, durch welche „zufälligen Begegnungen“ („*casual encounter[s]*“<sup>3709</sup>) ‚unsere‘ trop(olog)ischen Figuren informiert werden (s.o. § 10, B. IV. 2. b) bb)); sie können auf diese Weise die Aufmerksamkeit für die historische Dimension von tropischen Wendungen stärken<sup>3710</sup>. Dies gilt auch für die kritisch-ironische Anthropomorphisierung in der Wendung „Etikette-Föderalismus“: Adler und Kreimer betiteln ihren Aufsatz mit „*New Etiquette of Federalism*“; das Attribut „*new*“ legt nahe, dass es um eine Art Re-Aktualisierung von etwas bereits seit Längerem Bekanntem geht. Und tatsächlich stehen ‚Föderalismus‘ und das Modell des ‚Bundes‘ in historischer Perspektive zumindest partiell in der Nähe von bestimmten Erscheinungsformen von ‚Etikette‘ als Sozialphänomen zwischenmenschlichen Umgangs:

<sup>3707</sup> Zu Paul de Mans dreigliedrigem ‚Metaphern‘-Begriff – „wörtliche Bedeutung“, „eigentliche Bedeutung“ und „figurale Bedeutung“ – s.o. § 10, B. II. 2. a) aa). Freilich sind die Grenzen zwischen ‚wörtlicher‘ und ‚eigentlicher‘ Bedeutung im vorliegenden Beispiel der Verwendung von ‚Etikette‘ im Verhältnis von artifiziellen Rechtssubjekten (statt zwischen ‚echten‘ Menschen) schwierig zu ziehen, da das soziale, zwischenmenschliche Phänomen ‚Etikette‘ selbst insgesamt diffus ist und viele Erscheinungsformen kennt, sodass eine allgemeine ‚wörtliche‘ Bestimmung von sozialer, zwischenmenschlicher ‚Etikette‘ bereits auf Elemente der ‚Eigentlichkeit‘ zurückgreifen muss.

<sup>3708</sup> Eingehend zur höfischen Etikette als komplexe Macht- und Herrschaftstechnik: N. Elias, *Die höfische Gesellschaft*, Frankfurt a.M. 2002 [1969], S. 135 ff.; vgl. auch H. Lemke, Michel Foucault. In *Konstellationen*, Maastricht, Niederl., 1995, S. 71, 76 ff.

<sup>3709</sup> P. de Man, in: *Allegories of Reading*, New Haven, Conn., U.S.A., u. a. 1979, S. 57 (63).

<sup>3710</sup> Vgl. den knappen Blick auf die historischen Quellen der *sovereign immunity*-Dogmatik (im Topos der ‚*state dignity*‘) oben § 10, B. V. 1. b) cc).

Man mag zurückblicken auf Formen der höfischen Etikette (Courtoisie) seit der Frühen Neuzeit, welche Übergänge zur diplomatischen und später völkerrechtlichen Courtoisie aufweist: Am Hof sollte Verhalten – darunter insbesondere Konversation und ‚Diskurs‘ – entsprechend der Etikette nicht zuletzt die Chancen erhöhen, Zugang zu Hofämtern oder eben diplomatischen Ämtern zu gewinnen.<sup>3711</sup> Aber auch ganz grundlegend wurde – so Norbert Elias – „im alltäglichen Leben der höfischen Gesellschaft“ das „gezüchtet“, was heute als ‚diplomatischer Stil‘ gilt: nämlich die „Kunst [...], nicht nur ganz allgemein die soziale Situation des Partners mit allen ihren Konsequenzen für das Gespräch stets gegenwärtig zu haben, sondern auch die sich im Gespräch fortwährend wandelnde aktuelle, die fließende Figuration der Partner im Gespräch immer von neuem ins Auge zu fassen“.<sup>3712</sup>

Im ‚Föderalismus‘-Diskurs der Schweizerischen Eidgenossenschaft zeugt noch heute die Rede von der „*courtoisie fédéraliste*“<sup>3713</sup> (oder „*courtoisie fédérale*“) von diesen Ursprüngen. Eine Nähe zur ‚Diplomatie‘ und ‚Etikette‘ war auch prägend für die Entstehung der Verfassung des Deutschen Reichs von 1871 und die Herausbildung der Figur ‚Bundestreue‘<sup>3714</sup>: Oben wurde im Zuge der Vorstellung von Rudolf Smends Konzipierung der „Bundestreue“ im späten deutschen Kaiserreich darauf hingewiesen, dass Smend das „bundesfreundliche Verhalten“ als Exekutiv-Eliten-Ideologie und -Praxis der Exekutivspitzen der Gliedstaaten beschrieben hat; auch wurde in diesem Zusammenhang darauf eingegangen, dass sich Otto v. Bismarck in der Vor- und Frühphase des Reichs von 1871 (nicht nur in der Außenpolitik, sondern auch im Inneren des Reichs) als ein „ehrlicher Makler“ zwischen den Exekutivspitzen stilisierte (s. o. § 2, C. III. 3. a) aa)) und das exekutiv-eliten-praktische Zusammenwirken als ‚Rollenspiel‘ im Zusammenhang mit dem oben näher skizzierten Konzept der ‚Rollen-Würde‘ („*role-dignity*“ – Resnik/Suk) von Institutionen lesbar ist (s. o. § 2, C. II. 3. c) bb) (2)).<sup>3715</sup> Insgesamt scheinen Verbandsgrundrechtspositionen rund um ‚Würde‘- und ‚Treue‘-Positionen eine besondere Affinität zu politischen Praktiken von ‚Exekutiv-Eliten‘ und zu einem privilegien- und tugendba-

<sup>3711</sup> Vgl. N. Elias, Die höfische Gesellschaft, Frankfurt a.M. 2002 [1969], S. 182 f. (dort insbes. in Fn. 36).

<sup>3712</sup> Zur Nähe von höfischer Etikette und ‚diplomatischem Stil‘ N. Elias, Die höfische Gesellschaft, Frankfurt a.M. 2002 [1969], S. 187.

<sup>3713</sup> Vgl. nur D. Brühl-Moser, in: I. Härtel (Hrsg.), Handbuch Föderalismus, Bd. IV, Berlin u. a. 2012, § 99, Rn. 44, zur Verwendung des Begriffs „*courtoisie fédéraliste*“ im Bereich des Außen-Föderalismusverfassungsrechts (Rücksichtnahme der Bundesebene auf besondere Interessen föderierter Einheiten [der Kantone] beim Handeln nach außen, insbesondere beim Schluss von völkerrechtlichen Verträgen).

<sup>3714</sup> R. Smend, in: ders., Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze, 3. Aufl., Berlin 1994 [1928], S. 119 (203): der „Grundsatz bundesfreundlicher Verständigung“ habe in der „Bundesratsdiplomatie“ gewurzelt; Hervorh. R.D.N.

<sup>3715</sup> J. Resnik/J. C. Suk, Stanford L. Rev. 55 (2003), 1921 (1927).

sierten ‚Freiheits‘-Begriff<sup>3716</sup> (hierzu oben § 2, C. III. 3. a) aa) u. § 8, B. I. 2. b) cc)) aufzuweisen.

*b) Zwei formalisierte Machttechniken: höfische Etikette (Courtoisie)  
und Rechtsdogmatik*

aa) Das Sozialphänomen ‚Etikette‘ als Macht- und Herrschaftstechnik

Norbert Elias hat die höfische Etikette als eine komplexe Macht- und Herrschaftstechnik beschrieben.<sup>3717</sup> Von dem oben kurz angerissenen Vorurteil und Zerrbild von ‚Etikette‘ als einer naiv-affektierten Oberflächlichkeit ohne jegliche Substanz (s. o. 1. b) aa)) bleibt vor diesem Hintergrund nichts übrig. Elias beschreibt die Courtoisie als Ausdruck eines machttechnischen ‚Tiefen-Formalismus‘: Er führt aus, dass „[d]as, was wir ‚Äußerlichkeit‘, was wir ‚Formalismus‘ nennen, [...] nichts anderes [sei] als der Ausdruck für den Primat der Bezogenheit alles dessen, was ist oder geschieht, auf die Status- oder Macht-Chancen der Person, die es tut, oder zu der es gehört, in Beziehung zu ändern. In diesem Sinne enthüllt sich dieses nur ganz unzulänglich als ‚Formalismus‘ [...]“.<sup>3718</sup> Elias beobachtet zudem Tendenzen der Verselbstständigung und Fetischisierung<sup>3719</sup> von Etikette: Das Machtstreben der Hofangehörigen untereinander und im Vergleich „zu der Masse der Ausgeschlossenen“ trieb sich – im Sinn eines „mimetischen Begehrens“ (René Girard)<sup>3720</sup> – spiralenartig „fort und fort“ und wurde zu einem „gespenstischen Perpetuum mobile“, „ganz unabhängig von jedem unmittelbaren Nutzwert“.<sup>3721</sup>

Dass die höfische Etikette eine tiefgründig-komplexe sozio-politische Dimension aufwies, wird auch bei einer Lektüre von Baldassare Castigliones „Buch vom

---

<sup>3716</sup> Knapp zu dieser ideenpolitischen Tradition (die im antiken Rom kultiviert wurde) H. Münkler/G. Straßenberger, Politische Theorie und Ideengeschichte. Eine Einführung, München 2016, S. 236.

<sup>3717</sup> Vgl. N. Elias, Die höfische Gesellschaft, Frankfurt a. M. 2002 [1969], S. 135 ff.; dazu H. Lemke, Michel Foucault. In Konstellationen, Maastricht, Niederl., 1995, S. 71, 76 ff.

<sup>3718</sup> N. Elias, Die höfische Gesellschaft, Frankfurt a. M. 2002 [1969], S. 188.

<sup>3719</sup> N. Elias, Die höfische Gesellschaft, Frankfurt a. M. 2002 [1969], S. 146 ff.; vgl. auch a. a. O., S. 177: „Die Symbole oder Ideen, in denen solche gesellschaftliche Einheiten das Ziel oder die Motivation ihres Verhaltens aussprechen, tragen daher immer den Charakter eines Prestigefetischs; sie enthalten in sich gleichsam substanzialisiert oder gesammelt das ganze Prestige, das diese Gesellschaft für sich kraft ihres Daseins als Elite in Anspruch nimmt.“

<sup>3720</sup> René Girards Theorie des „mimetischen Begehrens“ („*mimetic desire*“) geht davon aus, dass menschliches Begehren eine dreigliedrige Struktur habe: Zwei Menschen Begehren ein Drittes (z. B. – wie im Fall der Courtoisie – ‚Prestige‘ und ‚Aufstiegchancen‘), ahmen sich dabei gegenseitig nach, geraten dabei in ein Konkurrenzverhältnis und steigern ihr jeweiliges Begehren immer weiter, vgl. für einen Überblick den Aufsatz „*Mimesis and Violence: Perspectives in Cultural Criticism*“ (Erstveröffentlichung: Berkshire Review 14 [1979], 9 ff.); zit. nach R. Girard, in: The Girard Reader, hrsg. von J. G. Williams. New York, N.Y., U.S.A., 1996 [1979], S. 7 (7 ff., 11).

<sup>3721</sup> N. Elias, Die höfische Gesellschaft, Frankfurt a. M. 2002 [1969], S. 149.

Hofmann“ („*Il Libro del Cortegiano*“) aus dem frühen 16. Jahrhundert<sup>3722</sup> deutlich. Dies ist auch der Grund, weshalb ‚moderne‘ Theoretikerinnen und Theoretiker der ‚Rhetorik‘, die großflächige Prozesse der sprachlich-politischen „Identifikation“, gerade auch im Kontext politischer und massenmedialer Kommunikation, untersuchen („*New Rhetoric*“ – dazu oben § 10, B. IV. 4.), an diesem „Renaissance-Brevier über angemessenes Verhalten“<sup>3723</sup> interessiert sind: Hier zeige sich das Zusammenspiel von verbalem und sozialem Aufstieg.<sup>3724</sup> Bemerkenswert sei auch der starke pädagogische Impetus des „*Cortegiano*“: Dessen Programm ziele tendenziell darauf, sozialen Aufstieg, den Zugang zum Hof und damit zur Macht zu ermöglichen; ultimatives Ziel sei es, dem Fürsten (und damit „der Menschheit als Ganzer“) zu „dienen“ und zwar durch Erziehung des Fürsten durch den aufgestiegenen Hofmann.<sup>3725</sup>

Das hohe Maß an (Selbst-)Reflexion über die Wirksamkeitsbedingungen und die Wirkungskraft des eigenen sozialen Verhaltens ist auch außerhalb des höfischen Kontexts ein prägendes Merkmal von ‚Etikette‘. Dies macht ‚Etikette‘ und damit verwandte Phänomene für die Sozial- und Kulturwissenschaften so interessant: Beispielsweise entdecken Literaturwissenschaftlerinnen und Literaturwissenschaftler etwas inhärent Dramatisches oder Dramenhaftes in ‚Etikette‘ als komplexem ‚Rollenspiel‘.<sup>3726</sup> So hat Dietrich Schwanitz in einem systemtheoretisch informierten Zugang zur Gattung ‚Drama‘ „die Manieren“ als eine proto-dramatische „selbstreferentielle“ „Kommunikationsform“ beschrieben; sie basiere auf der „Tugend der Selbstbeherrschung“, wobei ebenso wie bei doppeldeutiger Kommunikation „allen Beteiligten die ‚Darstellungsqualität‘ der Interaktion bewu[ss]t“ sei.<sup>3727</sup>

<sup>3722</sup> Deutsche Übersetzung: B. Castiglione, Der Hofmann des Grafen Baldesar Castiglione, übersetzt, eingeleitet und erläutert v. A. Wesselski, München u. a. 1907.

<sup>3723</sup> So der Untertitel der deutschen Übersetzung der Castiglione-Studie von Peter Burke: P. Burke, Die Geschicke des Hofmann. Zur Wirkung eines Renaissance-Breviers über angemessenes Verhalten, Berlin 1996.

<sup>3724</sup> Vgl. K. Burke, The Journal of General Education 5 (1951), 202 (204 ff.): *Il Libro del Cortegiano* als „a neat instance of the merger of the two dialectical series: the verbal and the social pyramids“.

<sup>3725</sup> Vgl. K. Burke, The Journal of General Education 5 (1951), 202 (204), welcher bei Castiglione vier Stufen des höfischen Aufstiegs ausmacht und die vierte wie folgt zusammenfasst: Der Aufstieg ziele letztlich auf „goodness, as seen in terms of the courtier who is now in a pedagogic role, aiming not at his own advantage but at the education of the prince in ways that will be beneficial to mankind as a whole.“

<sup>3726</sup> Vgl. D. Schwanitz, Systemtheorie und Literatur. Ein neues Paradigma, Opladen 1990, S. 112 f. Die Nähe von ‚Drama‘ und ‚Etikette‘ ist nicht nur aus überzeitlich-systematischer, sondern auch aus historischer Sicht signifikant: vgl. N. Elias, Die höfische Gesellschaft, Frankfurt a. M. 2002 [1969], S. 193, zur Verankerung des klassischen französischen Dramas im Alltag des Hoflebens („keine Feiertagsbeschäftigung“!).

<sup>3727</sup> D. Schwanitz, Systemtheorie und Literatur. Ein neues Paradigma, Opladen 1990, S. 112 f.

Dies unterstreicht, dass ein einfaches Abwerten von ‚Etikette‘ der Komplexität dieses sozial- und machttechnischen Phänomens nicht gerecht werden kann.<sup>3728</sup>

#### bb) Rechtsdogmatik als ‚Etikette‘?

Gleicht man die vorstehenden Ausführungen zur Etikette mit dem ab, was oben in § 7, B. III. zur Charakterisierung von Rechtsdogmatik vorgebracht wurde, so fallen die Parallelen in Auge: Wie ‚Etikette‘ lässt sich auch ‚Dogmatik‘ als komplex formalisierte Machttechnik begreifen.

Elias’ Worte zur Courtoisie, wonach deren Formalisierung stets auf die „Status- oder Macht-Chancen der [handelnden] Person“ bezogen bleibe, gelten auch für das diskursive Machtgefüge der Dogmatik als diskursiv-pluralistischem Kommunikationsformat von Rechtspraxis und Rechtswissenschaft: Dies wurde oben unter den Stichworten ‚Hierarchisierung‘, ‚Ausschluss‘, ‚Habitus‘, ‚Einübung von Imitationsverhalten‘, ‚implizites Wissen‘, ‚Pädagogik‘ und ‚Instrumentalisierbarkeit‘ ausgeführt (s. o. § 7, B. III. 4.). Auch ist nochmals auf die oben bereits in Bezug genommenen potenziellen Nachteile von Dogmatik hinzuweisen, welche in einer unkontrollierten Verselbstständigung und unhinterfragten ‚Naturalisierung‘ sowie einer Entkopplung von den spezifischen Instrumentalisierungspostulaten der jeweiligen Rechtsmaterie erblickt wurden (s. o. § 7, B. IV. 3. u. C. I. 3.). Hier drängen sich Parallelen zu Elias’ Charakterisierung der Courtoisie als einem „gespenstischen Perpetuum mobile“, welches auch „ganz unabhängig von jedem unmittelbaren Nutzwert“ weiterlaufen könne, auf (s. o. aa)).

So wie Elias nach den sozialen Interessen der in der Etikette verfangenen Hofbewohner fragt, ist u. a. mit Pierre Bourdieu auch bei der Rechtsdogmatikforschung nach den sozialen Interessen der an der Formalisierungsleistung von Dogmatik beteiligten Akteure zu fragen.<sup>3729</sup> Das drängt den Blick auf die real- und machtpolitische Instrumentalisierbarkeit von Dogmatik anlässlich konkreter Rechtsdurchsetzung (s. o. § 7, B. IV. 2. c)). Die führt unmittelbar zurück zu der von Adler und Kreimer geäußerten Kritik an der *anti-commandeering*-Dogmatik als Einfallstor für „judicial realpolitik“.

<sup>3728</sup> Noch fundamentaler die Aufwertung des ‚Etikette‘-Begriffs bei E. S. Anderson/ R. H. Pildes, U. Pa. L. Rev. 148 (2000), 1503 (1561): „*But, etiquette is not so trivial: norms demanding public acknowledgment of the respect we owe to one another, or that groups and States owe to one another, are constitutive of the ways important relationships are mutually understood.*“

<sup>3729</sup> P. Bourdieu, Actes de la recherche en sciences sociales 64 (1986), 3 (14): „*il faut [...] ressaisir, [...] l’activité de formalisation, et les intérêts sociaux des agents formalisateurs, tels qu’ils se définissent dans la concurrence au sein du champ juridique et dans la relation entre ce champ et le champ du pouvoir dans son ensemble*“; vgl. auch S. Nour Sckell, in: S. Buckel/ R. Christensen/A. Fischer-Lescano (Hrsg.), Neue Theorien des Rechts, 3. Aufl., Tübingen 2020, S. 243 (253).

c) *Zwischenfazit: ironischer Effekt durch Sphärensprung  
der dogmatisch-föderalen ‚Würde‘*

Adler und Kreimer kritisieren die *anti-commandeering*-Dogmatik als „bloße Etikette“. Mit „Etikette“ nehmen sie eine komplexe soziale Machttechnik (und Verhandlung von Rollen-Würde-Positionen) in Bezug, welche *einerseits* in tatsächlicher historischer Nähe zu Praktiken des ‚Föderalismus‘ innerhalb der Sphäre der nicht-judikativen Praxis des Föderalismus (s.o. a)) und *andererseits* in systematischer Analogie zur Herrschaftstechnik Dogmatik (s.o. b)) steht. Der „etikette“-ähnlichen Herrschaftstechnik Dogmatik bedient sich nun insbesondere der *U.S. Supreme Court*. Hierdurch wird ein ‚Sprung‘ zwischen der Wirkungsdimension nicht-judikative Praxis („Etikette“ unter föderalen Trägern) einerseits und der Wirkungsdimension gerichtlich durchsetzbare Dogmatik („Etikette“ zwischen dem Gericht und seinen Leserinnen und Lesern) andererseits herbeigeführt. In – modellierender – Anlehnung an die Erzähltheorie von Gérard Genette kann diese dimensionen-übersteigende (sphären-springende) Korrespondenz als „Metalepse“ (als ‚Über-Nahme‘)<sup>3730</sup> von einer Wirkungsdimension in die andere, als ‚metaleptischer Sphärensprung‘ bezeichnet werden.

Adler und Kreimer bringen in ihrer Formel vom „Etikette-Föderalismus“ diesen metaleptischen Sphärensprung prägnant zum Ausdruck. Sie zeigen so die Unbeherrschbarkeit des anthropomorphen Materials auf; sie verdeutlichen, dass es im Diskurs des ‚Würde‘-Föderalismus *mehrere* Objekte (und Subjekte) der Vermenschlichung gibt: Die Zuschreibung von ‚Würde‘-Positionen an politische Kollektiv-Entitäten wie föderale Träger und an Institutionen wie Höchstgerichte funktioniert in enger *Wechselwirkung*. Das Gericht, welches die „Etikette“ unter den föderalen Trägern sanktioniert, fordert zugleich eine „etikette“-gerechte Haltung von den Leserinnen und Lesern seiner Entscheidungen. Die institutionelle „Rollen-Würde“ („*role-dignity*“ – s.o. § 2, C. II. 3. c) bb) (2)) des Gerichts ‚profitiert‘ also reflexartig von der Zuschreibung von ‚Würde‘ an die föderalen Träger. Den Vermenschlichungen der föderalen Träger in der ‚dogmatischen Welt‘ korrespondiert die Vermenschlichung der ‚dogmatischen Stimme‘ des Gerichts – die Korrespondenz stellt einen metaleptischen Sphärensprung, verbalisiert im „Etikette“-Topos, dar.

---

<sup>3730</sup> Zur „*métalepse narrative*“ G. Genette, in: *Figures III*, Paris, Frankreich, 1972, S. 65 (243 ff.); hierzu, zu anderen Theoretikerinnen und Theoretikern der ‚Metalepse‘ und zu Beispielen (u.a. „Prinzessin Brambilla“ von E. T. A. Hoffmann) M. Martínez/M. Scheffel, Einführung in die Erzähltheorie, 11. Aufl., München 2019, S. 84 f.: Es „wird mit der Trennlinie zwischen Erzählen und Erzähltem auch die Grenze zwischen zwei Welten überschritten: der Welt, in der man erzählt, und der Welt, von der erzählt wird“; Martínez und Scheffel betonen, dass es eine Metalepse nur in einer fiktionalen, nicht aber in einer faktualen Erzählung geben könne.



## II. Deutschland: ironische Dekonstruktion der dogmatisch-föderalen ‚Treue‘ als Selbstunterwerfung

Im Diskurs zum grundgesetzlichen Föderalismusverfassungsrecht findet sich eine dem ironischen „Etikette“-Topos strukturell sehr ähnliche Formel: Fabian Wittreck charakterisiert die dogmatische Figur ‚Bundestreue‘ in ihrem diskursiv-dogmatischen Wirken als „Bundesverfassungsgerichtstreue“.<sup>3731</sup> Die Kritik von Wittreck ist zunächst zu referieren (s. u. 1.), um dann eine Rhetorikanalyse des ironischen Modus der Kritik anzuschließen (s. u. 2.).

### 1. „Banden“ der „Bundesverfassungsgerichtstreue“ (Wittreck)

#### *a) ‚Bundestreue‘ als Faktor der horizontalen Gewaltenteilung*

Wittreck hebt mit dem Schlagwort „Bundesverfassungsgerichtstreue“ hervor, dass heute, unter dem Grundgesetz das Bundesverfassungsgericht der zentrale Akteur hinter der dogmatischen Figur ‚Bundestreue‘ ist: Es geht ihm darum, deutlich die Tendenz zu benennen, dass über den – zumal ‚ungeschriebenen‘- ‚metakonstitutionellen“<sup>3732</sup> – Grundsatz der ‚Bundestreue‘ eine „Verlagerung der Entscheidungskompetenz über Sachfragen auf das Bundesverfassungsgericht“ erfolge.<sup>3733</sup> Für Wittreck steht bei der ‚Bundestreue‘ letztlich nicht nur das Verhältnis zwischen Bundesebene und föderierten Einheiten, sondern insbesondere auch das Verhältnis zwischen Rechtsprechung und nicht-judikativer Praxis zur Debatte.<sup>3734</sup>

Insoweit verortet Wittreck den Grundsatz der ‚Bundestreue‘ – wie die vorliegende Studie auch – im Schnittpunkt von vertikaler und horizontaler Gewaltenteilung. In der ‚Logik‘ der Struktur-Wirkungs-Matrix aus drei föderalismusverfassungsrechtlichen Strukturelementen und drei föderalismusverfassungsrechtlichen Wirkungsdimensionen (s. o. § 3, C.) berührt die ‚Bundestreue‘ eben nicht nur schlicht das Strukturelement ‚Verbandsgrundrechtspositionen‘ in der Wirkungsdimension ‚Rechtsprechung‘, sondern weiterhin mindestens auch das Strukturelement ‚Ingenzen‘ und mindestens auch die Wirkungsdimension ‚nicht-judikative Praxis‘. Wittreck beobachtet die Tendenz, dass die dogmatische Figur ‚Bundestreue‘ dem

---

<sup>3731</sup> F. Wittreck, in: I. Härtel (Hrsg.), Handbuch Föderalismus, Bd. I, Berlin u. a. 2012, § 18, Rn. 55; Hervorh. R.D.N.

<sup>3732</sup> Wittreck sieht die Gefahr, dass „die *geschriebene* Zuständigkeitsverteilung des Grundgesetzes [...] untergraben“ werde – und dies zudem durch Rückgriffe auf „letztlich metakonstitutionelle[s] Normenmaterial“, F. Wittreck, in: I. Härtel (Hrsg.), Handbuch Föderalismus, Bd. I, Berlin u. a. 2012, § 18, Rn. 55 bzw. 21; Hervorh. R.D.N.

<sup>3733</sup> F. Wittreck, in: I. Härtel (Hrsg.), Handbuch Föderalismus, Bd. I, Berlin u. a. 2012, § 18, Rn. 55.

<sup>3734</sup> Vgl. F. Wittreck, in: I. Härtel (Hrsg.), Handbuch Föderalismus, Bd. I, Berlin u. a. 2012, § 18, Rn. 55.

Gericht ermögliche, ‚übergreifig‘ in die Wirkungsdimension ‚nicht-judikative Praxis‘ einzufallen:

*b) Hauptvorwurf: sach- und realpolitische Instrumentalisierung durch das Gericht*

In das Zentrum seiner Kritik stellt Wittreck den Vorwurf an das Bundesverfassungsgericht, es schaffe sich eigenmächtig einen „Hebel, der [seinen] Entscheidungsspielraum [...] erweitert, indem er [...] ihm den Zugriff auf Sachfragen eröffnet“; so erhalte das Gericht eine Prüfungskompetenz über Fragen der inhaltlichen Richtigkeit von Maßnahmen der föderalen Träger.<sup>3735</sup>

aa) „Willkür“-Kontrolle(n) auf allen Ebenen –  
„Willkür“-(Kontroll-)Spirale

Als Beispiel dient Wittreck die Entscheidung des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts von 1952 zum bundesweiten Wohnungsbauförderungsprogramm aus dem Jahr 1950: Der Senat vollzieht in dieser Entscheidung eine „Willkür“-Kontrolle, ob der Widerspruch des Landes Bayern gegen einen Wohnungsbauförderung-Verteilungsplan des Bundesministers für Wohnungsbau, welcher nach dem einschlägigen Bundesgesetz „im Einvernehmen mit den Ländern“ aufzustellen war, „aus sachfremden Motiven erhobe[n], daher unsachlic[h ... und] rechtlich unerheblich“ sei.<sup>3736</sup>

Zu bemerken ist also, dass sich der Senat hier – jedenfalls nominell –,immerhin‘ von vorneherein auf eine bloße Evidenz-Prüfung beschränkt. Im Ergebnis verneint das Gericht denn auch das Vorliegen von Willkür seitens des Landes Bayern.<sup>3737</sup> Um zu diesem Ergebnis zu gelangen, stellt der Senat seine Prüfung um und prüft, ob der von Bayern abgelehnte Vorschlag des Bundesministers seinerseits „auf offenbar sachwidrigen Erwägungen beruht“<sup>3738</sup>. Der dahinter liegende Gedanke ist, dass die Reaktion auf eine willkürliche Aktion nicht ihrerseits willkürlich sei. Zwar erkennt das Gericht ausdrücklich an, dass die „Art der Verteilung der Bundesmittel für den sozialen Wohnungsbau [...] weithin eine Frage der politischen Zweckmäßigkeit“ sei.<sup>3739</sup> Es prüft dann aber, ob der Bundesminister bei der Verteilung ausschließlich solche „Gesichtspunkte“ herangezogen habe, „deren Berücksichtigung deshalb gerechtfertigt erscheint, weil sie in einer inneren, natürlichen Beziehung zu der zu

<sup>3735</sup> Vgl. F. Wittreck, in: I. Härtel (Hrsg.), Handbuch Föderalismus, Bd. I, Berlin u. a. 2012, § 18, Rn. 21 f., 55.

<sup>3736</sup> BVerfGE 1, 299 (316) – Wohnungsbauförderung.

<sup>3737</sup> Vgl. BVerfGE 1, 299 (317 ff., 322) – Wohnungsbauförderung.

<sup>3738</sup> Vgl. BVerfGE 1, 299 (317 ff.) – Wohnungsbauförderung.

<sup>3739</sup> BVerfGE 1, 299 (317) – Wohnungsbauförderung.

lösenden Aufgabe stehen<sup>3740</sup>. Ebendies sei *nicht* der Fall gewesen, da bei der Mittelverteilung auf die einzelnen Länder nach dem Vorschlag des Bundesministers auch bestimmte anderweitige Bundeshilfen an die Länder (für kriegsfolgenbedingte Flüchtlingssonderbedarfe) berücksichtigt (gewissermaßen ‚verrechnet‘) worden sind. Diese ‚Verrechnung‘ habe Bayern in willkürlicher Weise benachteiligt.<sup>3741</sup> Da also der Vorschlag des Bundesministers willkürlich gewesen sei, sei die Verweigerung des Einvernehmens durch Bayern ihrerseits *nicht* willkürlich.

Wittreck hält die Anmaßung der vom Zweiten Senat des Bundesverfassungsgerichts angestregten ‚verschachtelten‘ „Willkür“-Kontrolle offenbar *ihrerseits* für willkürlich<sup>3742</sup> – und zeichnet so das Bild einer ebenen- und institutionenübergreifenden Willkür-(Kontroll-)Spirale, welche durch die Figur der ‚Bundestreue‘ getragen werde und an deren Ende das Gericht stehe. Mit diesem Bild von der Instrumentalisierbarkeit der ‚Bundestreue‘ korrespondiert Hypothese 2.1 zur zugespitzten Instrumentalisierbarkeit von Verbandsgrundrechtspositionen, welche durch Topoi wie ‚Bundestreue‘ getragen werden, überhaupt (s. o. § 7, C.). Zugleich wird eine Parallele zu Adler und Kreimers Kritik an der *anti-commandeering*-Dogmatik als „bloße Etikette“ sichtbar: Auch dort stand der Vorwurf der Instrumentalisierbarkeit im Zentrum (s. o. I. 1.).

#### bb) Relativierung und Konturierung des Vorwurfs

Nun mag man bezweifeln, ob die eben als Beispiel angeführte Wohnungsbauförderungsentscheidung aus dem Jahr 1952 heute noch verlässlich Auskunft über das geltende Recht gibt, ob sie aussagekräftiges ‚good law‘<sup>3743</sup> darstellt (oder ob sie nicht eher ein Zerrbild von der ‚Bundestreue‘ vor Augen stellt). Wittreck selbst spricht hinsichtlich der Wohnungsbauförderungsentscheidung von einem „[l]ocus classicus“ der ‚Bundestreue‘-Judikatur<sup>3744</sup>, setzt sich allerdings auch mit der Frage auseinander, ob seither ein „Funktionswandel“ der einschlägigen Judikatur vonstatten ging. Im Ergebnis *verneint* er einen solchen Wandel – jedenfalls „in methodischer Perspektive“: Als Konstante benennt er die Instrumentalisierungs-„Funktion der

<sup>3740</sup> BVerfGE 1, 299 (317) – Wohnungsbauförderung.

<sup>3741</sup> Vgl. BVerfGE 1, 299 (319 ff.) – Wohnungsbauförderung. Ein weiteres Problem mit dem Vorschlag des Bundesministers bestand darin, dass dem Land Schleswig-Holstein vorab ein hoher Anteil der Mittel zugeteilt wurde, da das Land im Vertrauen auf künftige Bundeshilfen bereits hohe Dispositionen getroffen hatte, vgl. a. a. O. (317 f.).

<sup>3742</sup> Vgl. F. Wittreck, in: I. Härtel (Hrsg.), Handbuch Föderalismus, Bd. I, Berlin u. a. 2012, § 18, Rn. 55: „unter der Hand beliebig erweiterbare Letztentscheidungskompetenzen“; vgl. auch a. a. O., Rn. 33: „die Entscheidungen wirken teils beliebig und lassen jede Prognosesicherheit vermissen“.

<sup>3743</sup> Beachte allerdings die Hinweise oben unter § 7, A. III. darauf, dass sich die vorliegende Studie bewusst nicht auf die Darstellung des ‚geltenden Rechts‘ beschränkt.

<sup>3744</sup> F. Wittreck, in: I. Härtel (Hrsg.), Handbuch Föderalismus, Bd. I, Berlin u. a. 2012, § 18, Rn. 20; ähnlich H. Bauer, Die Bundestreue, Tübingen 1992, S. 144: „wesentliche Grundsatz- und Leitentscheidun[g]“, „die bis in die Gegenwart richtungweisend blie[b].“

Figur für das Gericht“; die Figur ‚Bundestreue‘ erlaube dem Gericht weiterhin, „Zugriff auf Sachfragen“ zu nehmen, „die sich ihm andernfalls entzogen hätten“.<sup>3745</sup>

Sucht man nach weiteren Beispielen, welche der Wohnungsbauförderungsentcheidung in diesem Punkt (der Instrumentalisierungsfunktion) ähneln, so zeigt sich freilich zunächst der grundlegende Befund, dass ‚die Bundestreue‘ in der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts insgesamt eine eher geringe praktische Bedeutung hat.<sup>3746</sup> Zudem beschäftigen sich einschlägige Entscheidungen häufig mit *prozeduralen* Pflichten wie Anhörungsrechten (so z.B. in der oben besprochenen Entscheidung Kalkar II)<sup>3747</sup> oder dem Stil von Verhandlungen (so z.B. in der oben besprochenen 1. Rundfunkentscheidung)<sup>3748</sup> – sie betreffen also nicht unmittelbar sachpolitische Aspekte, sondern die Verfahren ihrer föderalen Verhandlung. Dieser Fokus auf Verfahrensfragen spiegelt die oben herausgearbeitete prozedurale Grundprägung des Modells des ‚Bundes‘ (s.o. § 2, C. II. 1. b) bb) u. § 2, C. IV. 2.). Dass diese prozedurale Grundprägung *weitgehend* auch die ‚Bundestreue‘ als dogmatische Figur in der Hand des Bundesverfassungsgerichts erfasst, erkennt auch Wittreck grundsätzlich an.<sup>3749</sup> Allerdings hebt er hervor, dass dem Gericht durch die ‚Bundestreue‘ in Einzelfällen eben doch *auch* ‚Übergriffe‘ in Bereiche der Sachpolitik eröffnet werden: Neben der bereits skizzierten Wohnungsbauförderungsentcheidung (1952) weist er insbesondere auf zwei Urteile aus dem Jahr 1986 hin: die erste Entscheidung zum Finanzausgleich<sup>3750</sup> und die 4. Rundfunkentscheidung<sup>3751</sup>.<sup>3752</sup> Hier sei jeweils zu beobachten, wie das Gericht – über einen aus der ‚Bundestreue‘ abgeleiteten „Zwang zur Verständigung“ – sachpolitische Mandate und Kriterien vorgebe (in den beiden Beispielen: Maßstäbe für den föderalen Finanzausgleich bzw. zur Koordinierung des Landesrundfunkrechts zur Ermöglichung

<sup>3745</sup> F. Wittreck, in: I. Härtel (Hrsg.), Handbuch Föderalismus, Bd. I, Berlin u. a. 2012, § 18, Rn. 22; mit Nennung von Stimmen, welche sich mit einem „Funktionswandel“ der ‚Bundestreue‘ auseinandersetzen: A. Kölz, Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung 81 (1980), 145 (161); H. Bauer, Die Bundestreue, Tübingen 1992, S. 103 ff., welcher freilich selbst a. a. O., S. 180, eine „formale [... über] ‚Belegstellen-Reihen‘ [hergestellte ..., aber auch eine] im wesentlichen auch sachlich gewahrt[e] Kontinuität“ zwischen früher und späterer Judikatur ausmacht – und dann, a. a. O., S. 183, ganz unmissverständlich: „Von einer Korrektur früherer Grundsatz- und Leitentscheidungen zur Bundestreue durch die spätere Spruchpraxis des Bundesverfassungsgerichts kann demnach keine Rede sein.“

<sup>3746</sup> So auch F. Wittreck, in: I. Härtel (Hrsg.), Handbuch Föderalismus, Bd. I, Berlin u. a. 2012, § 18, Rn. 34: „das Bundesverfassungsgericht [hat] doch bislang Verletzungen der Pflicht zu bundesfreundlichem Verhalten regelmäßig verneint“.

<sup>3747</sup> Vgl. BVerfGE 81, 310 (337 f.) – Kalkar II; dazu näher oben § 6, A. II. 3. b).

<sup>3748</sup> Vgl. BVerfGE 12, 205 (255) – 1. Rundfunkentscheidung; dazu näher oben § 10, B. V. 1. a) cc).

<sup>3749</sup> Vgl. F. Wittreck, in: I. Härtel (Hrsg.), Handbuch Föderalismus, Bd. I, Berlin u. a. 2012, § 18, Rn. 26, 28.

<sup>3750</sup> BVerfGE 72, 330 (402) – Finanzausgleich I; dazu oben § 6, B. I. 3. b).

<sup>3751</sup> BVerfGE 73, 118 (196 f.) – 4. Rundfunkentscheidung.

<sup>3752</sup> Vgl. F. Wittreck, in: I. Härtel (Hrsg.), Handbuch Föderalismus, Bd. I, Berlin u. a. 2012, § 18, Rn. 27.

der Verbreitung von Programmen in den Kabelnetzen der Länder).<sup>3753</sup> Zusätzlich kann man auf die Entscheidung des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 1998 zur Kasseler Verpackungsteuer hinweisen, in welcher das Gericht neben dem Rechtsstaatsgebot auch auf die ‚Bundestreue‘ rekurriert<sup>3754</sup>: In diesem Rechtsregime-Kompetenz-Konflikt zwischen Abgabengesetzgeber und Sachgesetzgeber (näher oben § 5, A. IV. 3. a)) hat das Gericht die jeweiligen Steuerungswirkungen der angeblich konfligierenden Rechtsnormen charakterisieren und dabei intensive sachpolitische Erwägungen anstellen (jedenfalls ‚nachvollziehen‘) müssen, um feststellen zu können, ob gegen den Grundsatz der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung verstoßen wird oder nicht.<sup>3755</sup>

cc) Unschärfen: zu Reichweite („Akzessorietät“) und Justiziabilität der ‚Bundestreue‘

Der Vorwurf der sach- und realpolitischen Instrumentalisierbarkeit der ‚Bundestreue‘ ist keinesfalls neu und berührt verschiedene traditionelle Diskussionsherde rund um diese dogmatische Figur, welche u. a. um die Stichworte ‚Akzessorietät‘ und ‚(Grenzen der) Justiziabilität‘ kreisen<sup>3756</sup>: Das Bundesverfassungsgericht selbst ist verschiedentlich bemüht, solche Grenzen herauszustellen; so betont das Gericht insbesondere eine Erheblichkeitsschwelle (kein „[I]nhibieren“ von „Nichtigkeiten“)<sup>3757</sup>, den „akzessorischen“ Charakter der ‚Bundestreue‘<sup>3758</sup> und eine „Missbrauchs“-Schwelle<sup>3759</sup>.

<sup>3753</sup> Vgl. F. Wittreck, in: I. Härtel (Hrsg.), Handbuch Föderalismus, Bd. I, Berlin u. a. 2012, § 18, Rn. 27.

<sup>3754</sup> Vgl. zum Prüfungsmaßstab: BVerfGE 98, 106 (118 f.) – Kommunale Verpackungssteuer.

<sup>3755</sup> Vgl. BVerfGE 98, 106 (125 ff.) – Kommunale Verpackungssteuer, zur ausführlichen Prüfung, ob „[d]ie Verpackungssteuer [...] in ihrer Ausgestaltung als Lenkungssteuer den bundesrechtlichen Vorgaben des Abfallrechts zuwiderläuft“, was der Senat i. E. wegen eines Widerspruchs der Lenkungswirkungen zum vom Sachgesetzgeber verfolgten „Kooperationsgebot“ bejaht; nach R. Klinger/D. Krebs, ZUR 2015, 664 (666 ff.) würde diese Prüfung jedenfalls unterdessen – nach Änderungen des bundesrechtlichen Kreislaufwirtschaftsrechts u. a. im Jahr 2012 – zum Ergebnis führen, dass *kein* entsprechender „Widerspruch“ vorliegt.

<sup>3756</sup> Überblick zu diesen Diskussionen bei H. Bauer, Die Bundestreue, Tübingen 1992, S. 182 f. (zur „Akzessorietät“) bzw. S. 162 f., 366 ff. (zur eingeschränkten Justiziabilität) – jeweils m. w. N.

<sup>3757</sup> BVerfGE 34, 9 (45) – Besoldungsvereinheitlichung: „Der Grundsatz der Bundestreue ist [...] keine Schranke, mit der man Nichtigkeiten inhibieren kann.“ Es gebe eine „Schwelle dessen, was Bundestreue an Zurückhaltung bei der Inanspruchnahme einer Kompetenz [...] fordert.“

<sup>3758</sup> BVerfGE 95, 250 (266) – Restitution des Länderbestands: „Die Rechtspflicht zu bundesfreundlichem Verhalten ist akzessorischer Natur und begründet für sich allein genommen keine selbständigen Pflichten des Bundes oder eines Landes (vgl. BVerfGE 42, 103 [117] stRspr).“

Bis heute ist die – schon von Smend als „verwickelt“ charakterisierte<sup>3760</sup> – Frage nach den Grenzen der (Justiziabilität der) ‚Bundestreue‘ trotz solcher Konturierungsversuche allerdings unklar geblieben<sup>3761</sup> (Gleiches gilt im Übrigen für die Versuche der dogmatischen Schärfung durch Fallgruppenbildung<sup>3762</sup>): Die hartnäckig-wirkmächtige<sup>3763</sup>, insgesamt aber wohl blauäugige These von der ‚Begrenzung durch Akzessorietät‘<sup>3764</sup> beispielsweise hat insbesondere Hartmut Bauer in seiner

<sup>3759</sup> BVerfGE 106, 1 (27) – Oberfinanzdirektionen: die „Inanspruchnahme [von Zuständigkeiten müsse] missbräuchlich sein oder gegen prozedurale Anforderungen verstoßen, die aus [dem] Grundsatz [der ‚Bundestreue‘] herzuleiten sind“.

<sup>3760</sup> R. Smend, in: ders., Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze, 3. Aufl., Berlin 1994 [1928], S. 119 (272 f.), zur „verwickelte[n] Frage der Bedeutung der Jurisdiktion des Staatsgerichtshofs“: „[D]ie formale Zuständigkeit“ des Staatsgerichtshofs über Reich-Länder-Streitigkeiten nach Art. 19 WRV werde durch die Besonderheiten des föderalismus-verfassungsrechtlichen Verhältnisses (mit dem prägenden Prinzip des bundesfreundlichen Verhaltens) „eingeschränkt“ (272): „Hier liegen die Grenzen für die Staatsgerichtsbarkeit, die [...] positivrechtlich begründet sind. Weil es unmöglich ist, das hier gebotene Treueverhältnis der Beteiligten aufzulösen ‚in ein System neben anderen bestehender Ansprüche und Verbindlichkeiten‘, weil dies Verhältnis vielmehr in erster Linie beherrscht bleiben muß vom integrierenden Verständigungswillen, deshalb geht hier zwar nicht Macht, aber sozusagen Integration vor Recht, sind demgegenüber Instanzvorschriften wie Art. 19 mehr nur technisch und zweiten Ranges, und deshalb entsteht angesichts des Art. 19 unter Umständen das schwierige Problem des Formenmißbrauchs.“ (273).

<sup>3761</sup> Vgl. H. Bauer, Die Bundestreue, Tübingen 1992, S. 366 ff.: Bauer beobachtet zwar eine eingeschränkte Justiziabilität der ‚Bundestreue‘ als „gängige Übung“ – dabei gebe es gewisse Nuancen in der Intensität und Terminologie, aber einen gewissen *common ground*, dass Einschränkung der Justiziabilität der ‚Bundestreue‘ geboten sei; es finden sich dann aber überwiegend eher pauschale und konturenlose Floskeln („Einschränkung“, s. die Zitate a. a. O., S. 366–368); Bauer, a. a. O., S. 368, sieht den Grund für die Schwierigkeiten, die Grenzen der Justiziabilität zu bestimmen, v. a. in der „Entwicklungsoffenheit“ des Grundsatzes.

<sup>3762</sup> Die Fallgruppen bewegen sich regelmäßig auf einem so hohen Abstraktionsniveau, dass ihre Aussagekraft und Operabilität für die Kohärenzsicherungsaufgabe der Dogmatik kaum vorhanden sind; vgl. etwa die Fallgruppenbildung bei P. Egli, Die Bundestreue. Eine rechtsvergleichende Untersuchung, Zürich, Schweiz, 2010, S. 97 ff. („Verpflichtungen zum Beistand“; „Verpflichtungen zur Mitwirkung“; „Verpflichtungen zur Rücksichtnahme“, „verfahrensrechtliche Verpflichtungen“); oder bei F. Wittreck, in: I. Härtel (Hrsg.), Handbuch Föderalismus, Bd. I, Berlin u. a. 2012, § 18, Rn. 26 ff. („Kooperationsgebot“; „Rücksichtnahmepflicht bzw. Kompetenzausübungsschranke“; „Beachtung völkerrechtlicher Verträge“; „Handlungspflichten“) – Wittreck führt freilich a. a. O., Rn. 33, zu Recht aus, dass die den Fallgruppen zu Grunde liegenden „Entscheidungen [...] teils beliebig [wirken] und [...] jede Prognosesicherheit vermissen [lassen]“; entsprechend schwer muss ihm die Fallgruppenbildung fallen.

<sup>3763</sup> So auch die Einschätzung bei H. Bauer, Die Bundestreue, Tübingen 1992, S. 182 (dort in Fn. 121): „vielberufene“; Bauer selbst wendet sich gegen diese These.

<sup>3764</sup> Vgl. zur Akzessorietätsthese neben Aussagen des Bundesverfassungsgerichts selbst (vgl. Fn. 3758) Stimmen aus dem Schrifttum wie H. H. Klein, in: I. Härtel (Hrsg.), Handbuch Föderalismus, Bd. I, Berlin u. a. 2012, § 17, Rn. 12; C. Lauser, Die Bindung der Verfassungsorgane an den Grundsatz der Europarechtsfreundlichkeit, München 2018, S. 181 m. w. N.; F. Wittreck, in: I. Härtel (Hrsg.), Handbuch Föderalismus, Bd. I, Berlin u. a. 2012, § 18, Rn. 25, welcher sich freilich dann a. a. O., Rn. 32, der von A. Kötz, Schweizeri-

Habilitationsschrift fundamental in Frage gestellt<sup>3765</sup>: Sie könne u. a. nicht erklären, weshalb, wie vom Zweiten Senat des Bundesverfassungsgerichts angenommen, auch bloß faktische Verhandlungen zwischen Bund und Ländern durch Diktate der Bundestreue reguliert sein sollen<sup>3766</sup>; richtigerweise stünden „Bund und Länder [...] nach der bundesstaatlichen Ordnung des Grundgesetzes ‚stets in einem verfassungsrechtlichen Verhältnis zueinander‘“<sup>3767</sup>. Es ist zu ergänzen: Selbst wenn man in der Mehrzahl der einzelnen Anwendungsfälle der ‚Bundestreue‘ sicherlich (irgend-) eine Akzessorietätsbeziehung zu ‚geschriebenen‘ Zuständigkeiten *konstruieren* kann; damit ist noch nichts über den Grad der ‚Akzessorietätslockerung‘ ausgesagt. Das eben aufgegriffene Beispiel der Entscheidung zur kommunalen Verpackungssteuer zeigt, wie weit diese Akzessorietätslockerung gehen kann: Die ‚Bundestreue‘ greift hier zwar im Ausgangspunkt durchaus in Akzessorietät zu den in Konflikt stehenden Zuständigkeiten von Sachgesetzgeber und Abgabengesetzgeber ein, aber letztlich wird einem dieser beiden Zuständigkeitsinhaber (nämlich dem Abgabengesetzgeber) der Gebrauch seiner – an sich ja vorliegenden – Zuständigkeit verwehrt. Mit Alfred Kölz wird man also treffender die „*normberichtigend[e]*“, ja in Einzelfällen *normändernd[e]* Funktion“<sup>3768</sup> und – noch weitergehend – die *normerzeugende* Kraft der ‚Bundestreue‘ klar benennen müssen.

Das vom Bundesverfassungsgericht – wohl zur Begrenzung – außerdem ins Spiel gebrachte „Missbrauchs“-Element<sup>3769</sup> mag zwar eine gewisse gerichtliche Selbstbeschränkung implizieren, erinnert aber doch stark an das „Willkür“-Kriterium aus der Wohnungsbauförderungsentscheidung, welches eben auch gerichtlichen Zweckmäßigkeitserwägungen offensteht (s. o. aa)).

Trotz der geschilderten Begrenzungsversuche bleiben somit erhebliche Unschärfen der ‚Bundestreue‘; „die Entscheidungen wirken teils beliebig und lassen jede Prognosesicherheit vermissen“ (Wittreck)<sup>3770</sup>. Diese Unschärfen erinnern an die

---

sches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung 81 (1980), 145 (161), vorgetragenen Sicht anschließt, wonach die ‚Bundestreue‘ in der Handhabung durch das Bundesverfassungsgericht eine „*normberichtigend[e]*“, ja in Einzelfällen *normändernd[e]* Funktion“ habe (Hervorh. A.K.), was zwar mit der Akzessorietätsthese nicht unvereinbar ist, deren Aura der ‚Harmlosigkeit‘ aber deutlich entkräftet.

<sup>3765</sup> Vgl. H. Bauer, Die Bundestreue, Tübingen 1992, S. 182 f.; skeptisch auch P. Egli, Die Bundestreue. Eine rechtsvergleichende Untersuchung, Zürich, Schweiz, 2010, S. 100.

<sup>3766</sup> Vgl. H. Bauer, Die Bundestreue, Tübingen 1992, S. 182 (dort in Fn. 121), in Auseinandersetzung mit BVerfGE 13, 54 (75) – Neugliederung Hessen.

<sup>3767</sup> H. Bauer, Die Bundestreue, Tübingen 1992, S. 183; mit dem Binnenzitat aus „BVerfGE 42, 103 (113) zum Verhältnis der Länder untereinander; Hervorhebung [von H.B.] hinzugefügt.“

<sup>3768</sup> A. Kölz, Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung 81 (1980), 145 (161), Hervorh. A.K.; so auch F. Wittreck, in: I. Härtel (Hrsg.), Handbuch Föderalismus, Bd. I, Berlin u. a. 2012, § 18, Rn. 32.

<sup>3769</sup> S. o. in Fn. 3759.

<sup>3770</sup> F. Wittreck, in: I. Härtel (Hrsg.), Handbuch Föderalismus, Bd. I, Berlin u. a. 2012, § 18, Rn. 33.



von Adler und Kreimer gerügte Unschärfe der *anti-commandeering*-Dogmatik (oben I. 1.) – hier wie dort bilden sie die Grundlage für den Vorwurf der gesteigerten realpolitischen Instrumentalisierbarkeit durch die Gerichte.

*c) ‚Bundestreue‘ als Faktor des Rechtswissenschafts(-selbst-)verständnisses*

Neben dem Fokus auf die Stellung des Bundesverfassungsgerichts in der horizontalen Gewaltenteilung betrachtet Wittreck – und auch dies teilt die vorliegende Studie mit seinem Beitrag – das Verhältnis zwischen Rechtsprechung und rechtswissenschaftlichem Schrifttum: Unter ausdrücklicher Anknüpfung an Bernhard Schlinks Aufsatz zum „Bundesverfassungsgerichtspositivismus der Staatsrechtslehre“<sup>3771</sup> (s. o. § 9, A. III. 2. b) bb)) appelliert er an Vertreterinnen und Vertreter der Rechtswissenschaft, sich nicht unkritisch „in die Banden der Bundestreue“ zu begeben.<sup>3772</sup> Es solle kritisch benannt werden, wenn das Gericht sich über die Figur ‚Bundestreue‘ „unter der Hand beliebig erweiterbare Letztentscheidungskompetenzen ein[räumt].“<sup>3773</sup> Fünf Jahrzehnte zuvor hatte der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts festgestellt, die Bundestreue sei vom „Bundesverfassungsgericht in Übereinstimmung mit der Rechtslehre aus dem Wesen des Bundesstaates entwickelt“ worden.<sup>3774</sup> Wittreck, ein Vertreter „der Rechtslehre“, kündigt die vom Gericht behauptete „Übereinstimmung“ einseitig auf.

## 2. Tropologische Rhetorikanalyse: Ironie der ‚Treue‘

Die ironischen Gehalte der ‚wortspielerischen‘ Charakterisierung der dogmatischen Figur ‚Bundestreue‘ als „Bundesverfassungsgerichtstreue“ liegen – ähnlich wie in der Wendung „Etikette-Föderalismus“ (s. o. I.) – darin, dass das *anthropomorphe* Sprachmaterial (rund um ‚Treue‘) in seiner Unbeherrschbarkeit entblößt wird. Dies geschieht – wiederum wie im Beispiel der Wendung „Etikette-Föderalismus“ – vor allem dadurch, dass ein metaleptischer Sphärensprung (s. o. I. 2. c)) ausgestellt wird: Das Gericht als zentraler Akteur im Instrumentalföderalismus entscheidet nicht nur über Konflikte im ‚Treue‘-Verhältnis unter den föderalen Trägern, sondern ‚Treue‘ wird auch zum Maßstab im Verhältnis zwischen dem Gericht und den Leserinnen und Lesern seiner Entscheidungen. Zugleich wird in der Wendung von den „Banden der [T]reue“ ein implizites Moment der asymmetrischen (Selbst-)Unterwerfung ausgedrückt.

<sup>3771</sup> B. Schlink, Der Staat 28 (1989), 161.

<sup>3772</sup> F. Wittreck, in: I. Härtel (Hrsg.), Handbuch Föderalismus, Bd. I, Berlin u. a. 2012, § 18, Rn. 55.

<sup>3773</sup> F. Wittreck, in: I. Härtel (Hrsg.), Handbuch Föderalismus, Bd. I, Berlin u. a. 2012, § 18, Rn. 55.

<sup>3774</sup> BVerfGE 8, 122 (138) – Volksbefragung Hessen.

*a) ‚Verfassungstreue‘ auf allen Ebenen, in allen Dimensionen,  
in allen Sphären*

Die Rede von der „Bundesverfassungsgerichtstreue“ nimmt nun also nicht nur föderale Träger untereinander, sondern auch Gerichte sowie Leserinnen und Leser gerichtlicher Entscheidungen als Akteure von Treueverhältnissen in Bezug. Damit ist der Charakter von ‚Treue‘ als Global-Topos im Verfassungsrecht angesprochen; der Topos begegnet in unterschiedlichen verfassungsrechtsdogmatischen Konstellationen und auf unterschiedlichen Abstraktionsebenen:

Gewissermaßen als ‚Schwester‘ der Bundestreue wurde in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts in der Verfassungsrechtsdogmatik zum Grundgesetz die ‚Verfassungsorganstreue‘ herausgearbeitet. Teilweise fand die Herleitung in offener Analogie oder Fortbildung zur ‚Bundestreue‘ statt.<sup>3775</sup> In den Worten von Michael Klopfer lassen sich ‚Bundestreue‘ und ‚Verfassungsorganstreue‘ jeweils als „Einzelaspekt[e] einer umfassenden Idee loyaler Zuständigkeitswahrnehmung“, als „Ausprägung[en] des umfassenden kooperativen Verfassungssinns“ und vor dem gemeinsamen Hintergrund des Gebots der „Kompetenzeffektivität“ begreifen<sup>3776</sup>, beide verweisen zurück auf die ‚Integrationslehre‘ von Rudolf Smend<sup>3777</sup>. Ähnlich wie die ‚Bundestreue‘ ist die ‚Verfassungsorganstreue‘ heute in der Rechtsprechung und in weiten Teilen des Schrifttums grundsätzlich anerkannt<sup>3778</sup>, obschon ebenfalls im Einzelnen unscharf<sup>3779</sup>. Im vorliegend interessierenden Zusammenhang der re-

<sup>3775</sup> Vgl. nur M. Klopfer, Der Staat 13 (1974), 457 (466), m. w. N.: „Verletzung eines der Bundestreue ähnlichen Grundsatzes der Organstreue“, mit Hinweis auf das *obiter dictum* in BVerfGE 29, 221 (233) – Jahresarbeitsverdienstgrenze; vgl. auch W.-R. Schenke, Die Verfassungsorganstreue, Berlin 1977, S. 30, welcher betont, dass es um keine Analogie gehe, sondern, „[d]ie Gemeinsamkeit beider [...] in einer tieferen Schicht, nämlich jener der staatlichen Integration“ wurzele.

<sup>3776</sup> M. Klopfer, Vorwirkung von Gesetzen, 1974, S. 52 f.; ders., Der Staat 13 (1974), 457 (466, 468); vgl. auch ders., Handbuch der Verfassungsorgane im Grundgesetz, Berlin 2022, § 1, Rn. 158 (dort in Fn. 166). Klopfers Gedanke der „Kompetenzeffektivität“ (ders., Der Staat 13 [1974], 457 [466]) zielt auch auf eine binnen-verfassungsrechtsdogmatische Harmonisierung mit dem Gedanken effektiven Grundrechtsschutzes.

<sup>3777</sup> Vgl. W.-R. Schenke, Die Verfassungsorganstreue, Berlin 1977, S. 26, 30; vgl. auch (zur Verfassungsorganstreue) A. Voßkuhle, NJW 1997, 2216 (2217); zur Rolle Smends für die ‚Bundestreue‘ näher oben § 2, C. III. 3. a).

<sup>3778</sup> In der Rechtsprechung noch offengelassen in BVerfGE 29, 221 (233) – Jahresarbeitsverdienstgrenze; anerkannt seit BVerfGE 35, 193 (199) – Einstweilige Anordnung Grundlagenvertrag: „Oberste Verfassungsorgane haben von Verfassungen wegen aufeinander Rücksicht zu nehmen“; bestätigt u. a. in BVerfGE 36, 1 (15) – Grundlagenvertrag; BVerfGE 45, 1 (38 f.) – Haushaltsüberschreitung; BVerfGE 89, 155 (191) – Maastricht; aus dem Schrifttum statt vieler nur W.-R. Schenke, Die Verfassungsorganstreue, Berlin 1977; referierende Überblicke bei A. Voßkuhle, NJW 1997, 2216 (2217); M. Klopfer, Handbuch der Verfassungsorgane im Grundgesetz, Berlin 2022, § 1, Rn. 158 ff.

<sup>3779</sup> Vgl. die Sammlung diverser Anwendungsfälle bei M. Klopfer, Handbuch der Verfassungsorgane im Grundgesetz, Berlin 2022, § 1, Rn. 161. Nach A. Voßkuhle, NJW 1997, 2216

apolitischen Instrumentalisierbarkeit von ‚Treue‘-Positionen bemerkenswert ist die von Kloepfer gemachte Beobachtung, dass das Bundesverfassungsgericht nach anfänglicher Zurückhaltung (oder Ignoranz) – „sich erst bei Berührung eigener Entscheidungsbefugnisse (im Grund[lagen]vertragsverfahren) auf ein rücksicht-forderndes Verfassungsverhältnis der obersten Verfassungsorgane zueinander besann“<sup>3780</sup>. Der Idee nach wurde die ‚Verfassungsorgan-treue‘ freilich bereits in Erich Kaufmanns Staatsrechtslehrerreferat von 1950 zu den „Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit“<sup>3781</sup> und kurz darauf im Rahmen der Debatte über den Status des Bundesverfassungsgerichts im Jahr 1953 – u. a. in den Bemerkungen des Bundesverfassungsgerichts zu dem einschlägigen Rechtsgutachten von Richard Thoma<sup>3782</sup> – diskutiert<sup>3783</sup>. Letzteres, also die Verbindung mit „Status“-Fragen, unterstreicht die Nähe der ‚Treue‘-Figur zu Aspekten der institutionellen ‚Würde‘ (s. allgemein bereits oben § 2, C. IV. 1.). Hinsichtlich Kaufmanns Staatsrechtslehrerreferat ist anzumerken, dass dieser die (Proto-) ‚Verfassungsorgan-treue‘ ausdrücklich *nicht* als justiziable Rechtsfrage qualifiziert und *nicht* in der Hand der Gerichte verortet hatte.<sup>3784</sup>

‚Treue‘ als Global-Topos des Verfassungsrechts kann noch weiter ausgreifen, wie die Rede von der ‚Verfassungstreue‘ zeigt. Diese kommt vereinzelt als Rechtsbegriff daher (ausdrücklich in Art. 5 Abs. 3 GG, ferner in Art. 33 Abs. 4, Abs. 5 GG<sup>3785</sup>), kann aber auch im verfassungsrechtstheoretischen Bereich eine Rolle spielen: Sie wurde oben beispielsweise bei der Vorstellung des Theorems *departmentalism* verwendet, als die Rede davon war, dass Akteure der nicht-judikativen Praxis eigenständige (also von der Verfassungsrechtsprechung unabhängige) Verfassungstreuepflichten treffen (s. o. § 8, B. I. 1. b)). Im US-amerikanischen Diskurs begegnet der Begriff ‚consti-

---

(2217), ist die Verfassungsorgan-treue „zwar weitgehend anerkannt, gleichwohl aber in der Praxis eher blaß geblieben“.

<sup>3780</sup> M. Kloepfer, Der Staat 13 (1974), 457 (466), mit Hinweis auf BVerfGE 35, 193 (199) – Einstweilige Anordnung Grundlagenvertrag, und mit der Wertung: „Es spricht nicht gerade für das Bundesverfassungsgericht“. Die Entstehungsgeschichte der Figur ‚Organ-treue‘ ist offenbar auch eng verbunden mit Gutachten von Peter Lerche sowie von Roman Herzog/Rainer Pietzner (vgl. die Nachweise bei M. Kloepfer, Vorwirkung von Gesetzen, München 1974, S. 53).

<sup>3781</sup> Vgl. E. Kaufmann, VVDStRL 9 (1952), 1 ff. (14 f.).

<sup>3782</sup> Bundesverfassungsgericht [Hermann Höpker-Aschoff], in: JöR N.F. 6 (1957), 194 (206 f.): ein jedes Verfassungsorgan besitze „einen Rechtsanspruch“ gegen die anderen Verfassungsorgane auf „selbstverständlichen Respekt“.

<sup>3783</sup> Dazu A. Voßkuhle, NJW 1997, 2216 (2217).

<sup>3784</sup> E. Kaufmann, VVDStRL 9 (1952), 1 ff. (14 f.): „es gibt für alle Verfassungen eine ungeschriebene, aber als selbstverständlich vorausgesetzte Norm, die bestimmten Organen die Pflicht zur Zusammenarbeit und damit die Pflicht zu Kompromissen auferlegt. [...] Die Frage freilich, [...] ist keine Rechtsfrage, da für sie keine Rechtsnormen bestehen. Das mit einem solchen Konflikt etwa befaßte Bundesgericht müßte sich darauf beschränken, auf die ungeschriebene Rechtsnorm zu verweisen, die beiden die Pflicht zu verständnisvoller Zusammenarbeit auferlegt.“

<sup>3785</sup> Zur „Staats- und Verfassungstreue“ von Beamten als Teil der „politische[n] Treuepflicht“: BVerfGE 39, 334 (348) – Extremistenbeschluss.

*tutional fidelity*‘, welcher aber sehr unterschiedliche Bezugspunkte haben kann.<sup>3786</sup> Die Rede von der ‚Verfassungstreue‘ beschwört schnell ihre Negation, die ‚Verfassungsuntreue‘, herauf<sup>3787</sup> (womit dann meist aber schlicht ‚Verfassungswidrigkeit‘ gemeint ist). Und tatsächlich wurde dieser Topos auch von Alfred Kölz gebraucht, um – ähnlich wie Wittreck – vor den Gefahren des leichtfertigen Umgangs mit der Figur ‚Bundestreue‘ zu warnen: ‚Bundestreue‘ als „Bundesverfassungsgerichtstreue“ droht, als „Verfassungsuntreue“ zu enden.<sup>3788</sup> Modernes Verfassungsrecht ist in seinen Strukturelementen und Wirkungsdimensionen zu komplex, als dass es durch – scheinbar – bilaterale, starre, absolute oder exklusive ‚Treue‘-Beziehungen angemessen erfasst werden könnte.<sup>3789</sup>

*b) Zum Potential asymmetrischer (Selbst-)Unterwerfung  
in ‚Treue‘-Beziehungen*

Wittreck formuliert, dass es problematisch sei, wenn sich „die Staatsrechtslehre in die Banden der Bundestreue“ beuge.<sup>3790</sup> Mit der Rede von den „Banden“ spricht er ein Moment der asymmetrischen (Selbst-)Unterwerfung des Schrifttums unter das Gericht an.

Und tatsächlich ist dieses Moment der Asymmetrie im Topos der ‚Treue‘ in gewisser Weise angelegt: Nicht selten sind ‚Treue‘-Verhältnisse von vornherein durch *konzeptionelle* Asymmetrien oder – trotz konzeptioneller Symmetrie – zumindest

---

<sup>3786</sup> Vgl. M. D. Adler, Fordham L. Rev. 75 (2006), 1671 (1674), unterscheidet die – v. a. verfassungsrechtstheoretisch und interpretationstheoretisch relevante – „erklärte Treue gegenüber dem Text“ („[p]rofessed fidelity to the text“) der Verfassung von 1787 von der „Treue gegenüber einzelnen Rechtssätzen“ („fidelity to discrete legal propositions“) wie der Verfassungswidrigkeit von Sklaverei oder des Grundrechts auf Abtreibung.

<sup>3787</sup> Dies gilt freilich nicht nur im Verfassungsrecht, sondern allgemein für ‚Treue‘/‚Untreue‘: vgl. T. Gloyna, Archiv für Begriffsgeschichte 41 (1999), 64 (84).

<sup>3788</sup> A. Kölz, Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung 81 (1980), 145 (166): „So paradox es klingt: Die ‚Bundestreue‘ kann Tendenzen zur ‚Verfassungsuntreue‘ begünstigen“.

<sup>3789</sup> Auch dies gilt nicht nur im Verfassungsrecht, sondern allgemein: T. Gloyna, Archiv für Begriffsgeschichte 41 (1999), 64 (84): „Jede Form der Treue ist somit auch eine Form von Untreue. Und wenn jemand – eine Gruppe oder ein einzelner – Treue exklusiv für sich in Anspruch nimmt, leidet, wie auch immer, der Rest der Welt.“ Dies stellt dann aber eben eine besondere Schwierigkeit des Denkens in ‚Treue‘-Vorstellungen dar, „geht mit dem Begriff von Treue [doch] immer ein gewisses Verständnis von bzw. ein Anspruch auf Exklusivität und Ausschließlichkeit einher“: so – im Zusammenhang mit dem „bürgerlichen Ehemodell“ – V. Görtz, Annali di studi religiosi 10 (2009), 201 (227), dort dann aber auch dazu, dass der Bezugspunkt der Ausschließlichkeit unterschiedlich definierbar ist (im Beispiel der partnerschaftlichen ‚Treue‘ etwa auch auf „emotionaler Ebene“ im „modernen Partnerschaftsverständnis“).

<sup>3790</sup> F. Wittreck, in: I. Härtel (Hrsg.), Handbuch Föderalismus, Bd. I, Berlin u. a. 2012, § 18, Rn. 55.

durch *faktische*<sup>3791</sup> Asymmetrien geprägt; Ersteres illustriert die beamtenrechtliche Treuepflicht<sup>3792</sup> ebenso wie *bestimmte* religiöse und theologische ‚Treue‘-Vorstellungen im Verhältnis von Mensch(en) und Gott<sup>3793</sup>, Zweiteres etwa die Empirie ‚ehelicher Treue‘<sup>3794</sup>. Man muss also gar nicht den Weg hin zu Schwundstufen (wie der ‚Nibelungentreue‘<sup>3795</sup>) oder zu maximalen Degenerationsstufen der ‚Treue‘ (nationalsozialistische ‚Führertreue‘<sup>3796</sup>) gehen, um das ‚Treue‘-Vorstellungen inhärente *Potential* zur Asymmetrie und – zugespitzt formuliert – zur Unterwerfung zu finden. Diese Unterwerfung muss *nicht* notwendigerweise (und wird auch in aller Regel *nicht*) bedingungslos oder gegenleistungsfrei sein: Dies zeigt etwa die beamtenrechtliche Treuepflicht, welche im Reziprozitätsverhältnis mit der Fürsorgepflicht des Dienstherrn steht.<sup>3797</sup>

<sup>3791</sup> Vgl. die Forderung von T. Gloyna, Archiv für Begriffsgeschichte 41 (1999), 64 (84), „die ‚Realität‘ von ‚Treue‘ nicht zu vergessen“.

<sup>3792</sup> Während es unumstritten ist, dass die Beamte oder den Beamten eine Treuepflicht trifft, ist es umstritten, ob das beamtenrechtliche Pflichtenbündel des Dienstherrn neben der zentralen und prägenden Fürsorgepflicht (vgl. § 78 BBG) auch eine eigenständige ‚Treuepflicht‘ umfasst (der Wortlaut der §§ 4, 78 BBG legt dies nahe): dazu näher S. Leppek/J. Nübel, ZBR 2015, 397, welche die verfassungsrechtliche Grundlage einer „Treuepflicht des Dienstherrn“ in Art. 33 Abs. 4 GG suchen. Jedenfalls aber ist die Fürsorgepflicht des Dienstherrn die ganz vorrangig prägende Pflicht des Dienstherrn; Fürsorge ist nun aber eben kein identisches Gegenstück zur Treue.

Auch im *Privatarbeitsrecht* werden (oder wurden) analoge Diskussionen geführt: vgl. E. Frey, Arbeit und Recht 1958, 203 (204), welcher gegen eine ‚Treuepflicht‘ des Arbeitgebers argumentiert.

Im *Gesellschaftsrecht* begegnet hingegen die starke Tendenz, das Verhältnis von Gesellschaft und Gesellschaft im Sinne *jeweiliger* ‚Treuepflichten‘ zu beschreiben (und zwar bei Kapital- wie bei Personengesellschaften): zu ‚Treuepflichten‘ der Gesellschaft gegenüber Gesellschaftern: M. Lutter, AcP 180 (1980), 84 (122 f.): „Loyalität“ und „Rücksichtspflicht“; noch deutlicher m. w. N. P. Ridder, Ebenenübergreifende Treuepflichten in der Kapitalgesellschaft & Co. KG., Tübingen 2018, S. 44 f.: „Treuepflicht“.

<sup>3793</sup> Der Themenkomplex ‚Treue Gottes‘ ist schon angesichts der Vielzahl von Religionen, Konfessionen und Theologien in einer Fußnote nicht einmal annähernd erfassbar; vgl. exemplarisch F. Wittreck, in: I. Härtel (Hrsg.), Handbuch Föderalismus, Bd. I, Berlin u. a. 2012, § 18, Rn. 10, m. w. N., mit Ausführungen zur Treue des – *christlichen* – Gottes gegenüber den Menschen.

<sup>3794</sup> Zur Geschichte faktischer – z. T. aber auch rechtlich abgesicherter – Asymmetrien der sexuellen ‚Treue‘ und ‚Untreue‘ („Doppelmoral“) in der ‚bürgerlichen Ehe‘: V. Görtz, Annali di studi religiosi 10 (2009), 201 (205 ff.).

<sup>3795</sup> Damit („Schwundstufe“) ist nicht die literarische Verhandlung der ‚*triuwe*‘ im Nibelungenlied (vgl. hierzu T. Gloyna, Archiv für Begriffsgeschichte 41 (1999), 64 [75], m. w. N.), als vielmehr die politische Instrumentalisierung dieses Topos im 20. Jahrhundert gemeint.

<sup>3796</sup> Zum Fortwirken der ‚Bundestreue‘ und ihrer Begleitvorstellungen im Nationalsozialismus knapp referierend m. w. N. F. Wittreck, in: I. Härtel (Hrsg.), Handbuch Föderalismus, Bd. I, Berlin u. a. 2012, § 18, Rn. 9.

<sup>3797</sup> Vgl. BVerfGE 130, 263 (294) – W 2-Besoldung Hessen.

*c) Asymmetrien der ‚Bundestreue‘  
und der „Bundesverfassungsgerichtstreue“*

In dieser Weise – Unterwerfung durch Selbstbindung, aber gewisse Reziprozität – sind auch die Gedanken der ‚Bundestreue‘ und der „Bundesverfassungsgerichtstreue“ strukturiert:

aa) Asymmetrie der ‚Bundestreue‘ zwischen Bundesebene  
und förderierten Einheiten

‚Selbstbindung‘ und ‚Reziprozität‘ wurden oben als Kernmerkmale des Modells des föderalen ‚Bundes‘ charakterisiert: Die förderierten Einheiten binden sich selbst, schaffen die Bundesebene mit eigenständigen Kompetenzen und Ingerenzen, wobei die Bundesebene aber ihrerseits an den Zweck des Bundes, die „politische Selbsterhaltung“ aller föderalen Akteure gebunden wird; Bundesebene und förderierte Einheiten zeichnen sich daher durch eine *gewisse* Spiegelbildlichkeit und Wesensähnlichkeit als jeweils schutzwürdige politische Entitäten aus (ausführlich § 2, C. II. 2. d)).

Anders als die ‚Bundestreue‘ der einzelnen förderierten Einheiten *untereinander* ist die ‚Bundestreue‘ zwischen förderierten Einheiten und Bundesebene trotz deren Wesensähnlichkeit und Spiegelbildlichkeit *asymmetrisch* konzipiert: Dies liegt schon daran, dass die Bundesebene im Modell des ‚Bundes‘ – anders als die förderierten Einheiten – eben nicht als etwas Vor-Gefundenes, sondern als etwas Neu-Erschaffenes vorgestellt wird; die Bundesebene ist nicht Mitglied, sondern Inhalt und Effekt oder ‚Stiftung‘ des Bundes (näher § 2, C. II. 1. a) aa)). Aufgrund der *Zwei-Ebenen*-Struktur föderaler Ordnung (s. o. § 2, B. III. 2. b)) stehen konzeptionell die förderierten Einheiten als ‚Block‘ der Bundesebene gegenüber (s. o. § 4, B. III. 3. d) cc)). Die Bundesebene tritt dann teilweise als Garant, teilweise als Verkörperung der „*shared rule*“ (Elazar) der förderierten Einheiten auf, wobei im Einzelnen Unterschiede zwischen Trennungs- und Verschränkungsarrangements bestehen (s. o. § 2, B. IV. u. § 4, B. II.). Jedenfalls unterwerfen sich die förderierten Einheiten im Bundesschluss dieser Garantie der „*shared rule*“ durch die Bundesebene; damit unterwerfen sie sich der Bundesebene.

Anschaulich illustriert wird diese Asymmetrie der ‚Bundestreue‘ zwischen den förderierten Einheiten und der Bundesebene im oben bereits vorgestellten Bild von Bismarck als „ehrllichem Makler“ innerhalb der Exekutiv-Eliten-Praxis des bundesfreundlichen Verhaltens im Deutschen Kaiserreich (s. o. I. 2. a) sowie § 2, C. III. 3. a) aa)): Als Reichskanzler führte Bismarck den „Vorsitz im Bundesrathe und die Leitung der Geschäfte“ (Art. 15 Abs. 1 RV) und konnte so als Garant der ‚Treue‘ der förderierten Einheiten (Bundesstaaten) *untereinander* auftreten<sup>3798</sup>; zu-

---

<sup>3798</sup> Und in Reden ausdrücklich die „Bundestreue“ beschwören; dazu oben § 2, C. III. 3. a) aa).

gleich war er – als Reichsorgan – aber eben auch selbst Subjekt und Objekt mit Blick auf die ‚Treue‘-Beziehung zwischen der Bundesebene (dem Reich) und den föderierten Einheiten (den Bundesstaaten) – Bismarck verkörperte und personalisierte einen föderalen ‚Ebenenprung‘.<sup>3799</sup>

Verschärft wird das asymmetrische Moment der ‚Bundestreue‘ zwischen den föderierten Einheiten und der Bundesebene durch die intensiven Verzerrungen und Relativierungen des föderalen Prinzips im *nationalstaatlich-demokratischen* Föderalismus, wie er in unterschiedlicher Ausprägung in den USA und der Bundesrepublik Deutschland vorliegt.<sup>3800</sup>

#### bb) Asymmetrie der „Bundesverfassungsgerichtstreue“ durch „Gerichtsfähigkeit“ der Dogmatik

Wenn Wittreck mit dem ‚Wortspiel‘ „Bundesverfassungsgerichtstreue“ die Idee der (tendenziell asymmetrisch-hierarchischen) Bundestreue nun – in einem Sphärenprung – auf das Verhältnis zwischen der Rechtsprechung einerseits und den Leserinnen und Lesern der gerichtlichen Entscheidungen andererseits überträgt, so ist auch insoweit eine asymmetrisch-hierarchische Rollenverteilung auszumachen. Diese Rollenverteilung liegt in der Funktionsweise von Dogmatik als „gemeinsamen Kommunikationsformat von Rechtswissenschaft und Rechtspraxis“ (Jestaedt – näher oben § 7, B. I. 3.) begründet: Eines der Merkmale des oben erarbeiteten ‚Dogmatik‘-Begriffs ist die „Gerichtsfähigkeit“ (H. Kantorowicz; Röhl/Röhl) von Dogmatik-Angeboten; die Dogmatik-Angebote werden so formuliert, „dass die Gerichte sie unmittelbar anwenden könnten“ (ausführlich oben § 7, A. I. 4.).<sup>3801</sup> In dieser Ausrichtung auf „Gerichtsfähigkeit“ und praktische Verwertbarkeit liegt von vorneherein ein gewisses Moment der ‚Unterwerfung‘ der nicht-judikativen Akteure der Dogmatikbildung unter die Rechtsprechung. Wie die beamtenrechtliche Treuepflicht (s. o. b)) ist auch diese Selbstunterwerfung selbstverständlich nicht ‚gegenleistungsfrei‘: Die ‚Gegenleistung‘ besteht im – wenn auch untergeordneten –

<sup>3799</sup> Auf die Besonderheiten, die sich daraus ergeben, dass Bismarck nicht nur Reichskanzler, sondern zugleich auch preußischer Ministerpräsident war, kommt es insoweit nicht unmittelbar an.

<sup>3800</sup> Im *nationalstaatlich-demokratischen* Föderalismus wird das Modell des ‚Bundes‘ durch die Lehre von der verfassungsgebenden Gewalt des (Bundes-)Volks überlagert; die Bundesebene stellt zugleich die *nationalstaatliche* Ebene dar und verfügt über eigenständige *demokratische* Legitimationsstrukturen (‚Bundesvolk‘ als ‚nationales‘ Legitimationssubjekt). In der Folge wird die gleichgewichtige föderale *Multiarchie* (ausführlich § 2, C. II. 1. a) dd) (2)) zu einer strukturellen *Hierarchie* zu Gunsten der Bundesebene als starkem Legitimations- und Machtzentrum verlagert: Bei der Untersuchung der Bundesverfassungsänderungsgrenzen unter der US-Verfassung und dem Grundgesetz wurden einige Folgen aufgezeigt: ‚Ideale‘ Gehalte des Modells des ‚Bundes‘ wie die Einstimmigkeit der föderierten Einheiten und die absolute Existenzgarantie aller föderierter Einheiten werden hier aufgegeben (näher § 6, A. VII.).

<sup>3801</sup> K. F. Röhl/H. C. Röhl, *Allgemeine Rechtslehre*, 3. Aufl., München 2008, S. 520.



Teilhabendürfen am ‚dogmatischen Gespräch‘, an der pluralistischen Dogmatikbildung als Machttechnik.

Kommentatorinnen und Kommentatoren haben denn auch versucht, in verschiedensten (anthropomorphen) Sprachbildern zum Ausdruck zu bringen, dass ‚Treue‘ gegenüber der Rechtsprechung im Prozess der Dogmatikbildung einen hierarchisch-asymmetrischen Charakter aufweist (und deshalb gerade für „Gelehrten-Intellektuelle“ – Hübinger – s. o. § 1, C. II. 1. b) u. c) – eine besondere Zumutung darstellt): Zur Rolle des Staatsgerichtshofs unter der Weimarer Reichsverfassung (bei der Entscheidung der Streitsache ‚Donauversinkung‘) führt Richard Thoma aus, dieser habe die ‚Bundestreue‘ „im Tone väterlicher Strenge“ den Ländern gegenüber in Stellung gebracht dadurch habe der Staatsgerichtshof eine „ungewohnte, aber keine unberechtigte Erweiterung des prätorischen zum zensorischen Amte“ vollzogen.<sup>3802</sup> Dass Thoma seinen Beitrag mit einer Warnung vor einem Überhandnehmen judikativer „Gerontokratie“<sup>3803</sup> beschließt, ist mit Blick auf das „Vater“-Bild konsequent und angesichts der Veröffentlichung in einer Festschrift sicherlich auch ‚ironisch‘ lesbar. Peter Lerche hat Jahrzehnte später – wohl nicht ganz zufällig ebenfalls in einem Festschriftbeitrag – die „Unsitte der Heiligsprechung von Urteilen“ benannt und hinzugefügt, dass diese „wohl eher zum Mi[ss]vergnügen des Gerichts selbst“ geschehe; hier wird also das Moment der *Selbst*-Unterwerfung der Leserinnen und Leser gerichtlicher Entscheidungen hervorgehoben.<sup>3804</sup> In diese Reihe lässt sich dann auch Bernhard Schlinks Rede von der „Entthronung der Staatsrechtswissenschaft durch die Verfassungsgerichtsbarkeit“<sup>3805</sup> stellen, wobei es sich – der beschriebenen Logik nach – dann eher um eine Selbst-„Entthronung“, um ein Abdanken handelt. Auch Schlink ergänzt sein „Bild“ im Übrigen um eine religiöse Komponente: „ein Bild, bei dem das BVerfG ex cathedra spricht und die Vertreter der entthronten Staatsrechtswissenschaft an seinen Stufen stehen. Es ist das Bild zum Begriff des Bundesverfassungsgerichtspositivismus.“<sup>3806</sup> Und auch in den USA wird in diesem Zusammenhang das religiöse Bildfeld eröffnet: Larry Kramer, ein Verfechter von intensivem *popular constitutionalism* (näher oben § 8, B. II. 2.), beobachtet eine „Anbetung“ („*worship*“) des *U.S. Supreme Court*, so dass letztlich „jeder Handlung des Gerichts die Bedeutung oder der Anschein von Tiefgründigkeit gegeben werde.“<sup>3807</sup>

<sup>3802</sup> R. Thoma, in: FS 50 Jahre Reichsgericht, Bd. 1, Berlin u. a. 1929, S. 179 (196 ff.).

<sup>3803</sup> R. Thoma, in: FS 50 Jahre Reichsgericht, Bd. 1, Berlin u. a. 1929, S. 179 (200).

<sup>3804</sup> P. Lerche, in: FS Maunz, München 1981, S. 215 (216).

<sup>3805</sup> B. Schlink, Der Staat 28 (1989), 161.

<sup>3806</sup> B. Schlink, Der Staat 28 (1989), 161 (168).

<sup>3807</sup> „[T]he worshipful lower courts, judges, and mass media whose fawning invests the Court’s every action with a sense or appearance of profundity“, L. D. Kramer, Calif. L. Rev. 92 (2004) 959 (974, dort in Fn. 57), mit Hinweis auf J. Brigham, *The Cult of the Court*, Philadelphia, Pa., U.S.A., 1987.

cc) Gefälligere Alternativen:  
 ‚Respekt‘, ‚Freundlichkeit‘ und ‚Loyalität‘

Die in den vorstehenden Abschnitten zitierten Sprachbilder „Treue“, „väterliche Strenge“, „Heiligsprechung“, „Entthronung“ und „Anbetung“ stellen anthropomorphe (bis theomorphe) Zuspitzungen dar. Aus rhetorischer Perspektive unterscheiden sie sich aber nur graduell von – scheinbar – ‚harmloseren‘<sup>3808</sup> Alternativ-Bezeichnungen für ‚ungeschriebene‘ Grundsätze der Rücksichtnahme und Kooperation zwischen Institutionen:

Das Spektrum gefälligerer Alternativ-Wendungen reicht vom ‚Respekt‘ (insbesondere im ‚Interorganrespekt‘<sup>3809</sup>) über die ‚Freundlichkeit‘<sup>3810</sup> (im ‚bundesfreundlichen‘ oder ‚länderfreundlichen Verhalten‘<sup>3811</sup>), in der ‚Europarechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes‘<sup>3812</sup> oder aber auch – methodisch-perspektivisch völlig anders gelagert, nämlich als wissenschaftliche Beschreibung einer Tendenz – in Formulierungen wie ‚bundesfreundliche Rechtsprechung‘<sup>3813</sup>) hin zur – dann

<sup>3808</sup> Ähnlich F. Wittreck, in: I. Härtel (Hrsg.), Handbuch Föderalismus, Bd. I, Berlin u. a. 2012, § 18, Rn. 1, welcher ausführt „die Pflicht zum bundesfreundlichen Verhalten“ sei „sachlicher formuliert“ als „die Bundeestreue“.

<sup>3809</sup> Begriffsprägung durch J. Delbrück, in: A. Randelzhofer/W. Süß (Hrsg.), Konsens und Konflikt – 35 Jahre Grundgesetz, Berlin u. a. 1985, S. 54 (67): „der verfassungsrechtlich gebotene Interorganrespekt“ (konkret: von „Streitbeteiligten“ gegenüber dem Bundesverfassungsgericht, insbesondere in Streitigkeiten mit außenpolitischem Bezug); ausführlich dann R. A. Lorz, Interorganrespekt im Verfassungsrecht, Tübingen 2001 (a. a. O., S. 89 f., zur Begriffsprägung durch Jost Delbrück [und kurz darauf Eibe Riedel]). Der von Lorz komparatistisch untersuchte „Interorganrespekt“ betrifft die Beziehungen von Verfassungsorganen untereinander, kann in föderalen Ordnungen dann aber auch ebenenübergreifende Bedeutungen erlangen, und zwar „in erster Linie zwischen dem gesamtverbandlichen und dem einzelstaatlichen Repräsentativorgan“ (a. a. O., S. 600). Vgl. ferner zum ‚Respekt‘ zwischen Institutionen M. Klopfer, VerwArch 110 (2019), S. 419 (428); im US-amerikanischen Recht etwa *Medtronic, Inc. v. Lohr*, 518 U.S. 470 (1996), 485: „respect for the States as independent sovereigns in our federal system“ leads us to assume that „Congress does not cavalierly preempt state-law causes of action.“

<sup>3810</sup> Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang der Hinweis von I. Härtel, in: dies. (Hrsg.), Handbuch Föderalismus, Bd. I, Berlin u. a. 2012, § 16, Rn. 3, auf den Zusammenhang von „staatsorientierten Föderalismus“ in freiheitlich-demokratischen Verfassungsstaaten mit dem Konzept der „Staatsfreundschaft“ von Dolf Sternberger (vgl. – föderalismusindifferent – zu diesem Konzept D. Sternberger, in: Staatsfreundschaft, Frankfurt a. M. 1980 [1963], S. 209).

<sup>3811</sup> S. nur BVerfGE 1, 299 (315) – Wohnungsbauförderung: „Rechtspflicht des Bundes und aller seiner Glieder zu ‚bundesfreundlichem Verhalten‘“; BVerfGE 8, 122 (138) – Volksbefragung Hessen; BVerfGE 12, 205 (239) – 1. Rundfunkentscheidung; zahlreiche weitere Fundstellen bei F. Wittreck, in: I. Härtel (Hrsg.), Handbuch Föderalismus, Bd. I, Berlin u. a. 2012, § 18, Rn. 23.

<sup>3812</sup> BVerfGE 123, 267 (354) – Lissabon; hier wird ein Rechtsbestand als solcher (und kein institutioneller Akteur) anthropomorphisiert.

<sup>3813</sup> Etwa bei G. F. Schuppert, in: I. Härtel (Hrsg.), Handbuch Föderalismus, Bd. I, Berlin u. a. 2012, § 9, Rn. 48: „bundesfreundliche Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu

doch schon sehr ‚treue‘-nahen – ‚Loyalität‘ (insbesondere im Verfassungsrecht im Recht der Europäischen Union mit dem unterdessen sogar kodifizierten „Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit“<sup>3814</sup>).

Diese knappe Zusammenstellung unterstreicht den großen Einsatzbereich anthropomorpher Wendungen in (föderalismus-)verfassungsrechtlichen Diskursen: Vermenschlicht werden nicht nur politische Entitäten wie die föderalen Träger<sup>3815</sup>, sondern auch Verfassungsorgane (darunter die Höchstgerichte)<sup>3816</sup>, Rechtsbestände<sup>3817</sup>, Rechtsprechungsinhalte und -tendenzen<sup>3818</sup>. Gemeinsam bleibt all diesen Topoi ihre grundsätzlich ‚ungeschrieben‘-, ‚verfassungstextferne‘ Grundlage<sup>3819</sup>, ihr anthropomorpher Grundcharakter und ihre Unschärfe(n): Die Unschärfen führen zu graduellen Übergängen: aus ‚Respekt‘ kann ‚Loyalität‘, aus ‚Loyalität‘ kann ‚Treue‘, aus ‚Treue‘ können „Anbetung“, „Heiligsprechung“ oder gar ‚Unterwerfung‘ werden.

*d) Zwischenfazit: ironischer Effekt durch Sphärensprung  
der dogmatisch-föderalen ‚Treue‘*

Wittrecks „Bundesverfassungsgerichtstreue“ verwendet mit dem ‚Treue‘-Topos anthropomorphes Sprachmaterial und stellt dessen Unbeherrschbarkeit aus: Wird das ‚Treue‘-Verhältnis herkömmlich auf das föderale Bund-Länder-Verhältnis bezogen, so zeigt Wittreck, dass auch das Verhältnis der Gerichte zu den Leserinnen

Art. 72 Abs. 2 GG (alte Fassung)“ – diese deskriptive Aussage ist also wesensverschieden von den normativen Gehalten in Formeln wie ‚Bundestreue‘ etc.

<sup>3814</sup> Die deutschsprachige Fassung von Art. 4 Abs. 3 UAbs. 1 EUV spricht seit dem Vertrag von Lissabon (2007/2009) ausdrücklich von „dem Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit“ zwischen Union und Mitgliedstaaten; vgl. zudem Art. 13 Abs. 2 S. 2 EUV für das Verhältnis der EU-Organen untereinander: „Die Organe arbeiten loyal zusammen.“ Sehr ähnlich ist die französischsprachige Fassung „*principe de coopération loyale*“ (Art. 4 Abs. 3 UAbs. 1 EUV) bzw. „*coopération loyale*“ (Art. 13 Abs. 2 S. 2 EUV). Die englischsprachige Fassung bedient sich des Topos ‚sincerity‘ in den Wendungen „*principle of sincere cooperation*“ bzw. „*mutual sincere cooperation*“. In der deutschsprachigen Europarechtswissenschaft wird auch der Topos der „Unionstreue“ verwendet (etwa von P. Unruh, EuR 2002, 41 ff., m. w. N.; ausführlich [noch] zur „Gemeinschaftstreue“: P. Egli, Die Bundestreue. Eine rechtsvergleichende Untersuchung, Zürich, Schweiz, 2010, S. 465 ff.). Rhetorisch bemerkenswert ist zudem die mit diesem Komplex verwandte „Europarechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes“ als *bottom-up*-Teilaspekt der ‚Unionstreue‘ (BVerfGE 123, 267 [354] – Lissabon), wird hier doch ein Rechtsbestand als solcher (und kein institutioneller Akteur) anthropomorphisiert (s. eben in Fn. 3812).

<sup>3815</sup> S. eben in Fn. 3811 zum „bundesfreundlichen Verhalten“ sowie Fn. 3814 zur „loyalen Zusammenarbeit“ von EU und Mitgliedstaaten.

<sup>3816</sup> S. eben in Fn. 3809 zum „Interorganrespekt“ sowie Fn. 3814 zur „loyalen Zusammenarbeit“ der Organe der EU.

<sup>3817</sup> S. eben in Fn. 3814 zur „Europarechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes“.

<sup>3818</sup> S. eben in Fn. 3813 zur „bundesfreundlichen Rechtsprechung“.

<sup>3819</sup> S. aber in Fn. 3814 zur Kodifizierung der „loyalen Zusammenarbeit“ von EU und Mitgliedstaaten bzw. EU-Organen untereinander.

und Lesern ihrer Urteile als ‚Treue‘-Verhältnis konzipierbar ist (s. o. 1. c) u. 2. a)). In der Wendung „Bundesverfassungsgerichtstreue“ finden diese beiden Sphären zueinander. Daher rührt der ironische Effekt: Die Verschiebbarkeit, Austauschbarkeit und Unbeherrschbarkeit des anthropomorphen Materials wird vorgeführt; ‚Treue‘-Postulate und -Forderungen sind plötzlich überall zu entdecken (s. o. a)).

Dieser ironische Effekt trägt zugleich Wittrecks Kritik: ‚Treue‘ wird bei ihm nämlich keinesfalls nur als ein harmloses Aufeinander-Abstimmen von gleichberechtigten Partnerinnen und Partnern betrachtet: Mit seiner Rede von den „Banden der Bundesverfassungsgerichtstreue“ hebt Wittreck vielmehr hervor, dass ‚Treue‘ potenziell eine Tendenz zur asymmetrischen (Selbst-)Bindung bis hin zur – freilich nicht gegenleistungsfreien – (Selbst-)Unterwerfung aufweist („Heiligsprechung“ des Gegenübers, hier: des Gerichts – s. o. b) u. c) bb)). Bei alledem, so Wittrecks Warnung, führt die Unbestimmtheit des Topos dazu, dass dieser realpolitisch leicht instrumentalisierbar ist (s. o. 1. b)), wobei dieses realpolitische Instrument in die ‚treuen‘ Hände der Gerichte gelegt wird.

### III. Fazit: Ironie(n) anthropomorpher Argumentation I

Die Wendungen „Etikette-Föderalismus“ (Adler und Kreimer) und „Bundesverfassungsgerichtstreue“ (Wittreck) wurden als ironisch-kritische Topoi vorgestellt, deren rhetorische Funktionsweise auf dem gleichen Schema basiert: Jeweils wird ein metaleptischer Sphärensprung<sup>3820</sup> des Anthropomorphismus zwischen der ‚dogmatischen Welt‘ (also dem föderalen Verhältnis) und dem ‚dogmatischen Diskurs‘ (also der Stellung der Gerichte zu ihrer diskursiven Umwelt) aufgezeigt. ‚Föderale Würde‘ und ‚föderale Treue‘ sind unscharfe, anthropomorphe Formeln, welche – vermittelt über diesen Sphärensprung – in den Händen der Gerichte als ‚dogmatische Würde‘ bzw. ‚dogmatische Treue‘ *deren* Position stärken. Adler und Kreimer sowie Wittreck richten den Blick darauf, wessen ‚Würde‘ und wessen ‚Treue‘ bei der Durchsetzung von Föderalismusverfassungsrecht wirksam wird: eben *nicht nur* diejenige der föderalen Träger, sondern permanent *auch* diejenige der Gerichte. Im Sinn von Friedrich Schlegels oben referiertem ‚Ironie‘-Verständnis sind beide Lesarten jeweils permanent unterbrechbar, da der Text stets auch anders gelesen werden könne.<sup>3821</sup>

Das Schema hinter den ironischen Wortspielen „Etikette-Föderalismus“ und „Bundesverfassungsgerichtstreue“ lässt sich grundsätzlich auf andere oben ermittelte Figuren und Topoi zur Argumentation mit Verbandsgrundrechtspositionen übertragen: Die von Konrad Kruis beschriebene „bündische Sorge um das Grundgesetz“, welche er zwischen den föderalen Trägern verortet (s. o. § 6, B. II. 3. a)), ist

<sup>3820</sup> Zum Begriff o. I. 2. c) (sowie II. 2. d)).

<sup>3821</sup> S. o. § 10, B. IV. 3. d) bb); dort auch zum Paradoxon in der Formel ‚permanente Unterbrechung‘.

nach der ironisch-kritischen Lesart allen voran eine *gerichtliche* ‚Sorge um sich‘<sup>3822</sup>. Und das von Jessica Bulman-Pozen und Heather Gerken eingeführte Bild der US-Einzelstaaten als „mächtige“ „Diener“ (s. o. § 6, C. II. 1.) lässt sich auf *Gerichte* als „mächtige“ „Diener“ (der Dogmatik, des Föderalismus, ihrer selbst) übertragen. In diesem Sinn ist dann auch das oben eingeführte Bild von Bismarck als „ehrliehen Makler“ innerhalb der Exekutiv-Eliten-Praxis des bundesfreundlichen Verhaltens (s. o. II. 2. c) aa)) auf die Stellung der Gerichte im diskursiven Gefüge der Dogmatik übertragbar (hier laufen die Gedankenwelten von „Etikette“ und „Treue“ gewissermaßen zusammen): Wenn also der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts in der ersten Entscheidung zum Finanzausgleich von 1986 über den „Bund“ schreibt, dass dieser sich „durchaus als ‚ehrliehen Makler‘ betätigen“ dürfe<sup>3823</sup>, so spricht er implizit auch über sich selbst. Diese Analogie besagt: Das Gericht hat die frühere Rolle des Reichskanzlers als Zentralfigur, welche die ‚Treue‘-Beziehungen zwischen Reich und Bundesstaaten im Kaiserreich gebündelt und verknüpft hatte (s. o. § 2, C. III. 3. a) aa)), im Föderalismusverfassungsrechtsdiskurs des Grundgesetzes übernommen.

Insgesamt illustrieren die Rhetorik-Analysen der Wendungen „Etikette-Föderalismus“ und „Bundesverfassungsgerichtstreue“, was allgemein oben bereits in Hypothese 2.1 angesprochen wurde: Die verfassungstextfernen dogmatischen Topoi zur Stützung von Verbandsgrundrechtspositionen förderter Einheiten sind häufig durch eine formelartige Zuspitzung gekennzeichnet; diese besondere ‚rhetorische‘ Verfasstheit steht in einem engen Zusammenhang mit den besonderen Eigenschaften der Dogmatik der Verbandsgrundrechtspositionen, v. a. mit den Zuspitzungen von Gerichtsfähigkeit, Formalisierung und Instrumentalisierung sowie mit der pluralistischen Diskursivität der Dogmatikbildung (s. o. 7. C.). Was in Hypothese 2.1 noch als „besondere ‚rhetorische‘ Verfasstheit“ bezeichnet wurde, konnte nunmehr also näher bestimmt und charakterisiert werden: als sphärenspringende Anthropomorphismen.

### C. Selbstironie der Gerichte

Ironie kann nicht nur von außen an die Rechtsprechung herangetragen werden. Man mag gerichtliche Äußerungen auch als Ausdruck der gerichtlichen *Selbstironie*<sup>3824</sup> analysieren – dies gilt vor allem für Formen des *judicial self-restraints*:

<sup>3822</sup> Es würde gewissermaßen den ultimativen Anthropomorphismus bereitstellen, diese Wendung im Sinn von Michel Foucault aufzuladen; Foucault diskutiert unter der Formel „Die Sorge um sich“ („*le souci de soi*“), weshalb ausgerechnet menschliche Sexualität und menschliches Sexualverhalten in so zugespitztem Maß moralisiert werden, vgl. *M. Foucault, Histoire de la sexualité*, Bd. 3. *Le souci de soi*, Paris, Frankreich, 1984.

<sup>3823</sup> BVerfGE 72, 330 (396) – Finanzausgleich I.

<sup>3824</sup> Zur Abgrenzung von ‚Fremdironie‘ und ‚Selbstironie‘ s. oben A.

## I. Vorüberlegung: ‚Selbstbewusstsein‘ der Gerichte zwischen Selbstreflexion und Selbstsicherheit

Selbstironie setzt ‚Selbstbewusstsein‘ voraus. ‚Selbstbewusstsein‘ kann nun aber sehr Unterschiedliches bedeuten: Es kann zu Selbstbeobachtung, Selbstreflexion, Selbstkritik und Selbstbeschränkung tendieren (s.u. 1.) oder ‚aber‘ auf Selbstvertrauen, Selbstsicherheit, Selbstbehauptung, Selbststilisierung bis hin zu Selbstüberhöhung gerichtet sein (s.u. 2.).

### 1. Gerichtliche Selbstreflexion: *judicial self-restraint* als *poetic self-restraint*

‚Selbstbewusstsein‘ als Selbstbeobachtung, Selbstreflexion, Selbstkritik und Selbstbeschränkung verweist im vorliegend interessierenden Zusammenhang der Rhetorik-Analyse gerichtlicher Artikulation auf *Sprachbewusstsein*.

§ 10, B. IV. 3. d) hat die eng verwandten, aber nicht völlig kongruenten ‚Ironie‘-Zugänge von Friedrich Schlegel und von Paul de Man vorgestellt; dabei wurde herausgearbeitet, dass Schlegel und de Man unterschiedliche Positionen zur Beherrschbarkeit von Ironie durch die Autorin oder den Autor einnehmen: Für Schlegel kann (und soll) die Autorin oder der Autor sich durchaus selbst beschränken und so schreiben, als ob „man in jedem Augenblick frei abbrechen“ könne<sup>3825</sup>; Marika Müller hat Schlegels Ansatz so beschrieben, dass die ironische Autorin oder der ironische Autor sich erlauben solle, ständig zwischen sich, seinem Text und dem Publikum reflektierend zu vermitteln, um doch noch künstlerische Freiheit gewinnen zu können<sup>3826</sup> (*poetic self-restraint* – näher oben § 10, B. IV. 3. d) cc)). De Man hingegen ist hinsichtlich der Möglichkeit der (Wieder-)Gewinnung auktorialer Steuerungskraft durch Distanzierung, (Selbst-)Reflexion, Dialektik und Narration skeptischer: Er betont, dass solche Versuche der Re-Ästhetisierung letztlich nicht stabilisiert werden könnten, und verbleibt beim Goethe-Zitat, wonach „die Worte sich selbst oft besser [verstehen würden], als diejenigen, von denen sie gebraucht werden“<sup>3827</sup> (näher oben § 10, B. IV. 3. d) cc)).

Wenn im Folgenden Formen des *judicial self-restraints* in Analogie zum *poetic self-restraint* als ironische Artikulation der Gerichte gelesen werden, folgt die Studie also dem ‚Ironie‘-Begriff Schlegels (und insoweit nicht mehr de Man). Dabei bauen die folgenden Ausführungen insbesondere auf der in § 8 erarbeiteten Hypothese 2.2 (teilweise aber weiterhin auch auf Hypothese 2.1) auf: In Hypothese 2.2 wird hervorgehoben, dass die Dogmatik und die Rhetorik der Verbandsgrundrechtspositionen

<sup>3825</sup> F. Schlegel, 37. Fragment der „Kritischen Fragmente“, in: H. Eichner (Hrsg.), Kritische Friedrich-Schlegel-Ausgabe, I. Abt., Bd. 2, München u. a. 1967 [1797], S. 147 (151).

<sup>3826</sup> Vgl. M. Müller, Die Ironie. Kulturgeschichte und Textgestalt, Würzburg 1995, S. 63.

<sup>3827</sup> Vgl. das Goethe-Zitat bei P. de Man, in: Aesthetic Ideology, hrsg. v. A. Warminski, Minneapolis, Minn., U.S.A., 1996, S. 163 (181).

föderaler Träger in besonderem Maß auf einen Trilog der föderalismusverfassungsrechtlichen Wirkungsdimensionen nicht-judikative Praxis, (para-)demokratische Öffentlichkeit und Rechtsprechung ausgerichtet sind. Neben Fragen des Zugangs zu Gericht und der Verfassungsänderungspolitik bewegt sich insbesondere das Phänomen des *judicial self-restraints* im Schnittpunkt dieser drei (föderalismus-) verfassungsrechtlichen Wirkungsdimensionen: Im *judicial self-restraint* bringen Gerichte zum Ausdruck, dass die Sanktionierung von (Föderalismus-)Verfassungsrechtsverstößen nicht ausschließlich Sache der Gerichte ist, sondern auch durch Akteure der nicht-judikativen Praxis und der (para-)demokratischen Öffentlichkeit geleistet wird (oder geleistet werden sollte). Die Analogie zu Müllers Beschreibung der Schlegel'schen Ironie als ein ständiges Reflektieren und Vermitteln zwischen sich, seinem Text und dem Publikum, um doch noch künstlerische Freiheit gewinnen zu können<sup>3828</sup>, wird offensichtlich.<sup>3829</sup>

## 2. Zur Abgrenzung: gerichtliche Selbstsicherheit

„Selbstbewusstsein“ kann nun aber wie erwähnt auch auf Selbstvertrauen, Selbstsicherheit, Selbstbehauptung, Selbststilisierung und Selbstüberhöhung gerichtet sein.

### a) Verfassungstextferner Aktivismus

Ob auf dem Fundament eines solchen „Selbstbewusstseins“ überhaupt (Selbst-) Ironie möglich ist, muss hier nicht vertieft werden; jedenfalls käme sie dann nicht im Sinn der vorliegend fokussierten Schlegel'schen Ironie der bescheidenen Selbstbeschränkung, vielleicht aber in Gestalt einer Ironie der „Überheblichkeit“ daher.<sup>3830</sup> Jedenfalls ist, bevor im weiteren Verlauf des Kapitels Rhetorik-Analysen zur gerichtlichen Selbstironie angestellt werden, ein Blick auf Formen der Aufführung gerichtlicher Selbstsicherheit im Bereich der Sanktionierung von Verbandsgrundrechtspositionen zu werfen, da diese verdeutlichen, dass – gerade im Bereich der Dogmatik und Rhetorik der Verbandsgrundrechtspositionen – gerichtliche Selbstbeschränkung *keine* Selbstverständlichkeit darstellt:

<sup>3828</sup> Vgl. M. Müller, Die Ironie. Kulturgeschichte und Textgestalt, Würzburg 1995, S. 63 – s. o. § 10, B. IV. 3. d) cc).

<sup>3829</sup> Es stellt sich freilich die Folgefrage, was das Analogon zur künstlerischen Freiheit im Bereich der Rechtsprechung sein könnte.

<sup>3830</sup> Ironie der „Überheblichkeit“ könnte die von de Man angesprochene „Ironie“ im Sinn eines rhetorischen oder stilistischen Mittels, das *punktuell* von Autorinnen und Autoren eingesetzt wird, um eine bestimmte Wirkung zu erzielen, sein: vgl. P. de Man, in: Aesthetic Ideology, hrsg. v. A. Warminski, Minneapolis, Minn., U.S.A., 1996, S. 163 (169 ff.). Ggf. hat de Man dies im Hinterkopf, wenn er andernorts „Ironie“ im Sinne [...] von Thomas Mann“ von der Schlegel'schen Ironie unterscheidet, P. de Man, in: Allegories of Reading, New Haven, Conn., U.S.A., u. a. 1979, S. 103 (116).



Vielmehr scheint die Aufführung gerichtlicher Selbstsicherheit – gewissermaßen im rhetorischen Modus der „väterlichen Strenge“ (Thoma) oder des Predigens *ex cathedra* (Schlink – s.o. B. II. 2. c) bb)) – im Bereich der Verbandsgrundrechtspositionen aufgrund ihrer Verfassungstextferne doch geradezu notwendig zu sein. In § 4, B. III. 4. sowie § 8, B. III. 2. wurden Verbandsgrundrechtspositionen – im Vergleich zu Kompetenzen und Ingerenzen – als besonders rechtsprechungsnah, geradezu als Refugium der Judikative und fruchtbarer Boden für *judicial activism* charakterisiert.

### b) Zwei Beispiele: zwei „Büchsen der Pandora“

Die Sanktionierung von Verbandsgrundrechtspositionen in gerichtlicher ‚Selbstsicherheit‘ sei an zwei Beispielen aus der Rechtsprechung des *U.S. Supreme Court* und des Bundesverfassungsgerichts veranschaulicht:

#### aa) Beispiel 1: ‚selbstbewusste‘ Affirmation von ‚Formalismus‘ und „Etikette“

Ein erstes Beispiel stellt die Art und Weise, wie der *U.S. Supreme Court* in den 1990er Jahren die von Adler und Kreimer als „bloße Etikette“ kritisierte *anti-commandeering doctrine* (dazu oben B. I.) begründete, dar. In *New York v. United States* (1992), der Leitentscheidung zu diesem Kern-Dogmatik-Komplex des „Würde“-Föderalismus, wurde ein Bundesgesetz invalidiert, weil es die legislative ‚Willensfreiheit‘ der Staaten verletze (das Bundesgesetz habe die Einzelstaaten unzulässigerweise vor die „Wahl“<sup>3831</sup> gestellt, entweder nach den näheren Vorgaben des Bundesgesetzes im Bereich des Atommüllrechts gesetzgeberisch tätig zu werden oder aber die Sachherrschaft und Haftbarkeit für den radioaktiven Abfall auf dem Gebiet des jeweiligen Einzelstaats zu übernehmen – zu Sachverhalt, Entscheidungsinhalt und dogmatischer Einordnung näher oben § 6, A. I. 2. a)). Bemerkenswert für den hier interessierenden rhetorischen Zusammenhang ist, dass Vertreterinnen und Vertreter der Gerichtsmehrheit offen (gewissermaßen also ‚selbstbewusst‘) affirmieren, dass die *anti-commandeering doctrine* im oben geschilderten Sinn ‚formalistische‘ Tendenzen aufweist:

Dies wird durch einen Blick in das Protokoll der mündlichen Verhandlung zu *New York v. United States* (1992), also in einen ‚echten‘ Rechtsarbeitstext (dazu oben § 7, A. I. 3. c)), verdeutlicht: In der mündlichen Verhandlung richtete *Justice Anthony Kennedy* folgende Frage an Peter H. Schiff, den prozessführenden damaligen *Deputy Solicitor General of New York*: „*What are the underlying values that you’re trying to further by the Tenth Amendment argument that you urge upon us? Is it, is this simply just a matter of etiquette and form, the etiquette of federalism, or is there something*

<sup>3831</sup> *New York v. United States*, 505 U.S. 144 (1992), 175: „choice“ – auch im Orig. ironisiert.

*more substantial?*“<sup>3832</sup> Zwar verneinte Schiff diese Frage mit der Begründung, dass es um ein „sehr signifikantes Element der Struktur der Verfassung“ und daher um keine bloße „Etikette“-Frage gehe; die Einzelstaaten müssten selbst entscheiden dürfen, wann sie Tätigkeiten ergreifen und wie sie ihre Mittel einsetzen.<sup>3833</sup> Dies sei – so Schiff – relevant für demokratische *accountability*-Strukturen (s. o. § 6, A. I. 2. a)), woraufhin eine (im Protokoll unbenannte) Richterin oder ein Richter (wahrscheinlich wieder Kennedy) unmittelbar deutlich machte, dass Zweifel daran bestünden, ob dies wirklich zutreffe.<sup>3834</sup> Der ‚Formalismus‘ hinter Schiffs Argument wird dadurch unterstrichen, dass er vor der Öffnung einer „*Pandora's box*“ warnt, sollte das Gericht das angegriffene Bundesgesetz mit seinen angeblichen faktischen Zwangswirkungen nicht invalidieren<sup>3835</sup>; er betont die Schutzwürdigkeit der ‚Entscheidungsfreiheit‘ des Staats New York ganz *grundsätzlich*, auch mit Blick auf die Zukunft, also auch abgesehen vom konkreten Fall.

Der Dialog zeigt: Von Anfang an war der formalistische Charakter, die zweifelhafte Rückbindung der *anti-commandeering doctrine* an „*underlying values*“ ein offen angesprochenes Thema. Und auch in der schriftlichen Mehrheitsmeinung zu *New York v. United States* legt Justice Sandra Day O'Connor dann den formalistischen Impetus der von ihr autorisierten Entscheidung ohne Umschweife offen: „*Our task would be the same even if one could prove that federalism secured no advantages to anyone.*“<sup>3836</sup> In der US-Verfassung sei eben die Entscheidung für die „Form“<sup>3837</sup>

<sup>3832</sup> Official Transcript. Proceedings before the Supreme Court of the United States. New York, Petitioner v. United States, et al., Washington, D.C., U.S.A., 1992, S. 13 f.; hierzu auch *M. D. Adler/S. F. Kreimer*, Supreme Court Review 1998, 71 (134, dort in Fn. 186), welche die zitierte Frage ebenfalls Justice Kennedy zuschreiben – zu beachten ist nämlich, dass im „*Official Transcript*“ die Fragen der Richterinnen und Richter nur mit „*QUESTION*“ verzeichnet und nicht einer konkreten Richterin oder einem konkreten Richter zugeordnet werden; vorliegend legt die Antwort von Schiff, in welcher er ausdrücklich Kennedy anspricht, nahe, dass die Frage von Kennedy gestellt worden war.

<sup>3833</sup> Official Transcript. Proceedings before the Supreme Court of the United States. New York, Petitioner v. United States, et al., Washington, D.C., U.S.A., 1992, S. 14: „*the Federal system is a very significant element in the constitutional structure, so we don't think it's a matter of etiquette. We think that it is important for the states to be able to determine when to undertake activities, where to place their resources*“.

<sup>3834</sup> Vgl. Official Transcript. Proceedings before the Supreme Court of the United States. New York, Petitioner v. United States, et al., Washington, D.C., U.S.A., 1992, S. 14: „*It seems to me what the state has done here, or what the Federal Government has done here at least makes it clear who bears the responsibility for this scheme of regulation.*“ Daraufhin verstärkt Schiff seine Argumentation und bekräftigt, dass es problematisch sei, dass die Bundesebene den Staaten einen Zeitplan auflege, wie sie wann mit radioaktiven Abfall in einer Weise zu verfahren hätten, welche vom Staat New York für sachlich unzumutbar erachtet wird; vgl. a. a. O., S. 14 f.

<sup>3835</sup> Official Transcript. Proceedings before the Supreme Court of the United States. New York, Petitioner v. United States, et al., Washington, D.C., U.S.A., 1992, S. 16.

<sup>3836</sup> *New York v. United States*, 505 U.S. 144 (1992), 157.

<sup>3837</sup> Der Aspekt der „*form*“ wird mehrfach deutlich hervorgehoben in *New York v. United States*, 505 U.S. 144 (1992), 187.

eines föderalen Systems getroffen worden; diese Entscheidung, eine „Wahrheit so grundlegend wie die Luft um uns herum“<sup>3838</sup>, müsse dann auch von den Gerichten ohne Rücksicht auf die praktischen „Notwendigkeiten einer bestimmten Zeit“ durchgesetzt werden<sup>3839</sup> – selbst wenn dies den Befürwortern (wörtlich: „*partisans*“) der invalidierten Maßnahme „formalistisch“<sup>3840</sup> erscheine. Hierin liegt vor allem auch eine Reaktion auf die beiden funktionalistisch argumentierenden abweichenden Sondervoten, in welchen der formalistische Ansatz der Gerichtsmehrheit deutlich kritisiert wird: Das Mehrheitsvotum ist aus Sicht der Sondervoten eine „formalistisch rigide Ehrerbietung dem ‚Föderalismus‘ gegenüber“, welche verkenne, dass – in der Wirkungsdimension der nicht-judikativen Praxis – im Vorfeld des Erlasses des invalidierten Bundesgesetzes deutlich geworden sei, dass bei der politischen Führung vieler Einzelstaaten (freilich nicht bei dem klagenden Staat New York) durchaus Sympathien für das vom Gericht invalidierte flexible Anreiz-System des Bundesgesetzes bestanden hätten, diesem Gesetz sogar Absprachen und Kompromisse der föderalen Träger vorausgegangen seien.<sup>3840</sup> Diese praxisblinde Formalisierung von ‚Föderalismus‘ auf Kosten der praktischen Interessen der Einzelstaaten entbehre nicht einer gewissen „Ironie“.<sup>3841</sup>

Bemerkenswert an dieser Auseinandersetzung zwischen formalistisch argumentierender Gerichtsmehrheit und funktionalistisch argumentierenden Sondervoten in *New York v. United States* (1992) ist, dass die Gerichtsmehrheit die Position des Formalismus nicht von sich weist, sondern positiv besetzt und affirmiert.<sup>3842</sup> Gleiches gilt im Übrigen sogar für den von Adler und Kreimer (später) abwertend-kritisch eingesetzten Begriff „Etikette“: Drei Jahre nach der Entscheidung *New York v. United States* (1992) dehnt *Justice Kennedy*, welcher Teil der dortigen Gerichtsmehrheit war (und die Rede von der „Etikette“ wie erwähnt ursprünglich bei der mündlichen Verhandlung ins Spiel gebracht hatte), diese Affirmation des Formalismus sogar auf die Formel vom „Etikette“-Föderalismus aus und besetzt auch diese positiv: Am Rande seines konkurrierenden Sondervotums in *United States v. Lopez* (1995) spricht *Kennedy* davon, dass Verletzungen der „Etikette des Föderalismus“ ein gerichtlich zu sanktionierendes Eindringen in die Souveränität der Einzelstaaten darstellen würden.<sup>3843</sup>

<sup>3838</sup> *New York v. United States*, 505 U.S. 144 (1992), 187: „Some truths are so basic that, like the air around us, they are easily overlooked.“

<sup>3839</sup> Vgl. *New York v. United States*, 505 U.S. 144 (1992), 157.

<sup>3840</sup> *New York v. United States*, 505 U.S. 144 (1992), 188 (210) – abw. Sondervotum *Justice White*: „formalistically rigid obedience to ‚federalism‘“; vgl. auch a. a. O., 210 (211) – abw. Sondervotum *Justice Stevens*: „Nor does the structure of the constitutional order or the values of federalism mandate such formal rule.“

<sup>3841</sup> *New York v. United States*, 505 U.S. 144 (1992), 188 (210) – abw. Sondervotum *Justice White*.

<sup>3842</sup> S. o. in Fn. 3837.

<sup>3843</sup> *United States v. Lopez*, 514 U.S. 549 (1995), 568 (583) – Sondervotum (*concurrency*) *Justice Kennedy*: „This [*Lopez*] is not a case where the etiquette of federalism has been violated by a formal command from the National Government directing the State to enact a

bb) Beispiel 2: der ausschweifende Vorbehalt in Kalkar II  
und seine Rezeption

Im Urteil zur Rechtssache ‚Kalkar II‘ aus dem Jahr 1990 – es ging um die verfassungsrechtlichen Grenzen von Weisungen des Bundes an die Länder im Rahmen der Bundesauftragsverwaltung (des Atomgesetzes) gemäß Art. 85 Abs. 3 GG (näher oben § 6, A. II. 3. b)) – fügte der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts der eher ‚technischen‘ Prüfung von Voraussetzungen wie dem „Gebot der Weisungs-klarheit“ und „der aus der Pflicht zu bundesfreundlichem Verhalten erwachsende[n] Anhörungspflicht“ einen materiellen Vorbehalt hinzu: „Eine Grenze alleiniger Gemeinwohlverantwortlichkeit des Bundes ergibt sich allerdings in dem äußersten Fall, daß eine zuständige oberste Bundesbehörde unter grober Mißachtung der ihr obliegenden Obhutspflicht zu einem Tun oder Unterlassen anweist, welches im Hinblick auf die damit einhergehende allgemeine Gefährdung oder Verletzung bedeutender Rechtsgüter schlechterdings nicht verantwortet werden kann.“<sup>3844</sup> Dem angewiesenen Land stehe „vermöge seines Rechts auf Eigenstaatlichkeit [... eine] Pflicht des Bundes gegenübe[r], von ihm, dem Land, nicht zu fordern, was schlechthin außerhalb des von einem Staat Verantwortbaren gelegen ist.“<sup>3845</sup> Die Subsumtion des Senats unter diesen Prüfungspunkt fällt dann aber sehr knapp aus und führt zu der Folgerung: „Der Ausnahmefall einer Weisung zu schlechthin unverantwortbarem Verwaltungshandeln liegt ersichtlich nicht vor.“<sup>3846</sup> Man mag also fragen, ob der Zweite Senat im konkreten Fall wirklich dazu berufen war, den zitierten etatistischen „schlechthin“-Vorbehalt zu formulieren.<sup>3847</sup>

Die Formulierung der „schlechthin“-Formel ist ein Beispiel für eine ausschweifende, ‚selbstbewusste‘ Maßstabbildung durch das Gericht im Bereich der Verbandsgrundrechtspositionen. Sie bewegt sich an den Grenzen zwischen Kanonischem und Apokryphem (s.o. § 7, A. III. 3. c)). Eine solche ausschweifende Maßstabbildung birgt das Risiko, eine schwer kontrollier- und einfangbare dogmatische (Fehl-)Rezeption und Verselbstständigung zu ermöglichen: Tatsächlich wurde der ‚Kalkar II‘-Vorbehalt dann Jahrzehnte später zum argumentativen Fundament für Udo Di Fabio's Plädoyer, in der „Migrationskrise“ den Ländern ein einklagbares Recht auf Bundesgrenzschutzmaßnahmen des Bundes an die Hand zu geben (ausführlich oben § 5, B. III. 2. b)). Der Prozessvertreter Schiff hatte, wie eben erwähnt, in der mündlichen Verhandlung zu *New York v. United States* (affir-

---

*certain policy, cf. New York v. United States, [...] While the intrusion on state sovereignty may not be as severe in this instance as in some of our recent Tenth Amendment cases, the intrusion is nonetheless significant.*“

<sup>3844</sup> BVerfGE 81, 310 (334) – Kalkar II.

<sup>3845</sup> BVerfGE 81, 310 (334) – Kalkar II.

<sup>3846</sup> BVerfGE 81, 310 (339) – Kalkar II.

<sup>3847</sup> Zu bemerken ist insoweit, dass der Senat durch das Vorbringen der Antragstellerin, der Landesregierung des Landes Nordrhein-Westfalen, dazu gedrängt wurde: „die Existenz des Landesstaatsvolks und damit des Landes selbst [sei] gefährdet“, s. BVerfGE 81, 310 (320) – Kalkar II.

mativ) das Bild einer „Büchse der Pandora“ ins Spiel gebracht, um *für* eine gerichtliche Intervention zu argumentieren (s. o. aa)); hier, beim ‚Kalkar II‘-Vorbehalt, drängt sich das Bild der „Büchse der Pandora“ in umgekehrter Weise zur Warnung vor dogmatisch schwer einfangbaren Verbandsgrundrechtspositionen auf.

## II. Vier anekdotische Vignetten der gerichtlichen Selbstironie

Auch wenn die beiden vorstehend analysierten Entscheidungen als Zeugen eines ‚selbstbewussten‘ *judicial activism* im Bereich der Verbandsgrundrechtspositionen vorgestellt wurden, so bergen Verbandsgrundrechtspositionen doch aber auch das Potential, als Orte der gerichtlichen Zurückhaltung zu fungieren. Im Folgenden soll anhand von vier Beispielen die textuell-rhetorische Verfasstheit von *judicial self-restraint* als (Selbst-)Ironie von Gerichten charakterisiert werden:

### 1. Vignette 1: Ruth Bader Ginsburg und mehrdeutige „Zwänge“ im demokratischen Föderalismus

Das abweichende Sondervotum von *Justice* Ruth Bader Ginsburg in der *Obamacare*-Entscheidung *National Federation of Independent Business v. Sebelius* diene in § 10, B. V. 1. d) cc) als paradigmatisches Beispiel für den ironischen Modus anthropomorphistischer Argumentation:

a) „[T]he coercion [...] in fact“

Ginsburg zeigt in ihrem Sondervotum, dass der von der Gerichtsmehrheit gebrauchte Anthropomorphismus der ‚Willensfreiheit‘ der Einzelstaaten durchaus auch demokratiethoretisch lesbar ist, dann aber dem kruden Argument der Gerichtsmehrheit gegen angeblich ‚faktisch zwingende‘ Bundesfinanzhilfen den Boden entzieht (näher oben § 6, A. IV. 2. b) sowie unten § 12, B. III. 3. c) cc)): „*Does it matter [...] that the coercion state officials in fact fear is punishment at the ballot box for turning down a politically popular federal grant?*“<sup>3848</sup>

b) Ironie durch offenes Ausstellen anthropomorpher Mehrdeutigkeit

An dieser Stelle ist lediglich noch einmal hervorzuheben, dass das Schema von Ginsburgs ironischer Dekonstruktion des ‚Willensfreiheits‘-Topos stark demjenigen der ironischen Fremdkritik ähnelt, welche bei Adler und Kreimer sowie Wittreck nachgewiesen wurde; jeweils wird die Mehrdeutigkeit anthropomorpher Wendungen und ihr Potenzial zum Sphärensprung zwischen Wirkungsdimensionen ausbuch-

<sup>3848</sup> *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, 567 U.S. 519 (2012), 643 f. – Sondervotum *Justice* Ginsburg.

stabierte: Während Adler und Kreimer sowie Wittreck danach fragen, um *wessen* ‚Würde‘ bzw. *wessen* ‚Treue‘ es in föderalismusverfassungsrechtlichen Streitigkeiten vor Gericht ‚tatsächlich‘ geht (s. o. B. I.), fragt Ginsburg, *wessen* ‚Willensfreiheit‘ ‚tatsächlich‘ („*in fact*“<sup>3849</sup>) zur Debatte steht und stehen sollte.

## 2. Vignette 2: der Zweite Senat und die Nüchternheit des Kompetenzrechts

In der neueren Rechtsprechung des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts zum Topos ‚Kulturhoheit der Länder‘ begegnet eine nüchterne(re) und versteckte(re) Form der Selbstironie:

### a) „In diesem Sinne gelten die Länder als Träger der Kulturhoheit“

Der Senat setzt sich im Urteil zur Bundeskompetenzgemäßheit des Filmförderungsgesetzes aus dem Jahr 2014 damit auseinander, ob die Bundesgesetzgebungskompetenz für „das Recht der Wirtschaft“ trotz kulturpolitischer Begleitaspunkte einer Regelung einschlägig sein könne – und bejaht diese Frage (s. o. § 5, A. I. 3. a)). Zwar könne man „anhand der Verfassungsentwicklung Sachmaterien [...] identifizieren, die nach dem Willen des Verfassungsgebers zumindest in wesentlichen Hinsichten in die Gesetzgebungskompetenz der Länder fallen sollen. In diesem Sinne gelten die Länder als Träger der Kulturhoheit.“<sup>3850</sup> Daraus folge jedoch keine Begrenzung von anderweitig eingeräumten Bundesgesetzgebungskompetenzen: Unter Berufung auf die ‚Kulturhoheit der Länder‘ ließen sich daher bundesgesetzgeberische „Einwirkungen auf den Kulturbereich“, falls sie auf einen Bundesgesetzgebungskompetenztitel wie „Recht der Wirtschaft“ stützbar seien, *nicht* als kompetenzwidrig behaupten<sup>3851</sup> (näher oben § 5, A. I. 3. a)).

### b) Ironie durch Ausstellen einer wirkmächtigen Fehllektüre

Der Senat betont hier den ‚als ob‘-Charakter des „Kulturhoheit“-Topos<sup>3852</sup>, erklärt seinen methodischen sowie (regelungs-), technisch‘-prosaischen Hintergrund<sup>3853</sup> und

<sup>3849</sup> *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, 567 U.S. 519 (2012), 643 f. – Sondervotum Justice Ginsburg.

<sup>3850</sup> BVerfGE 135, 155 (196) – Filmförderungsabgabe.

<sup>3851</sup> Vgl. BVerfGE 135, 155 (196) – Filmförderungsabgabe; aufgegriffen und verallgemeinert in BVerfG, Beschl. d. Zweiten Senats v. 25.03.2021 – 2 BvF 1/20 u. a. – Berliner Mietendeckel, Rn. 82: „Nach der Systematik der grundgesetzlichen Kompetenzordnung wird der Kompetenzbereich der Länder daher grundsätzlich durch die Reichweite der Bundeskompetenzen bestimmt, nicht umgekehrt (vgl. BVerfGE 135, 155 <196 Rn. 103>)“.

<sup>3852</sup> BVerfGE 135, 155 (196) – Filmförderungsabgabe: „gelten [...] als“.

<sup>3853</sup> BVerfGE 135, 155 (196) – Filmförderungsabgabe: „anhand der Verfassungsentwicklung Sachmaterien [...] identifizieren“.

disqualifiziert ihn auf diese Weise als einen tauglichen Träger einer etatistisch-subnationalistisch gespeisten Verbandsgrundrechtsposition<sup>3854</sup>. Man mag dies in loser Anlehnung an Max Weber als einen Vorgang der „Entzauberung“ (der ‚dogmatischen Welt‘) lesen: als eine verfassungsjuristisch strenge, insoweit „[i]ntelktualisier[te]“ Absage an „geheimnisvoll[e] unberechenbare Mächte“<sup>3855</sup> wie den kryptonormativen subnationalistischen Etatismus hinter der Formel ‚Kulturhoheit der Länder‘ (dazu auch unten § 12, B. I. 3. b) aa)). Es ist verfassungsjuristisch eben nicht haltbar, aus einem angeblichen – dem Verfassungstext und der Systematik der verfassungsrechtlich geregelten Kompetenzverteilung vor-gelagerten – materiellen Kompetenzaufteilungsgrundsatz, wonach den Ländern ‚die Kulturpolitik‘ zustehe, Grenzen für ausdrücklich textlich gefasste Bundeskompetenzen abzuleiten.

Bemerkenswert ist zudem die implizit-versteckte Selbstkorrektur<sup>3856</sup>, jedenfalls aber die deutliche dogmatische Klarstellung, welche in der Entscheidung zum Filmförderungsgesetz sichtbar wird: Der Senat blickt ausdrücklich auf eine Kette von Judikaten zurück und zitiert diese: „BVerfGE 6, 309 <346 f.>; 37, 314 <322>; 106, 62 <132>; 108, 1 <14>; 119, 59 <82>; 122, 89 <110>; s. auch BVerfGE 12, 205 <229>; 92, 203 <238>“<sup>3857</sup>. Zum Teil war das Gericht in diesen frühen Entscheidungen noch von einer bundeskompetenzbeschränkenden Wirkung der ‚Kulturhoheit der Länder‘ ausgegangen (zu Beispielen wie der Reichskonkordatsentscheidung von 1957 s. oben § 5, A. I. 3. a)). In der Filmförderungsentscheidung hat der Zweite Senat erkennbar das Bedürfnis verspürt, im Modus der rhetorischen ‚Entzauberung‘ deutlich darüber aufzuklären, welchen verfassungsjuristischen Gehalt die zwar eingängige und jedenfalls zeitweilig einigermaßen wirkmächtige, allerdings missverständliche sowie häufig fehlverstandene Wendung ‚Kulturhoheit der Länder‘ ‚wirklich‘ hat.<sup>3858</sup> Eine ‚ironische‘ Grundfärbung kann man der dogmatischen ‚Aufklärungsarbeit‘ des Senats aufgrund des ausgestellten Sprach- und Rhetorik-Bewusstseins („In diesem Sinne gelten die Länder als Träger der Kulturhoheit“<sup>3859</sup>) entnehmen.<sup>3860</sup>

<sup>3854</sup> BVerfGE 135, 155 (196) – Filmförderungsabgabe: „Hieraus folgt jedoch nicht, dass [...]“.

<sup>3855</sup> M. Weber, in: Wissenschaft als Beruf. 1917/1919. Politik als Beruf. 1919, hrsg. v. W. J. Mommsen/G. Hübinger in Zusammenarbeit mit B. Morgenbrod, Tübingen 1992 [1917/1919], S. 70 (87).

<sup>3856</sup> Beachte jedoch die Anm. in Fn. 3860 a. E.; vgl. auch H. P. Aust, AöR 141 (2016), 415 (436, dort in Fn. 97).

<sup>3857</sup> BVerfGE 135, 155 (196) – Filmförderungsabgabe.

<sup>3858</sup> Eine komparatistische Parallele findet sich in der Behandlung des Zehnten Zusatzartikels zur US-Verfassung (dazu oben § 4, B. I. 2. a)) in der Entscheidung *United States v. Darby*, 312 U.S. 100 (1941), 124: als „bloße Binsenweisheit“ („but a truism“). Zu *Darby* knapp oben § 5, A. I. 2. a).

<sup>3859</sup> BVerfGE 135, 155 (196) – Filmförderungsabgabe.

<sup>3860</sup> Die ironische Komponente ist hier weniger greifbar als etwa im *Obamacare*-Sondervotum von *Justice Ginsburg* (s. o. 1.). Liest man den Topos ‚Kulturhoheit‘ allerdings – unter dem gemeinsamen Dach des ‚Würde‘-Föderalismus – als ein verstecktes rhetorisch funktion-



### 3. Vignette 3: David Souter und die Untrennbarkeit von Dogmatik und Ideenpolitik

Eine anders gelagerte Spielart von ‚entzaubernder‘ ‚Aufklärungsarbeit‘ hinsichtlich der Argumentation mit Verbandsgrundrechtspositionen begegnet im US-amerikanischen Fallrecht:

a) „[A]s against dictum [...] Madison and Hamilton prevail“

In der Entscheidung *Printz v. United States* (1997) dehnte eine (‚konservative‘) 5:4-Mehrheit des Gerichts<sup>3861</sup> die fünf Jahre zuvor in *New York v. United States* (1992) für den Legislativ-Bereich aufgestellte *anti-commandeering*-Dogmatik auf den Bereich des Vollzugsföderalismus aus: Die Gerichtsmehrheit erblickte einen Föderalismusverfassungsrechtsverstoß darin, dass Bediensteten der Einzelstaaten in einem waffenrechtlichen Bundesgesetz unmittelbar Kontrollaufgaben übertragen worden waren (näher oben § 6, A. II. 2. a)). Gegen dieses Mehrheitsvotum wurden insgesamt drei abweichende Sondervoten verfasst, an welchen unter dem Gesichtspunkt der ironischen gerichtlichen (Selbst-)Kritik vor allem zwei Aspekte auffallen; beide beziehen sich auf Fragen der juristischen Methodik und Argumentation:

*Erstens* stellt *Justice* John Paul Stevens in seinem abweichenden Sondervotum, dem sich drei weitere Richterinnen und Richter anschlossen<sup>3862</sup>, heraus, dass – anders als von *Justice* Antonin Scalia für die Mehrheit behauptet – die fallrechtliche Grundlage für die Mehrheitsmeinung ungesichert, dass kein bindender Präzedenzfall (*precedent*) gegeben sei: Stevens kritisiert, dass sich Scalias Votum auf ein *obiter dictum* aus dem Mehrheitsvotum von Sandra Day O’Connor zur Entscheidung *New York v. United States* (1992) zum *legislative commandeering* stütze, ohne zu benennen, dass es sich dabei um ein bloßes *obiter dictum* handle.<sup>3863</sup> In dem besagten

nales Äquivalent zu offen anthropomorphen Floskeln wie der ‚Willensfreiheit‘ förderierter Einheiten, so lassen sich die angestellten Beobachtungen zur ironischen Dekonstruktion insoweit übertragen.

Außerdem liegt ‚Ironie‘ (dann aber nicht mehr im Schlegel’schen Sinn) darin, dass die ‚Aufklärungsarbeit‘ des Senats nicht offen damit umgeht, dass auch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (insbesondere die Reichskonkordatsentscheidung und auch die I. Rundfunkentscheidung – s. o. § 5, A. I. 3. a)) selbst zu Missverständlichkeiten hinsichtlich des Topos ‚Kulturhoheit‘ beigetragen hat.

<sup>3861</sup> Aus den *Justices* Antonin Scalia (Verfasser des Votums), William Rehnquist, Sandra Day O’Connor, Anthony Kennedy, Clarence Thomas; vgl. *Printz v. U.S.*, 521 U.S. 898 (1997), 900.

<sup>3862</sup> *Justices* Ruth Bader Ginsburg, David Souter und Stephen Breyer; vgl. *Printz v. U.S.*, 521 U.S. 898 (1997), 939 – abw. Sondervotum *Justice* Stevens.

<sup>3863</sup> Vgl. *Printz v. U.S.*, 521 U.S. 898 (1997), 939 (963) – abw. Sondervotum *Justice* Stevens: „*The majority relies upon dictum in New York [...]. But that language was wholly unnecessary to the decision of the case. It is, of course, beyond dispute that we are not bound by the dicta of our prior opinions.*“

*obiter dictum* hatte O'Connor bereits 1992 die Ausdehnung der *anti-commandeering*-Dogmatik von (damals entscheidungserheblichen) Legislativkonstellationen auf (damals nicht entscheidungserhebliche) Vollzugskonstellationen angedacht.<sup>3864</sup>

Zweitens ergänzt Justice David Souter in einem weiteren abweichenden Sondervotum diese Methodik-Kritik in einer anderen, nämlich ideenpolitischen Dimension: Souter argumentiert intensiv mit einigen Textstellen aus den *Federalist Papers*, um die Position der Gerichtsminderheit, nach der es verfassungsmäßig sei, wenn der Bundesgesetzgeber auf die Verwaltungsapparate der Einzelstaaten zugreift, zu stützen.<sup>3865</sup> Scalia versucht im Mehrheitsvotum, Souters Rezeption der *Federalist Papers* zu entkräften; anhand dieser Scalia-Souter-Debatte um die richtige Lesart der *Federalist Papers* wurde am Beginn der vorliegenden Studie das überzeitliche Wirkungspotential von ‚Ideenpolitik‘ exemplarisch illustriert (s.o. § 1, C. II. 2.). Bemerkenswert ist nun Souters Anmerkung, dass er sich bewusst sei, dass in einer *U.S. Supreme Court*-Entscheidung aus dem Jahr 1883 nicht seine, Souters, sondern vielmehr Scalias Auffassung vertreten worden sei: „Ich erkenne an, dass meine Lesart des *Federalist* der Ansicht von Justice Field widerspricht, welcher in *United States v. Jones* [...] (1883) ausdrücklich feststellte, dass die frühen Beispiele für den Vollzug von Bundesrecht durch die Staaten nicht gegen den Willen eines Staats hätten durchgesetzt werden können.“<sup>3866</sup> Jedoch führt Souter weiter aus: „Allerdings war auch diese Feststellung ein bloßes [obiter] dictum und gegen [obiter] dicta, selbst von Justice Field, setzen sich Madison und Hamilton durch“ („*But that statement, too, was dictum, and as against dictum even from Justice Field, Madison and Hamilton prevail*“)<sup>3867</sup>.

---

<sup>3864</sup> Jedenfalls lässt sich eine Textstelle in der Entscheidung so lesen, vgl. *New York v. United States*, 505 U.S. 144 (1992), 188: „*The Federal Government may not compel the States to enact or administer a federal regulatory program.*“ In *Printz v. United States*, 521 U.S. 898 (1997), 933, wird das *obiter dictum* aus *New York v. United States* in der Mehrheitsmeinung von Justice Scalia wörtlich zitiert und dieses wörtliche Zitat eingeleitet mit: „*We adhere to that principle today, and conclude categorically, as we concluded categorically in New York: [...]*“.

Es kommt noch hinzu, dass auch die *case law*-Fundierung der Entscheidung *New York v. United States*, 505 U.S. 144 (1992), ihrerseits bereits höchst ungesichert und im Gericht umstritten war: dazu *New York v. United States*, 505 U.S. 144 (1992), 188 (202 f.) – abw. Sondervotum Justice White.

<sup>3865</sup> Vgl. *Printz v. U.S.*, 521 U.S. 898 (1997), 970 (971 ff.) – abw. Sondervotum Justice Souter.

<sup>3866</sup> *Printz v. U.S.*, 521 U.S. 898 (1997), 970 (975) – abw. Sondervotum Justice Souter: „*I recognize that my reading of The Federalist runs counter to the view of Justice Field, who stated explicitly in United States v. Jones, 109 U.S. 513, 519–520 (1883), that the early examples of state execution of federal law could not have been required against a State's will.*“

<sup>3867</sup> Vgl. *Printz v. U.S.*, 521 U.S. 898 (1997), 970 (975) – abw. Sondervotum Justice Souter.

*b) Ironie durch ‚Spiel‘ mit den Konventionen  
des dogmatisch-ideenpolitischen Diskurses*

Diese Textstelle in Souters Sondervotum verdient aus methodischer und rhetorikanalytischer Sicht deshalb besondere Aufmerksamkeit, weil sie die inhärente ideenpolitische Durchdringung der Dogmatik zu den Verbandsgrundrechtspositionen pointiert (ironisch) offenlegt:

aa) Rechtserzeugungsquellen texts statt apokryphe Rechtsinhaltsquellen texts

Souter führt in seinem Sondervotum zwei Aspekte zusammen: die auch von Stevens im anderen Sondervotum gerügte prekäre dogmatische Basis von Scalias Mehrheitsvotum (Stützung auf ein bloßes *obiter dictum*)<sup>3868</sup> und die ideenpolitische Grundprägung der konkreten Streitfrage. Angesichts der unklaren *case law*-Lage sollen es letztlich die ideenpolitischen Autoren der *Federalist Papers*, Hamilton und Madison, sein, deren Auffassung maßgeblich für die Entscheidung des Falls ist.

‚Ironie‘ (zunächst nur in einem ‚untechnischen‘ Sinn) ergibt sich daraus, dass hier ein apokrypher Rechtsinhaltsquellen text (das abweichende Sondervotum von Souter aus dem Jahr 1997) die angeblich geringe Bedeutung eines anderen, ebenfalls nur apokryphen Rechtsinhaltsquellen texts (des *obiter dictums* von Field aus dem Jahr 1883) behauptet (zur Kategorie ‚apokryphe Rechtsinhaltsquellen texts‘ oben § 7, A. III. 3.). Auf kanonische Rechtsinhaltsquellen texts (Präzedenzfälle) nimmt Souter insoweit *nicht* Bezug. Stattdessen räumt sein abweichendes Sondervotum einem noch einmal fast hundert Jahre älteren Text vorrangige Bedeutung ein: Maßgeblich sollen letztlich die *Federalist Papers* von 1787/88 sein, also nach oben eingeführter Terminologie ‚bloße‘ Rechtserzeugungsquellen texts (je nach Lesart ggf. auch Rechtswertungsquellen texts)<sup>3869</sup>, welche keine Rechtserkenntnisquellen texts oder auch nur Rechtsinhaltsquellen texts darstellen (zu diesen Textsorten oben § 7, A. I. 3. b)).

bb) Methodologische ‚Reise nach Jerusalem‘(?)

Betrachtet man Souters Aussage mit dieser methodologischen Aufmerksamkeit, so wird sie zu einem ironisch lesbaren ‚Lehrstück‘ über die Mechanismen pluralistisch-diskursiver Dogmatikbildung und Textarbeit im Bereich der verfassungstextfernen Verbandsgrundrechtspositionen.

Die ironische Lesart wird durch folgende Beobachtung nahegelegt, welche man im von Paul Brest begründeten, didaktisch aufbereiteten *case book* zu „*Processes of Constitutional Decisionmaking*“ nachlesen kann: Scalia (im Mehrheitsvotum) und Souter (in seinem Sondervotum) würden in *Printz* jeweils von ihren herkömmlichen

<sup>3868</sup> Dazu in Fn. 3863.

<sup>3869</sup> Dazu oben bei Fn. 3865.

persönlichen Methodik-Vorlieben abweichen<sup>3870</sup>: Während Scalia, der allgemein als ‚text‘-fokussierter Verfassungsinterpret bekannt ist, stärker als üblich auf Faktoren außerhalb des Textes der geschriebenen Verfassung, nämlich auf „*doctrine, structure, and history*“ schaue, widme sich Souter, eher bekannt als Verfechter strenger Präzedenzfallbindung, in seinem Rekurs auf die *Federalist Papers* stärker als üblich dem Faktor der „ursprünglichen Absicht“ („*original intent*“) des Verfassungsgebers.<sup>3871</sup> Angesichts dieses Befunds stellt das *case book* die Frage: „*What, if anything, do you make of all this?*“<sup>3872</sup> Eine Antwortmöglichkeit – versehen mit einem Fragezeichen – bringt das *case book* selbst ins Spiel: „[*m]ethodological musical chairs?*“ (deutschsprachig gefasst: „methodologische Reise nach Jerusalem?“ oder „methodologischer Stuhltanz?“).<sup>3873</sup> Die „*musical chairs*“- , also „Stuhltanz“-Metapher hat eine gewisse Verbreitung im US-amerikanischen Feuilleton, aber auch in der Wissenschaftssprache; sie wird unter anderem<sup>3874</sup> zur Veranschaulichung der Auswechselbarkeit von Zuordnungen bestimmter Personen zu bestimmten inhaltlichen (ideologischen, sachpolitischen etc.) Positionen<sup>3875</sup> verwendet. Auf Letzteres spielt das *case book* im oben wiedergegebenen Zitat an, wenn es hervorhebt, dass Scalia und Souter in ihren widerstreitenden Voten in der Rechtssache *Printz* in arbiträrer Weise bestimmte Positionen der juristischen Methodik einnehmen würden, welche sie herkömmlicherweise gerade nicht verfolgen. Kritische Kraft entfaltet die „*musical chairs*“-Metapher, indem sie suggeriert, dass die methodologischen Grundüberzeugungen der beiden Richter offenbar etwas anderem aufgeopfert

<sup>3870</sup> Vgl. P. Brest/S. Levinson/J. M. Balkin/A. R. Amar/R. B. Siegel, *Processes of Constitutional Decisionmaking. Cases and Materials*, 7. Aufl., New York, N.Y., U.S.A. 2018, S. 823, welche außerdem noch eine Abweichung in der methodologischen Position von Justice Stevens (Verf. eines weiteren abw. Sondervotums zu *Printz*) beschreiben: Dieser argumentiere, anders als in Individualgrundrechtsfällen, stärker „text“-gebunden.

<sup>3871</sup> So die Beobachtung bei P. Brest/S. Levinson/J. M. Balkin/A. R. Amar/R. B. Siegel, *Processes of Constitutional Decisionmaking. Cases and Materials*, 7. Aufl., New York, N.Y., U.S.A. 2018, S. 823.

<sup>3872</sup> P. Brest/S. Levinson/J. M. Balkin/A. R. Amar/R. B. Siegel, *Processes of Constitutional Decisionmaking. Cases and Materials*, 7. Aufl., New York, N.Y., U.S.A. 2018, S. 823.

<sup>3873</sup> P. Brest/S. Levinson/J. M. Balkin/A. R. Amar/R. B. Siegel, *Processes of Constitutional Decisionmaking. Cases and Materials*, 7. Aufl., New York, N.Y., U.S.A. 2018, S. 823.

<sup>3874</sup> Daneben wird die „*musical chairs*“-Metapher im Zusammenhang mit Umbesetzungen funktionaler Positionen (z. B. in Führungsetagen von Organisationen oder in Regierungskabinetten) verwendet; insoweit auch in Nähe des – kruderen – Bilds vom ‚Stühlerücken‘ (*shuffling*). Weiterhin kommt die Metapher zur Veranschaulichung von – sozialen, ökonomischen, ökologischen oder sozio-ökonomisch-ökologischen – Kämpfen um knappe Ressourcen zum Einsatz, vgl. nur M. Rosenberg, *Current Anthropology* 39 (1998), 653 (660), welcher damit den Übergang der Jäger-und-Sammler-Lebensweise zur Sesshaftwerdung illustriert: Während beim Jagen und Sammeln noch spielregelgerecht ‚Stuhltanz‘ gespielt werde, sei die Sesshaftwerdung lesbar als ein Betrügen beim ‚Stuhltanz‘: Man bleibe einfach sitzen, obwohl die Musik wieder zu spielen anfängt.

<sup>3875</sup> So beispielsweise bei parteiinternen Wettkämpfen in Nominierungsverfahren von US-Präsidenschaftskandidatinnen und -kandidaten: vgl. R. H. Rovere, *The New Yorker* 28 (1952), Ausgabe v. 2. August 1952, S. 58 f.

werden: nämlich dem Ergebnis, d.h. der Entscheidung des konkreten Falls oder jedenfalls der aufgeworfenen Rechtsfrage in einer bestimmten Weise (im Bild also gewissermaßen: dem Sieg in der konkreten Partie ‚Reise nach Jerusalem‘). Es steht also – wie bei Adler und Kreimer sowie Wittreck (s.o. B. I. 1. bzw. B. II. 1.) – wiederum der Vorwurf der gesteigerten Instrumentalisierbarkeit, welche in Hypothese 2.1 als Kernmerkmal der Dogmatik der Verbandsgrundrechtspositionen erarbeitet wurde (s.o. § 7, C. I. 3.), im Raum.

In der Scalia-Souter-Debatte in *Printz* kommt nun allerdings noch etwas hinzu: Souter verabschiedet sich in seinem *Printz*-Sondervotum nämlich gerade *nicht* (vollständig) von seiner üblicherweise präferierten juristischen Argumentationsweise mit *case law* und *precedent*; vielmehr stellt er wie gezeigt heraus, dass es für das *Printz*-Mehrheitsvotum keinen einschlägigen *precedent*, sondern nur *obiter dicta* gebe.<sup>3876</sup> Nur deshalb rekurriert er überhaupt (hilfsweise oder eben ironischerweise<sup>3877</sup>) auf den *Federalist* und auf ‚*original intent*‘.<sup>3878</sup> Durch den für ihn eher ungewöhnlichen Verweis auf ‚*original intent*‘ legt Souter den tieferen Charakter der *Printz*-Debatte – das krude Betreiben von Ideenpolitik mit ‚Instrumentalföderalismus‘ – frei. Dort, wo dem von Souter üblicherweise vorrangig als Argument behandelten *case law* kein Präzedenzfall entnehmbar ist, bleibt auch ihm (und „selbst *Justice*“<sup>3879</sup>) nur noch der Rückgriff auf vor-verfassungsrechtliches Ideenmaterial – doch *selbst dieses*, so Souter, stütze im konkreten Fall nicht die Position der Gerichtsmehrheit.

#### cc) Entblößung der Machart des dogmatisch-ideenpolitischen Diskurses

Wie die Filmförderungsgesetz-Entscheidung des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts (s.o. 2. b)), so mag man auch die abweichenden Sondervoten zu *Printz v. United States* insgesamt als ‚Entzauberung‘ des Argumentationsmusters ‚Verbandsgrundrechtspositionen‘ lesen. Anders als dort geht es hier nun aber weniger um eine Entzauberung der ‚dogmatischen Welt‘ (Entblößung der ‚technischen‘

<sup>3876</sup> S.o. in Fn. 3867.

<sup>3877</sup> Als Ironiemarker mag man dabei Souters Formulierung „*even from Justice Field*“ im Satz „*that statement, too, was dictum, and as against dictum even from Justice Field, Madison and Hamilton prevail*“ lesen: Auch wenn *Justice* Stephen Johnson Field (1816–1899) – schon wegen seiner besonders langen Amtszeit (1863–1897) – sicherlich insgesamt zu den überdurchschnittlich bekannten Richterinnen und Richtern in der Geschichte des *U.S. Supreme Court* zählt, so ist nicht ohne Weiteres von außen erkennbar, weshalb Souter hier das den Komparativ steigende Adverb „*even*“ verwendet – es handelt sich um keine ganz besonders herausragende Richterpersönlichkeit wie einen der *Chief Justices* oder einen hervortretenden *Associate Justice* wie Oliver Wendell Holmes Jr., Benjamin N. Cardozo oder Ruth Bader Ginsburg.

<sup>3878</sup> Im Übrigen macht Souter deutlich, dass die institutionelle Geschichte („Praxis“) nach 1789, mit welcher sich andere Voten ausführlich auseinandersetzen, keine Rolle spielt, vgl. *Printz v. U.S.*, 521 U.S. 898 (1997), 970 (970 f.) – abw. Sondervotum *Justice* Souter.

<sup>3879</sup> S.o. bei Fn. 3867.

Nüchternheit der Aufteilungskriterien des Kompetenzrechts), sondern um eine Entzauberung der Machart des dogmatisch-ideenpolitischen Diskurses: Außer dem *Federalist* bleiben in *Printz* methodisch-, technisch‘ nur *obiter dicta*, nur Apokryphen.

Nicht zuletzt stellt *Justice* Souter in seinem abweichenden Sondervotum sein Wissen darum aus, dass man in der dogmatischen ‚Reise nach Jerusalem‘ die eigene dogmatische Stimme letztlich auch verlieren kann, wenn kein ‚dogmatischer Stuhl‘ mehr übrig ist, um sich und seine ideenpolitische Position darauf zu platzieren, bevor die Musik zu spielen aufhört. Denn: Wer wie Souter mehrfach betont, dass *obiter dicta* keine dogmatische Bindungswirkung entfalten, dem wird die gleichermaßen fehlende dogmatische Bindungswirkung auch von abweichenden Sondervoten wie dem eigenen bewusst sein. Souter und seine Interpretinnen und Interpreten Brest et al. bebildern das ideenpolitisch-dogmatische Beziehungsgeflecht zwischen Mehrheitsvotum (Scalia) und abweichendem Sondervotum (Souter), einschlägigen *obiter dicta* (O’Connor und Field) sowie Rechtserzeugungsquellen (Hamilton und Madison) – anthropomorph – als spielerischen Wettkampf um Einfluss.

#### 4. Vignette 4: der Zweite Senat und die Grenzen gerichtlicher Gestaltungsmacht

Noch einmal in anderer Art und Weise ironisch lesbar ist eine Wendung, welche Einzug in die Rechtsprechung sowohl des Ersten wie auch des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts genommen hat: die Rede vom „Kern eigener Aufgaben“ der Länder „als ‚Hausgut‘“.<sup>3880</sup>

a) „‚Hausgut‘ [...]. Was immer im einzelnen dazu gehören mag“

In der Entscheidung zur ‚Besoldungsvereinheitlichung‘ beschäftigte sich der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts im Jahr 1972 mit der Frage, ob die Schaffung der *Bundesgesetzgebungskompetenz* zur Regelung der Besoldung von *Landesbeamten* (Art. 74a GG a.F.) gegen Art. 79 Abs. 3 Var. 1 GG verstoße. Im Ergebnis verneinte der Senat einen solchen Verstoß. Die Entscheidung wurde oben im Rahmen der Darstellung von Bundeskompetenzausübungsgrenzen in den Fallgruppen ‚legislative Personalhoheit‘ und ‚Bundesverfassungsänderungsgrenzen‘ dogmatisch verortet (s. o. § 5, A. II. 3. b) bzw. § 6, A. VII. 3. b)); im Folgenden interessiert die Argumentationsweise und Rhetorik des Senats:

Der Senat bildet zunächst einen Maßstab zur Konkretisierung von Art. 79 Abs. 3 Var. 1 GG: Wann berührt eine Verfassungsänderung wie die Einfügung der *Bundesgesetzgebungskompetenz* zur Regelung der Besoldung von *Landesbeamten* in Art. 74a GG a.F. die „Gliederung des Bundes in Länder“? Die Maßstabsbildung

<sup>3880</sup> BVerfGE 34, 9 (20) – Besoldungsvereinheitlichung (Zweiter Senat); aufgegriffen vom Ersten Senat in BVerfGE 87, 181 (196) – 7. Rundfunkentscheidung.

erfolgt in drei Argumentationsschritten: *Erstens* behauptet (oder setzt) der Senat – in etatistischer Manier – die Kategorie der „Staatlichkeit“ der Länder als maßgebliches Kriterium: den Ländern müsse „die Qualität der Staatlichkeit“ erhalten bleiben. Zur weiteren Konkretisierung des Maßstabs wird – *zweitens* – eine Negativformel und – *drittens* – eine undurchsichtige Positivformel gebildet.<sup>3881</sup> Die Negativformel besagt, dass die „Staatlichkeit“ der Länder „sich nicht formal danach bestimmen [lasse], daß sie eine eigene Verfassung besitzen und daß sie über irgendein Stück vom Gesamtstaat unabgeleiteter Hoheitsmacht verfügen, also irgendeinen Rest von Gesetzgebungszuständigkeit, Verwaltungszuständigkeit und justizieller Zuständigkeit ihr eigen nennen“, da diese Positionen letztlich nur eine „leere Hülse von Eigenstaatlichkeit“ garantieren könnten.<sup>3882</sup> Die stattdessen maßgebliche Positivformel stützt sich – nominal – auf den Topos „Hausgut“ an „eigene[n] Aufgaben“. Dieser wird dann aber in doppelter Weise konkretisiert oder – genauer gesprochen – *ersetzt*: „Die Länder im Bundesstaat sind nur dann Staaten, wenn ihnen ein Kern eigener Aufgaben als ‚Hausgut‘ unentziehbar verbleibt. Was immer im einzelnen dazu gehören mag, jedenfalls muß dem Land die freie Bestimmung über seine Organisation einschließlich der in der Landesverfassung enthaltenen organisatorischen Grundentscheidungen sowie die Garantie der verfassungskräftigen Zuweisung eines angemessenen Anteils am Gesamtsteueraufkommen im Bundesstaat verbleiben.“<sup>3883</sup> Entscheidend soll also *nicht* ein Bestand an konkreten sachlichen Aufgaben, sondern (mehr oder weniger) bestimmte organisationelle und finanzielle Positionen der Länder sein.

Anschließend subsumiert das Gericht; dabei nimmt es implizit – aber nicht ausdrücklich – den Schutzgegenstand „freie Bestimmung über seine [, eines Landes,] Organisation“ in Bezug: Das durch Verfassungsänderung in eine Bundesgesetzgebungskompetenz hochgezonte Besoldungsrecht der Landesbeamten könne erhebliche Relevanz für „Ämter und Organisationsformen im Lande“ haben.<sup>3884</sup> Allerdings liege letztlich *kein* Verstoß gegen Art. 79 Abs. 3 GG vor, da der Bundesgesetzgeber beim Gebrauch seiner neuen Kompetenz durch den Grundsatz länderefreundlichen Verhaltens gebunden sei und im Rahmen dieser Bindung dafür zu sorgen habe, dass die konkrete bundesgesetzliche Ausgestaltung des Besoldungsrechts die Organisationshoheit (vor allem Möglichkeiten zur Entwicklung „neuer Ämter und Organisationsformen“) und damit die Staatlichkeit der Länder nicht vernichte.<sup>3885</sup>

<sup>3881</sup> Vgl. BVerfGE 34, 9 (19 f.) – Besoldungsvereinheitlichung.

<sup>3882</sup> BVerfGE 34, 9 (19 f.) – Besoldungsvereinheitlichung.

<sup>3883</sup> BVerfGE 34, 9 (20) – Besoldungsvereinheitlichung.

<sup>3884</sup> Vgl. BVerfGE 34, 9 (20) – Besoldungsvereinheitlichung.

<sup>3885</sup> Vgl. BVerfGE 34, 9 (20 f.) – Besoldungsvereinheitlichung.



*b) Ironie durch Rückzug auf Unhandhabbares im Bewusstsein  
der eigenen Grenzen*

Die verwickelt-umständliche Argumentation des Zweiten Senats mit „Hausgut“ in der Entscheidung zur ‚Besoldungsvereinheitlichung‘ kann (auch) ironisch gelesen werden:

aa) Umständliche Maßstabsbildung und Entscheidungsaufschub

In der Entscheidung zur ‚Besoldungsvereinheitlichung‘ wird die Rede vom „Hausgut“ an „eigene[n] Aufgaben“ zwar zunächst aufgeworfen, dann aber – über die Formulierung „Was immer im einzelnen dazu gehören mag“ – als Maßstab ersetzt durch die Aspekte der öffentlichen Finanzen und der Organisationshoheit der Länder. Diese Maßstabsbildung wird man jedenfalls als umständlich und missverständlich (wenn nicht widersprüchlich) bezeichnen müssen: Es ist nicht verständlich, weshalb der Senat zunächst den Topos „Hausgut“ an „eigene[n] Aufgaben“ als Ankerpunkt des Prüfungsmaßstabs bemüht, diesen dann aber gerade nicht konkretisiert, sondern durch anders geartete Aspekte ergänzt oder ersetzt.<sup>3886</sup> Insgesamt führen die ca. zwei Seiten Maßstabsbildung ein eher undurchsichtiges Wechselspiel zwischen einer Negativbestimmung (davon, was ‚Eigenstaatlichkeit‘ nicht garantiert) hin zu einer Positivbestimmung (davon, was ‚Eigenstaatlichkeit‘ garantiert), welche dann aber doch wieder auf andere Aspekte umgestellt wird, auf. Dies ist begleitet durch eine abwechselnde Inbezugnahme von formal-organisatorischen und materiell-funktionalen Positionen, welche teils voneinander abgegrenzt, teils aber eben auch ineinander übergeleitet werden.

Der so gebildete Maßstab und die anschließende Subsumtion ‚sprechen‘ weitgehend ‚aneinander vorbei‘: Die Kategorien des Maßstabs werden nicht ausdrücklich in Bezug genommen, vielmehr wird der Leserin oder dem Leser des Urteils nur mittelbar durch sinnerschließendes Lesen klar, dass der Senat nur unter den Punkt „freie Bestimmung über [die] Organisation [eines Landes]“ subsumiert. All dies wird im Ergebnis noch einmal zusätzlich dadurch relativiert, dass sich das Gericht letztlich darauf zurückzieht, sich vorzubehalten, die Art und Weise der Ausübung der neu geschaffenen Bundesgesetzgebungskompetenz am Maßstab der ‚Bundestreue‘ zu messen – ein Aspekt, der bei der Maßstabsbildung zuvor überhaupt nicht angesprochen wurde (und untechnisch-modellhaft gesprochen einem bloßen ‚Sekundäranspruch‘ der Länder entspricht).

<sup>3886</sup> Die Hinwendung weg von sachlich-inhaltlichen Aufgabenbeständen hin zu Finanz- und Organisationsaspekten verwundert umso mehr, wenn man sich in Erinnerung ruft, dass das Gericht einige Zeilen zuvor noch betont, der Maßstab sei „nicht formal“ zu „bestimmen“, s. BVerfGE 34, 9 (19) – Besoldungsvereinheitlichung.

Die aufgerufene Formel „Hausgut“ an „eigene[n] Aufgaben“ scheint in diesem Gesamtbild der Argumentation eher als rhetorische Nebelkerze, als *red herring* zu fungieren<sup>3887</sup>, welche die Subsumtion und Falllösung dann nicht mehr bestimmt.

bb) „Hausgut“ der Länder als ‚Hausgut‘ des Gerichts(?)

Im Ergebnis kommt der Zweite Senat wie erwähnt dann ‚doch‘ *umhin*, das Vorliegen eines (Über-)Verfassungsverstößes aussprechen zu müssen. Liest man die Argumentation von diesem Ergebnis her, so wird erkennbar: Unausgesprochen verhandelt das Gericht hier zugleich vor allem auch die *Justiziabilität* von Art. 79 Abs. 3 Var. 1 GG – und damit letztlich die Grenzen seines *eigenen*, gerichtlichen ‚Hausguts‘.

Das Gericht geht zwar erkennbar von einer grundsätzlichen Justiziabilität des zu prüfenden Verstoßes gegen Art. 79 Abs. 3 Var. 1 GG aus. Es übt seine Prüfungsbefugnis dann im konkreten Fall allerdings in einer Art und Weise aus, die es ihm erlaubt, zwar einerseits ausführliche Ausführungen zum Prüfungsmaßstab zu machen, dann aber doch einen Verstoß gegen diesen Maßstab zu verneinen: Dies erreicht das Gericht durch die umständliche Mehrstufigkeit, Vagheit und Breite der Maßstabbildung und den darin liegenden Rückzug auf ein unhandhabbares, kaum operables Prüfungsprogramm<sup>3888</sup> sowie ultimativ durch die Umstellung auf eine Prüfung der Einhaltung der Gebote der ‚Bundestreue‘ auf der Ebene der *Kompetenzausübung* (als ‚Sekundäranspruch‘).

In der Entscheidung zur ‚Besoldungsvereinheitlichung‘ wird deutlich, dass das „Hausgut“ der Länder (Schutz von Verbandsgrundrechtspositionen bei Bundesverfassungsänderungen) und das korrespondierende ‚Hausgut‘ des Gerichts (Justiziabilität von Verbandsgrundrechtspositionsverstößen) ein Schicksal, nämlich dasjenige der Vagheit, teilen. Aus dieser Perspektive wird die ‚Hausgut‘-Formel lesbar als ein Topos, welcher – wie schon ‚Treue‘ oder ‚Würde‘ – nicht nur Positionen innerhalb der Streitgegenständlichen ‚dogmatischen Welt‘ (das „Hausgut“ der Länder), sondern auch Positionen in den Sphären der ‚dogmatischen Stimme‘ und des ‚dogmatischen Diskurses‘ (das ‚Hausgut‘ des Gerichts) bezeichnen kann. Mehr noch, der Topos ‚Hausgut‘ bringt – auch dies wie die Topoi ‚Treue‘ und ‚Würde‘ – die korrespondierenden Interrelationen zwischen diesen Sphären zum Ausdruck: Die Sanktionierung von angeblichen Verletzungen des „Hausguts“ der Länder hängt *vor Gericht* davon ab, wie weit das ‚Hausgut‘ des Gerichts, die Justiziabilität, in einem solchen Grenzfall reicht – beides bleibt wegen der „Hausgut“-Formel höchst unbestimmt (und instrumentalisierbar).

<sup>3887</sup> Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, dass der Senat „Hausgut“ in – offenbar ironisierenden – Anführungszeichen verwendet.

<sup>3888</sup> Zur „Unbestimmtheit des Hausguts“ auch T. Herbst, Gesetzgebungskompetenzen im Bundesstaat, Tübingen 2014, S. 75.

## cc) Anthropomorphe Metaphorik des ‚Hausguts‘

Wie schon bei den Topoi ‚Treue‘ und ‚Würde‘ basiert diese sphärenübergreifende Lesart auf (verdeckt) anthropomorphen Gehalten des ‚Hausgut‘-Topos: Der ‚Hausgut‘-Topos speist sich sicherlich vor allem aus rechtshistorischem Begriffsmaterial der monarchisch geprägten Verfassungsgeschichte des Heiligen Römischen Reichs im Mittelalter und in der Frühen Neuzeit. Dort begegnet die Differenzierung zwischen ‚Hausgut‘ und ‚Krongut‘ als Unterkategorien des ‚Reichsguts‘<sup>3889</sup>: Das Krongut war dem (Wahl-)König zur Erfüllung der Aufgaben, die dem Königtum zukamen, überlassen und sollte auch seinem Nachfolger zu diesem Zweck gereichen; die Verfügungsgewalt des Königs über das Krongut war entsprechend beschränkt (was Minderungen des Kronguts insbesondere durch bestimmte Formen der ‚leiherechtlichen Veräußerung‘ allerdings keinesfalls ausschloss).<sup>3890</sup> Das Hausgut (auch Erbgut) hingegen stand einzelnen Häusern, also Fürsten- oder Königshäusern direkt zu; es wurde innerhalb des jeweiligen Hauses *vererbt* und zwar auch dann, wenn das Königtum auf ein anderes Haus überging – dennoch war auch das Hausgut für das jeweilige Oberhaupt keinesfalls völlig frei disponibel, sondern u. a. durch die Bindungen gegenüber den Erben gekennzeichnet.<sup>3891</sup>

Das Element der *Vererbung* des Hausguts prägt dann auch die vielfältigen anthropomorph-metaphorischen Verwendungen, welche der Topos ‚Hausgut‘ in modernen Kontexten von Politik, Herrschaft und Verfassung erfährt: Das Verhältnis föderaler Träger ist keinesfalls der einzige Anwendungsbereich; das Bild findet sich vor allem auch im Zusammenhang der horizontalen Gewaltenteilung, insbesondere für das Verhältnis zwischen Exekutive und Parlament, beispielsweise wenn es heißt, zum „Hausgut der Exekutive“ gehörten so unterschiedliche Positionen wie die Verwaltungsorganisation<sup>3892</sup>, die auswärtige Gewalt<sup>3893</sup> oder das Beamtenwesen<sup>3894</sup>.

<sup>3889</sup> Zur Differenzierung von ‚Krongut‘ und ‚Hausgut‘ als Unterkategorien des ‚Reichsguts‘ im Hochmittelalter: vgl. *H. C. Faußner*, Deutsches Archiv für Erforschung des Mittelalters 29 (1973), 345 ff. (dort auch zu drei weiteren Unterkategorien des ‚Reichsguts‘: ‚Reichsleihgut‘, ‚Reichsministerialitätsgut‘, ‚Reichskirchengut‘); zum sich verändernden Verhältnis von Krongut und Hausgut (Bedeutungsgewinn des Hausguts) im Zusammenhang mit dem „Aufbau der Landesherrschaft im späten Mittelalter“: *D. Willoweit/S. Schlinker*, Deutsche Verfassungsgeschichte, 8. Aufl., München 2019, § 12 Rn. 1 ff.

<sup>3890</sup> Vgl. *H. C. Faußner*, Deutsches Archiv für Erforschung des Mittelalters 29 (1973), 345 (444 f.).

<sup>3891</sup> Vgl. *H. C. Faußner*, Deutsches Archiv für Erforschung des Mittelalters 29 (1973), 345 (445).

<sup>3892</sup> Vgl. referierend *H. Maurer/C. Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl., München 2020, § 21, Rn. 62: noch „in der Weimarer Zeit [...] sprach man vom ‚Hausgut der Exekutive‘“ (hinsichtlich der Frage „ob und inwieweit die Errichtung von Verwaltungsträgern und Behörden durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes erfolgen muss oder auch durch verwaltungsinterne Regelung erfolgen kann“).

<sup>3893</sup> Vgl. (referierend-befragend) *G. Lübbe-Wolff*, Merkur 70 (2016), Heft 807, S. 53 (60), zur „zäh[en ...] Vorstellung, die auswärtige Gewalt sei an sich eine genuin exekutivische Angelegenheit“, eine Vorstellung, welche so weit führe, dass das Auswärtige „zum vom Ge-

Von „Hausgut“ ist aber auch in Betreff auf den informal-faktischen Einfluss der (großen) politischen Parteien auf die Personalentscheidungen bei Wahlen von Bundesverfassungsrichterinnen und Bundesverfassungsrichtern<sup>3895</sup> oder dann die Rede, wenn wissenschaftssoziologisch „Staat und Verfassung“ als diskursives „Hausgut“ der Staatsrechtslehrer“ (und nicht etwa der Politikwissenschaft) bezeichnet werden.<sup>3896</sup> Diesen Verwendungen des ‚Hausgut‘-Topos ist gemeinsam, dass es jeweils um (angeblich) vor-findbare, tradierte, darunter nicht zuletzt auch informale, krypto-normative, tendenziell unhinterfragte, schlicht als ‚selbstverständlich‘ oder ‚natürlich‘ behauptete Positionen geht, welche bestimmten Akteuren (gerade auch im Konkurrenzverhältnis zu anderen Akteuren) zugeschrieben werden. Die Akteure werden in Folge der Zuschreibung von „Hausgut“ in Analogie zu den Oberhäuptern von Fürstenhäusern, welchen rechtshistorisch das Hausgut zustand, vermenschlicht.

Wenn der Zweite Senat in der Entscheidung zur ‚Besoldungsvereinheitlichung‘ in der oben näher beschriebenen Weise geradezu ausstellt, wie schwierig die Bestimmung dessen ist, was zum „Hausgut“ der Länder gezählt werden kann, so ist dies lesbar als eine Verweigerung des Gerichts, sein eigenes ‚Hausgut‘ klar zu umreißen. Insoweit ist die umständliche Artikulation des Gerichts lesbar als ironische Selbstbeschränkung durch ein Aufschieben und Sich-Zurückziehen hinter praktisch inoperable Maßstäbe. Im Licht von Hypothese 2.2 kann eine solche gerichtliche Selbstbeschränkung insbesondere dem Ausbalancieren der Wirkungsdimensionen ‚Rechtsprechung‘ und ‚nicht-judikative Praxis‘ dienen (ausführlich § 8, C.). Dies gilt gerade für den Bereich der Bundesverfassungsänderungsgrenzen – schließlich sind die Länder über den Bundesrat an Bundesverfassungsänderungen (Art. 79 Abs. 2 GG) und damit auch an der Verhandlung über ihr „Hausgut“ mittelbar (freilich mit dem Risiko, im Bundesrat überstimmt zu werden) beteiligt, sodass sich argumentieren ließe, dass es eines zusätzlichen ‚Schutzes‘ durch die Gerichte insoweit gar

---

waltenteilungsgrundsatz geschützten Hausgut der Exekutive“ gezählt werde, selbst „wenn es sich um Angelegenheiten der Gesetzgebung handelt“ (am Beispiel der Umstände des Zustandekommens des Freihandelsabkommens TTIP).

<sup>3894</sup> J. Ipsen/A.-K. Kaufhold/T. Wischmeyer, Staatsrecht I. Staatsorganisationsrecht, 33. Aufl., München 2021, § 9, Rn. 17, zu Art. 60 Abs. 1, Art. 64 Abs. 1 GG: „Das Ernennungs- und Entlassungsrecht ist traditionelles Hausgut des Staatsoberhauptes, besagt aber ebenso wenig wie die völkerrechtliche Vertretungsbefugnis etwas darüber, wie der hier artikuliert Wille gebildet wird.“ Verfassungsgeschichtlich ist der (diskursive) Kampf um das Beamtentum Ende der Weimarer Zeit bemerkenswert: Laut F. Meinel, Zeitschrift für Ideengeschichte 11 (2017), 113 (115), entwarf Carl Schmitt das Beamtenwesen als „Machtbasis und Hausgut eines autoritär regierenden Reichspräsidenten“.

<sup>3895</sup> Vgl. M. Klopfer, Handbuch der Verfassungsorgane im Grundgesetz, Berlin 2022, § 8, Rn. 181: „Handhabung der Besetzung der Verfassungsrichterposten als ‚Hausgut‘ der beiden großen Parteien“.

<sup>3896</sup> Vgl. R. Voigt, Das Bundesverfassungsgericht in rechtspolitologischer Sicht, in: R. C. van Ooyen/M. H. W. Möllers (Hrsg.), Handbuch Bundesverfassungsgericht im politischen System, 2. Aufl., Wiesbaden 2015, S. 69 (70): „Staat und Verfassung gelten traditionell als ‚Hausgut‘ der Staatsrechtslehrer“ (und nicht etwa der Politikwissenschaft).

nicht bedürfe. Ihr „Hausgut“, so ließe sich sagen, könnten die Länder am besten *selbst* verwalten. Dieser Rekurs auf die „*political safeguards of federalism*“<sup>3897</sup>, auf einen tendenziellen Vorrang der Wirkungsdimension ‚nicht-judikative Praxis‘ vor der Dimension ‚Rechtsprechung‘ in „Hausgut“-Fragen wäre zudem in gewisser Hinsicht eine konsequente Umsetzung der ‚Logik‘ des Bilds vom ‚Hausgut‘: Rechtshistorisch war das Hausgut nämlich grundsätzlich – freilich in bestimmten Bindungen und unter bestimmten (Zustimmungs-)Vorbehalten – eben sehr wohl verleih- und veräußerbar.<sup>3898</sup> Auch zeigt die historische Forschung, dass Hausgut, Krongut und andere Unterformen des Reichsguts einem funktionellem Wandel unterworfen waren und sich die Struktur des Reichsguts insgesamt dynamisch veränderte.<sup>3899</sup> In dieser Lesart wird neben der Vererblichkeit auch das Moment der (begrenzten) *Disponibilität* zu einem Kernmerkmal des ‚Hausguts‘: Wie die Länder im Bundesrat im Rahmen des formellen Bundesverfassungsänderungsverfahrens, so kann auch das Gericht darauf verzichten, sein ‚Hausgut‘, also die Justiziabilität von Verbandsgrundrechtspositionen bis auf das Letzte auszureizen. Man mag die Artikulation des Zweiten Senats in der Entscheidung zur ‚Besoldungsvereinheitlichung‘ insgesamt also so deuten, dass der Senat darin – im Sinn von *judicial self-restraint* i. w. S. – die Grenzen des eigenen Wirkungskreises gegenüber den anderen Wirkungsdimensionen des Föderalismusverfassungsrechts anerkennt.

#### dd) (Kein) Sinn für Ironie(?)

Allerdings ist eine solche undurchsichtige Selbstbeschränkung eines Gerichts keinesfalls risikofrei; vor allem ist sie davon abhängig, dass sie als Selbstbeschränkung des Gerichts im skizzierten Sinn – also ironisch – *gelesen* wird. Die Rezeption des „Hausgut“-Topos zeigt nun aber gerade, dass dies *keinesfalls* selbstverständlich ist: Der „Hausgut“-Topos wurde und wird immer wieder gerade *nicht* ironisch gelesen, sondern sachpolitisch (v. a. mit Blick auf die Materien ‚Polizei‘ oder ‚Kultur‘) materialisiert und tendenziell totalisiert. Dies gilt für vereinzelte Stimmen aus dem Schrifttum<sup>3900</sup>, aber auch für das Bundesverfassungsgericht selbst<sup>3901</sup>:

<sup>3897</sup> Im Geist von Herbert Wechslers „*political safeguards*“-These zum US-Föderalismusverfassungsrecht; näher oben § 3, C. II.

<sup>3898</sup> Vgl. H. C. Faußner, Deutsches Archiv für Erforschung des Mittelalters 29 (1973), 345 (445 f.).

<sup>3899</sup> Vgl. H. C. Faußner, Deutsches Archiv für Erforschung des Mittelalters 29 (1973), 345 (447).

<sup>3900</sup> So begegnet im Schrifttum die tendenziell totalisierende Assoziation des ‚Hausguts‘ der Länder mit ihrer ‚Polizeihoheit‘ und darauf aufbauend die (mindestens verfassungspolitische) Argumentation gegen eine Stärkung von einschlägigen Kompetenzen der Bundesebene, vgl. K. Schober, Europäische Polizeizusammenarbeit zwischen TREVI und Prüm, Heidelberg 2017, S. 482, 754 (dort in Fn. 396). Unter Hinweis auf eine dem Grundgesetz angeblich vorgelagerte (Eigen-) ‚Staatlichkeit‘ der Länder wird vereinzelt sogar für die Verfassungsänderungsfestigkeit der ‚Polizeihoheit‘ der Länder plädiert, welche demnach auch dem verfas-

So wurde der im Jahr 1972 vom Zweiten Senat ausgeworfene *red herring* ‚Hausgut an eigenen Aufgaben‘ (s.o. aa) nämlich zwanzig Jahre darauf<sup>3902</sup> vom Ersten Senat in der 7. Rundfunkentscheidung wörtlich aufgegriffen: Der Erste Senat prüft, ob in der Vereinbarung eines Werbeverbots für die Dritten Fernsehprogramme der Landesrundfunkanstalten im Rundfunkfinanzierungsstaatsvertrag der Länder eine Preisgabe von „Hausgut“ und damit ein Verstoß gegen das Bundesstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG liegen könnte.<sup>3903</sup> Das Gericht lässt offen, ob Art. 20 Abs. 1 GG überhaupt eine „Selbstbindung der Länder“ (z.B. in einem Staatsvertrag) begrenzen könne und stellt fest, dass durch das Rundfunkverbot „der unaufgebbare Kernbestand eigener Aufgaben und eigenständiger Aufgabenerfüllung jedenfalls nicht berührt“ sei.<sup>3904</sup> Bemerkenswerterweise ist beim Ersten Senat 1992 nun also keinerlei Rede mehr von den Organisations- oder Finanzaspekten, welche 1972 vom Zweiten Senat noch als Gegenstände des „Hausguts“ gesetzt worden waren (s.o. a)). Vielmehr stellt der Erste Senat nun unmittelbar auf die *Sachaufgabe* Rundfunk, genauer auf die „Rundfunkgesetzgebung [als] eine wichtige, den Ländern verbliebene Gesetzgebungsmaterie“ als Schutzgegenstand des föderalen Prinzips ab. Insoweit hat sich der Topos ‚Hausgut an eigenen Aufgaben‘ von dem 1972 geschnürten Korsett befreit und verselbstständigt (obschon er aufgrund der geringfügigen Bedeutung des Werbeverbots im Ergebnis wiederum nicht zur Bejahung eines Verfassungsverstoßes führt). Aus rhetorikanalytischer Sicht ist bemerkenswert, dass in der 7. Rundfunkentscheidung ein gewisser Widerspruch gegen die ‚Logik‘ des „Hausgut“-Bilds vorliegt: Wie erwähnt war das Hausgut der Fürstenhäuser im Alten Reich eben sehr wohl – begrenzt – disponibel, jedenfalls alles andere als dauerhaft scharf umrissen und stabil (s.o. cc)); entsprechend widerspricht es der Bild-‚Logik‘ des Topos „Hausgut“, diesen gegen eine Selbstbindung der Länder in einem Staatsvertrag ins Feld zu führen.

---

sungsändernden Gesetzgeber (bei Kompetenzänderungen) Grenzen setze, so *K. Merten*, DVBl 1987, 395 (396); ausdrücklich dagegen *G.-D. Schoen*, DVBl 1988, 16 (17) – s. bereits oben § 6, A. VII. 3. b).

<sup>3901</sup> Vgl. neben der im Folgenden detailliert besprochenen 7. Rundfunkentscheidung auch die Erwähnung des „Hausgut“-Topos in BVerfGE 43, 291 (348) – numerus clausus II – durch den Ersten Senat (1977): „schulpolitische und bildungspolitische Entscheidungen der Länder [...], die ihrerseits als Hausgut der Länder der Regelungskompetenz des Bundes entzogen sind“ – hier ging es um eine „bundesfreundliche“ Abstimmung der Kompetenzen ‚Bildung und Schule‘ (im Wesentlichen gem. Art. 70 Abs. 1 GG Landesgesetzgebungskompetenz) und ‚Hochschulzulassung‘ (vgl. heute Art. 74 Abs. 1 Nr. 33 GG: konkurrierende Gesetzgebung); gegen die Qualifikation von Kulturpolitik als „Hausgut“ der Länder zutreffend *T. Köstlin*, Die Kulturhoheit des Bundes. Eine Untersuchung zum Kompetenz- und Organisationsrecht des Grundgesetzes unter Berücksichtigung der Staatspraxis in der Bundesrepublik Deutschland, Berlin 1989, S. 18.

<sup>3902</sup> Und zuvor schon 1977, also fünf Jahre darauf, in BVerfGE 43, 291 (348) – numerus clausus II; s. die Anm. eben in Fn. 3901.

<sup>3903</sup> Vgl. BVerfGE 87, 181 (196 f.) – 7. Rundfunkentscheidung.

<sup>3904</sup> BVerfGE 87, 181 (197) – 7. Rundfunkentscheidung.

Insgesamt bildet der verworrene „Hausgut“-Maßstab der ‚Besoldungsvereinheitlichungs‘-Entscheidung und sein späteres Schicksal im Diskurs damit eine Schwierigkeit ab, welche das Modell des ‚Bundes‘ überhaupt prägt: die Inbezugnahme unbestimmter materieller Positionen innerhalb von formell-organisatorischen Arrangements (s. o. § 2, C. II. 1. a) bb) (3)), wobei sich die materiellen Postulate gegenüber ihrem formell-organisatorischen Korsett verselbstständigen können.<sup>3905</sup> Wie stark eine solche Verselbstständigung von föderalen „Hausgut“-Positionen zugelassen wird, liegt ‚vor Gericht‘ in der Hand der Gerichte und der Leserinnen und Leser gerichtlicher Entscheidungen, welche damit zugleich – dies ist der ironische Konnex – jeweils ihr eigenes ‚Hausgut‘ verhandeln.

### III. Fazit: Ironie(n) anthropomorpher Argumentation II

Die vier Vignetten gerichtlicher Selbstironie haben unterschiedliche Schattierungen, Einsatzfelder und Stoßrichtungen von *judicial self-restraint* bei der Durchsetzung von Verbandsgrundrechtspositionen erkennbar werden lassen und auf diese Weise insgesamt einen (sehr) weiten Begriff von *judicial self-restraint* entfaltet: Er reicht

- vom Plädoyer für gerichtliche Zurückhaltung gegenüber der föderalismusverfassungsrechtlichen Wirkungsdimension der (para-)demokratischen Öffentlichkeit in *Justice Ginsburgs Obamacare*-Sondervotum zur Polyvalenz der anthropomorphen Formel ‚Willensfreiheit‘ der Staaten (s. o. II. 1.),
- über die Klarstellung einer wirkmächtigen Fehllektüre des nüchternen Verbandskompetenzrechts unter dem (versteckt) anthropomorphen Topos ‚Kulturhoheit‘, an der das Bundesverfassungsgericht in der Vergangenheit freilich nicht unbeteiligt war, in der Entscheidung des Zweiten Senats zum Filmförderungsgesetz (s. o. II. 2.),
- weiter über die ‚Entblößung‘ des ideenpolitischen Charakters der Argumentation mit Verbandsgrundrechtspositionen (unter Aufführung einer – anthropomorphen – ‚Reise nach Jerusalem‘ der Verfassungsinterpretinnen und Verfassungsinterpreten) in *Justice Souters Printz*-Sondervotum in der Lesart seiner Kommentatorinnen und Kommentatoren Brest et al. (s. o. II. 3.),
- hin zur aufschiebend-undurchsichtigen Selbstbeschränkung des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts mit dem unhandhabbaren – und wiederum anthropomorphen – „Hausgut“-Maßstab (s. o. II. 4.).

---

<sup>3905</sup> Dies wird nicht nur durch den „Hausgut“-Topos, sondern etwa auch durch das oben vorgestellte Beispiel des etatistischen Vorbehalts in der ‚Kalkar II‘-Entscheidung veranschaulicht, welcher sich im Diskurs vom Kontext der Grenzen der Weisungen im Rahmen der Bundesauftragsverwaltung gelöst hat (s. o. I. 2. b) bb)).



In den vier vorgestellten Beispielsfällen wird die Unbeherrschbarkeit des anthropomorph lesbaren Sprachmaterials, auf welchem die Verbandsgrundrechtspositionen rhetorisch basieren, von den Gerichten selbst behandelt und ausgestellt. Die Richterinnen und Richter verzichten in den analysierten Voten darauf, gestützt auf einfache anthropomorphistische Lesarten von Topoi wie ‚Willensfreiheit‘, „Kulturhoheit“ oder „Hausgut“ Maßnahmen der Bundesebene zu invalidieren. Vielmehr können die vier Beispiele – im Sinn der Hypothesen 2.1 und 2.2 – als richterliche Selbstverortungsversuche im größeren Kontext der föderalismusverfassungsrechtlichen Dogmatikbildung und Wirkungsdimensionen gelesen werden: Bei der bundesverfassungsgerichtlichen Filmförderungsgesetz-Entscheidung und Souters *Printz*-Sondervotum steht – mit Hypothese 2.1 – der Umgang der Rechtsprechung mit den Verwicklungen pluralistischer Dogmatikbildung (s.o. § 7, B. III. 2. bis 4.) im Vordergrund: Die zugespitzte Formalisierung des „Kulturhoheit“-Topos und die zugespitzte ideenpolitische Instrumentalisierbarkeit des „*commandeering*“-Verbots werden offen thematisiert (‚entblößt‘). Ginsburgs *Obamacare*-Sondervotum und die ‚Besoldungsvereinheitlichungs‘-Entscheidung nehmen – mehr oder weniger offen – den Trilog der föderalismusverfassungsrechtlichen Wirkungsdimensionen wahr (Hypothese 2.2): Beide Voten sind geprägt durch das Bewusstsein, dass Föderalismusverfassungsrecht auch durch die (para-)demokratische Öffentlichkeit und die nicht-judikative Praxis ver-‚wirklicht‘ werden – und Gerichte insoweit *self-restraint* üben sollten (s.o. § 8, C.).

Alle vier analysierten Entscheidungen drücken das Wissen ihrer Verfasserinnen und Verfasser aus, so ließe sich unterstellen (oder lesen), dass man die eigene ‚dogmatische Stimme‘ (im dogmatischen Diskurs, aber auch im Trilog der Wirkungsdimensionen) verlieren kann<sup>3906</sup> – hierin liegt die Ironie des Argumentierens mit anthropomorphen Floskeln.

#### D. Fazit und Folgerung: Ironie und Verantwortung

Das vorstehende Kapitel hat an insgesamt sechs Beispielen ironische Lesarten von föderalismusverfassungsrechtlichen Argumentations-Topoi zur Stützung von Verbandsgrundrechtspositionen vorgestellt: „Etikette“, „Treue“, ‚Willensfreiheit‘, „Kulturhoheit“, ‚*commandeering*‘, „Hausgut“ – die ersten beiden im Modus der Fremdironie aus der Perspektive des Schrifttums (s.o. B.), die letzten vier im Modus der Selbstironie aus der Perspektive von Richterinnen und Richtern (s.o. C.). Vier Beobachtungen und eine (selbstreflexive) Folgerung sollen abschließend im Rückblick auf diese Analysen Hervorhebung finden:

<sup>3906</sup> Vgl. zu dieser Beobachtung (Behauptung) auch die Anm. unten bei Fn. 4242 (in Teil § 12, B. III. 3. a) bb)) im Zusammenhang mit der Entscheidung *Oregon v. Mitchell*, 400 U.S. 112 (1970).

## I. Anthropomorphismen in mehreren Sphären

Ein *erstes* gemeinsames Merkmal der Argumentation mit Verbandsgrundrechtspositionen in den sechs analysierten Texten betrifft die rhetorisch-strukturelle Grundanlage der verwendeten Anthropomorphismen: In allen sechs skizzierten Lektüren lässt sich ein metaleptischer Sphärensprung<sup>3907</sup> zwischen der ‚dogmatischen Welt‘, der ‚dogmatischen Stimme‘ und dem ‚dogmatischen Diskurs‘ ausmachen.

Wenn Gerichte die genannten anthropomorphen Formeln auf das föderale Verhältnis (also die einschlägige ‚dogmatische Welt‘) anwenden, so ‚sprechen‘ sie „permanent“<sup>3908</sup> auch von der ‚Etikette‘ im dogmatischen Diskurs, von der ‚Treue‘ anderer Institutionen ihnen gegenüber, von ihrer eigenen ‚Rollen-Würde‘, ihrer eigenen Diskurs-, Kulturhoheit‘ und ihrem eigenen ‚Hausgut‘ innerhalb des dogmatischen Diskurses und innerhalb der demokratischen Gewaltenteilung des Föderalismusverfassungsrechts. Gerichte vermenschlichen sich verbal selbst, wenn sie Staaten und Länder vermenschlichen. Die Rolle der Gerichte bei der Durchsetzung von Verbandsgrundrechtspositionen bewegt sich unscharf zwischen ihrer Stellung als „ehrliche Makler“ des Föderalismus und einer gerichtlichen ‚Sorge um sich‘ (s. o. B. III.).

## II. Zugespitzte Instrumentalisierbarkeit durch Unbestimmtheit

Als eine *zweite* Gemeinsamkeit der sechs analysierten Wendungen tritt deren Unbestimmtheit hervor; daraus folgt ihre zugespitzte Instrumentalisierbarkeit in der Hand der Gerichte. Aufgrund der verfassungstextfernen Vagheit der einschlägigen Topoi stehen das ‚Ob‘ und das ‚Wie‘ der Sanktionierung von Verbandsgrundrechtspositionen häufig weitgehend zur Disposition der Rechtsprechung selbst; es handelt sich eben um das *disponible* ‚Hausgut‘ der Gerichte<sup>3909</sup>. Die Gerichte *können*, sie müssen sich bei der Sanktionierung von Verbandsgrundrechtspositionen aber nicht selbst beschränken. Diese Position der Rechtsprechung haben Adler und Kreimer als „realpolitisches Kapital“ bezeichnet.<sup>3910</sup> Die Gerichte verhandeln nicht nur die vagen dogmatischen Grenzl意思en der aus Verbandsgrundrechtspositionen

<sup>3907</sup> S. dazu näher beispielsweise oben B. I. 2. c), B. II. 2. d), B. III. oder C. II. 1. b).

<sup>3908</sup> Jedenfalls können die richterlichen Artikulationen mit Schlegel „permanent“ auch so gelesen werden (dazu oben B. III.).

<sup>3909</sup> Zu dieser Metapher oben C. II. 4. b) cc). Das Hin und Her zwischen *judicial activism* und *judicial self-restraint* prägt die dogmatische Kategorie der Verbandsgrundrechtspositionen überhaupt (dazu näher oben § 8, C. I. 2. a)). Insgesamt sind Verbandsgrundrechtspositionen und die sie tragenden Topoi durch den rhetorischen Modus der ‚Litotes‘ (Verneinung des Gegenteils; Negation der Negation) geprägt (dazu oben in Fn. 2974).

<sup>3910</sup> M. D. Adler/S. F. Kreimer, Supreme Court Review 1998, 71 (137) – s. o. B. I. 1. b) bb).

abgeleiteten Kompetenz- und Ingerenzausübungsgrenzen, sondern zugleich die ebenfalls vagen Grenzlinien der Justiziabilität dieser Grenzen.

Etwaige gerichtliche Selbstbeschränkung kann dabei mehr oder weniger offen formuliert werden: deutlich als unmissverständlicher Verzicht auf gerichtliches Einschreiten wie in Ginsburgs *Obamacare*-Sondervotum<sup>3911</sup> oder – weniger deutlich (und missverständlich) – als verdeckter Rückzug auf impraktikable Prüfungsmaßstäbe wie in der ‚Besoldungsvereinheitlichungs‘-Entscheidung<sup>3912</sup>.

### III. Verantwortung der Leserinnen und Leser

Gerade angesichts der strukturellen Vagheit und Instrumentalisierbarkeit der anthropomorphen Argumentation mit Verbandsgrundrechtspositionen gerät – so eine *dritte* Beobachtung aus den vorstehenden Analysen – die Verantwortung der Leserinnen und Leser gerichtlicher Entscheidungen in den Fokus (‚ethics of reading‘ – dazu allgemein oben § 10, C. II.): Es kommt eben darauf an, wie man Topoi wie ‚Willensfreiheit‘, ‚Kulturhoheit‘ oder ‚Hausgut‘ *liest* – krude-totalisierend oder reflektiert-ironisch.

Dabei ist ‚Leserinnen und Leser‘ erkennbar kein rechtswissenschaftlicher Begriff; vorliegend sind damit Akteure in höchst unterschiedlichen Rollen angesprochen, wobei – in Konkretisierung der Hypothesen 2.1 und 2.2 (dazu oben § 7, C. II. bzw. § 8, C. II.) – drei Gruppen Hervorhebung verdienen: Akteure der Wissenschaft, Akteure der nicht-judikativen Praxis und Akteure der (para-)demokratischen Öffentlichkeit<sup>3913</sup>. Vor allem bei der Analyse von Wittrecks ironischer Formel „Bundesverfassungsgerichtstreue“, welche teilweise an Schlinks Auseinandersetzung mit dem „Bundesverfassungsgerichtspositivismus“ anschließt, stand die Verantwortung der Wissenschaft als Leserin der anthropomorphen Formel ‚Bundestreue‘ im Zentrum (s. o. B. II. 2. c) bb)). Eine nähere Untersuchung des Global-Topos ‚Treue‘ hat das Augenmerk auch auf die nicht-judikative Praxis<sup>3914</sup> und die (para-)demokratische Öffentlichkeit<sup>3915</sup> als Leserinnen gerichtlich durchsetzbarer Dogmatik gelenkt.

Es lässt sich in diesem Zusammenhang auf Ausführungen verweisen, die der frühere Bundesverfassungsrichter Brun-Otto Bryde (nach dem Ende seiner Amts-

<sup>3911</sup> Dazu oben C. II. 1.; ein weiteres Beispiel für eine deutliche Selbstbeschränkung ist die Klarstellung der dogmatischen Gehaltlosigkeit des „Kulturhoheit“-Topos in der Filmförderungsentscheidung, dazu oben C. II. 2.

<sup>3912</sup> Dazu oben C. II. 4.; ein weiteres Beispiel für eine eher versteckte Selbstbeschränkung ist das ‚Spiel‘ mit methodologischen Positionen in Souters Sondervotum zu *Printz*, dazu oben C. II. 3.

<sup>3913</sup> Die Wissenschaft als Leserin ist als Trägerin der pluralistischen Dogmatikbildung in Hypothese 2.1 angesprochen; nicht-judikative Praxis und (para-)demokratische Öffentlichkeit in Hypothese 2.2.

<sup>3914</sup> S. die Ausführungen zum Topos der ‚Verfassungsorganstreue‘ oben B. II. 2. a).

<sup>3915</sup> S. die Ausführungen zum „cult of the Court“ oben B. II. 2. c) bb).

zeit)<sup>3916</sup> mit Blick auf *obiter dicta* des Bundesverfassungsgerichts gemacht hat: Demnach liege es auch in der Verantwortung der „Rezipienten“ gerichtlicher Entscheidungen – Bryde nennt insoweit neben der „Wissenschaft“ die „Politik“ –, durch ihren Umgang mit *obiter dicta* dafür zu sorgen, dass diesen „nicht ein Status zugeschrieben wird, der ihnen nicht zukommt“.<sup>3917</sup> Dies verlange „Mut“ von der „Politik“, was ihr in der verfassungsgerichtsaffinen Verfassungskultur Deutschlands aber „nicht leicht gemacht“ werde.<sup>3918</sup> Was Bryde hier für das Sonderproblem ‚*obiter dictum*‘ thematisiert, gilt dem Grundsatz nach auch für andere apokryphe Rechtsinhaltsquelltexte (dazu oben § 7, A. III. 3.), einschließlich Textstellen mit ausgreifender Maßstabsbildung<sup>3919</sup>, wie sie oben für den ‚Kalkar II‘-Vorbehalt (s.o. C. I. 2. b) bb)) und die ‚Hausgut‘-Formel (s.o. C. II. 4. a)) beschrieben wurden, wie überhaupt für verfassungstextferne, vage anthropomorphe Argumentationsmuster, welche die Dogmatik der Verbandsgrundrechtspositionen prägen.

Mit der Hervorhebung der Verantwortung von Rezipienten soll keinesfalls zum Ausdruck gebracht werden, dass die Rechtsprechung selbst aus der Verantwortung zu nehmen wäre. Vielmehr ist im Sinn einer – freilich unscharfen – Vorstellung von ‚*ethics of writing*‘ (s.o. § 10, C. II.) festzuhalten, dass die Rechtsprechung selbstverständlich versuchen muss, Herrin des von ihr eingesetzten Sprachmaterials zu bleiben – was *gegen* den Gebrauch unscharfer anthropomorpher Argumentationstopoi spricht.<sup>3920</sup>

#### IV. Leserinnen und Leser zwischen Dogmatik und Kritik, zwischen Treue und Selbstbehauptung

Bei alledem ist – *viertens* – aber auch erkennbar, dass das Funktionieren von Institutionen im demokratischen Verfassungsstaat ebenso wie die pluralistische Dogmatikbildung auf bestimmte Ausprägungen von Diskurs-, Etikette‘ und von

<sup>3916</sup> Bemerkenswerterweise in einem Festschrift-Beitrag für den früheren Präsidenten des Bundesverfassungsgerichts, *Hans-Jürgen Papier* – beide, *Bryde* und *Papier*, sind v.a. auch ‚Staatsrechtslehrer‘.

<sup>3917</sup> *B.-O. Bryde*, in: FS *Papier*, München 2013, S. 493 (500).

<sup>3918</sup> *B.-O. Bryde*, in: FS *Papier*, München 2013, S. 493 (500).

<sup>3919</sup> Vgl. *B.-O. Bryde*, in: FS *Papier*, München 2013, S. 493 (499 f.): „Es sollten auch nicht – gelegentlich zu weit gefasste – abstrakte Rechtsaussagen und Leitsätze, sondern die konkrete Entscheidung Ausgangspunkt der Analyse sein“.

<sup>3920</sup> Auch hier ist ein gedanklicher Anschluss an *Bryde* angezeigt, welcher zum Sonderproblem der *obiter dicta* ausführt: „Dabei kann das Gericht helfen, indem es den Status von *obiter dicta* sprachlich klarstellt“, *B.-O. Bryde*, in: FS *Papier*, München 2013, S. 493 (500). Eine solche Klarstellung (oder gar Korrektur) wurde oben in der Entscheidung zum Filmförderungsgesetz hinsichtlich des Topos „Kulturhoheit der Länder“ beschrieben; dazu oben C. II. 2. b).

‚Treue‘ im Kommunizieren und Kooperieren angewiesen sind.<sup>3921</sup> So wurden oben Dogmatik und soziale Etikette als komplexe Machttechniken parallelisiert: Dogmatikbildung ist *überhaupt*, also auch außerhalb der Dogmatik der Verbandsgrundrechtspositionen, strukturähnlich zum Phänomen der sozialen Etikette (s. o. B. I. 2.). Ebenso hat die Auseinandersetzung mit dem Topos ‚Treue‘ – über Schlagworte wie ‚Verfassungsorganstreue‘ und ‚Verfassungstreue‘ – dessen ganz *fundamentale* und ebenfalls föderalismus-übergreifende Bedeutung für das Funktionieren des demokratischen Verfassungslebens – gerade auch als Korrektiv von Gewaltenteilungsfaktoren – beleuchtet (s. o. B. II. 2. a)). Und noch grundsätzlicher ist festzustellen: Selbstverständlich hat ‚Recht‘ *stets* einen gewissen Schutzauftrag, eine Ausrichtung auf schutz-würdige Belange, Interessen und Güter; es nimmt also *immer* Positionen der Schutz-Würdigkeit in Bezug – womit der Topos ‚Würde‘ angesprochen ist.

Im Föderalismusverfassungsrecht und dort vor allem in der Dogmatik der Verbandsgrundrechtspositionen gewinnen ‚Etikette‘-, ‚Treue‘- und ‚Würde‘-Positionen nun aber eine *zugespitzte* Form und *spezifische* Funktion: Föderalismus als formorientiertes Prinzip ist inhärent auf ‚Etikette‘-, ‚Treue‘- und ‚Würde‘-Fragen ausgerichtet. In der Föderalismusverfassungsrechtsdogmatik sind Topoi wie ‚Etikette‘, ‚Treue‘ und ‚Würde‘ nicht bloße Beschreibungsmodelle auf der Meta-Ebene (Dogmatikbildung als ‚Etikette‘; Kooperation zwischen Institutionen als ‚Treue‘-Verhältnis; Schutz-, ‚Würdigkeit‘ von Rechtsgütern) wie in anderen Bereichen der Rechtsordnung auch. Hier, in der Föderalismusverfassungsrechtsdogmatik, werden sie als *dogmatische Argumente* ausgegeben („*etiquette of federalism*“, ‚Bundestreue‘, ‚*state dignity*‘).

‚Vor Gericht‘, also in der föderalismusverfassungsrechtlichen Wirkungsdimension Rechtsprechung (s. o. § 8, B. III.), tritt nun aber mit dem Gericht ein Akteur hinzu, welcher seinerseits ‚Treue‘ einfordert und auf ‚Würde‘ verweist. In der Hand der Gerichte erlangen ‚föderale Treue‘ und ‚föderale Würde‘ eine andere Funktion als im Verhältnis föderaler Träger untereinander: Wegen des oben beschriebenen metaleptischen Sphärensprungs (s. o. I.) sind Topoi wie ‚Etikette‘, ‚Treue‘ und ‚Würde‘ *auch* Schutz- und Machtpositionen der Gerichte selbst. Für die Leserinnen und Leser gerichtlicher Entscheidungen im Bereich der Verbandsgrundrechtspositionen impliziert dies die Obliegenheit, wie von Fabian Wittreck nahegelegt<sup>3922</sup>, in jedem

<sup>3921</sup> Man mag das als Ausprägung „des einbindenden, kooperativen Verfassungssinns“ betrachten, zu dieser Wendung mit Hinweis auf Peter Lerche: *M. Klopfer*, Vorwirkung von Gesetzen, München 1974, S. 53 – dort freilich bezogen (nur) auf hoheitliche Institutionen („all[e] Staatsgliederungen und -organe“).

<sup>3922</sup> F. Wittreck, in: I. Härtel (Hrsg.), *Handbuch Föderalismus*, Bd. I, Berlin u. a. 2012, § 18, Rn. 55, bleibt insoweit vage: Er warnt vor den Risiken der „Anerkennung eines Verfassungssatzes von der Bundestreue“ überhaupt und spricht sich gegen eine „unkritische Annahme der Rechtsprechung zum ‚bundesfreundlichen Verhalten‘“ aus. Wittrecks Aufsatz kann als Illustration der Schwierigkeiten dienen, welche mit ironischer Kritik verbunden sind: Es fällt schwer, konstruktiven ‚festen Boden‘ wiederzuerlangen – s. auch gleich unten V.

Einzelfall danach zu fragen, *in welchem Maß* es in einer konkreten Entscheidung um die „Bundestreue“ zwischen föderalen Trägern und *in welchem Maß* es um die „Bundesverfassungsgerichtstreue“ gegenüber dem Gericht geht. Da beide Aspekte rhetorisch und argumentativ untrennbar miteinander zusammenhängen, kann es hier nur um Einordnungen *gradueller* Natur gehen. Anderes gilt freilich dann, wenn man – was insgesamt aber eher selten passiert<sup>3923</sup> – die Extremposition vertritt, wonach Verbandsgrundrechtspositionen *gar nicht* justiziabel sein sollten. Schließlich wird man als Rechtswissenschaftlerin oder Rechtswissenschaftler aber damit umzugehen haben, *dass* Gerichte Verbandsgrundrechtspositionen als justiziabel behandeln. Die Rechtswissenschaft ist im Föderalismusverfassungsrecht im Bereich der Verbandsgrundrechtspositionen dann in besonders prekärer Art und Weise zwischen den Modi ‚Kritik‘ und ‚Dogmatik‘ verfangen, weil sie sich in gewisser Weise auf das anthropomorphistische Argumentieren mit Topoi wie ‚Bundestreue‘ einlassen muss: Das illustriert der Topos „Etikette“, welcher teils – insbesondere bei Adler und Kreimer (s. o. B. I. 1.) – als ironisch-kritische, pejorative Wendung fungiert, teils aber auch (unterdessen) in Lehrbüchern zum US-amerikanischen Verfassungsrecht bei der (eher wertungsfrei-nüchternen) Beschreibung dogmatischer Strukturen des Fallrechts Verwendung findet.<sup>3924</sup> Ähnliches wie für die Wissenschaft gilt für die nicht-judikative Praxis: Diese muss sich immer wieder auf dem Spektrum zwischen der Verfassungsorgantreue gegenüber dem Gericht (s. o. B. II. 2. a)) und der Behauptung eines mehr oder weniger intensiven *departmentalism* (s. o. § 8, B. I.) gerade im Bereich der Verbandsgrundrechtspositionen selbst verorten und behaupten.

<sup>3923</sup> Man denke aber beispielsweise an den oben vorgestellten Ansatz von Herbert Wechsler: s. o. § 3, C. II. Wittreck selbst scheint trotz seiner deutlichen und grundlegenden Kritik an der Figur ‚Bundestreue‘ in der Hand der Gerichte (s. o. B. II. 1.) offenbar *nicht* für die absolute Nicht-Justiziabilität dieser Figur zu plädieren (s. eben in Fn. 3922).

<sup>3924</sup> So bei *M. C. Dorf/T. Morrison*, *Constitutional Law*, New York, N.Y., U.S.A., 2010, S. 84 ff., welche unter der Teilüberschrift „*‚Etiquette‘ Limits on Federal Power*“ gerichtlich durchsetzbare Verbandsgrundrechtspositionen diskutieren; dabei üben sie zwar in Details Kritik am vorgestellten Fallrecht (etwa zur vor-demokratischen Basis der *sovereign immunity*-Dogmatik – s. o. § 10, B. V. 1. b) cc)), stellen die „*‚etiquette‘ limits*“ aber *nicht* etwa *per se* in Frage, sondern behandeln sie als *‚cold hard facts of life‘*. Hier zeigt sich, dass „Etikette“ als kritischer Topos nicht beherrschbar ist (nicht auf den Modus der Kritik beschränkbar ist) und zu einem dogmatischen Begriff werden kann; die Wirkmacht des Aufsatzes (und vor allem Aufsatztitels „*The New Etiquette of Federalism*“) von Adler und Kreimer im rechtswissenschaftlichen Diskurs hat aus dem kritischen einen dogmatischen Begriff werden lassen. Es lässt sich hier – beim Befund der Untrennbarkeit von Kritik und Dogmatik – eine Verbindungslinie zu einer Beobachtung von Paul de Man ziehen, wonach der Unterschied zwischen Literatur und Literaturkritik „trügerisch“ sei: „*Literature as well as criticism – the difference between them being delusive – is condemned (or privileged) to be forever the most rigorous and, consequently, the most unreliable language in terms of which man names and transforms himself*“, s. *P. de Man*, in: *Allegories of Reading*, New Haven, Conn., U.S.A., u. a. 1979, S. 3 (19).

## V. Selbstreflexion: Selbstbeschränkung auch der ironischen Kritik

Kritikerinnen und Kritiker von Paul de Mans Konzept der ‚Dekonstruktion‘ (s.o. § 10, B. II. 3. c) cc)) und gerade auch seines spezifischen tropologischen ‚Ironie‘-Verständnisses haben darauf hingewiesen, er würde der *lesenden Instanz*<sup>3925</sup> eine (zu) starke, eine (zu) stabile und damit letztlich eine *un-ironische* Position einräumen<sup>3926</sup>: So erkennt Ayon Roy in de Mans Konzept „einen [...] Willen zur interpretatorischen Herrschaft, welcher [seinerseits] nicht ironisiert wird“ („a [...] *will to interpretive mastery that goes unironized*“<sup>3927</sup>) und ein „Unvermögen, den stabilen Standpunkt der Leserin oder des Lesers zu ironisieren“ („*incapacity to ironize the stable readerly standpoint*“<sup>3928</sup>): Es sei inkonsequent, wenn de Man zwar einerseits „dem Text genügend *agency* zuspreche, das Verlangen der Leserin oder des Lesers nach semantischer Stabilität zu frustrieren“, andererseits aber „genügend *agency* der Leserin oder des Lesers beibehalte, um die ironische Polysemie des Texts zu erkennen – und auszukosten“.<sup>3929</sup>

Gerade im vorliegenden Zusammenhang der interdisziplinären Übertragung des literaturtheoretischen Ansatzes de Mans in die Rechtswissenschaft ist es wichtig, diese Kritik an de Mans Dekonstruktion aufzunehmen und in Rechnung zu stellen. Man mag die Kritik auch im Kontext der schon mehrfach angerissenen *ethics of reading and writing* (s.o. III. u. § 10, C. II.) betrachten: Zur Ethik des Lesens gehört auch, die Grenzen der „interpretatorischen Herrschaft“ („*interpretive mastery*“) der lesenden Instanz anzuerkennen; das gilt auch hinsichtlich kritisch-ironischer Lesarten – auch diese sind nicht garantiert ‚auskostbar‘. Schlegels Gebot der Bescheidenheit und der Selbstbeschränkung der Akteure der Sprachverwendung (s.o. C. I. 1.) ist auch auf die kritische Leserin oder den ironischen Leser zu beziehen. Nicht nur die dogmatische Instanz, auch die kritische Instanz hat eben keine ‚totale‘ Kontrolle über das tropische Sprachmaterial.<sup>3930</sup>

<sup>3925</sup> Hinsichtlich der *schreibenden* Instanz betont de Man (in Abweichung von Schlegel) die Unkontrollierbarkeit der Ironie – dazu näher oben § 10, B. IV. 3. d) cc).

<sup>3926</sup> Vgl. (auch? allerdings?) die oben – in Fn. 3388 (bei § 10, B. II. 2. a) cc)) – knapp erwähnte Kritik von T. Bönning, DVjs 64 (1990), 426, an de Mans nihilistischer Nietzsche-Rezeption; dort (a.a.O. [466]) auch der Hinweis, dass de Man ‚die Ironie‘ nicht in ihrem Potential als „göttlich künstliche Kunst“ wahrnehme. Beachte allerdings den oben in Fn. 3560 (bei § 10, B. IV. 3. d) cc)) referierten Hinweis von O. Simons, Literaturtheorien zur Einführung, 2. Aufl., Hamburg 2014, S. 106.

<sup>3927</sup> A. Roy, PMLA 124 (2009), 107 (120).

<sup>3928</sup> A. Roy, PMLA 124 (2009), 107 (120).

<sup>3929</sup> A. Roy, PMLA 124 (2009), 107 (120): „*Notice that although de Man grants the text enough agency to frustrate the reader's desire for semantic stability, he nonetheless retains just enough readerly agency to detect – and to savor – the text's ironic polysemy.*“

<sup>3930</sup> Zur Illustration sei zurückverwiesen auf das Schicksal des Topos „Etikette“ – s.o. bei Fn. 3924.



## § 12 Metonymische Versatzstücke in der ‚dogmatischen Welt‘: Föderalismus im Dienst von ‚Staatlichkeit‘, ‚Freiheit‘, ‚Demokratie‘

Die anthropomorphe Argumentation mit Verbandsgrundrechtspositionen lässt sich zwar in ironischen Lektüren kritisch wenden (s.o. § 11). Allerdings ist das Fundament, auf welchem ironisch-kritische Lesarten versuchen, „die ironische Polysemie des Texts [...] auszukosten“<sup>3931</sup>, seinerseits instabil (s.o. § 11, D. V.). Das nachfolgende – und abschließende – Kapitel widmet sich angesichts dieses Befunds dem Fakt, dass Gerichte in den USA und in Deutschland verschiedentlich anthropomorphe Formeln einsetzen, um Verbandsgrundrechtspositionen föderaler Träger durchzusetzen. Lässt man sich auf diesen Befund ein und begnügt sich nicht damit, anthropomorphes Argumentieren *per se* abzulehnen oder zu ironisieren, so verschiebt sich das Interesse auf die *Analyse* des verwendeten anthropomorphen Sprachmaterials in seiner ideenpolitischen Einbettung und Ausrichtung. Eingebettet ist das anthropomorphe Sprachmaterial in der ideenpolitischen Konstellation des freiheitlich-nationalstaatlich-repräsentativ-demokratischen Föderalismus (s. Hypothese 1.1 – s.o. § 1, C. III. 2.). Innerhalb dieser ideenpolitischen Konstellation kann anthropomorphistische Argumentation mit Positionen ‚föderaler Treue‘ oder ‚föderaler Würde‘ insbesondere auf etatistische, ‚freiheits‘-theoretische oder ‚demokratie‘-theoretische Postulate ausgerichtet sein (s. Hypothese 1.2 – s.o. § 2, C. IV. 3.). In der oben im Anschluss an Paul de Man eingeführten rhetorikanalytisch-tropologischen Terminologie (s.o. § 10, B. IV. 2.) lassen sich die ideenpolitischen Bezugnahmen auf diese Postulate als *metonymische* Relationen qualifizieren und analysieren:

### A. Metonymie: Gliederung, Anekdote(n), Analyse(n)

Nicht nur die Trope Ironie (s.o. § 11, A.), auch die Trope Metonymie kommt im tropologisch-rhetorischen Verständnis von Paul de Man als Trope der Dekonstruktion daher. Gemeinhin gilt die Metonymie als Trope der „Reduktion“ (s.o. § 10, B. IV. 5. b)): <sup>3932</sup> Ein ‚Ganzes‘ wird auf eines seiner Teile (seiner Bestandteile, seiner ‚tatsächlichen‘ Eigenschaften, etc.) reduziert; <sup>3933</sup> dies wurde oben am botanischen Namen ‚Augentrost‘ erläutert, dessen (angebliche) Heilwirkung, also *eine* (angebliche) Eigenschaft dieser Pflanze unter vielen, namensgebende Kraft für die *gesamte* Pflanze entfaltet (s.o. § 10, B. IV. 4. b)). Nach de Man wird in einer Metonymie eine

<sup>3931</sup> A. Roy, PMLA 124 (2009), 107 (120) – s.o. § 11, D. V.

<sup>3932</sup> K. Burke, in: The Kenyon Review 3 (1941), 421 ff.; H. White, Metahistory, Baltimore, Md., U.S.A., 1973, S. 33 f.

<sup>3933</sup> H. White, Metahistory, Baltimore, Md., U.S.A., 1973, S. 33: *substitution of terms „in such a way as to reduce the whole to one of its parts“.*

„zufällige Begegnung“ („*casual encounter*“) <sup>3934</sup> und nicht etwa – wie bei der Metapher – eine Wesensähnlichkeit zur Grundlage für die Bezeichnung einer Entität, welche von dieser „Begegnung“ betroffen ist. Die Aufmerksamkeit für solche „zufälligen Begegnungen“ (oder ‚Anekdoten‘ <sup>3935</sup>) birgt dekonstruktiv(istisch)es – oder nüchterner: (*zer-)gliedernd-analytisches* <sup>3936</sup> – Potential: Im Beispiel des Namens der Pflanze Augentrost richtet die rhetorische Analyse im Hinblick auf metonymische Beziehungen die Aufmerksamkeit darauf, dass nicht von der Pflanze zu erwarten ist, dass sie durch ihr Erscheinungsbild, also optisch-ästhetisch, ‚tröstend‘ auf die Augen wirken kann; vielmehr beruht der namensgebende ‚Trost‘ auf der (angeblichen) biochemisch-pharmakologischen Wirkung der Pflanze.

Unter Verwendung des skizzierten Begriffs der ‚Metonymie‘ werden im Folgenden metonymische ‚Versatzstücke‘ <sup>3937</sup> ideenpolitisch-anthropomorphistischer Argumentation mit Verbandsgrundrechtspositionen versammelt. Diese Versatzstücke werden dabei nicht etwa völlig neu in die Untersuchung eingeführt, sondern im Rückgriff auf die oben in § 5 und § 6 angestellten Dogmatik-Analysen zu den Verbandsgrundrechtspositionen aufgegriffen. Die dort bereits erwähnten argumentativ-ideenpolitischen Versatzstücke werden im Folgenden um drei Cluster versammelt: ‚(National-)Staatlichkeit‘, ‚Freiheit‘ und ‚(repräsentative) Demokratie‘. Die – schon zwischen *Federalists* und *Anti-Federalists* Ende des 18. Jahrhunderts so umkämpfte – ideenpolitische Konstellation des freiheitlich-nationalstaatlich-repräsentativ-demokratischen Föderalismus (s. Hypothese 1.1 – s. o. § 1, C. III. 2.) wird auf diese Weise metonymisch in drei Gruppen von Versatzstücken *gegliedert* <sup>3938</sup>. Wie

<sup>3934</sup> P. de Man, in: *Allegories of Reading*, New Haven, Conn., U.S.A., u. a. 1979, S. 57 (63).

<sup>3935</sup> Man mag in der Gattung ‚Anekdote‘ vor allem das metonymische Prinzip der Ausstellung „zufälliger Begegnungen“ am Werk sehen; es ist aber auch unverkennbar, dass der Anekdote auch eine Tendenz oder das Potenzial einer totalisierenden Ineinssetzung, also das Prinzip der Synekdoche, innewohnt.

<sup>3936</sup> ‚Dekonstruktion‘ und ‚Analyse‘ im Sinn von ‚(Zer-)Gliederung‘ wie in Peter Handkes „Versuch über die Müdigkeit“: „Die Müdigkeit gliederte – ein Gliedern, das nicht zerstückelte, sondern kenntlich machte – das übliche Gewirr durch sie rhythmisiert [...]“, P. Handke, in: *Die drei Versuche*, Frankfurt a. M., 2001 [1989], S. 7 (39).

<sup>3937</sup> Im Reallexikon der deutschen Literaturwissenschaft definiert Matthias Lösch im Artikel „Bühnenbild“: „Versatzstück: (auch Versetzstück, Setzstück) Von versetzen (‚von einer Stelle zur anderen bringen‘; aber auch: ‚verbergen‘) abgeleitete Bezeichnung für kleinere, bewegliche Dekorationsteile“, M. Lösch, in: *Reallexikon der deutschen Literaturwissenschaft*, Bd. I, 3. Aufl. 1997, S. 274 (275). Bemerkenswert an dieser Definition ist für die vorliegende metaphorische Verwendung der Hinweis auf das ‚Verbergen‘, wird hieran doch der *entblößende* Charakter der Dekonstruktion durch *Offenlegen* metonymischer Relationen unterstrichen. Des Weiteren bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang dann wiederum die Etymologie von ‚Anekdote‘: „Anekdote [...], kurze unbeglaubigte Erzählung [...]. Mitte 18. Jh. wird über gleichbed. frz. *anecdote* das griech. *anékdotá* (*ἀνέκδοτα*) ‚nicht Herausgegebenes‘ übernommen“, s. W. Pfeifer *et al.*, *Etymologisches Wörterbuch des Deutschen*, 2. Aufl., Berlin 1993, digitalisierte und von W. Pfeifer überarbeitete Version im Digitalen Wörterbuch der deutschen Sprache, <<https://www.dwds.de/wb/Anekdote>>, abgerufen am 01.12.2021.

<sup>3938</sup> Beachte hierzu die Anm. oben in Fn. 3936.

einzelne Versatzstücke eines Bühnenbilds<sup>3939</sup> können die verschiedenen etatistischen, ‚freiheits‘-theoretischen und ‚demokratie‘-theoretischen Gehalte ins Gesamtbild der Argumentation mit dem föderalen Prinzip geschoben werden (und sind dann unter Umständen für sich kaum noch identifizierbar, weil sie im Großen und Ganzen untergehen), sie können kumulativ in Szene gesetzt werden, sie können aber auch versteckt bleiben. Die ‚Versatzstück‘-Metapher wird dem unabgeschlossen-unabschließbaren Charakter der ideenpolitisch-anthropomorphistischen Argumentation mit Verbandsgrundrechtspositionen gerecht. Insoweit soll an die oben – im Anschluss an Christoph Möllers und Hannah Birkenkötter – hervorgehobene Beobachtung, wonach das US-amerikanische Rechtsdenken wesentlich toleranter gegenüber unabschließbaren Problemlagen ist (s.o. § 9, D. III.),<sup>3940</sup> komparatistisch angeknüpft und ein Möglichkeitsspektrum ideenpolitischer Argumentation aufgezeigt werden, ohne dass dabei jede der untersuchten Argumentationslinien affirmiert würde<sup>3941</sup>.

## B. Metonymische Versatzstücke ideenpolitischer Argumentation mit Anthropomorphismen

Anthropomorphistische ideenpolitische Argumentation mit Verbandsgrundrechtspositionen arbeitet mit argumentativ-ideenpolitischen Versatzstücken rund um die Cluster ‚(National-)Staatlichkeit‘ (s. u. I.), ‚Freiheit‘ (s. u. II.) und ‚Demokratie‘ (s. u. III.):

### I. Anthropomorpher Föderalismus im Dienst von ‚(National-)Staatlichkeit‘

Die föderalen Ordnungen der Vereinigten Staaten von Amerika und der Bundesrepublik Deutschland sind zugleich *nationalstaatliche* Ordnungen. Der Föderalismus der US-Verfassung und der Föderalismus des Grundgesetzes unterfallen dem

<sup>3939</sup> Beachte hierzu die Anm. oben in Fn. 3937.

<sup>3940</sup> Vgl. C. Möllers/H. Birkenkötter, I•CON 12 (2014), 603 (611): „*it is one of the most fascinating and instructive elements of American constitutional practice that fundamental questions, [...] seem never to be settled.*“ Möllers und Birkenkötter folgern für die Verfassungsvergleichung: „*Modern law deserves an aporetic approach.*“

<sup>3941</sup> Freilich wird die nachfolgende Darstellung bei der Untersuchung von Argumentationen rund um Vorstellungen von ‚Freiheit‘ (s. u. B. II.) und rund um das Theorem der ‚Demoikratie‘ (s. u. B. III.) stellenweise durchaus affirmativ. Dies ist letztlich wohl unhintergebar, weil vorliegend versucht wird, mit Oliver Lepsius eine demokratietheoretisch fundierte wissenschaftliche Perspektive (O. Lepsius, Der Staat 52 [2013], 157) einzunehmen; beachte auch die abschließenden Erörterungen zu rechtswissenschaftlichem Lesen in der föderalen Demoikratie unten C. II.

Sondertypus des *nationalstaatlichen* Föderalismus<sup>3942</sup>; dieser ist – das zeigen die Erscheinungsformen des inter-, multi- und des supra-nationalen Föderalismus<sup>3943</sup> (und abgesehen von Föderalismus außerhalb hoheitlicher Strukturen<sup>3944</sup>) – keinesfalls die einzige Ausprägung des föderalen Prinzips. Die Bedeutung des nationalstaatlichen Föderalismus als Subtypus des föderalen Prinzips ist zementiert durch die jahrhundertlang gewachsenen politischen Strukturen mit – noch immer<sup>3945</sup> – einem Primat des Nationalstaats. Vertieft wird diese Wirkkraft durch den – oben im Rahmen der methodologischen Reflexion angesprochenen – „methodologischen Nationalismus“ der Geistes- und Sozialwissenschaften (s. o. § 9, C. I. 3. c)). Die Einbettung in das nationalstaatliche Ordnungsmuster hat Auswirkungen auf ‚Föderalismus als Instrument und Lesekonvention vor Gericht‘:

### 1. Zur Terminologie: ‚Etatismus‘, ‚Nationalismus‘

Instrumentalföderalismus als Mittel im Dienst von ‚(National-)Staatlichkeit‘ zu betrachten, mag zunächst *konterintuitiv* erscheinen, gerade wenn man das Element des *Nationalstaatlichen* betont. Und dennoch kamen bei der Darstellung der Dogmatik der Verbandsgrundrechtspositionen als Kompetenz- und Ingerenzausübungsregeln (s. o. § 5 bzw. § 6) immer wieder Versatzstücke etatistischer und (sub-)nationalistischer Argumentation in das Blickfeld; ‚(Sub-)Nation‘ und ‚Staat‘ treten „als Argument[e]“<sup>3946</sup> im Föderalismus auf.<sup>3947</sup>

<sup>3942</sup> I. Härtel, in: dies. (Hrsg.), Handbuch Föderalismus, Bd. I, Berlin u. a. 2012, § 16, Rn. 1 ff., spricht im Hinblick auf den grundgesetzlichen Entwurf von „staatsorientiertem Föderalismus“.

<sup>3943</sup> Zum Pluralismus von Föderalimen in Mehrebenengebilden näher oben § 2, B. III. 2. b) dd).

<sup>3944</sup> Zur Eingrenzung von ‚Föderalismus‘ auf die (Auf-)Teilung von Hoheitsgewalt näher oben § 2, B. II.

<sup>3945</sup> Vgl. etwa H. P. Aust, Das Recht der globalen Stadt. Grenzüberschreitende Dimensionen kommunaler Selbstverwaltung, Tübingen 2017, S. 52 ff., m. w. N.; M. Kloepper/R. D. Neugärtner, in: W. Kahl/M.-P. Weller (Hrsg.), Climate Change Litigation. Liability and Damages from a Comparative Perspective, München u. a. 2021, S. 21 (39 f.).

<sup>3946</sup> Formulierung in Anlehnung an C. Möllers, Staat als Argument, 2. Aufl., Tübingen 2011, welcher a. a. O., S. 350 ff., analysiert, wie „im Rekurs auf den Staatsbegriff“ das verfassungsrechtliche Problem der „Staatlichkeit der Länder“ argumentativ behandelt wird. Möllers analysiert neben einschlägigen Arbeiten des Schrifttums unter anderem die – auch in der vorliegenden Studie näher untersuchten – Entscheidungen BVerfGE 1, 14 – Südweststaat (dazu oben § 6, A. VI. 3. a)); BVerfGE 8, 104 – Volksbefragung (dazu oben § 6, A. VI. 3. b)) und BVerfGE 34, 9 – Besoldungsvereinheitlichung (dazu oben § 5, A. II. 3. sowie § 6, A. VII. 3. b)).

<sup>3947</sup> S. oben bei den Analysen von u. a. *Hammer v. Dagenhart*, 247 U.S. 251 (1918 – s. o. § 5, A. I. 2. a)); *Rice v. Santa Fe Elevator Corp.*, 331 U.S. 218 (1947 – s. o. § 5, A. I. 2. b) aa)); BVerfGE 6, 309 (323) – Reichskonkordat (s. o. § 5, A. I. 3. a)); BVerfGE 12, 205 (239) – 1. Rundfunkentscheidung (s. o. § 5, A. I. 3. a)); BVerfGE 110, 141 – Kampfhunde (s. o. § 5, A. I. 3. b)); K. Merten, DVBl 1987, 395 (s. o. § 5, A. I. 3. b)); *National League of Cities v. Usery*, 426 U.S. 833 (1976 – s. o. § 5, A. II. 2. a)); *Alden v. Maine*, 527 U.S. 706

Unter ‚Nationalismus‘ soll hier das politische Denken und Argumentieren im Hinblick auf die ‚Nation‘, also auf ein durch bestimmte Merkmale definiertes (und vorgestelltes) Kollektiv, verstanden werden. ‚Nationalismus‘ hat einen simplifizierenden, homogenisierenden Impetus der (begrenzten) Gleichmacherei.<sup>3948</sup> Liah Greenfeld definiert ‚Nationalismus‘ als ein Gedankengebäude, welches bestimmte kollektive ‚Identitäts‘- und ‚Bewusstseins‘-Vorstellungen (‚nationale Identität‘ und ‚nationales Bewusstsein‘) und hierdurch geprägte sozio-politische, institutionelle und kulturelle Strukturen eines Kollektivs (etwa im Topos ‚Kulturnation‘) trägt.<sup>3949</sup> Daneben benennt Greenfeld eine engere – vorliegend nicht unmittelbar in Bezug genommene – Bedeutungsdimension von ‚Nationalismus‘ als aktivistisches, auf Abgrenzung, Ausschluss und Diskriminierung von Menschen gerichtetes (gesellschafts-)politisches Denken und Handeln.<sup>3950</sup>

Mit ‚Etatismus‘ ist vorliegend das (krypto-)normativ-ideenpolitische Argumentieren mit Blick auf die Kategorie ‚Staatlichkeit‘ innerhalb der Verfassungsrechtsdogmatik gemeint. Die Studie verortet sich insoweit im Anschluss an Christoph Möllers’ ideologiekritische<sup>3951</sup> Studie „Staat als Argument“. Dieser verfassungsrechtsdogmatisch-ideenpolitische ‚Etatismus‘-Begriff ist zunächst sachpolitik-indifferent, also beispielsweise nicht in wirtschaftspolitischer Hinsicht (wie beim ‚etatistischen‘ Moment des Merkantilismus oder der Planwirtschaft) oder in umweltpolitischer Hinsicht (wie in der Vorstellung des ‚Umweltstaats‘) noch in sozialpolitischer, sicherheitspolitischer, migrationspolitischer Hinsicht etc. zu verstehen. Es geht beim hier in Bezug genommenen verfassungsrechtsdogmatisch-ideenpolitischen Etatismus also nicht (unmittelbar) um politische Plädoyers für (oder gegen) einen ‚starken Staat‘<sup>3952</sup> in bestimmten Sachpolitikbereichen, auch nicht um „Staatsvergessenheit“ in einem institutionellen Sinn<sup>3953</sup>. Vielmehr geht es um

(1999 – s.o. § 5, A. III. 2. b)); BVerfGE 34, 9 – Besoldungsvereinheitlichung (s.o. § 5, A. II. 3.); *Massachusetts v. Environmental Protection Agency*, 549 U.S. 497 (2007 – s.o. § 5, B. II. 2. a)); *Arizona v. United States*, 567 U.S. 387 (2012), 416 (abw. Sondervotum Justice Scalia – s.o. § 5, C. II. 2.); *U. Di Fabio*, Migrationskrise als föderales Verfassungsproblem, unveröff. Gutachten, 2016 (s.o. § 5, B. III. 2. b)); BVerfGE 81, 310 – Kalkar II (s.o. § 6, A. II. 3. b)); *Georgia v. Tennessee Copper Co.*, 206 U.S. 230 (1907 – s.o. § 6, B. II. 2. b)).

<sup>3948</sup> Vgl. H. Richter, *Demokratie. Eine deutsche Affäre*, München 2020, S. 87.

<sup>3949</sup> Vgl. L. Greenfeld, *Nationalism. Five Roads to Modernity*, Cambridge, Mass., U.S.A., u. a., 1992, S. 3: „the articulate ideology on which national identity and consciousness rest“; dies betreffe „collectives based on [national identity and consciousness] – nations“, genauer: „institutional practices and patterns of culture, molding the social and political structures of societies“.

<sup>3950</sup> Vgl. L. Greenfeld, *Nationalism. Five Roads to Modernity*, Cambridge, Mass., U.S.A., u. a., 1992, S. 3: „the politically activist, xenophobic variety of national patriotism“.

<sup>3951</sup> So die Selbsteinordnung: C. Möllers, *Staat als Argument*, 2. Aufl., Tübingen 2011, S. XLIX.

<sup>3952</sup> Zu dieser – unscharfen – Redewendung M. Klopfer, *Verfassungsrecht*, Bd. I, München 2011, § 1, Rn. 94 ff.

<sup>3953</sup> Gegen die Vorwürfe der „Staatsvergessenheit“ verwahrt sich (auch) C. Möllers, *Staat als Argument*, 2. Aufl., Tübingen 2011, S. XIV.

„methodischen Etatis[mus]“<sup>3954</sup>, genauer um ideenpolitischen Etatismus bei der verfassungsrechtsdogmatischen Argumentation mit „Schleusenbegriffen“ (dazu näher oben § 3, B. III. 1.) – so z. B.<sup>3955</sup> im Föderalismusverfassungsrecht, etwa wenn die ungeschriebene Position „Eigenstaatlichkeit der Länder“ in der oben erörterten ‚Besoldungsvereinheitlichungs‘-Entscheidung als (im Ergebnis freilich zahnlose) Bundeskompetenzausübungsschranke diskutiert wird (s. o. § 6, A. VII. 3. b) u. § 11, C. II. 4.).<sup>3956</sup>

## 2. Föderalismus im Nationalstaat: gebrochener Unitarismus; „eifersüchtiger“ Etatismus und (Sub-)Nationalismus

Die Bettung der Föderationen USA und Bundesrepublik Deutschland in das nationalstaatliche Ordnungsschema – und damit in das methodologisch-ideenpolitische Kraftfeld von Nationalismus und Etatismus – ist von vorneherein spannungsreich:

Diese Spannungslage wurde bereits bei der Darstellung der *Federalist/Anti-Federalist*-Debatte herausgearbeitet: Die *Federalists* bedienten sich des föderalen Prinzips als Instrument und Verhandlungsgut im Kompromiss zwischen dem von ihnen verfolgten Wirtschaftsnationalismus und den konkurrierenden Forderungen der *Anti-Federalists* nach starker regionaler Autonomie in den Einzelstaaten (s. o. § 1, B. III. 5.). Nationalstaatlicher Föderalismus hat eine nationalistisch-unitaristische Tendenz, welche aber eben – mehr oder weniger stark – gebrochen wird.

Für den Föderalismus der Weimarer Reichsverfassung beobachtete Rudolf Smend, dass das „[gesamt-]staatliche Integrationssystem sich die Einzelstaaten als Gegenstand, aber vor allem auch als Mittel seiner gesamtstaatlichen Integrationsaufgabe einordnet.“<sup>3957</sup> Smend betont den (nationalistisch-unitaristischen) Instrumentalcharakter des Weimarer Föderalismus; zugleich benennt er aber den (etatischen) Gegenpol dazu: „Einzelstaaten [eben *auch*] als Gegenstand [... der] gesamtstaatlichen Integrationsaufgabe“. Diesen Befund eines gebrochenen Instrumentalcharakters beschreibt Smend unter Bezugnahme auf eine Inhalts/Form-Trennung näher: „Angesichts der starken sachlichen Unitarisierung des Reichs ist das stärkste Moment staatlichen Lebens und damit auch staatlicher Integrationskraft in den Ländern die formale einzelstaatliche Herrschaftsmacht. Nicht nur wegen der damit gegebenen sachlich-technischen Vorteile für Wirtschaft und andere Interessen

<sup>3954</sup> C. Möllers, Staat als Argument, 2. Aufl., Tübingen 2011, S. XIV, spricht etwa von Carl Schmitt als einem „methodische[n] Etatist“.

<sup>3955</sup> Denkbar aber auch im Europaverfassungsrecht bei der Frage nach sog. ‚Integrationsgrenzen‘, im Religionsverfassungs- (*versus* ‚Staatskirchenrecht‘) oder im Notstands- und Ausnahmeverfassungsrecht, vgl. zu diesen und weiteren Referenzbereichen C. Möllers, Staat als Argument, 2. Aufl., Tübingen 2011, S. XIX ff.

<sup>3956</sup> BVerfGE 34, 9 (19 f.) – Besoldungsvereinheitlichung.

<sup>3957</sup> R. Smend, in: ders., Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze, 3. Aufl., Berlin 1994 [1928], S. 119 (269).

ihrer Gebiets sind die Länder so eifersüchtig auf deren Wahrung, sondern vor allem deshalb, weil sie ihre stärkste Lebensäußerung und Daseinsform ist“<sup>3958</sup>. Smend fasst die Ur-Spannung des nationalstaatlichen Föderalismus und die von vorneherein prekäre Stellung der föderierten Einheiten hier in einem intensiven und zudem pejorativen Anthropomorphismus mit dem Kaliber einer ‚Todsünde‘<sup>3959</sup>: „Eifersucht“. Bezugspunkt dieser Eifersucht sei die Wahrung der „formale[n] einzelstaatliche[n] Herrschaftsmacht“, also die Wahrung etatistischer Positionen. Das anthropomorphe Bild der Eifersucht ist besonders treffend, wenn man sich vor Augen führt, dass – selbstverständlich – auch die Bundesebene, welche im nationalstaatlichen Föderalismus eben mit dem *Nationalstaat* zusammenfällt, Positionen der ‚Staatlichkeit‘ für sich in Anspruch nimmt. Daraus ergibt sich ein Wett-„Eifer[n]“ um die Privilegien der Staatlichkeit.<sup>3960</sup>

Das anthropomorphe Bild der Eifersucht verweist zudem zurück auf die oben aus dem Modell des ‚Bundes‘ abgeleiteten Gedanken der Spiegelbildlichkeit und Wesensähnlichkeit von Bundesebene und föderierten Einheiten: Trotz ihrer ‚konstruktiven‘ Unterschiede und ihrer unterschiedlichen Beteiligung am Bundesschluss ähneln sich Bundesebene und föderierte Einheiten hinsichtlich bestimmter Grundeigenschaften – oder genauer: hinsichtlich bestimmter Zuschreibungen (s. o. § 2, C. II. 2. d)). Zu diesen Zuschreibungen zählt, wie eben bei Smend gesehen, die Position ‚Staatlichkeit‘. Aber auch Zuschreibungen von Positionen, welche mit der Idee der ‚Nation‘ verbunden sind (‚nationale Identität‘, ‚nationales Bewusstsein‘, ‚Kulturnation‘, etc.) sind selbst im nationalstaatlichen Föderalismus<sup>3961</sup> – paradoxerweise – keinesfalls ausschließlich auf der nationalstaatlichen Bundesebene verortet: Für den US-amerikanischen Föderalismus analysiert James A. Gardner (kritisch) einen „romantischen Subnationalismus“ („*Romantic subnationalism*“), welcher sich die Einzelstaaten als „*miniature nations*“ nach dem Vorbild des Nationalstaats vorstelle und mit entsprechenden Positionen ausstatten wolle.<sup>3962</sup> Auch im

<sup>3958</sup> R. Smend, in: ders., Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze, 3. Aufl., Berlin 1994 [1928], S. 119 (269).

<sup>3959</sup> Zu den sieben ‚Todsünden‘, oder genauer: ‚Hauptlastern‘ (die zu Todsünden führen könnten), nach christlicher Theologie wird *invidia* gezählt, welche vor allem mit ‚Neid‘, aber auch mit ‚Eifersucht‘ oder ‚Missgunst‘ übersetzt wird.

<sup>3960</sup> Um diese anthropomorphe ‚Logik‘ der Eifersucht um ‚Staatlichkeit‘ näher zu analysieren, lässt sich auf René Girards Gedanken vom „mimetischen Begehren“ zurückkommen (s. bereits – in anderem Zusammenhang – oben § 11, B. I. 2. b) aa): Oben wurde auf Girards Vorstellung von der dreigliedrigen Struktur des menschlichen Begehrens hingewiesen: Zwei Menschen Begehren ein Drittes, ahmen sich dabei gegenseitig nach, geraten dabei in ein Konkurrenzverhältnis und steigern ihr jeweiliges Begehren immer weiter (für Nachw. oben Fn. 3720). ‚Staatlichkeit‘ wird in Konfliktfällen zwischen Bundesebene und föderierten Einheiten zum knappen Gut, zu dem begehrten Dritten, welches die von Girard beschriebene Spirale und Steigerung des Begehrens antreibt.

<sup>3961</sup> Im multi-, supra- und internationalen Föderalismus gewinnt Nationalismus von vorneherein Kraft auf der Ebene der föderierten Einheiten.

<sup>3962</sup> Vgl. J. A. Gardner, *Interpreting State Constitutions. A Jurisprudence of Function in a Federal System*, Chicago, Ill., U.S.A., 2005, S. 57, 61 ff.



deutschen Föderalismus sind solche Tendenzen (weiterhin) – obschon sicherlich schwächer ausgeprägt – wirksam (insbesondere im ‚Kultur-‘ und Bildungsföderalismus): Der Name „Nationaltheater Mannheim“ ist aus dieser Perspektive eben doch mehr als ein historisches Relikt aus der Zeit der deutschen Klein-‚Staaten‘.<sup>3963</sup> Etwas nüchterner gefasst, steht der Sub-Nationalismus den viel erhobenen Forderungen nach ‚Sachnähe‘, nach der Berücksichtigung regionaler ‚kultureller‘ Besonderheiten nahe, welche häufig zu den potenziellen Vorteilen des föderalen Prinzips (*values of federalism*) gezählt werden.<sup>3964</sup> Hier gibt es partielle Überschneidungen mit Forderungen nach Subsidiarität sowie Positionen des Lokalismus und – freilich keinesfalls zwingend – des Kommunitarismus<sup>3965</sup>; Letzteres führt eher in die Sphären des freiheitlichen und des demo(i)kratischen Föderalismus (s. u. II. 2. b) bb)).

Es ist festzuhalten, dass Etatismus und Nationalismus (Unitarismus) prägende ideenpolitische Komponenten des nationalstaatlichen Föderalismus sind. Dabei tritt Föderalismus aber nicht etwa (nur) in eine schlichte Opposition zu Nationalismus (Unitarismus), sondern ist wegen seines Instrumentalcharakters von vornherein spannungsreich auf diesen ausgerichtet. Diese inhärenten Spannungen werden dadurch vertieft, dass etatistische und sogar (sub-)nationalistische Positionen von *beiden* föderalen Ebenen in Anspruch genommen werden.

### 3. Föderaler Etatismus und (Sub-)Nationalismus in Anthropomorphismen ,vor Gericht‘

Die grob skizzierten etatistischen und (sub-)nationalistischen Gehalte, welche im Modell des nationalstaatlichen Föderalismus wirksam sind, können ‚vor Gericht‘ als metonymische Versatzstücke in Argumentationen mit ‚föderaler Treue‘ und ‚Würde‘ Gestalt gewinnen. Im Rückgriff auf die Analysen zu den Kompetenz- und Ingenanzausübungsgrenzen (s. o. §§ 5 u. 6)<sup>3966</sup> sollen in diesem Zusammenhang zwei Tendenzen hervorgehoben werden – einmal die Affinität etatistisch-(sub-)nationa-

<sup>3963</sup> ‚Ironischerweise‘ wird das Nationaltheater Mannheim heute (bereits seit Mitte des 19. Jahrhunderts) freilich nicht etwa unmittelbar vom ‚Südweststaat‘ Baden-Württemberg (die früheren [Proto-]‚Staaten‘ Kurpfalz oder Baden kommen ja aus Gründen der politischen Geschichte nicht mehr in Betracht), sondern von der Stadt Mannheim als Kommune, also von einer *nicht*-staatlichen Gebietskörperschaft getragen. Freilich *kann* eine Kommune unter Umständen von den föderalismusverfassungsrechtlichen Positionen des Landes, in welchem sie liegt, faktisch-mittelbar profitieren.

<sup>3964</sup> Dazu statt vieler für den US-amerikanischen Föderalismus (eher referierend denn affirmativ) *M. C. Dorf/T. Morrison*, Constitutional Law, New York, N.Y., U.S.A., 2010, S. 72; dazu statt vieler für den grundgesetzlichen Föderalismus *M. Kloepper*, Verfassungsrecht, Bd. I, München 2011, § 9, Rn. 52 f.

<sup>3965</sup> Vgl. *J. Nida-Rümelin*, DZPhil 2017, 709 (712). Sub-nationalistisch-kommunitaristischer Föderalismus könnte an die Denktradition der (oder: einiger) *Anti-Federalists* (näher § 1, B. IV. 2.) anknüpfen.

<sup>3966</sup> S. die Zusammenstellung mit konkreten Verweisen eben in Fn. 3947.

listischer Argumentation zu vor-demokratischen Gedankenwelten (s.u. a)) und außerdem die Tendenz hin zu verschiedenen Re-Materialisierungen (s.u. b)):

*a) Affinität zu vor-demokratischem Argumentationsmaterial*

Hervorhebung verdient die vor-demokratische<sup>3967</sup> (oder zumindest vor-republikanische) Herkunft eines Teils des etatistischen und (sub-)nationalistischen Argumentationsmaterials.

Besonders gut greifbar ist dieser verfassungshistorisch geprägte Zusammenhang im Fall der US-amerikanischen *sovereign immunity*-Dogmatik, wonach die Einzelstaaten von Bürgerinnen und Bürgern grundsätzlich nicht auf monetäre Anspruchsziele verklagt werden dürfen, selbst wenn der Bundesgesetzgeber entsprechende Anspruchsgrundlagen schaffen möchte (ausführlich § 5, A. III. 2.). Wie bei der Vorstellung des metonymischen Modus anthropomorphen Argumentierens oben bereits erwähnt wurde, hat *Justice* David Souter in einem abweichenden Sondervotum zur einschlägigen Leitentscheidung *Alden v. Maine* (1999) auf die Verwurzelung der Figur ‚*sovereign immunity*‘ im monarchischen Verfassungsdenken Englands hingewiesen (s.o. § 10, B. V. 1. b) cc)).<sup>3968</sup> Der Verfasser des Mehrheitsvotums in *Alden v. Maine*, *Justice* Kennedy, erkennt die Herkunft des Ideenmaterials aus einer vor-republikanischen Ordnung an, betont aber, dass die *sovereign immunity*-Dogmatik bei Gründung der USA als ein Essential der Souveränität auch von republikanisch-demokratischen Staaten betrachtet worden sei.<sup>3969</sup> ‚Souveränität‘ und ‚Staatlichkeit‘ werden hier zu ideenpolitischen Containern (oder Schleusen), welche Ideenmaterial vor-republikanischer Prägung in das Föderalismusverfassungsrecht einer demokratischen Föderation transportieren. Bei alledem ist hervorzuheben, dass die Figur ‚*sovereign immunity*‘ nicht spezifisch föderalem Denken, sondern tradiertem Denken in der Kategorie ‚Souveränität‘ entspringt, heute aber als ein Kernbestandteil des gerichtlich durchsetzbaren Föderalismusverfassungsrechts der USA daherkommt. Die u.a. in *Alden v. Maine* von Kennedy wörtlich angeführte „Würde“<sup>3970</sup>-Position der Einzelstaaten soll diese heute vor allem auch – schlicht und

<sup>3967</sup> Freilich steht Etatismus nicht *per se* in Opposition zu ‚demokratie‘-theoretisch fundierter Argumentation; in einigen anderen oben untersuchten Dogmatik-Feldern zu den Verbandsgrundrechtspositionen wurden vielmehr auch Übergänge zwischen etatistischer Argumentation und ‚demokratie‘-theoretischen Erwägungen (wie *accountability*-Klarheit) identifiziert: So weist beispielsweise die Fallgruppe zur Legislativhoheit der US-Bundesstaaten (sog. *anti-commandeering*-Dogmatik – s.o. § 6, A. I. 2. a)) ein Nebeneinander etatistischer und – fragwürdiger – ‚demokratie‘-theoretischer Argumente auf (dazu unten III. 3. c) cc)).

<sup>3968</sup> Vgl. *Alden v. Maine*, 527 U.S. 706 (1999), 802 (abw. Sondervotum *Justice* Souter); zudem trage selbst die Vorstellung *monarchischer* Würde nicht zwingend die normative Schlussfolgerung einer *sovereign immunity* in überzeugender Weise, vgl. a.a.O. (803, dort in Fn. 35) – s. bereits oben § 10, B. V. 1. b) cc)).

<sup>3969</sup> Vgl. *Alden v. Maine*, 527 U.S. 706 (1999), 715 f. – s. bereits oben § 10, B. V. 1. b) cc)).

<sup>3970</sup> *Alden v. Maine*, 527 U.S. 706 (1999), 714.

nüchtern-prosaisch – vor finanziellen Belastungen schützen (s. o. § 5, A. III. 2. c)), wird aber weiterhin mit der Kategorie der „Souveränität“ begründet.

Auch die ‚Personalhoheit‘ der föderierten Einheiten, welche in den USA auch die Gesetzgebungskompetenzausübung des Bundesgesetzgebers etwa im Bereich des Arbeitsrechts begrenzt (s. o. § 5, A. II. 2.), trägt etatistische Züge und weist vordemokratische Tendenzen auf. Im US-amerikanischen Fallrecht begegnet(e) in diesem Zusammenhang die – inzwischen obsolete<sup>3971</sup> – Formel „*integral operations in areas of traditional governmental functions*“.<sup>3972</sup> Die ‚Personalhoheit‘ der Einzelstaaten wurde zur Rechtfertigung dafür herangezogen, dass Bediensteten der Staaten vom Bundesgesetzgeber nicht in gleicher Weise wie anderen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern Rechtspositionen eingeräumt werden dürfen (s. o. § 5, A. II. 2. a)). In dieser engen Zuordnung von Dienstträgerinnen und Dienstträgern zu staatlichen Hoheitsträgern mit der Tendenz zur totalisierenden Ausschließlichkeit zeigen sich lose Parallelen zur früheren (etatistischen) Lehre vom ‚besonderen Gewaltverhältnis‘ in Deutschland<sup>3973</sup> – freilich nicht in individual(-grund-)rechtlicher, sondern – gewissermaßen im Vorfeld – in verbandskompetenzieller Dimension, welche aber eben Auswirkungen auf die (Nicht-)Einräumung subjektiv-öffentlicher Rechte durch (Bundes-)Gesetze hat. Dienstträgerinnen und Dienstträger werden als Teil der impermeablen ‚Staatsmaschinerie‘ begriffen.

Im grundgesetzlichen Föderalismus werden die skizzierten föderalen Konflikte rund um ‚Staatshaftung‘ und ‚Personalhoheit‘ der Länder über andere Kanäle ausgetragen. Das grundgesetzliche Verbandskompetenzrecht ist insoweit von vorneherein ausdifferenzierter: Es kennt spezifisch auf diese Bereiche zugeschnittene Bundesgesetzgebungskompetenztitel (vgl. heute Art. 74 Abs. 1 Nr. 25 bzw. Nr. 27 GG). Die föderale Brisanz dieser beiden Materien schlägt sich auch darin nieder, dass sie die einzigen Titel im großen Katalog des Art. 74 GG sind, für welche ein generelles Zustimmungsbedürfnis des Bundesrats angeordnet wird (Art. 74 Abs. 2 GG). Die Bund-Länder-‚Verhandlung‘ über diese Kompetenzmaterien, dies wurde oben ausführlich gezeigt, war vor allem auch eine verfassungspolitische Auseinandersetzung mit (mehrfachen) Bundesverfassungsänderungen (näher § 5, A. II. 3. b) bzw. § 5, A. III. 3. c)). Die einschlägige Verfassungsrechtsprechung zu den (über-)verfassungsrechtlichen Grenzen der kompetenziellen Grundlagen für die

---

<sup>3971</sup> Die Entscheidung *National League of Cities v. Usery*, 426 U.S. 833 (1976), wurde in *Garcia v. San Antonio Metro. Transit Auth.*, 469 U.S. 528 (1985), aufgehoben. Zur Kategorie der ‚obsoleten Rechtsinhaltsquellen‘ oben § 7, A. III. 2.

<sup>3972</sup> *National League of Cities v. Usery*, 426 U.S. 833 (1976), 852.

<sup>3973</sup> Für die dogmatische Verabschiedung dieser vor allem von Paul Laband für das Verfassungs-, Verwaltungs- und Beamtensrecht des Kaiserreichs geprägten Lehre (*P. Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, Bd. I, S. 387 ff.) unter dem Grundgesetz war die Entscheidung des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts von 1972 besonders bedeutsam: BVerfGE 33, 1 – Strafgefangene. Zur Entwicklung der Lehre knapp *H. Maurer/C. Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht*, 20. Aufl., München 2020, § 8, Rn. 28 ff., mit dem Fazit: „Es gehört unstrittig der Vergangenheit an.“

Bundesgesetzgebung in den Bereichen Landesbeamtenrecht und Staatshaftung, insbesondere die Entscheidungen zur ‚Besoldungsvereinheitlichung‘<sup>3974</sup> und zur Kompetenzwidrigkeit des Staatshaftungsgesetzes von 1981 (vor Einfügung des heutigen Art. 74 Abs. 1 Nr. 27 GG)<sup>3975</sup> argumentieren vor allem etatistisch (näher § 5, A. III. 3. bzw. § 6, A. VII. 3. b)).

### b) Materialisierungen: *Traditionalismus, Holismus, Vitalismus*

Als weitere Tendenz fällt auf, dass (sub-)nationalistisch-etatistisches Argumentieren zwar in einigen untersuchten Entscheidungen ‚formal‘ daher kommt<sup>3976</sup>, andererseits aber verschiedenartigen Formen von Materialisierung leicht zugänglich ist. Die unscharfe Wendung ‚Materialisierung‘ soll – ihrerseits unscharfe – ideenpolitische Gehalte (Inhalte, Postulate, Positionen) bezeichnen, welche nicht zwingend mit den Kategorien ‚Staatlichkeit‘ oder ‚(Sub-)Nation‘ verbunden sind, aber doch in ideenpolitischer Affinität mit diesen stehen, diese begleiten, verstärken und anreichern können. Jedenfalls *drei* Spielarten von Materialisierung (sub-)nationalistisch-etatistischer Positionen konnten im Verlauf der Dogmatikanalysen zu den Verbandsgrundrechtspositionen ‚vor Gericht‘ beobachtet werden; diese sind in jeweils unterschiedlicher Art und Weise – und zum Teil nicht leicht erkennbar – als Anthropomorphismen lesbar, wobei die erlesbaren Vermenschlichungen als Ausdrucksweisen von *Traditionalismus* (naturalisierendes Bestandsdenken), von *Holismus* (Allzuständigkeit) sowie von *Vitalismus* (Überlebensdrang und ‚Selbst‘-Erhaltung) in Erscheinung treten<sup>3977</sup>:

#### aa) Naturalisierend-traditionalistisches Bestandsdenken: ‚Polizeistaat‘ und ‚Kulturnation‘

Die erste Materialisierungstendenz zeigt sich in der Zuordnung von bestimmten sachpolitischen Bereichen – eben von ‚Materien‘<sup>3978</sup> – zu den Kategorien der ‚Staatlichkeit‘ und der ‚Sub-Nation‘: Besonders handgreiflich ist das in den Formeln ‚historic police powers‘, ‚Kulturhoheit‘ oder ‚Polizeihoheit‘. Diese Topoi wurden oben als Träger von Argumenten für sachbezogene Bundesgesetzgebungskompetenzgrenzen und gar für Bundesverfassungsänderungsgrenzen erörtert (s. o. § 5, A. I. bzw. § 6, A. VII. 2. b) u. 3. b)), teilweise auch im Zusammenhang mit Argumenten

<sup>3974</sup> BVerfGE 34, 9 – Besoldungsvereinheitlichung.

<sup>3975</sup> BVerfGE 61, 149 – Amtshaftung.

<sup>3976</sup> Etwa wenn in *Shelby County v. Holder*, 570 U.S. 529 (2013), der *status aequalis* der Einzelstaaten in einer Abwehrdimension in Stellung gebracht wird (s. o. § 6, D. II.).

<sup>3977</sup> Und dabei jeweils eine Totalisierungsbewegung hin zu einer *Synekdоче* (vgl. o. § 10, B. IV. 2. b) cc)) vollziehen.

<sup>3978</sup> Bereits ‚Materie‘ verweist dabei etymologisch zurück auf einen Anthropomorphismus bezogen auf eine ‚Mutter‘ (‚mater‘), stellt also einen rhetorischen ‚Maternomorphismus‘ dar, welcher traditionalistische Gehalte rhetorisch naturalisiert.

für eine Effektivierung von Kompetenzen der föderierten Einheiten (s.o. § 5, C. II. 2.). Kernbereiche von Polizei- und Kulturpolitik, so einige oben referierte Argumentationen, sollen der Sache nach – ‚natürlich‘ – den föderierten Einheiten zustehen, ohne dass dies durch bundesverfassungsrechtliche Arrangements berührt würde.

Gemeinsam ist diesen Formeln also eine intensive traditionalistische<sup>3979</sup> und naturalisierende Tendenz: Sie orientieren sich an (angeblich oder tatsächlich) vorgefundenen, gewachsenen, vererbten, an-erzogenen Kompetenzbeständen, welche den föderierten Einheiten traditionellerweise – ‚immer schon‘ – zugekommen seien: Rhetorikanalytisch sind die scheinbar nüchternen Formeln ‚Polizeistaat‘ und ‚Kulturation‘ als Anthropomorphismen in Gestalt von *Patermorphismen* (‚Vater Polizeistaat‘) oder *Matermorphismen* (‚Mutter Kulturation‘) – und damit als naturalisierend-biologistisch-identitäre Formeln – lesbar.<sup>3980</sup>

#### bb) Holismus in der Reserve: ‚virtuelle Allzuständigkeit‘

Nicht auf konkrete sachlich-inhaltliche Materien, sondern auf die staatliche *Befassung* mit allen denkbaren Sachthemen *überhaupt* bezogen ist eine zweite Materialisierungstendenz: Im Zusammenhang mit der Verfassungshoheit der deutschen Länder wurde deren grundsätzlich autonome ‚Staatswillens‘-Bildung angesprochen; einschlägige Theorie-Komplexe sind das ‚allgemein-politische Mandat‘ und die ‚virtuelle Allzuständigkeit‘ eines Staats (s.o. § 6, A. VI. 3. b)). Demnach können sich die föderierten Einheiten ‚als Staaten‘ *virtuell* – im Sinn von ‚imagi-

<sup>3979</sup> Expliziter Traditionalismus etwa in der Wendung „*historic police powers*“, vgl. *Rice v. Santa Fe Elevator Corp.*, 331 U.S. 218 (1947), 230; deutlich (pseudo-)traditionalistisch etwa auch K. Merten, DVBl 1987, 395 (396). Impliziter Traditionalismus wird als solcher ausgestellt (dekonstruiert und damit ironisiert) in: BVerfGE 135, 155 (196) – Filmförderungsabgabe: „In diesem Sinne gelten die Länder als Träger der Kulturhoheit“ – näher oben § 11, C. II. 2.

<sup>3980</sup> Der Patermorphismus wird handgreiflich in *Hammer v. Dagenhart*, 247 U.S. 251 (1918), der Invalidierung eines Bundesgesetzes zum Verbot von Kinderarbeit wegen Verletzung der „*police powers*“ der Einzelstaaten (s.o. § 5, A. I. 2. a)) – und zwar auf die ‚paternalistische‘ Klage des Vaters zweier Kindern, die weiterhin in Papiermühlen arbeiten ‚wollten‘, hin (s.o. § 8, C. I. 1. c)); die Mehrdeutigkeiten und Widersprüchlichkeiten von Paternalismen im Zusammenhang mit *Hammer v. Dagenhart* und anderen U.S. Supreme Court-Entscheidungen aus der *Progressive Era* und der Kriegs- und Nachkriegszeit untersucht A. Soifer, Law and History Review 5 (1987), 249 (276): „*Concern and care for the child had to remain exclusively with the states and the parents to whom states might delegate authority. Work even in mines and factories was beyond Congress’s constitutional ken. If paternalism toward children were to be allowed, it had to flow from the proper authorities.*“

In *Massachusetts v. Environmental Protection Agency*, 549 U.S. 497 (2007), erkennt der U.S. Supreme Court unter der patermorphen Formel „*parens patriae*“ ein Klagerecht der Einzelstaaten als ihre Bürgerinnen und Bürger schützende Souveräne an – s.o. § 5, B. II. 2. a) sowie § 8, C. I. 1. b).

In den häuslich-familiären Bild-Bereich weist etwa auch die „Hausgut“-Metapher; ausführliche Rhetorik-Analyse oben § 11, C. II. 4.

nabel‘ oder ‚potenziell‘<sup>3981</sup> – mit allen Belangen des sozialen Zusammenlebens der Gemeinschaft befassen.<sup>3982</sup> Das föderale Prinzip als Prinzip der Aufteilung von Hoheitsgewalt (s.o. § 2, B.) ist nun freilich gerade eine Absage an Allzuständigkeiten von föderalen Trägern.<sup>3983</sup> Folglich wird der Topos der ‚virtuellen Allzuständigkeit‘ in föderalen Ordnungen in Residual- oder Reservepositionen gedrängt, was freilich in gewissem Sinn auch in dem unscharfen Attribut ‚virtuell‘ angelegt ist<sup>3984</sup>. Die Verdrängung in eine Residualposition zeigt sich exemplarisch in der eben aufgegriffenen Argumentation für einen „letzten Rest“<sup>3985</sup> von Allzuständigkeit im allgemein-politischen Mandat eines jeden föderalen Trägers. Allzuständigkeit soll demnach zwar nicht im Bereich des *hoheitlichen* Handelns von föderalen Trägern (also im Kompetenzrecht), aber doch zumindest bei der bloßen *Befassung* mit Sachmaterien in den Parlamenten eines jeden föderalen Trägers gegeben sein. Für ein so verstandenes allgemein-politisches Mandat der föderalen Träger werden neben etatistischen Argumenten aber auch solche der Parlaments- und ‚Demokratie‘-Theorie vorgebracht; dies ist im Zusammenhang mit der Darstellung föderaler Demoikratie als Frage parlamentarisch-demokratischer „Ko-Responsivität“ (v. Komorowski) oder „normativer Demokratiefähigkeit“ (Möllers) der föderierten Einheiten aufzugreifen (näher unten III. 3. c) bb)).

Die Verdrängung ‚virtueller Allzuständigkeit‘ föderierter Einheiten in Residual- oder Reservepositionen wird überdies in bestimmten Konstellationen des verbandskompetenziellen *status positivus* und *status activus* der föderierten Einheiten erkennbar. Repräsentativ ist die oben skizzierte US-amerikanische Diskussion um ‚*null preemption*‘: Verweigert etwa die US-Bundesbehörde *Environmental Protection Agency*, wie in den 2000er Jahren geschehen, ihre Kompetenz, Treibhausgas-Emissionen von Kraftfahrzeugen zu regulieren, auszuüben, und besteht zugleich ein bundesrechtlicher Ausschluss einzelstaatenrechtlicher Tätigkeit in diesem Bereich,

<sup>3981</sup> Vgl. stellvertretend zum Dogma der ‚virtuellen Allzuständigkeit‘ (föderalismusindifferent) nur *J. Isensee*, in: ders./P. Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. IV, 3. Aufl., Heidelberg 2006, § 73, Rn. 57: „Die staatliche Allzuständigkeit besteht nur virtuell, in der Möglichkeit, in allen Bereichen des Gemeinwesens auf Herausforderungen zu antworten. Sie bedeutet nicht aktuelle Omnipräsenz und Omnikompetenz“.

<sup>3982</sup> Vgl. die Argumentation bei *H. Eicher*, *Der Machtverlust der Landesparlamente*, Berlin 1988, S. 47 f.; analytisch-referierend (nicht affirmativ, sondern i. E. ablehnend) zu etatistischer Argumentation für ein allgemein-politisches Mandat von Ländern als ‚Staaten‘: *J. Masing*, *Parlamentarische Untersuchungen privater Sachverhalte*, Tübingen 1998, S. 117 f.

<sup>3983</sup> Vgl. *J. Masing*, *Parlamentarische Untersuchungen privater Sachverhalte*, Tübingen 1998, S. 118.

<sup>3984</sup> Herkömmlicherweise werden die Einschränkungen, welche mit dem Attribut ‚virtuell‘ verbunden werden, freilich – föderalismusindifferent – darauf bezogen, dass der ‚Staat‘ „den Bürgern und gesellschaftlichen Gruppen Räume zu grundrechtsautonomer Gemeinwohlverwirklichung offenhalten“ müsse, so *J. Isensee*, in: ders./P. Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. IV, 3. Aufl., Heidelberg 2006, § 73, Rn. 58.

<sup>3985</sup> Referierend zu dieser Wendung *J. Masing*, *Parlamentarische Untersuchungen privater Sachverhalte*, Tübingen 1998, S. 117.

so mag man dies mit Jonathan Remy Nash als „Souveränitäts“<sup>3986</sup>- und gar als „Würde“<sup>3987</sup>-Verletzung der Einzelstaaten stilisieren und letztlich für *Durchbrechungen* des Verbandskompetenzrechts argumentieren (gewissermaßen als Bewältigung der ‚Zumutung‘ vertikale Gewaltenteilung – näher zu dieser Argumentation oben § 5, B. II. u. § 5, C. II.). Als Beispiel aus dem deutschen Föderalismusverfassungsrecht mag die Kontroverse um die Einrichtung der ‚Bayerischen Grenzpolizei‘ dienen (s. o. § 5, C. III. 3.).

In Nashs „Würde“-Rekurs bricht zu Tage, dass die holistische Argumentation mit angeblichen Reserve-Allzuständigkeiten der föderalen Träger durchaus eine – eher versteckte – anthropomorphe Konnotation trägt.

### cc) Vitalismus: kollektives Überleben und ‚Selbst‘-Erhaltung

Rhetorisch von vorneherein auffälliger ist eine dritte Materialisierungstendenz, welche sich teilweise als Vertiefung, Verschärfung und Anreicherung der eben geschilderten Beobachtung verstehen lässt: Diese dritte Tendenz zeichnet sich durch den Rückgriff auf sprachliches Material rund um Vorstellungen von ‚Existenz‘ und ‚(Über-)Leben‘ aus. Starke Bilder des ‚Lebens‘ begegnen bei methodisch und ideenpolitisch höchst unterschiedlich orientierten Autorinnen und Autoren, welche zugleich illustrieren, wie divers ‚vitale Staatlichkeit‘ daherkommen kann: Sie treten beispielsweise<sup>3988</sup> ausdrucksstark und unverhohlen bei Smend hervor<sup>3989</sup>, wenn dieser in der „formale[n] einzelstaatliche[n] Herrschaftsmacht“ die „stärkste Lebensäußerung und Daseinsform“<sup>3990</sup> der (Weimarer) Länder erblickt (s. o. 2.). Carl Schmitt rekurriert in seiner ‚Bundes‘-Definition auf die Gedankenwelt des ‚Existierens‘, wenn er den ‚Bund‘ auf den „gemeinsamen Zweck der politischen Selbsterhaltung aller Bundesmitglieder“<sup>3991</sup> hin ausrichtet (ausführlich oben § 2, C. I. 1.). Auch mag man die Bildwelt des ‚Lebens‘ in einer ‚lebensweltlich‘-, ‚organologischen‘ Gedankenlinie von Francis Liebers „realen Institutionen“<sup>3992</sup> der Selbstregierung (s. o. § 1, C. II. 1. c)) hin zu Hugo Preuß’ Modell eines dezentrali-

<sup>3986</sup> J. R. Nash, Notre Dame L. Rev. 85 (2010), 1015 (1020).

<sup>3987</sup> J. R. Nash, Notre Dame L. Rev. 85 (2010), 1015 (1072): „*the existence of null pre-emption may be seen to offend states’ dignity and frustrate states’ prerogative to see to the wellbeing of their citizens*“.

<sup>3988</sup> Weiteres Beispiel: E. R. Huber, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, Bd. II, 2. Aufl., Tübingen 1954, S. 717: „Verbandspersönlichkeit“ als „echte Lebenseinheit[t]“.

<sup>3989</sup> Vgl. auch P. Badura, *Die Methoden der neueren Allgemeinen Staatslehre*, Erlangen 1959, S. 189: zum „vitalistischen und irrationalen Gehalt“ in Smends ‚Staats‘-Lehre.

<sup>3990</sup> R. Smend, in: ders., *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, 3. Aufl., Berlin 1994 [1928], S. 119 (269).

<sup>3991</sup> C. Schmitt, *Verfassungslehre*, München u. a. 1928, S. 366.

<sup>3992</sup> F. Lieber, *On Civil Liberty and Self-Government*, London, U.K., 1853, S. 277 f.



sierten Rechtsstaats von „Organismen und Glieder[n]“<sup>3993</sup> (s.o. § 2, C. I. 1. d)) blicken, womit Übergänge von einem vitalistisch-staatsorientierten zum freiheitlichen und demoikratischen Föderalismus offenbar werden.

Ein solcher rhetorischer ‚Existentialismus‘ und ‚Vitalismus‘ tritt auch in der einschlägigen Rechtsprechung auf und rekurriert auf Vorstellungen von schutzwürdigen (Über-)Lebensgrundlagen‘ der staatlichen Gemeinschaft: So greift der *U.S. Supreme Court* etwa in *Georgia v. Tennessee Copper Co.* (1907) auf das rechtlich geschützte „quasi-souveräne Interesse“ eines jeden Einzelstaats an „aller Erde und Luft in seinem Gebiet“<sup>3994</sup> zurück, um dessen Klageposition in Betreff auf grenzüberschreitende Umweltverschmutzung zu stützen (s.o. § 6, B. II. 2. b)) und macht es in *Massachusetts v. EPA* (2007) zur Grundlage für die Begründung einer Klagebefugnis im Zusammenhang mit bundesbehördlicher (In-)Aktivität im Bereich des Klimaschutzes (ausführlich oben § 5, B. II. 2. a)). Eine ähnliche argumentative Stoßrichtung liegt in *Justice* Scalias Sondervotum zu *Arizona v. United States* (2012) vor, in welchem er – als „das bestimmende Merkmal der Souveränität“ – ein „Recht [Arizonas], von seinem souveränen Territorium diejenigen Menschen auszuschließen, welche kein Recht haben, dort zu sein“<sup>3995</sup>, erkennt und daher Durchbrechungen, jedenfalls Korrekturen des Verbandskompetenzrechts rechtfertigt (s.o. § 5, C. II. 2.).

Im bundesverfassungsgerichtlichen Fallrecht verdient der – oben mit einer Pandora-Büchse verglichene und als Gegenteil von *judicial self-restraint* charakterisierte (s.o. § 11, C. I. 2. b) bb)) – Vorbehalt in der Entscheidung ‚Kalkar II‘ Hervorhebung: Darin werden letzte etatistische Grenzen für Weisungen in der Bundesauftragsverwaltung im Hinblick auf den „Bestand des Staates und seiner Verfassungsordnung sowie für die Abwehr kollektiver Existenzgefährdungen“ angesprochen (näher oben § 6, A. II. 3. b)). Auf dieser Passage sowie auf Georg Jellineks staatstheoretischer Drei-Elemente-Lehre, jedenfalls unausgesprochen dann aber vor allem auch auf überschüssig-übersteigert-zugespitzten<sup>3996</sup> Vorstellungen

<sup>3993</sup> H. Preuß, *Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften. Versuch einer deutschen Staatskonstruktion auf Grundlage der Genossenschaftstheorie*, Berlin 1889, S. 385.

<sup>3994</sup> *Georgia v. Tennessee Copper Co.*, 206 U.S. 230 (1907), 237: „*the state has an interest independent of and behind the titles of its citizens, in all the earth and air within its domain. It has the last word as to whether its mountains shall be stripped of their forests and its inhabitants shall breathe pure air.*“ Die Textstelle „*mountains shall be stripped of their forests*“ evoziert eine anthropomorph(istisch)e Analogie, welche die Oberfläche der Erde (auf dem Gebiet der einzelnen Staaten) mit einer menschlichen Haut parallelisiert; vgl. für eine intensive literarische Verhandlung und Dekonstruktion dieses Anthropomorphismus von terrestrisch-globalen „Hautirritationen“ im reflexiven Anthropozän J. Groß, *Prana Extrem*, Berlin 2022, insbes. S. 77 f., 156, ferner S. 35, 51, 165, 177, 181, 254, 265, 270, 280, 285 u. 294.

<sup>3995</sup> *Arizona v. United States*, 567 U.S. 387 (2012), 416, 417 (abw. Sondervotum *Justice* Scalia): „*the defining characteristic of sovereignty: the power to exclude from the sovereign’s territory people who have no right to be there.*“

<sup>3996</sup> Deutliche Kritik auch bei J. Bast/C. Möllers, *VerfBlog*, 2016/1/16; W. Ewer/T. Thienel, *NJW* 2016, 376 (377), u. a. an Di Fabios schlicht übersteigerten normativen Schutz-Konzepten für ‚die Staatsgrenze‘ und ‚die Staatsangehörigkeit‘ sowie daran, dass der Topos der ‚Staatlichkeit‘ bei Di Fabio als vor der Verfassung stehend behandelt werde, dann aber dennoch mit

von schutzwürdigem ‚Volk‘ und ‚Boden‘ (verkleidet in Schutz-Konzepten für ‚die Staatsangehörigkeit‘ bzw. ‚die Staatsgrenze‘) fußten später, in der „Migrationskrise“ Mitte der 2010er Jahre, Udo Di Fabios und Markus Möstls Argumentationen für ein einklagbares Recht der Länder auf die Durchführung von Bundesgrenzschutzmaßnahmen (näher oben § 5, B. III. 2. b)) oder gar auf eigene Grenzschutzmaßnahmen (‚Bayerische Grenzschutzpolizei‘ – näher oben § 5, C. III. 3.).<sup>3997</sup> Mit rhetorischem ‚Existentialismus‘ wird auch die Forderung nach finanzieller Hilfeleistung im deutschen System der öffentlichen Finanzen vorgetragen: Eine solche besteht für den Zweiten Senat des Bundesverfassungsgerichts im Fall einer „Existenzbedrohung des Landes als verfassungsgerecht handlungsfähigen Trägers staatlicher Aufgaben“<sup>3998</sup>. Josef Isensee spricht in diesem Kontext vom „Staatscharakter des Landes [...] als materielle[m] Anspruchstitel“<sup>3999</sup> und von den Ländern als „Staaten ohne Ernstfall“<sup>4000</sup>. Darin wird die – spielerische(?)<sup>4001</sup> – *Beliebigkeit* des etatistischen Arguments im Föderalismus klar benannt. Beim Stichwort der etatistischen Beliebigkeit mag man nicht zuletzt auch auf Schmitts etatistischen ‚Föderalismus‘ (verfangen zwischen Vorstellungen von ‚Staatlichkeit‘ und dem ‚Politischen‘) zurückkommen, welcher für die Weimarer Republik – als einem „Bundesstaat ohne bündische Grundlage“ mit nur noch hilfsweise bündisch inspirierten Organisationsformen<sup>4002</sup> (s. o. § 2, C. I. 2. b) aa)) – im beinahe existenziellen Konflikt Preußens mit dem Reich 1932 letztlich ein „Recht [Preußens] auf eigene Politik“ verneinte, um nicht dem Reich (modellhaft also dem ‚Bund‘) das „Grabgeläute an[zu]sagen“<sup>4003</sup> (s. o. § 2, C. II. 1. a) dd) (2)).

---

Gehalten aufgeladen werde, welche sich erst *aus* konkretem Verfassungsrecht (etwa Sozialstaatlichkeit) ergeben, und dass Di Fabio letztlich unplausibel argumentiere, dass ‚der Staat‘ gegen sich selbst verpflichtet werde.

<sup>3997</sup> Vgl. U. Di Fabio, Migrationskrise als föderales Verfassungsproblem, unveröff. Gutachten, 2016, S. 45; *ders.*, ZSE 2015, 517 (insbes. 518, 525, 536 f.); M. Möstl, AöR 142 (2017), 175 (225 ff.); zur Kritik siehe eben Fn. 3996.

<sup>3998</sup> BVerfGE 116, 327 (377) – Berliner Haushalt.

<sup>3999</sup> J. Isensee, in: *ders./P. Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VI, 3. Aufl., Heidelberg 2008, § 126, Rn. 135 f.

<sup>4000</sup> J. Isensee, in: FS Selmer, Berlin 2004, S. 687 (700); vgl. auch C. Waldhoff, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, 3. Aufl., Heidelberg 2007, § 116, Rn. 51.

<sup>4001</sup> Zum „Spielen“ von Souveränität in einer „post-souveränen Welt“ S. Roesler, Wash. L. Rev. 91 (2016), 637 (677): „*When states challenge federal actions (or inaction) under these administrative schemes, they are playing the role of a sovereign state in a post-sovereignty world*“ – dazu oben § 5, B. II. 2. a).

<sup>4002</sup> C. Schmitt, Verfassungslehre, München u. a. 1928, S. 389.

<sup>4003</sup> C. Schmitt, in: A. Brecht (Hrsg.), Preussen contra Reich vor dem Staatsgerichtshof. Stenogramm der Verhandlungen vor dem Staatsgerichtshof in Leipzig vom 10. bis 14. und vom 17. Oktober 1932, Berlin 1933, S. 40 f.

## II. Anthropomorpher Föderalismus im Dienst von ‚Freiheit‘

Obschon im vorstehenden Abschnitt das Potential des nationalstaatlichen Föderalismus, als „eifersüchtiger“ Föderalismus in Erscheinung zu treten, benannt wurde (s. o. I. 2.), so ist Föderalismus aber doch (potenziell) mehr: Der Föderalismus der US-Verfassung und der Föderalismus des Grundgesetzes unterfallen weiterhin dem Sondertypus des *freiheitlichen* Föderalismus; auch diese Qualifizierung ist – ebenso wie die eben betrachtete Zuordnung zum nationalstaatlichen Föderalismus – *nicht* alternativlos.<sup>4004</sup> Auch sie hat Auswirkungen darauf, wie (genau) ‚Föderalismus‘ in den USA und in Deutschland ‚als Instrument und Lesekonvention vor Gericht‘ daherkommt: Das Argumentieren mit ‚föderaler Würde‘ und ‚föderaler Treue‘ kann sich hier auch aus (konkurrierenden) Vorstellungen von ‚Freiheit‘ speisen und verweist insbesondere auf bestimmte Positionen und Ausprägungen der (Individual-) Grundrechtstheorie und der Gewaltenteilungstheorie.

### 1. Tendenzen von ‚Freiheit‘ – negativ und positiv, individual und kollektiv

Bestimmungen von ‚Freiheit‘ wie auch von ‚Liberalismus‘, dessen Bezugnahme auf ‚Freiheit‘ ihrerseits komplex ist, changieren in der politischen Ideengeschichte zwischen verschiedensten Bezugspunkten (Physis, Willen, Privatheit, Gemeinschaft, Nutzen etc.).<sup>4005</sup> Die politische Idee der ‚Freiheit‘ ist mit sehr unterschiedlichen Bedeutungsgehalten besetzt.<sup>4006</sup> Das wird exemplarisch 1787/88 bei den *Federalists* deutlich (s. u. a)) und kann zumindest teilweise durch die – eher kruden – Gegenüberstellungen von ‚negativer‘ und ‚positiver‘ Freiheit sowie von individual(istisch)er und kollektiv(istisch)er Freiheit konturiert werden (s. u. b)). Um sich die Weite des Begriffs zu verdeutlichen, möge man sich nur vor Augen stellen, dass sich auch der anti-liberale Etatist Carl Schmitt, wie Reinhard Mehring hervorgehoben hat, als ein

---

<sup>4004</sup> Beispielsweise wird man mit Blick auf die Verfasstheit der Russischen Föderation *nicht* von freiheitlichem Föderalismus in einem umfassend-gehaltvollen Sinn sprechen können, vgl. A. Benz/S. Kropp, Zeitschrift für Vergleichende Politikwissenschaft 2014, 1 (15), zur Russischen Föderation – zwischen „defekte[r] föderale[r] Demokratie“ und „autoritäre[m] Bundesstaat“. Zur weitergehenden Frage, ob es sinnvoll sein kann, mit Blick auf bestimmte politische Systeme von „autoritärem Liberalismus“ zu sprechen: C. Möllers, Freiheitsgrade. Elemente einer liberalen politischen Mechanik, Berlin 2020, S. 31 f., welcher darin tendenziell einen unwissenschaftlichen, polemischen Begriff erblickt.

<sup>4005</sup> Vgl. C. Möllers, Freiheitsgrade. Elemente einer liberalen politischen Mechanik, Berlin 2020, S. 24 f.

<sup>4006</sup> Ein knapper – nach Autorinnen und Autoren und räumlichen Traditionen gegliederter – Abriss zur politischen Ideengeschichte der ‚Freiheit‘ findet sich bei H. Münkler/G. Straßberger, Politische Theorie und Ideengeschichte. Eine Einführung, München 2016, S. 232 ff. – selbst dieser (reduktiv-zusammenfassende) Überblick verdeutlicht die Vielfalt von ‚Freiheits‘-Konzeptionen.

ideenpolitischer „Theor[etiker] kollektiver politischer Freiheit“ begriffen hat.<sup>4007</sup> Auch wenn sich die referierten dichotomen Unterscheidungen ‚negativ‘/‚positiv‘ etc. nicht bis zum letzten Grund überzeugend durchhalten lassen (s. u. b)), so betonen sie doch verschiedene Tendenzen und Emphasen in der Ideenpolitik mit ‚Freiheit‘.

a) *Zwei Zitate: Federalist No. 39 und Federalist No. 51*

James Madison stellt in den *Federalist Papers* an unterschiedlichen Stellen unterschiedliche Bedeutungsgehalte von ‚Freiheit‘ vor: Im *Federalist No. 39* schreibt Madison, jeder „Verehrer der Freiheit“ sei durch die eine „ehrenhafte Entschlossenheit belebt“ und diese könne nur durch republikanische Selbstregierung befriedigt werden.<sup>4008</sup> Im *Federalist No. 51* formuliert Madison, dass die „Rechte des Volkes“ dadurch vor einer „Unterdrückung durch [die] Machthaber“ geschützt würden, dass die „Befugnisse, die das Volk übergeben hat“, geteilt werden – und zwar horizontal (funktional) und vertikal (föderalistisch).<sup>4009</sup>

Während Madison in dem zitierten Satz aus dem *Federalist No. 39* Freiheit durch Selbstregierung im politischen Kollektiv propagiert, geht es ihm in *Federalist No. 51* um die Sicherung der vor-staatlichen Freiheiten des „Volkes“<sup>4010</sup> gegenüber den Machthabern (Hoheitsträgern). Gewissermaßen denkt Madison ‚Freiheit‘ im Zitat aus den ersten Zeilen<sup>4011</sup> von *Federalist No. 39* eher wie Jean-Jacques Rousseau<sup>4012</sup>

---

<sup>4007</sup> R. Mehring, Carl Schmitt zur Einführung, 5. Aufl., Hamburg 2017, S. 7 ff., insbes. S. 11.

<sup>4008</sup> J. Madison, in: A. Hamilton/ders./J. Jay, *The Federalist*, Cambridge, Mass., U.S.A., u. a. 2009 [1788], S. 244 (244 f.): „It is evident that no other form would be reconcilable [...] with that honorable determination which animates every votary of freedom, to rest all our political experiments on the capacity of mankind for self-government.“

<sup>4009</sup> J. Madison, in: A. Hamilton/ders./J. Jay, *The Federalist*, Cambridge, Mass., U.S.A., u. a. 2009 [1788], 339 (342 f.): „the power surrendered by the people is [...] doubly divided [...]. Hence a double security arises to the rights of the people [...] to guard the society against the oppression of its rulers.“

<sup>4010</sup> Diese Sicht hat sich 1791 auch bei der Formulierung des Zehnten Zusatzartikels zur US-Verfassung niedergeschlagen: „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.“

<sup>4011</sup> Das gilt freilich nicht für den gesamten *Federalist No. 39*.

<sup>4012</sup> Vgl. J.-J. Rousseau, *Du contrat social*, Amsterdam 1762, S. 27. Insgesamt unterscheiden sich die ‚Demokratie‘-Vorstellungen der *Federalists* (repräsentative Elitendemokratie; s. o. § 1, B. III. 2. u. 3.) und Rousseaus (direkte Demokratie ohne Gewaltenteilung) freilich erheblich. Bei der Skizze der politischen Philosophie der *Federalists* wurde schon darauf hingewiesen, dass die Zugehörigkeit zum herrschaftslegitimierenden ‚Volk‘ bei den *Federalists* auf einen „besitzbürgerlichen Kern“ der Bevölkerung ausgerichtet und mit zahlreichen Ausschlüssen verbunden ist (s. o. § 1, B. III. 2.). Streng-egalitärer Individualbezug wird hier gebrochen zu Gunsten einer „besitzindividualistischen“ Gewichtung – mit Vorstellung Locke’scher vor-staatlicher Rechte, vgl. J. Locke, *Two Treatises of Government*, hrsg. v. P. Laslett, Cambridge, U.K., 1988 [1689], Book II, § 87 (S. 323 f.).

und in *Federalist No. 51* eher wie John Locke<sup>4013</sup> (freilich jeweils ohne ausdrückliche Bezugnahmen).

*b) Negative Freiheit und positive Freiheit, individualistische  
und kollektive Freiheit*

Den beiden bei Madison gefundenen Bedeutungsgehalten von ‚Freiheit‘ lassen sich – tendenziell – zwei Dimensionen der politischen Idee ‚Freiheit‘ zuordnen, deren Unterscheidung in der politischen Theorie und Ideengeschichte ‚klassisch‘ ist und die u. a. von Isaiah Berlin zugespitzt wurde – negative Freiheit und positive Freiheit<sup>4014</sup>: Die *negative* Dimension von ‚Freiheit‘ zielt auf die Abwehr von Beeinträchtigungen („*the absence of opposition*“ – Thomas Hobbes<sup>4015</sup>),<sup>4016</sup> vielleicht sogar auf den Schutz<sup>4017</sup> vor-gefundener Freiheitspositionen; es ist eine ‚Freiheit von‘ etwas. Die *positive* Dimension von ‚Freiheit‘ zielt auf Selbstwirksamkeit, ‚Selbst-gesetzgebung‘ und (effektive) Handlungsfähigkeit; sie stellt eine ‚Freiheit zu‘ etwas dar.<sup>4018</sup> Ein Begriff ‚positiver Freiheit‘ kann – so im Ausgangspunkt bei Berlin<sup>4019</sup> –

<sup>4013</sup> Vgl. zu Lockes Vorstellung vor-staatlicher Rechte, welche im staatlichen Gemeinwesen (‚nur‘) gesichert werden: *J. Locke, Two Treatises of Government*, hrsg. v. P. Laslett, Cambridge, U.K., 1988 [1689], Book II, § 87 (S. 323 f.). Nach Locke ist die Hoheitsgewalt durch diese vor-staatlichen Rechte beschränkt: a. a. O., § 135 ff. (S. 357 ff.).

<sup>4014</sup> Wirkmächtig (und zugespitzt) ist die Unterscheidung von positiver und negativer Freiheit bei Isaiah Berlin in dessen Vorlesung „*Two Concepts of Liberty*“ (1958), vgl. *I. Berlin*, in: *Liberty. Incorporating Four Essays on Liberty*, hrsg. v. H. Hardy, Oxford, U.K., 2002 [1958], S. 166 ff.; vgl. allgemeiner *H. Münkler/G. Straßenberger*, Politische Theorie und Ideengeschichte. Eine Einführung, München 2016, S. 227, 234, welche verdeutlichen, dass die Gegenüberstellung bei Berlin bereits mit einer (nicht zwingenden) Präferenz für negative Freiheit eingefärbt ist.

<sup>4015</sup> Prägnante Formulierung eines negativen Freiheitsbegriffs am Beginn des 21. Kapitels („*Of the Liberty of Subjects*“) von Thomas Hobbes’ „*Leviathan*“: *T. Hobbes, Leviathan*, hrsg. v. J. C. A. Gaskin, Oxford, U.K., u. a., 1996, Kap. 21 (S. 139): „*Liberty, or Freedom, signifieth (properly) the absence of opposition; (by opposition, I mean external impediments of motion)*“. Freilich ist hierzu anzumerken, dass Hobbes, anders als z. B. John Locke, nicht von vor-staatlichen Rechtspositionen, sondern nur von einem unscharfen ‚Recht auf alles‘ (letztlich zur Selbsterhaltung) ausgeht, vgl. *T. Hobbes, Leviathan*, hrsg. v. J. C. A. Gaskin, Oxford, U.K., u. a., 1996, Kap. 14 (S. 87): „*every man has a right to every thing*“. Zu Lockes vor-staatlichen Rechten: *J. Locke, Two Treatises of Government*, hrsg. v. P. Laslett, Cambridge, U.K., 1988 [1689], Book II, § 87 (S. 323 f.).

<sup>4016</sup> *I. Berlin*, in: *Liberty. Incorporating Four Essays on Liberty*, hrsg. v. H. Hardy, Oxford, U.K., 2002 [1958], S. 166 (169): „*Political liberty in this sense is simply the area within which a man can act unobstructed by others*“.

<sup>4017</sup> Eine Folgefrage ist, vor wem oder was der Schutz dieser Freiheiten zu erfolgen hat – vor anderen Individuen, vor Hoheitsträgern? Zum Zusammenspiel von moderner ‚Freiheit‘ und ‚Sicherheit‘ (sowie ‚Gleichheit‘) *H. Münkler/G. Straßenberger*, Politische Theorie und Ideengeschichte. Eine Einführung, München 2016, S. 228.

<sup>4018</sup> Vgl. *I. Berlin*, in: *Liberty. Incorporating Four Essays on Liberty*, hrsg. v. H. Hardy, Oxford, U.K., 2002 [1958], S. 166 (178): „*The ‚positive‘ sense of the word ‚liberty‘ derives from the wish on the part of the individual to be his own master. I wish my life and decisions to*

zunächst noch stark auf das Individuum bezogen sein. Aber letztlich ist positive Freiheit vor allem auf politische Handlungsfähigkeit (von Individuen) in Kollektiven gerichtet. Auch die mehrfach angerissene Vorstellung eines privilegierten- und tugendbasierten ‚Freiheits‘-Begriffs<sup>4020</sup>, mit welcher man einige der für den (insbesondere deutschen) Föderalismus wichtigen ‚Exekutiv-Eliten‘-Praktiken als freiheitlich-föderale ‚Würde‘-Fragen deuten mag (hierzu oben § 2, C. III. 3. a) aa), § 8, B. I. 2. b) cc) u. § 11, B. I. 2. a)), steht zwischen den Dimensionen ‚Individuum‘ und ‚Kollektiv‘.

Es gibt starke Korrespondenzen, wenn auch nicht eine völlige Kongruenz, zwischen dem Begriffspaar ‚negative‘ und ‚positive Freiheit‘ einerseits sowie dem Begriffspaar ‚sekuritätsbezogen-individueller‘ und ‚republikanisch-partizipatorisch-kollektiver Freiheit‘ andererseits.<sup>4021</sup> Eine völlige Kongruenz der beiden vorgestellten Begriffspaare entsteht unter anderem deshalb nicht, weil – *erstens* – Forderungen nach positiver Freiheit, nach Selbstgesetzgebung und -entfaltung durchaus auch auf das Individuum konzentriert bleiben können.<sup>4022</sup> *Zweitens* kann – umgekehrt – kollektive Freiheit durchaus auch auf negative, sekuritätsbezogene Gehalte bezogen sein: etwa beim Schutz von gesellschaftlichen Minderheiten-*communities*‘, welche sich unter Umständen gerade nur als Summe ihrer Angehörigen – also nicht schlicht aufsummiert individualistisch – verstehen lassen. Der Schutz bestimmter Gruppen vor Diskriminierung ist gegebenenfalls nicht hinreichend durch Prozesse

---

*depend on myself, not on external forces of whatever kind. I wish to be the instrument of my own, not of other men's, acts of will. I wish to be a subject, not an object [...]*“.

<sup>4019</sup> S. die Anm. eben in Fn. 4018.

<sup>4020</sup> Vgl. H. Münkler/G. Straßenberger, Politische Theorie und Ideengeschichte. Eine Einführung, München 2016, S. 236.

<sup>4021</sup> Vgl. H. Münkler/G. Straßenberger, Politische Theorie und Ideengeschichte. Eine Einführung, München 2016, S. 227, 234, welche aber auch die Abweichungen benennen; deutlich zur weitreichenden Kongruenz: M. C. Dorf/T. Morrison, Constitutional Law, New York, N.Y., U.S.A., 2010, S. 160 (zum Beispiel Kommunikationsfreiheiten); beachte aber andererseits *dies.*, a. a. O., S. 197 ff. (zum Beispiel Vertragsfreiheit). Insgesamt weiter fasst den Begriff der ‚negativen Freiheit‘ hingegen T. Kleinlein, Grundrechtsföderalismus, Tübingen 2020, S. 189, und sieht auch Forderungen des Republikanismus als Ausprägungen negativer Freiheit.

<sup>4022</sup> So – jedenfalls im Ausgangspunkt – auch bei I. Berlin, in: Liberty. Incorporating Four Essays on Liberty, hrsg. v. H. Hardy, Oxford, U.K., 2002 [1958], S. 166 (178). Ein spezifisches, enges Beispiel für das Denken in den Bahnen individualistischer positiver Freiheit ist die Argumentation des U.S. Supreme Court im späten 19. und frühen 20. Jahrhundert (in der sog. *Lochner*-Ära) zur Vertrags- und Wirtschaftsfreiheit als positiver individueller Freiheit – pointiert in *Allgeyer v. Louisiana*, 165 U.S. 578 (1897), 589: „*The 'liberty' mentioned in [the 14th] amendment means not only the right of the citizen to be free from the mere physical restraint of his person, as by incarceration, but the term is deemed to embrace the right of the citizen to be free in the enjoyment of all his faculties, to be free to use them in all lawful ways, to live and work where he will, to earn his livelihood by any lawful calling, to pursue any livelihood or avocation, and for that purpose to enter into all contracts which may be proper, necessary, and essential to his carrying out to a successful conclusion the purposes above mentioned*“; fortgeführt in der epochemachenden Entscheidung *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905), 53.

der politischen Teilhabe – also ‚positiv‘ – zu gewährleisten, so dass – ‚negativ‘ – Korrekturen von (demokratisch sanktionierten) Diskriminierungen erforderlich sein können.<sup>4023</sup>

## 2. Föderalismusverfassungsrecht und ‚Freiheit‘

Für konkrete Verfassungsrechtsordnungen stellen die eben grob umrissenen Spannungsbögen, welche verschiedene Dimensionen von ‚Freiheit‘ tragen, sehr komplexe Regelungsaufträge bereit, welche sich teilweise auch widersprechen. Das gilt allgemein für jede moderne Verfassungsordnung (s. u. a)) und in spezifischer Weise für föderal organisierte Verfassungsrechtsordnungen (s. u. b)).

### a) Herrschaft, Freiheit, Verfassung im Allgemeinen

In konkreten Verfassungsrechtsordnungen bedeutet die Verwirklichung komplexer Freiheit einerseits die rechtliche Rahmung von Prozessen der (individuellen und kollektiven) Selbstgesetzgebung (also von positiver Freiheit) und andererseits bestimmte letzte rechtliche Grenzen für die Ausübung von Hoheitsgewalt und auch von ‚privater‘ Gewalt (negative Freiheit). Dies gilt zwar zunächst ganz allgemein für jede moderne politische Ordnung, welche stets die Aufgabe hat, Freiheitssicherung und Freiheitsermöglichung durch Herrschaftseinrichtung und Herrschaftsformung zu bewältigen<sup>4024</sup>.

### b) ‚Freiheit‘ durch, in (und trotz) Föderalismusverfassungsrecht

In föderalen Ordnungen hat diese allgemeine Verfassungsaufgabe der Freiheitsgestaltung durch Einrichtung und Formung von Herrschaft dann aber auch Einfluss auf die Verwirklichung des föderalen Prinzips – und umgekehrt. Dabei sind drei Problemfelder auszumachen – Freiheitssicherung durch Herrschaftsformung nach dem föderalen Prinzip (s. u. aa)), Freiheitsermöglichung durch entsprechende

---

<sup>4023</sup> Die komplexe Lage von Anti-Diskriminierung zwischen positiver und negativer Freiheit wird in der US-amerikanischen Verfassungsrechtsdogmatik in der Entscheidung *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938), 152 (dort in Fn. 4), in einer viel zitierten Fußnote (einem *obiter dictum*) auf den Punkt gebracht: „Nor need we enquire whether similar considerations enter into the review of statutes directed at particular religious, [...], or national, [...], or racial minorities, [...]: whether prejudice against discrete and insular minorities may be a special condition, which tends seriously to curtail the operation of those political processes ordinarily to be relied upon to protect minorities, and which may call for a correspondingly more searching judicial inquiry.“

<sup>4024</sup> Allgemein zu Herrschaftseinrichtung und Herrschaftsformung als Aufgaben moderner Verfassungen C. Möllers, in: A. v. Bogdandy/J. Bast (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge*, 2. Aufl., Berlin u. a. 2009, S. 227 (229 ff.), wobei Möllers diese als verfassungsgeschichtlich gewonnene „Typen“ und „Traditionen“ beschreibt.



Formung föderal gegliederter Herrschaft (s. u. bb)) und Sicherung von Freiheit trotz Föderalismus (s. u. cc)).<sup>4025</sup>

aa) Sicherung negativer Freiheit durch Föderalismusverfassungsrecht  
(rechtsstaatlicher Föderalismus)

Freiheitssicherung durch Herrschaftsformung wird vor allem mit Hilfe rechtsstaatlicher Instrumente bewerkstelligt<sup>4026</sup>: Damit sind insbesondere Individualgrundrechte als Abwehrrechte und das Prinzip der Gewaltenteilung aufgerufen. In föderalen Ordnungen kommt es insoweit zu spezifischen Modifizierungen; negative Freiheit wird *durch* Föderalismusverfassungsrecht spezifisch gesichert – man mag insoweit auch von ‚(formell-)rechtsstaatlichem Föderalismus‘ sprechen (womit freilich nicht verkannt werden soll, dass ‚Rechtsstaat‘ als „Schleusenbegriff“ – Ernst-Wolfgang Böckenförde – seinerseits vielgestaltig ideenpolitisch re-konzeptualisierbar ist<sup>4027</sup>):

Föderalismus ist Aufteilung von Hoheitsgewalt (ausführlich oben § 2, B.); er zerstreut Macht und sichert so negative Freiheit.<sup>4028</sup> So besehen tritt Föderalismus als ‚vertikale Gewaltenteilung‘ zur horizontalen Gewaltenteilung nach hoheitlichen Funktionen noch hinzu. Föderalismus kann horizontale Gewaltenteilung – je nach konkretem Arrangement – jedenfalls (so etwa im deutschen Verschränkungssystem)

---

<sup>4025</sup> Nach T. Kleinlein, Grundrechtsföderalismus, Tübingen 2020, S. 189, soll dabei „der Freiheitsbegriff in der Theorie des Föderalismus [...] im Vergleich zur grundrechtlichen Ausgestaltung der Freiheit [...] konzeptionell defizitär“ sein; Kleinlein sieht in den herrschenden Konzeptionen ‚föderaler Freiheit‘ eine deutliche Schlagseite hin zur negativen Dimension von ‚Freiheit‘, also dem hier erstgenannten Problemkreis.

<sup>4026</sup> Vgl. nur C. Schmitt, Verfassungslehre, München u. a. 1928, S. 125, zur „moderne[n] bürgerlich-rechtsstaatliche[n] Verfassung“, die auf das „Verfassungsideal des bürgerlichen Individualismus“ zielt; vgl. auch C. Degenhart, Staatsrecht I. Staatsorganisationsrecht. Mit Bezügen zum Europarecht, 37. Aufl., Heidelberg 2021, Rn. 141 ff.; M. Kloepfer, Verfassungsrecht, Bd. I, München 2011, § 10, Rn. 4.

<sup>4027</sup> E.-W. Böckenförde, in: ders., Staat, Gesellschaft, Freiheit, Frankfurt a. M. 1976, S. 65 ff. – näher oben § 3, B. III. 1 a).

<sup>4028</sup> Dass Föderalismus auf diese Weise Freiheit sichert (oder: sichern soll), kann als Allgemeinplatz gelten: vgl. nur die oben bereits zitierte Stelle (s. o. in Fn. 4009) aus dem *Federalist No. 51*: J. Madison, in: A. Hamilton/ders./J. Jay, The Federalist, Cambridge, Mass., U.S.A., u. a. 2009 [1788], 339 (342 f.); vgl. auch M. Kloepfer, Verfassungsrecht, Bd. I, München 2011, § 9, Rn. 54; eine andere Frage ist freilich, ob dieser Ansatz – Föderalismus als vertikale Gewaltenteilung – in ganz konkreten föderalismusverfassungsrechtlichen Anwendungsfällen dazu taugt, föderalismusverfassungsrechtliche Arrangements oder gerichtliche Entscheidungen (Interventionen) argumentativ zu stützen, vgl. insoweit als Beispielanalyse M. D. Adler/S. F. Kreimer, Supreme Court Review 1998, 71 (98 ff.), dazu, dass die *anti-commandeering*-Dogmatik (s. o. § 6, A. I. 2. a) u. II. 2. a)) *nicht* überzeugend aus der Perspektive ‚Föderalismus als vertikale Gewaltenteilung‘ gerechtfertigt werden könne, da das – nach dem in Rede stehenden Dogmatik-Komplex verbotene – *commandeering* aus dieser Sicht *nicht* per se problematischer sei als seine – erlaubte – Alternative, *preemption* (dazu oben § 4, B. I. 2. c) cc)).

vertiefen, gegebenenfalls (so etwa im Trennungssystem der USA) sogar multiplizieren (s. o. § 2, B. III. 3. u. IV.). Verbandskompetenzrecht hat eine Begrenzungs- und Schutzfunktion<sup>4029</sup> gerade auch zu Gunsten von Individuen.

Zur vertikalen Gewaltenteilung tritt der formell-rechtsstaatliche Modus der Freiheitssicherung durch die Individualgrundrechte als Abwehrrechte hinzu. Insofern gilt im Föderalismus der USA und Deutschlands: Das föderale *duplex regimen* stellt auch eine Verdopplung der Grundrechtsordnungen und der Grundrechtsgerichtsbarkeiten dar.<sup>4030</sup> Zwar lässt sich – angesichts von stellenweisen bloßen Wiederholungen<sup>4031</sup>, vor allem aber angesichts von vereinzelter Fiktionen<sup>4032</sup> im Grundrechtsschutz auf beiden föderalen Ebenen – selbstverständlich nicht davon sprechen, dass der Grundrechtsschutz im Föderalismus *effektiv* ‚verdoppelt‘ würde<sup>4033</sup>. Allerdings kann man doch das *Potential* von Verstärkungswirkungen (etwa durch Wettbewerb und Dialog)<sup>4034</sup> und Auffangwirkungen<sup>4035</sup> im Grundrechtsföderalismus ausmachen. Aus Sicht der Bürgerinnen und Bürger ideal ist eine „Meistbegünstigung“<sup>4036</sup> im föderalen Grundrechtsschutz, wobei in mehrpoligen Verhältnissen mit konkurrierenden grundrechtlichen Forderungen das Problem auftaucht, dass die Steigerung des Grundrechtsschutzes eines Individuums den Grundrechtsschutz eines anderen Individuums unter Umständen schmälert.

<sup>4029</sup> Vgl. R. Stettner, Grundfragen einer Kompetenzlehre, Berlin 1983, S. 320 ff.; C. Waldhoff, VVDStRL 66 (2007), 216 (236) (Letzterer mit Fokus auf die finanzverfassungsrechtliche Kompetenzordnung).

<sup>4030</sup> Einzelheiten sind – je nach konkretem föderalismusverfassungsrechtlichem Arrangement – unterschiedlich, vgl. T. Kleinlein, Grundrechtsföderalismus, Tübingen 2020, S. 335 ff., welcher komparatistisch zu den USA, Deutschland und der EU Separation und Redundanz als Leitbilder für die verdoppelte Grundrechtsgerichtsbarkeit herausarbeitet.

<sup>4031</sup> Beachte aber, dass „Redundanzen“ in einem weit verstandenen Sinn überhaupt Voraussetzung für einige positive Effekte des Grundrechtsföderalismus wie Grundrechtswettbewerb oder Grundrechtsdialog sind: T. Kleinlein, Grundrechtsföderalismus, Tübingen 2020, S. 388 ff.

<sup>4032</sup> Das kann vor allem im Bereich mehrpoliger Grundrechtskonstellationen problematisch werden; vgl. T. Kleinlein, Grundrechtsföderalismus, Tübingen 2020, S. 267.

<sup>4033</sup> Vgl. auch H. Sauer, in: N. Matz-Lück/M. Hong (Hrsg.), Grundrechte und Grundfreiheiten im Mehrebenensystem – Konkurrenzen und Interferenzen, Heidelberg u. a. 2012, S. 1 (3): „[ein]e Pluralität grundrechtlicher Parameter [...] muss sich freilich nicht [‚automatisch‘ auch] als Maximierung von Grundrechtsschutz auswirken“; vgl. auch F. Hanschmann, in: N. Matz-Lück/M. Hong (Hrsg.), Grundrechte und Grundfreiheiten im Mehrebenensystem – Konkurrenzen und Interferenzen, Heidelberg u. a. 2012, S. 293 (334 f.), zum „Verschwinden des Grundrechts auf Datenschutz gegen hoheitliche Maßnahmen in der Pluralität von Rechtsregimen“.

<sup>4034</sup> Vgl. T. Kleinlein, Grundrechtsföderalismus, Tübingen 2020, S. 388 ff., 396 ff., zu „föderalem Grundrechtswettbewerb“ und zu „Grundrechtsdialog im diskursiven Verbund“.

<sup>4035</sup> Vgl. T. Kleinlein, Grundrechtsföderalismus, Tübingen 2020, S. 278 f., zu „Mindeststandards“ u. S. 366 ff., zu „Reservezuständigkeiten“.

<sup>4036</sup> H. Sauer, in: N. Matz-Lück/M. Hong (Hrsg.), Grundrechte und Grundfreiheiten im Mehrebenensystem – Konkurrenzen und Interferenzen, Heidelberg u. a. 2012, S. 1 (65, 67).

## bb) Ermöglichung positiver Freiheit(en) im Föderalismusverfassungsrecht

Nun wäre es bei alledem allerdings eine unterkomplexe Sicht, Individualgrundrechte und Gewaltenteilung auf die Sicherung von negativer Freiheit durch krude Herrschaftsbeschränkung („Herrschaftszerteilung“) zu reduzieren.<sup>4037</sup> Eine anspruchsvolle „individualistische Perspektive“ auf ‚Föderalismus‘ nimmt die Rolle der föderalen Ordnung für das Individuum<sup>4038</sup> – und umgekehrt freilich auch die Rolle des Individuums für die demokratisch-föderale Ordnung als para-demokratische Potenz (dazu oben § 8, B. II. 2. c)) – in ihrer Komplexität wahr. Fragt man also nach der Rolle der föderalen Ordnung für das Individuum, so ist neben der rechtsstaatlichen Komponente zu berücksichtigen, dass Föderalismusverfassungsrecht – wie Verfassungsrecht im Allgemeinen – auch der *Ermöglichung positiver Freiheit* dient. Insoweit ist mit Christoph Möllers davon auszugehen, dass Verfassungsrecht neben der Herrschaftsbeschränkung auch der Herrschafts*formung* dient<sup>4039</sup> – und dabei positive Freiheit ermöglicht:

In diesem Sinn bedeutet ‚Gewaltenteilung‘ – im US-amerikanischen Diskurs nach der Lehre des Funktionalismus<sup>4040</sup>, im grundgesetzlichen Diskurs nach der Lehre der Organadäquanz<sup>4041</sup> – nicht nur Machtzerstreuung, sondern auch die Ermöglichung effektiver Kompetenzwahrnehmung. Diese Lehre von der Organadäquanz hat föderale Implikationen: Die Multiplizierung hoheitlicher Stellen im Föderalismus trägt

<sup>4037</sup> Zur Gewaltenteilung als Instrument zum „Offenhalten“ des „Konflikts zwischen Freiheit durch Herrschaft und Freiheit vor Herrschaft“: C. Möllers, *Demokratie – Zumutungen und Versprechen*, Berlin 2008, S. 63 f.

<sup>4038</sup> Vgl. T. Kleinlein, I-CON 15 (2017), 1157 (1162): „[a]n [...] individualistic perspective views federalism from the point of view of the individual, focusing on the question of what the federation should do for the individual in order to be a successful federation“.

<sup>4039</sup> Vgl. C. Möllers, in: A. v. Bogdandy/J. Bast (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge*, 2. Aufl., Berlin u. a. 2009, S. 227 (236) – mit Hinweisen auf Niklas Luhmann und Michel Foucault.

<sup>4040</sup> Vgl. die referierende Zusammenfassung von ‚functionalism‘ W. N. Eskridge, *Harv. J. L. & Pub. Policy* 22 (1998), 21 (22), wonach die Staatsorganisation letztlich auch der „Anpassungsfähigkeit, Effektivität und Gerechtigkeit“ („adaptability, efficacy, and justice“) hoheitlichen Handelns dienen müsse.

<sup>4041</sup> Dazu etwa R. A. Lorz, *Interorganrespekt im Verfassungsrecht*, S. 33 f., mit Hinweis auf T. v. Danwitz, *Der Staat* 35 (1996), 329 ff.: „Grundsatz funktionsgerechter Organstruktur“; dieser wiederum mit Hinweis auf O. Küster, *AöR* 75 (1949), 397 ff.; vgl. auch M. Kloepper, *Vorwirkung von Gesetzen*, München 1974, S. 52 f.; *ders.*, *Der Staat* 13 (1974), 457 (466, 468); vgl. auch *ders.*, *Handbuch der Verfassungsorgane im Grundgesetz*, Berlin 2022, § 1, Rn. 158 (dort in Fn. 166); ferner P. Lerche, *BayVBl.* 1991, 517 ff., zum Topos der „Funktionsfähigkeit“ als „Richtschnur verfassungsrechtlicher Auslegung“. In den Worten des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts zielt Gewaltenteilung „auch darauf ab, da[ss] staatliche Entscheidungen möglichst richtig, das heißt von den Organen getroffen werden, die dafür nach ihrer Organisation, Zusammensetzung, Funktion und Verfahrensweise über die besten Voraussetzungen verfügen“, s. BVerfGE 68, 1 (86) – Atomwaffenstationierung; zur Gewaltenteilung als „Funktionsprinzip“ auch BVerfGE 95, 1 (15) – Südumfahrung Stendal: „Teilung der Gewalten ist für das Grundgesetz ein tragendes Organisations- und Funktionsprinzip“.

das Potential, dass – auf der Ebene der förderierten Einheiten – solche Stellen geschaffen werden, welche besonders empfänglich (*responsive*) für lokale Besonderheiten und Präferenzen sind sowie problem- und sachnahe politische und administrative Lösungen ‚vor Ort‘ oder ‚in der Region‘ ermöglichen<sup>4042</sup> Beispielsweise weist die ‚Verwaltungsexpertokratie‘ der Länderverwaltungen im grundgesetzlichen Verschränkungs föderalismus (s.o. § 6, C. III. 3. a)) eben gerade auch lokal ausdifferenziertes Know-How auf. Es bestehen zudem Übergänge zur Demokratiestärkung im Föderalismus (durch mehr Möglichkeiten für Partizipation, durch geringere Distanzen in Repräsentationsstrukturen oder durch die Herausbildung von regionalen demokratischen Kulturen und Eliten – s. auch unten III. 2. b)).<sup>4043</sup>

Auch Individualgrundrechte sind mehr als nur Bastionen negativer Freiheit; sie gehen in ihren Rechtswirkungen (potenziell) über die Eingriffsabwehrfunktion hinaus: Grundrechte zielen nicht nur auf „Bestandsschutz“, sondern auch auf „Entstehenssicherung“ (Michael Kloepfer)<sup>4044</sup>; sie tragen unter Umständen Schutz-, und Leistungs- oder zumindest Teilhabegehalte. Einzelheiten sind insoweit freilich je nach Verfassungsordnung höchst unterschiedlich, wie etwa die unterschiedliche Rolle grundrechtlicher Schutzpflichten in den USA und in Deutschland zeigt.<sup>4045</sup> Im

<sup>4042</sup> Auch dies stellt einen Allgemeinplatz dar; vgl. nur *M. C. Dorf/T. Morrison*, Constitutional Law, New York, N.Y., U.S.A., 2010, S. 72, welche jedoch betonen, dass föderale Arrangements nicht zwangsläufig effektive Sachnähe und *responsiveness* herbeiführten und – umgekehrt – diese Effekte durchaus auch in nicht-föderalen Staaten organisierbar seien; vgl. auch *M. Kloepfer*, Verfassungsrecht, Bd. I, München 2011, § 9, Rn. 57, welcher insoweit die Übergänge zur „demokratieverstärkende[n] Funktion“ von Föderalismus fokussiert; vgl. auch – aus Sicht der ökonomischen Analyse – *V. J. Vanberg*, in: L. P. Feld/E. A. Köhler/J. Schnellenbach (Hrsg.), Föderalismus und Subsidiarität, Tübingen 2016, S. 3 (4), zur „Reagibilität der ‚Politikproduzenten‘ gegenüber den gemeinsamen Bürgerinteressen“ als Maßstab; *D. C. Ehmke*, Institutional Congruence. The Riddle of Leviathan and Hydra, Baden-Baden 2019, S. 37 f., m. w. N.; grundsätzlicher *J. M. Buchanan*, Publius 25 (1995), 19 (27): „*restoring political authority to the separate states offers a firmer basis for future economic growth along with individual liberty*“.

<sup>4043</sup> Vgl. *M. Kloepfer*, Verfassungsrecht, Bd. I, München 2011, § 9, Rn. 57.

<sup>4044</sup> *M. Kloepfer*, Grundrechte als Entstehenssicherung und Bestandsschutz, München 1970.

<sup>4045</sup> So sind in der Grundrechtsdogmatik zum Grundgesetz grundrechtliche Schutzpflichten als Teil der „objektiven Wertordnung“, welche nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts durch die Grundrechte des Grundgesetzes gebildet wird, anerkannt, vgl. BVerfGE 39, 1 (41) – Schwangerschaftsabbruch I; BVerfGE 88, 203 (251 ff.) – Schwangerschaftsabbruch II; BVerfGE 142, 313 (337) – Zwangsbehandlung. Demgegenüber hat der *U.S. Supreme Court* grundrechtlichen Schutzpflichten aus der US-Bundesverfassung – außerhalb von Sondersituationen (Strafgefangene oder wegen psychischer Krankheiten zwangsweise untergebrachte Personen) – eine Absage erteilt; vgl. *DeShaney v. Winnebago County*, 489 U.S. 189 (1989); *Webster v. Reproductive Health Services*, 492 U.S. 490 (1989); vgl. referierend *E. Chemerinsky*, Constitutional Law. Principles and Policies, 5. Aufl., New York, N.Y., U.S.A., 2015, S. 576 ff.; rechtsvergleichend (US-Verfassung/Grundgesetz) hierzu *G. L. Neuman*, The American Journal of Comparative Law 43 (1995), 273 – mit dem Fazit, dass der Ansatz des *U.S. Supreme Court* gegenüber dem „*judicial activism*“ des Bundesverfassungsgerichts grundsätzlich vorzugswürdig sei.

Bereich des Grundrechtsföderalismus zeigt sich die Komponente der Ermöglichung positiver Freiheit etwa darin, dass ‚soziale Grundrechte‘ (auf Arbeit, Bildung, Wohnraum etc.) auf den unterschiedlichen föderalen Ebenen unterschiedlich stark ausgeprägt sein können: Sowohl in den US-Einzelstaaten wie auch in den deutschen Ländern sind solche Rechte – jedenfalls auf dem Papier der Verfassungen – deutlich stärker ausgeprägt als in den beiden Bundesverfassungen;<sup>4046</sup> dieser Aspekt betrifft also insbesondere den *vertikalen* Föderalismus. Ein anderer potenzieller Faktor für die Ermöglichung individueller (positiver) Freiheit durch Individualrechte im Föderalismus, das Phänomen des *foot voting*,<sup>4046</sup> spielt sich hingegen in der *horizontalen* Dimension ab: *Foot voting* bezeichnet die – tatsächlich und rechtlich voraussetzungsvolle – Praxis, durch die Verlegung des Wohnsitzes politische Präferenzen auszudrücken. Im Vordergrund mögen insoweit sicherlich föderale Unterschiede in den Bereichen Steuer-, Wirtschafts-, Sozial- und Bildungspolitik liegen.<sup>4047</sup> Es gibt aber, etwa in den USA, auch historische Beispiele dafür, dass grundrechtliche Positionen oder jedenfalls Fragen der Verfassungskultur *foot voting* angereizt haben, so etwa die Migration von Afro-Amerikanerinnen und Afro-Amerikanern von Süden nach Norden (insbesondere vom Ende des 19. bis zur Mitte des 20. Jahrhunderts), von Mormoninnen und Mormonen nach Utah oder von Lesben und Schwulen in Staaten mit toleranterer Verfassungs- und Gesetzeslage sowie Vollzugspraxis und Rechtskultur im Bereich der sexuellen Selbstbestimmung.<sup>4048</sup> Solche horizontal-föderalen Migrationsbewegungen haben freilich auch eine *vertikale* Komponente: Freizügigkeit im Gebiet der Föderation (also im Bundesgebiet) als Individualgrundrecht auf Bundesebene kann das horizontale *foot voting* rechtlich rahmen. Damit ist ein Ausschnitt aus einem größeren Komplex des freiheitlichen Föderalismus angesprochen, welchen man als Freiheit auf Bundesebene oder als ‚Freiheit im Bund‘ bezeichnen mag.<sup>4049</sup>

<sup>4046</sup> Für die US-Einzelstaaten: T. Kleinlein, Grundrechtsföderalismus, Tübingen 2020, S. 45, m. w. N.; für die deutschen Länder: A. Brenne, Soziale Grundrechte in den Landesverfassungen, Frankfurt a. M. u. a. 2003; vgl. auch M. Klopfer, Verfassungsrecht, Bd. I, München 2011, § 3, Rn. 7.

<sup>4047</sup> Vgl. etwa M. Klopfer, ZRP 1978, 121 (122), zur Bildungs- und Hochschulpolitik mit Hinweisen auf „Schülerströme in ‚Grenzregionen‘“ sowie auf die „‚Flucht‘ bremsicher Abiturienten vor ihrer Heimatuniversität“.

<sup>4048</sup> I. Somin, Free to Move. Foot Voting, Migration, and Political Freedom, New York, N.Y., U.S.A., 2020, S. 47; zuvor ders., in: J. E. Fleming/J. T. Levy (Hrsg.), Federalism and Subsidiarity, New York, N.Y., U.S.A., 2014, S. 83 ff.; vgl. auch T. Kleinlein, I•CON 15 (2017), 1157 (1160); vgl. ferner V. J. Vanberg, in: L. P. Feld/E. A. Köhler/J. Schnellenbach (Hrsg.), Föderalismus und Subsidiarität, Tübingen 2016, S. 3 (13), welcher zwei „Rollen des Staates“ unterscheidet: „als Territorialunternehmen einerseits und als Solidarverband andererseits“ – diese Unterscheidung erlaube es, hinsichtlich der Frage nach den Betroffenen, den Gegenständen, dem richtigen Maß, den Kriterien und den Grenzen für ‚föderalen Wettbewerb‘ zu differenzieren.

<sup>4049</sup> Vor allem im ‚coming together‘-Föderalismus (s. o. § 2, B. I. 3. b)) werden auf der Bundesebene regelmäßige Positionen der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit gesichert. Föderale Ordnungen sind häufig dadurch gekennzeichnet, dass den Individuen auf der Bundesebene bestimmte subjektive Rechtspositionen eingeräumt werden. Diese bundesweiten

cc) Freiheit trotz Föderalismusverfassungsrecht; ‚Gewaltenteilungsbewältigung‘

Zum Gesamtbild des Themas ‚Freiheit und Föderalismusverfassungsrecht‘ gehört schließlich aber auch, dass ‚der Föderalismus‘ unter Umständen als eine *Gefährdung* von ‚Freiheit‘ daherkommen kann. Damit sind nicht etwa dogmatische Positionen wie Horst Ehmkes Lehre vom „positiven Kompetenzverständnis“ im „Grundrechts-Kompetenz-Zusammenhang“ gemeint, wonach aus Kompetenznormen – über den Regelungsgehalt der Kompetenznorm bezogen auf das föderale Verhältnis zwischen den föderalen Trägern untereinander hinaus – unter Umständen auch im Verhältnis des jeweilig kompetenten Hoheitsträgers zur Bürgerin oder zum Bürger im Anwendungsbereich der Kompetenznorm eine leichtere Rechtfertigbarkeit von Grundrechtseingriffen folge (dazu oben § 4, A. I. 4. b)). Vielmehr geht es eher um faktisch-vermittelte Gefährdungen von ‚Freiheit‘ in Föderationen – welche zumindest so empfunden werden können: Dies ist insbesondere für nationalstaatlich stark integrierte Föderationen wie den grundgesetzlichen Föderalismus – vor allem auch für dessen ‚Verfassungskultur‘ und öffentliche Meinung – nicht zu unterschätzen, gilt Föderalismus in Deutschland doch landläufig oft als Hemmnis der ‚Freiheit‘ etwa in den Bereichen des Bildungswesens<sup>4050</sup> oder der (immer ‚neuen‘) Medienpolitik.

Es stellt sich dann die Frage nach Gegenmaßnahmen zur Sicherung von ‚Freiheit trotz Föderalismus‘ – man mag dies als (vertikales) Gewaltenteilungsbewältigungsrecht betrachten. Damit sind einerseits Forderungen nach „grundrechtlich fundierte[n] Kooperationspflichten“<sup>4051</sup> föderaler Träger bei der Ausgestaltung von freiheitsintensiven Sachbereichen wie dem Hochschulzugangsrecht<sup>4052</sup>, der Forschungsorganisation<sup>4053</sup> oder der Medienregulierung<sup>4054</sup> angesprochen (näher sogleich 3. c)). Föderal aufgeteilte hoheitliche Aufgaben müssen in solchen Sachbereichen mit Blick auf effektiven Individualgrundrechtsschutz doch wieder zusammengeführt werden. Andererseits sind damit Fragen der angemessenen Erfassung von föderal ermöglichten Belastungskumulationen verbunden, welche beispielsweise – etwa im verhaltenssteuernden Abgabenrecht – dadurch entstehen können,

---

Rechtspositionen dienen regelmäßig v. a. der wirtschaftlichen Integration der Gesamtföderation; vgl. C. Möllers, *Demokratie – Zumutungen und Versprechen*, Berlin 2008, S. 87. Diese Rechtspositionen sichern den vereinfachten Marktzugang rechtlich ab, verhindern Handelshemmnisse und regionalen Protektionismus, wirken auf einheitliche Produktionsstandards hin. Bestimmte (oftmals bundesverfassungsstarke) individualrechtliche Verbürgungen wie Freizügigkeit und Niederlassungsfreiheit dienen der Integration der Gesamtföderation.

<sup>4050</sup> Vgl. (referierend, nicht affirmativ) M. Kloepper, *Verfassungsrecht*, Bd. I, München 2011, § 9, Rn. 74.

<sup>4051</sup> M. Eifert, in: ders./T. Gostomzyk (Hrsg.), *Medienföderalismus. Föderale Spannungslagen und Lösungsansätze in der Medienregulierung*, Baden-Baden 2018, S. 7 (12).

<sup>4052</sup> Vgl. BVerfGE 33, 303 (358) – *numerus clausus I* – sogleich näher unter 3. c).

<sup>4053</sup> Vgl. P. Lerche, in: FS Maunz, München 1981, S. 215 (218, 220).

<sup>4054</sup> Vgl. M. Eifert, in: ders./T. Gostomzyk (Hrsg.), *Medienföderalismus. Föderale Spannungslagen und Lösungsansätze in der Medienregulierung*, Baden-Baden 2018, S. 7 (12).



dass verschiedene föderale Träger mit Blick auf ein und dasselbe Verhalten widersprüchliche Anreize setzen<sup>4055</sup> (näher sogleich 3. c)).

### 3. Föderale ‚Freiheit‘ in Anthropomorphismen vor Gericht

Das eben skizzierte Tableau von ‚Freiheit durch, im und trotz Föderalismusverfassungsrecht‘ findet sich auch ‚vor Gericht‘ in anthropomorphen Argumentationsmustern in Rechtsinhaltsquellen texts wieder: Die unterschiedlichen Vorstellungen von ‚negativer‘ und ‚positiver Freiheit‘ speisen die Argumentationstopoi ‚föderale Würde‘ und ‚föderale Treue‘. Dies soll abschließend anhand von ausgewähltem Material zur Dogmatik der Verbandsgrundrechtspositionen als Kompetenz- und Ingerenzausübungsregeln (ausführlich § 5 bzw. § 6) in vier Fallgruppen illustriert werden; fokussiert wird nunmehr also freiheitlicher Föderalismus in der Wirkungsdimension Rechtsprechung:

#### *a) Reflexartiger Durchgriff: Föderalismus-„Prinzipien-Treue“ zu Gunsten von Individuen*

Dass Gerichte Föderalismus als vertikale Gewaltenteilung zur Sicherung negativer Freiheit von Bürgerinnen und Bürgern durchsetzen, liegt von vorneherein nahe. Dieser Teilaspekt von freiheitlichem Föderalismus ist – als Ausprägung von rechtsstaatlichem Föderalismus (s. eben 2. b) aa)) – besonders rechtsprechungsaffin. Indem Gerichte die Einhaltung der Verbandszuständigkeitsordnung überprüfen und zuständigkeitswidrige hoheitliche Maßnahmen als formell verfassungswidrig invalidieren, setzen sie zugleich die Begrenzungs- und Schutzfunktion der Verbandszuständigkeitsordnung (s. eben 2. b) aa)) *auch zu Gunsten der jeweils normenunterworfenen Individuen* (und ihrer negativen Freiheit) – und nicht etwa nur zu Gunsten der föderalen Träger – durch.

Bemerkenswert (obschon jedenfalls für das grundgesetzliche Verfassungsrechtsdenken geradezu selbstverständlich) ist nun ein Aspekt der Mobilisierung (dazu näher § 8, C. I. 1.): Die Einhaltung der Verbandszuständigkeitsordnung kann nicht nur durch föderale Träger gerichtlich eingeklagt werden, sondern auch durch Individuen, welche von den zuständigkeitswidrigen Maßnahmen betroffen sind. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hat ein Individuum einen gerichtlich durchsetzbaren „Anspruch, durch die Staatsgewalt nicht mit einem [...] Nachteil belastet zu werden, der nicht in der verfassungsmäßigen Ordnung begründet ist“, wozu auch „die Kompetenzregelung des Grundgesetzes“ zählt.<sup>4056</sup> Dies gilt im

<sup>4055</sup> Vgl. BVerfGE 98, 106 (118 f.) – Kommunale Verpackungsteuer.

<sup>4056</sup> BVerfGE 97, 332 (340 f.) – Kindergartengebühren; vgl. zuvor BVerfGE 6, 32 (41) – Elfes: „Jedermann kann im Wege der Verfassungsbeschwerde geltend machen, ein seine Handlungsfreiheit beschränkendes Gesetz gehöre nicht zur verfassungsmäßigen Ordnung, weil es (formell oder inhaltlich) gegen einzelne Verfassungsbestimmungen oder allgemeine



Ergebnis auch für die Verbandszuständigkeitsordnung der US-Verfassung. Allerdings ist insoweit auf ein Judikat des *U.S. Supreme Court* aus dem Jahr 2011, *Bond v. United States*,<sup>4057</sup> hinzuweisen, in welchem die Frage, ob Individuen nicht nur die Einhaltung von Verbandszuständigkeitsnormen, sondern auch die Einhaltung von (vorliegend sog.) Verbandgrundrechtspositionen einklagen können, ausdrücklich adressiert wurde. Konkret ging es darum, ob sich eine Strafverfolgte vor Gericht darauf berufen kann, dass ein Bundesstrafgesetz gegen eine ungeschriebene Bundeskompetenzausübungsgrenze für lokales Strafrecht (letztlich gegen die sog. *police powers* der Einzelstaaten) verstoße (s. auch oben § 5, A. I. 2. b)). Das Mehrheitsvotum von *Justice* Anthony Kennedy bejaht diese Frage mit einigem Begründungsaufwand. Kennedy stellt – rhetorisch bemerkenswert – fest: „*Fidelity to principles of federalism is not for the States alone to vindicate*.“<sup>4058</sup> Dies erlaube es dem negativ von einer Maßnahme betroffenen Individuum auch, sich auf den Argumentationstopos der „Souveränität“ des Einzelstaats zu stützen („*making an ‚interference-with-sovereignty‘ argument*“<sup>4059</sup>). Die „Souveränität“ und „Würde“<sup>4060</sup> der Einzelstaaten gewinnen dergestalt eine ‚drittwirkende‘ Schutzwirkung zu Gunsten der normbetroffenen Individuen. In einem Sondervotum weist *Justice* Ruth Bader Ginsburg – im Modus der ‚Dekonstruktion‘ – darauf hin, dass es schlicht um die gerichtliche Sanktionierung eines Verfassungsverstosses durch ein negativ davon betroffenes Individuum gehe und dies insoweit keine spezifisch föderalismusverfassungsrechtliche Frage sei.<sup>4061</sup> Ginsburg ist der nüchternen ‚deutschen‘ Lösung somit näher als Kennedys argumentativer Umweg über eine anthropomorphe Föderalismus-„Prinzipien-Treue“ („*[f]idelity to principles of federalism*“) mit individualschützender „Souveränität“.

*b) „Verantwortung“ für die lokale „Gemeinschaft“  
als Kompetenzverteilungsschema – positive kollektive Freiheit  
als negative individuelle Freiheit*

Eine zweite Fallgruppe zum gerichtlich durchsetzbaren ‚freiheitlichen Föderalismus‘ speist sich ausschließlich aus US-amerikanischem Material; insoweit fehlt es an einem Pendant unter dem Grundgesetz<sup>4062</sup>. Diese zweite Fallgruppe knüpft unmittelbar an die eben bereits in Bezug genommene Entscheidung *Bond v. United*

---

Verfassungsgrundsätze verstoße; deshalb werde sein Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG verletzt“; vgl. auch BVerfGE 19, 206 (215) – Kirchenbausteuer.

<sup>4057</sup> 564 U.S. 211 (2011).

<sup>4058</sup> *Bond v. United States*, 564 U.S. 211 (2011), 222.

<sup>4059</sup> *Bond v. United States*, 564 U.S. 211 (2011), 224.

<sup>4060</sup> *Bond v. United States*, 564 U.S. 211 (2011), 221.

<sup>4061</sup> Vgl. *Bond v. United States*, 564 U.S. 211 (2011), 226 (226) – konkurrierendes Sondervotum *Justice* Ginsburg: „*Bond, like any other defendant, has a personal right not to be convicted under a constitutionally invalid law*“.

<sup>4062</sup> Beachte hierzu gleich die Anm. bei Fn. 4067.

*States* (2011)<sup>4063</sup> zur Einklagbarkeit einer ungeschriebenen Bundeskompetenzausübungsgrenze für lokales Strafrecht an: Drei Jahre nach dieser Entscheidung zur prozessrechtlichen Frage der Klagebefugnis (*standing*) entschied der *U.S. Supreme Court* in *Bond v. United States* (2014) in der Sache, dass im zu entscheidenden Fall eine solche ungeschriebene Bundeskompetenzausübungsgrenze für lokales Strafrecht ‚tatsächlich‘ eingreift und dass das in Rede stehende Bundesstrafgesetz zur Strafbarkeit des Gebrauchs chemischer Kriegswaffen daher im konkreten Fall nicht auf eine Straftat von lediglich lokaler Bedeutung („leichte“ Vergiftung unter Bekannten) angewendet werden darf (s. auch oben § 5, A. I. 2. b)).<sup>4064</sup> Argumentativ baut das Mehrheitsvotum auf den – Misstrauen erweckenden<sup>4065</sup> – Topos der „Verantwortung“ („*responsibility*“), wenn es davon spricht, dass die Struktur der US-Verfassung lokales kriminelles Verhalten vorrangig den Einzelstaaten überantworte und die Gerichte Bundesrecht grundsätzlich so auslegen, dass es diese „Verantwortung“ nicht stört.<sup>4066</sup>

*Bond v. United States* (2014) behauptet die primäre „Verantwortung“ der Einzelstaaten für Lokales, für die regional-lokale Gemeinschaft, als ein materielles Kompetenzverteilungsschema zwischen Einzelstaaten und Bundesebene. Die Argumentation mit einer solchen Materialisierung des Kompetenzrechts lässt sich in Spuren zwar – mit Blick auf die Topoi ‚Kulturhoheit‘ und ‚Polizeihoheit‘ der Länder – auch für das grundgesetzliche Verfassungsrecht beobachten (dazu oben § 5, A. I. 3.). Allerdings besteht der Unterschied, dass die Argumentation in den USA insoweit ‚freiheits‘-theoretisch codiert wird, während es bei den Topoi ‚Kulturhoheit‘ und ‚Polizeihoheit‘ der Länder eher um unreflektierten Traditionalismus geht<sup>4067</sup>.

Noch etwas deutlicher als in *Bond* wird die ‚freiheits‘-theoretische Codierung der „Verantwortung“ der Einzelstaaten für Lokales in anderen Rechtsinhaltsquellen: So etwa in der Entscheidung *United States v. Windsor* (2013), wenn das Gericht

---

<sup>4063</sup> 564 U.S. 211 (2011).

<sup>4064</sup> *Bond v. United States*, 572 U.S. 844 (2014).

<sup>4065</sup> Für die deutsche Rechtswissenschaft jedenfalls hat *O. Lepsius*, JZ 2008, 463, in Auseinandersetzung mit *J. H. Klement*, Verantwortung, Tübingen 2006, sehr klar festgehalten: „Verantwortung sollte schlicht und einfach kein Grundbegriff des öffentlichen Rechts sein“.

<sup>4066</sup> *Bond v. United States*, 572 U.S. 844 (2014), 848: „*Because our constitutional structure leaves local criminal activity primarily to the States, we have generally declined to read federal law as intruding on that responsibility*“.

<sup>4067</sup> Beachte freilich, dass im Fall der „Kulturhoheit“ auch – ggf. falsch verstanden oder zumindest unterkomplex – der ‚freiheits‘-theoretische Topos von der ‚Staatsferne von Kunst und Kultur‘ eine untergeordnete Rolle spielt, vgl. BVerfGE 12, 205 (229): „Soweit kulturelle Angelegenheiten überhaupt staatlich verwaltet und geregelt werden können (vgl. BVerfGE 10, 20 [36 f.]), [...]“. Ein etwaiger Konnex zwischen ‚Kulturhoheit der Länder‘ und ‚freiheits‘-sichernder ‚Staatsferne der Kultur‘ wird im deutschen Föderalismusverfassungsrechtsdiskurs allerdings nicht in systematischer Weise argumentativ erarbeitet; beachte aber tendenziell *F. Hufen*, BayVBl. 1985, 1 ff.; *M.-E. Geis*, DÖV 1992, 522 (525). Allgemein dazu, dass dem Grundgesetz keine „materielle Theorie föderaler Aufgabenverteilung“ entnehmbar sei: *C. Möllers*, Staat als Argument, 2. Aufl., Tübingen 2011, S. 372.

ausführt, dass die Definition von ‚Ehe‘ seit Schaffung der USA in der „Verantwortung“ der Einzelstaaten liege<sup>4068</sup> und diese ‚traditionelle‘<sup>4069</sup> Verantwortung – neben einem etatistischen Argument<sup>4070</sup> – mit Ausführungen zur Ausgestaltung positiver Freiheit in einer lokal-regionalen „community“ verbindet: „It reflects both the community’s considered perspective on the historical roots of the institution of marriage and its evolving understanding of the meaning of equality“<sup>4071</sup> (gleich d) sowie oben § 5, A. I. 2. c)). Ähnliches ist zu beobachten, wenn *Justice* John M. Harlan II in seinem abweichenden Sondervotum zur Entscheidung *Roth v. United States* (1957)<sup>4072</sup> einer Art ‚lokaler Privatheit‘ (‘local privacy‘), einer Selbstverantwortung regional-lokaler Gemeinschaften für ‚Moral‘-Fragen das Wort redet: „the States [...] bear direct responsibility for the protection of the local moral fabric“<sup>4073</sup>; daher sei zwar ein Bundesgesetz, welches das postalische Versenden von ‚obscenity‘-Material pönalisierte, verfassungswidrig, nicht aber ein ähnliches Gesetz des Staats Kalifornien (näher oben § 5, A. I. 2. c)). Zur Begründung führt Harlan aus, dass es den Einzelstaaten und nicht dem Bundesgesetzgeber obliege, für den regional-lokalen Bereich ‚vor Ort‘ Abwägungen zwischen den Kommunikationsfreiheiten einerseits und öffentlicher Ordnung sowie Persönlichkeitsschutz andererseits zu treffen<sup>4074</sup>; außerdem sei – zusätzlich – Freiheit in der Föderation dadurch zu gewährleisten, dass Zensurmaßnahmen nicht nationenweit einheitlich, sondern dezentral-divers beurteilt werden<sup>4075</sup>. Letzteres weist auf den oben referierten Gedanken, wonach individuelle positive Freiheit durch *foot voting* ermöglicht werden kann (s. o. 2. b) bb)).

<sup>4068</sup> *United States v. Windsor*, 570 U.S. 744 (2013), 768: „historic and essential authority to define the marital relation“, und a. a. O., 767: „The significance of state responsibilities for the definition and regulation of marriage dates to the Nation’s beginning“.

<sup>4069</sup> Hinsichtlich des Stichworts ‚Tradition‘ besteht in *Windsor* freilich eine interessante (ironische) Spannung: Es sind divergierende ‚Traditionen‘ in einer Konfliktlage – einmal die jüdisch-christliche Tradition der Ehe zwischen Mann und Frau („traditional (especially Judeo-Christian) morality“, *United States v. Windsor*, 570 U.S. 744 [2013], 771) und dann die „usual tradition of recognizing and accepting state definitions of marriage“ (a. a. O., 792), wozu dann eben auch gehört, dass im Staat New York – unterdessen – das Konzept ‚Ehe‘ für gleichgeschlechtliche Beziehungen ‚geöffnet‘ wurde.

<sup>4070</sup> Das Gericht recurriert etatistisch auf „Souveränität“: *United States v. Windsor*, 570 U.S. 744 (2013), 766, mit einem Zitat aus *Williams v. North Carolina*, 317 U.S. 287 (1942), 298: „Each state as a sovereign has a rightful and legitimate concern in the marital status of persons domiciled within its borders“.

<sup>4071</sup> *United States v. Windsor*, 570 U.S. 744 (2013), 769; vgl. auch a. a. O.: „The dynamics of state government in the federal system are to allow the formation of consensus respecting the way the members of a discrete community treat each other in their daily contact and constant interaction with each other.“

<sup>4072</sup> *Roth v. United States*, 354 U.S. 476 (1957), 496 – Sondervotum *Justice* Harlan.

<sup>4073</sup> *Roth v. United States*, 354 U.S. 476 (1957), 496 (504) – Sondervotum *Justice* Harlan.

<sup>4074</sup> Vgl. *Roth v. United States*, 354 U.S. 476 (1957), 496 (505) – Sondervotum *Justice* Harlan; hierzu zitiert Harlan aus einem abweichenden Sondervotum von *Justice* Robert H. Jackson zu *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 250 (1952), 287 (294 f.).

<sup>4075</sup> Vgl. *Roth v. United States*, 354 U.S. 476 (1957), 496 (505 f.).

In den Mehrheitsvoten zu *Windsor* und *Bond* sowie im Sondervotum zu *Roth* wird positive kollektive Freiheit als Schutzgrund für negative individuelle Freiheit in Stellung gebracht: Weil bestimmte Fragen nur vom Kollektiv ‚vor Ort‘ entschieden werden dürfen, müsse sich ein Individuum nicht einer entsprechenden Maßnahme der Bundesebene beugen. Rhetorisch getragen wird dieser Durchgriff über den Topos „Verantwortung“.

*c) Freiheitssicherung durch Komplexitätsreduzierung;  
„Gewaltenteilungsbewältigung“*

Auch der oben referierte Aspekt der (vertikal-föderalen) ‚Gewaltenteilungsbewältigung‘, also der Sicherung von Freiheit *trotz* Föderalismus (s.o. 2. b) cc)), schlägt sich in Rechtsinhaltsquellen in ‚vor Gericht‘ nieder – und zwar in beiden oben skizzierten Stoßrichtungen (negativ und positiv):

Besonders deutlich wird das Vorhaben der Gewaltenteilungsbewältigung – in seiner negativen Variante<sup>4076</sup> – im Urteil des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungswidrigkeit einer kommunalen Verpackungsteuer (der Stadt Kassel) aus dem Jahr 1998 angegangen (s.o. § 5, A. IV. 3. a)): Darin läßt das Gericht den Grundsatz der ‚Bundestreue‘ ausdrücklich mit Individualbezug rechtsstaatlich auf: „Die Verpflichtung zur Beachtung der bundesstaatlichen Kompetenzgrenzen und zur Ausübung der Kompetenz in wechselseitiger bundesstaatlicher Rücksichtnahme [...] wird durch das Rechtsstaatsprinzip in ihrem Inhalt verdeutlicht und in ihrem Anwendungsbereich erweitert. Das Rechtsstaatsprinzip verpflichtet alle rechtsetzenden Organe des Bundes und der Länder, die Regelungen jeweils so aufeinander abzustimmen, daß den Normadressaten nicht gegenläufige Regelungen erreichen, die die Rechtsordnung widersprüchlich machen.“<sup>4077</sup> Das Gericht konzipiert hier einen „Rücksichtnahme“-Durchgriff; in einem *weit* verstandenen Sinn spricht es eine Drittwirkung der ‚Bundestreue‘ zu Gunsten von Bürgerinnen und Bürgern aus.<sup>4078</sup>

<sup>4076</sup> Vgl. zur föderalen Gewaltenteilungsbewältigung mit Blick auf wirksamen Grundrechtsschutz außerdem, etwas anders gelagert, aber ebenfalls in negativer Variante (nämlich im Rahmen der kompetenzübergreifenden Suche nach ‚milderen Mitteln‘ bei der Prüfung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes): BVerfGE 7, 377 (443) – Apotheken.

<sup>4077</sup> BVerfGE 98, 106 (118 f.) – Kommunale Verpackungsteuer.

<sup>4078</sup> Das ist (wohl angesichts der expliziten Fundierung der Ratio von BVerfGE 98, 106 *auch* im Rechtsstaatsprinzip und wegen des recht deutlichen Ausnahmecharakters dieser Entscheidung) sicherlich nicht ganz das, was vereinzelt einmal unter dem Schlagwort der (angeblich nicht vorhandenen) ‚Drittwirkung der Bundestreue‘ (also einer Drittwirkung der Bundestreue selbst, isoliert betrachtet, unabhängig etwa vom Rechtsstaatsprinzip) diskutiert wird; vgl. zu diesem Problem nur *H. Bauer*, Die Bundestreue, Tübingen 1992, S. 311 f. (keine unmittelbare Berechtigung oder Verpflichtung von Individuen durch die ‚Bundestreue‘, aber Grundrechte nach der *Elfes*-Dogmatik als „Transmissionsriemen“); sowie *F. Wittreck*, in: I. Härtel (Hrsg.), Handbuch Föderalismus, Bd. I, Berlin u.a. 2012, § 18, Rn. 52. Auch der Ansatz von *J. Lücke*, Der Staat 17 (1978), 343, geht in eine andere Richtung: Lücke möchte die Dogmatik der Bundestreue durch ein (separates) Gebot der „Bürgerfreundlichkeit“ er-

Jahrzehnte zuvor, im Jahr 1972, hatte der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts im (ersten) Urteil zum *numerus clausus* bei der Studienplatzvergabe die – oben ebenfalls bereits erwähnte – *positive* Variante der vertikal-föderalen Gewaltenteilungsbewältigung im Bereich der derivativen Teilhaberechte thematisiert: Das vom Senat aus Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG i. V. m. dem allgemeinen Gleichheitssatz und dem Sozialstaatsprinzip gefolgerte „Recht auf Zulassung zum Hochschulstudium“<sup>4079</sup> sei von Bund und Ländern in geteilter „Mitverantwortung für eine ko-operative Verwirklichung des Grundrechtsschutzes“ zu effektivieren<sup>4080</sup>; es müsse, „wenn es um den Grundrechtsschutz des Staatsbürgers geht, der sowohl dem Bundesrecht wie dem Landesrecht untersteht, der Gesetzgeber in Bund und Ländern sich als Einheit behandeln lassen“<sup>4081</sup>. Bezüglich der bundesweiten, ländergrenzenübergreifenden Verteilung von Studienplätzen sei es „in erster Linie Sache des Bundes, [...] unter Ausnutzung der ihm gegebenen legislativen und verwaltungsmäßigen Möglichkeiten das Notwendige zu tun.“ Allerdings treffe die Länder eine Auffang-„Mitverantwortung“, „[s]ollte sich trotzdem in angemessener Frist eine befriedigende Regelung nicht erreichen lassen“<sup>4082</sup>. Peter Lerche hat diese Argumentation zugespitzt und als „Eintretenspflichten der jeweils anderen Seite“ zur Verwirklichung des Grundrechtsschutzes bezeichnet.<sup>4083</sup> Bemerkenswert ist dabei, dass Lerche dies als Aufladung des ‚Bundestreue‘-Topos, wörtlich als „eine etwas anders strukturierte Schicht“<sup>4084</sup> dieser Formel interpretiert. Auch insoweit liegt also durchaus eine gewisse Drittwirkung der ‚Bundestreue‘<sup>4085</sup> vor.

Gemeinsam ist den Entscheidungen zur kommunalen Verpackungsteuer und zum *numerus clausus* ein Impetus zur Komplexitätsreduzierung, um trotz föderaler Aufgabenteilung letztlich die Freiheitssphäre der Individuen zu schonen. Damit verwandt, aber noch einmal etwas anders gelagert sind die föderalismusverfassungsrechtlichen Implikationen einer Leitentscheidung des *U.S. Supreme Court* zu den Beschuldigtenrechten im strafprozessualen Ermittlungsverfahren: In *Miranda v. Arizona* (1966) konturierte das Gericht das sog. *Miranda warning*, eine Belehrung zur Selbstbelastungsfreiheit und zum Recht auf anwaltlichen Beistand, welche einer

---

gänzen, welches eine gewisse Unitarisierung in bestimmten Sachbereichen, etwa im Bildungswesen, erfordere. Lückes Ansatz geht eher in Richtung der im Fließtext nachfolgend diskutierten Auswirkungen von Teilhabegrundrechten auf das föderale Verbandskompetenzrecht.

<sup>4079</sup> Vgl. BVerfGE 33, 303 (331) – *numerus clausus* I.

<sup>4080</sup> BVerfGE 33, 303 (357) – *numerus clausus* I.

<sup>4081</sup> BVerfGE 33, 303 (358) – *numerus clausus* I, mit Hinweis auf die oben in Fn. 4076 kurz in Bezug genommene Entscheidung BVerfGE 7, 377 (443) – Apotheken.

<sup>4082</sup> BVerfGE 33, 303 (357) – *numerus clausus* I.

<sup>4083</sup> P. Lerche, in: FS Maunz, München 1981, S. 215 (218, 220).

<sup>4084</sup> P. Lerche, in: FS Maunz, München 1981, S. 215 (221).

<sup>4085</sup> Hierzu eben bei und in Fn. 4078.

oder einem festgenommenen Beschuldigten vor einer Vernehmung zu erteilen ist.<sup>4086</sup> Das Gericht las diese Beschuldigtenrechte als einen Mindeststandard aus der Bundesverfassung, insbesondere aus dem V. Zusatzartikel, heraus<sup>4087</sup>; diese Interpretationsleistung verband das Gericht allerdings ausdrücklich mit einer „Einladung“<sup>4088</sup> an die Gesetzgeber auf der Bundesebene und in den Einzelstaaten, ihre „kreativen Rechtsetzungsfähigkeiten“ („*creative rulemaking capacities*“) dafür einzusetzen, die Einzelheiten zur Umsetzung des Mindeststandards der *Miranda*-Belehrung im jeweiligen<sup>4089</sup> Strafprozessrecht des Bundes und der Einzelstaaten experimentell auszutesten – insoweit wolle das Gericht ihnen keine „Zwangsjacke“ („*constitutional straitjacket*“) anlegen.<sup>4090</sup> Michael Dorf und Barry Friedman sprechen von einer „Einladung“ des *U.S. Supreme Court* an den Bundesgesetzgeber und die Einzelstaatengesetzgeber zur „gemeinsamen Verfassungsinterpretation“ („*shared constitutional interpretation*“ – dazu allgemein bereits § 8, B. IV.); diese Gemeinschaftsaufgabe sei auf institutionellen „Respekt und Bescheidenheit“ der beteiligten Akteure angewiesen.<sup>4091</sup> Der Zielpunkt dieser gemeinsam-parallelen Suche sei der Ausgleich zwischen der Effektivierung des Schutzes von Rechten des Individuums und der Förderung einer effizienten Strafverfolgung.<sup>4092</sup>

---

<sup>4086</sup> *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966); aufgegriffen und bestätigt in *Dickerson v. United States*, 530 U.S. 428 (2000).

<sup>4087</sup> Dagegen, dass die von der Mehrheit entwickelten Mindeststandards der *Miranda*-Belehrung aus dem V. Zusatzartikel ableitbar seien, wenden sich drei abweichende Sondervoten zu *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966), 499 ff.

<sup>4088</sup> So („*invitation*“) die Formulierung von *M. C. Dorf/B. Friedman*, Supreme Court Review 2000, 61 (62).

<sup>4089</sup> Das Strafrecht stellt eine klassische Trennungssystem-Materie im US-Föderalismus dar mit weitgehender Parallelität von Kompetenzen; Strafverfolgung findet durch die Bundesebene und durch die Einzelstaaten statt; beachte freilich die Einschränkungen der Bundesstrafgewalt im Bereich der rein lokalen Kriminalität – dazu oben § 5, A. I. 2. b) bb).

<sup>4090</sup> *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966): „*It is impossible for us to foresee the potential alternatives for protecting the privilege which might be devised by Congress or the States in the exercise of their creative rulemaking capacities. [...] Our decision in no way creates a constitutional straitjacket which will handicap sound efforts at reform, nor is it intended to have this effect. We encourage Congress and the States to continue their laudable search for increasingly effective ways of protecting the rights of the individual while promoting efficient enforcement of our criminal laws.*“

<sup>4091</sup> *M. C. Dorf/B. Friedman*, Supreme Court Review 2000, 61 (67); dort auch dazu, dass es nach *Miranda v. Arizona* u. a. auf Seiten der Einzelstaaten an diesem Respekt gefehlt habe: „*Rather than taking up Miranda's 'invitation,' most state officials did nothing, or attacked Miranda as outside the Court's power.*“ Dorf und Friedmans Aufforderung und Kritik lassen sich als Hinwendung zu einem „*reparative*“ statt einem „*paranoid reading*“ des einschlägigen (Föderalismus-)Verfassungsrechts lesen; zu diesem Begriffspaar *E. K. Sedgwick*, in: dies. (Hrsg.), *Novel Gazing. Queer Readings in Fiction*, Durham, N.C., U.S.A., 1997, S. 1 (4 ff.); s. oben § 10, C. II.

<sup>4092</sup> *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966): „*We encourage Congress and the States to continue their laudable search for increasingly effective ways of protecting the rights of the individual while promoting efficient enforcement of our criminal laws.*“

Ähnlich – bezogen auf eine übergeordnete Ebene – wie in der Entscheidung des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts zum *numerus clausus* wird in *Miranda v. Arizona* die Effektivierung von Individualgrundrechtsschutz zum föderalen Aufgespaltensein von Hoheitsgewalt in der Gesamtföderation in Beziehung gesetzt<sup>4093</sup>: *Miranda v. Arizona* stellt – für den Sachbereich Strafverfolgung, also einen klassischen Bereich des US-amerikanischen Trennungsföderalismus mit Kompetenzparallelität (dazu § 4, B. I. 2. b) bb)) – auf das Potential zum Experiment und zur Verbesserung des Grundrechtsschutzes durch Reformen, also tendenziell durch Vielfalt, ab. Demgegenüber betont das *numerus clausus*-Urteil, dass im Bereich der Hochschulbildung effektiver Grundrechtsschutz wegen des grenzüberschreitenden Charakters bestimmter Zulassungsfragen nur als Kooperationsaufgabe mit Tendenz zur Vereinheitlichung bewältigbar sei. So unterschiedlich die jeweils aufgerufenen ‚Freiheiten‘ und die jeweils beteiligten föderalen Arrangements sind: Jeweils kommt effektiver Individualgrundrechtsschutz als Gemeinschaftsaufgabe aller föderalen Träger – in geteilter ‚Mitverantwortung‘<sup>4094</sup> und drittwirkender ‚Bundestreue‘<sup>4095</sup> – daher und wird insoweit auch gerichtlich eingefordert.

#### d) Föderal vielfältige (Aus-)Gestaltung ‚normgeprägter‘ positiver Freiheit

Eine letzte vierte Fallgruppe zum gerichtlich durchsetzbaren ‚freiheitlichen Föderalismus‘ steht besonders nah an der Grenze zum ‚demokratischen Föderalismus‘ (dazu später III.). Diese Fallgruppe umfasst die gerichtliche Ermöglichung der (Aus-)Gestaltung von Individualrechtspositionen durch die verschiedenen föderalen Träger. Dies lässt sich an zwei Rechtsinhaltsquellen-texten illustrieren, bei denen die föderal diverse (Neu-)Definition von normgeprägten (Abwehr-)Rechtspositionen wie ‚Ehe‘ oder ‚Eigentum‘ (i. w. S.)<sup>4096</sup> in Rede steht:

Für das US-Verfassungsrecht soll dazu noch einmal auf die Entscheidung *United States v. Windsor* (2013)<sup>4097</sup> zurückgekommen werden: Oben wurde erwähnt, dass der U.S. Supreme Court über das Mehrheitsvotum von Justice Kennedy in *Windsor* feststellt, dass die Definition von ‚Ehe‘ seit Schaffung der USA in der ‚Verant-

<sup>4093</sup> Unter diesem Gesichtspunkt, allerdings mit etwas anderem Fokus (Koordinierung von maximal zulässigen Grundrechtseingriffsintensitäten), ließe sich auch die spannungsvolle Konstellation des US-amerikanischen *capital punishment-ideath-penalty federalism* untersuchen – und zwar insbesondere die von Michael J. Zydney Mannheimer vorgeschlagene Nicht-Anwendbarkeit des *federal death penalty* in Staaten ohne *state death penalty* – näher mit Nachweisen oben § 5, A. I. 2. c).

<sup>4094</sup> BVerfGE 33, 303 (357) – *numerus clausus* I; zur Kritik am ‚Verantwortungs‘-Topos oben in Fn. 4065.

<sup>4095</sup> S. oben bei und in Fn. 4078.

<sup>4096</sup> Mit den individualgrundrechtlichen Positionen ‚Eigentum‘, ‚Wohnung‘ und ‚Ehe‘ geht es in den beiden nachfolgenden Beispielen um ‚klassische‘ „grundrechtliche Bestandsrechte mit Entstehenssicherung“, so M. Klopfner, Grundrechte als Entstehenssicherung und Bestandsschutz, München 1970, S. 35 ff., 49 ff., 53 ff.

<sup>4097</sup> 570 U.S. 744 (2013).



wortung“ der Einzelstaaten liege, und dies freiheitstheoretisch unterfüttert (s. o. b)). Bei den Ausführungen zur zweiten Fallgruppe des ‚freiheitlichen Föderalismus‘ oben wurde insoweit auf den Topos der „Verantwortung“ der Einzelstaaten für die lokale „Gemeinschaft“ abgestellt (s. o. b)). Hinzu tritt folgende Beobachtung: Das Mehrheitsvotum von *Justice Kennedy* spricht ausdrücklich davon, dass es zu der „Souveränität“ der Einzelstaaten gehöre, durch die Ausgestaltung des Eherechts „Würde“ an die Menschen zu „verleihen“(!), deren Beziehungen als Ehen anerkannt werden („*a dignity conferred by the States in the exercise of their sovereign power*“<sup>4098</sup>). Daher würden dem Bundesgesetzgeber durch eine solche Entscheidung eines Einzelstaats Grenzen für die Ausübung der Bundeskompetenzen gesetzt; er dürfe einzelstaatlich anerkannten Ehen nicht die Anerkennung versagen.<sup>4099</sup> Mit Blick auf die anthropomorphe Grundanlage von Verbandsgrundrechtspositionen ist die Aufladung der „Souveränität“ der Einzelstaaten mit der „Würde“ ‚ihrer‘ Bürgerinnen und Bürger besonders bemerkenswert; in einem rhetorisch-argumentativen „Souveränitäts“-„Würde“-*Durchgriff* wird die ‚föderale Würde‘ der Einzelstaaten durch die „Würde“ ‚ihrer‘ Bürgerinnen und Bürger gespeist.

Im grundgesetzlichen Föderalismus ist für die Fallgruppe der föderal sensitiven (Aus-)Gestaltung normgeprägter Freiheit auf einen Rechtsinhaltsquelltext aus der Gutachtenliteratur hinzuweisen (was zugleich verdeutlichen soll, dass diese Fallgruppe für die herrschende deutsche Föderalismusverfassungsrechts-Dogmatik allenfalls eine untergeordnete Rolle spielt): In ihrem Gutachten zu „[ö]ffentlich-rechtliche[n] und privatrechtliche[n] Aspekte[n] eines ‚Mietendeckels‘ für das Land Berlin“ stützen sich Franz C. Mayer und Markus Artz argumentativ auf das „Verfassungsverspreche[n]“<sup>4100</sup> aus Art. 28 Abs. 1 VvB. Nach Art. 28 Abs. 1 VvB hat „[j]eder Mensch [...] das Recht auf angemessenen Wohnraum“; den Verfassungsstaat Berlin trifft eine entsprechende Förderungspflicht. Mayer und Artz legen die Verbandsgesetzgebungskompetenz des Landesgesetzgebers (von Berlin) für das *öffentliche* Wohnungs(-miet-)recht – und damit für einen Mietendeckel, welcher neben das bürgerliche Mietrecht im Bundesgesetz BGB tritt – auch im Licht dieser landesverfassungsrechtlichen Bestimmung weit aus. Entsprechend wurde das Gutachten oben bei der Wirkung von Verbandsgrundrechtspositionen als Kompetenz-effektivierungsregeln ausgewertet (s. oben § 5, C. III. 2.).<sup>4101</sup> Hier würden sich die „spezifische Verfassungstradition, die sich auf die jeweilige gesellschaftliche und kulturelle Entwicklung stützt“, und der „spezifisch[e] Identitätskern der Landes-

<sup>4098</sup> *United States v. Windsor*, 570 U.S. 744 (2013), 770.

<sup>4099</sup> In Rede stand die Verfassungsmäßigkeit des Bundesgesetzes *Defense of Marriage Act (DOMA)*, welches u. a. für bestimmte bundessteuerrechtliche Fragen vorsah, dass – unabhängig von ihrer etwaigen einzelstaatlichen Anerkennung – gleichgeschlechtliche Ehen nicht als ‚Ehe‘ im bundesrechtlichen Sinn gelten würden.

<sup>4100</sup> F. C. Mayer/M. Artz, Öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Aspekte eines „Mietendeckels“ für das Land Berlin, unveröff. Gutachten, 2019, S. 14.

<sup>4101</sup> Vgl. F. C. Mayer/M. Artz, Öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Aspekte eines „Mietendeckels“ für das Land Berlin, unveröff. Gutachten, 2019, S. 13 f.

verfassung“ niederschlagen.<sup>4102</sup> Der von Mayer und Artz aufgerufene Topos „Verfassungsidentität“, welcher vor allem aus dem deutschsprachigen Europa(-verfassungs-)rechtsdiskurs bekannt ist<sup>4103</sup>, trägt – über die Kategorie der „Identität“ und deren Nähe zu Kategorien wie ‚Autonomie‘, ‚Subjekt‘ und ‚Selbst‘<sup>4104</sup> – das Potenzial anthropomorpher Interpretation. Insoweit drängt er sich als rhetorischer Träger einer Verbandsgrundrechtsposition geradezu auf. Wie ‚Verantwortung‘ (dazu eben b)) ist auch ‚Identität‘ als Topos juristischer Argumentation angesichts seiner Vagheit deutlicher Kritik ausgesetzt.<sup>4105</sup>

### III. Anthropomorpher Föderalismus im Dienst von ‚Demokratie‘

Der Föderalismus der US-Verfassung und des Grundgesetzes ist nicht nur etatistisch und freiheitlich geprägt, sondern auch dem Sondertypus des demokratischen Föderalismus und zwar in erster Linie des *repräsentativ-demokratischen* Föderalismus zuzuordnen.

#### 1. Dimensionen, Ausprägungen und Zumutungen von ‚Demokratie‘-Ideenpolitik

Dass ‚Demokratie‘ unterschiedlich konzeptualisierbar ist,<sup>4106</sup> wurde mit dem vorstehenden einleitenden Satz und seiner Nebeneinanderstellung von ‚Demokratie‘ und ‚repräsentativer Demokratie‘ bereits vorausgesetzt. Demokratie ist geradezu darauf angelegt, Definitionen des ideenpolitischen (s.o. § 1, C. I.) Begriffs ‚Demokratie‘ immer wieder in offener Debatte neu zu verhandeln.<sup>4107</sup> Ausprägungen von ‚Demokratie‘ sind vielfältig und lassen sich – wie schon ‚Föderalismus‘ (s.o. § 1,

---

<sup>4102</sup> F. C. Mayer/M. Artz, Öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Aspekte eines „Mietendeckels“ für das Land Berlin, unveröff. Gutachten, 2019, S. 13, mit Verweis auf Ausführungen zum „Schutz der Länderidentität über Art. 79 Abs. 3 GG“ bei M. Heintzen, DVBl 1997, 689 (692).

<sup>4103</sup> Diese Parallele deuten Mayer und Artz in ihrem Gutachten auch kurz an, vgl. F. C. Mayer/M. Artz, Öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Aspekte eines „Mietendeckels“ für das Land Berlin, unveröff. Gutachten, 2019, S. 13 (dort in Fn. 52).

<sup>4104</sup> Vgl. nur – aus literaturwissenschaftlicher Perspektive – J. D. Culler, Literary Theory. A Very Short Introduction, New York, N.Y., U.S.A., 1997, S. 111 ff.

<sup>4105</sup> Deutlich kritisch – wie auch schon bezüglich des Topos ‚Verantwortung‘ (dazu der Nachw. oben in Fn. 4065) – etwa O. Lepsius, JöR 63 (2015), 63; referierend zu dieser und weiterer Kritik T. Wischmeyer, AöR 140 (2015), 415 (417 f.), m. w. N.

<sup>4106</sup> Und in „unterschiedliche[n] Emanationen“ daherkommt: so S. Augsberg, ZG 2012, 251 (251, dort in Fn. 1), m. w. N.

<sup>4107</sup> Vgl. F. Cheneval, Demokratietheorien zur Einführung, Hamburg 2015, S. 18, welcher diesen Befund – unter Hinweis auf Michael Saward – (litotisch) „[n]icht ohne Ironie“ feststellt.

A. III.) – in analytisch leistungsstarker Weise nur unter Zuhilfenahme von Attributen, von Adjektiven wie ‚repräsentativ‘ fassen.<sup>4108</sup>

a) Zwei Zitate:

*Madisons Federalist No. 10 und The Federal Farmers Letter XVII*

Im ersten Kapitel der vorliegenden Studie wurde im Rahmen der Darstellung der historischen ideenpolitischen Debatte zwischen *Federalists* und *Anti-Federalists* herausgearbeitet, wie der ‚aristokratisch‘-elitendemokratische Entwurf ‚repräsentativer Demokratie‘ bei den *Federalists*<sup>4109</sup> (näher oben § 1, B. III. 2. u. 3.) auf eine stärker partizipativ-lokalistisch geprägte Tendenz zur ‚Breitendemokratie‘ bei vielen *Anti-Federalists*<sup>4110</sup> (näher oben § 1, B. IV. 1.) trifft. Diese beiden ideenpolitischen Entwürfe sollen an dieser Stelle durch zwei exemplarische Zitate knapp in Erinnerung gerufen werden: Das erste Zitat stammt von James Madison aus dem *Federalist No. 10* (1787); es argumentiert mit der Rhetorik der Synekdoche (dazu oben § 10, B. IV. 2. b) cc)) im Bild der ‚(einen) Stimme‘ für eine Überlegenheit des Prinzips der ‚Repräsentation‘: „[I]t may well happen that the public voice, pronounced by the representatives of the people, will be more consonant to the public good than if pronounced by the people themselves, convened for the purpose“<sup>4111</sup>. Das zweite Zitat stammt aus dem *Letter XVII* vom 23. Januar 1788 des *Anti-Federalists* The Federal Farmer; es fordert – metonymisch-nüchtern – eine Arbeitsteilung zwischen lokal sensibler Demokratie (Versammlungsdemokratie oder wenigstens Elemente ‚deskriptiver Repräsentation‘ – s.o. § 1, B. IV. 1.) und einer – stark begrenzten – föderalen „Republik“: „[T]he People form [a federal republic], generally, because their territories are too extensive to admit of their assembling in one legislature [...]. They convene in their local assemblies, for local purposes, and for managing their internal concerns, and unite their states under a federal head for general purposes. It is the essential characteristic of a confederated republic, that this head be dependant [sic] on, and kept within limited bounds by, the local governments; and it is because, in these alone, in fact, the people can be substantially assembled or represented.“<sup>4112</sup>

<sup>4108</sup> Vgl. D. Collier/S. Levitsky, *World Politics* 49 (1997), 430 ff.

<sup>4109</sup> Vgl. D. Jörke, *Kritik demokratischer Praxis. Eine ideengeschichtliche Studie*, Baden-Baden 2011, S. 168, 187.

<sup>4110</sup> Vgl. D. Jörke, *Kritik demokratischer Praxis. Eine ideengeschichtliche Studie*, Baden-Baden 2011, S. 162.

<sup>4111</sup> J. Madison, in: A. Hamilton/ders./J. Jay, *The Federalist*, Cambridge, Mass., U.S.A., u. a. 2009 [1787], S. 52 (58).

<sup>4112</sup> *The Federal Farmer [Autorschaft ungeklärt]*, in: H. J. Storing (Hrsg.), *The Complete Anti-Federalist*, Bd. 2, Chicago, Ill., U.S.A., 1981 [1787/88], 214 (335 f. = Rn. 2.8.208).

b) Im Zentrum: „eingebettete“ Wahldemokratien  
mit (Verfassungs-)Gerichtbarkeit

‚Demokratie‘-theoretische Modelle und Entwürfe weisen – über die eben skizzierten ideenpolitischen Differenzen hinaus – eine große Vielfalt auf und umfassen auch „experimentelle“ Formen der ‚Demokratie‘<sup>4113</sup>. Das „demokratische Versprechen“, welches darin liegt, dass sich alle gegenseitig gleiche politische Freiheit einräumen<sup>4114</sup>, ist vielfältig organisierbar. Diese Vielfalt ist für den Forschungsgegenstand der vorliegenden Untersuchung zunächst nur am Rande von Interesse (s. aber unten 2. b) aa)), da sich die politischen Systeme der Vereinigten Staaten von Amerika und der Bundesrepublik Deutschland heute aus ‚demokratie‘-theoretischer Perspektive zunächst einmal einem *mainstream*-Typus zuordnen lassen, für welchen eine Forschungsgruppe um Wolfgang Merkel und Hans-Jürgen Puhle die Bezeichnung „eingebettete Demokratie“ („*embedded democracy*“) eingeführt hat.<sup>4115</sup> Die Forschungsgruppe hat *embedded democracy* als „universalistisches Demokratiekonzept“<sup>4116</sup> (vor allem mit analytisch-komparatistischem Impetus) entworfen; man kann diesen Ansatz heute als einen zentralen Referenzpunkt des zeitgenössischen ‚demokratie‘-theoretischen Denkens und des ‚Demokratie‘-Vergleichs betrachten.<sup>4117</sup> Es handelt sich dabei um ‚Demokratie‘ im weiten, im ‚materiellen‘ Sinn. Im Zentrum von *embedded democracy* stehen wiederkehrende Wahlen; diese sind „eingebettet“ in weitere „Teilregime“, insbesondere negative und positive individuelle Rechte sowie Strukturen der Gewaltenteilung.<sup>4118</sup> Von *embedded democracy* umfasst sind also auch Faktoren, welche vorliegend bereits als Elemente des ‚freiheitlichen Föderalismus‘ behandelt wurden (s. o. II.); ‚freiheitlicher Föderalismus‘ und ‚demokratischer Föderalismus‘ weisen insoweit erhebliche Überschneidungen auf.

---

<sup>4113</sup> Zu „*democratic experimentalism*“ als Reform- und Ergänzungsperspektive für die US-amerikanische(n) Demokratie(n): M. C. Dorf/C. F. Sabel, Colum. L. Rev. 98 (1998), 267 ff.; hierzu referierend T. Tohidipur, in: S. Buckel/R. Christensen/A. Fischer-Lescano (Hrsg.), Neue Theorien des Rechts, 2. Aufl., Stuttgart 2009, S. 423 (428). Zum Ansatz von Dorf und Sabel knapp unten d).

<sup>4114</sup> Vgl. C. Möllers, Demokratie – Zumutungen und Versprechen, Berlin 2008, S. 16; s. auch unten 2. a) bb) zum individualistischen ‚Demokratie‘-Begriff.

<sup>4115</sup> W. Merkel/H.-J. Puhle/A. Croissant/C. Eicher/P. Thiery, Defekte Demokratie, Bd. 1. Theorie, Wiesbaden 2003, S. 39 ff.; aufgegriffen von W. Merkel, Democratization 11, 5 (2004), 33 ff.

<sup>4116</sup> W. Merkel/H.-J. Puhle/A. Croissant/C. Eicher/P. Thiery, Defekte Demokratie, Bd. 1. Theorie, Wiesbaden 2003, S. 62.

<sup>4117</sup> Vgl. nur F. Cheneval, Demokratietheorien zur Einführung, Hamburg 2015, S. 35 f., welcher selbst freilich den – engeren – Begriff ‚Wahldemokratie‘ als Ausgangspunkt nimmt.

<sup>4118</sup> Im Einzelnen benennen W. Merkel/H.-J. Puhle/A. Croissant/C. Eicher/P. Thiery, Defekte Demokratie, Bd. 1. Theorie, Wiesbaden 2003, S. 50 ff, fünf „Teilregime“: ein „Wahlregime“, „politische Teilhaberechte“, „bürgerliche Freiheitsrechte“, „horizontale Gewaltkontrolle“ und „effektive Regierungsgewalt“.

Die (insgesamt 68<sup>4119</sup>) Demokratien der US-Verfassung und des Grundgesetzes erfüllen diese Merkmale von *embedded democracy*; für beide föderal-demokratischen Ordnungen ist – und zwar jeweils sowohl auf der Bundesebene wie auch auf der Ebene der föderierten Einheiten – das Element der wiederkehrenden Wahlen zwar zentral, aber jeweils auch in die anderen erwähnten „Teilregime“ (Rechte, Gewaltenteilung, etc.) eingebettet. Es handelt sich bei den 68 Demokratien der US-Verfassung und des Grundgesetzes also im Kern um repräsentative (Wahl-)Demokratien, freilich teilweise (nämlich auf der Ebene der föderierten Einheiten<sup>4120</sup>) mit – unterschiedlich ausgeprägten, aber jedenfalls untergeordneten – direkt-demokratischen Ergänzungen. Dabei sind alle 68 Demokratien der US-Verfassung und des Grundgesetzes *nicht* etwa „radikal[e] Formen der Demokratie“ in dem Sinne, dass dort „Parlaments- und Volksentscheide [...] nur minimal durch Verfassungsbestimmungen ein[ge]schränkt“<sup>4121</sup> würden; als ‚eingebettete Demokratien‘ sind sie vielmehr durch das ‚demokratische‘ „Teilregime“ Gewaltenteilung und die daraus folgenden „horizontalen Rechenschaftspflichten“ („*horizontal accountability*“<sup>4122</sup>) geprägt. Horizontale Verantwortlichkeit umfasst – in der Theorie<sup>4123</sup> wie auch in den konkreten Arrangements in den USA und Deutschland – neben parlamentarischer Regierungskontrolle auch den Faktor einer effektiven ‚(Verfassungs-)Gerichtsbareit‘ (mit *judicial review* einschließlich gerichtlicher Normenkontrolle und -verwerfung). Hieraus ergibt sich für den Bereich des Föderalismusverfassungsrechts das oben detailliert in seinen Synergien und Spannungen vorgestellte tripolare Feld zwischen *departmentalist*, *popular* und *judicial federalism* (s. o. § 8, B. u. C.).

Auch wenn sich die politischen Systeme in den USA und in Deutschland – vor allem wegen der Zuordnung zum präsidentiellen Regierungssystem einerseits bzw. zum parlamentarischen Regierungssystem andererseits – in den Einzelheiten der

---

<sup>4119</sup> 51 (50 einzelstaatliche plus eine auf Bundesebene) in den Vereinigten Staaten von Amerika plus 17 (16 in den Ländern plus eine auf Bundesebene) in der Bundesrepublik Deutschland.

<sup>4120</sup> E. Garrett, Geo. Wash. L. Rev. 73 (2005), 1096 (1097), spricht daher für das demokratische System der USA von „*Hybrid Democracy*“: „*a Hybrid Democracy – neither wholly representative nor wholly direct, but rather a complex combination of both at the local and state levels, which in turn influences national politics*“ – s. auch unten 2. b) aa).

<sup>4121</sup> So die Begriffsverwendung von „radikale Formen von Demokratie“ bei F. Cheneval, *Demokratiethorien zur Einführung*, Hamburg 2015, S. 36. Die Verwendung des Attributs ‚radikal‘ ist in diesem Zusammenhang freilich nicht ganz unmissverständlich, werden als „radikale Demokratiethorien“ doch auch solche Ansätze bezeichnet, welche von vorneherein die Grenzen institutionalisierter demokratischer Politik überschreiten und in Frage stellen, vgl. O. Flügel-Martinsen, *Radikale Demokratiethorien zur Einführung*, Hamburg 2020, S. 14, 123.

<sup>4122</sup> W. Merkel, *Democratization* 11, 5 (2004), 33 (40 f.); im Anschluss an G. A. O’Donell, *Journal of Democracy* 5 (1994), 55 (61), welcher ‚Demokratien‘, in welchen „horizontale Rechenschaftspflichten“ gering ausgeprägt sind und daraus eine starke Position direkt gewählter exekutiver Organe erwächst, dem Typus „*delegative democracy*“ zuordnet.

<sup>4123</sup> Vgl. W. Merkel, *Democratization* 11, 5 (2004), 33 (40, 41); vgl. ferner G. A. O’Donell, *Journal of Democracy* 5 (1994), 55 (60 f.).

‚Demokratie‘-Verwirklichung durchaus deutlich untereinander unterscheiden<sup>4124</sup>, so sind sie doch mit Blick auf die Zuordnung zum Typus ‚eingebettete Wahldemokratie mit (Verfassungs-)Gerichtsbareit‘ ähnlich.

### c) Zumutung ‚Demokratie‘

‚Demokratie‘ ist schon deshalb eine „Zumutung“ (Christoph Möllers)<sup>4125</sup>, weil sie „bescheiden“ ist, indem sie – statt Sicherheit, Orientierung oder „definitive Lösung[en]“ zu liefern – sich weitgehend „der Kontingenz der Dinge, [...] dem Auch-anders-sein-Können“ zuwendet (Paul Nolte)<sup>4126</sup>; als unabgeschlossen fortgesetzte „brenzlige Angelegenheit“ hat sie etwas „Affäre[n]haftes“ (Hedwig Richter)<sup>4127</sup>. ‚Demokratie‘ gibt sich eigentlich mit – radikal einfachen, aber doch anspruchsvollen – Verfahren des kollektiven Suchens zufrieden, weckt aber hohe Erwartungen und lädt zu Missverständnissen ein.

### aa) Spezifische Zumutungen eingebetteter Demokratien

Der Befund der Zugehörigkeit der politischen Systeme in den USA und in Deutschland zum Typus ‚eingebettete Wahldemokratie mit (Verfassungs-)Gerichtsbareit‘ (s. eben b)) führt zu einer – auf den ersten Blick konter-intuitiven – These: Gerade in der Zugehörigkeit zu diesem ‚demokratie‘-theoretischen *mainstream*-Typus liegen gewisse ‚Zumutungen‘ der US-amerikanischen und deutschen Demokratie(n). Konterintuitiv ist diese These, da Merkel, Puhle *et al.* den Typus „*embedded democracy*“ ja gerade zur *Abgrenzung* funktionierender von „defekten Demokratien“ gebildet haben<sup>4128</sup>. Und dennoch liegen – zumal die Rede von einem

<sup>4124</sup> Diesen „entscheidende[n] Unterschied“ hebt C. Möllers, *Demokratie – Zumutungen und Versprechen*, Berlin 2008, S. 64 f., hervor und sieht ihn als komparatistisch signifikant an: In den USA werde auf dem Spektrum zwischen Herrschaftsermöglichung und Herrschaftsbegrenzung durch die Verdopplung unmittelbar demokratisch legitimierter Organe (neben dem Bundesparlament wird auch die Exekutiv- und Gubernativspitze vom Volk gewählt) letztlich der Schwerpunkt in Richtung Herrschaftsbegrenzung gelegt.

<sup>4125</sup> Das im folgenden erörterte Leitmotiv ‚Zumutung‘ ist im Ansatz inspiriert durch C. Möllers, *Demokratie – Zumutungen und Versprechen*, Berlin 2008; vgl. die wiederholten konkreteren Bezugnahmen in den folgenden Abschnitten.

<sup>4126</sup> P. Nolte, *Was ist Demokratie? Geschichte und Gegenwart*, München 2012, S. 73: „Demokratie handelt von der Kontingenz der Dinge, von dem Auch-anders-sein-Können, eher von der Suche als von der definitiven Lösung“.

<sup>4127</sup> H. Richter, *Demokratie. Eine deutsche Affäre*, München 2020, S. 11 – im Anschluss an P. Nolte, *Was ist Demokratie? Geschichte und Gegenwart*, München 2012, S. 73, in einer safranskiesken Geste.

<sup>4128</sup> Vgl. W. Merkel/H.-J. Puhle/A. Croissant/C. Eicher/P. Thiery, *Defekte Demokratie*, Bd. 1. Theorie, Wiesbaden 2003; aufgegriffen von W. Merkel, *Democratization* 11, 5 (2004), 33 ff.

„Defekt“ stets relativ ist<sup>4129</sup> – auch in ‚funktionierenden‘ *embedded democracies* inhärente Zumutungen, wovon zwei grob konturiert werden sollen:

Eine erste Zumutung von *embedded democracy* liegt gerade im Element der „Einbettung“, also darin, dass die Wahlentscheidung, also das ‚demokratische‘ Element *im engeren, unmittelbaren Sinn*, durch die anderen „Teilregime“ (individuelle Rechte, Gewaltenteilung etc.) *relativiert* wird.<sup>4130</sup> So muss beispielsweise ausgehalten werden, dass ein nicht unmittelbar demokratisch legitimates Gericht ein populäres, vom parlamentarischen Gesetzgeber (unter – wie auch immer geariteter – Mitwirkung der Gubernative) erlassenes Gesetz für nichtig erklären kann (Bickels *counter-majoritarian difficulty* – dazu oben beim *judicial federalism* – s. o. § 8, C. I. 2. c) aa).

Eine zweite Zumutung von *embedded democracy* besteht darin, dass dieser Typus stark auf das Zentral-„Regime“ Wahldemokratie (*electoral democracy*) ausgerichtet ist<sup>4131</sup>; die Entscheidung für repräsentative Demokratie in Form von Wahldemokratie blendet nun aber ideenpolitische Alternativ-Entwürfe, die sich (ggf. zu Recht<sup>4132</sup>) ebenfalls auf ‚Demokratie‘ beziehen wie direkt-demokratische und sog. partizipativ-deliberative Entwürfe, aus oder drängt sie jedenfalls an den Rand des politischen

---

<sup>4129</sup> Die Frage nach einem „Defekt“ setzt voraus, dass man zunächst überhaupt einen normativen Maßstab für das ‚Soll‘ hat. Bei Merkel/Puhle *et al.* ist dies das eben beschriebene Modell der eingebetteten Wahldemokratie, also eine liberale repräsentative Demokratie. Weitert man den Blick und macht ‚Demokratie‘ in einem weiter gefassten Sinn zum Maßstab (etwa mit Franz L. Neumann als „Verwirklichung der Freiheit des Menschen durch Massenbeteiligung an ihrer Verwirklichung“ – F. L. Neumann, in: Wirtschaft, Staat, Demokratie, Frankfurt a. M. 1978 [1950], S. 373 [376]), so stellt sich die Frage, ob „liberale Demokratien nie demokratisch genug gewesen sind“ – diese Frage stellen sich „radikale Demokratietheorien“, O. Flügel-Martinsen, Radikale Demokratietheorien zur Einführung, Hamburg 2020, S. 9 f.; diese – untereinander vielfältigen – Ansätze (etwa Claude Lefort; Miguel Abensour; Chantal Mouffe; Jacques Rancière; etc.) richten den Blick über eine „enge institutionalistische Vorstellung von Demokratie als Regierungssystem“ hinaus auf ‚Demokratie‘ als Praktiken, welche das Institutionelle überhaupt erst einsetzen, es übersteigen, es in Frage stellen; vgl. O. Flügel-Martinsen, Radikale Demokratietheorien zur Einführung, Hamburg 2020, S. 14. Aus den Perspektiven der „radikalen Demokratietheorien“ kann sich dann ergeben, dass auch *embedded democracies* ihrerseits defekt sein können.

<sup>4130</sup> Es ist eine Zumutung der *Demokratie*, dass diese *demokratisch begrenzt* ist, u. a. durch die Verfassungsgerichtsbarkeit; zu den Individualgrundrechten und zur Verfassungsgerichtsbarkeit als „demokratische Grenzen der Demokratie“: C. Möllers, Demokratie – Zumutungen und Versprechen, Berlin 2008, S. 74 f.

<sup>4131</sup> Dies liegt im Bild der ‚Bettung‘ begründet, vgl. nur das Schaubild bei W. Merkel, Democratization 11, 5 (2004), 33 (37), wonach das „*electoral regime*“ zentriert ist, eben „gebettet“ wird von den anderen „Regimes“.

<sup>4132</sup> Vorausgesetzt, sie sind darauf gerichtet, allen die freie und gleiche Möglichkeit der Mitentscheidung zu gewähren, vgl. C. Möllers, Demokratie – Zumutungen und Versprechen, Berlin 2008, S. 28; dann ist die Frage danach, welche dieser Formen ‚demokratischer‘ sei, irrig, vgl. *ders.*, a. a. O., S. 29, der sich an dieser Stelle – in Anm. 25 (s. a. a. O., S. 119) – ausdrücklich gegen Ernst-Wolfgang Böckenfördes Diktum von der repräsentativen Demokratie als „eigentliche Form der Demokratie“ wendet.



Denkens<sup>4133</sup> und des politisch-institutionellen Systems.<sup>4134</sup> Die oben exemplarisch unter Rückgriff auf die *Federalist/Anti-Federalist*-Debatte skizzierte ‚demokratie‘-theoretische Binnenvielfalt wird in *embedded democracy* erheblich reduziert. Dass ‚Demokratie‘ als ideenpolitischer Begriff aber auch alternativen Konkretisierungen zugänglich ist und insoweit ständig umkämpft ist, bringt mit sich, dass *ein Teil* der diversen ideenpolitischen Erwartungen, die mit dem Konzept ‚Demokratie‘ verbunden werden, stets enttäuscht werden muss.<sup>4135</sup> Hinzu kommt, dass auch *embedded democracy* selbst und auch das eingebettete ‚Wahl‘-Regime auf weitere Konkretisierung angewiesen<sup>4136</sup> und in ihrer institutionell-prozeduralen Ausgestaltung entsprechend ideenpolitisch umkämpft sind.

#### bb) Allgemeine Zumutungen von Demokratien

Die beiden bislang erwähnten Zumutungen betreffen gerade spezifisch den Typus *embedded democracy*. Freilich weist die zweitgenannte Zumutung, die intensive ideenpolitische Umkämpftheit, auf einige fundamentalere Probleme, welche *jede* freiheitliche Demokratie zu bewältigen hat.

Zum einen wird ‚Demokratie‘ im ideenpolitischen Kampf nicht selten bis an seine Grenzen oder sogar *über* seine Grenzen *hinaus* in Anspruch genommen, also ideologisch verengt oder pervertiert: Völkische Ansätze ersetzen das „demokratische Versprechen“, die Möglichkeit gleicher politischer Freiheit aller Mitglieder des betreffenden Kollektivs<sup>4137</sup>, mit nationalistischen Forderungen nach substanzieller Homogenität und berufen sich dennoch – dann fälschlich – auf ‚Demokratie‘<sup>4138</sup>.

Ein weiteres allgemeines Problem stellt sich letztlich für jede *institutionalisierte* demokratische Form (gewissermaßen: Institutionalisierung als Zumutung<sup>4139</sup>): Be-

<sup>4133</sup> Vgl. (referierend) E. Garrett, Geo. Wash. L. Rev. 73 (2005), 1096, welche für den US-amerikanischen Diskurs eine „Exotisierung“ direkt-demokratischer Verfahren ausmacht.

<sup>4134</sup> Aus ‚demokratie‘-geschichtlicher Sicht zur Durchsetzung der Wahldemokratie P. Nolte, Was ist Demokratie? Geschichte und Gegenwart, München 2012, S. 129: „seit dem 18. Jahrhundert [...] letztlich ohne echte Konkurrenz durchgesetzt. Aber das geschah nicht ohne Konflikte“ – eine Spannung ergibt sich nun aber daraus, dass das Fehlen „echte[r] Konkurrenz“ sehr wohl auf virtuelle, ideenpolitische Konkurrenz-Entwürfe zur Wahldemokratie trifft.

<sup>4135</sup> Vgl. S. Augsberg, ZG 2012, 251 (252), welcher neben „praktischen“ auch („schon“) „theoretische“ Probleme der „Demokratiebewältigung“ ausmacht.

<sup>4136</sup> Vgl. F. Cheneval, Demokratietheorien zur Einführung, Hamburg 2015, S. 35 f.

<sup>4137</sup> C. Möllers, Demokratie – Zumutungen und Versprechen, Berlin 2008, S. 16.

<sup>4138</sup> So beispielhaft etwa C. Schmitt, Verfassungslehre, München u. a. 1928, S. 262: „demokratisch[e] Grundvoraussetzung, nämlich d[ie] substantiell[e] Homogenität eines Volkes, dessen natürliche und politische Einheit als identisch betrachtet wird“; zu Carl Schmitts ‚Demokratie‘-Begriff sogleich 2. a) aa).

<sup>4139</sup> Fasst man politische Räume als Institutionen auf, so findet sich hier eine Verbindung zu der oben gemachten Beobachtung, dass die Verzerrungen, Ungenauigkeiten und Ausschlüsse,

stimmte (berechtigte) Erwartungen, die an die politische Idee ‚Demokratie‘ geknüpft werden, und die „konkrete rechtliche [und institutionelle] Gestalt“ von Demokratie<sup>4140</sup> werden immer in einem bestimmten Maß auseinanderfallen. Das liegt auch daran, dass das „demokratische Versprechen“ einerseits radikal einfach und doch zugleich höchst komplex ist: Die Möglichkeit freier und gleicher Mitentscheidung aller zu gewährleisten, kann in mindestens *dreierlei* Hinsicht eine Zumutung darstellen; einmal mit Blick auf politische Freiheit, dann mit Blick auf politische Gleichheit und schließlich mit Blick auf die Kopplung dieser beiden Elemente: *Erstens* ist demokratische Freiheit in einen anspruchsvollen Sinn eine Zumutung: Sie ist darauf angelegt, nicht andere, nicht ‚den Staat‘ oder ‚die Politik‘ für das eigene Schicksal verantwortlich zu machen, sondern diese Verantwortung selbst zu übernehmen;<sup>4141</sup> dies setzt die „Fähigkeit, seine Angelegenheiten selbst zu regeln und [...] anderen Personen zu widersprechen“ voraus<sup>4142</sup>. Dieser „Mikroaspekt der Demokratietheorie“ (Claus Offe) ist höchst voraussetzungs- und eine ‚Zumutung‘ für die Bürgerinnen und Bürger selbst wie auch für die Institutionen der demokratischen Bildung.<sup>4143</sup> Insbesondere das Element des Widerspruchs heben sog. „radikale Demokratietheorien“ (etwa von Miguel Abensour, Chantal Mouffe oder Jacques Rancière) hervor.<sup>4144</sup> Ungebunden-spontane, eben ‚radikale‘ (para-)demokratische<sup>4145</sup> Praktiken treten in der Sphäre des *Politischen* auf und stoßen auf institutionalisierte demokratische *Politik*.<sup>4146</sup> Dies führt – *zweitens* – zu der Zumutung,

---

welche bei Zuordnungen von Menschen zu Räumen aus politischen Zwecken auftreten können, Zumutungen darstellen (s. o. § 2, B. III. 2. a) aa)).

<sup>4140</sup> S. Augsberg, ZG 2012, 251 (252), unter Hinweis u. a. auf C. Möllers, Demokratie – Zumutungen und Versprechen, Berlin 2008.

<sup>4141</sup> Vgl. C. Möllers, Demokratie – Zumutungen und Versprechen, Berlin 2008, S. 109 f., 115, 116 f.

<sup>4142</sup> C. Möllers, Demokratie – Zumutungen und Versprechen, Berlin 2008, S. 115.

<sup>4143</sup> Zu „micro-aspects of democratic theory“ C. Offe, in: A. Hadenius (Hrsg.), Democracy’s victory and crisis. Nobel Symposium No. 93, Cambridge, U.K., 1997, S. 81: „*Becoming a ‚good‘ citizen is a demanding project, both for the individuals themselves and for all those professions (such as educators), political elites, and the designers of political institutions involved in the formation of the qualities of citizens*“; dazu T. Tohidipur, in: S. Buckel/R. Christensen/A. Fischer-Lescano (Hrsg.), Neue Theorien des Rechts, 2. Aufl., Stuttgart 2009, S. 423 (430); zur schwierigen Rolle von Erziehung und Demokratisierung auch C. Möllers, Demokratie – Zumutungen und Versprechen, Berlin 2008, S. 114 f.

<sup>4144</sup> Vgl. referierend zu Abensour, Mouffe und Rancière als Theoretikerinnen und Theoretiker „radikaler Demokratie“ O. Flügel-Martinsen, Radikale Demokratietheorien zur Einführung, Hamburg 2020, S. 123 ff.

<sup>4145</sup> Zum Begriff ‚para-demokratisch‘ oben § 8, B. II. 1. b) im Zusammenhang von ‚popular constitutionalism‘ und ‚popular federalism‘.

<sup>4146</sup> Vgl. O. Flügel-Martinsen, Radikale Demokratietheorien zur Einführung, Hamburg 2020, S. 123 ff., welcher Abensour, Mouffe und Rancière als Theoretikerinnen und Theoretiker vorstellt, welche das Verhältnis zwischen radikaler und institutionalisierter Demokratie jeweils anders bestimmen: Flügel-Martinsen verortet Rancières Ansatz insoweit zwischen Abensour (Entgegensetzung von staatlichen Institutionen und an-archischer, „rebellierender

welche darin liegt, dass in der Demokratie die Möglichkeit politischer Freiheit *und* politischer Gleichheit *aller* zu garantieren ist: Denn Demokratie ist eben noch nicht vorhanden, nur weil okkasionell-anekdotische politische Freiheit von (bestimmten) Individuen genossen wird; es muss eben noch politische Gleichheit und ein Verfahren, welches Gleichheit und Freiheit zusammenführt und die Möglichkeit der freien und gleichen Mitentscheidung aller garantiert, hinzutreten – sonst liegt bestenfalls ein Einzelbeitrag zur Vorbereitung demokratischer Willensbildung, schlimmstenfalls pseudo-demokratische Anmaßung, bloßer Populismus vor.<sup>4147</sup> Schließlich bringt – *drittens* – das Element der politischen Gleichheit als solches noch eine ganz basale Zumutung mit sich: Christoph Möllers beschreibt die „Kränkung“, welche darin liegt, dass die Demokratie uns vor Augen führt, „dass wir weder allein auf der Welt noch wichtiger als die anderen sind“<sup>4148</sup>.

#### d) Demokratische Bewältigungsstrategien

Dem geschilderten Tableau von demokrati(etheoretischen und -prakti)schen Zumutungen müssen die insgesamt 68 Demokratien der USA und Deutschlands – wie andere Demokratien auch – begegnen: Steffen Augsberg spricht in diesem Zusammenhang von „praktischer und theoretischer Demokratie, bewältigung“<sup>4149</sup>. Dass Augsberg auf theoretische *und* praktische Bewältigungsbemühungen abstellt, spiegelt den inhärent ideenpolitischen Charakter<sup>4150</sup> von ‚Demokratie‘. Dabei geht es um eine Perspektive des Lernens und der Bewusstseinsstimulation, ggf. auch um eine latente Ergänzungs-, Reform- und Experimentierperspektive.<sup>4151</sup> Augsberg fokussiert die Stoßrichtung des Lernens, wenn er die Auseinandersetzung mit der Vielfalt von ‚Demokratie‘-Entwürfen, etwa in Mehrebenensystemen, als eine „Chance zu intensiver Demokratie-reflexion“ qualifiziert.<sup>4152</sup> Die – weitergehende – Perspektive der Reform gewachsener demokratischer Institutionen und des Experimentierens mit ‚Demokratie‘-Konzepten kann darauf zielen, etwaige Divergenzen zwischen den spontanen Äußerungen des (para-)demokratischen Politischen einer-

---

Demokratie“) einerseits und Mouffe (kritisch gestaltende Auseinandersetzung mit, statt Rückzug aus Institutionen) andererseits.

<sup>4147</sup> Vgl. C. Möllers, Demokratie – Zumutungen und Versprechen, Berlin 2008, S. 33.

<sup>4148</sup> C. Möllers, Demokratie – Zumutungen und Versprechen, Berlin 2008, S. 117. Das wäre dann wohl – nach den mit dem Wirken von Kopernikus, Darwin und Freud in Verbindung gebrachten „Kränkungen“ – mindestens schon die vierte „Kränkung“ des Menschen.

<sup>4149</sup> S. Augsberg, ZG 2012, 251 (252).

<sup>4150</sup> Allgemein zur Rolle von Theorie-Praxis-Interventionen im Konzept der ‚Ideenpolitik‘ oben § 1, C. I.

<sup>4151</sup> ‚Demokratie‘-theoretische und -praktische Ergänzungs-, Reform- und Experimentieransätze befinden sich insbesondere seit den 2010er Jahren in einem gewissen Wettstreit mit populistischen, vor allem neu-rechten Ansätzen; vgl. zu dieser schwierigen Ausgangslage für die Bewältigung von Krisen westlicher Demokratien O. Flügel-Martinsen, Radikale Demokratietheorien zur Einführung, Hamburg 2020, S. 9, 12, 137 ff.

<sup>4152</sup> S. Augsberg, ZG 2012, 251 (263).

seits und den Verfahren institutionalisierter demokratischer Politik andererseits möglichst fruchtbar einzufangen. Dieser Aufgabe stellen sich neben einem Teil der eben erwähnten radikalen ‚Demokratie‘-Theorien<sup>4153</sup> sog. experimentelle ‚Demokratie‘-Theorien: Hierhin gehört etwa der von Joshua Cohen, Michael C. Dorf und Charles F. Sabel – im Anschluss an Robert A. Dahl und in Auseinandersetzung mit Arbeiten von Hannah Arendt und Jürgen Habermas<sup>4154</sup> – entwickelte Ansatz einer „experimentellen“<sup>4155</sup> „direkt-deliberativen Polyarchie“<sup>4156</sup>: Darin sollen Menschen, welche „öffentliche Leistungen nutzen oder von öffentlichen Entscheidungen betroffen sind“, in verschiedenartigen öffentlichen Foren und Arenen Möglichkeiten der Partizipation an kollektiver deliberativer Entscheidungsfindung gegeben werden.<sup>4157</sup> Cohen, Dorf und Sabel ziehen hieraus rechtspolitische Schlüsse für die veränderten Erwartungen an und für die Funktionen von Institutionen in repräsentativen Demokratien: So sollten Parlamente sachpolitische Bereiche und Aufgaben identifizieren, welche sich für Verfahren direkt-deliberativer polyarchischer Beratung und Entscheidungsfindung eignen (die Autoren nennen insoweit Bildung, lokale Sicherheit, gesundheitlichen Umweltschutz), diesbezüglich inhaltliche Rahmenzielfestlegungen treffen, den organisatorischen und finanziellen Rahmen für die „deliberativen Arenen“ schaffen und dabei die Bereitstellung von Mitteln an Mindestvorgaben für die Organisation und das Arbeiten der Arenen knüpfen und diese kontinuierlich überprüfen.<sup>4158</sup> Staatliche Behörden sollten Informationsmanagement in und zwischen den Arenen leisten und Gerichte sollten *judicial self-restraint* gegenüber den sachpolitischen Entscheidungen und Verfassungsinterpretationen

<sup>4153</sup> So etwa Mouffes Forderungen nach einer bewussten Steigerung und Kultivierung der politischen *Konfliktkulturen* (dazu referierend *O. Flügel-Martinsen*, Radikale Demokratietheorien zur Einführung, Hamburg 2020, S. 127 f., unter Auswertung von *C. Mouffe*, Agonistics. Thinking the World Politically, London, U.K., u. a. 2013). Es gibt aber auch „radikale Demokratietheorien“, welche die Divergenz der beiden Elemente zementieren und Demokratie gegen den Staat und seine repräsentative Demokratie in Stellung bringen, so insbesondere das Konzept „rebellierender Demokratie“ bei Miguel Abensour („Demokratie gegen den Staat“); dazu referierend *O. Flügel-Martinsen*, Radikale Demokratietheorien zur Einführung, Hamburg 2020, S. 123 ff.

<sup>4154</sup> Vgl. zum Rückgriff auf Dahls Theorie der „Polyarchie“: *J. Cohen/C. F. Sabel*, European Law Journal 3 (1997), 313 (317 f., 334), mit Hinweis auf *R. A. Dahl*, Democracy and Its Critics, New Haven, Conn., U.S.A., u. a. 1989, S. 221 f. zur Auseinandersetzung mit Arendt und Habermas: *J. Cohen/C. F. Sabel*, European Law Journal 3 (1997), 313 (338 ff.).

<sup>4155</sup> *M. C. Dorf/C. F. Sabel*, Colum. L. Rev. 98 (1998), 267: „*democratic experimentalism*“.

<sup>4156</sup> *J. Cohen/C. F. Sabel*, European Law Journal 3 (1997), 313: „*directly-deliberative polyarchy*“.

<sup>4157</sup> Vgl. *J. Cohen/C. F. Sabel*, European Law Journal 3 (1997), 313 (313 f.): „*In directly-deliberative polyarchy, collective decisions are made through public deliberation in arenas open to citizens who use public services, or who are otherwise regulated by public decisions*“; vgl. auch *M. C. Dorf/C. F. Sabel*, Colum. L. Rev. 98 (1998), 267; hierzu referierend *T. Tohidipur*, in: S. Buckel/R. Christensen/A. Fischer-Lescano (Hrsg.), Neue Theorien des Rechts, 2. Aufl., Stuttgart 2009, S. 423 (428), welcher diese Arbeiten m. w. N. in das größere Feld „deliberativer Demokratietheorie“ einsortiert.

<sup>4158</sup> Vgl. *J. Cohen/C. F. Sabel*, European Law Journal 3 (1997), 313 (334).

in den Arenen üben.<sup>4159</sup> Diese Forderungen weisen teilweise in Richtung der anstaltlichen Legitimation im Bereich der funktionalen Selbstverwaltung im grundgesetzlichen Verfassungsrechtsdiskurs, welche (unterdessen<sup>4160</sup>) dem Grunde nach – freilich in Grenzen<sup>4161</sup> – vom Zweiten Senat des Bundesverfassungsgerichts als mit dem Demokratieprinzip des Grundgesetzes vereinbare Ergänzung der repräsentativ-demokratischen Legitimation durch das ‚Staatsvolk‘ anerkannt wurde.<sup>4162</sup> Der Vorschlag der experimentellen Ermöglichung von intensiverer direkt-deliberativer Polyarchie mag ein Beitrag zur ‚Demokratie, bewältigung‘<sup>4163</sup> durch punktuelle Reformen in einer Ergänzungsperspektive sein; er ist aber im Hinblick auf die angedachte Rolle der Bürgerinnen und Bürger sehr voraussetzungsvoll, setzt er doch voraus, dass diese sich ‚im republikanischen Geist‘ mit einer gewissen Intensität und Ausdauer in den Arenen der Deliberation beteiligen.<sup>4163</sup> Die oben beschriebene inhärente demokratische Zumutung einer besonders anspruchsvollen politischen Freiheit (und Verantwortung) von Individuen in der Demokratie wird hier sogar noch gesteigert.

## 2. Föderalismusverfassungsrecht und ‚Demo(i)kratie‘

Dieser Vorlauf zu den Gehalten und inhärenten Zumutungen demokratischer Ideenpolitik und (sonstiger<sup>4164</sup>) demokratischer Praxis, insbesondere in eingebetteten Demokratien, ist nunmehr auf den demokratischen Föderalismus zu beziehen:

<sup>4159</sup> Vgl. J. Cohen/C. F. Sabel, *European Law Journal* 3 (1997), 313 (335).

<sup>4160</sup> Den Wandel in der Rechtsprechung von den 1980er und 1990er Jahren hin zur Entscheidung BVerfGE 107, 59 – Emschergenossenschaft, betont V. Neumann, *Volkswille*. Das demokratische Prinzip in der Staatsrechtslehre vom Vormärz bis heute, Tübingen 2020, S. 361. Neumann vermutet, dass die „geharnischt[e] Kritik“ von Brun-Otto Bryde (*B.-O. Bryde*, *Die bundesrepublikanische Volksdemokratie als Irrweg der Demokratietheorie*, in: StWStP 5 [1994], 305 ff.) am engen ‚volksdemokratischen‘ Legitimationsmodell einen Beitrag zu diesem Wandel in der Rechtsprechung geleistet haben könnte.

<sup>4161</sup> Vgl. BVerfGE 107, 59 (93) – Emschergenossenschaft: „Es wird sich überwiegend um überschaubare Aufgabenbereiche handeln, bei denen die Erledigung durch Organisationseinheiten der Selbstverwaltung historisch überkommen ist und sich traditionell bewährt hat. Von einer Übertragung ausgeschlossen sind diejenigen öffentlichen Aufgaben, die der Staat selbst durch seine eigenen Behörden als Staatsaufgaben im engeren Sinne wahrnehmen muss (vgl. BVerfGE 38, 281 [1999]).“

<sup>4162</sup> Vgl. BVerfGE 107, 59 – Emschergenossenschaft.

<sup>4163</sup> Vgl. T. Tohidipur, in: S. Buckel/R. Christensen/A. Fischer-Lescano (Hrsg.), *Neue Theorien des Rechts*, 2. Aufl., Stuttgart 2009, S. 423 (430), unter Hinweis auf C. Offe, in: A. Hadenius (Hrsg.), *Democracy’s victory and crisis*. Nobel Symposium No. 93, Cambridge, U.K., 1997, S. 81 ff.

<sup>4164</sup> Denn nach dem oben Gesagten ist Ideenpolitik ja immer auch schon politische ‚Praxis‘ (s.o. § 1, C. I.).

a) Zur Vereinbarkeit individualistisch theoretisierter ‚Demo(i)kratie‘  
mit ‚Föderalismus‘

Von einem *beschreibenden* Standpunkt aus betrachtet, zeigen die Beispiele der Vereinigten Staaten von Amerika und der Bundesrepublik Deutschland zunächst einmal, dass ‚Föderalismus‘ und ‚Demokratie‘ miteinander vereinbar *sind*. Nicht gänzlich ohne Schwierigkeiten bleibt allerdings die Aufgabe, diesen Befund (demokratie-, verfassungs- und föderalismus-)theoretisch nachzuvollziehen und zu modellieren.

aa) Thesen von der Unvereinbarkeit von ‚Demokratie‘  
und ‚Föderalismus‘

Tatsächlich wurden und werden immer wieder Positionen vorgetragen, wonach das föderale Prinzip und das demokratische Prinzip miteinander unvereinbar seien. Solche Unvereinbarkeitsthese beziehen sich allerdings regelmäßig auf *konkrete historische* Ausprägungen föderaler Ordnungen: Beispielsweise wurde intensiv beschrieben, weshalb im – insoweit komparatistisch sehr besonderen<sup>4165</sup> – Institutionengefüge des Deutschen Reichs unter der Reichsverfassung von 1871 Föderalismus und demokratischer Parlamentarismus im Dualismus von föderalem Bundesrat und demokratischem Reichstag unversöhnlich aufeinandergerast seien.<sup>4166</sup>

Außerdem stützen sich Thesen zur Unvereinbarkeit von Demokratie und Föderalismus häufig auf ganz spezifische – ideologisch verengte oder gar pervertierte – Begriffe von ‚Demokratie‘ und ‚Föderalismus‘. Als Beispiel kann insoweit das kollektivistische ‚Demokratie‘-Verständnis bei Carl Schmitt dienen: Als anti-individualistischer und „antiliberaler[r]“<sup>4167</sup> Theoretiker (angeblicher) „kollektiver po-

<sup>4165</sup> C. Möllers, in: M. Herdegen/J. Masing/R. Poscher/K. F. Gärditz (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, München 2021, § 5, Rn. 88, spricht – unter Verweis auf Otto Mayer – von „eine[r] schon die Zeitgenossen irritierende[n] Ausnahme“.

<sup>4166</sup> Vgl. zum Widerspruch von ‚Föderalismus‘ (und vor allem „föderativem Geist“) einerseits und unitarischem „Constitutionalismus [...] aus den Ideen von 1789“ andererseits – noch vor der Reichsgründung von 1871 – C. Frantz, Die Naturlehre des Staates als Grundlage aller Staatswissenschaft, Leipzig 1870, S. 263 f.; zum Institutionengefüge des Reichs dann etwa M. (v.) Seydel, in: Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 28 (1872), S. 185 (235 ff.), zum Bundesrat als Organ, das vom bündischen Prinzip (im zutreffenden Staatenbundmodell) getragen sei, und a. a. O. (239) zum Reichstag, das allenfalls auf einer „falsche[n] Bundesstaatsidee“ gegründet sei; referierend zu diesen und weiteren Argumentationen C. Möllers, in: J. Aulehner u. a. (Hrsg.), Föderalismus – Auflösung oder Zukunft der Staatlichkeit?, Stuttgart u. a. 1997, S. 81 (84).

<sup>4167</sup> R. Mehring, Carl Schmitt zur Einführung, 5. Aufl., Hamburg 2017, S. 39, insbes. zur „antiliberalen ‚Lehre von der Demokratie‘“ in Schmitts Schrift „Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus“ und in seiner „Verfassungslehre“.

litischer Freiheit“<sup>4168</sup> bestimmt Schmitt den ‚Staat‘ als „politische Einheit eines Volkes“ und die „politische Einheit“ ihrerseits durch eine nationalistische Homogenität, welche die „Fähigkeit“ mit sich bringe, „Freund und Feind zu unterscheiden“.<sup>4169</sup> Bezogen auf föderale Ordnungen folgert Schmitt aus diesem Homogenitätskriterium, dass das demokratische Prinzip, wenn es auf Bundesebene verwirklicht wird, das föderale Prinzip auflöse: Nach Schmitts Verständnis setzt nämlich auch Föderalismus eine „substanzielle“ Homogenität<sup>4170</sup> im Sinne einer von „Feinden“ abgrenzenden „Freundschaft“ voraus.<sup>4171</sup> Bei Verwirklichung des demokratischen Prinzips auf Bundesebene (in einem „Bundesstaat ohne bündische Grundlage“) würden nun demokratische und bündische Gleichheit „zusammenfließen“: Die „Bundes-Homogenität“ der föderierten Einheiten gehe in der „demokratischen Homogenität“ der Mitglieder des Volks auf Bundesebene gewissermaßen auf – und damit letztlich unter.<sup>4172</sup>

#### bb) Normativ-expressivistisch-individualistische Demokratietheorie

Das Versprechen der ‚Demokratie‘ wurde oben nun aber anders, nämlich im Kern normativ-*individualistisch* bestimmt: als gegenseitiges Versprechen gleicher politischer Freiheit von Individuen (s. o. 1. b)), wobei damit keine ökonomisch-soziale und – anders als bei Schmitt – überhaupt keine substanzielle, sondern eine *formale* Gleichheit gemeint ist.<sup>4173</sup> Individualistische ‚Demokratie‘-Theorien stellen den einzelnen Menschen (obschon als politisches Wesen) in den Mittelpunkt ihrer Erörterung von ‚Demokratie‘. Der individualistische Zugang zur ‚Demokratie‘-Theorie

<sup>4168</sup> R. Mehring, Carl Schmitt zur Einführung, 5. Aufl., Hamburg 2017, S. 7, 11; zur Gegenüberstellung von demokratietheoretischem Individualismus und Kollektivismus T. Groß, Rechtswissenschaft 2011, 125 (128 ff.).

<sup>4169</sup> C. Schmitt, Verfassungslehre, München u. a. 1928, S. 214: „der Staat beruht als politische Einheit auf einer Verbindung von zwei entgegengesetzten Gestaltungsprinzipien, dem Prinzip der Identität (nämlich des anwesenden Volkes mit sich selbst als einer politischen Einheit, wenn es kraft eigenen politischen Bewußtseins und nationalen Willens die Fähigkeit hat, Freund und Feind zu unterscheiden), und dem Prinzip der Repräsentation [...]“.

<sup>4170</sup> C. Schmitt, Verfassungslehre, München u. a. 1928, S. 376.

<sup>4171</sup> Vgl. C. Schmitt, Verfassungslehre, München u. a. 1928, S. 377.

<sup>4172</sup> Vgl. C. Schmitt, Verfassungslehre, München u. a. 1928, S. 388.

<sup>4173</sup> C. Möllers, Demokratie – Zumutungen und Versprechen, Berlin 2008, S. 16 f. und pointiert a. a. O., S. 22: „Die Demokratie verspricht kein gutes Leben.“ An die Beschränkung des Begriffs ‚demokratischer Gleichheit‘ auf eine formale sozialphilosophische Prämisse der Legitimierung knüpft ein Strang kritischer „radikaler Demokratietheorien“ Kritik, so etwa Jacques Rancière: vgl. J. Rancière, in: A. Badiou/ders. (Hrsg.), Politik der Wahrheit, 3. Aufl., Wien, Österreich, u. a. 2014, S. 79 (96); vgl. zur Kritik Rancières O. Flügel-Martinsen, Radikale Demokratietheorien zur Einführung, Hamburg 2020, S. 92 f.: „Gleichheit [...] als durch und durch politische Kategorie eines Kampfes um die Um- und Neugestaltung gegebener Aufteilungen des Sinnlichen“.



ist insoweit durch ein Ineinandergreifen von individuellen Freiheitsrechten und Demokratie gekennzeichnet.<sup>4174</sup>

Das Individuum wird als Mitglied unterschiedlicher Kollektive begriffen, in denen es sich selbstbestimmt in Interaktion mit anderen verwirklichen kann.<sup>4175</sup> Für jedes Individuum ergeben sich dabei „[ü]berlappende Zugehörigkeiten zu mehreren Kollektiven.“<sup>4176</sup> Ein und derselbe Mensch kann zugleich Mitglied des Kollektivs ‚Bundesvolk‘ wie auch des Kollektivs ‚Volk der föderierten Einheit‘ (wie auch einer Kommune wie auch einer Lektüregruppe wie auch eines Berufsverbands, etc.) sein. Demokratisch handeln dann *nicht* diese Kollektive *als solche*, sondern einzelne Menschen in diesen Kollektiven in Kommunikation mit anderen Menschen.<sup>4177</sup> Aus der individualistischen Perspektive ist das ‚Volk‘ ein formal-normativ bestimmter Kreis beratungs- und entscheidungsberechtigter Individuen, also keine durch ‚substantielle‘ Merkmale bestimmte Gruppe; Görg Haverkate spricht von ‚Volk‘ als einer „metaphorischen Redeweise“<sup>4178</sup> und Brun-Otto Bryde von einer „Kurzformel für Menschen“<sup>4179 4180</sup>.

<sup>4174</sup> Vgl. P. Häberle, JZ 1975, 297 (302); A. Augustin, Das Volk der Europäischen Union. Zu Inhalt und Kritik eines normativen Begriffs, Berlin 2000, S. 389; A. Hanebeck, Der demokratische Bundesstaat des Grundgesetzes, Berlin 2004, S. 84; T. Groß, Rechtswissenschaft 2011, 125 (139), unter Verweis auf J. Habermas, Merkur 1989, 465 (469): Unter Verweis auf die politische Philosophie von Julius Fröbel erörtert Habermas a. a. O. wie in „einer sich selbst beschränkenden Praxis öffentlich-diskursiver Willensbildung“ Demokratie und Menschenrechte zusammenfallen.

<sup>4175</sup> Vgl. T. Groß, Rechtswissenschaft 2011, 125 (135).

<sup>4176</sup> T. Groß, Rechtswissenschaft 2011, 125 (135).

<sup>4177</sup> Vgl. A. Augustin, Das Volk der Europäischen Union. Zu Inhalt und Kritik eines normativen Begriffs, Berlin 2000, S. 391: „Nicht ein Kollektiv an sich mu[ss] sich einigen und kein Kollektiv kommuniziert. Es sind die einzelnen, die zu einem Ergebnis gelangen, und miteinander kommunizieren müssen.“

<sup>4178</sup> G. Haverkate, Verfassungslehre. Verfassung als Gegenseitigkeitsordnung, München 1992, S. 331: „Es ist nur eine metaphorische Redeweise, wenn gesagt wird, die Staatsgewalt gehe vom Volk aus. In Wahrheit geht alle Staatsgewalt vom einzelnen, vom Individuum aus“; hierzu auch A. Hanebeck, Der demokratische Bundesstaat des Grundgesetzes, Berlin 2004, S. 84 f.

<sup>4179</sup> So B.-O. Bryde, StWStP 5 (1994), 305 (322 u. 329, dort in Endn. 119) – mit Hinweisen u. a. auf Peter Häberle, Görg Haverkate (s. eben in Fn. 4178) und Martin Krieles Staatsrechtslehrerreferat von 1970 (s. M. Kriele, VVDStRL 29 [1971], 46 [49 ff.], zur „Herrschaft des Volkes“ als „Herrschaft des Rechts (im Sinne der *rule of law* [...])“, nicht etwa im Sinn eines entmaterialisierten ‚Rechtsstaats‘); Bryde setzt die im Fließtext zitierte Formel in kritischer Auseinandersetzung mit der ‚volksdemokratisch‘-etatistischen ‚Demokratie‘-Konzeption des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts u. a. in BVerfGE 83, 37 – Ausländerwahlrecht I (zu dieser Entscheidung oben § 6, A. VI. 3. c)) –, in welcher der Zusammenhang zwischen Menschenwürde, Individualgrundrechtsträgerschaft, individueller Selbstbestimmung und ‚Demokratie‘ zu Unrecht „diffamiert“ worden sei, ein. Vgl. zu Brydes Wendung vom ‚Volk‘ als „Kurzformel für Menschen“ auch A. Hanebeck, Der demokratische Bundesstaat des Grundgesetzes, Berlin 2004, S. 84 f.

<sup>4180</sup> Tatsächlich legt auch der Wortlaut der grundgesetzlichen Homogenitätsklausel des Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG die Deutung nahe, dass es in der föderalen Ordnung der Bundesrepu-

Wenn eben die Rede davon war, dass auch nach einem individualistischen Zugang zur ‚Demokratie‘ einzelne Menschen – selbstverständlich – gerade als politische Wesen und Bestandteile von Kollektiven begriffen werden, so rückt die Vorstellung der demokratischen ‚Identität‘ in den Vordergrund; und auch demokratische ‚Identität‘ lässt sich individualistisch denken: Sie ist ein Effekt, der daraus entsteht, dass Individuen „sich gegenseitig als Teil einer Gemeinschaft anerkennen, mit der sie [– jeweils frei und gleich –] entscheiden wollen.“<sup>4181</sup> Demokratische Identität in diesem Sinn entsteht und äußert sich – *expressiv* (nicht mimetisch) – in Verfahren einer gemeinsamen Praxis der gegenseitigen Anerkennung als frei und gleich beim Entscheiden – das Produkt dieser expressiven kollektiven Praxis ist ‚der demokratische Wille‘.<sup>4182</sup>

Aus der Perspektive dieses individualistischen Zugangs zur ‚Demokratie‘-Theorie ist Demokratie dann erkennbar mit föderaler Gliederung vereinbar: Ein und demselben Individuum kann auf verschiedenen politischen Ebenen, also mit Blick auf unterschiedlich große Kollektive von dessen Peers *jeweils* der Genuss gleicher politischer Freiheit eingeräumt werden. In unterschiedlich dimensionierten Kollektiven können *jeweils* expressive Praktiken der gegenseitigen Anerkennung von Individuen als frei und gleich stattfinden. Föderale Gliederung von Demokratie(n) ist die Parade-Referenz für solche Verschachtelungen von Demokratie(n). Und auch Kommunen<sup>4183</sup>, politische Parteien<sup>4184</sup>, Gewerkschaften, Berufsverbände oder gar Lektüregruppen, Redaktionen und Unternehmen können – für sich betrachtet – (binnen-),demokratisch‘ organisiert sein, soweit allen ihren jeweiligen Mitgliedern die Möglichkeit des Genusses gleicher politischer Freiheit versprochen wird. Handeln

---

blick Deutschland zwar durchaus ‚*ein einziges*‘ „Volk“ geben mag, welches dann aber – als „nicht-identitäres Subjekt“ (Jacques Rancière, vgl. *J. Rancière*, in: A. Badiou/ders. [Hrsg.], *Politik der Wahrheit*, 3. Aufl., Wien, Österreich, u. a. 2014, S. 79 [88 f.]; vgl. auch *S. Augsberg*, ZG 2012, 251) – unterschiedliche Erscheinungsformen (u. a. eben „Vertretungen“) auf unterschiedlichen politischen Ebenen haben kann (Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG formuliert: „In den Ländern, Kreisen und Gemeinden muß *das* Volk eine Vertretung haben [...]“; Hervorh. R.D.N.) – schon dieser Sprachgebrauch spricht dagegen, dass „das Volk“ ein fest definierbares Substrat darstellt, sondern dass es vielmehr eben auf seine Erscheinungsformen (u. a. „Vertretungen“) ankommt und diese unter Verfassungsvorbehalt stehen; i. Ü. kann nach zutreffender Auffassung bundes- oder landesverfassungsrechtlich zudem auch vorgesehen werden, dass ‚das Volk‘ auf der einen oder anderen föderalen Ebene neben den „Vertretungen“ auch direkt-demokratisch in Erscheinung treten darf, vgl. dazu die ausführliche Diskussion zur Reichweite der bundesverfassungsrechtlichen Vorgaben der Art. 20, 28 GG m. w. N. bei *H. Hofmann*, in: FS Neumayer, Baden-Baden 1985, S. 281 (294 f.); die Landesverfassungen sehen dies – anderes als das Grundgesetz – durchaus auch vor.

<sup>4181</sup> *C. Möllers*, *Demokratie – Zumutungen und Versprechen*, Berlin 2008, S. 48.

<sup>4182</sup> Vgl. *C. Möllers*, *Demokratie – Zumutungen und Versprechen*, Berlin 2008, S. 28 f.

<sup>4183</sup> Unter dem Grundgesetz sogar ausdrücklich in Art. 21 Abs. 1 S. 3 GG eingefordert, dass die „innere Ordnung“ der politischen Parteien „demokratischen Grundsätzen“ entsprechen muss.

<sup>4184</sup> Unter dem Grundgesetz sogar ausdrücklich in Art. 28 Abs. 1 S. 2 bis S. 4 GG eingefordert, dass Kommunen demokratisch organisiert sein müssen.

solche Kollektive allerdings über den Kreis ihrer Angelegenheiten hinaus, indem sie Einfluss auf die demokratische Willensbildung in größeren Kollektiven wie einer föderierten Einheit oder im Bund nehmen, so sind sie *insoweit* keine demokratischen, sondern *para*-demokratische Kräfte (s. o. § 8, B. II. 1. b)).

cc) Multiarchische ‚Demoikratie‘ durch einen ‚Stiftungspakt‘  
von Völkern

Die Anerkennung der Möglichkeit multipler, in sich verschachtelter Demokratie(n) steht in der Nähe zur neueren Begriffsbildung ‚Demoikratie‘, welche ‚Volk‘ in den *Plural* setzt: Kalypso Nicolaïdis hat den Begriff ‚Demoikratie‘ im Zusammenhang mit der ‚demokratie‘-theoretischen Debatte um die in den 2000er Jahren geplante Verfassung der Europäischen Union<sup>4185</sup> eingeführt; freilich ist Nicolaïdis’ ‚Demoikratie‘-Begriff sehr stark auf die Horizontale (auf ein Miteinander horizontal gekoppelter politischer Zentren in projektbezogener „demokratischer Interdependenz“) gerichtet<sup>4186</sup> und insoweit eher entfernt vom institutionellen Integrations- und Unitarisierungsstand nationalstaatlicher föderaler Demokratien mit (bereits) starker nationaler Bundesebene. Andere Konzepte von ‚Demoikratie‘ nehmen intensiver diese *vertikale* Dimension in Bezug, sind insoweit dem föderalen Denken näher: Es geht dann um politische Ebenenbildung, um das „Stiften“ einer neuen höheren, gemeinsamen Ebene aus demo(i)kratischer Sicht.<sup>4187</sup>

Hier begegnen sich das Konzept der ‚Demoikratie‘ und die Vorstellung eines ‚Stiftungspakts‘ (oder einer ‚Genossenschaft‘), welche oben bei der Darstellung der Bundesverfassungsänderungsgrenzen bereits knapp erwähnt wurde (s. o. § 2, C. II. 1. c) u. § 6, A. VII. 1. a)). Das ‚Stiftungspakt‘-Modell ist ein verfassungs-

---

<sup>4185</sup> K. Nicolaïdis, *Critical Review of International Social and Political Philosophy* 7 (2004), 76 (83).

<sup>4186</sup> Für Nicolaïdis ist die Demoikratie der Europäischen Union gekennzeichnet durch „demokratische Interdependenz“, welche allerdings ganz wesentlich auf die Horizontale bezogen ist: Die Demokratien der Mitgliedsstaaten entwickeln einen Geist des „Teilens von Identitäten“ und einer „Gemeinschaft von Projekten“, welche institutionell nicht durch markante Ebenenbildung, sondern durch ein Neben- und Miteinander horizontal gekoppelter politischer Zentren verfolgt werden, vgl. K. Nicolaïdis, *Critical Review of International Social and Political Philosophy* 7 (2004), 76 (83, 85 ff.); vgl. ferner J. H. H. Weiler, in: K. Nicolaïdis/R. Howse (Hrsg.), *The Federal Vision*, Oxford, U.K., u. a. 2001, S. 54 (66 f.), zu einem Prinzip der „*constitutional tolerance*“ im EU-Recht: Anerkennung der eigenständigen politischen Identität der Mitgliedstaaten, „eigenständiger europäischer Völker“.

<sup>4187</sup> Vgl. etwa Francis Chenevals Theorie der „multilateralen Demokratie“ als Demoikratie: vgl. F. Cheneval, *Demokratiethorien zur Einführung*, Hamburg 2015, S. 118 ff., 135 ff.; zuvor *ders.*, *Journal of Social Philosophy* 39 (2008), 42 ff.; *ders.*, *The Government of the Peoples. On the Idea and Principles of Multilateral Democracy*, New York, N.Y., U.S.A., u. a. 2011. Solchen Überlegungen dient die „Beschreibung der Demokratie im föderalen Staatsgebilde“ häufig Modell, vgl. F. Cheneval, *Demokratiethorien zur Einführung*, Hamburg 2015, S. 119.

theoretisches Modell für den föderal-demokratischen „Kompromiss“<sup>4188</sup> zwischen der föderalistischen Lehre von der verfassungsgebenden Gewalt der föderierten Einheiten und der demokratischen Lehre von der verfassungsgebenden Gewalt des (Bundes-)Volkes. Insoweit stellt es eine deutliche Modifikation des allgemeinen Modells des Bundes dar (s. o. § 2, C. II. 1. c)). So hat Christoph Möllers von einem „Pakt zwischen den Völkern der Gliedstaaten [...], eine neue gemeinsame politische Ebene aufzubauen und ein gemeinsames demokratisches Subjekt zu stiften“<sup>4189</sup>, gesprochen. Eine Stiftung, zumal mit Stiftermehrheit<sup>4190</sup>, spiegelt die Komplexität einer Bundesverfassung: Ebenso wie bei einem Stiftungsvorhaben ist bei einer Bundesverfassung das Verhältnis zwischen denjenigen Kräften, welche die Stiftung bzw. die Verfassung in die Welt setzen, und denjenigen Kräften, welche das Schicksal der einmal geschaffenen Stiftung bzw. Verfassung in der Zeit bestimmen, nicht einseitig aufgelöst, sondern wird dauerhaft in der Schwebe gehalten<sup>4191</sup> und führt – freilich nicht ohne Friktionen – zu einem „Ineins von Vergangenheit und Zukunft“ (Karlheinz Muscheler)<sup>4192</sup>.

Dieser „Pakt zwischen den Völkern der Gliedstaaten“ wirkt freilich über den Initialmoment der Verfassungsgebung hinaus: Entsprechend ist in einer Demoikratie dauerhaft abzusichern, dass „[d]ie Verbindung der Völker [...] über Prozesse gewährleistet w[ird], die sämtliche instit[ut]ionellen [demokratischen Erscheinungs]formen des einzelnen Volkes miteinbezie[hen]“<sup>4193</sup>. In einem multiarchischen Netz

<sup>4188</sup> Vgl. zum notwendigen „Kompromiss“ zwischen föderativer und demokratischer Gleichheit: C. Möllers, *Demokratie – Zumutungen und Versprechen*, Berlin 2008, S. 84 f.; vgl. auch F. Cheneval, *Demokratietheorien zur Einführung*, Hamburg 2015, S. 131, welcher sogar drei Elemente aufzählt, welche ins „Gleichgewicht“ zu bringen sind: „Bürgerrepräsentation auf Mitgliedsstaatsebene, Bürgerrepräsentation auf der übergeordneten [Ebene] und Repräsentation der Staatsvölker“.

<sup>4189</sup> C. Möllers, *Die drei Gewalten. Legitimation der Gewaltengliederung in Verfassungsstaat, Europäischer Integration und Internationalisierung*, Weilerswist 2008, S. 140 f. – s. bereits oben in Fn. 695 (in Teil § 2, C. II. 1. c)), dort auch weitere Nachw.

<sup>4190</sup> Privatrechtsdogmatisch-kautelarjuristisch ist hier wohl ein vorgelagerter BGB-Gesellschaftsvertrag (vgl. § 705 BGB) als Vorgründungsgesellschaft oder aber ein Stiftungsgeschäft (vgl. § 81 BGB) mehrerer als sog. „Gesamtakt“ (mit „mehreren parallelen nicht empfangsbedürftigen Willenserklärungen“) denkbar: B. Weitemeyer, in: *Münchener Kommentar zum BGB*, Bd. 1, 9. Aufl., München 2021, § 81, Rn. 7, 12, m. w. N.

<sup>4191</sup> Pointiert zum (rechtspolitischen und kautelarjuristischen) Grundkonflikt des privatrechtlichen Stiftungsrechts zwischen den Polen einer „mitgliederhaften und daher einer autonomen Willensbildung fähigen Korporatio[n] und der mitgliederlosen, lediglich den historischen Stifterwillen vollziehenden Stiftung“: U. Burgard, npoR 2019, 106 – freilich ohne die besondere Schwierigkeit der Stiftermehrheit. Einschlägige Stichworte sind Änderungsrechte der Stifter, die Bewahrung des Stiftungszwecks, die „Perpetuierung des Stifterwillens“, vgl. U. Burgard, npoR 2019, 106 (107).

<sup>4192</sup> K. Muscheler, *Stiftungsrecht. Gesammelte Beiträge II*, Baden-Baden 2019, S. 385.

<sup>4193</sup> F. Cheneval, *Demokratietheorien zur Einführung*, Hamburg 2015, S. 136 – im Original: „Die Verbindung der Völker soll über Prozesse gewährleistet werden, die sämtliche institutionellen Repräsentationsformen des einzelnen Volkes miteinbezieht“. Cheneval zählt

(s.o. § 2, C. II. 1. a) dd) (2)) sind durch verstetigte Verfahren, letztlich also durch Ingerenzen (s.o. § 4, A. II.), alle demokratischen Erscheinungsformen (multiple Repräsentationsorgane und direkt-demokratische Verfahren) auf den verschiedenen Ebenen und in den verschiedenen Zentren auf diesen Ebenen aufeinander zu beziehen. Hier kann dann also die Grenze zwischen demoikratischen Kollektiven (etwa föderierte Einheiten wie Einzelstaaten und Länder) und para-demokratischen Kollektiven (etwa Lektüregruppen, Redaktionen, Gewerkschaften etc.) gezogen werden: Demoikratische Kollektive sind – über Verbandsingerenzen – in verstetigter Weise institutionell auf andere demoikratische Kollektive bezogen; bei para-demokratischen Kollektiven fehlt es an der Verstetigung (Institutionalisierung) dieses Einbezugs – para-demokratische Kollektive sind nicht Inhaber von Ingerenzen, sondern von kumulierten (Individual-)Grundrechtspositionen.

*b) Demo(i)kratischer Föderalismus: gesteigerte Zumutungen  
und verbesserte „Demokratie,bewältigung“*

‚Demokratie‘ und ‚Föderalismus‘ lassen sich also legitimationstheoretisch – unter Zugrundelegung einer individualistisch theoretisierten ‚Demo(i)kratie‘ – als miteinander vereinbar erfassen. Es stellt sich die Folgefrage, welche Auswirkungen diese föderal-demo(i)kratische Gemengelage auf die oben beschriebenen allgemeinen Zumutungen von ‚Demokratie‘ und auf die Aufgabe der „Demokratie,bewältigung“ (s.o. 1. d)) hat:

aa) (Noch) mehr Ideenpolitik

Eine der demokratischen Grund-‚Zumutungen‘, die intensive und unabschließbare ideenpolitische Umkämpftheit der politischen Idee ‚Demokratie‘ (s.o. 1. c) bb)), wird im demo(i)kratischen Föderalismus noch verschärft: Die Vervielfachung der Orte demokratischer Regierung ermöglicht die tatsächliche Erprobung einer Vielfalt von ‚Demokratie‘-Entwürfen, wobei freilich – durch bundesverfassungsrechtliche Homogenitätsgebote – dieser Vielfalt gewisse normative Grenzen gezogen werden (dazu oben § 6, A. VI. die Diskussion ‚staats‘-organisationsbezogener Verfassungsautonomie von föderierten Einheiten) und sich auch tatsächlich die Vielfalt insoweit (jedenfalls in den USA und Deutschland) in Grenzen hält (dazu oben § 6, A. VI. 1. b)). In den Worten von Steffen Augsberg „entstehen so“ aber eben immerhin doch „nicht nur Vergleichsmöglichkeiten, sondern zumindest potentiell auch hierauf basierende Reformverlangen“<sup>4194</sup>.

Tendenziell begegnet föderale Demo(i)kratie auf diesem Weg auch einer der Zumutungen von *embedded democracy*: Durch die Akzeptanz und Beförderung von

---

sodann neben Parlamenten und Gubernativen auch „Volksabstimmungen“ und Gerichte als solche „Repräsentationsformen“ auf.

<sup>4194</sup> S. Augsberg, ZG 2012, 251 (252).

Vergleichen und Reformen wird die starre ideenpolitische Verengung, welche mit dem Typus ‚*embedded democracy*‘ und seiner Konzentration auf die Wahldemokratie verbunden ist (s.o. I. c) aa)), ein Stück weit aufgebrochen. In den föderierten Einheiten in den USA und in Deutschland jedenfalls sind direkt-demokratische Verfahren stärker etabliert als auf der jeweiligen Bundesebene.<sup>4195</sup>

#### bb) (Noch) weniger Totalisierung

Neben dieser Pluralisierung ideenpolitischer Entwürfe verdeutlicht das Konzept der ‚föderalen Demo(i)kratie‘ mit seiner Verankerung in einer *individualistischen* Legitimationstheorie aber zugleich auch, dass freiheitliche ‚Demokratie‘ auf die gleiche politische Freiheit von Individuen bezogen ist. Demo(i)kratischer Föderalismus hebt den normativ-individualistischen Begriff des ‚Volks‘ und damit den anti-totalitaristischen Grundcharakter der Demokratie hervor. Dadurch stellt er „viele gängige Vorstellungen von demokratischer Homogenität und Identität“<sup>4196</sup> ‚tatkraftig‘ in Frage. Die politischen Ideen ‚Demokratie‘ und ‚Nation‘ werden strukturell entkoppelt, wobei freilich im Föderalismus unter Umständen auch die Vorstellung von ‚Subnationen‘ genährt wird (s.o. I. 2.).

#### cc) (Noch) mehr „Einbettung“, (noch) mehr institutionelle Kompromisse

Oben wurde davon gesprochen, dass eine spezifische Zumutung von *embedded democracy* gerade in der „Einbettung“ des ‚demokratischen Kerns‘ in die „Regime“ der Gewaltenteilung, Grundrechtssicherungen etc. liege (s.o. I. c) aa)). Diese Zumutung wird im Föderalismus sogar noch deutlich intensiviert, gibt es hier durch die Multiplizierung von Gewaltenteilung und Gewaltenverschränkung schließlich im Ergebnis noch mehr *checks and balances*, was freilich nicht vor der Folie einer kruden Herrschaftsbeschränkung, sondern auch als freiheitsermöglichende Herrschaftsformung zu begreifen ist (dazu oben II. 2.).

Beim konkreten Design der Institutionen (der Verfassungsorgane und ihrer Kreation und ihrer Zuständigkeiten) in demo(i)kratischen Föderationen muss überdies zwangsläufig der unhintergehbaren Schwierigkeit begegnet werden, dass inkongruente Gleichheitsmaßstäbe ins „Gleichgewicht“ zu bringen sind: nämlich Gleichheit mit Blick auf „Bürgerrepräsentation auf Mitgliedsstaatsebene, Bürger-

<sup>4195</sup> Vgl. für die USA m. w. N. E. Garrett, Geo. Wash. L. Rev. 73 (2005), 1096 (1097), mit der Charakterisierung des demokratischen Systems der USA als „Hybrid Democracy“ – aber eben nur weil auf Ebene der Einzelstaaten und auf der lokalen Ebene, nicht aber etwa auf Bundesebene direkt-demokratische Verfahren zur Grundstruktur der Wahldemokratie(n) hinzutreten. Vgl. auch allgemein (komparatistisch) zur größeren Verfügbarkeit direktdemokratischer Instrumente auf der ‚unteren‘ föderalen Ebene F. Palermo/K. Kössler, Comparative Federalism. Constitutional Arrangements and Case Law, Portland, Ore., U.S.A., 2017, S. 137.

<sup>4196</sup> C. Möllers, Demokratie – Zumutungen und Versprechen, Berlin 2008, S. 83: „viele gängige Vorstellungen von demokratischer Homogenität und Identität nicht bestätigt“.

repräsentation auf der übergeordneten [Ebene] und Repräsentation der Staatsvölker“<sup>4197</sup>. Dies muss zwangsläufig ein „Kompromiss“<sup>4198</sup> und damit wiederum eine Zumutung sein. Die daraus folgenden institutionellen Kompromisse können aus ‚demokratie‘-theoretischer Sicht mehr oder weniger ‚gut‘ ausfallen.<sup>4199</sup>

dd) (Noch) intensivere Partizipation  
und demokratische Gestaltungsmöglichkeiten

Dass ‚Föderalismus‘ im ganz alltäglichen operativen Geschäft durch die Verbreiterung von Partizipationsmöglichkeiten und die Verringerung von Distanzen in Repräsentationsstrukturen Potential zur „Demokratieverstärkung“ hat, kann als Allgemeinplatz gelten.<sup>4200</sup> Hier bestehen Übergänge zur oben diskutierten Ermöglichung positiver Freiheit(en) im Föderalismusverfassungsrecht (s. o. II. 2. b) bb)). Ob dieses Potential in konkreten föderalen Arrangements aber tatsächlich ausgeschöpft wird, ist damit noch nicht gesagt; Matthew D. Adler und Seth F. Kreimer sprechen daher im Hinblick auf die häufig unreflektiert-gebetsmühlenartige Rede von der Stärkung der „politischen Gemeinschaft“ durch Föderalismus kritisch von einem „Schibboleth“<sup>4201</sup>.

Jedenfalls wird mit der Durchsetzung von (irgendwelchen) Verbandszuständigkeiten von Bundesebene oder föderierten Einheiten allein nicht schon ein gehaltvoller Beitrag zur Demokratieverstärkung geleistet. Michael C. Dorf und Charles F. Sabel haben die von ihnen gemeinsam mit Joshua Cohen vorgeschlagene, oben bereits knapp skizzierte Experimentier- und Reformperspektive einer „direkt-deliberativen Polyarchie“ (s. o. 1. d)) – neben deren Auswirkungen auf die Dogmatiken der Gewaltenteilung und der Grundrechte – auch spezifisch auf ihre *föderalismus*verfassungsrechtlichen Implikationen hin untersucht: In einer „Perspektivumkehrung“<sup>4202</sup> leiten sie die Aufmerksamkeit weg von „der (unmöglichen) Suche nach unbeweglichen Grenzsteinen“ zwischen den Zuständigkeiten der Bundesebene einerseits und den Zuständigkeiten der Einzelstaaten andererseits, welche in der Rechtsprechung irrtümlicherweise fokussiert werde.<sup>4203</sup> Stattdessen fordern Dorf

<sup>4197</sup> F. Cheneval, *Demokratiethorien zur Einführung*, Hamburg 2015, S. 131.

<sup>4198</sup> C. Möllers, *Demokratie – Zumutungen und Versprechen*, Berlin 2008, S. 84 f.

<sup>4199</sup> Vgl. C. Möllers, *Demokratie – Zumutungen und Versprechen*, Berlin 2008, S. 85, welcher den grundgesetzlichen Bundesrat insoweit als ‚schlechten‘ Kompromiss bewertet, da dessen Funktionslogik und Legitimationslogik zu weit auseinanderfallen würden.

<sup>4200</sup> Vgl. nur M. Kloepper, *Verfassungsrecht*, Bd. I, München 2011, § 9, Rn. 57.

<sup>4201</sup> M. D. Adler/S. F. Kreimer, *Supreme Court Review* 1998, 71 (81).

<sup>4202</sup> M. C. Dorf/C. F. Sabel, *Colum. L. Rev.* 98 (1998), 267 (420).

<sup>4203</sup> M. C. Dorf/C. F. Sabel, *Colum. L. Rev.* 98 (1998), 267 (420). Als Beispiel dient Dorf und Sabel die – auch oben besprochene – Entscheidung *New York v. United States* zur *anti-commandeering*-Dogmatik: Sie kritisieren die Versteifung des Gerichts auf die Entwürdigungs-Rhetorik, vgl. a. a. O. (423): „*the Court in this case was [in one sense] too solicitous of state sovereignty [...] because it focused on formal indicia of state autonomy and apparent*



und Sabel dazu auf, „allgemeine Standards für die Bestimmung der gerechten und effektiven Teilung von Souveränität im Hinblick auf bestimmte öffentliche Probleme“ zu finden.<sup>4204</sup> Konkreter plädieren sie dann für eine bestimmte Form eines föderalen Verschränkungsmodells (welches in dieser Form systematisch weder in den USA noch in Deutschland, am ehesten wohl in der Europäischen Union vorliegt<sup>4205</sup>), in welchem dem Bundesparlament die Zuständigkeit dafür zukommen soll, grobe Zielvorgaben und Maßstäbe (*benchmarks*) für Sachpolitiken zu bestimmen, während die selbstständig demokratisch legitimierten Organe der Einzelstaaten mit deren Konkretisierung befasst werden sollen.<sup>4206</sup>

#### ee) (Noch) mehr demokratische Verfahren und Produkte

Föderierte Einheiten können in demo(i)kratischen Föderationen also zumindest *potenziell* als demokratische Laboratorien, Praxis- und Erfahrungsräume sowie zusätzliche ‚Legitimationssponder‘ dienen. Hieraus erwachsen dann aber – so Steffen Augsberg – komplexe „Abgrenzungs- und Differenzierungserfordernisse“, welche verfassungsrechtlich zwar partiell und mittelbar über die Abgrenzung von Verbandszuständigkeiten, u. a. von Rechtsetzungskompetenzen, adressiert werden, aber „notwendig [durch] eine gewisse Unschärfe und Pauschalierung“ gekennzeichnet sind<sup>4207</sup>; letztlich fehlen „spezifische Abgrenzungs- und Kollisionsregeln“ „für die plurale Demokratiekonzeption“<sup>4208</sup> – also vor allem für die parallelen *Verfahren* (nicht so sehr für die Produkte) in föderalen Demo(i)kratien. Augsberg lässt es insoweit mit einem Negativbefund (insoweit also mit einer – erheblichen – weiteren Zumutung) bewenden, wenn er schreibt, dass „es [schlicht] fehlt, im Bundesstaat

---

*insults to the sovereign dignity of the states*“. Dieser Fokus auf „dignitary interests“ sei historistisch geprägt, vgl. a. a. O. (427).

<sup>4204</sup> M. C. Dorf/C. F. Sabel, Colum. L. Rev. 98 (1998), 267 (420); Dorf und Sabel sprechen – etwas missverständlich – auch von „materiellen Grenzen“ („*substantive limitations*“) von *state sovereignty*, s. a. a. O. (423): „it is these substantive limitations, if any, that mark the boundaries of permissible government interference with state sovereignty.“

<sup>4205</sup> Beachte (aber) die Anm. sogleich in Fn. 4206.

<sup>4206</sup> Vgl. M. C. Dorf/C. F. Sabel, Colum. L. Rev. 98 (1998), 267 (428 ff., insbesondere 431). Das vorgeschlagene Schema erinnert an die Rechtsatzformen der Richtlinie der Europäischen Union (Art. 288 AEUV), der früheren grundgesetzlichen Rahmengesetzgebung (Art. 75 GG a. F.), sicherlich auch an bestimmte einfachgesetzlich eingerichtete Formen des *cooperative federalisms* in den USA (dazu oben § 2, C. III. 3. b) cc) u. § 4, B. I. 3. c) aa)), schwächer auch an die grundgesetzliche Abweichungsgesetzgebung (Art. 72 Abs. 3 GG), ferner auch an das Verhältnis zwischen Parlamentsgesetzgeber und parlamentsgesetzlich ermächtigtem delegiertem Rechtsetzer, etwa nach dem grundgesetzlichem Bild der Rechtsverordnung (Art. 80 GG). Dorf und Sabel sprechen denn auch von „*new delegation doctrine*“ und nehmen damit einen Terminus aus dem Bereich der horizontalen Gewaltenteilung und Rechtsetzungsdelegation („*non-delegation doctrine*“) auf.

<sup>4207</sup> S. Augsberg, ZG 2012, 251 (252, 261).

<sup>4208</sup> S. Augsberg, ZG 2012, 251 (252, 261 f.).

trennscharfe Abgrenzungen in politischen Entscheidungen mit weitreichenden Auswirkungen zu erwarten“.<sup>4209</sup>

Aber nicht nur hinsichtlich der pluralen Verfahren, auch hinsichtlich der ‚Produkte‘ einer föderalen Demo(i)kratie, also insbesondere Gesetze, können weitere Zumutungen entstehen. Dies hängt im Einzelnen von der Art des Verbandszuständigkeitsverteilungsschemas ab: In föderalen Trennungssystemen mit parallelen Gesetzgebungszuständigkeiten wie – dem Grundsatz nach – in den USA (s.o. § 4, B. I. 2. b) bb)) kann es insoweit zu widersprüchlichen Normbefehlen von unterschiedlichen, jeweils demokratisch legitimierten Gesetzgebern und damit nicht nur zu Zumutungen, sondern regelrechten „Wagnissen“<sup>4210</sup> kommen. Wie die ausführliche Diskussion von verbandskompetenziellen Rechtsregime-Konflikten (etwa zwischen Abgabengesetzgebung und Sachgesetzgebung oder zwischen Privatrechtsgesetzgebung und Gesetzgebung öffentlich-rechtlicher Normen) gezeigt hat, können Normbefehlswidersprüche aber auch in föderalen Ordnungen mit dem Ideal der Kompetenzalternativität entstehen (s.o. § 5, A. IV. 3.).

ff) (Noch) mehr politische Eigenverantwortung;  
‚demo(i)kratische Bundestreue‘

Oben wurde davon gesprochen, dass Demokratie schließlich dadurch inhärente Zumutungen mit sich bringt, dass sie eine höchst anspruchsvolle Form politischer Freiheit und Eigenverantwortung, insbesondere die Fähigkeit des Individuums, verantwortungsvoll widersprechen zu können, voraussetzt (s.o. I. c) bb)). Dieser ohnehin voraussetzungsvolle „Mikroaspekt der Demokratietheorie“ (Offe) und -praxis wird in föderalen Demo(i)kratien zusätzlichen Komplikationen unterzogen.

Dieser Befund soll anhand der Vorstellung der ‚föderalen Treue‘ veranschaulicht werden; dieser Topos wurde oben bei der Diskussion des Modells des ‚Bundes‘ konturiert: Demnach folgen aus dem Modell des Bundes wechselseitige Pflichten zur (passiven) Rücksichtnahme und u. U. zur (aktiven) Kooperation zwischen den föderalen Trägern (s.o. § 2, C. III. 1. b)). Vor der Folie des individualistischen ‚Demokratie‘-Verständnisses der Demo(i)kratie (s.o. a) bb) u. cc)) wird sichtbar: Es kann in gewisser Hinsicht nur *demo(i)kratische Bundestreue* von Individuen, von ‚echten Menschen‘, geben. Komparatistisch hat sich Mark Tushnet mit dieser Frage beschäftigt: „*How does Bundestreue, running in both directions, arise? Neither states nor the nation are entities that can actually have faith or loyalty. Those are characteristics of individuals. [...] Each citizen can be equally loyal to both a single state and to the nation as a whole. Federalism cannot succeed if either loyalty is*

<sup>4209</sup> S. Augsberg, ZG 2012, 251 (262).

<sup>4210</sup> So zum Beispiel im ‚*medical marijuana federalism*‘ (dazu oben § 5, C. II. 3.); vgl. J. H. Adler, Case W. Res. L. Rev. 65 (2015), 505 (506): *medical marijuana federalism* als „*potential legal jeopardy*“.

*undermined.*<sup>4211</sup> Diese Vorstellung ‚demo(i)kratischer Bundestreue‘ soll hier als verfassungs- und legitimationstheoretisches Prinzip verstanden werden, nicht etwa als Behauptung einer positiv-rechtlich konturierten Drittwirkung föderaler Treue.<sup>4212</sup> Das Prinzip der ‚demo(i)kratischen Bundestreue‘ ist ein Prinzip der *Anti*-Totalisierung; es fordert vom Individuum „politische Loyalität über den Staat hinaus“<sup>4213</sup> – über den einzelnen Staat wie überhaupt über ‚den Staat‘ hinaus. Man kann hier auf Hugo Preuß’ organologisch-genossenschaftstheoretische ‚Föderalismus‘-Konzeption zurückkommen, welche von vorneherein für demo(i)kratische Rechtsstaatlichkeit geöffnet ist (s. bereits knapp oben § 2, C. I. 1. d)): Preuß bestimmt das Individuum als Zielpunkt dieser Ordnung, da „schliesslich bei dem einzelnen Bürger seine Eigenschaften als Gemeinde-, Kreis-, Provinzial-, Staats- und Reichs-Angehöriger ein organisches Ganze[s] bilden“<sup>4214</sup>.

Erkennbar stellt diese für das demo(i)kratisch erfasste Individuum eine verschärfte Zumutung dar: Die Bürgerinnen und Bürger finden sich in föderalen Demo(i)kratien in einer Position wieder, in welcher sie Legitimationssubjekt und Adressat einer Mehrzahl von Hoheitsträgern und Rechtsordnungen sind. Sie müssen mit einer Mehrzahl demokratischer ‚Identitäten‘ umgehen,<sup>4215</sup> sie haben Rechte und Pflichten gegenüber der jeweiligen föderierten Einheit als Hoheitsträger wie auch gegenüber der Bundesebene als Hoheitsträger.<sup>4216</sup> In beiden politischen Einheiten

<sup>4211</sup> M. Tushnet, Ariz. L. Rev. 38 (1996), S. 873 (881).

<sup>4212</sup> Die Ausführungen zur legitimationstheoretisch komplexen Rolle von Individuen im demo(i)kratischen Föderalismus sollen nicht als Stellungnahme zu der Frage verstanden werden, ob Individuen *unmittelbar* Berechtigte oder Verpflichtete föderalismusverfassungsrechtlicher Treuepflichten sein können; eine solche *rechtliche* Drittwirkung föderaler Treue wird beispielsweise von der ganz h.M. für die grundgesetzliche Dogmatik der Bundestreue abgelehnt – hierzu bereits die Nachw. oben in Fn. 4078 (im Zusammenhang mit der Diskussion von individualschützenden Reflexen von Verbandsgrundrechtspositionen im freiheitlichen Föderalismus). Von vorneherein systemwidrig wären solche rechtlichen Drittwirkungen – in Deutschland – mit Blick auf demokratische Positionen im Mehrebenensystem andererseits nicht: Letztlich ließe sich hier zumindest andeuten (was hier aber keinesfalls vertreten werden soll), dass die – umstrittene – Rechtsbehelfskonstruktion der sog. Integrationsverfassungsbeschwerde, die vom Zweiten Senat des Bundesverfassungsgerichts im Kontext des EU-Verfassungsrechts entwickelt wurde (BVerfGE 89, 155 [171 ff.] – Maastricht; E 123, 267 [328 ff.] – Lissabon), im Bund-Land-Verhältnis ‚analoge‘ Anwendung finden könnte, wenn Bürgerinnen und Bürger eine Aushöhlung der demokratischen Gestaltungsmöglichkeiten auf einer der föderalen Ebenen (etwa durch Bundesverfassungsänderungen) behaupten würden.

<sup>4213</sup> K. Nicolaidis, Critical Review of International Social and Political Philosophy 7 (2004), 76 (83), zur EU-„Demoikratie“: „a third way [that] comes under the broad aegis of post-national thinking – implying political loyalty beyond the state“.

<sup>4214</sup> H. Preuß, Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften. Versuch einer deutschen Staatskonstruktion auf Grundlage der Genossenschaftstheorie, Berlin 1889, S. 385 f.

<sup>4215</sup> Vgl. C. Möllers, Demokratie – Zumutungen und Versprechen, Berlin 2008, S. 83.

<sup>4216</sup> Vgl. J. A. Gardner, Interpreting State Constitutions. A Jurisprudence of Function in a Federal System, Chicago, Ill., U.S.A., 2005, S. 122: „membership in the state polity carries with it obligations to the national polity, and vice versa“.

(förderierte Einheit und Bundesebene) wirken sie – parallel *und* verschränkt – an der politischen Willensbildung mit. James A. Gardner hat – im Anschluss an eine Äußerung von James Madison in *Federalist No. 46*<sup>4217</sup> – hervorgehoben, dass dies voraussetzt, dass die Bürgerinnen und Bürger sowohl der förderierten Einheit als Hoheitsträger wie auch der Bundesebene als Hoheitsträger *jeweils* ein gewisses demokratisches „Vertrauen“ („*confidence*“) entgegenbringen.<sup>4218</sup> Diese demokratische Vertrauensbeziehung betrachtet Gardner – insoweit durchaus affirmativ – als „Verfassungsromantik“ („*constitutional Romanticism*“).<sup>4219</sup> Auch das von Heinrich v. Treitschke beschriebene „eidgenössische Rechtsgefühl“ in föderalen Republiken (den Niederlanden, der Schweiz und der USA) weist teilweise (jedenfalls in der Lesart Otto Meyers)<sup>4220</sup> in diese Richtung. Jenna Bednar spricht von „Treue“ („*allegiance*“) der Individuen gegenüber den Hoheitsträgern auf beiden föderalen Ebenen; diese multiple Treue basiert auf einer multiplen „Identifikation“ mit den verschiedenen Hoheitsträgern.<sup>4221</sup> Jacob T. Levy hat einen „geteilten Patriotismus“ mit einer „*separation of loyalties*“ auf Hamiltons und Madisons *Federalists No. 25, 45, 46* zurückgeführt.<sup>4222</sup> Demo(i)kratischer Föderalismus setzt auf ein „Nebeneinander oder [...] Widerspiel von Meinungen und Loyalitäten“ – dies mag in gewisser Weise ‚unmodern‘ erscheinen, da es für „[d]as auf Grund von Erfahrungen mit to-

<sup>4217</sup> Vgl. J. Madison, in: A. Hamilton/ders./J. Jay, *The Federalist*, Cambridge, Mass., U.S.A., u. a. 2009 [1788], S. 307 (309): „*the people ought not surely to be precluded from giving most of their confidence where they may discover it to be most due*“; hierzu J. A. Gardner, *Interpreting State Constitutions. A Jurisprudence of Function in a Federal System*, Chicago, Ill., U.S.A., 2005, S. 128 f.

<sup>4218</sup> Vgl. J. A. Gardner, *Interpreting State Constitutions. A Jurisprudence of Function in a Federal System*, Chicago, Ill., U.S.A., 2005, S. 129; auch R. Smend, in: ders., *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, 3. Aufl., Berlin 1994 [1928], S. 119 (271), rekurriert auf Madisons *Federalist No. 46*.

<sup>4219</sup> J. A. Gardner, *Interpreting State Constitutions. A Jurisprudence of Function in a Federal System*, Chicago, Ill., U.S.A., 2005, S. 129.

<sup>4220</sup> H. v. Treitschke, in: *Historische und politische Aufsätze vornehmlich zur neuesten deutschen Geschichte*, Leipzig 1865, S. 444 (519, 528) – dort freilich vor allem auf die friedliche bündische ‚Außen-‘ oder auch Nachbarschaftspolitik föderaler Republiken bezogen; aufgenommen und noch stärker auf das politische Leben innerhalb solcher Föderationen überhaupt bezogen bei O. Mayer, *AöR* 18 (1903), 337 (356); vgl. dazu (teilweise kritisch) R. Smend, *Festgabe für Otto Mayer*, Tübingen 1916, S. 247 (267).

<sup>4221</sup> J. Bednar, *The Robust Federation*, Cambridge, Mass., U.S.A., 2009, S. 111 f.; auch J. A. Gardner, *Interpreting State Constitutions. A Jurisprudence of Function in a Federal System*, Chicago, Ill., U.S.A., 2005, S. 129, von „*allegiance to a state*“. Diese von Bednar (sowie Madison und Gardner) beschriebene Form der „Treue“ im Sinne einer Identifikations- und Vertrauensbeziehung zwischen Individuen und Hoheitsträgern ist zu unterscheiden von (hat aber zu tun mit) der beim allgemeinen Modell des Bundes beschriebenen ‚Treue‘ zwischen den föderalen Trägern, die im Fall des demokratischen Föderalismus als ein wechselseitiges Respektieren der jeweiligen demokratischen Verfasstheit daherkommt (s. 3. a) aa)). Vgl. auch J. T. Levy, *The American Political Science Review* 101, 459 (464 ff.) – mit Hinweisen auf *Federalist No. 25, 45, 46*.

<sup>4222</sup> J. T. Levy, *The American Political Science Review* 101, 459 (464 ff.): „*divided patriotism and separation of loyalties*“.

talitären Staaten an politische Polarisierung und strikte Parteilichkeit gewohnte moderne Denken“ heute ungewohnt ist.<sup>4223</sup>

Bednar hebt weiterhin hervor, dass im demokratischen Föderalismus die „Treue“ der Individuen zu einem einzelnen Hoheitsträger (und die Identifikation der Individuen mit diesem Hoheitsträger) „aufgebrochen“ werde („*breaking citizens free from allegiance to a single government*“), da eben zu keinem der föderalen Träger ein ausschließliches Treue- und Identifikationsverhältnis bestehe.<sup>4224</sup> Funktionierender demokratischer Föderalismus setzt Bednar zu Folge voraus, dass das demokratische Vertrauen der Individuen nicht (völlig) asymmetrisch auf die föderalen Ebenen verteilt ist, da sonst eine der föderalen Ebenen Übergewicht erlange.<sup>4225</sup> Von den föderalen Trägern verlangt dies, dass diese sich gegenseitig ihre (teil-)demokratischen Wirkräume lassen, aber zugleich intensiven demokratischen Wettbewerb üben<sup>4226</sup>. Kommt es zwischen den föderalen Trägern zu politischen Auseinandersetzungen und ergreifen die Bürgerinnen und Bürger hierbei für einen Träger Partei<sup>4227</sup>, so verlange das von den Bürgerinnen und Bürgern eine Form von demokratischer „Selbstkritik“, da sie sich insoweit von einer politischen Einheit abwenden müssen, mit welcher sie sich zumindest teilweise identifizieren.<sup>4228</sup> Demo(i)kratischer Föderalismus leitet den politischen Kampf zwischen den föderalen Trägern insoweit *in* das – herkömmlich ja als *unteilbar* vorgestellte – politische Individuum als Legitimationssubjekt *hinein*; dieses muss eine Spannungslage konkurrierender demokratischer ‚Identitäten‘ in sich ertragen. Wenn nach Christoph Möllers eine (letzte) „Zumutung“ der Demokratie darin bestehe, dass sie uns kränkend vor Augen führe, „dass wir weder allein auf der Welt noch wichtiger als die anderen sind“<sup>4229</sup> (s. bereits oben I. c) bb)), dann lässt sich sagen, dass uns im demoikratischen Föderalismus vor Augen geführt wird, dass wir als politisch eingebundene Individuen *noch nicht einmal* ‚in uns selbst‘, ‚allein auf der Welt‘ sind, da wir stets auch mindestens eine andere politische ‚Identität‘ und vor allem andere politische Hoffnungen, andere politische Vertrauensbeziehungen haben.

<sup>4223</sup> Zu – nach den Totalisierungserfahrungen des 20. Jahrhunderts heute nicht mehr leicht vorstellbaren – multiplen politischen Loyalitäten der (intellektuellen) Bevölkerung Mitteldeutschlands (und ihrer Gäste) Ende der 1810er Jahre während der Besetzung von Teilen Mitteleuropas durch Napoleon: G. Schulz, Kleist. Eine Biographie, München 2007, S. 409.

<sup>4224</sup> Vgl. J. Bednar, *The Robust Federation*, Cambridge, Mass., U.S.A., 2009, S. 111 f.

<sup>4225</sup> Vgl. J. Bednar, *The Robust Federation*, Cambridge, Mass., U.S.A., 2009, S. 112. Dies ist heute und seit einiger Zeit sicherlich eine der Gefährdungen des deutschen ‚Bildungs-föderalismus‘.

<sup>4226</sup> Vgl. T. E. Pettys, Vand. L. Rev. 56 (2003), 329 (332 f., 338): „*the battle for the People’s affection*“ unter Verweis auf *Federalist No. 17*; vgl. auch T. Kleinlein, I-CON 15 (2017), 1157 (1161).

<sup>4227</sup> Dies im Sinne des *Federalist No. 46*: J. Madison, in: A. Hamilton/ders./J. Jay, *The Federalist*, Cambridge, Mass., U.S.A., u. a. 2009 [1788], S. 307 (309).

<sup>4228</sup> Vgl. J. Bednar, *The Robust Federation*, Cambridge, Mass., U.S.A., 2009, S. 111 f.

<sup>4229</sup> Vgl. C. Möllers, *Demokratie – Zumutungen und Versprechen*, Berlin 2008, S. 117.

*c), ‚Demo(i)kratie‘ – Schutzgut und Wirkungsdimension  
des Föderalismusverfassungsrechts*

Setzt man föderale Demo(i)kratie<sup>4230</sup> in das Verhältnis zur föderalismusverfassungsrechtlichen Struktur-Wirkungs-Matrix aus Strukturelementen und Wirkungsdimensionen, welche die vorliegende Gesamtuntersuchung strukturiert (ausführlich oben § 3, C.), so wird ihr zwittriger Charakter als Schutzgut *und* als Instrument des Föderalismusverfassungsrechts deutlich: Als föderalismusverfassungsrechtliches Schutzgut informiert Demo(i)kratie konkrete Inhalte von Verbandsgrundrechtspositionen der föderalen Träger, als föderalismusverfassungsrechtliches Instrument bildet Demo(i)kratie die Wirkungsdimension ‚(para-)demokratische Öffentlichkeit‘ (*popular federalism*) aus.

Als Teil der föderalismusverfassungsrechtlichen Wirkungsdimension ‚(para-)demokratische Öffentlichkeit‘, also als Element von *popular federalism*, wurde Demo(i)kratie bereits oben in § 8, B. II. detailliert untersucht. Insoweit soll knapp verweisend rekapituliert werden: Der Schwerpunkt der instrumentellen Wirkung von (Para-)Demo(i)kratie liegt im Bereich der Verwirklichung von Verbandskompetenzausübungsregeln (s. Zelle B-III-1 in Abb. 13 unten). Dies ist etwa dann der Fall, wenn ‚engagierte‘ Individuen als para-demokratische Potenzen (s. o. § 8, B. II. 2. c)) föderalismusverfassungsrechtliche Kompetenzausübungsschranken wie ‚*state police powers*‘ vor Gericht gegen den Bundesgesetzgeber mobilisieren (dazu oben § 5, A. I. 2. u. § 8, C. I. 1. c)) oder wenn Gerichte die Sanktionierung von Kompetenzausübungsregeln (v. a. in Gestalt von sachpolitischen Gestaltungsreservaten und Kompetenzzueffektivierungsregeln) im Sinne von *judicial (self-)restraint* in Rücksicht auf (direkt-)demokratische Aktivitäten in den föderierten Einheiten ausüben (s. o. § 8, C. I. 2. c) bb)). Hervorhebung verdient insoweit die Tatsache, dass Demo(i)kratie als föderalismusverfassungsrechtliches Instrument gerade *auch* durch zivilgesellschaftliche Intermediäre (s. o. § 8, B. II. 2. b)) oder ‚engagierte‘ Individuen (s. o. § 8, B. II. 2. c)) wirkt, welche nicht zwangsläufig selbst demokratisch legitimiert sein müssen; dies soll vorliegend durch das eingeklammerte Präfix ‚(para-)‘ in der Rede von der ‚(para-)demokratischen Öffentlichkeit‘ zum Ausdruck gebracht werden (s. o. § 8, B. II. 1. b)).

Als föderalismusverfassungsrechtliches Schutzgut stellt Demo(i)kratie hingegen ideenpolitisch-argumentatives Füllmaterial bereit, um das Strukturelement ‚Verbandsgrundrechtspositionen‘ überhaupt erst einmal mit Inhalt zu füllen. Es geht insoweit um die Frage der föderalismusverfassungsrechtlichen Strukturelemente, welcher der Frage der Wirkungsdimensionen heuristisch vorgelagert ist. Der Schwerpunkt von Demo(i)kratie als Schutzgut liegt im Bereich der Verbandsgrundrechtspositionen als Verbands*singeren*zausübungsregeln (s. Spalte III-2 in Abb. 13 unten), also etwa bei Bundesverfassungsänderungsgrenzen oder beim Schutz der ‚Willensfreiheit‘ der föderierten Einheiten. Föderale Träger sind gerade

---

<sup>4230</sup> Oder: demo(i)kratischen Föderalismus.

als Orte der Demo(i)kratie schutzwürdig. Insoweit ist freilich noch einmal zu betonen, dass diese Aussage droht, als ein unreflektiert-gehaltloser Allgemeinplatz (ein „Schibboleth“<sup>4231</sup>) ins Feld geführt zu werden (s. o. 2. b) dd)). Dies wird als Einladung verstanden, das metonymische Versatzstück ‚Demokratie‘ im nachfolgenden Abschnitt in anthropomorphen Argumentationen näher aufzusuchen. Dabei wird die Wirkungsdimension ‚Rechtsprechung‘ (die Konstellation ‚vor Gericht‘) untersucht (s. Zelle C-III-2 in Abb. 13).

| <div>Struktur-<br/>elemente</div> <div>Wirkungs-<br/>dimensionen</div> | I) Verbands-<br>kompetenzen                                                                                     | II) Verbands-<br>ingerenzen | III) Verbandsgrund-<br>rechtspositionen     |                                                 |
|------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------|---------------------------------------------|-------------------------------------------------|
|                                                                        |                                                                                                                 |                             | III-1) als<br>VKAR <sup>4232</sup><br>(§ 5) | III-2) als<br>VIAR <sup>4233</sup><br>(§ 6)     |
| A) nicht-judikative<br>Praxis                                          |                                                                                                                 |                             |                                             | Demo(i)kratie vor<br>allem als <b>Schutzgut</b> |
| B) (para-)demo-<br>kratische Öffent-<br>lichkeit                       | (Para-)Demo(i)kratie vor allem als <b>Instru-<br/>ment</b> zur Verwirklichung von VK und VI<br>(§ 8, B. II. 2.) |                             |                                             |                                                 |
| C) Rechtsprechung                                                      |                                                                                                                 |                             |                                             |                                                 |

Abbildung 13: ‚Demo(i)kratie‘ in der föderalismusverfassungsrechtlichen  
Struktur-Wirkungs-Matrix<sup>4234</sup>

3. Föderale ‚Demokratie‘ in Anthropomorphismen vor Gericht

‚Demo(i)kratie‘ als Schutzgut des Föderalismusverfassungsrechts findet sich auch ‚vor Gericht‘, in anthropomorphen Argumentationsmustern in Rechtsinhalts-  
quelltexten wieder (s. Zelle C-III-2 in Abb. 13 oben): Unterschiedliche Vorstellungen von ‚Demokratie‘ speisen die Argumentationstopoi ‚föderale Würde‘ und ‚föderale Treue‘. Dies soll abschließend anhand von ausgewähltem Material zur Dogmatik der Verbandsgrundrechtspositionen als Ingerenzausübungsregeln (ausführlich § 6) in drei Bereichen illustriert werden. Auf diesen drei Feldern entscheiden (unter anderem auch) Gerichte darüber, wie plurale demo(i)kratische ‚Willens‘- und ‚Identitäts‘-Bildung föderalismusverfassungsrechtlich zu rahmen sein sollte; dies betrifft – *erstens*, relativ statisch – die gegenseitige Anerkennung der Institutionalisierung und Kreation von demokratischen Organen der einzelnen, jeweils für sich

<sup>4231</sup> Vgl. *M. D. Adler/S. F. Kreimer*, Supreme Court Review 1998, 71 (81).

<sup>4232</sup> ‚VKAR‘ steht für die in § 5 detailliert behandelte Kategorie ‚Verbandskompetenzausübungsregel‘.

<sup>4233</sup> ‚VIAR‘ steht für die in § 6 detailliert behandelte Kategorie ‚Verbandsingerenzausübungsregel‘.

<sup>4234</sup> Modifikation von Abb. 3 (in § 3, C. III.) sowie von Abb. 7 (in § 8, B. IV.).



demokratisch organisierten föderalen Träger (v. a. durch Wahlen – s. u. a)), – *zweitens* und dynamischer – das Tätigwerden der so institutionalisierten demokratischen Organe der einzelnen föderalen Träger gerade auch in wechselseitigem Bezug aufeinander (s. u. b)) und – *drittens*, besonders dynamisch – die Interdependenzen beim parallelen oder auch konkurrierenden Tätigwerden der demokratischen Organe der einzelnen föderalen Träger (s. u. c)).

*a) Fundamente toleranter ‚Demoikratie‘, vor allem Wahlrechtsföderalismus*

aa) Gegenseitiges Anerkennen multipler demokratischer ‚Identitäten‘  
in der Demoikratie

In einer demoikratischen Ordnung müssen verschiedene demokratische ‚Identitäten‘ neben- und miteinander Platz finden. Demokratische ‚Identität‘, so wurde oben im Anschluss an Christoph Möllers der vorliegenden Untersuchung zu Grunde gelegt, entsteht in expressiver Weise in gemeinsamen Praktiken der gegenseitigen Anerkennung von Individuen als Freie und Gleiche.<sup>4235</sup> Demokratische Identitäten in der Demoikratie sind vor die zusätzliche Schwierigkeit gestellt, dass hier *mehrere*, unterschiedlich dimensionierte expressive Praktiken gegenseitiger Anerkennung mit *jeweils unterschiedlichen* Bezugsgrößen für gleiche Freiheit nebeneinander stattfinden. Damit dies funktionieren kann, ist zunächst einmal erforderlich, dass die Praktiken des (Selbst-)Anerkennens von Individuen als freie Gleiche in einer Teil-Demokratie auch von den anderen Teil-Demokratien, die zur Demoikratie dazugehören, als solche anerkannt werden. Ein solches potenziertes Anerkennen, ein (Fremd-)Anerkennen eines (Sich-Selbst-)Anerkennens, ist eine notwendige (aber nicht hinreichende) normative Komponente der Demoikratie. Das von außen anzuerkennende innere Sich-Selbst-Anerkennen stellt in der hier zu Grunde gelegten Terminologie eine Verbandsgrundrechtsposition von föderalen Trägern in einer demoikratischen Föderation dar. Als Verbandsgrundrechtsposition ist es potenziell (in Grenzen) justiziabel. Beispiele für justiziable Ausformungen einer Verbandsgrundrechtsposition der föderierten Einheiten, welche in einem schutzwürdigen Sich-Selbst-Anerkennen als Demokratie innerhalb einer Demoikratie liegt, lassen sich vor allem im Wahlrechtsföderalismus der US-Verfassung und des Grundgesetzes finden. Die einschlägige Dogmatik wurde oben – ohne Fokus auf die ‚demokratie‘-theoretischen Hintergründe – vergleichend gegenübergestellt (s. o. § 6, A. VI. zur Dogmatik-Fallgruppe ‚staatsorganisationsbezogene Verfassungsautonomie‘ der föderierten Einheiten): Dabei trat der Befund hervor, dass in beiden Föderationen, deutlich stärker aber unter dem Grundgesetz, Tendenzen zu einem Wahlrechtsunitarismus vorliegen, welche allerdings an Verbandsgrundrechtspositionen der föderierten Einheiten zu messen sind (s. o. § 6, A. VI. 2. b) u. 3. c)). Vor der eben aufgespannten Folie einer Theorie der föderalen ‚Demoikratie‘ gewinnen diese Verbandsgrundrechtspositionen nun an ‚demokratie‘-theoretischem Gehalt:

<sup>4235</sup> Vgl. C. Möllers, Demokratie – Zumutungen und Versprechen, Berlin 2008, S. 28 f.

bb) USA I: Wahlalter – demoikratischer Schlusspunkt  
durch Bundesverfassungsänderung

In *Oregon v. Mitchell* (1970)<sup>4236</sup>, der oben skizzierten Entscheidung des *U.S. Supreme Court* zur Bundesverfassungswidrigkeit eines Bundesgesetzes (*Voting Rights Act Amendments of 1970*), welches das Mindestalter für die aktive Wahlberechtigung auch für Wahlen auf Einzelstaatenebene auf 18 Jahre absenkte (s. o. § 6, A. VI. 2. b)), wird die einschlägige Verbandsgrundrechtsposition der Einzelstaaten allen voran etatistisch fundiert: Das *plurality*<sup>4237</sup>-Votum spricht davon, dass es „essentiell für die eigenständige und unabhängige Existenz der Staaten“ sei, dass sie die Voraussetzungen der aktiven Wahlberechtigung für Wahlen auf einzelstaatlicher und lokaler Ebene selbst bestimmen können.<sup>4238</sup>

Aus der Perspektive einer Theorie der Demoikratie lässt sich diese etatistische Argumentation auch ‚demokratie‘-theoretisch verstärken: So kann argumentiert werden (was das Gericht allerdings nicht expliziert), dass es in einer Demoikratie anzuerkennen ist, wie *sich* die Individuen in einer *Teil*-Demokratie der demoikratischen Föderation (hier konkret: die Bürgerinnen und Bürger im den Staaten Oregon und Texas<sup>4239</sup>) darüber verständigen, den – aus praktischen Gründen ja unvermeidbaren<sup>4240</sup> – Kompromiss zwischen dem Grundsatz der Allgemeinheit der Wahl einerseits und Praktikabilitätserwägungen (Durchführbarkeit der Wahl) andererseits für *ihre* politische Gemeinschaft zu finden. Dieser Kompromiss muss notwendigerweise<sup>4241</sup> in (irgend-)einer Weise getroffen werden (jedenfalls Säuglinge und Kleinkinder *können nicht* selbstständig wählen); es liegt dann nahe, insoweit die betreffende Teil-Demokratie selbst darüber entscheiden zu lassen und diese Entscheidung als Ausdruck ‚föderal-demokratischer Würde‘ anzuerkennen.

Als ein Lehrstück über das Funktionieren einer Demoikratie – und zudem als ein Lehrstück über die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit<sup>4242</sup> – mag man lesen, was

<sup>4236</sup> *Oregon v. Mitchell*, 400 U.S. 112 (1970).

<sup>4237</sup> Hierzu die Anm. oben in Fn. 2047 (in § 6, A. VI. 2. b)).

<sup>4238</sup> *Oregon v. Mitchell*, 400 U.S. 112 (1970), 125: „No function is more essential to the separate and independent existence of the States and their governments than the power to determine, within the limits of the Constitution, the qualifications of their own voters for state, county, and municipal offices and the nature of their own machinery for filling local public offices.“

<sup>4239</sup> In *Oregon v. Mitchell*, 400 U.S. 112 (1970), waren neben Oregon und Texas auch Arizona und Idaho prozessual involviert, vgl. a. a. O., 135.

<sup>4240</sup> Vgl. für den Grundsatz der Allgemeinheit der Wahl unter dem Grundgesetz: BVerfGE 36, 139 (141) – Sesshaftigkeit: „So ist es etwa von jeher aus zwingenden Gründen als mit dem Grundsatz der Allgemeinheit der Wahl verträglich angesehen worden, daß die Ausübung des Wahlrechts an die Erreichung eines Mindestalters geknüpft wird.“

<sup>4241</sup> S. eben in Fn. 4240.

<sup>4242</sup> Das Zusammenspiel von Verfassungsgerichtsbarkeit und formeller Verfassungsänderung (durch die nicht-judikative Praxis) ist – im oben zugrundegelegten Sinn – *ironisch* lesbar: Und so wird im Schrifttum sogar gemutmaßt, ob der Verfasser der *plurality*-Meinung in

sodann in der Folge der gerichtlichen Entscheidung *Oregon v. Mitchell* passierte: Angesichts der bleibenden – auch vor dem historischen Hintergrund des Vietnamkriegs zu verstehenden<sup>4243</sup> – bundespolitischen Bedeutung der Frage beschloss der bundesverfassungsändernde Gesetzgeber im Folgejahr (1971) den XXVI. Zusatzartikel zur US-Verfassung: Darin wird das Mindestwahlalter für *alle* Wahlen in den USA (also auch auf Einzelstaatenebene) auf 18 Jahre gesenkt. Letztlich wurde also in dem – demoikratisch austarierten – Bundesverfassungsänderungsverfahren nach Art. V USC (näher oben § 6, A. VII. 2. sowie sogleich b. aa) über die Frage nach dem Mindestwahlalter auch bei Einzelstaatenwahlen entschieden. Demo(i)kratisch austariert ist diese Entscheidungsfindung deshalb, weil neben den beiden Kammern des Bundesparlaments in der Initiativphase auch (über) drei Viertel der Einzelstaatenlegislativen in der Ratifikationsphase zustimmten (zu den Phasen der Bundesverfassungsänderung gemäß Art. V USC oben § 6, A. VII. 2. a)). Das Erfordernis einer Drei-Viertel-Mehrheitsentscheidung von Einzelstaatenlegislativen in der Ratifikationsphase stellt, obschon es vom Einstimmigkeitsprinzip abweicht, eine intensive Einbindung der Einzelstaaten – noch zusätzlich zu ihrer mittelbaren Beteiligung über den *U.S. Senate* in der Initiativphase – dar. Wenn einzelne Staaten in einem solchen föderal ausdifferenzierten Verfahren überstimmt werden, ist dies in einer Demoikratie grundsätzlich rechtfertigbar; doch bemerkenswerterweise stimmten letztlich auch die Legislativen von Oregon und Texas, also derjenigen Staaten, die in *Oregon v. Mitchell* noch gegen das entsprechende einfache Bundesgesetz geklagt hatten, der populären Bundesverfassungsänderung zu.<sup>4244</sup>

---

*Oregon v. Mitchell*, 400 U.S. 112 (1970), *Justice* Hugo Black, nicht im Wissen um die eigenen Wirkungsgrenzen gehandelt hat und letztlich die Konterkarierung seiner Entscheidung durch eine formelle Verfassungsänderung vielleicht sogar anreizen wollte, vgl. *E. S. Fish*, Yale L. J. 121 (2012), 1168 (1193): „*If Justice Black intended to force a constitutional amendment lowering the voting age, he could not have written a better opinion*“. ‚Ironisch‘ im oben verwendeten Sinn (s.o. § 11, C. I. u. D.) wäre eine solche Haltung und Handlung deshalb, weil sie einpreist, dass die gerichtlich sanktionierte anthropomorphe Verbandsgrundrechtsposition („eigenständige und unabhängige Existenz der Staaten“) im größeren demoikratischen Wirkungsgefüge letztlich *unbeherrschbar* bleiben muss (und der betreffende Staat im demoikratischen Verfahren der Bundesverfassungsänderung doch überstimmt werden kann).

<sup>4243</sup> Im Vietnamkrieg wurden viele Unter-21-Jährige als Soldaten eingesetzt; entsprechend erhielt die Forderung *‘no military service without representation’* bundesweite politische Aktualität; vgl. *E. S. Fish*, Yale L. J. 121 (2012), 1168 (1170, 1185, 129), welcher a.a.O. (1185) schlagwortartig von „*the soldier-franchise connection*“ spricht.

<sup>4244</sup> Vgl. The Constitution of the United States of America. Analysis and Interpretation, Centennial Edition, Interim Edition, 112th Congress, 2nd Session, No. 112–9, Washington, D.C., U.S.A., S. 44. Dies mag auch daran gelegen haben, dass der Erfolg der Verfassungsänderungsinitiative (Erreichen des 3/4-Erfordernisses) im Zeitpunkt der Zustimmung der Legislativen von Oregon und Texas bereits deutlich absehbar war und man daher keine Opposition mehr gegen das insgesamt populäre *Amendment* leisten wollte, vgl. m.w.N. *E. S. Fish*, Yale L. J. 121 (2012), 1168 (1194): „*There was thus no longer a strong incentive for politicians to risk the wrath of the soon-to-be-voting youth by opposing their enfranchisement.*“

## cc) USA II: Wahlrechtsdiskriminierung – judikativ induziertes demookratisches Gesamtversagen

Im Jahr 2013 brachte eine Mehrheit im *U.S. Supreme Court* in *Shelby County v. Holder* zum Ausdruck, dass sie es weiterhin als eine Aufgabe der Judikative betrachtet, bestimmte „Würde“<sup>4245</sup>-Positionen der Einzelstaaten im Wahlrechtsföderalismus zu schützen; zugleich ist diese Entscheidung aus Sicht eines Modells der Demokratie kritikwürdig: Auf eine Klage der Gemeinde Shelby County (Alabama) hin erklärte das Gericht in *Shelby County v. Holder* eine Vorschrift des einfachen Bundesgesetzes *Voting Rights Act* wegen eines Verstoßes gegen die „gleiche Souveränität“ der Einzelstaaten („*equal sovereignty*“) für verfassungswidrig<sup>4246</sup> (näher oben § 6, D. II. 1.): Bei der Ausgestaltung von Vorgaben für das Wahlrecht der Einzelstaaten und ihrer Kommunen habe der Bundesgesetzgeber auf einer – formalistisch betrachtet – veralteten Tatsachengrundlage<sup>4247</sup> zwischen den Einzelstaaten differenziert: Nur Einzelstaaten, für welche erstmals in den 1960er Jahren ‚race‘-basierte Wahlrechtsdiskriminierungen als historisch gesichert betrachtet worden waren, wurden im *VRA* von einer „Formel“ („*formula*“) zum gesetzlichen Anwendungsbereich erfasst und höheren bundesgesetzlichen Anforderungen unterworfen; dazu zählte insbesondere das Erfordernis einer Vorab-Genehmigung von Änderungen des lokalen Wahlrechts durch eine Bundesbehörde (*preclearance*; s. o. § 6, A. I. 2. b)). Hierin sah das Gericht einen Verstoß gegen den Grundsatz der „gleichen Souveränität“ der Einzelstaaten („*equal sovereignty*“); es stellt die als verletzt angesehene Verbandsgrundrechtsposition damit in den Schnittpunkt von „Würde“ und „Gleichheit“, von *status negativus* und *status aequalis* der Verbandsgrundrechtspositionen der Einzelstaaten (s. o. § 6, A. VI. 2. b) bzw. § 6, D. II. 1.).<sup>4248</sup>

Ein Teil der Kritik, welchen die Entscheidung in dem abweichenden Sondervotum<sup>4249</sup> wie auch im Schrifttum<sup>4250</sup> erfahren hat, lässt sich vor dem Hintergrund einer

<sup>4245</sup> *Shelby County v. Holder*, 570 U.S. 529 (2013), 543: „*dignity [...] of the States.*“

<sup>4246</sup> *Shelby County v. Holder*, 570 U.S. 529 (2013).

<sup>4247</sup> Beachte hierzu die Anm. in und bei Fn. 2386 (in § 6, D. II. 1.).

<sup>4248</sup> Das Gericht hebt in *Shelby County v. Holder* zum einen den Topos der ‚föderalen Würde‘ der Einzelstaaten hervor (s. o. § 6, D. II. 1.) und versucht zum anderen, Verbindungslinien zur politischen Geschichte der Entstehung der US-amerikanischen Föderation durch Staaten „auf gleichem Fundament“ („*equal footing*“) herzustellen (ausführlich oben § 6, D. II. 2.).

<sup>4249</sup> *Shelby County v. Holder*, 570 U.S. 529 (2013), 559 – abweichendes Sondervotum *Justice* Ruth Bader Ginsburg, welchem sich *Justices* Breyer, Sotomayor, Kagan angeschlossen haben.

<sup>4250</sup> Vgl. statt vieler *K. Crayton/T. Smith*, SMU L. Rev. 67 (2014), 3; sowie – noch vor Verkündung der Entscheidung unter Berücksichtigung der mündlichen Verhandlung und dort von der Klägerinnenseite vorgebrachten Argumente – *J. Fishkin*, Yale L. J. Online 123 (2013), 175; kritisch zu einem Präzedenzfall zu *Shelby*, *Northwest Austin Municipal Utility District No. 1 v. Holder*, 557 U.S. 193 (2009): *F. Tolson*, Vanderbilt L. Rev. 65 (2012), 1195 (1241). Selbst *J. M. Schmitt*, Okla. L. Rev. 68 (2016), 209, welcher das Prinzip ‚*equal sovereignty*‘ ‚verteidigt‘, kritisiert dessen Anwendung durch das Gericht.

Theorie der Demoikratie fundieren: Zwar mag man – im Ausgangspunkt – die in *Shelby County* gerichtlich durchgesetzte „Würde“-Position der Einzelstaaten, ihr Wahlrecht selbstständig auszugestalten, durchaus (ähnlich wie in *Oregon v. Mitchell*) als einen Ausweis der schutzwürdigen (Selbst-)Anerkennung der Freien und Gleichen einer der Teil-Demokratien der Gesamt-Demoikratie lesen, welche von den anderen demokratischen Kräften innerhalb der Demoikratie einschließlich des Bundesgesetzgebers (fremd-)anzuerkennen ist. Und es spricht dann auch bereits die Logik des ‚Bundes‘ dafür, diese Position allen föderierten Einheiten *gleichmäßig* zuzugestehen. Ein großer Teil der Kritik am *Shelby County*-Mehrheitsvotum zielt daher auch weniger auf das dort in Bezug genommene Grundprinzip der ‚*equal sovereignty and dignity*‘, sondern eher auf dessen krude Anwendung.<sup>4251</sup> Aus Sicht einer anspruchsvollen Theorie der ‚Demoikratie‘ wird deutlich, dass die in *Shelby County* gerichtlich sanktionierte „Gleichheits“-Position unterkomplex stilisiert wird: Es wird den widerstreitenden ‚Gleichheits‘-Forderungen in einer Demoikratie nicht gerecht, wenn ‚Gleichheit‘ auf die Gleichheit zwischen den föderierten Einheiten reduziert und dabei die politische Gleichheit von Individuen vernachlässigt wird. In rhetorikanalytischem Vokabular geht es um den Widerstreit von *metaphorisch-synekdochischer* Gleichheit (und ‚Würde‘) der föderierten Einheiten einerseits und *metonymischer* Gleichheit (und ‚Würde‘) von einzelnen Menschen andererseits (zur Terminologie oben § 10, B. IV. 2. b)).<sup>4252</sup> Der *Voting Rights Act* zielt auf eine Verbesserung der Verwirklichungsbedingungen für (metonymische) *individual*bezogene politische Gleichheit in der demoikratischen Föderation USA insgesamt, also neben der Bundesebene auch auf lokaler Ebene und auf der Ebene der Einzelstaaten. Diese gesetzgeberische Zielsetzung – dies führt auch Ruth Bader Ginsburg in ihrem abweichenden Sondervotum zu *Shelby County* aus – bewegt sich grundsätzlich innerhalb eines weiten Einschätzungs- und Gestaltungsspielraums des Bundesgesetzgebers; die Grenzen dieses Spielraums habe der Bundesgesetzgeber nicht überschritten.<sup>4253</sup> Ginsburg betont, dass die territoriale Differenzierung des VRA-Regimes sogar *für* dessen Verfassungsmäßigkeit spreche<sup>4254</sup> (s. bereits oben § 6, D. II. 3. b)). Auch die Art und Weise, in welcher der VRA, der ursprünglich aus den

<sup>4251</sup> Exemplarisch das Fazit bei J. M. Schmitt, Okla. L. Rev. 68 (2016), 209 (262): „*The real problem with Shelby County is not the content of the equal sovereignty principle but rather the manner in which the Court applied the doctrine*“; besonders bemerkenswert deshalb, weil der Aufsatz insgesamt „*In Defense of Shelby County’s Principle of Equal State Sovereignty*“ geschrieben wurde.

<sup>4252</sup> Vgl. auch J. Fishkin, Yale L. J. Online 123 (2013), 175 (180 f.): „*That is why we are having a conversation right now about the equal dignity of the Southern states rather than the equal dignity of Southern black voters*“; Fishkin verweist in diesem Zusammenhang auf die rhetorik-kritische Studie von S. Sherry, Notre Dame L. Rev. 75 (2000), 1121 – zu dieser oben in Fn. 3684.

<sup>4253</sup> Vgl. *Shelby County v. Holder*, 570 U.S. 529 (2013), 566 ff., abw. Sondervotum Justice Ginsburg.

<sup>4254</sup> Vgl. *Shelby County v. Holder*, 570 U.S. 529 (2013), 589, Sondervotum Justice Ginsburg, unter Hinweis auf *United States v. Morrison*, 529 U.S. 598 (2000), 626 f.; in diese Richtung auch N. Persily, Yale L. J. 117 (2007), 174 (210, dort in Fn. 148).

1960er Jahren stammt, im Jahr 2006 durch den *Fannie Lou Hamer, Rosa Parks, and Coretta Scott King Voting Rights Act Reauthorization and Amendments Act of 2006* (wie zuvor bereits in den Jahren 1970, 1975 und 1982) „re-authorisiert“ wurde, spreche nicht gegen seine Verfassungsmäßigkeit: Der Bundesgesetzgeber habe sich in ausführlicher Weise mit der Möglichkeit beschäftigt, dass ein künftiges Wegfallen des *preclearance*-Erfordernisses des *VRA* in den bisher erfassten Gebieten zu Rückfällen bei der Diskriminierung von Gruppen von Wählerinnen und Wählern führen könne.<sup>4255</sup>

Tatsächlich sind die näheren Umstände<sup>4256</sup> der „Re-Authorisierung“ des *VRA* aus ‚demoikratie‘-theoretischer Perspektive bemerkenswert: Obwohl im wissenschaftlichen und politischen Diskurs durchaus diskutiert worden war, dass die ursprüngliche Anwendungsbereich-„Formel“ des *VRA* für die konsistente Erfassung von politischen Sub-Einheiten (*counties*) mit nachweisbaren ‚race‘-basierten Wahlrechtsdiskriminierungen<sup>4257</sup> einerseits zu eng<sup>4258</sup>, andererseits zu weit<sup>4259</sup> gefasst war, wurde die Verständigung auf eine Neufassung der Formel für politisch nicht erreichbar gehalten.<sup>4260</sup> Diese stark eingeschränkte Kompromissfähigkeit im politischen Prozess ist auf ein komplexes Bündel von Gründen, in welchem die binäre Parteipolitik<sup>4261</sup> keinesfalls den einzigen Strang darstellt, zurückzuführen: Daneben wirkten insbesondere auch der starke politische Einfluss (auf Bundesebene<sup>4262</sup>) von bisher nicht von der Anwendungsbereich-Formel erfassten, aber der Sache nach abzudeckenden Staaten wie Florida oder Ohio<sup>4263</sup> und nicht zuletzt die Furcht vor der Invalidierung einer *neu* gefundenen Kompromissformel durch den *U.S. Supreme*

<sup>4255</sup> Vgl. *Shelby County v. Holder*, 570 U.S. 529 (2013), 591, Sondervotum Justice Ginsburg; vgl. auch *K. Crayton/T. Smith*, *SMU L. Rev.* 67 (2014), 3 (4): „very weighty legislative record – including data, court findings, and witness testimony – that cites current discriminatory conditions throughout the covered jurisdictions.“

<sup>4256</sup> Dazu ausführlich *N. Persily*, *Yale L. J.* 117 (2007), 174 (207 ff.).

<sup>4257</sup> Die „Formel“ ist (war) bundesgesetzlich niedergelegt in *VRA* § 4(b) = 52 U.S.C § 10303. Sie stellt(e) u. a. ab auf das Bestehen bestimmter Wahlzugangshürden (Tests, Nachweise) zum Stichtag 1. November 1964 sowie auf bestimmte besonders geringe Wahlbeteiligung.

<sup>4258</sup> Insbesondere mit Blick auf die (überwiegend) nicht erfassten Staaten Florida und Ohio, vgl. *N. Persily*, *Yale L. J.* 117 (2007), 174 (209).

<sup>4259</sup> Insbesondere mit Blick auf erfasste politische Sub-Einheiten in Michigan und New Hampshire, vgl. *N. Persily*, *Yale L. J.* 117 (2007), 174 (208).

<sup>4260</sup> Vgl. *N. Persily*, *Yale L. J.* 117 (2007), 174 (208 f.).

<sup>4261</sup> Der *Reauthorization Act* 2006 wurde von einem *U.S. Congress* mit Republikanischer Mehrheit in beiden Häusern parteienübergreifend von Republikanern und Demokraten getragen.

<sup>4262</sup> Aus föderal-demoikratischer Sicht ist dabei bemerkenswert, dass sich das große Gewicht von Staaten wie Florida oder Ohio weniger aus ihrer – ja nivelliert-stimmengleichen – Mitwirkung in der ‚föderalen Kammer‘ *U.S. Senate*, sondern eher aus der bevölkerungsproportionalen Anzahl der Wahlkreise im *House of Representatives* und aus ihrer die Rolle als (potenzielle) ‚swing states‘ bei US-Präsidentenwahlen ergibt.

<sup>4263</sup> Vgl. *N. Persily*, *Yale L. J.* 117 (2007), 174 (210).



*Court* mit. Offenbar waren dabei die Bedenken, das Gericht würde eine *neue* Formel invalidieren, größer als die Bedenken, die Fortschreibung der alten – in der Vergangenheit bereits gerichtlich gebilligten – Formel könnte verfassungsrechtlich problematisch sein.<sup>4264</sup> Letztlich bemängelte das Gericht in *Shelby County v. Holder* (2013) dann aber eben doch gerade die Fortschreibung der alten Formel – was freilich nicht heißt, dass eine neue Formel vor dem Maßstab der ‚*equal sovereignty and dignity*‘ Bestand gehabt hätte. Insgesamt ist schwer vorstellbar, wie eine alternative Lösung zum Änderungsgesetz von 2006, einem – parteiübergreifend konsentierten, föderal ‚abgestimmten‘ – demoikratischen Kompromissprodukt, hätte aussehen können, die dann auch noch Bestand vor dem Gericht gehabt hätte.<sup>4265</sup> Führt man sich vor Augen, dass die US-Verfassung im XV. Zusatzartikel dem Bundesgesetzgeber sogar ausdrücklich den Gesetzgebungsauftrag dafür erteilt, Wahlrechtsgleichheit zu gewährleisten<sup>4266</sup>, so stellt dieses Fazit einen gravierenden Dysfunktionalitätsbefund für eine eingebettete föderale Demoikratie mit Verfassungsgerichtsbarkeit dar.

#### dd) Deutschland I: Wahlrecht nur für Deutsche – *self-executing* Wahlrechtsnationalismus

Während *Shelby County v. Holder* (2013) eine (wieder-er)stark(t)e *dezentrale* (staatenschützende) Stoßrichtung im US-amerikanischen Wahlrechtsföderalismus unter Beweis stellt, sind die Bund-Länder-Beziehungen im Wahlrecht unter dem Grundgesetz durch intensive *Unitarisierung* geprägt. Auch unter dem Grundgesetz kann – aus anderen Gründen – also kaum von einem anspruchsvoll funktionierenden demoikratischen Wahlrechtsföderalismus gesprochen werden: Bereits im Südweststaat-Urteil von 1951<sup>4267</sup> war – wie oben dargestellt – grundgelegt worden, dass die Länder demokratische Staaten und ‚volks‘-souveräne Demokratien (nur) unter Bundesverfassungsvorbehalt sind (ausführlich oben § 6, A. VI. 3. a)).

Wie weit der grundgesetzliche Wahlrechtsföderalismus vom Leitbild einer Demoikratie mit gewisser Binnenvielfalt und -toleranz<sup>4268</sup> entfernt ist, zeigten später die

<sup>4264</sup> Vgl. *N. Persily*, Yale L. J. 117 (2007), 174 (211).

<sup>4265</sup> Vgl. auch *N. Persily*, Yale L. J. 117 (2007), 174 (208), mit dem Fazit: „*The most one can say in defense of the formula is that it is the best of the feasible alternatives or that changing the formula sufficiently disrupt settled expectations that it is better to go with the devil we know than one we do not.*“

<sup>4266</sup> Der XV. Zusatzartikel zur US-Verfassung lautet: „*The right of citizens of the United States to vote shall not be denied or abridged by the United States or by any State on account of race, color, or previous condition of servitude. The Congress shall have power to enforce this article by appropriate legislation.*“

<sup>4267</sup> BVerfGE 1, 14 – Südweststaat.

<sup>4268</sup> ‚Toleranz‘ oder auch – etwas anders gelagert – ‚Respekt‘; zur Vorstellung von ‚Respekt‘ zwischen Institutionen *M. Kloepfer*, VerwArch 110 (2019), S. 419 (428), welcher a. a. O. (422) die Grenze zwischen ‚Toleranz‘ und ‚Respekt‘ so zieht: „Während Respekt den Akzent auf eine Haltung legt, steht bei der Toleranz das Gewährenlassen bzw. die Duldung im Vordergrund.“ Insoweit ist hier tatsächlich zunächst einmal in einem Mindestmaß die Toleranz ge-



Entscheidungen des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungswidrigkeit der Öffnung des Wahlrechts für Ausländerinnen und Ausländer bei Kommunal- bzw. Bezirksversammlungenwahlen in den Ländern Schleswig-Holstein bzw. Hamburg.<sup>4269</sup> Nicht nur wurde in diesen Entscheidungen die Bundesverfassungswidrigkeit der demokratischen Selbst-Anerkennungs- und Organisationsakte der parlamentarischen Gesetzgeber in den Demokratien Schleswig-Holsteins und Hamburgs ausgesprochen, weil „die Staatsgewalt in der Bundesrepublik Deutschland [...] nach dem Grundgesetz von den Deutschen, also den deutschen Staatsangehörigen“<sup>4270</sup> ausgehe, und dies über Art. 28 Abs. 1 GG auch für Länder und Kommunen föderal verbindlich sei, da das Grundgesetz für „alle Gebietskörperschaften auf dem Territorium der Bundesrepublik Deutschland die Einheitlichkeit der demokratischen Legitimationsgrundlage“ fordere.<sup>4271</sup> Vor der Folie einer föderalen Demoikratie besonders bemerkenswert ist, dass diese judikative Unitarisierungsoperation nicht ausschließlich in einer *top-down*-Stoßrichtung von Stellen der Bundesebene, sondern teilweise (im Verfahren gegen das Schleswig-Holsteinische Gesetz) auch durch eine *andere föderierte Einheit* (konkret: durch die Bayerische Staatsregierung) – also in föderal-‚diagonaler‘ Stoßrichtung – unter Berufung auf eine Verbandsgrundrechtsposition im *status positivus* mobilisiert wurde (hierzu bereits näher § 6, B. II. 3. b) sowie § 8, C. I. 1. b)).<sup>4272</sup> Konrad Kruis hat in Anknüpfung an diese verfassungsprozessuale Konstellation anthropomorph von der „bündischen Sorge für das Grundgesetz“<sup>4273</sup> gesprochen, welche föderierten Einheiten mit Blick auf das bündische Ganze Klagepositionen auch gegenüber ihren Peers gewähre (s. o. § 6, B. II. 3. a)). Im Zusammenspiel mit dem nationalistisch-unitaristischen Impetus hinter dem starren ‚Volks‘-Begriff des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts führt diese „Sorge“ zu einer gerichtlich sanktionierbaren Position der Intoleranz hinsichtlich der demokratischen Selbstanerkennungsakte in anderen Teil-Demokratien unter dem Grundgesetz. Komparatistisch sticht im Vergleich mit den eben geschilderten Konstellationen in den USA besonders hervor, dass diese Wahlrechtsunitarisierung gänzlich ohne einen (bundes-)parlamentarischen

---

genüber den Selbstorganisationsentscheidungen der anderen Teil-Demokratien im demoikratischen Bund angesprochen; in einer anspruchsvollen Demoikratie wird freilich auch wechselseitiger ‚Respekt‘ der Teil-Demokratien herrschen.

<sup>4269</sup> BVerfGE 83, 37 – Ausländerwahlrecht I (zum schleswig-holsteinischen Kommunalwahlrecht); BVerfGE 83, 60 – Ausländerwahlrecht II (zum Bezirksversammlungenwahlrecht in Hamburg).

<sup>4270</sup> BVerfGE 83, 37 (51) – Ausländerwahlrecht I.

<sup>4271</sup> BVerfGE 83, 37 (53) – Ausländerwahlrecht I.

<sup>4272</sup> Gegen das Hamburger Gesetz hatten „224 Mitglieder des Deutschen Bundestages – sämtlich Mitglieder der CDU/CSU-Bundestagsfraktion –“ einen Normenkontrollantrag angestrengt, BVerfGE 83, 60 (65) – Ausländerwahlrecht II; im Verfahren gegen das Schleswig-Holsteinische Gesetz war neben diesen Abgeordneten auch die Bayerische Staatsregierung Antragstellerin, BVerfGE 83, 37 (41) – Ausländerwahlrecht I.

<sup>4273</sup> K. Kruis, in: FS Lerche, München 1993, S. 475.

Konkretisierungsakt auskommt<sup>4274</sup>; Art. 28 Abs. 1 GG i. V.m. Art. 20 Abs. 1, Abs. 2 GG wird als eine *self-executing* Verbotsnorm unmittelbar judikativ durchgesetzt. Auch insoweit wird ein eher geringes demoikratisches Niveau unter dem Grundgesetz sichtbar.

#### ee) Deutschland II: Parité – keine Experimente im Wahlrechtsunitarismus

Die für die Frage nach der Verfassungsmäßigkeit des Wahlrechts für Ausländerinnen und Ausländer von der herrschenden Meinung aus Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG i. V.m. Art. 20 Abs. 1, Abs. 2 GG abgeleitete unitaristische Einheitlichkeit (s. o. cc)) wird für andere Fragen der Wahlrechtsausgestaltung durch Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG ausdrücklich im Text der Bundesverfassung konkreter gefasst: Demnach muss die „Volk[s]“-„Vertretung“ in den „Ländern, Kreisen und Gemeinden“ aus „allgemeinen, unmittelbaren, freien, gleichen und geheimen Wahlen“ hervorgehen. Diese fünf geschriebenen<sup>4275</sup> Wahlrechtsgrundsätze werden wortlautidentisch<sup>4276</sup> in der einschlägigen Vorschrift für das Bundestagswahlrecht in Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG aufgeführt. Bemerkenswerterweise weichen die *Landesverfassungen* zum Teil von diesem Wortlaut (geringfügig) ab,<sup>4277</sup> was freilich an der für die betreffenden Länder einschlägigen *Bundesverfassungslage* nichts ändert: Aus der Wortlautidentität<sup>4278</sup> der in Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG und Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG aufgezählten Wahlrechtsgrundsätze wird von der ganz herrschenden Meinung, insbesondere auch der Rechtsprechung abgeleitet, dass „die“ Wahlrechtsgrundsätze für beide föderale Ebenen inhaltsgleich sind: So sprach der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts im Jahr 2008 wörtlich von den – unabhängig von einer etwaigen landesverfassungsrechtlichen Formulierung – „bereits nach Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG ver-

<sup>4274</sup> Bei den Konstellationen hinter *Oregon v. Mitchell*, 400 U.S. 112 (1970), und *Shelby County v. Holder*, 570 U.S. 529 (2013), standen bundesgesetzliche Wahlrechtsunitarisierungsakte in Rede.

<sup>4275</sup> Daneben hat das Bundesverfassungsgericht den ‚ungeschriebenen‘ Wahlrechtsgrundsatz der „Öffentlichkeit der Wahl“ entwickelt (BVerfGE 123, 39 – Wahlcomputer). Angesichts der Herleitung (auch) aus Art. 20 Abs. 1 u. Abs. 2 GG gilt dieser Grundsatz jedenfalls über Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG auch für die Länder.

<sup>4276</sup> Sieht man vom unterschiedlichen grammatischen Numerus (Plural bzw. Singular) ab.

<sup>4277</sup> S. z.B. Art. 39 Abs. 1 VvB: „allgemeiner, gleicher, geheimer und direkter Wahl“ – im Land Berlin gilt freilich dennoch der Grundsatz der Freiheit der Wahl auch für Wahlen zum Abgeordnetenhaus (und zwar nicht nur über Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG, sondern auch – insoweit ‚ungeschrieben‘, im Demokratieprinzip des Art. 2 VvB impliziert – im Rang der Verfassung von Berlin).

<sup>4278</sup> Es ist zu bemerken, dass in Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG *nicht* etwa ein ausdrücklicher Verweis auf Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG vorliegt. Insoweit ist es missverständlich, wenn die Formulierung „Art. 38 Abs. 1 Satz 1 i. V.m. Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG“ verwendet wird, so aber etwa *J. Burmeister/H. Greve*, ZG 2019, 154 (157).

bindlichen Wahlrechtsgrundsätze[n] des Art. 38 Abs. 1 GG“.<sup>4279</sup> Dies bedeutet freilich – auch nach dieser herrschenden, stark unitaristischen Meinung – *nicht*, dass die Landesgesetzgeber bei der Ausgestaltung des Landesparlamentswahlrechts „schematisch“ an die konkrete Ausgestaltung des Wahlrechts gebunden wären, wie sie der Bundesgesetzgeber für die Bundestagswahlen im Bundeswahlgesetz vorgelegt hat.<sup>4280</sup> Es bedeutet aber, dass nach herrschender Meinung Wahlrechtsausgestaltungen, welche auf der Bundesebene wegen eines Verstoßes gegen die Wahlrechtsgrundsätze verfassungswidrig wären, auch auf der Ebene der Landesparlamentswahlen bundesverfassungswidrig sind – die bundesverfassungsrechtlichen *Grenzen* der Ausgestaltungsspielräume der Wahlrechtsgesetzgeber sind grundsätzlich maßstabsgleich. Freilich können sich aufgrund tatsächlicher Unterschiede auch unterschiedliche Ergebnisse bei der *Anwendung* der normativen Kriterien in Bund und Ländern ergeben – so z. B. mit Blick auf die Positionen nationaler Minderheiten im Wahlrecht, welche für bestimmte Länder (insbesondere Brandenburg, Sachsen und Schleswig-Holstein) eine (relativ) größere Rolle spielen als für andere Länder oder für den Bund.<sup>4281</sup>

Das Dogma der maßstabsgleichen verfassungsrechtlichen Wahlrechtsgrundsätze leitet beispielsweise die Diskussion über die Verfassungsmäßigkeit von Geschlechter-Parité-Vorschriften in Landeswahlgesetzen, wie sie im Jahr 2019 in Brandenburg<sup>4282</sup> und in Thüringen<sup>4283</sup> vorgelegt wurden. Es geht darin um zwingende

<sup>4279</sup> BVerfGE 120, 82 (102) – Sperrklausel Kommunalwahlen; zuvor gingen Formulierungen des Senats in eine ähnliche Richtung (ohne ausdrücklich auf das Verhältnis der beiden Normen einzugehen): vgl. BVerfGE 83, 37 (58) – Ausländerwahlrecht I; sowie BVerfGE 99, 1 (11 f.) – Bayerische Kommunalwahlen; etwas schwächer gefasst durch den Ersten Senat 1953 in BVerfGE 3, 45 (50) – Nachrückende Ersatzleute, mit Blick auf die „Unmittelbarkeit der Wahl“: „Das ergibt sich für den Bundestag aus Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG. Die Vertretung des Volkes in den Ländern, Kreisen und Gemeinden beruht aber auf dem gleichen Prinzip (Art. 28 Abs. 1 GG)“. Aus der Landesverfassungsgerichtsbarkeit deutlich für die Inhaltsgleichheit: Thüringer Verfassungsgerichtshof, Urt. v. 15.07.2020 – 2/20, Rn. 78. Aus dem Schrifttum ebenfalls deutlich etwa *J. Burmeister/H. Greve*, ZG 2019, 154 (157); *A. v. Ungern-Sternberg*, JZ 2019, 525 (529, 533 f.) – jeweils m. w. N., aber ohne Argumentationsaufwand.

<sup>4280</sup> Vgl. BbgVerfG, LKV 2001, 267: „Zwar verlangt Art. 28 I 2 GG keine schematische Übernahme des Bundeswahlrechts durch die Länder [...]. Soweit das Wahlrecht für die Wahlen zum Landtag jedoch erkennbar in Anlehnung an das Bundeswahlrecht ausgestaltet ist, ist die hierzu ergangene Rechtsprechung des BVerfG einschlägig“; vgl. auch BayVerfGH, VerwRspr. 26 (1975), 257 (270).

<sup>4281</sup> Zur Verfassungsmäßigkeit von Ausnahmen von wahlrechtlichen Sperrklauseln für nationale Minderheiten, „wenn naturgegebene Wahlbereiche bei der Festsetzung des Quorums nicht beachtet werden“: BVerfGE 1, 208 (254) – 7,5 %-Sperrklausel (zur dänischen Minderheit in Schleswig-Holstein); erwähnt in BVerfGE 5, 77 (83) – Parteifreie Wählergruppen.

<sup>4282</sup> Zweites Gesetz zur Änderung des Brandenburgischen Landeswahlgesetzes – Parité-Gesetz v. 12.02.2019 (GVBl. Teil I, Nr. 1); hierzu etwa *J. Burmeister/H. Greve*, ZG 2019, 154 (155 f.).

<sup>4283</sup> Siebtes Gesetz zur Änderung des Thüringer Landeswahlgesetzes – Einführung der paritätischen Quotierung v. 30.07.2019 – Paritätsgesetz, GVBl. 2019, S. 322; hierzu etwa *M. Morlok/A. Hobusch*, ThürVBl 2019, 282.

Vorgaben an die politischen Parteien zur paritätischen Berücksichtigung von Frauen und Männern auf Wahllisten zu Landtagswahlen. Neben den unitarisch ausgerichteten Wahlrechtsgrundsätzen – als einschlägig werden häufig die Freiheit und die Gleichheit der Wahl betrachtet<sup>4284</sup> – kommt bei der Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit von Landes-Wahlrechts-Geschlechter-Parité-Gesetzen noch hinzu, dass auch die Parteienfreiheit gem. Art. 21 Abs. 1 GG und der allgemeine Gleichheitssatz gem. Art. 3 Abs. 1 GG sowohl den Bundes- wie auch die Landeswahlrechtsgesetzgeber – auch insoweit nach herrschender Meinung grundsätzlich maßstabsgleich – verpflichten.<sup>4285</sup> Vorliegend soll nicht die Frage nach der Verfassungsmäßigkeit der Landes-Wahlrechts-Geschlechter-Parité-Gesetze der Sache nach betrachtet werden; auch sind mit Blick auf diese Frage nicht die Judikate der Landesverfassungsgerichte von Brandenburg und Thüringen aus dem Jahr 2020, welche die Verfassungswidrigkeit der beiden Parité-Gesetze aussprechen<sup>4286</sup>, zu analysieren. Entscheidend aus der – hier interessierenden – Sicht der föderalen Demokratie ist allerdings, dass die unitaristische Konzeption der Wahlrechtsgrundsätze des Grundgesetzes dazu führt, dass die Frage nach der Verfassungsmäßigkeit der Landes-Wahlrechts-Geschlechter-Parité-Gesetze zugleich – zumindest unausgesprochen – auch eine verfassungsrechtspolitische und ggf. sogar verfassungsrechtswissenschaftliche Diskussion über eine mögliche analoge Reform des Bundestagswahlrechts darstellt<sup>4287</sup>; für manche Kommentatorin oder manchen Kommentator mag diese Fernwirkung gar im Vordergrund stehen. Auf diese Weise wird der (diskursive) Raum für einschlägige eigenständige Experimente in einzelnen Ländern – und damit

<sup>4284</sup> Zusammenfassend-referierend (nicht affirmativ!) dazu BVerfG, Beschl. v. 15. 12. 2020, BvC 46/19, Rn. 101 ff., mit Hinweisen auf die landesverfassungsgerichtliche Judikatur und das Schrifttum. Zu betonen ist, dass der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts a. a. O. lediglich die Eröffnung der Gewährleistungsbereiche der genannten Wahlrechtsgrundsätze bei der Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit von Parité-Regeln an-diskutiert („spricht viel dafür“); über etwaige Verstöße von konkreten Parité-Regeln hatte er im Rahmen der ihm vorliegenden (Bundestags-)Wahlprüfungsbeschwerde auch gar nicht zu befinden.

<sup>4285</sup> Vgl. zu Art. 21 Abs. 1 GG: BVerfGE 1, 208 (227) – 7,5 %-Sperrklausel: „Art. 21 GG gilt nicht nur für den Bereich des Bundes, sondern unmittelbar auch für die Länder; er ist also insoweit zugleich Bestandteil der Landesverfassung“; ebenso BVerfGE 4, 375 (378) – Schwerpunktparteien; BVerfGE 103, 332 (353) – Naturschutzgesetz Schleswig-Holstein (dort als *obiter dictum*); ebenso Thüringer Verfassungsgerichtshof, Urt. v. 15. 07. 2020 – 2/20, Rn. 70 f., m. w. N.; vorsichtige Kritik an den Modalitäten dieser (Selbst-)Bindung, jedenfalls an ihrer Begründung mit Art. 100 Abs. 3 GG, bei C. Möllers, JZ 2021, 338 (340).

<sup>4286</sup> Thüringer Verfassungsgerichtshof, Urt. v. 15. 07. 2020 – 2/20 (mit einem 6:3-Mehrheitsentscheidung bei zwei abweichenden Sondervoten); Verfassungsgericht des Landes Brandenburg, Urt. v. 23. 10. 2020 – 9/19; Verfassungsgericht des Landes Brandenburg, Urt. v. 23. 10. 2020 – 55/19; vgl. zu den drei Judikaten die Anmerkung von C. Möllers, JZ 2021, 338 m. zahlreichen w. N.

<sup>4287</sup> Hinsichtlich des Bundestagswahlrechts hat der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts Ende 2020 in einem Wahlprüfungsbeschwerdeverfahren entschieden, dass die dortigen Beschwerdeführerinnen nicht ausreichend dargelegt haben, dass wegen der nichtparitätischen Nominierung der Kandidatinnen und Kandidaten durch die politischen Parteien ein erheblicher, auf die Gültigkeit der Wahl durchschlagender Wahlfehler vorliege, vgl. Beschl. v. 15. 12. 2020, BvC 46/19, Rn. 35.

auch nur für einen *Teil* der grundgesetzlichen Demoikratie – durch die intensiv homogenisierende Bundesverfassung sehr stark verengt.<sup>4288</sup> An der Maßstabsunitarisierung wirken neben dem Bundesverfassungsgericht auch Landesverfassungsgerichte mit.<sup>4289</sup> Noch intensiver fällt die Diskursverengung aus, wenn die Diskussion im Schrifttum zum Teil gar auf die sog. ‚Ewigkeitsklausel‘ des Art. 79 Abs. 3 GG und die sog. „Verfassungsidentität“ gelenkt wird.<sup>4290</sup> Statt einer Raumerschließung für demoikratische Experimente geht es dann um ein unitarisches Entweder-Oder – gegebenenfalls in ‚Ewigkeit‘: keine Parité. Nirgends. Niemals<sup>4291</sup>.

Exkursorisch ist zur komparatistischen Spiegelung darauf hinzuweisen, dass das Thema der Geschlechter-Parité im Bereich von Wahlvorschlägen für den US-amerikanischen Wahlrechtsföderalismus (bislang) keine praktisch wichtige Rolle spielt: Soweit ersichtlich wird die Einführung von Parité-Vorgaben im Wahlrecht weder auf US-Bundesebene noch in den Einzelstaaten ernsthaft vorgeschlagen.<sup>4292</sup> Entsprechend wurde die Frage der Verfassungsmäßigkeit solcher Maßnahmen (bislang) nicht umfassend erörtert.<sup>4293</sup> Vereinzelt wird auf die Möglichkeit hingewiesen, dass

<sup>4288</sup> Greift man die Rhetorik des Titels des Aufsatzes von *M. Morlok/A. Hobusch*, ThürVBl 2019, 282, zum Thüringer Parité-Gesetz („Kompromisse unerwünscht“) auf, so lässt sich formulieren: „Experimente unerwünscht“.

<sup>4289</sup> Vgl. die eben in Fn. 4286 zitierten Entscheidungen; der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts nimmt diese Unitarisierungsbeiträge der Landesverfassungsgerichtsbarkeit seinerseits wiederum auf, wenn er im Beschl. v. 15.12.2020, BvC 46/19, Rn. 102 f., die Maßstabildung der Landesverfassungsgerichte prominent referiert (obschon nicht ausdrücklich affirmiert). Zur Rolle der Landesverfassungsgerichte auch *C. Möllers*, JZ 2021, 338 (340), welcher bemerkt, dass die „argumentative Abhängigkeit“ des Brandenburgischen Verfassungsgerichts gegenüber der bundesverfassungsgerichtlichen Maßstabildung „fast stolz“ daherkomme; beachte bei alledem allerdings, dass der Thüringer Verfassungsgerichtshof, Urt. v. 15.07.2020 – 2/20, Rn. 113 ff., bemüht ist, hervorzuheben, dass der potenziell (aber nach Auffassung des Gerichts nicht im Ergebnis) Parité-Regelungen rechtfertigende Verfassungsauftrag zur Förderung der tatsächlichen Gleichstellung von Frauen und Männern aus Art. 2 Abs. 2 S. 2 ThürVerf über sein grundgesetzliches Analogon (Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG) betreffs seiner Schutzintensität hinausgehe.

<sup>4290</sup> Aus dem Schrifttum für einen Verstoß von Geschlechter-Parité-Gesetzen „gegen die Ewigkeitsgarantie des Art. 79 Abs. 3 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 und Art. 20 Abs. 2 GG“ etwa *J. Burmeister/H. Greve*, ZG 2019, 154 (173, 164 ff.); a. A. (Notwendigkeit – aber eben auch Zulässigkeit – einer Verfassungsänderung) *A. v. Ungern-Sternberg*, JZ 2019, 525 (534).

<sup>4291</sup> Vgl. den ironischen Hinweis von *C. Möllers*, Die Krise der Repräsentation, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung, 13.02.2019, Nr. 37, S. 9, darauf, dass „[d]er Fall [...] somit nicht nur schnell [...], sondern sogar für immer“ gelöst sei, wenn man denjenigen Kommentatorinnen und Kommentatoren folgt, welche einen Verstoß von Parité-Regeln gegen Art. 79 Abs. 3 GG, die ‚Ewigkeitsklausel‘ des Grundgesetzes, bejahen.

<sup>4292</sup> Zu möglichen Gründen (die strukturelle Unterrepräsentation von Frauen im politischen System der USA werde – auch von den Frauen selbst – weitgehend unterschätzt; ‚Konkurrenz‘ um Aufmerksamkeit und Akzeptanz mit anderen unterrepräsentierten Gruppen und Anti-Diskriminierungsmaßnahmen; kein entsprechender inter- oder supranationaler Druck): *C. Maillé*, European Journal of American studies [Online] 10–1 (2015), 1.2, Rn. 8, m. w. N.

<sup>4293</sup> Für die (Bundes-)Verfassungswidrigkeit verpflichtender Parité-Vorgaben bei der Aufstellung von Wahlvorschlägen durch die politischen Parteien (offenbar auf beiden föderalen

das Ziel der Forcierung von Geschlechter-Parité – statt direkt-verpflichtend – indirekt durch Anreize bei der Parteien- und Wahlkampffinanzierung verfolgt werden könnte.<sup>4294</sup> Bemerkenswerterweise haben solche Vorschläge einer indirekten Anreizung von Parité über eine inhaltlich bedingte Wahlkampfkostenausstattung eine *föderale* Implikation: Um die Verhältnismäßigkeit solcher Arrangements sicherzustellen, müsse gewährleistet sein, dass den politischen Parteien eine echte Wahlfreiheit bleibe; dies solle u. a. dadurch abgesichert werden, dass die Parteien *dezentral auf Einzelstaatenebene* für oder gegen die Parité-Regelung (und damit für bzw. gegen einen gewissen Teil der Wahlkampfkostenerstattung) optieren können sollten.<sup>4295</sup> Das hier für die USA vorgeschlagene Abstellen auf die Teil-Demokratien in den Einzelstaaten als Orte für Wahlrechtsausgestaltungsexperimente steht dem Leitgedanken einer Demoikratie mit einer gegenseitigen (Fremd-)Anerkennung von – auch divergierenden – Entscheidungen über die näheren Maßgaben der demokratischen Selbstorganisation und Selbstanerkennung deutlich näher als das unitaristisch-starre Schema der herrschenden Meinung unter dem Grundgesetz.

#### *b) Wechselseitige föderale Ingerenzen in der Demoikratie*

Demoikratie entsteht aber nicht schon dann, wenn sich sekludierte einzelne Demokratien gegenseitig als solche tolerieren oder respektieren<sup>4296</sup> und ihre jeweiligen demokratischen Organe anerkennen. Dazu kommt das Tätigwerden der demokratischen Organe der einzelnen föderalen Träger gerade auch in wechselseitigem Bezug aufeinander. Demoikratische Kollektive sind – über Verbandsingerenzen – in verstetigter Weise institutionell auf andere demoikratische Kollektive bezogen (s. bereits 2. a) cc)). Vor diesem Hintergrund einer Theorie der ‚Demoikratie‘ ist die anthropomorphe Dogmatik zweier Fallgruppen zu Verbandsgrundrechtspositionen aufzugreifen:

---

Ebenen) wegen Verstößen gegen den allgemeinen Gleichheitssatz der *equal protection clause* sowie – als funktionales Äquivalent der Parteienfreiheit unter dem Grundgesetz – gegen „*associational freedoms protected by the First Amendment*“: A. A. Somani, Wm. & Mary L. Rev. 54 (2013), 1451 (1473 ff.); vgl. auch den knappen Exkurs bei J. Burmeister/H. Greve, ZG 2019, 154 (155, dort in Fn. 10). Allerdings beschäftigt sich Somani nicht mit Judikaten des U.S. Supreme Court, welche Maßnahmen für verfassungsmäßig halten, bei denen Frauen – freilich außerhalb des Wahlrechtsbereichs – privilegiert werden, um auf strukturelle Benachteiligungen zu reagieren: *Schlesinger v. Ballard*, 419 U.S. 498 (1975); *Califano v. Webster*, 430 U.S. 313 (1977); zu diesen Entscheidungen referierend E. Chemerinsky, Constitutional Law. Principles and Policies, 5. Aufl., New York, N.Y., U.S.A., 2015, S. 798 („*gender classifications benefiting women as a remedy*“).

<sup>4294</sup> Vgl. A. A. Somani, Wm. & Mary L. Rev. 54 (2013), 1451 (1486 f.).

<sup>4295</sup> Vgl. A. A. Somani, Wm. & Mary L. Rev. 54 (2013), 1451 (1487).

<sup>4296</sup> Hierzu die Anm. in Fn. 4268.

## aa) Ein Negativbefund:

## (keine) demoikratische(n) Bundesverfassungsänderungsgrenzen

Zum einen ist in diesem Zusammenhang auf die föderalismusverfassungsrechtliche Rahmung von Bundesverfassungsänderungen zurückzukommen (ausführlich zum einschlägigen Dogmatikvergleich oben § 6, A. VII.): Betrachtet man Bundesverfassungsänderungen vor dem Hintergrund eines demoikratischen ‚Stiftungspakt‘-Modells, so wird deutlich, wie gering der ‚demokratie‘-theoretische Gehalt der einschlägigen Dogmatik-Angebote ist. Insbesondere lassen sich die insoweit relativ häufig anzutreffenden – letztlich aber steuerungsschwachen – dogmatischen Argumentationen mit etatistischen und teilweise materialisierten Positionen wie „sovereign powers“, „police powers“, „Polizeihoheit“, „Kulturhoheit“, „Hausgut“ oder „Eigenstaatlichkeit“ (ausführlich oben § 6, A. VII. 2. b) u. 3. b)) nicht vor der Folie der ‚Demoikratie‘ erhellen.

Einschlägige Rechtsinhaltsquelltexte führen zwar vereinzelt doch auch ‚demokratie‘-theoretisch angereicherte Topoi ins Feld, dann aber zumeist in einer Art und Weise, welche die Dynamiken und Interdependenzen demoikratischer Verflechtung gerade verkennt und über Gebühr reduziert. Exemplarisch hierfür kann die Argumentation von Justin DuPratt White mit dem Topos der „ultimativen Souveränität“ der Völker der einzelnen föderierten Einheiten<sup>4297</sup> für Einstimmigkeitserfordernisse bei bestimmten Bundesverfassungsänderungen stehen: White argumentiert (mit Blick auf die sogenannte ‚Prohibition‘ im XVIII. Zusatzartikel von 1917/19), dass bei Verbandskompetenzhochzonungen von den föderierten Einheiten hin zur Bundesebene „die Völker der einzelnen Staaten *jeweils*“<sup>4298</sup> – und zwar einstimmig(!) – entscheiden müssten (s. bereits § 6, A. VII. 2. b)).<sup>4299</sup> Das Einstimmigkeitserfordernis für die besonderen Formen von Bundesverfassungsänderungen sei ungeschrieben; es gehe über die geschriebenen Verfahrensvorschriften und Grenzen für Bundesverfassungsänderungen in Art. V USC hinaus. White bettet die Steigerungsform seiner Wendung „die ultimative Souveränität“ ‚demokratie‘-theoretisch ein: Er argumentiert nämlich zunächst etatistisch mit „police power“ als Kern der „Souveränität“ der Einzelstaaten für das Einstimmigkeitserfordernis bei einschlä-

<sup>4297</sup> J. D. White, The Virginia Law Register, New Series 6 (1920), 573 (589): „[t]he ultimate sovereignty“.

<sup>4298</sup> J. D. White, The Virginia Law Register, New Series 6 (1920), 573 (590): „the peoples respectively of the several states“ (Hervorh. i. Orig.). Es ist bemerkenswert, dass White an dieser Textstelle von „peoples“ („Völker“) im Plural spricht; an anderen Stellen im Aufsatz rekurriert er auf eine Textstelle aus der U.S. Supreme Court-Entscheidung *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 316 (1819), an der die Rede von „peoples“ im Plural gerade vermieden wird; prägnant a. a. O. (403): „No political dreamer was ever wild enough to think of breaking down the lines which separate the States, and of compounding the American people into one common mass. Of consequence, when they act, they act in their States.“ In *McCulloch* wird „das Amerikanische Volk“ also im Singular geführt, aber betont, dass „es“ („they“) nur „in seinen Staaten“ (Plural) handeln könne.

<sup>4299</sup> Vgl. J. D. White, The Virginia Law Register, New Series 6 (1920), 573 (587 ff.).



gigen Bundesverfassungsänderungen<sup>4300</sup>; in einem nächsten Schritt reichert er diese Argumentation über den Topos der „ultimativen Souveränität“ der Völker der Einzelstaaten noch ‚demokratie‘-theoretisch an – und erweitert das Argument zudem: White fordert für die einschlägigen Bundesverfassungsänderungen eine jeweils *direkt*-demokratische Entscheidung in den Einzelstaaten; eine Entscheidung der Einzelstaatenparlamente solle hingegen nicht genügen.<sup>4301</sup> Diese – gewissermaßen *vor*-demoikratische – Argumentation nimmt die Besonderheiten der föderalen Demoikratie im oben skizzierten Sinn nicht ernst; sie blendet aus, dass in einer (föderalen) Demoikratie auch für die Bundesebene ein seinerseits demokratisches Subjekt, das Bundesvolk gestiftet wurde. Durch das von White behauptete Einstimmigkeitserfordernis bleibt diese unitarische Dimension (oder Teilkomponente) der Demoikratie vollständig außen vor; die Spannungslage zwischen demokratischer Selbstbestimmung in den föderierten Einheiten und demokratischer Selbstbestimmung im Bund wird vollständig zu Gunsten Ersterer und zu Lasten Letzterer ‚aufgelöst‘. Bei alledem ist schließlich bemerkenswert, dass White strikt formal für die starke ‚demokratie‘-theoretische Position der Staatenvölker argumentiert; er weist ausdrücklich darauf hin, dass es ihm gerade nicht um eine Argumentation mit dem Wert lokaler Selbstregierung ankomme.<sup>4302</sup>

Ganz auf der anderen Seite des Spektrums zwischen demokratischem Dezentralismus und demokratischen Unitarismus angesiedelt – und damit ähnlich demoikratie-blind ausgerichtet (und zudem ähnlich verfassungstextfern aufgestellt) – ist ein Vorschlag von Akhil Reed Amar: Wegen der oben beschriebenen hohen formellen Änderungsfestigkeit der US-Verfassung aufgrund der Anforderungen in Art. V USC (ausführlich § 6, A. VII. 2. a)), vor allem aber wegen der als zu schwach empfundenen direkt-demokratischen Prägung des Verfahrens nach Art. V USC, vertritt Amar, dass Art. V USC als *nicht abschließend* verstanden werden müsse; die einfache Mehrheit des Bundes-‚Volks‘ müsse jenseits des dort vorgesehenen Verfahrens per Petition<sup>4303</sup> einen *National-Konvent* zur Erarbeitung einer Verfassungsänderung („*a proposing convention*“) ins Leben rufen und sodann in einem weiteren *National-Konvent* („*a special national ratifying convention*“), ‚selbst‘ über die Annahme der erarbeiteten Verfassungsänderung entscheiden können.<sup>4304</sup> Wohl-

<sup>4300</sup> Vgl. J. D. White, The Virginia Law Register, New Series 6 (1920), 573 (578 f.).

<sup>4301</sup> Vgl. J. D. White, The Virginia Law Register, New Series 6 (1920), 573 (587 ff.).

<sup>4302</sup> Vgl. J. D. White, The Virginia Law Register, New Series 6 (1920), 573 (590 f.). Freilich stellt White auch fest, dass dieser Aspekt *zusätzlich* gegen das XVIII. Amendment spreche.

<sup>4303</sup> Und nicht etwa nur – wie von Art. V USC vorgesehen – zwei Drittel der Volksvertretungen der Einzelstaaten.

<sup>4304</sup> A. R. Amar, U. Chi. L. Rev. 55 (1988), 1043 (1064 ff., dort insbes. auch in Fn. 79); ders., Colum. L. Rev. 94 (1994), 457; Kritik etwa bei H. P. Monaghan, Colum. L. Rev. 96 (1996), 121; referierend zu Amars Argumentation: N. Aroney, American Journal of Comparative Law 54 (2006), 277 (303 f.); Y. Roznai, Unconstitutional Constitutional Amendments. The Limits of Amendment Powers, New York, N.Y., U.S.A., u. a. 2017, S. 119, 125; J. Goossens, in: R. Albert/X. Contiades/A. Fotiadou (Hrsg.), The Foundations and Traditions of

gemerkt geht es Amar insoweit nicht etwa um eine völlige Verfassungsneugebung (‚Totalrevision‘), sondern um punktuelle, sachlich begrenzte Änderungen der bestehenden US-Verfassung.<sup>4305</sup> Amar stützt sich auf die Vorstellung, dass durch die ursprüngliche Verfassungsgebung ein neuer Souverän, „das Volk der Vereinigten Staaten“ („*the People of the United States*“), geschaffen worden sei,<sup>4306</sup> welchem eine ungebundene verfassungsändernde Gewalt zustehe<sup>4307</sup> („*national popular sovereignty*“). Diese Vorstellung lässt sich im Ausgangspunkt mit dem oben skizzierten Modell eines Stiftungsgeschäfts (s.o. 2. a) cc)) veranschaulichen. Allerdings setzt die Logik dieses Modells letztlich gerade Fragezeichen hinter Amars Folgerung einer ungebundenen verfassungsändernden Gewalt des ‚gestifteten‘ Bundes-,Volks‘: Ebenso wie bei einem Stiftungsvorhaben ist bei einer Bundesverfassung eine gewisse „Perpetuierung des Stifterwillens“<sup>4308</sup>, der Stifterinteressen und ggf. sogar der Stifterrechte („Änderungsrechte“<sup>4309</sup>) angelegt. Dem korrespondieren in Übertragung auf die hier verwendete Terminologie Verbandsgrundrechtspositionen der förderierten Einheiten. Für die US-Verfassung heben Kritiker Amars die Garantie des fortdauernden Einflusses der Einzelstaaten(-völker) auch im Feld der Bundesverfassungsänderungen hervor und betrachten entsprechend Art. V USC als ab-

---

Constitutional Amendment, Oxford, U.K., 2017, S. 343 (349, 362), welcher Amars These tendenziell befürwortet, aber eine ausdrückliche Reform von Art. V USC für vorzugswürdig hält; ebenso B. Ackerman, *We the People*, Bd. 1. Foundations, Cambridge, Mass., U.S.A., u. a. 1991, S. 54 f., 267; vgl. auch *ders.*, Yale L. J. 99 (1989), 453 (492 ff.), mit der Argumentation, dass die Entscheidung des U.S. Supreme Court in *Coleman v. Miller*, 307 U.S. 433 (1939), in welcher das Gericht von der Nicht-Justiziabilität formeller Verfassungsänderungsregeln ausging (hierzu oben § 6, A. VII. 2. c)), von großer Bedeutung für sein Argument sei, dass ‚Verfassungsänderungen‘ in einem weit gefassten Sinn auch außerhalb des Verfahrens nach Art. V USC denkbar seien (sein sollten).

<sup>4305</sup> Vgl. A. R. Amar, U. Chi. L. Rev. 55 (1988), 1043 (1044): Amar arbeitet mit dem hypothetischen Beispiel einer künftigen Verfassungsänderung, welche einen „XXVII. Zusatzartikel“ („*a Twenty-Seventh Amendment, guaranteeing a right of every American citizen to minimal entitlements of food, shelter, and education*“) vorsieht; den erst 1992 angenommenen ‚realen‘ XXVII. Zusatzartikel gab es 1988 noch nicht.

<sup>4306</sup> Vgl. A. R. Amar, U. Chi. L. Rev. 55 (1988), 1043 (1055, dort in Fn. 39): „*Ratification of the Constitution itself created – constituted – the People of the United States as the relevant sovereign entity.*“ Hier besteht eine gewisse Verwandtschaft zur späteren Argumentation der Mehrheit des U.S. Supreme Court in der Entscheidung *U.S. Term Limits, Inc. v. Thornton*, 514 U.S. 779 (1995). Allerdings ging es in *U.S. Term Limits, Inc.* nicht um die Frage des Subjekts der verfassungsändernden Gewalt, sondern darum, ob das Bundesorgan U.S. Congress die Völker der Einzelstaaten oder aber – so die Mehrheit – das nationale ‚Bundes‘-Volk repräsentiert und welche Implikationen dies für die Verbandszuständigkeiten für die Ausgestaltung des Wahlrechts zum U.S. Congress hat (dazu § 6, A. VI. 2. b)); vgl. zum Verhältnis dieser beiden Fragestellungen auch H. P. Monaghan, Colum. L. Rev. 96 (1996), 121 (122 f.).

<sup>4307</sup> Vgl. A. R. Amar, U. Chi. L. Rev. 55 (1988), 1043 (1055): „*although the Constitution empowers and limits government, it neither limits nor empowers the People themselves*“.

<sup>4308</sup> U. Burgard, npoR 2019, 106 (107).

<sup>4309</sup> Zur rechtspolitischen Diskussion um „Änderungsrechte“ von Stiftern U. Burgard, npoR 2019, 106 (108).

schließende Regelung des Verfahrens der Bundesverfassungsänderung<sup>4310</sup>, welche prozedural Verbandsgrundrechtspositionen der föderierten Einheiten absichert.

Recht weitgehend korrespondiert die Vorstellung eines demoikratischen Stifungspakts mit einem Zugang zu föderalismusverfassungsrechtlichen Bundesverfassungsänderungsgrenzen, den Konrad Hesse für das Grundgesetz skizziert hat: Er identifiziert die „Erhaltung der Länder als Zentren demokratisch legitimer politischer Entscheidung“<sup>4311</sup> als weichen Maßstab von Verfassungsänderungen und gibt seinem „unitarischen Bundesstaat“ damit eine starke demoikratische Prägung. Zugleich macht Hesses Ansatz deutlich, wie wenig (justiziable) Steuerungskraft für Verbandsgrundrechtspositionen im Bereich der Bundesverfassungsänderungsgrenzen verbleibt.

#### bb) Demoikratisches Potenzial von *bottom-up*-Ingerenzen

Zum anderen ist im Zusammenhang mit dem Themenkomplex wechselseitiger föderaler Ingerenzen in einer Demoikratie auf die Modalitäten der Einflussnahme von föderierten Einheiten auf die Bundesebene zurückzukommen. Diese *bottom-up*-Ingerenzen betreffen nicht den Ausnahmefall der ‚*nuclear option*‘<sup>4312</sup> Bundesverfassungsänderung, sondern alltäglichere Modi der Einflussnahme von föderierten Einheiten auf die Bundesebene im operativen ‚Verfassungsvollzug‘ (näher oben § 6, A. VI. 2. d) u. 3. b)). Den Rahmen hierfür bildet die jeweilige Bundesverfassung. Auch insoweit, also bei der Auslegung und Anwendung der einschlägigen bundesverfassungsrechtlichen Normen, bleiben Spielräume für mehr oder weniger demoikratische Toleranz; auch insoweit ist die Praxis des US-Verfassungsrechts tendenziell durch intensivere demoikratische Toleranz ausgezeichnet als die Praxis des Grundgesetzes, wie die Gegenüberstellung zweier Fallkonstellationen zeigt:

In *Arizona State Legislature v. Arizona Independent Redistricting Commission* (2015) entschied der *U.S. Supreme Court*, dass die Einrichtung der *Arizona Independent Redistricting Commission* bundesverfassungsgemäß sei; Aufgabe der *AIRC* ist die regelmäßige Neubestimmung der Wahlkreise in Arizona für Wahlen zum Einzelstaatenparlament sowie – und insoweit liegt eine hier interessierende *bottom-up*-Ingerenz vor – auch für Wahlen zum *Bundesparlament*. Die Gerichtsmehrheit erkennt an, dass dem Staat Arizona bei der näheren organisationellen Ausgestaltung dieser *bottom-up*-Ingerenz aus der Perspektive der Bundesverfassung ein Gestalt-

<sup>4310</sup> Vgl. allen voran *H. P. Monaghan*, *Colum. L. Rev.* 96 (1996), 121 ff.: Amar „ignores the crucial role reserved for the states in the newly established constitutional order“, mit Verweisen auf *Federalist No. 39: J. Madison*, in: A. Hamilton/ders./J. Jay, *The Federalist*, Cambridge, Mass., U.S.A., u. a. 2009 [1788], S. 244 ff. Nach *J. Goossens*, in: R. Albert/X. Contiades/A. Fotiadou (Hrsg.), *The Foundations and Traditions of Constitutional Amendment*, Oxford, U.K., 2017, S. 343 (346), m. w. N., vertrete die Mehrheit der Kommentatorinnen und Kommentatoren, dass Art. V USC abschließend sei.

<sup>4311</sup> *K. Hesse*, *AöR* 98 (1973), I (14).

<sup>4312</sup> Näher zu dieser Metapher § 4, A. II. 4. b) cc).

tungsspielraum zustehe (ausführlich oben § 6, A. VI. 2. d)): Aus Sicht des Bundesverfassungsrechts sei es nicht zu beanstanden, dass die Einrichtung der AIRC, auch soweit diese *bottom-up*-Ingerenzen durch den Wahlkreiszuschritt für die Wahlen auf Bundesebene ausübt, auf direkt-demokratischem Weg erfolgte; die Einrichtung der Kommission habe nicht zwingend durch den parlamentarischen Gesetzgeber Arizonas erfolgen müssen (näher oben § 6, A. VI. 2. d)). Dies lässt sich als eine Position der demoikratischen Toleranz ‚nach unten‘ lesen: Im demoikratischen Bund ist es zu tolerieren, wenn Teil-Demokratien sich so organisieren, dass ihre Einflussnahme auf andere Stellen des Bundes direkt-demokratisch und nicht parlamentsgesetzlich angeleitet wird. Es geht um Toleranz hinsichtlich der *Organzuständigkeiten* in einer anderen Teil-Demokratie.<sup>4313</sup> Zur Begründung weist *Justice* Ruth Bader Ginsburg im 5:4-Mehrheitsvotum auf die anthropomorphen Verbandsgrundrechtspositionen der „Autonomie“ und der „Souveränität“ des Einzelstaats Arizona hin<sup>4314</sup>. Ginsburg reichert diese Leerformel-Topoi ‚demokratie‘-theoretisch an, indem sie diese (nominal wie Justin DuPratt White – s. o. aa)) mit der „ultimativen Souveränität des Volkes“ in Verbindung setzt<sup>4315</sup>: Die Bundesverfassung habe „das Volk“ als „Brunnen der Regierungsgewalt“ („*the people as the font of governmental power*“) konzipiert<sup>4316</sup>, weshalb es „pervers“ wäre, den Einzelstaaten den Einsatz *direkt*-demokratischer Formen der Ingerenzeinrichtung und Ingerenzausübung bundesverfassungsrechtlich zu verbieten<sup>4317</sup>.

Ein konträres Bild hierzu liefert das *obiter dictum*<sup>4318</sup> in der Entscheidung des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts zur Kompetenzwidrigkeit von

<sup>4313</sup> Der *Organ*kompetenzbezug (statt *Verbands*kompetenzbezug) der Streitigkeit unterscheidet *Arizona State Legislature v. Arizona Independent Redistricting Commission*, 576 U.S. 787 (2015), von *U.S. Term Limits, Inc. v. Thornton*, 514 U.S. 779 (1995) – dazu oben § 6, A. VI. 2. d) in Fn. 2069.

<sup>4314</sup> *Arizona State Legislature v. Arizona Independent Redistricting Commission*, 576 U.S. 787 (2015), 816 f., mit Hinweisen auf den *Federalist No. 43*; sowie *Gregory v. Ashcroft*, 501 U.S. 452 (1991), und *Alden v. Maine*, 527 U.S. 706 (1999), 715; zu diesen Entscheidungen s. § 5, A. II. 2. b) bzw. § 5, A. III. 2. b).

<sup>4315</sup> *Arizona State Legislature v. Arizona Independent Redistricting Commission*, 576 U.S. 787 (2015), 820: „*The people’s ultimate sovereignty*“.

<sup>4316</sup> *Arizona State Legislature v. Arizona Independent Redistricting Commission*, 576 U.S. 787 (2015), 819. Zur Metapher „*font of governmental power*“ ließen sich vertiefende rhetorikanalytische Ausführungen anschließen: So steht „*font*“ (eher „Brunnen“, eher ‚artifizuell‘) in gewisser Konkurrenz zu „*fount*“ (eher „Quelle“, eher ‚natürlich‘). Bemerkenswert ist weiterhin, dass Ginsburg „*font*“ im Singular verwendet, was nicht dem Bild der Demokratie entspricht (wie die Donau hat eine Demokratie eben mehrere Quellen – *ad fontes*), sondern eine unitarische Prägung aufweist. Diese singularische Sicht fügt sich freilich in die ‚Demokratietheorie‘ hinter *U.S. Term Limits, Inc. v. Thornton*, 514 U.S. 779 (1995) – dazu (auch zum Verhältnis zwischen den Entscheidungen *Arizona Independent Redistricting Commission* und *U.S. Term Limits, Inc.*) oben § 6, A. VI. 2. d) in Fn. 2069.

<sup>4317</sup> *Arizona State Legislature v. Arizona Independent Redistricting Commission*, 576 U.S. 787 (2015), 820.

<sup>4318</sup> Zur Einordnung der Textstelle als *obiter dictum* oben § 6, A. VI. 3. b) in Fn. 2095.

konsultativen Atomwaffen-Volksbefragungen in den norddeutschen Stadtstaaten aus dem Jahr 1958: Der Senat führt in dem *obiter dictum* unter Verweis auf Art. 51 Abs. 1 GG aus, dass „[e]ine ‚Instruktion‘ der Mitglieder der Landesregierung im Bundesrat durch das Landesvolk, auch eine bloß rechtlich unverbindliche in der Weise, daß sich die Vertreter im Bundesrat daran orientieren und sie zur Richtschnur ihres Handelns im Bundesrat machen, [...] nach der Struktur des Bundesrats ausgeschlossen“<sup>4319</sup> sei (näher oben § 6, A. VI. 3. b)). Eine starke Schrifttumsmeinung vertritt u.a. mit Verweis auf die Entscheidung des Zweiten Senats, dass kraft Bundesverfassungsrechts ein *ausschließliches* Instruktionsrecht der Landesregierungen bestehe, dass also weder dem Landes- ‚Volk‘ noch den *Landesparlamenten* ein verbindliches Instruktionsrecht gegenüber den Bundesratsmitgliedern zustehe oder landesrechtlich eingeräumt werden dürfe; freilich gibt es seit der Anfangsphase der Bundesrepublik Deutschland insoweit auch eine nicht unerhebliche Zahl von Gegenstimmen.<sup>4320</sup> Ein Teil dieser Gegenstimmen argumentiert auch ausdrücklich ‚demokratie‘-theoretisch gegen das Dogma der außer-gubernativen Instruktionsfreiheit von Bundesratsmitgliedern und adressiert damit zugleich den grundlegenden Befund, wonach „[d]as institutionelle Problem demokratischer Politik in Deutschland [...] im Bundesrat

<sup>4319</sup> BVerfGE 8, 104 (121) – Volksbefragung.

<sup>4320</sup> Vgl. zur wohl h. M. nur H. Schäfer, Der Bundesrat, Köln u. a. 1955, S. 36; R. Scholz, in: R. Pitschas/A. Uhle (Hrsg.), Parlamentarische Demokratie in der Bewährung, Berlin 2012 [1984], S. 69 (74 ff., 78), m. w. N.; apodiktisch auch P. M. Huber, NdsVBl. 2011, 233 (238); a. A. (also für ein Instruktionsrecht zumindest der *Landesparlamente*) etwa E. Friesenhahn, VVDSRL 16 (1958), 1 (72): „zulässig, daß ein Landtag der Landesregierung Weisungen gibt, wie sie im Bundesrat abstimmen soll“; E.-W. Fuß, AöR 83 (1958), 383 (421 f.): es „muss [...] den Ländern vorbehalten bleiben, die Vertretung ihrer Interessen durch autonome Verfassungsbestimmungen bzw. eigenständige Verfassungspraxis zu gewährleisten“; Fuß sieht im (Außen-)Verhältnis des Landes zum Bund dann allerdings *materiale* Rücksichtnahmepflichten aus dem Grundsatz der Bundestreue; für ein Instruktionsrecht mit demokratie‘-theoretischer Argumentation M. Friedrich, Landesparlamente in der Bundesrepublik, Opladen 1975, S. 80 ff.; differenzierend K.-A. Sellmann, Der schlechte Parlamentsbeschluß, Berlin 1966, S. 128 ff.: grundsätzliche Zulässigkeit von Instruktionen oder Anregungen des Landesparlaments gegenüber den Bundesratsvertretern, die allerdings nicht in jedem Fall bindend seien (Bindungswirkung sei aber u. a. bei Fragen der Mitwirkung des Bundesrats bei der Rechtsetzung zu bejahen); anders differenzierend W. Weiß, JuS 2019, 97 (101): „Dass das Grundgesetz den Bundesrat als weisungsgebundene Vertretung der Regierung konstituiert, widerspricht nicht von vornherein der Möglichkeit, dass eine Weisung in bestimmten Fällen vom Landtag ausgeht. Diese Frage kann landesverfassungsrechtlich geregelt werden“; dann aber ders., a. a. O. (102): „Bundesverfassungsrecht steht einer Weisung entgegen, wenn es um reine Bundesangelegenheiten geht“; vgl. ferner zur besonderen Konstellation der Bundesratsmitwirkung bei der Übertragung von Hoheitsrechten an die Europäische Union (mit Blick auf die entsprechende Instruktionsregelung gem. Art. 70 Abs. 4 S. 2 BayVerf) R. Streinz, in: FS Vedder, Baden-Baden 2017, S. 770 (783), mit ausf. Begr. G. Schnorr, AöR 76 (1950/51), 259 (282), hatte bereits zeitlich vor der Entscheidung BVerfGE 8, 104, vorsichtige Zweifel daran geübt, ob die Frage nach der Instruierbarkeit der Bundesratsmitglieder im Grundgesetz beantwortet wird: „dürfte [...] der landesgesetzlichen [sic!] Regelung vorbehalten bleib[en]“.

[sitzt]“ (Christoph Möllers)<sup>4321</sup>, eher reformistisch und gewissermaßen ‚von unten‘ her: Beispielsweise beschäftigt sich im Jahr 1975 Manfred Friedrich ausführlich mit dem Für (und Wider) sowie insbesondere mit unterschiedlichen Modalitäten und Intensitäten einer möglichen „Demokratisierung des Bundesrates“<sup>4322</sup>. Ein großes Stück von Friedrichs Erörterungen ist verfassungs(-rechts-)politischer Natur, dabei aber nicht nur auf formelle Verfassungsänderungen bezogen; er sieht auch Potential für eine „Demokratisierung des Bundesrates“ durch „bescheidenere Änderungen der Verfassungspraxis“: Statt einer umfassenden Abkehr vom Exekutivratsmodell durch eine einschneidende Änderung des Grundgesetzes (etwa zur Schaffung eines direkt ‚volks‘-gewählten Senats) spricht sich Friedrich letztlich dafür aus, die Demokratisierung des Bundesrats – in einer weiter gefassten demo/kratischen Perspektive – dadurch zu betreiben, dass der bundesverfassungsrechtlich unangetastete Gestaltungsspielraum der Landesgesetzgeber ernst genommen werden solle, welcher es den Ländern erlaube, *landesrechtlich* die Rechtsverbindlichkeit für Weisungen der Landesparlamente gegenüber den Bundesratsmitgliedern des betreffenden Landes vorzusehen.<sup>4323</sup> Das Grundgesetz respektiere die landesrechtliche Ausgestaltungsfreiheit im Bereich dieses „reine[n] Landesinternum[s]“ aus (verfassungshistorischen, aber gerade auch) ‚demokratie‘-theoretischen Gründen: Das Grundgesetz wolle *nicht* eine „Abschwächung“ der multiplen parlamentarischen Regierungssysteme in den einzelnen Demokratien im Bund gleichsam von oben hinab festlegen.<sup>4324</sup> Der „demokratisch[e ...] Bundesstaat“ aus Art. 20 Abs. 1 GG sehe in den verschiedenen Teil-Demokratien *jeweils* Regierungssysteme mit einer „Staatsleitung zur gesamten Hand“ (Ernst Friesenhahn) vor, worin eine Zugriffsmöglichkeit der Landesparlamente auf ‚ihre‘ Bundesratsmitglieder bereits angelegt sei.<sup>4325</sup> Erforderlich seien freilich entsprechende Änderungen des jeweiligen Landesrechts, wobei Friedrich anerkennt, dass solche Änderungen angesichts der vorherrschenden „Tabuierung“ der Bundesratspolitik in den Landesparlamenten nicht ohne Weiteres zu erwarten sind<sup>4326</sup>. Hier – so mag man Friedrichs Ausführungen ergänzen – wird ein

<sup>4321</sup> C. Möllers, Demokratie – Zumutungen und Versprechen, Berlin 2008, S. 85; tiefergehend C. Möllers, in: J. Aulehner u. a. (Hrsg.), Föderalismus – Auflösung oder Zukunft der Staatlichkeit?, Stuttgart u. a. 1997, S. 81 ff.

<sup>4322</sup> M. Friedrich, ZParl 1975, 48 (75); wiederabgedruckt in: *ders.*, Landesparlamente in der Bundesrepublik, Opladen 1975, S. 69 ff. Bemerkenswerterweise erörtert Friedrich – anders als viele andere in Fn. 4320 Genannte – nicht das *obiter dictum* des Bundesverfassungsgerichts aus BVerfGE 8, 104 (121) – Volksbefragung.

<sup>4323</sup> Vgl. M. Friedrich, ZParl 1975, 48 (76, 57 ff.).

<sup>4324</sup> Vgl. M. Friedrich, ZParl 1975, 48 (57 f.).

<sup>4325</sup> Vgl. M. Friedrich, ZParl 1975, 48 (58), unter Verweis auf E. Friesenhahn, VVDStRL 16 (1958), 1 (38).

<sup>4326</sup> Vgl. M. Friedrich, ZParl 1975, 48 (62 ff.). Friedrich benennt auch Gründe für die „Tabuierung“ der Bundesratspolitik in den Landesparlamenten; neben der Funktionsweise des parlamentarischen Regierungssystems im Normalfall ist dies u. a. auch die – seiner Auffassung nach zu knapp bemessene – Frist in Art. 76 Abs. 2 S. 2 GG für den ersten Durchgang von Gesetzesinitiativen der Bundesregierung im Bundesrat (a. a. O. [64]). Friedrich benennt aber auch typische Konstellationen, in welchen die beschriebene „Tabuierung“ gerade aufbrechen



gewisser Mangel an demoikratischer Kultur in den deutschen Ländern sichtbar, welcher vielleicht gerade durch ergänzende direkt-demokratische Elemente in einem landesverfassungsrechtlich zu schaffenden Instruktionsregime adressiert werden könnte. Daneben zieht Friedrich ergänzend in Betracht, durch eine – rein deklaratorische – Änderung des Grundgesetzes den einschlägigen Gestaltungsspielraum der Länder hervorzuheben, sodass dessen Nutzung „inspiriert“ werden könnte.<sup>4327</sup> Andere Kommentatorinnen und Kommentatoren, welche eine stärkere Position der Landesparlamente im Bereich der Bundesratspolitik vertreten, fokussieren funktionale Aspekte: Es wird dann vorgetragen, dass jedenfalls hinsichtlich derjenigen Bundesratsingerezenzen, die in die *funktionale* Sphäre der *Gesetzgebung* fallen, die Landesverfassungen den Landesparlamenten Instruktionsrechte gegenüber den Bundesratsvertretern des jeweiligen Landes einräumen dürfen.<sup>4328</sup> Hier gibt es Überschneidungen mit dem oben vorgestellten ‚Kompensations‘-Gedanken, wonach eine Kompensation des ‚Verlusts‘ von Landesgesetzgebungskompetenzen durch *bottom-up*-Mitwirkungsingerezenzen denkbar sei (näher oben § 6, C. III. 1.); dies in demoikratisch anspruchsvoller Weise freilich nur, wenn gerade auch *Landesparlamente* (und vielleicht auch direkt-demokratische Potenzen) und nicht nur Landesregierungen unmittelbar am ‚Kompensations‘-Regime teilhaben können<sup>4329</sup>. Immerhin für einen Spezialbereich wird das Dogma der außer-gubernativen Instruktionsfreiheit von Bundesratsmitgliedern durch neuere Aktivitäten von vereinzelt Landesverfassungsänderungsgesetzgebern herausgefordert: In Baden-Württemberg und Bayern wurden 1995/2011 bzw. 2013 Landesverfassungsnormen geschaffen, welche für den Bereich der Europäischen Integration Informations- und Stellungnahmerechte des Landtags gegenüber der Landesregierung (Art. 34a BWVerf bzw. Art. 70 Abs. 4 BayVerf) sowie – im Falle Baden-Württembergs – auch ein ausdrückliches, freilich umgrenztes<sup>4330</sup> Instruktionsrecht bezüglich des Stimmverhal-

---

mag (vgl. a. a. O. [63]): etwa bei spezifischen Landesinteressen (Stichwort: Kohleregionen), bei ‚hochpolitischen‘ Fragen wie der Strafbarkeit des Schwangerschaftsabbruchs oder bei gewissen Gemengelagen im Parteienbundesstaat (durch Friktionen infolge verschiedener Koalitionsbeteiligungen auf den verschiedenen föderalen Ebenen). Gerade Letzteres sollte durch die Ausdifferenzierung des Parteiensystems heute noch viel bedeutsamer sein – vgl. dazu *M. Kloepfer*, Handbuch der Verfassungsorgane im Grundgesetz, Berlin 2022, § 3, Rn. 73.

<sup>4327</sup> Vgl. *M. Friedrich*, ZParl 1975, 48 (59 f.), mit dem Vorschlag, im Grundgesetz deklaratorisch zu verankern, dass die „Ausübung der Landesvertretung im Bundesrat von Landesparlament und Landesregierung ‚nach Maßgabe eines Landesgesetzes‘ geregelt wird.“

<sup>4328</sup> Vgl. *K.-A. Sellmann*, Der schlichte Parlamentsbeschluß, Berlin 1966, S. 128 ff.: grundsätzliche Zulässigkeit von Instruktionen oder Anregungen des Landesparlaments gegenüber den Bundesratsvertretern, die allerdings nicht in jedem Fall bindend seien (Bindungswirkung sei aber u. a. bei Fragen der Mitwirkung des Bundesrats bei der Rechtsetzung zu bejahen); vgl. auch *H.-W. Arndt*, VBIBW 1986, 416 – in kritischer Auseinandersetzung mit der Begründung der landesverfassungsgerichtlichen Entscheidung des Staatsgerichtshofs für das Land Baden-Württemberg, Urteil v. 18. März 1986 – GR 1/85.

<sup>4329</sup> Vgl. *M. Friedrich*, ZParl 1975, 48 (50).

<sup>4330</sup> Art. 34a Abs. 2 VerFBW bezieht die EU-politischen Instruktionsrechte des Landtags auf den Bereich „ausschließliche[r] Gesetzgebungszuständigkeiten der Länder“.



tens im Bundesrat vorsehen (Art. 34a Abs. 2 BWVerf).<sup>4331</sup> Ob in diesen Verfassungsänderungen die Keimzelle zu mehr demoikratischer Intensität liegen könnte, bleibt offen – gewisse Ernüchterung kommt insoweit aus dem Raum der Landesverfassungsgerichtsbarkeit mit einer Entscheidung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs aus dem Jahr 2017: „Ob es mit dem Grundgesetz vereinbar ist, die Bindungswirkung des Art. 70 Abs. 4 Satz 2 [BayVerf] auf das Abstimmungsverhalten der Staatsregierung im Bundesrat zu erstrecken, erscheint zweifelhaft, bedarf aber keiner abschließenden Erörterung.“<sup>4332</sup>

### c) Zumutung demoikratischer Repräsentationspluralismus

Die von der US-Verfassung und dem Grundgesetz eingesetzten föderalen Demoikratien sind jeweils durch einen Pluralismus von Repräsentationsstrukturen gekennzeichnet.

#### aa) ‚(Falsches?) Bedürfnis‘ nach Abgrenzung und Klarheit

Mit dem Repräsentationspluralismus kommt die besondere Position des Individuums in einer Demoikratie in den Blick: Ein und dasselbe Individuum wird in verschiedenen Repräsentationsstrukturen gleichzeitig adressiert<sup>4333</sup>; es ist der Ziel-

<sup>4331</sup> Ob auch Art. 70 Abs. 4 BayVerf Instruktionsrechte des Landtags gegenüber der Landesregierung bzw. den Bundesratsmitgliedern Bayerns im Bereich der EU-Politik enthält, ist durch Auslegung zu ermitteln: Art. 70 Abs. 4 S. 2 u. S. 3 BayVerf sind insoweit nicht eindeutig formuliert: „Ist das Recht der Gesetzgebung durch die Übertragung von Hoheitsrechten auf die Europäische Union betroffen, kann die Staatsregierung in ihren verfassungsmäßigen Aufgaben durch Gesetz gebunden werden. Ist das Recht der Gesetzgebung durch ein Vorhaben der Europäischen Union betroffen, hat die Staatsregierung bei ihren verfassungsmäßigen Aufgaben die Stellungnahmen des Landtags maßgeblich zu berücksichtigen.“ Für J. F. Lindner, AöR 143 (2018), 437 (408), besteht insoweit die Möglichkeit einer „grundgesetzkonformen Auslegung des Art. 70 Abs. 4 Satz 2 BV“ dahingehend, „dass eine Bindung eben nur im Rahmen der verfassungsmäßigen Aufgaben zulässig ist, wozu das (gebundene) Abstimmungsverhalten im Bundesrat nicht gehört, weil es sich dabei um eine verfassungsmäßige Aufgabe handelt, die ohne landesverfassungsrechtliche Bindung ausgeführt werden muss“. Ob das Grundgesetz tatsächlich eine entsprechende landesverfassungsrechtliche Bindung verbietet, ist nun freilich gerade keinesfalls klar, wie oben in und bei Fn. 4322 ff. ausgeführt wurde.

<sup>4332</sup> BayVerfGH, Entscheidung vom 15. Februar 2017 – Vf. 60-IX-16 –, Rn. 53; Leitsätze abgedruckt in DÖV 2017, 641. Die Frage konnte offenbleiben, weil im konkreten Fall bereits der Anwendungsbereich von Art. 70 Abs. 4 BayVerf nicht eröffnet war: Es ging bei der fraglichen Abstimmung über das Zustimmungsgesetz zum Freihandelsabkommen CETA nicht um ein Gesetzesvorhaben, „das ausdrücklich auf die Übertragung von Hoheitsrechten auf die Europäische Union durch ein Gesetz nach Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG gerichtet ist“ (a. a. O., Rn. 60). Aus Sicht der ‚Demoikratie‘-Theorie bemerkenswert am zu Grunde liegenden Fall war, dass eine Instruktion der Bundesratsvertreter auf direkt-demokratischem Weg durch Volksbegehren angestrebt war.

<sup>4333</sup> Ein Individuum in einem deutschen Land kann an Wahlen zum Deutschen Bundestag und zum jeweiligen Landesparlament – jeweils ggf. mit Stimmensplitting für die Erst- und

punkt einer Mehrzahl paralleler demokratischer Verfahren und Produkte – und damit in einer Position, die oben als intensive Zumutung charakterisiert wurde (s.o. 2. b) ee)). Wenn demokratischer Wille durch expressive kollektive Praktiken erzeugt wird (s.o. 2. a) bb)), so weisen diese Praktiken in der Demokratie verschiedene Dimensionen auf, sie interagieren, finden aber letztlich im einzelnen Individuum als ‚geteiltem‘ Adressaten zusammen.

Das resultierende Gemenge der Repräsentationspraktiken ist komplex und tendiert zu Unübersichtlichkeit und Verwirrung. Für einen gewissen Teil<sup>4334</sup> dieser Komplexität ist in spezifischer Weise die föderale Gliederung verantwortlich. Daher liegt es nahe, eine Aufgabe des Föderalismusverfassungsrechts darin zu erblicken, die föderal bedingte Komplexität in Grenzen zu halten und klare *Abgrenzungen* für föderal relevante Repräsentationspraktiken zu schaffen. Damit kommt das Problem des föderalen Repräsentationspluralismus potenziell in das Visier der Gerichte: Liefert die Bundesverfassung gerichtlich durchsetzbare Grenzen für die zulässigen Gegenstände, Mittel und Wege von politischer Betätigung föderaler Träger? Die einschlägige Dogmatik weist dabei in zwei divergierende Richtungen: Auf der einen Seite steht eine Verbandsgrundrechtsposition, wonach – vergrößert gesprochen – jeder föderale Träger grundsätzlich das Recht zu *thematisch* unbegrenzter politischer Beschäftigung hat<sup>4335</sup> (allgemein-politisches Mandat – s.u. bb)); dies widerspricht tendenziell einer föderalismusverfassungsrechtlichen Regulierung der politischen Tätigkeit föderaler Träger. Auf der anderen Seite lässt sich eine Verbandsgrundrechtsposition verorten, die dadurch geprägt ist, dass die einzelnen föderalen Träger ein berechtigtes – freilich nicht absolut geschütztes – Interesse daran haben, in ihrem Tätigwerden nicht durch die politische Betätigung *anderer* föderaler Träger beeinträchtigt oder gar gesteuert zu werden<sup>4336</sup> (Topos der ‚Willensfreiheit‘ – s.u. cc)); diese Tendenz wiederum erfordert also ein gewisses Maß an föderalismusverfassungsrechtlicher Regulierung der politischen Tätigkeit föderaler Träger.

---

Zweitstimme – teilnehmen; für ein Individuum in einem US-Einzelstaat kommt zur Teilnahme an den Wahlen zum *House of Representatives* auf beiden föderalen Ebenen mindestens noch die Direktwahl des US-Präsidenten und des jeweiligen Gouverneurs sowie der zweiten Kammer auf Bundes- und Einzelstaatenenebene hinzu; in beiden Föderationen bestehen zudem weitere Repräsentationsverhältnisse etwa auf lokaler Ebene.

<sup>4334</sup> Auch Demokratien in unitarischen Staaten weisen in der Regel eine Mehrzahl von Repräsentationsverhältnissen auf; auch ein Teil der eben in Fn. 4333 erwähnten Repräsentationsverhältnisse ist nicht zwingend mit dem föderalen Prinzip, sondern beispielsweise mit vertikaler Gewaltauftrennung, mit Bikameralismus, mit lokaler Selbstregierung etc. verbunden.

<sup>4335</sup> Diese Verbandsgrundrechtsposition lässt sich nach dem oben zu Grunde gelegten Schema (s.o. § 4, B. III. 3.) als Frage des *status activus* begreifen. Sie ist aber auch als Aspekt des *status negativus* – gerichtet gegen *self-executing* Bundesverfassungsrecht – lesbar.

<sup>4336</sup> Diese Verbandsgrundrechtsposition steht also klar im *status negativus* (s.o. § 6, A. I., II., IV.).

Zwischen den skizzierten widerstreitenden Tendenzen eine Balance zu finden, ist nicht einfach, zumal bei der einführenden Vorstellung des Modells der ‚Demoikratie‘ bereits hervorgehoben wurde, dass die Suche nach Klarheit und Abgrenzung von politischen Betätigungsfeldern in einer Demoikratie ein komplexes, vielleicht sogar ein ‚falsches Bedürfnis‘<sup>4337</sup> darstellen könnte: Mit Steffen Augsberg wurde oben festgehalten, dass „es [schlicht] fehlgeht, im Bundesstaat trennscharfe Abgrenzungen in politischen Entscheidungen mit weitreichenden Auswirkungen zu erwarten“<sup>4338</sup> (s. o. 2. b) ee)). Insoweit muss gerade hinter der Sinnhaftigkeit der *gerichtlichen* Durchsetzung solcher Abgrenzungen ein Fragezeichen gesetzt werden: Es ist fraglich, ob es eine adäquate Aufgabe von Gerichten ist, demoikratisches Interdependieren ‚aufzulösen‘. Im Einzelnen sollten die beiden angesprochenen Problemfelder – allgemein-politisches Mandat (s. u. bb)) und ‚Willensfreiheit‘ (s. u. cc)) – unterschieden werden:

#### bb) Allgemein-politisches Mandat: zulässige Gegenstände politischer Willensbildung

Erstens stellt sich die Frage nach den „rechtlich zulässigen politischen Betätigungsmöglichkeiten“<sup>4339</sup> der föderalen Träger in ganz grundlegender Weise hinsichtlich etwaiger Beschränkungen der Themen und Gegenstände politischer Willensbildung der föderalen Träger.

Die oben angesprochenen Entscheidungen des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts zur Bundesverfassungswidrigkeit von konsultativen ‚Volks‘-Befragungen „über Atomwaffen“ in den Ländern Hamburg und Bremen sowie in Kommunen des Landes Hessen aus dem Jahr 1958 (s. o. § 6, A. VI. 3. b)) haben für das grundgesetzliche Föderalismusverfassungsrecht insoweit eine tiefe Eingriffsintensität unter Beweis gestellt: Die politische Willensbildung im Bereich der Verteidigungspolitik sei ausschließlich dem Bund vorbehalten und dürfe daher nicht durch Länder oder Kommunen, auch nicht im Rahmen konsultativer ‚Volks‘-Be-

---

<sup>4337</sup> Dass die Grenzziehung zwischen „richtigen und falschen Bedürfnissen“ in der ‚Demokratie‘-Theorie (wie in komplexen Gebilden mit Verwicklungen, Interdependenzen und Vermittlungen überhaupt) allenfalls bei einer umfassenden „Einsicht“-Nahme in Makrostrukturen leistbar – und somit höchst anspruchsvoll – ist, mag eine lose, modellhaft-metaphorische Übertragung aus der Sozialphilosophie unterstreichen: T. W. Adorno, in: ders. (Hrsg.), *Spätkapitalismus oder Industriegesellschaft?*, Stuttgart 1969, S. 12 (22): „Objektiv richtige und falsche Bedürfnisse ließen recht wohl sich unterscheiden, so wenig daraus auch irgendwo in der Welt ein Recht auf bürokratische Reglementierung abgeleitet werden dürfte. In den Bedürfnissen steckt zum Guten und Schlechten immer schon die gesamte Gesellschaft [...]. Über richtiges und falsches Bedürfnis wäre gemäß der Einsicht in die Struktur der Gesamtgesellschaft samt all ihren Vermittlungen zu urteilen.“

<sup>4338</sup> S. Augsberg, ZG 2012, 251 (262).

<sup>4339</sup> C. Möllers, *Staat als Argument*, 2. Aufl., Tübingen 2011, S. 363 f., diskutiert dies für den grundgesetzlichen Föderalismus als Frage der „normativen Demokratiefähigkeit“ der deutschen Länder.

fragungen angeregt werden.<sup>4340</sup> Komparatistisch sind diese Entscheidungen bemerkenswert: Blickt man insoweit vergleichend auf den US-amerikanischen Föderalismus, so mag man nur an die oben skizzierte Praxis der *nullification*, also an die bewusst eigenmächtige Abweichung oder gar Konterkarierung von inhaltlich entgegenstehendem Bundesrecht durch einen Einzelstaatengesetzgeber, erinnern. Wenn etwa im *medical marijuana federalism* mittels ‚weicher‘ *nullification* nach den – schwierig definierbaren – Grenzen der Sperrwirkung des Bundesbetäubungsmittelrechts und somit nach verbleibenden kompetenziellen Spielräumen der Einzelstaaten gesucht wird (s.o. § 5, C. II. 3. u. § 8, B. I. 2. c) cc)) oder wenn gar ‚harte‘ *nullification*-Gesetze auf Einzelstaatenebene gegen das Bundesgesundheitsversorgungsprogramm *Obamacare* in Stellung gebracht werden (s.o. § 8, B. I. 2. c) bb)), so scheint stillschweigend das thematisch unbegrenzte allgemein-politische Mandat der Einzelstaaten – auch in Bereichen, welche verbandskompetenziell dem Bundesgesetzgeber zugeordnet sind – als selbstverständlich-‚natürlich‘ vorausgesetzt zu werden. In den genannten Entscheidungen des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts zu den Atomwaffen-, Volks‘-Befragungen, welche *wohl* weiterhin als herrschende Dogmatik gelten dürfen<sup>4341</sup>, hingegen wird die *politische* Willensbildung der föderalen Träger *als solche* an der Verbandskompetenzordnung gemessen. Hierin liegt aber die Gefahr, dass man – so warnt Christoph Möllers – die „Reichweite der Kompetenzordnung [...] verkennt“.<sup>4342</sup> In Kompetenzen, so wurde oben ausführlich hergeleitet, werden sachlich-gegenständliche (thematische) Aufgabenbereiche einem bestimmten Akteur zugeordnet, wobei diese Zuordnung auf einen bestimmten technisch-instrumentellen Maßnahmetyp zur Aufgabenwahrnehmung (z. B. Gesetzgebung, Ausführung von Bundesgesetzen, etc.) bezogen und beschränkt ist (näher oben § 4, A. I.). Insoweit ist es fragwürdig, wenn der Zweite Senat in den genannten Entscheidungen auf die kompetenziellen Einzelnormen Art. 73 Nr. 1 GG sowie Art. 65a, 87a, 87b GG rekurriert, um daraus die „Gesamtaufgabe ‚Verteidigungswesen‘“<sup>4343</sup> abzuleiten, welche *insgesamt* ausschließlich dem Bund zugeordnet sei, sodass die Länder von jeglicher Beschäftigung mit diesem Sachbereich

<sup>4340</sup> Vgl. BVerfGE 8, 104 – Volksbefragung, BVerfGE 8, 122 – Volksbefragung Hessen.

<sup>4341</sup> Gesichert ist der Status von BVerfGE 8, 104 – Volksbefragung – und BVerfGE 8, 122 – Volksbefragung Hessen –, als *good law* (s.o. § 7, A. III. 1.) freilich nicht. So deutet etwa A. v. Komorowski, Der Staat 37 (1998), 122 (137), BVerfGE 22, 180 (216) – Jugendhilfe – als eine Abweichung von der strikten Dogmatik aus den beiden vorgenannten Entscheidungen. Dieses Urteil des Zweiten Senats aus dem Jahr 1967 betrifft die föderal umgekehrte Konstellation (allgemein-politisches Mandat des Bundestags trotz des Berührtseins von Länderkompetenzen); dort heißt es: „Wenn die Bundesregierung Bestrebungen auf dem Gebiet der Jugendhilfe anregt, so ist diese Tätigkeit unter dem Gesichtspunkt des Art. 30 GG ohne Bedeutung und kann hier außer Betracht bleiben.“ Zumindest aber bleiben die beiden Atomwaffen-, Volks‘-Befragungs-Entscheidungen aus dem 8. Band im Diskurs und Streit um des allgemein-politische Mandat (s. sogleich in und bei Fn. 4344 ff.) sehr wirkmächtig.

<sup>4342</sup> Vgl. C. Möllers, Staat als Argument, 2. Aufl., Tübingen 2011, S. 363 f. (dort insbesondere in Fn. 88).

<sup>4343</sup> BVerfGE 8, 104 (116) – Volksbefragung; vgl. auch BVerfGE 8, 122 (136) – Volksbefragung Hessen.

ausgeschlossen seien – auch soweit es nicht um die in den zitierten Einzelnormen genannten Maßnahmetypen geht. Es gibt gerade keine Verbandskompetenznorm, welche die politische Willensbildung im Bereich des Verteidigungswesens dem Bund zuordnet, so wie es *überhaupt keine* Verbandskompetenznormen über einen Maßnahmetyp ‚politische Willensbildung‘ gibt; ‚politische Willensbildung‘ als solche wie auch ihr Ausdruck in Debatten, Anregungen oder schlichten Parlamentsbeschlüssen gehört nach der überwiegenden Auffassung in der grundgesetzlichen Verfassungsrechtswissenschaft schlicht *nicht* zur Zuteilungsmasse des Kompetenzrechts.<sup>4344</sup> Föderalen Trägern – nicht aber Gemeinden<sup>4345</sup> – wird insoweit ein verbandskompetenzfreies allgemein-politisches Mandat zugesprochen.<sup>4346</sup> Das allgemein-politische Mandat deckt allerdings nur die schlichte parlamentarische Befassung mit einem Thema ab, während etwa parlamentarische Kontroll- und

<sup>4344</sup> Vgl. für das grundgesetzliche Verfassungsrecht: *P. Lerche*, Aktuelle föderalistische Verfassungsfragen, München 1968, S. 28 f.; vgl. auch *M. Kloepper*, ZRP 1978, 121 (123): Bund bzw. Länder dürfen auch im Bereich von Verbandskompetenzen der jeweils anderen Seite Untersuchungen anstellen und politische Meinungsäußerungen abgeben, seien dabei aber wegen des Grundsatzes der Bundestreue an das Gebot gegenseitiger Rücksichtnahme gebunden (woraus etwa prozedurale Beteiligungsrechte der anderen Seite folgen könnten); zusammenfassend-referierend zum Meinungsstreit *M. Heintzen*, NJW 1990, 1448 (1449), welcher es – jeweils m.w.N. – als „[h]. M.“ bezeichnet, bei bloßen Anregungen (vgl. dazu BVerfGE 22, 180 [216] – Jugendhilfe – s.o. in Fn. 4341), bei schlichten Parlamentsbeschlüssen, bei allgemeinen Empfehlungen und Hinweisen sowie bei Meinungsäußerungen im Parlament oder den Medien von einem „verbandskompetenzfreien Raum“ auszugehen; vgl. auch *A. v. Komorowski*, Der Staat 37 (1998), 122 (136) m.w.N., nach welchem die „wohl noch herrschende Meinung in der Literatur verneint“, dass es eine Bindung von „parlamentarische[n] Debatten und schlichte[n] Parlamentsbeschlüsse[n]“ an die „Kompetenzordnung“ gebe; deutlich auch *J. Isensee*, in: ders./P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VI, 3. Aufl., Heidelberg 2008, § 133, Rn. 112: „Das Politische, soweit es sich noch nicht zur verbindlichen Entscheidung verdichtet und nicht Verwaltungsmittel beansprucht, kann sich kompetenzfrei entfalten“; und *C. Möllers*, Staat als Argument, 2. Aufl., Tübingen 2011, S. 364: „politische Willensbildung bezieht sich auch nicht auf den Kompetenzkatalog des Grundgesetzes“; anders (also gegen die Verbandskompetenzfreiheit) hingegen *J. Masing*, Parlamentarische Untersuchungen privater Sachverhalte, Tübingen 1998, S. 118 f.; *J. Pietzcker* in: *J. Isensee/P. Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VI, 3. Aufl., Heidelberg 2008, § 134, Rn. 28 f. Masing und Pietzcker weisen freilich jeweils darauf hin, dass letztlich ein *praktisch* unbegrenztes parlamentarisches Erörterungsrecht gegeben sei, weil sich in den allermeisten Fällen Anknüpfungspunkte der Erörterungen zu bestimmten Verbandskompetenzen ergeben.

<sup>4345</sup> Auch dies ist freilich umstritten: Nach der Rechtsprechung steht den deutschen Kommunen ein allgemein-politisches Mandat gerade nicht zu, BVerwGE 87, 228 (231) – „Atomwaffenfreie Zone“ München: „Die Gemeinde erlangt jedoch aus Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG nur ein kommunalpolitisches, kein allgemeines politisches Mandat (BVerfGE 79, 127 [147]; fernher 8, 122 [134])“; anders aber etwa *A. v. Komorowski*, Der Staat 37 (1998), 122 ff.

<sup>4346</sup> *J. Isensee*, in: ders./P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VI, 3. Aufl., Heidelberg 2008, § 133, Rn. 112; *C. Möllers*, Staat als Argument, 2. Aufl., Tübingen 2011, S. 363 f.; etwas anders *M. Boewe*, Die parlamentarische Befassungskompetenz unter dem Grundgesetz. Eine Untersuchung zum allgemeinpolitischen Mandat von Volksvertretungen, Berlin 2001, S. 47 f., welcher zwar ein allgemein-politisches Mandat der Parlamente bejaht, für dieses allerdings (ungeschriebene) Verbandskompetenzen fordert.

Untersuchungstätigkeit, z. B. in Untersuchungsausschüssen, verbandskompetenzielle Grenzen zu beachten hat. Auch für planmäßige Informationskampagnen, die mit Einsatz von Geld- und Verwaltungsmitteln und mit Außenwirkung ein einseitig festgelegtes Ziel verfolgen, werden verbandskompetenzielle Grenzen in Betracht gezogen.<sup>4347</sup> Vor diesem Maßstab ist es sicherlich nicht ganz eindeutig, ob man die vom Zweiten Senat des Bundesverfassungsgerichts invalidierten Volksbefragungsgesetze Bremens und Hamburgs noch unter das verbandskompetenzfreie allgemeinpolitische Mandat fassen könnte. Es lässt sich nur spekulieren, ob der Zweite Senat diese Beschränkung des allgemein-politischen Mandats der Länder auch für einen sog. schlichten *Parlamentsbeschluss* eines Landesparlaments ausgesprochen hätte, ob das Judikat also eine Schlagseite gerade gegen *direkt*-demokratische Willensbildung hat.

Die bundesverfassungsgerichtliche Invalidierung der Volksbefragungsgesetze Bremens und Hamburgs war un-demokratisch. Die Zuschreibung des allgemeinpolitischen Mandats steht in einem engen Zusammenhang mit dem etatistischen Topos ‚virtuelle Allzuständigkeit des Staates‘ (s. o. I. 3. b) bb)) und mit dem von Carl Schmitt aus dem ‚Bund‘ gefolgerten „Recht auf eigene Politik“, welches jedem Bundesmitglied zustehe (s. o. § 2, C. II. 1. a) dd) (2)); es lässt sich aber auch ‚demo(i)kratie‘-theoretisch re-formulieren: Christoph Möllers spricht davon, dass im allgemein-politischen Mandat der föderalen Träger (zusätzlich zur formellen Gesetzgebung und zu Ernennung von Beamten) deren bundesverfassungsrechtlich vorgesehene „normative Demokratiefähigkeit“, welche in der Unabgeleitetheit der demokratischen Legitimationsstrukturen föderaler Träger wurzele, zum Ausdruck komme.<sup>4348</sup> Parlaments-theoretisch argumentiert Alexis v. Komorowski für ein verbandskompetenzfreies allgemein-politisches Mandat in der „gegliederten Demokratie“; er stellt hierzu unter dem Stichwort der „Ko-Responsivität“ darauf ab, dass sich parlamentarische und außer-parlamentarische Willensbildung verzahnen und gegenseitig animieren.<sup>4349</sup> Die Argumentation mit den „verfassungsrechtlich vorgegebenen Funktionen der Parlamente“<sup>4350</sup> ist in v. Komorowskis Logik der Ko-Responsivität also vor allem ein ‚demokratie‘-theoretisches Argument: Er hebt die „spezifisch demokratische Kommunikationsfunktion“<sup>4351</sup> in der parlamentarischen

<sup>4347</sup> Vgl. M. Heintzen, NJW 1990, 1448 (1449).

<sup>4348</sup> C. Möllers, Staat als Argument, 2. Aufl., Tübingen 2011, S. 363 f.; beachte ferner, dass ders., a. a. O., S. XXXIV, andenkt, ob die Kategorie der „normativen Demokratiefähigkeit“ letztlich nicht auch auf „andere Formen der Legitimation, soweit sie egalitär fundiert sind, wie die kommunale Selbstverwaltung“, anzuwenden sein müsste, dann also über den Kreis der föderalen Träger (in Deutschland: Bund und Länder) hinausginge.

<sup>4349</sup> A. v. Komorowski, Der Staat 37 (1998), 122 (138 f.), mit Hinweisen auf Konrad Hesse und Karl Marx; daran anschließend M. Boewe, Die parlamentarische Befassungskompetenz unter dem Grundgesetz. Eine Untersuchung zum allgemeinpolitischen Mandat von Volksvertretungen, Berlin 2001, S. 24, 85 ff.

<sup>4350</sup> A. v. Komorowski, Der Staat 37 (1998), 122 (137 ff.), unter Hinweis auf P. Lerche, Aktuelle föderalistische Verfassungsfragen, München 1968, S. 28.

<sup>4351</sup> A. v. Komorowski, Der Staat 37 (1998), 122 (145).

Demokratie hervor. In einer Demokratie spricht dann sicherlich sehr viel dafür, diese Kommunikationsfunktion in jeder der Teil-Demokratien rechtlich ‚unbehelligt‘ gedeihen zu lassen.<sup>4352</sup> Demokratisch-föderale Träger haben es eben auszuhalten, dass auch andere demokratisch-föderale Träger in ihren Parlamenten die Bürgerinnen und Bürger und die (para-)demokratische Öffentlichkeit adressieren; umgekehrt ist es Bürgerinnen und Bürger zuzumuten, dass sie von verschiedenen Parlamenten zu ein und demselben Thema adressiert werden. Freilich bleiben auch Bedenken: Es könnte jedenfalls *unklug* sein, parlamentarisch-demokratisch-korrespondive Willensbildung in Bereichen zu forcieren, in denen von vorneherein die (unmittelbare) Folgenlosigkeit dieses Unterfangens feststeht, weil der föderale Träger schlicht keine Kompetenzen hat, in dem betreffenden Sachbereich dann auch *tätig* zu werden.<sup>4353</sup> Die Frage ist also, ob „Willensbildung allein des Diskurses wegen [...] überflüssig [ist und daher ...] unzulässig“ sein sollte.<sup>4354</sup> Die Frage nach der Überflüssigkeit stellt als politische ‚Klugheits‘-Frage eine Zumutung dar, zu deren Bewältigung das Föderalismusverfassungsrecht (abgesehen vielleicht von evidenten Missbrauchsfällen<sup>4355</sup>) nichts beitragen kann; sie ist nur in konkreten politischen Konstellationen zu beantworten; die Frage sollte nicht gerichtlich, sondern von den Parlamenten selbst entschieden werden. Hier judikative Lösungen zu erwarten, zeugt in einer Demokratie von einem falschen Bedürfnis (s. o. aa)).

#### cc) Demoikratische ‚Willensfreiheit‘ durch *accountability*-Klarheit?

Vorstehend wurden – fehlgeleitete – Abgrenzungsbedürfnisse im verbandskompetenzfreien Raum der bloßen politischen Befassung mit Themen untersucht; nunmehr soll es um Abgrenzungsbedürfnisse bei *rechtserheblichen* Maßnahmen (parlamentarische Untersuchungen, Rechtsetzung, Gesetzesvollzug, Finanzierung von Vorhaben, etc.) gehen; damit ist die Zuteilungsmasse des Rechts der Verbandszuständigkeiten (von Verbandskompetenzen und -ingerenzen – s. o. § 4, A. I. u. II.) betroffen. Solche Maßnahmen setzen zwingend die Verbandszuständigkeit der handelnden Stelle voraus. Abgrenzungs- und Zurechnungsschwierigkeiten hin-

<sup>4352</sup> Vgl. A. v. Komorowski, Der Staat 37 (1998), 122 (144 f.), welcher auch die kommunale Ebene als Bestandteil der „gegliederten Demokratie“ einbezieht.

<sup>4353</sup> Vgl. zu dem grundlegenden Problem, dass „[d]emokratische Legitimation [...] in verantwortete Handlungen münden [soll]“, C. Möllers, Demokratie – Zumutungen und Versprechen, Berlin 2008, S. 58 f., am ‚klassischen‘ Beispiel, dass es nicht sinnvoll wäre, für den grundgesetzlichen Bundespräsidenten bei seiner jetzigen schwachen kompetenziellen Stellung eine demokratische Direktwahl einzuführen.

<sup>4354</sup> Frage gestellt (und negativ beantwortet) von M. Boewe, Die parlamentarische Befassungskompetenz unter dem Grundgesetz. Eine Untersuchung zum allgemeinspolitischen Mandat von Volksvertretungen, Berlin 2001, S. 116 ff. Boewe geht – zutreffend – von einem Eigenwert des parlamentarisch-demokratischen Diskurses aus.

<sup>4355</sup> Vgl. A. v. Komorowski, Der Staat 37 (1998), 122 (145 f.), am Beispiel der Proklamation einer Gemeinde zur atomwaffenfreien Zone als „Scherzerklärung“ – das Problem liegt hier aber sicherlich weniger im von der Gemeinde behandelten Thema, als vielmehr in der gewählten (oder er-lesenen[?]) Form.



sichtlich der hinter solchen Maßnahmen liegenden *politischen* Entscheidungen können allerdings auch hier entstehen, da es das Recht der Verbandszuständigkeiten nicht vermag, vollständig ‚verlustfrei‘ Politik in rechtliche Kategorien zu übersetzen – es verbleiben Unschärfen, Überlappungen und Friktionen durch Interdependenzen von Maßnahmen verschiedener Zuständigkeitsträger. Das Paradebeispiel hierfür sind inhaltlich bedingte Finanzhilfen (*conditional spending*, ‚goldene Zügel‘ – s. o. § 6, A. IV. 1. c)): Die finanzierende Stelle (mit Ausgabenzuständigkeit) setzt Anreize für die finanziell unterstützte Stelle (mit Sachzuständigkeit nach außen), wie Letztere ihre Zuständigkeit wahrzunehmen hat, falls sie in den Genuss der in Aussicht gestellten Mittel kommen möchte. Obschon das Bedürfnis nach klaren Abgrenzungen hinsichtlich der Akteure, Gegenstände, Mittel und Wege von Entscheidungsprozessen im Bereich der rechtserheblichen Maßnahmen – nicht zuletzt auch aus rechtsstaatlichen Gründen – größer ist als beim allgemein-politischen Mandat, gilt auch hier Steffen Augsbergs oben zitierte Warnung vor falsch verstandenen Reinheitspostulaten (s. o. 2. b) ee)). Dies gilt umso mehr, wenn man sich vor Augen führt, dass die Anerkennung etwaiger Reinheitspostulate in Gestalt von gerichtlich durchsetzbarer Dogmatik in nicht unerheblichem Ausmaß Macht auf Gerichte transferiert.

Tatsächlich wurden oben zahlreiche Beispiele für gerichtlich durchsetzbare Dogmatik zur Sicherung von politischer Verantwortungsklarheit (*„accountability“*) beschrieben; das gerichtliche Bemühen um politische Verantwortungsklarheit kennt einen anthropomorphen Grund-Topos: ‚Willensfreiheit‘. Dieser Topos, eine wirkungsstarke Aktualisierung des Postulats der ‚föderalen Würde‘ der föderalen Träger, begegnete bei drei der oben ausgewerteten dogmatischen Fallgruppen zu Verbandsgrundrechtspositionen der föderierten Einheiten: *erstens* bei den Grenzen von bundesrechtlichen Verpflichtungen der föderierten Einheiten zur Gesetzgebung (*„legislative commandeering“* – s. o. § 6, A. I. 2. a)), *zweitens* bei den Grenzen von bundesrechtlichen Verpflichtungen der föderierten Einheiten zu bestimmtem Verwaltungshandeln (*„executive commandeering“* – s. o. § 6, A. II. 2. a)) und – *drittens* – bei den Grenzen von inhaltlich bedingten Bundesfinanzhilfen für die föderierten Einheiten (*conditional spending*, ‚goldene Zügel‘ – s. o. § 6, A. IV. 2. b)).

Im US-amerikanischen Recht begegnet das Schlagwort *„accountability“* ausdrücklich an prominenten Stellen der Mehrheitsvoten zu allen einschlägigen Leitentscheidungen zu den drei erwähnten Fallgruppen:<sup>4356</sup> Es bezeichnet dort die (nach

<sup>4356</sup> Zum *„accountability“*-Argument gegen das *legislative commandeering* s. *New York v. United States*, 505 U.S. 144 (1992), 168: *„where the Federal Government compels States to regulate, the accountability of both state and federal officials is diminished“*; *Murphy v. National Collegiate Athletic Association*, 584 U.S. \_\_\_\_ (2018), *slip op.*, 17 f.: *„the anticommandeering rule promotes political accountability“*.

Zum *„accountability“*-Argument gegen das *executive commandeering* s. *Printz v. United States*, 521 U.S. 898 (1997), 920: *„The Constitution thus contemplates that a State’s government will represent and remain accountable to its own citizens“*.

Zum *„accountability“*-Argument gegen ‚goldene Zügel‘ s. *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, 567 U.S. 519 (2012), 578: *„Spending Clause programs do not*

außen erkennbare) Zurechenbarkeit von Entscheidungen zu Entscheidungsträgerinnen und Entscheidungsträgern; die Erkennbarkeit dieser Zurechnungsstrukturen soll die Grundlage dafür sein, dass Entscheidungsträgerinnen und Entscheidungsträger für ihre Entscheidungen politisch zur Verantwortung gezogen werden können (beispielsweise durch die wahlberechtigte Bevölkerung in Gestalt der Verweigerung einer Wiederwahl). Beim *commandeering* und bei inhaltlich bedingten Bundesfinanzhilfen sind die Entscheidungsstrukturen komplex, da es nicht bei einer bloßen binären Zuordnung bleibt, sondern mit der Bundesebene eine weitere Instanz im Spiel ist, welche die förderierten Einheiten als ‚Entscheidungsträgerinnen‘ zu bestimmten ‚Entscheidungen‘ (Maßnahmen) zwingt bzw. diese jedenfalls anreizt (und somit die ‚eigentliche‘ Entscheidungsträgerin ist, ohne dass dies nach außen deutlich sichtbar würde). Ziel der einschlägigen Dogmatiken ist es, solche Verkomplizierungen und Verdunkelungen politischer Verantwortlichkeiten – ganz im Sinne des (unterkomplexen) Modells des Trennungsföderalismus (*dual federalism* – s.o. § 2, B. IV. 1.) – zu unterbinden, insbesondere um informierte Wahlentscheidungen im repräsentativ-demokratischen Geschäft zu ermöglichen. Die Rechtsprechung tritt dergestalt als (angebliche) Ermöglicherin von demokratischem Föderalismus auf.

Während das Argument der *accountability*-Klarheit im US-amerikanischen Föderalismusverfassungsrecht sehr prominent ist, begegnet es unter dem Grundgesetz in dieser Ausdrücklichkeit deutlich weniger häufig: Zwar gibt es, wie oben detailliert vorgestellt wurde, funktional äquivalente und inhaltlich teilweise durchaus ähnliche Dogmatikkomplexe zum Schutz der ‚Willensfreiheit‘ der deutschen Länder im Bereich der Legislativ- und Ausgabenautonomie (s.o. § 6, A. I. 3. u. § 6, A. IV. 3.). Starke inhaltliche Unterschiede zeigen sich jedoch von vorneherein beim Administrativföderalismus: Bundesgesetzliche Pflichten der Länder zu einem bestimmten Verwaltungshandeln sind schließlich geradezu das Leitbild des deutschen Verschränkungs-föderalismus – die Verfassung selbst fordert in Art. 83 GG *accountability*-Unklarheit insoweit gewissermaßen ein. Im Bereich des Legislativföderalismus (bundesgesetzliche Pflichten der Länder zur Gesetzgebung?) und des Finanzverfassungsrechts (Programmierung der Länder über goldene Zügel?), in denen die Dogmatiken inhaltlich näher an ihren US-amerikanischen Pendanten sind, wird die ‚demokratie‘-theoretische Argumentation meist nicht sonderlich hervorgehoben, sondern eher etatistisch argumentiert.<sup>4357</sup>

---

*pose this danger when a State has a legitimate choice whether to accept the federal conditions in exchange for federal funds. In such a situation, state officials can fairly be held politically accountable for choosing to accept or refuse the federal offer. But when the State has no choice, the Federal Government can achieve its objectives without accountability, just as in New York and Printz.“*

<sup>4357</sup> Vgl. beispielsweise die Argumentationen dazu, dass im Rahmen von Art. 71 GG keine bundesrechtlichen Verpflichtungen zur Gesetzgebung für den Landesgesetzgeber ausgesprochen werden dürfen, oben § 6, A. I. 3. b). Beachte allerdings etwa folgende Äußerungen zur legislativen Willensfreiheit der Länder bei der früheren Rahmengesetzgebungskompetenz in BVerfGE 4, 115 (140) – Besoldungsgesetz von Nordrhein-Westfalen: „Gegenüber den Wünschen der Beamtenschaft müssen [die Länder] selbst verantworten, was der Finanzkraft des

Aus ‚demokratie‘-theoretischer Perspektive und mit Blick auf das Zusammenspiel der föderalismusverfassungsrechtlichen Wirkungsdimensionen *judicial review federalism* und *popular federalism* (s.o. § 8, B. II., III. u. C. I. 2. c)) besonders bemerkenswert ist der oben vorgestellte Finanzierungsmechanismus des ‚Gute KiTa-Gesetzes‘ (KiQuTG) aus dem Jahr 2018. Dieser stellt zwar keine konditionierte Bundesfinanzhilfe im technischen Sinn der Art. 104b ff. GG dar, lässt sich aber als funktional äquivalente Umgehungskonstruktion beschreiben: Die Umsatzsteuerneuverteilung zu Gunsten der Länder wird unter die Bedingung gestellt, dass sich alle Länder vertraglich zu bestimmten sachpolitischen Maßnahmen zur KiTa-Förderung verpflichten (näher oben § 6, A. IV. 3. d)). Im Schrifttum wird teilweise von der Verfassungsmäßigkeit des ‚Gute-KiTa‘-Arrangements ausgegangen mit dem Argument, die Kooperationsverträge nach dem KiQuTG seien „bloß politisch verbindliche, nicht aber [...] rechtsverbindliche Vereinbarungen“ (Stephan Rixen).<sup>4358</sup> Es würden keine gerichtlich einklagbaren Pflichten begründet. Andererseits beobachtet Rixen jedoch, dass „[d]er Bund [...] ersichtlich davon aus[gehe], dass es sich die Länder aus Gründen der politischen Glaubwürdigkeit und der drohenden medialen Skandalisierung nicht leisten können, die zugesagten Maßnahmen nicht zu ergreifen“. <sup>4359</sup> Hier wird deutlich, dass die faktische Zwangswirkung von inhaltlich bedingten Finanzierungsinstrumenten sich nicht nur aus der Höhe der in Aussicht gestellten (Lock-)Mittel, sondern auch aus der Popularität der zu fördernden Sachpolitik und damit durchaus aus der Wirkungslogik (para-)demokratischer Willensbildung ergeben kann. Zu bemerken ist freilich, dass die (para-)demokratische Öffentlichkeit in dieser Konstellation wohl gerade nicht als ‚*safeguard of federalism*‘ (hierzu oben § 3, C.), sondern als Verfechterin einer bestimmten (populären) Sachpolitik (KiTa-Förderung) auftreten würde. Weiter schildert Rixen, dass der Bund diese mediale Druckwirkung noch verstärken könnte, indem er in bestimmter Weise von den ihm im ‚Gute-KiTa-Gesetz‘ explizit eingeräumten Kompetenzen zur Öffentlichkeitsarbeit Gebrauch macht (vgl. § 5 Nr. 1 lit. d KiQuTG).<sup>4360</sup> Dies ließe sich einerseits als bewusste Forcierung öffentlichkeitsbezogener Zwangswirkungen charakterisieren. Andererseits kann man darin aber auch Bemühungen um eine Steigerung von *accountability*-Transparenz erkennen, wobei dies freilich von der konkreten Art und Weise und den Inhalten der „öffentlichkeitswirksamen Maßnahmen“ im Sinn des § 5 Nr. 1 lit. d KiQuTG abhängen würde. Insgesamt wird der (para-)demokratischen Öffentlichkeit im Finanzierungsmechanismus des ‚Gute-

---

Landes entspricht. Dieser Pflicht genügen sie nicht, wenn sie den Bund veranlassen, seinerseits durch gesetzgeberische Maßnahmen die Freiheit ihrer Entscheidung zu beschränken.“ Beachte auch die apodiktische, nicht ‚demokratie‘-theoretisch unterfütterte, Erwähnung von „Verantwortungssphären“ in BVerfGE 111, 226 (274) – Juniorprofessur – zu diesen Textstellen auch bereits oben § 6, A. I. 3. a).

<sup>4358</sup> S. Rixen, NVwZ 2019, 432 (438, sowie 435).

<sup>4359</sup> S. Rixen, NVwZ 2019, 432 (435).

<sup>4360</sup> S. Rixen, NVwZ 2019, 432 (435).

KiTa-Gesetzes‘ jedenfalls eine tendenziell aktivere Rolle zugedacht; sie soll mehr sein als eine blinde Beobachterin der Bund-Länder-Kooperationen.

Eben dieses Bild von der (para-)demokratischen Öffentlichkeit als einer blinden Beobachterin, welche die Verschränkung von Verantwortungslinien in Arrangements wie dem *conditional spending* nicht erkennen könne, liegt hinter den angesprochenen Dogmatikkomplexen des *U.S. Supreme Court*. Doch auch in den USA ist die Valenz des Arguments der *accountability*-Klarheit als Rechtfertigung für die genannten Dogmatikkomplexe nicht unumstritten. Zeugnis der einschlägigen Streitigkeiten sind die von Ruth Bader Ginsburg verfassten abweichenden Sondervoten zu *Murphy v. National Collegiate Athletic Association* (2018 – s.o. § 6, A. I. 2. a)<sup>4361</sup> sowie insbesondere zu *National Federation of Independent Business v. Sebelius* (2012 – § 6, A. IV. 2. b) u. § 11, C. II. 1.): Im letztgenannten Sondervotum zeichnet Ginsburg ein komplexeres, anspruchsvolleres Bild der Wirkungsdimension ‚(para-)demokratische Öffentlichkeit‘. Sie betrachtet Wählerinnen und Wähler in einer aktiven und ‚aufgeklärten‘ Position, wenn sie diesen durchaus zutraut (und: zumutet), die Verschränkungsstrukturen von *conditional spending*-Mechanismen zu durchschauen. So sei es möglich, dass Wählerinnen und Wähler erkennen könnten, dass die Bundesebene über inhaltlich bedingte Finanzhilfen Einfluss auf das Handeln der Einzelstaaten nehme, und dennoch das entsprechend angereizte Handeln (insgesamt) befürworten würden.<sup>4362</sup> Ginsburg sieht Wählerinnen und Wähler potenziell in der Lage, die sachpolitische Dimension (z. B. Gesundheitsreform) und die finanz- sowie föderalismusverfassungsrechtliche Dimension (*top-down*-Anreizstrukturen) jeweils angemessen zu erfassen und ein informiertes Gesamt-Urteil darüber zu bilden, ob sie die Maßnahme befürworten oder nicht, und ihr Wahlverhalten daran auszurichten. Wählerinnen und Wähler lassen in dieser Sichtweise nicht nur die Bewertung der sachpolitischen Maßnahmen, sondern auch die Bewertung der finanzpolitischen Entscheidungen der Verantwortlichen auf den verschiedenen föderalen Ebenen (einschließlich von Anreizstrukturen) in ihre politische Willensbildung einfließen. Im Sinn von *judicial (self-)restraint* sei es daher nicht Aufgabe der Gerichte, über unzulässige faktische Zwangswirkungen solcher finanzpolitischer

---

<sup>4361</sup> In ihrem *Murphy*-Sondervotum weist Ginsburg darauf hin, dass in der dem Fall zu Grunde liegenden besonderen Konstellation kein Problem der *accountability*-Klarheit bestehe, da es um die Erzwingung von gesetzgeberischem Unterlassen (nicht von gesetzgeberischem Tätigwerden) gehe; vgl. *Murphy v. National Collegiate Athletic Association*, 584 U.S. \_\_\_\_ (2018) – Sondervotum Justice Ginsburg, *slip op.*, 2: „the accountability concern that gave birth to the anticommandeering doctrine is not implicated in any federal proscription other than the bans on States’ authorizing and licensing sports-gambling schemes. The concern triggering the doctrine arises only, where the Federal Government compels States to regulate’ or to enforce federal law, thereby creating the appearance that state officials are responsible for policies Congress forced them to enact“.

<sup>4362</sup> Vgl. *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, 567 U.S. 519 (2012), 643 f. – Sondervotum Justice Ginsburg: „Or that the coercion state officials in fact fear is punishment at the ballot box for turning down a politically popular federal grant?“

Anreize zu entscheiden (näher § 11, C. II. 1.),<sup>4363</sup> sondern Sache des demokratischen Willensbildungsprozesses (also der Wirkungsdimensionen ‚nicht-judikative Praxis‘ und ‚[para-]demokratische Öffentlichkeit‘).

Angesichts des diffusen Charakters und der schwierigen empirischen Erfassbarkeit der Wirkungsdimension ‚(para-)demokratische Öffentlichkeit‘ (s. o. § 8, B. II. 1. a) u. 2. a)), bleiben hier freilich Fragen offen, welche schon aus methodologischen Gründen nicht in dieser Studie beantwortet werden können (Räumen Wählerinnen und Wähler föderalismusverfassungsrechtlichen Aspekten im Rahmen ihrer Willensbildung, z. B. über die Bewertung eines *conditional spending*-Arrangements, überhaupt eine relevante Position ein oder sind sachpolitische Präferenzen klar bestimmend? – s. o. § 8, B. II. 2. a)). Jedenfalls aber verdeutlichen die angestellten Beobachtungen zum ‚Gute KiTa-Gesetz‘ wie auch die abweichenden Sondervoten von Ginsburg, dass traditionelle Argumentationen mit *accountability*-Klarheit und ‚Willensfreiheit‘ gegen föderalismusverfassungsrechtliche Verschränkungsmechanismen zu unterkomplexen Behauptungen tendieren. Jedenfalls nehmen sie das Kernproblem (die Zumutung) der Demokratie nicht in anspruchsvoller Weise ernst, weshalb der Topos der ‚Willensfreiheit‘ von Ginsburg im *Sebelius*-Sondervotum ironisiert und in seiner Unbeherrschbarkeit und Willkür ausgestellt wird (s. oben § 11, C. II. 1.): Ginsburg legt offen, dass ‚Demokratie‘ stets mit Zwangslagen zu tun hat, wenn sie fragt: „*Does it matter [...] that the coercion state officials in fact fear is punishment at the ballot box for turning down a politically popular federal grant?*“<sup>4364</sup> Demokratie verlangt von politischen Akteuren, von para-demokratischen Potenzen und von Individuen, dass sich diese zu von ihnen vor-gefundenen Vorstrukturierungen und politischen Angeboten verhalten (etwa zu Wahlprogrammen politischer Parteien oder Einzelkandidatinnen und -kandidaten, zur Fraktionsdisziplin, zum herrschenden Meinungsbild in der Ministerpräsidentinnen- und -präsidentenkonferenz).<sup>4365</sup> Mit Druck und Zwangslagen umgehen zu müssen, gehört zur Demokratie unhintergebar dazu<sup>4366</sup>, da ‚wir‘ eben „weder allein auf der Welt noch

---

<sup>4363</sup> Vgl. *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, 567 U.S. 519 (2012), 644 – Sondervotum Justice Ginsburg: „*The coercion inquiry [...] appears to involve political judgments that defy judicial calculation.*“

<sup>4364</sup> *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, 567 U.S. 519 (2012), 643 f. – Sondervotum Justice Ginsburg – näher oben § 6, A. IV. 2. b) u. § 11, C. II. 1.

<sup>4365</sup> Vgl. C. Möllers, *Demokratie – Zumutungen und Versprechen*, Berlin 2008, S. 30 f., 40 f.

<sup>4366</sup> Deutlich zur Sprache gekommen etwa in der mündlichen Verhandlung zur *anti-commandeering*-Entscheidung *New York v. United States*, 505 U.S. 144 (1992 – s. o. § 6, A. I. 2. a)), wie der folgende Dialog zwischen Mr. Schiff, dem Prozessvertreter New Yorks, und einem (unbenannten) Mitglied des *U.S. Supreme Court* um ‚*accountability*‘-Klarheit als „Traumwelt“ zeigt (zitiert nach M. D. Adler/S. F. Kreimer, *Supreme Court Review* 1998, 71 [134, dort in Fn. 186]):

„MR. SCHIFF: [...] *The majority of this Court in FERC [einem früheren Fall] made it quite clear that the state had a choice. It didn't really have to do what that act of Congress required it to do because it didn't have to regulate public utilities, while –*

wichtiger als die anderen sind“<sup>4367</sup> (s. bereits oben 1. c) bb) u. 2. b) ff)) – dies gilt erst recht in einer Demoikratie, in welcher die politischen Vor-Strukturierungen eben noch komplexer und die politischen Angebote noch vielfältiger ausfallen als in einer unitarischen Demokratie. Dafür gibt es in einer Demoikratie aber eben auch mehr Gelegenheiten (‚Orte‘ und ‚Momente‘) für die gestaltende Fortentwicklung solcher Strukturen und Angebote.<sup>4368</sup> Demoikratische ‚Willens‘-Bildung ist als eine gestei-  
gerte Zumutung gedacht, was – unter dem Postulat ‚demoikratischer Bundestreue‘ – allen Beteiligten viel abverlangt (dazu oben 2. b) ff)); judikative ‚Willens‘-Korrek-  
turen mögen in einer Demoikratie daher im Zweifel im Sinne von *judicial (self-) restraint* zurückhaltend gebraucht werden<sup>4369</sup>.

---

*QUESTION: Well, you know that it, you know that's a, just a dream world .... What are the underlying values that you're trying to further by the Tenth Amendment argument that you urge upon us? Is it, is this simply just a matter of etiquette and form, the etiquette of federalism, or is there something more substantial?“*

<sup>4367</sup> Vgl. C. Möllers, Demokratie – Zumutungen und Versprechen, Berlin 2008, S. 117.

<sup>4368</sup> An diesen Gedanken des Produktivmachens und Gestaltens von Abhängigkeiten in einer Demoikratie knüpft der oben detailliert untersuchte Ansatz „*uncooperative federalism*“ von J. Bulman-Pozen/H. K. Gerken, Yale L. J. 118 (2009), 1256, mit dem komplexen Bild des „Dieners“ an (s.o. § 6, C. II.), vgl. a. a. O. (1270): In ihrer Rolle als „Diener“ in föderalen Verschränkungsarrangements würden die Einzelstaaten „zwei Herren“ dienen, der Bundesebene und ihren Bürgerinnen und Bürgern; hierdurch erhalten sie politische Macht (Rückhalt), um *dissent* in Verflechtungsstrukturen zu üben.

<sup>4369</sup> Das muss nicht heißen, der Rechtsprechung in diesem Bereich jegliche Rolle zu versagen: So kann es beispielsweise naheliegen, demo(i)kratischen Föderalismus im Sinn eines – oben mehrfach angerissenen – ‚föderalen Parlamentsvorbehalts‘ zu stärken (s.o. § 6, A. IV. 2. a) u. § 6, A. IV. 3. b) sowie § 8, C. I. 2. b) bb)). Vgl. außerdem den – freilich unscharfen – Vorschlag von M. C. Dorf/C. F. Sabel, Colum. L. Rev. 98 (1998), 267 (423 ff.), welche – vor der Folie ihres ‚*democratic experimentalism*‘-Ansatzes (s.o. I. d)) – die *anti-commandeering*-Entscheidung *New York v. United States*, 505 U.S. 144 (1992 – s.o. § 6, A. I. 2. a)), zum Anlass nehmen, um statt des formalistischen ‚Würde‘-zentrierten Ansatzes der Gerichtsmehrheit (mit der simplifizierenden Frage: ‚Gibt es eine verbindliche bundesgesetzliche Vorgabe der Bundesebene zur Rechtsetzung durch die Einzelstaaten [dann ist diese schon deshalb zwingend verfassungswidrig] oder nicht [dann nicht verfassungswidrig]?‘) darauf abstellen wollen, ob sich – bei einer funktionalistischen Betrachtung – ergibt, dass bundesgesetzliche Verschränkungsarrangements den Einzelstaaten *trotz verbindlicher* bundesgesetzlicher *Zielvorgaben* noch hinreichende *Ausgestaltungsspielräume* belassen oder nicht, ob die Einzelstaaten als „Partner“ der Bundesebene begriffen werden oder nicht; vgl. auch die ähnlich ausgerichtete (funktionalistische) und ähnlich unscharfe Suche nach Alternativen zur *anti-commandeering*-Dogmatik bei M. D. Adler, *Annals of the American Academy for Political and Social Science* 574 (2001), 158 (168 ff.).

## C. Fazit und Ausblick: Freiheit, Demo(i)kratie – Lesen

### I. Fazit: ideenpolitische „Fülle“<sup>4370</sup> in der anthropomorphen *blackbox*

Vorstehend fand eine metonymische Dekonstruktion von föderalismusverfassungsrechtsdogmatischen Anthropomorphismen statt. Die Generaltopoi ‚föderale Würde‘ und ‚föderale Treue‘ wurden rhetorikanalytisch zer-gliedert, um ideenpolitische Cluster und Tendenzen innerhalb der anthropomorphen *blackbox*<sup>4371</sup> offenzulegen. Hinter Argumentationen mit Verbandsgrundrechtspositionen wie ‚state dignity‘ und ‚Bundestreue‘ trat anthropomorphes Material aus drei ideenpolitischen Material-Clustern – ‚Staat‘, ‚Freiheit‘ und ‚Demo(i)kratie‘ – zu Tage:

Das anthropomorphe Argumentieren mit ‚Staatlichkeit‘ kann insbesondere vor-demokratischen („sovereign immunity“)<sup>4372</sup>, traditionalistischen („historic police powers“)<sup>4373</sup>, holistischen („virtuelle Allzuständigkeit“)<sup>4374</sup> oder vitalistischen („kollektive Existenz“)<sup>4375</sup> Impetus aufweisen. In einer Gesamtschau erscheinen föderierte Einheiten insoweit als „eifersüchtige“<sup>4376</sup> „Staaten ohne Ernstfall“<sup>4377</sup>, begriffen im „Spiel“ in einer „post-souveränen“ Welt.<sup>4378</sup> Die Instrumentalisierbarkeit des föderalen Prinzips wird bei diesem ideenpolitischen „Spiel“ mit dem Ektismus noch zugespitzt.

Beim anthropomorphen Argumentieren mit ‚Freiheit‘ gewinnt das rhetorische „Spiel“ an akutem Individualbezug; es wird von ‚real‘-weltlichen Individuen (von Strafverfolgten, Meinungsäußernden, Abgabepflichtigen, Studienbewerberinnen und Studienbewerbern, Heiratswilligen, Mieterinnen und Mietern) – ggf. auch mit Blick auf Positionen kollektiver Freiheit – abwehrend oder ermächtigend in Stellung gebracht. Sowohl Individualgrundrechtsschutz wie auch Gewaltenteilung können als Katalysatoren von föderalen ‚Treue‘- und ‚Würde‘-Positionen fungieren: So mag – dies ist der ‚Klassiker‘ – negative individuelle Freiheit reflexartig-automatisch von der Herrschaftsbeschränkung durch Verbandskompetenzrecht profitieren (als ‚kon-

<sup>4370</sup> „Fülle“ („profusion“) wie bei J. Halley, in: E. S. Anker/B. Meyler (Hrsg.), New Directions in Law and Literature, New York, N.Y., U.S.A., 2017, S. 123 (140 f.) – dazu bereits oben § 10, C. II.

<sup>4371</sup> Ggf. auch in Analogie zum Kasten von Schrödingers Katze(?) – dazu oben in Fn. 3486 (in Teil § 10, B. II. 3. d)).

<sup>4372</sup> S. o. B. I. 3. a).

<sup>4373</sup> S. o. B. I. 3. b) aa).

<sup>4374</sup> S. o. B. I. 3. b) bb).

<sup>4375</sup> S. o. B. I. 3. b) cc).

<sup>4376</sup> R. Smend, in: ders., Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze, 3. Aufl., Berlin 1994 [1928], S. 119 (269).

<sup>4377</sup> J. Isensee, in: FS Selmer, Berlin 2004, S. 687 (700).

<sup>4378</sup> S. Roesler, Wash. L. Rev. 91 (2016), 637 (677).



sequenter‘ Föderalismus-Freiheits-Durchgriff in „Prinzipien-Treue“).<sup>4379</sup> Die Ausübung kollektiver Freiheit in der lokalen Gemeinschaft kann als ein Kompetenzverteilungsschema (als Kompetenzvorbehalt) zu Gunsten der föderierten Einheiten in Erscheinung treten (vorrangige oder ausschließliche „*responsibility for the protection of the local moral fabric*“);<sup>4380</sup> sie kann darüber hinaus Platz schaffen für die (Aus-)Gestaltung ‚normgeprägter‘ positiver Freiheit in den föderierten Einheiten (durch das gestalterische Ausleben von „Verfassungsidentität“ in kollektiver „Würde“).<sup>4381</sup> Freiheitlicher Föderalismus ‚vor Gericht‘ bedeutet aber auch die Sicherung von Freiheit *trotz* Föderalismus (vertikale ‚Gewaltenteilungsbewältigung‘ durch „*shared constitutional interpretation*“ und durch trägerübergreifende Effektivierung von Individualgrundrechtsschutz in „Bundestreue“).<sup>4382</sup>

Sollen durch das anthropomorphe Argumentieren mit ‚demokratie‘-theoretischen Positionen Konflikte zwischen föderalen Trägern entschieden werden, so besteht dabei das unhintergehbare Dilemma, dass eben mehrere *demoi* (zumindest mittelbar) in den Konflikt involviert und diese überdies ineinander verschachtelt sind. Grundsätzlich steht all diesen Teil-Demokratien innerhalb der föderalen Demokratie eine Position der ‚Würde‘ zu (als jeweils „ultimative Souveränität des Volkes“<sup>4383</sup>), die sich aus der jeweiligen kollektiven Selbstanerkennung Gleicher und Freier in den einzelnen Teil-Demokratien ergibt. Aus dem Neben- und Ineinander von *demoi*, aus ihrer Zusammenfassung in einer Demokratie, folgt aber auch die besondere Zumutung föderal-demoikratischer ‚Treue‘-Pflichten der föderalen Träger, aber auch der – mehrfach demokratisch angesprochenen und mehrfach demokratisch sprechenden – Individuen. In dieser Spannungslage zwischen föderal-demoikratischer ‚Würde‘ und ‚Treue‘ werden Streitfragen verhandelt, welche oben in drei grobe Cluster gefasst wurden: *erstens* die Grenzen der jeweiligen ‚Selbst‘-Anerkennung der Freien und Gleichen in den einzelnen Teil-Demokratien im interdependenten Wahlrechtsföderalismus (etwa bezogen auf das Wahlalter, Maßnahmen gegen Diskriminierung bei Wahlen, Wahlrecht für Ausländerinnen und Ausländer, Parité)<sup>4384</sup>, *zweitens* die Art und Weise, wie eine Teil-Demokratie über ‚demokratische‘ Ingerenzen auf andere Teil-Demokratien einwirken darf (beispielsweise auch direkt-demokratisch? inhaltlich im Wege demoikratischer Bundesverfassungsänderungsverfahren letztlich grenzenlos?)<sup>4385</sup> und *drittens* – ggf. falsch verstandene(?) – Abgrenzungsbedürfnisse hinsichtlich der parallelen Verfahren demokratischer ‚Repräsentation‘ (im Neben-, Mit- und Gegeneinander von jeweils „allgemein-politischen Mandaten“ und von jeweils ‚freier‘ repräsentativ-

<sup>4379</sup> S. o. B. II. 3. a).

<sup>4380</sup> S. o. B. II. 3. b).

<sup>4381</sup> S. o. B. II. 3. d).

<sup>4382</sup> S. o. B. II. 3. c).

<sup>4383</sup> S. o. B. III. 3. b).

<sup>4384</sup> S. o. B. III. 3. a).

<sup>4385</sup> S. o. B. III. 3. b).

demokratischer ‚Willens‘-Bildung)<sup>4386</sup>. Es ist auch erkennbar geworden, dass es fragwürdig erscheint, Streit- und Abgrenzungsfragen solcher Komplexität – unter Rückgriff auf unscharfe anthropomorphe Formeln wie ‚Souveränität‘ oder ‚Willensfreiheit‘ – ‚vor Gericht‘ zu klären. Immer wieder – gipfelnd in Ruth Bader Ginsburgs ironischer Dekonstruktion von ‚Zwang‘ in der Demoikratie<sup>4387</sup> – trat die Frage auf, ob insoweit nicht eben die demoikratischen Verfahren ‚selbst‘ maßgeblich sein sollten. Im ‚staatsfreundschaft[lichen]‘<sup>4388</sup> *freiheitlich-nationalstaatlich-repräsentativ-demokratischen* Föderalismus ist die Ver- ‚Wirklichung‘ von ‚Föderalismus‘ *nie* ausschließlich Sache der Gerichte.

## II. Rechtswissenschaftliches Lesen in der föderalen Demoikratie

Damit ist – am Ende dieser Studie – die für die Gesamtuntersuchung maßgebliche Unterscheidung von föderalismusverfassungsrechtlichen Strukturelementen und Wirkungsdimensionen sowie ihre Kopplung in der anthropomorphen Rhetorik von Verbandsgrundrechtspositionen wieder in den Fokus getreten. Anthropomorphe Formeln verhandeln nicht nur föderale Konflikte, sondern auch Interpretationskonflikte. Mit Ginsburgs ironischer Dekonstruktion von ‚Zwang‘ in der Demoikratie sind die Leserinnen und ‚Leser als Teil der Demokratie‘<sup>4389</sup> und Interpretinnen und Interpretenden von ‚Föderalismus‘ adressiert.

Zu diesem para-demokratischen<sup>4390</sup> Lesepublikum zählt auch die Rechtswissenschaft. Die vorliegende Untersuchung war ‚stets bemüht‘, sich dieser Tatsache zu stellen – und zwar durch den Versuch, den – oben methodologisch reflektierten – Impetus *form matters*‘ (s. o. § 9, A. III. 2. c)) und ein von Oliver Lepsius skizziertes Programm für ‚Rechtswissenschaft in der Demokratie‘ zu aktualisieren: Statt ‚inhaltlich-substantielle[r] Orientierung [...], statt] Einheit und systematische[r] Ordnung‘<sup>4391</sup> will das Lesen in rhetorik-analytischer Aufmerksamkeit *ein* Beitrag unter mehreren dazu sein, „mehr Rücksicht auf die Entstehungs- und Funktionsbedin-

<sup>4386</sup> S. o. B. III. 3. c).

<sup>4387</sup> S. o. B. III. 3. c) cc) u. § 11, C. II. 1.

<sup>4388</sup> Mit dem Schlagwort der ‚Staatsfreundschaft‘ hätte man dann also auch das – oben vor allem mit Blick auf sein Missbrauchspotential betrachtete – ideenpolitische Element der ‚Staatlichkeit‘ gewissermaßen harmonisierend an die anderen beiden hier hervorgehobenen ideenpolitischen Versatzstücke der ‚Freiheit‘ und ‚Demokratie‘ zurückgebunden (selbstverständlich aber nicht *festgebunden*; es ist dies keine stabile Harmonie); zu ‚Staatsfreundschaft‘ als Impetus einer demokratischen politischen Gesellschaftsordnung von Gleichen in einem Staat *D. Sternberger*, in: Staatsfreundschaft, Frankfurt a.M. 1980 [1963], S. 209 (221 f.) – dort freilich föderalismusindifferent; In-Bezug-Nahme im Föderalismus-Kontext bei *I. Härtel*, in: dies. (Hrsg.), Handbuch Föderalismus, Bd. I, Berlin u. a. 2012, § 16, Rn. 3.

<sup>4389</sup> So das selbstgegebene Programm bei *C. Möllers*, Demokratie – Zumutungen und Versprechen, Berlin 2008, S. 7.

<sup>4390</sup> Zum Begriff ‚para-demokratisch‘ oben § 8, B. II. 1. b).

<sup>4391</sup> *O. Lepsius*, Der Staat 52 (2013), 157 (177).

gungen<sup>4392</sup> des untersuchten Gegenstands ‚Föderalismusverfassungsrechtsdogmatik‘ zu nehmen und dabei „den Pluralismus der Rechtsdeutungen als Ausdruck der institutionellen Differenzierung [zu] verteidigen“<sup>4393</sup> – unter Inkaufnahme einer gewissen Aporie<sup>4394</sup> und Unabgeschlossenheit. Die Studie hat sich dem Pluralismus von institutionell ausdifferenzierten Rechtsdeutungen (eben ‚Stimmen‘) in der Föderalismusverfassungsrechtsdogmatik zugewandt, dabei verschiedenen Wirkungsdimensionen (neben der Rechtsprechung auch der nicht-judikativen Praxis und der [para-]demokratischen Öffentlichkeit) Aufmerksamkeit gegeben und Dogmatik als pluralistische Diskurs-Praxis, in der etwa auch obsoletere Rechtsinhaltsquellen oder Sondervoten eine Rolle spielen, begriffen.

### III. Literarische Gegenprobe: Dogmatik-Verlegenheit mit Dickinson und Kleist

Bei alledem ‚weiß‘ die vorliegende Studie daher gegenstands- und methodikbedingt um die *Zumutungen* des öffentlichen Lesens und des (Wissens um das) Gelesenwerden(s): Sich im Diskurs eine dogmatische oder auch nur<sup>4395</sup> eine analytische *Stimme* anzumaßen und diese – anthropomorphisierend<sup>4396</sup> – in einen Text hineinzulegen, macht *verlegen*. Es ist eben der Modus in Baudelaires „*Obsession*“, die ‚selbst‘-bewusste Behauptung des „Recht[s], ‚Ich‘ zu sagen, [und zwar] mit voller Autorität“ (de Man)<sup>4397</sup>. Verlegenheit wird aber nicht nur auf der Seite des Schreibens (‚Sprechens‘), sondern auch auf der Seite des *Er-Lesens solcher Stimmen* in Texten hervorgerufen. Das gilt insbesondere dann, wenn – in Vollzug des Modells des ‚lyrischen Lesens‘ – dem Effekt einer ‚Stimme‘ im Text die vermenschlichende *Ansprache* von nicht-menschlichen Entitäten im Text korrespondiert.<sup>4398</sup> Es ist eine Zumutung für Leserinnen und Leser, ein solches ‚Gespräch‘ für voll zu nehmen. Die vorliegend durchgeführte Rhetorik-Analyse von anthropomorphen Argumentationstopoi in der Föderalismusverfassungsrechtsdogmatik hat solche Zumutungen anhand von Topoi wie „Treue“, „Würde“, „Hausgut“, „Entthronung“, „Sorge“, „kollektive Existenz“, etc. untersucht. Wenn solche Formeln in eigentlich doch so

<sup>4392</sup> O. Lepsius, *Der Staat* 52 (2013), 157 (168).

<sup>4393</sup> O. Lepsius, *Der Staat* 52 (2013), 157 (186).

<sup>4394</sup> Auch in Richtung von C. Möllers/H. Birkenkötter, *I•CON* 12 (2014), 603 (611): „*Modern law deserves an aporetic approach*“ – dazu oben § 9, D. III.

<sup>4395</sup> Zum Versuch der vorliegenden Studie, sich keine dogmatische Stimme beizulegen, s. o. § 9, A. III. 2. a).

<sup>4396</sup> Zum Zusammenhang von (lyrischer) Stimme ([lyrischer] Subjekt-Metapher) und Anthropomorphismus näher oben § 10, B. II. 4. a); oben auch zur Übertragbarkeit auf andere als ‚lyrische‘ Texte – s. o. § 10, B. III. 2. a).

<sup>4397</sup> P. de Man, in: *The Rhetoric of Romanticism*, New York, N.Y., U.S.A., 1984, S. 239 (256): „*asserts the right to say ‚I‘ with full authority*“ – ausführlich zur Analyse von „*Obsession*“ oben § 10, B. II. 2. b) aa).

<sup>4398</sup> Dies betrifft im oben entwickelten interdisziplinären Analyse-Modell den Zusammenhang von ‚Makro‘-Ebene und ‚Lese‘-Ebene – s. o. § 10, B. III. 4.

„nüchternen“<sup>4399</sup> juristischen Kontexten (wie den Grenzen für bedingte Bundesfinanzhilfen) aufgerufen werden, mag sich bei ihrem (Er-)Lesen – intuitiv – Verlegenheit einstellen. Es kann aber durchaus angezeigt sein, dieser Verlegenheit Raum zu geben und sich die Frage zu stellen, welche ideenpolitisch-dogmatischen Gehalte (Versatzstücke) in der anthropomorphen *blackbox*<sup>4400</sup> liegen.

Eine solche intuitive ‚Weisheit der Verlegenheit‘ (*„wisdom of embarrassment“*)<sup>4401</sup> lässt sich ‚lyrik‘-theoretisch<sup>4402</sup> fundieren: Jonathan Culler kommt in seiner „Theorie der Lyrik“ verschiedentlich auf das Element der Verlegenheit zurück (mal mit Blick auf das „seltsam befriedigende“ Reimen<sup>4403</sup>; mal mit Blick auf übertriebene Rhythmisierung, welche ‚uns‘ – einer etwaigen semantisch-inhaltlichen Absurdität des Gelesenen zum Trotz – „verführen“ kann<sup>4404</sup>); rhetorik-analytisch interessant ist aber vor allem Cullers Beobachtung, dass die Figur der Apostrophe (Ansprache)<sup>4405</sup> eine – für die ‚Lyrik‘ geradezu genre-prägende – Verlegenheit erzeugt.<sup>4406</sup> ‚Lyrik‘ kommt bei Culler damit insgesamt inhärent als Genre der Verlegenheit daher. Culler zu Folge erfasst lyrische Verlegenheit, erzeugt durch „aufdringliche Apostrophen“, nicht nur Schreibende, sondern auch Lesende: Lyrische Apostrophen, etwa die Ansprache von Sonne<sup>4407</sup>, Wind und Sternen zeugen von einer „prophetischen

<sup>4399</sup> Im Sinn von: ‚metonymischen‘ – s. o. A.

<sup>4400</sup> Ggf. auch in Analogie zum Kasten von Schrödingers Katze(?) – dazu bereits in Fn. 4371 (oben bei I.) sowie in Fn. 3486 (in Teil § 10, B. II. 3. d)).

<sup>4401</sup> In (sprachlicher, nicht inhaltlicher) Anlehnung an die Formel *„wisdom of repugnance“*, mit welcher Leon Richard Kass seine – hier ausdrücklich nicht affirmierte – Prämisse fasst, wonach intuitiv gefühlte Abneigung gegenüber Phänomenen (wie das Klonen von Menschen) bereits ein Nachweis für ein bio-ethisches Unwerturteil darstelle, vgl. *L. R. Kass, The New Republic* 216/22 (1997), 17 ff. Die vorliegend angesprochene *„wisdom of embarrassment“* unterscheidet sich verschiedentlich von Kass’ *„wisdom of repugnance“*: Zunächst einmal ist Verlegenheit – anders als Abneigung oder Abscheu – keine *per se* negative Intuition; vor allem aber wird hier keiner affirmativen oder ablehnenden Haltung als Reaktion auf diese Intuition, sondern lediglich einer gesteigerten Aufmerksamkeit das Wort geredet.

<sup>4402</sup> Und ‚lyrik‘-praktisch: *„We introduce ourselves / To Planets and to Flowers / But with ourselves / Have etiquettes / Embarrassments / And awes“*, *E. Dickinson*, Final Harvest. Emily Dickinson’s Poems, New York, N.Y., U.S.A., u. a. 1962 [ca. 1872], S. 259.

<sup>4403</sup> *J. D. Culler, Theory of the Lyric*, Cambridge, Mass., U.S.A., 2015, S. 184: *„The return of rhymes is strangely satisfying“*.

<sup>4404</sup> Vgl. *J. D. Culler, Theory of the Lyric*, Cambridge, Mass., U.S.A., 2015, S. 178 f., zum Verlegenheit erregenden Effekt durch die hyperbolische Rhythmisierung in Gerard Manley Hopkins’ *„The Leadon Echo and the Golden Echo“*. Das Gedicht könne selbst jene „verführen“, die seine Aussagen „absurd“ finden, a. a. O., S. 176. Vgl. allgemeiner, ‚bereits‘ *Pseudo-Longinos*, Longinus On the Sublime, XLI, 2, übers. und hrsg. v. W. R. Roberts, 2. Aufl., Cambridge, U.K., 1907, S. 149: *„Sometimes, indeed, the listeners knowing beforehand the due terminations stamp their feet in time with the speaker, and as in a dance give the right step in anticipation.“*

<sup>4405</sup> Hierzu anhand von Baudelaire-Beispielen oben § 10, B. II. 2. b).

<sup>4406</sup> Vgl. *J. D. Culler, Diacritics* 7. 4 (1977), 59; *ders.*, *Theory of the Lyric*, Cambridge, Mass., U.S.A., 2015, S. 190, 229 f., 239 f., 351 f.

<sup>4407</sup> Vgl. dazu die in der Einleitung zitierten Beispiele: s. o. in Fn. 107.

Haltung“<sup>4408</sup> der „Überheblichkeit“<sup>4409</sup>, welche „eine potenzielle Beschämung für Dichterinnen und Dichter“ selbst sei, weshalb sie häufig gegen diese Haltung „aufbegehren, sie lächerlich machen oder von ihr zurückweichen, während sie dennoch auf einer grundlegenden Ebene auf ihr aufbauen“.<sup>4410</sup> Solche lyrischen Apostrophen seien aber eben „auch eine Beschämung für Kritikerinnen und Kritiker, welche [deshalb] geneigt [seien], sie zu ignorieren“: Statt sich einzelnen lyrischen Apostrophen im Detail zu widmen, würden Kritikerinnen und Kritiker häufig das – oben näher betrachtete – Modell der ‚lyrischen Stimme‘ eines ‚lyrischen Ichs‘ hervorheben und ausgehend davon „die Kraft poetischer Imagination *thematisieren*“.<sup>4411</sup> Mit anderen Worten (und in den Kategorien des oben eingeführten interdisziplinären Analysemodells<sup>4412</sup>) nehmen Kritikerinnen und Kritiker, welche dem literaturdogmatischen Lektüre-Protokoll des ‚lyrischen Lesens‘ folgen, die anthropomorphisierenden Apostrophen auf der Mikroebene (also die Ansprachen von Sonne, Wind – oder: von Staaten und Ländern) nicht für voll, sondern versteifen sich auf die Makroebene, auf das meditierende (Selbst-)Gespräch des ‚lyrischen Ichs‘. Gefangen in dieser ‚subjekt‘-zentrierten „Rezeptionsnische“ (Wolfgang Ullrich)<sup>4413</sup>, bestätigen sie (oder erzeugen überhaupt erst?) die (scheinbar?), selbst‘-angemaßte Autorität des ‚lyrischen Ichs‘, bedeutungsschwer zu sprechen. Indem das literaturdogmatische Protokoll ‚lyrisches Lesen‘ auf die Sprecher-Ebene drängt, betreibt es vor allem ein Projekt der *Vermeidung von Verlegenheit*: Es klingt eben ernsthafter, zu sagen: ‚Da sinnt jemand tiefgründig‘ statt: ‚Da spricht jemand mit der Sonne‘.

Diese literaturdogmatische Lesart zur Vermeidung von Verlegenheit ist wirkmächtig, aber nicht alternativlos – wie andere „Rezeptionsnischen“ auch lässt sie sich durch originellere und variabelere Formen der Rezeption ergänzen<sup>4414</sup>: Culler etwa gibt zu bedenken, sich stärker auf die Verhandlung zwischen „Verzauberung

<sup>4408</sup> J. D. Culler, *Theory of the Lyric*, Cambridge, Mass., U.S.A., 2015, S. 190: „*vatic stance*“.

<sup>4409</sup> J. D. Culler, *Theory of the Lyric*, Cambridge, Mass., U.S.A., 2015, S. 229: „*apostrophe as the embodiment of poetic pretension – daring to address the sun, the winds the stars*“.

<sup>4410</sup> J. D. Culler, *Theory of the Lyric*, Cambridge, Mass., U.S.A., 2015, S. 190: „*The vatic stance is a potential embarrassment to poets [...]: the frequently revolt against it, mock it, or retreat from it, while still relying on it at some fundamental level.*“

<sup>4411</sup> Vgl. J. D. Culler, *Theory of the Lyric*, Cambridge, Mass., U.S.A., 2015, S. 190: „*It is also an embarrassment to critics, who are inclined to ignore it or transform apostrophic address into description. [...] They point to] the poet's ‚sustained colloquy, sometimes with himself or with the outer scene, more frequently with a silent human auditor, present or absent.*“ [– Binnenzitat aus M. H. Abrams, in: F. W. Hilles/H. Bloom (Hrsg.), *From Sensibility to Romanticism. Essays Presented to Frederick A. Pottle*, New York, N.Y., U.S.A., 1965, S. 527 ff.; ... *Critics*] *discuss instead, for instance, the theme of the power of poetic imagination*“.

<sup>4412</sup> Zum triadischen Analysemodell aus Mikro-, Makro- und Leseebene s. o. § 10, B. III. 4.

<sup>4413</sup> W. Ullrich, in: ders., *Tiefer hängen. Über den Umgang mit der Kunst*, Berlin 2003, S. 13 (32) – s. o. § 3, B. II. 6.

<sup>4414</sup> Vgl. W. Ullrich, in: ders., *Tiefer hängen. Über den Umgang mit der Kunst*, Berlin 2003, S. 13 (31 f.).

und Entzauberung, Undurchsichtigkeit und Klarheit“ einzulassen, die in ‚Lyrik‘ stattfindet.<sup>4415</sup> Eine solche LektüreEinstellung umfasst es, intensiver wahrzunehmen, auszukosten und *nicht* zu *verharmlosen*, dass es Sprachformen gibt, welche „etwas riskieren, [welche] Verlegenheit umwerben und herausfordern – mit [rhetorischen] Figuren die als überheblich oder lächerlich abgelehnt werden können.“<sup>4416</sup> Dies beinhaltet zugleich, diese potenziell „als überheblich oder lächerlich“ (oder „knall[ig]“<sup>4417</sup>) ablehnbaren rhetorischen Figuren überhaupt erst einmal zu *würdigen*. ‚Würdigen‘ heißt dann zuallererst, die Figuren aufmerksam, d. h. rhetorisch, zu lesen und die „Fülle“<sup>4418</sup> ihrer (un-)möglichen Bedeutungen (einschließlich der „lächerlichen“ Bedeutungen) in Rechnung zu stellen<sup>4419</sup>, bestenfalls auszukosten<sup>4420</sup>. Eine

<sup>4415</sup> J. D. Culler, *Theory of the Lyric*, Cambridge, Mass., U.S.A., 2015, S. 352: „*One way of thinking about this is to say that the lyric genre is a place where enchantment and disenchantment, opacity and lucidity are negotiated*“; Culler beendet seine Studie dann damit, die Nähe der ‚Lyrik‘ zum Lied herauszustellen.

<sup>4416</sup> J. D. Culler, *Theory of the Lyric*, Cambridge, Mass., U.S.A., 2015, S. 352: „*They take a risk, they court embarrassment, with figures that can be rejected as overweening or ridiculous*“.

<sup>4417</sup> S.o. § 10, A. I. zu „Stellen [...], daß es einem einen Ruck giebt, daß es gleichsam knallt ...“.

<sup>4418</sup> „Fülle“ („*profusion*“) wie bei J. Halley, in: E. S. Anker/B. Meyler (Hrsg.), *New Directions in Law and Literature*, New York, N.Y., U.S.A., 2017, S. 123 (140 f.) – dazu bereits oben § 10, C. II.

<sup>4419</sup> „Lächerliche“ Bedeutungen in Rechnung zu stellen, heißt: sich als Leserin oder Leser diesen Bedeutungsmöglichkeiten zu stellen, sie wahrzunehmen, sie zu benennen, sie (zumindest vorübergehend einmal) für ‚voll‘ zu nehmen – m.a.W.: es auszuhalten, dass es möglich ist, Texte „lächerlich“ zu lesen. Diese Bereitschaft mag erforderlich sein, um dem zu begegnen, was Jonathan D. Culler für die Lyrik als ‚genre‘-spezifische Herausforderung an Lese-Einstellungen identifiziert hat: ‚Lyrik‘ wabert zwischen dem Einfordern von politischem Engagement einerseits und dem Zuschütten von politischem Engagement andererseits, ‚Lyrik‘ arbeitet mit Ideologien – sie ruft diese auf und hintergeht sie; ‚Lyrik‘ ist bei alledem nur angemessen erfassbar, wenn die Faktoren des Ritualistischen, des Einprägsamen und des Eingängigen – auch in ihrer sozialen und politischen Dimension – in Rechnung gestellt werden, vgl. J. D. Culler, *Theory of the Lyric*, Cambridge, Mass., U.S.A., 2015, S. 297 ff., 337 ff. ‚Lyrik‘ erdenkt sich einprägsam-eingängige „Formeln, die nicht ganz richtig formulieren“ („*formula[s] that wouldn't quite formulate*“ – a. a. O., S. 339 – am Beispiel von Robert Frosts „*The Road Not Taken*“). Auch in einer Rezension zu Cullers „*Theory of the Lyric*“ wird die Problemlage des einprägsam-eingängigen Politischen betont: „*catchiness can be difficult to get to grips with critically. But Theory of the Lyric suggests that the effort would be worth while, not least because catchiness is politically indifferent*“, so S. Pryor, *Affirmations: of the modern 3* (2015), S. 143 (148). Es sind auch unter diesem Gesichtspunkt eben noch einmal die ‚Ethik des Lesens (und Schreibens)‘ (s.o. § 10, C. II.) sowie die Grenzen der ironischen Kritik (s.o. § 11, D. V.) aufgeworfen.

<sup>4420</sup> Ob hier nun die von T. Bönig, DVjs 64 (1990), 426 (466), angesprochene (und von Bönig bei de Man vermisste, aber bei Nietzsche gefundene) Einsicht in die Möglichkeit wiederzufinden sein könnte, dass „das Wissen um die Endlichkeit“ der „Grund“ des Reichtums der Welt“ sei und in „physische“ Fröhlichkeit und Daseinsfreude“ verwandelt werden könne (a. a. O. [466] – s.o. § 10, B. II. 2. a) cc) in Fn. 3388), mag man andenken; die Möglichkeit luxuriös-reparativer Lesarten (Sedgwick/Halley – s.o. § 10, C. II.) auch von anthropomorpher Rede wurde im Verlauf der Studie zumindest aufgeworfen.

solche Lektüreeinstellung mag sich als Ausprägung des oben erarbeiteten Bewusstseins, dass auch ironische Kritik ihrerseits Grenzen hat und ihrerseits ‚bescheiden‘ sein sollte (s.o. § 11, D. V.), begreifen. Die vorliegende Studie hat sich davon inspirieren lassen und versucht, im Diskurs der Föderalismusverfassungsrechtsdogmatik rhetorische Figuren wie die Rede davon, dass Verfassungsinterpretinnen und Verfassungsinterpreten sich „sorgen“<sup>4421</sup>, sich „Treue“ schulden<sup>4422</sup>, dass sie einer „Etikette“ frönen<sup>4423</sup> oder gegenseitige „Entthronungen“ betreiben<sup>4424</sup>, in ihren metonymischen Verwicklungen ebenso ‚ernst‘ zu nehmen wie die Rede davon, dass politischen Kollektiven „Würde“ und „Hausgüter“<sup>4425</sup> zustehen, sie sich „Treue“ schulden<sup>4426</sup>, sie einen „Willen“<sup>4427</sup> und „Identitäten“ ausbilden<sup>4428</sup> und es ‚letztlich‘ um ihr ‚Überleben‘<sup>4429</sup> gehen soll.

Die Beschäftigung mit ‚Lyrik‘ zeigt schließlich auch, dass der – von der Vermeidung von Verlegenheit getriebene – Verzicht darauf, die sprachlichen Mittel und konkreten (metonymischen) Kommunikationsanlässe öffentlich Schreibender gebührend zu würdigen, „Kummer“ nach sich ziehen kann: Virginia Jackson hat es als „misery“ beschrieben<sup>4430</sup>, dass Emily Dickinsons Texte<sup>4431</sup> ‚immer nur‘ als ‚Gedichte‘ im Sinne des modernen Ideals „expressiver romantischer Lyrik“ („*expressive romantic lyric*“<sup>4432</sup>) gelesen wurden und werden. Jackson betrachtet die literaturdogmatische Konvention des „expressiv-romantischen“ „lyrischen Lesens“ als eine

<sup>4421</sup> S. § 6, B. II. 3. a) zur Formel „bündische Sorge für das Grundgesetz“ (Konrad Kruis).

<sup>4422</sup> S. § 11, B. II. 2. a) zu ‚Verfassungstreue‘ auch bei der Verfassungsinterpretation.

<sup>4423</sup> S. § 11, B. I. 2. zu Analogien und Metonymien zwischen den Machttechniken Etikette und Dogmatik.

<sup>4424</sup> S. § 9, A. III. 2. b) bb) u. § 11, B. II. 2. c) bb) zur „Entthronung der Staatsrechtswissenschaft durch die Verfassungsgerichtsbarkeit“ (so ein Aufsatztitel von Bernhard Schlink).

<sup>4425</sup> S. § 6, A. VII. 3. b) u. § 11, C. II. 4. zur „Hausgut“-Formel des Bundesverfassungsgerichts als – freilich inoperable – materielle Bundesverfassungsänderungsgrenze zu Gunsten der Länder.

<sup>4426</sup> S. § 2, C. III. 3. u. § 11, B. II. zur „Bundestreue“.

<sup>4427</sup> S. § 12, B. III. 3. c) cc) zusammenfassend mit weiteren Verweisen zum Topos der ‚Willensfreiheit‘ föderierter Einheiten.

<sup>4428</sup> S. § 12, B. II. 3. d) zum Topos „Verfassungsidentität“ sowie § 12, B. III. 3. a) aa) zu multiplen demokratischen ‚Identitäten‘ in der Demoikratie.

<sup>4429</sup> S. § 12, B. I. 3. b) cc) zusammenfassend mit weiteren Verweisen zu vitalistischen Argumentationstopoi im etatistischen Föderalismus.

<sup>4430</sup> Zur Rede von „misery“ führt Jackson aus: *it „may evoke the pathos not of Dickinson herself but of her writing as a lost object“*, V. Jackson, Dickinson’s Misery. A Theory of Lyric Reading, Princeton, N.J., U.S.A., u.a. 2005, S. 13; vgl. auch a.a.O., S. 10: *„What makes Dickinson exemplary for a history of the lyric in which I wish to chronicle a shift in the definition (or undoing) of the genre as an interpretive abstraction is that there is so little left of her.“*

<sup>4431</sup> Etwa *„The Heart is the Capital of the Mind“*; s.o. Fn. 3501 (oben in § 10, B. III. 2. b)) oder der eben in Fn. 4402 zitierte Text oder der in der Einleitung in Fn. 107 zitierte Text.

<sup>4432</sup> V. Jackson, Dickinson’s Misery. A Theory of Lyric Reading, Princeton, N.J., U.S.A., u.a. 2005, S. 7.



Zumutung für die Figur der ‚Autorin Dickinson‘ selbst. Jackson zeigt, dass durch Dogmatik viel Detailreichtum und Diversität in Dickinsons ‚lyrischem‘ und sonstigen Schreiben verloren geht: Unterschiede zwischen Liedern, Notizen, Briefe, bloßen Listen, Witzen, Annoncen, Valentinsgrüßen, Collagen mit gepressten Blumen und Gräsern würden eingeebnet.<sup>4433</sup> Letztlich werde der ‚Autorin Dickinson‘ (freilich nicht dem Menschen *Emily Dickinson*) vorenthalten, auch einfach einmal in einem Brief einer Freundin oder einem Freund zu schreiben, wenn dieser Text als ‚romantisches Gedicht‘ mit imaginärem Selbst-Gespräch eines lyrischen Ichs abgedruckt, besprochen, ‚gelehrt‘, gelesen wird.<sup>4434</sup>

Doch es gibt auch den umgekehrten Fall: *Heinrich von Kleist* hat darunter gelitten, nicht als ‚romantischer Dichter‘ gelesen zu werden.<sup>4435</sup> Dies legt jedenfalls eine von Max Ring geschilderte Anekdote nahe, welche zugleich öffentliches Schreiben und Lesen als ein blanke ‚Sorge um sich‘ entblößt. Das letzte Wort *muss* im ‚Anekdotischen‘ verbleiben, *kann* freilich ‚romantisch lyrisch‘ gelesen werden:

„Als er einst mit einer intimen Freundin  
nach jahrelanger Trennung zusammentraf,  
sagte er ihr zufällig im Laufe des Gesprächs  
eine Strophe aus einem Gedichte her.  
Sie gefiel ihr außerordentlich  
und sie fragte ihn, von wem das sei.  
Darüber schlug er sich mit beiden Händen vor die Stirn  
und sagte im tiefsten Schmerz:  
„Auch Sie kennen es nicht?  
O, mein Gott, warum mache ich denn Gedichte?““

Max Ring<sup>4436</sup>

---

<sup>4433</sup> V. Jackson, *Dickinson's Misery. A Theory of Lyric Reading*, Princeton, N.J., U.S.A., u. a. 2005, S. 235: „*find a way into various lyric genres (songs, notes, letters, lists, postscripts, elegies, jokes, ads, dead crickets, valentines, stamps, Poetess verse, pressed flowers, printed paper cut-out birds) as alternatives to a singular idea of the lyric, or to an idea of the lyric as singular, or to poetry as we now tend to understand it*“.

<sup>4434</sup> Vgl. V. Jackson, *Dickinson's Misery. A Theory of Lyric Reading*, Princeton, N.J., U.S.A., u. a. 2005, S. 130: „*Is all lyric, then, imaginary address? Is there no difference between an apostrophe to a natural object and an intimation to a personal friend?*“

<sup>4435</sup> Vgl. in diesem Zusammenhang den Text von Kleist, welcher in der Sammlung seiner „Gedichte“ als erster Text geführt wird: „Ich will hinein und muß hinein, u. sollts auch in der Quere sein“ (tatsächlich diagonal gesetzt), *H. v. Kleist*, in: *Sämtliche Erzählungen, Anekdoten, Gedichte, Schriften*, hrsg. v. K. Müller-Salget, Frankfurt a.M. 2005 [zwischen 1788 und 1791], S. 401.

<sup>4436</sup> *M. Ring*, *Die Gartenlaube* 1858, 220 (223); i. Orig. nicht versifiziert – Versifikation durch R.D.N.

## Ergebnisse in 66 Thesen

### **Erster Faden: Instrumentalföderalismus bedeutet Ideenpolitik mit dem Modell des ‚Bundes‘.**

*§ 1: Instrumentalföderalismus wirkt ideenpolitisch innerhalb der Konstellation des ‚freiheitlich-nationalstaatlich-repräsentativ-demokratischen Föderalismus‘.*

1. Der US-amerikanische und der deutsche Föderalismus können als Ausprägungen des Typus des ‚freiheitlich-nationalstaatlich-repräsentativ-demokratischen Föderalismus‘ betrachtet werden. Im Typus des ‚freiheitlich-nationalstaatlich-repräsentativ-demokratischen Föderalismus‘ wirken die politischen Ideen ‚Föderalismus‘, ‚repräsentative Demokratie‘, ‚Nationalstaatlichkeit‘ und ‚Freiheit‘ zusammen. Dieser Typus lässt sich – was freilich eher ungewöhnlich ist – so perspektivieren, dass das Teil-Element des ‚Föderalismus‘ als Zentrum der Konstellation daherkommt (s. § 1, A.).
2. In der Debatte zwischen *Federalists* und *Anti-Federalists* im Zusammenhang mit der Entstehung der US-amerikanischen Verfassung in den Jahren 1787/88 wird ideenpolitisch umkämpft, wie ‚freiheitlich-nationalstaatlich-repräsentativ-demokratischer Föderalismus‘ auszusehen hat (s. § 1, B. IV. 4.). Dabei steht das Teil-Element ‚Föderalismus‘ als solches weder für die *Federalists* noch für die *Anti-Federalists* im Zentrum des Interesses; vielmehr dient ihnen Föderalismus als „Instrumentalföderalismus“ (Michael C. Dorf) zur Austarierung ihrer teils konträren Vorstellungen über die Konkretisierung von ‚Nationalstaatlichkeit‘, ‚Freiheit‘ und ‚Demokratie‘. Auf diese Weise gelangt Föderalismus und mit ihm die Stellung der Einzelstaaten aber doch in den diskursiven Schnittpunkt der Debatte: *Federalists* und *Anti-Federalists* kommen auf einer mittleren Abstraktionsebene insoweit überein, als dass sie den Einzelstaaten (komparatistisch allgemeiner gefasst: den föderierten Einheiten) ‚Schutzwürdigkeit‘ zuerkennen – freilich um sich ‚Raum‘ für die Verwirklichung ihrer sonstigen politik-theoretischen und politik-praktischen Ziele zu erschließen (s. § 1, B. V.).
3. Das Konzept ‚Ideenpolitik‘ und seine wissenschaftliche Untersuchung in Gestalt von ‚Ideenpolitikforschung‘ können erhellen, wie die *Federalist/Anti-Federalist*-Debatte in der Zeit nach 1787/88, beispielsweise – im 19. Jahrhundert – bei John C. Calhoun, Alexis de Tocqueville, Robert (v.) Mohl sowie Francis Lieber und – noch heute – im *U.S. Supreme Court* immer wieder aufgegriffen und dabei der Konflikt um die ‚richtige‘ Konzeptualisierung von Instrumentalföderalismus innerhalb der größeren ideenpolitischen Konstellation immer wieder re-aktualisiert wurde und wird (s. § 1, C.).

- a) ‚Ideenpolitik‘ (vgl. Herfried Münkler) beschreibt einen Ansatz innerhalb der politischen Theorie und Ideengeschichte, welcher davon ausgeht, dass politische Ideen vom politisch-historischen Kontext ihrer ursprünglichen Formulierung abstrahiert und anschließend auf neue (gegenwärtige und künftige) Konfliktsituationen angewendet werden können (s. § 1, C. I.).
  - b) Veranschaulichung erfährt die Arbeits- und Wirkungsweise von Ideenpolitik in einem dreigliedrigen heuristischen Modell aus ‚Ideenproduktion‘, ‚Ideenreservoir‘ und ‚Ideenrezeption‘ (s. § 1, C. III. 1. b)): In einem ersten Stadium erarbeiten Verfasserinnen und Verfasser in ihrer konkreten historisch-politischen Situation Beiträge zur Lösung politischer Probleme; diese Beiträge fließen ‚sodann‘ – zweitens – in ein „Ideenreservoir“ ein, ehe sie ‚schließlich‘ – drittens – von Theoretikerinnen und Theoretikern sowie Praktikerinnen und Praktikern aufgegriffen, konkretisiert und fortentwickelt werden, um sie auf neue Probleme ihrer politischen Zeit und Umwelt anzuwenden.
  - c) Die Zwischenwelt zwischen Ideenproduktion und Ideenrezeption, welche hier mit Harald Bluhm, Karsten Fischer und Marcus Llanque als „Ideenreservoir“ bezeichnet wird, ist durch ein interdependentes Nebeneinander von – bereits dekontextualisierten – politischen Programmatiken, Entwürfen und Konzepten, aber auch kryptonormativen Mustern und politischen ‚Mentalitätswerten‘ zu verwandten politisch-praktischen und -theoretischen Problemen gekennzeichnet (s. § 1, C. III. 1. c)). Struktur findet das Ideenreservoir, wenn es im Hinblick auf ordnende (gewissermaßen: dogmatische) Topoi befragt wird:
4. Innerhalb der ideenpolitischen Konstellation des freiheitlich-nationalstaatlich-repräsentativ-demokratischen Instrumentalföderalismus lässt sich der ideenpolitisch-dogmatische Topos der ‚schutzwürdigen föderierten Einheit‘ (also zum Beispiel der US-Einzelstaaten) identifizieren; dieser Topos (oder auch: dieses ‚Bild‘) ordnet das vielfältige diskursive Material im Ideenreservoir zum Instrumentalföderalismus (**Hypothese 1.1**<sup>4437</sup>; s. oben § 1, C. III. 2.). Zu dem einschlägigen Material, welchem sich Argumente für die Schutzwürdigkeit föderierter Einheiten entnehmen lassen, zählen neben den Arbeiten von *Federalists* und *Anti-Federalists* zahlreiche andere Beiträge aus der politischen Ideengeschichte. Prägend für die Schutzwürdigkeit föderierter Einheiten ist dabei, dass sie *zum Zweck* der Verwirklichung anderer politischer Ideen (‚[National-]Staatlichkeit‘, ‚Freiheit‘, ‚(repräsentative) Demokratie‘) in Stellung gebracht wird.

<sup>4437</sup> Als ‚Hypothesen‘ werden vorliegend die vier Sätze bezeichnet, welche am Ende von § 1, § 2, § 7 u. § 8 formuliert werden, um die Rhetorikanalyse in den §§ 10 bis 12 zu motivieren und vorzubereiten (dazu zusammenfassend § 9, A. III. 1.). Diese ‚Hypothesen‘ und ihre Nummerierung folgen also einem anderen Ordnungsmodell als die hier zusammengetragenen 66 zusammenfassenden Thesen; keinesfalls sind die (vier) ‚Hypothesen‘ als Unterpunkte zu den (66) ‚Thesen‘ zu verstehen. Die anderen drei Hypothesen werden unten in den Thesen Nr. 11 (Hypothese 1.2), Nr. 43 (Hypothese 2.1) u. Nr. 48 (Hypothese 2.2) aufgegriffen.

§ 2: Als politische Idee arbeitet ‚Föderalismus‘ mit dem instrumentell-moderativen Modell des ‚Bundes‘ und den Topoi ‚föderale Würde‘ und ‚föderale Treue‘.

5. Innerhalb der Mehrzahl von disziplinären Zugängen zum Phänomen ‚Föderalismus‘ gibt es unter anderem die Untersuchung von ‚Föderalismus‘ als (krypto-)normativem, teilweise auch ideologischem Denkmuster (als Modell, als Lesekonvention [‚Lesefigur‘] – s. § 2, A. II. 3.). Die Untersuchung eines normativen Denkmusters muss dabei nicht affirmativ erfolgen, sondern kann auch auf die Erklärung der Wirkungsbedingungen und Wirkungswege (statt auf Rechtfertigungen) dieses Denkmusters abzielen.
6. Kerngehalt des föderalen Prinzips ist politische Ordnungsbildung durch das Aufgeteiltsein von Hoheitsgewalt, von einseitiger Rechtserzeugungsmacht, wobei sich die Operation der (Auf-)Teilung in der Schwebe zwischen den widerstrebenden Polen der Trennung und der Vereinigung hält: „*self-rule plus shared rule*“ (Daniel J. Elazar – s. § 2, B. I.). Die (Auf-)Teilung erfolgt dabei durch eine Kombination räumlich-territorialer und ebenenförmiger Gliederung: ‚Realweltliches‘ politisches Nachbarschaftsmanagement verbindet sich mit der Errichtung einer virtuellen politischen Mehrebenenordnung (s. § 2, B. III.).
7. Als tieferliegende Kern-Idee des ‚Föderalismus‘ lässt sich der ‚Bund‘ als ein fundamentales politisches Ordnungsmodell identifizieren (s. § 2, C. I.): Benachbarte politische Einheiten schließen sich als ‚Bundesmitglieder‘ (vorliegend: als ‚föderierte Einheiten‘) zusammen und schaffen eine überwölbende politische Einheit, welche getragen wird von Institutionen auf der neu eingerichteten Bundesebene; dergestalt etabliert der Bundesschluss also zwei Kategorien von föderalen Trägern: die föderierten Einheiten und die Bundesebene. Nach einer diskursiv wirkmächtigen Kurz-Definition von Carl Schmitt schafft der ‚Bund‘ eine „dauernde Vereinigung“ durch eine „frei[e] Vereinbarung“ zur „gemeinsamen Selbsterhaltung“, ist also *zweckgerichtet*. Hier spiegelt sich das Konzept des *Instrumentalföderalismus*. Als politik-theoretische, (krypto-)normative Lesekonvention (‚Lesefigur‘) ist der ‚Bund‘ in seiner Anwendbarkeit nicht beschränkt auf verfassungsjuristisch ‚echte Bünde‘, die tatsächlich auf vertraglichen Grundlagen basieren, sondern richtet seine (krypto-)normativen Forderungen (wie Einstimmigkeit und absoluter Fortbestand der Bundesmitglieder) etwa auch an Föderationen mit verfassungsgebender Gewalt eines Bundesvolkes. Diese Forderungen werden dann in konkreten verfassungsrechtlichen Arrangements mehr oder weniger stark – gegen den Rechtfertigungsdruck, der vom ‚Bundes‘-Modell ausgeht – relativiert.
8. Aus dem Modell des ‚Bundes‘ folgt der Topos der ‚föderalen Würde‘ der föderierten Einheiten als Ausweis einer beim Bundesschluss vor-gefundenen, anerkannten, verstärkten und garantierten Schutzwürdigkeit: Die föderierten Einheiten garantieren sich eine qualifizierte Eigenständigkeit („*self-rule*“ – s. § 2, C. II.). Worin diese Eigenständigkeit im Einzelnen besteht, wird durch das Modell des ‚Bundes‘ selbst nicht abschließend beantwortet: Das Denken in

den Kategorien des ‚Bundes‘ weist eine nur schwache sachpolitische Prägung und einen geringen legitimationstheoretischen Selbststand auf (s. § 2, C. II. 1. a) bb) (3)). Das prozedural-moderative ideenpolitische Vehikel des ‚Bundes‘ wirkt erst durch das Zusammenspiel (die Aufladung) mit anderen politik-theoretischen Gehalten (‚Nationalismus‘, ‚Etatismus‘, ‚repräsentative Demokratie‘, ‚Freiheit‘, ‚das Politische‘ etc.) – eben innerhalb einer größeren ideenpolitischen Konstellation.

9. Das Versprechen der gegenseitigen Anerkennung ‚föderaler Würde‘ der föderierten Einheiten umfasst einerseits die Garantie einer *vor*-gefundenen eigenständigen politischen Existenz überhaupt, was auf (irgendwelche) *vor*-gefundenen eigenständigen Legitimationsstrukturen, Aufgaben, Funktionen und Autonomiepositionen hinweist (‚föderale Würde i.w.S.‘ als ein „Recht, auf ‚Würde‘ verweisen zu dürfen“ – Maxwell O. Chibundu – s. § 2, C. II. 3. c) bb) (1)); andererseits wird die Stellung der föderierten Einheiten im vereinbarten föderalen Arrangement, also insbesondere in der konkreten Kompetenz- und Ingerenzordnung, garantiert (‚föderale Würde i.e.S.‘; institutionelle Rollen-Würde – s. § 2, C. II. 3. c) bb) (2)). Als – freilich kaum fassbare – schlagwortartige Klammer, welche die beiden föderalen Garantiegehalte (Vor-Gefundenes und Arrangiertes) lose zusammenhält, mag man auf die Formel „Recht auf eigene Politik“ (Carl Schmitt) zurückgreifen (s. § 2, C. II. 1. a) dd) (2)).
10. Die bündischen Momente der *gemeinsamen* Zweckverfolgung, der passiven *Rücksichtnahme* und aktiven *Kooperation* der föderalen Träger kulminieren im Topos der ‚föderalen Treue‘ als Ausdruck der „*shared rule*“ (s. § 2, C. III.). Föderale Treue hat Überschneidungen insbesondere zur föderalen Rollen-Würde (s. § 2, C. IV. 1.).
11. Insgesamt lässt sich der ideenpolitisch-dogmatische Topos der ‚schutzwürdigen föderierten Einheit‘ (s. Hypothese 1.1 bei These Nr. 4) näher qualifizieren durch das politik-theoretische Modell ‚Bund‘ und die daraus ableitbaren Topoi ‚föderale Würde‘ und ‚föderale Treue‘; das Modell des ‚Bundes‘ sowie ‚föderale Würde‘ und ‚föderale Treue‘ verweisen – angesichts ihrer prozeduralen Grundprägung sowie ihres geringen sachlichen und legitimationstheoretischen Selbststands – häufig auf zusätzliches außer-föderales Ideenmaterial (u.a. ‚Nationalstaatlichkeit‘, ‚Freiheit‘ und ‚Demokratie‘ – s. § 2, C. IV. 3. – **Hypothese 1.2**<sup>4438</sup>).

**Zweiter Faden: ‚Vor Gericht‘ wird dogmatisch zugespitzt mit verfassungstextfernen Verbandsgrundrechtspositionen der föderierten Einheiten argumentiert.**

**§ 3: Föderalismusverfassungsrecht ist ‚politisches Recht‘, denn ‚Föderalismus‘ als Verfassungsprinzip ist darauf angelegt, permanent ideenpolitisch-dogmatisch re-**

<sup>4438</sup> Zur Rede von der ‚Hypothese‘ s. o. Fn. 4437.

*aktualisiert zu werden und dabei konkurrierende Vorstellungen von ‚Staatlichkeit‘, ‚Demokratie‘, ‚Freiheit‘ oder ‚dem Politischen‘ zu umkämpfen.*

12. Die US-Verfassung und das Grundgesetz treffen jeweils eine verfassungsrechtliche Grundentscheidung zur Verwirklichung des föderalen Prinzips (s. § 3, A. I.).
13. Das ‚Föderalismusverfassungsrecht‘ einer Verfassungsordnung besteht aus der Gesamtheit der verfassungsrechtlichen Normen, welche das politische Ordnungsprinzip Föderalismus für diese konkrete Verfassungsordnung festschreiben (s. § 3, A. II.). Gegenüber terminologischen Alternativen wird der Begriff des ‚Föderalismusverfassungsrechts‘ vorliegend bevorzugt: Insbesondere gegenüber dem im grundgesetzlichen Diskurs wichtigen Begriff ‚Bundesstaat‘ ist er hier vorzuziehen, unter anderem aufgrund seiner größeren komparatistischen Neutralität und seines Verzichts auf etatistische Verengungen hin zur Kategorie der ‚Staatlichkeit‘ (s. § 3, A. II. 2. d)). Die Rede von ‚Föderalismusverfassungsrecht‘ richtet den Blick über das ‚Bundesstaatsrecht‘ hinaus auf andere Bereiche des Verfassungsrechts, welche wie etwa Aspekte des Grundrechtsföderalismus für die Stellung von Bundesebene und föderierten Einheiten mittelbar von Bedeutung sein können (Föderalismusverfassungsrecht i. w. S. – s. § 3, A. II. 3.).
14. Die Einrichtung und Operation konkreter föderaler Ordnung ist rechtsbedürftig und „verfassungsbedürftig“ (Matthias Jestaedt); es besteht ein – freilich nicht absoluter – „föderativer Vorbehalt der [(Bundes-)]Verfassung“ (Jestaedt – s. § 3, B. I.).
15. Ausgehend von einer metaphorischen Betrachtung, welche Peter Badura auf die „Kunst der föderalen Form“ gerichtet hat, kann eine modellartig-heuristische Parallele zwischen Föderalismusverfassungsrecht und ‚Kunst‘ zeigen, welche Eigenschaften die Wirkungsweise des föderalen Prinzips in Verfassungsordnungen prägen (s. § 3, B. II.); kunsttheoretische und kulturwissenschaftliche Topoi und Theoreme können dabei helfen, die Arbeitsweise von Föderalismusverfassungsrecht näher zu charakterisieren: Als ‚Artefakt‘ arbeitet konkrete föderale Ordnung in zugespitzter Weise mit Form(ung) und Gestalt(ung) (s. § 3, B. II. 1.). In gewisser Hinsicht stellt Föderalismusverfassungsrecht dabei einen ‚Luxus‘ dar, ist der ‚westliche‘ Verfassungsstaat doch auch ohne föderale Gliederung möglich (s. § 3, B. II. 3.). Unter heuristisch-modellartiger Verwendung von Begriffen Walter Benjamins lässt sich weiter beobachten: Im Moment der Verfassungsgebung schafft Föderalismusverfassungsrecht ein ‚Unikat‘ mit einem gewissen „Kultwert“, einer politisch-geschichtlich gebundenen ‚Aura‘ (s. § 3, B. II. 2.); dieses ‚Unikat‘ steht allerdings ‚in der Zeit‘ und wirkt – mit „Ausstellungswert“ – auch nach Verfassungsgebung (s. § 3, B. II. 4.). Es bietet – im Sinn des Theorems der ‚Affordanz‘ – politischen Akteuren fortgesetzte Möglichkeiten der politischen Interaktion (gewissermaßen politisch-ästhetischer Erfahrungen): Föderale Formen sind darauf angelegt – im

Sinn des Konzepts des ‚Instrumentalföderalismus‘ – ideenpolitisch zur Durchsetzung von Vorstellungen von ‚Staatlichkeit‘, ‚Demokratie‘, ‚Freiheit‘ in konkreten politischen Konflikten dynamisch-pluralistisch re-aktualisiert zu werden (s. § 3, B. II. 5.). Konsistenz ist im Angesicht dieser Tempo(-Plu-)ralisierung der Wirkweise von Föderalismusverfassungsrecht nur möglich, wenn zugleich eine rahmend-strukturierende Ordnung und Systematik durch intensive Dogmatikbildung geliefert wird (‚Dogmatiklastigkeit‘ des Föderalismusverfassungsrechts durch das Auskosten von „Rezeptionsnischen“ – Wolfgang Ullrich; s. o. § 3, B. II. 6.).

16. Die von Ernst-Wolfgang Böckenförde für das Rechtsstaatsprinzip eingesetzte Metapher von der „Schleusung“ politischer Theorie und Ideologie in das Verfassungsrecht kann – entgegen entsprechender Absagen aus dem Schrifttum – auf das föderale Prinzip und sein Verhältnis zum Föderalismusverfassungsrecht übertragen werden (s. § 3, B. III. 1.): Dabei sollte eine deskriptive Betrachtung, welche nicht ignorieren kann, *dass* Schleusungen von kryptonormativen Ideengehalten aus der ‚Welt‘ des ‚Bundes‘ hinein in föderalismusverfassungsrechtliche Argumente stattfinden, von einer normativen Bewertung solcher Vorgänge unterschieden werden.
17. Föderalismusverfassungsrecht ist – über den Vorgang der initialen Verfassungsgebung hinaus – mit Blick auf fortgesetzte „Schleusungen“ von Material der politischen Theorie und Ideengeschichte in die Sphären der Verfassungsrechtsdogmatik (insbesondere Verfassungsrechtsprechung) und Verfassungsrechtspolitik als permanent ideenpolitisches Recht wirksam (s. § 3, B. III. 2.). So betrachtet, ist Föderalismusverfassungsrecht dezidiert und inhärent ‚politisches Recht‘, wobei insoweit ein Moment des Prozedural-Akzessorisch-Moderierenden oder (in diesem Sinn) ‚Meta-Politischen‘ vorherrscht (s. § 3, B. III. 2. b)). Freilich kann sich Ideenpolitik mit dem föderalen Prinzip im Ergebnis auch auf *Macht*politik beziehen, wenn die vom föderalen Prinzip eingeforderten Aufteilungsvorgänge – unter ideenpolitischem Streit über Positionen ‚des Politischen‘ – letztlich schlicht „politische Kraft“ verteilen (vgl. Peter Lerches Formel von der föderalen „Ausgemessenheit“ [von] politische[r] Kraft“ – s. § 3, B. III. 2. b) aa)).
18. Eine komplexitätsangemessene Beschreibung von Föderalismusverfassungsrecht erfordert mehrdimensionales Denken entlang einer bi-axialen Matrix (s. § 3, C. I.): Eine Struktur-Wirkungs-Matrix des Föderalismusverfassungsrechts zeigt, *wie* föderalismusverfassungsrechtliche Strukturelemente (Verbandskompetenzen, Verbandsingerenzen, Verbandsgrundrechtspositionen) in verschiedenen Dimensionen (Rechtsprechung, nicht-judikative Praxis, [para-] demokratische Öffentlichkeit) verwirklicht werden (s. § 3, C. III.). Erst diese Zwei-Achsigkeit der Betrachtung mit gesondertem Augenmerk auf die drei Wirkungsdimensionen (in ihren Interdependenzen) öffnet den Blick für die



pluralistisch-dynamische Wirkweise von Föderalismusverfassungsrechtsdogmatik im politisch-rechtlichen Raum (s. o. These Nr. 15).

**§ 4:** *Unter den drei Kategorien von föderalismusverfassungsrechtlichen Strukturelementen (Verbandskompetenzen, Verbandsingerenzen, Verbandsgrundrechtspositionen) dienen vor allem die – zugespitzten, verfassungstextfernen, besonders intensiv (krypto-)normativ geladenen – Verbandsgrundrechtspositionen der „politischen Selbsterhaltung“ der föderierten Einheiten, indem sie die – technischeren, ‚alltäglicheren‘ – Verbandskompetenzen und Verbandsingerenzen in ‚Störfällen‘, vor allem unter Zur-Hilfe-Nahme der Rechtsprechung, modifizieren.*

19. Mit Verbandskompetenzen teilt das Föderalismusverfassungsrecht hoheitliche Handlungsmöglichkeiten, welche sachlich-gegenständlich wie auch technisch-instrumentell umrissen sind, auf föderale Träger auf (s. § 4, A. I.). Die durch Kompetenzen aufgeteilten Handlungsmöglichkeiten beziehen sich auf das Verhältnis der föderalen Träger ‚nach außen‘, also insbesondere gegenüber Bürgerinnen und Bürgern (s. § 4, A. I. 4. a)). Mit der Zuteilung einer Verbandskompetenz ist noch *kein abschließendes* Rechtmäßigkeitsurteil über die in Bezug genommene Handlung im in Bezug genommenen Sachbereich verbunden; Kompetenznormen statuieren zudem keine Pflichten zum Handeln (s. § 4, A. I. 3. b)).
20. Mit Verbandsingerenzen werden den föderalen Trägern Möglichkeiten der wechselseitigen Einflussnahme zugeteilt (s. § 4, A. II.). Ingerenzen wirken – ohne unmittelbare Außenwirkung gegenüber Bürgerinnen und Bürgern – im ‚Kompetenzvorfeld‘ unter den föderalen Trägern (s. § 4, A. II. 2. b)), also beispielsweise von den föderierten Einheiten auf die Bundesebene (*bottom-up*) oder von der Bundesebene auf die föderierten Einheiten (*top-down*). Ingerenzen können auf Einwirkung oder auf Mitwirkung gerichtet sein (s. § 4, A. II. 3. a)). Sie können sich auch aus unter-verfassungsrechtlichen Normen ergeben oder informell verfasst sein (s. § 4, A. II. 3. b) u. c)). Auf einem Spektrum zwischen ‚Alltag‘, ‚Störfall‘ und ‚Krise‘ sind Ingerenzen schwer zu verorten: Neben ‚störfall‘- und ‚krisen‘-bezogenen Ingerenzen gibt es Ingerenzen im ‚Alltag‘ des föderalen Geschäfts (s. § 4, A. II. 4.).
21. Verbandsgrundrechtspositionen räumen den föderalen Trägern zur Sicherung ihrer „politischen Selbsterhaltung“ *Rechtspositionen* auf Eigenständigkeit, Bestand, Existenz, Autonomie und Funktionen ein (s. § 4, A. III. 1.). Sie haben allenfalls punktuell Niederschlag in den Verfassungstexten gefunden und sind in starkem Maß abhängig von der Einschleusung ideenpolitischen Materials aus dem allgemeinen Modell des ‚Bundes‘ (mit den Topoi ‚föderale Würde‘ und ‚föderale Treue‘ – s. o. Thesen Nr. 8 ff.) und benachbartem Ideenmaterial (s. § 4, A. III. 2.). Verbandsgrundrechtspositionen wirken insbesondere dadurch, dass sie – vor allem in föderalen ‚Störfällen‘ – Verbandskompetenzen oder Verbandsingerenzen (begrenzend, verpflichtend, aktivierend oder gleichheitsbezogen) modifizieren (s. § 4, A. III. 3.).

22. Setzt man die drei föderalismusverfassungsrechtlichen Strukturelemente in Beziehung zu der aus dem Modell des ‚Bundes‘ herleitbaren Vorstellung von den föderierten Einheiten als Orten eigenständiger politischer Gestaltung mit ‚Recht auf eigene Politik‘ (s. These Nr. 9), so wird sichtbar, dass die verbandskompetenzielle und die verbandsingerenzielle Stellung der föderierten Einheit *vis-à-vis* der Bundesebene tendenziell prekär ist (s. § 4, B. I. bzw. II.): Im Bereich der Gesetzgebungskompetenzen ist (v.a. in Deutschland, aber auch in den USA) eine Einengung der Gestaltungsräume der föderierten Einheiten auszumachen (s. § 4, B. I. 2.). Bei den Kompetenzen im Administrativbereich zeigt sich eine ambivalente Konstellation: eine (potenzielle) Machtposition der föderierten Einheiten in Verschränkungsstrukturen einerseits, eine Verschärfung des legislativkompetenziell angelegten politischen Bedeutungsverlusts der föderierten Einheiten durch Wachstum der Bundesverwaltungen andererseits (s. § 4, B. I. 3.). Die Verbandsingerenzen der föderierten Einheiten konzentrieren sich auf *bottom-up*-Mitwirkungsingerenzen in den beiden föderalen Bundesorganen Senat bzw. Bundesrat, wobei angesichts der überragenden Bedeutung der Bundespolitik teilweise bezweifelt wird, inwieweit hier ‚tatsächlich‘ (‚noch‘) ‚eigene Politik‘ der föderierten Einheiten wirksam werden könne (s. § 4, B. II. 1.).
23. Angesichts dieser Prekarität der kompetenziellen und ingerenziellen Stellung der föderierten Einheiten wird deren „politische Selbsterhaltung“ vor allem durch das (modifizierend-moderierend-akzessorische) Strukturelement der Verbandsgrundrechtspositionen adressiert (s. § 4, B. III.): Zur Erhaltung der politischen Selbstbestimmung der föderierten Einheiten, also zur Absicherung von bestimmten Legitimationsstrukturen, von Aufgaben-, Funktions- und Zuständigkeitsbeständen sowie von Positionen der Autonomie der föderierten Einheiten im operativen Geschäft, werden die Zuordnungen der Kompetenz- und Ingerenznormen ‚an den Rändern‘ (also mit gewissem ‚Störfall‘- oder ‚Krisen‘-Bezug) modifiziert (s. § 4, B. III. 2. u. 3.). Dies erfolgt über verfassungstextferne, zugespitzte Wendungen wie ‚*state dignity*‘ oder ‚Bundesfreundlichkeit‘; hier gewinnen die (krypto-)normativen Topoi ‚föderale Würde‘ und ‚föderale Treue‘ (s.o. Thesen Nr. 8 ff.) verfassungsrechtsdogmatische Gestalt. Angesichts der Verfassungstextferne und des Ausnahme- sowie Interventionscharakters der Verbandsgrundrechtspositionen hat die Rechtsprechung an ihrer Identifizierung, Herausarbeitung und Sanktionierung einen hervorragenden Anteil (s. § 4, B. III. 4.).
24. Im Einzelnen bewirken Verbandsgrundrechtspositionen, dass Bundeskompetenzen und Bundesingerenzen begrenzt werden (*status negativus*), ein verpflichtendes Moment (*status positivus*) oder eine gleichheitsbezogene Korrektur (*status aequalis*) erhalten oder dass Kompetenzen und Ingerenzen der föderierten Einheiten verstärkt und effektiviert werden (*status activus*; s. § 4, B. III. 3. – ausführlich § 5 bzw. § 6):

§ 5: *Verbandsgrundrechtspositionen wirken dogmatisch unter anderem als verfassungstextferne Kompetenzausübungsregeln, indem sie Kompetenzen der Bundesebene begrenzen (status negativus), die Bundesebene zur Kompetenzausübung verpflichten (status positivus), die Bundeskompetenzausübung an Gleichheitsforderungen ausrichten (status aequalis) oder Kompetenzen der föderierten Einheiten aktivieren und effektivieren (status activus).*

25. Im Kompetenzrecht führen Argumentationen mit dem *status negativus* der Verbandsgrundrechtspositionen der föderierten Einheiten zu verschiedenen Fallgruppen von Bundeskompetenzausübungsgrenzen (s. § 5, A.); die Kompetenzausübung durch die Bundesebene wird in bestimmten Bereichen begrenzt, um der „politischen Selbsterhaltung“ der föderierten Einheiten Raum zu belassen:

- a) Um Topoi wie ‚*historic police powers*‘ der Einzelstaaten in den USA sowie ‚Kulturhoheit‘ und ‚Polizeihöhe‘ der Länder in Deutschland haben sich Fälle gruppiert, in welchen argumentiert wird, dass den föderierten Einheiten in bestimmten sachpolitischen Bereichen (v.a. in der Sicherheitspolitik und in der Kulturpolitik) legislativer Gestaltungsspielraum verbleiben müsse, sodass Bundesgesetzgebungskompetenzen in diesen Bereichen begrenzt werden sollen (s. § 5, A. I.). Hinter solchen Argumentationen liegen Vorstellungen von Subnationalismus (föderierte Einheiten gewissermaßen als ‚Kulturnationen‘), Etatismus (föderierte Einheiten gewissermaßen als ‚Polizeistaaten‘), Traditionalismus, Subsidiarität, seltener auch von ‚Freiheits-‘ und Grundrechtstheorie (s. § 5, A. I. 4.). Im geltenden Recht ist diese Fallgruppe heute nicht mehr dogmatisch gesichert – jedenfalls nicht mit Blick auf ihre Extremform, die Behauptung ungeschriebener ausschließlicher Gesetzgebungskompetenz-Inseln der föderierten Einheiten in den genannten Sachbereichen. Vielmehr finden sich heute, vor allem in den USA, Argumentationen in Richtung einer föderalismus-verfassungskonformen Auslegung, u.a. das Gebot der Auslegung von Bundesrecht dahingehend, dass es in den betroffenen Sachbereichen unanwendbar ist (s. § 5, A. I. 2. b)).
- b) Der *status negativus* der Verbandsgrundrechtspositionen der föderierten Einheiten zeigt sich weiterhin in Argumentationen für ein Freihalten ihrer legislativen ‚Personalhoheit‘: Das Recht des öffentlichen Dienstes der föderierten Einheiten soll vor bundesgesetzlicher Beeinflussung bewahrt werden (s. § 5, A. II.). Solchen Forderungen liegen regelmäßig etatistische Argumentationsschemata etwa mit der ‚Eigenstaatlichkeit der Länder‘ zu Grunde (s. § 5, A. II. 3.). In den USA hat sich Dogmatik herausgebildet, welche nach dem Modus der föderalismus-verfassungskonformen Auslegung bundesgesetzliches Arbeitsrecht für teilweise unanwendbar erklärt, soweit ein Einzelstaat als Arbeitgeber betroffen ist (s. § 5, A. II. 2. b)). In Deutschland fällt das Landesbeamtenrecht als mehrfach durch Verfas-

sungsänderungen bestelltes, sensibles Feld föderaler Verfassungs(-änderungs-)politik auf (s. § 5, A. II. 3. b)).

- c) Auch Argumentationen in Richtung auf einen Schutz föderierter Einheiten vor einer bundesgesetzlich begründeten ‚Haftbarkeit‘ gegenüber Individuen sind dem *status negativus* der Verbandsgrundrechtspositionen zuzuordnen (s. § 5, A. III.). Hier geht es um die Behauptung von Immunität föderierter Einheiten gegenüber bundesgesetzlichem ‚(Staats-)Haftungsrecht‘ in einem weit verstandenen, untechnischen Sinn. In den USA ist diese Argumentation verschlagwortet in der Formel ‚sovereign immunity‘, welche von vor-demokratischen Wurzeln und ‚Würde‘-Vorstellungen (‚state dignity‘) getragen wird, nicht zuletzt aber auch die Einzelstaatenfinanzen entlasten soll (s. § 5, A. III. 2.). Unter dem Grundgesetz ist ‚Staatshaftung‘ der Länder ein sensibles Feld föderaler Verfassungs(-änderungs-)politik; föderale Interessen werden durch Verfassungsänderungen austariert (s. § 5, A. III. 3. c)).
  - d) Dogmatisch weitgehend ungesichert (also kein ‚geltendes Recht‘ – s.u. These Nr. 38) ist (jedenfalls unter dem Grundgesetz) eine Argumentationslinie, wonach die Bundeskompetenzausübung dann an ungeschriebene Grenzen stoßen soll, wenn sie mit vorrangigen anderweitigen Steuerungswirkungen kollidiert, welche sich aus Gesetzen der föderierten Einheiten ergeben, die einem anderen „Rechtsregime“ (Martin Burgi) zugehören; angesprochen ist das Problem der Abstimmung von instrumentell definierten Gesetzgebungskompetenzen (etwa Abgabengesetzgebung oder Privatrechtsgesetzgebung gegenüber ‚Verwaltungsrechtsgesetzgebung‘ – s. § 5, A. IV.). Im Spannungsfeld von Rechtsregimen kann der *status negativus* der Verbandsgrundrechtspositionen der föderierten Einheiten argumentativ eingesetzt werden, um ihre legislative Gestaltungsfreiheit als ‚Verwaltungsrechtsgesetzgeber‘ dadurch zu sichern, dass widersprechendes Bundesrecht, welches einem anderen Rechtsregime (z.B. Abgabenrecht oder Privatrecht) angehört, verdrängt wird (s. § 5, A. IV. 1.).
26. Argumentationen mit dem *status positivus* der Verbandsgrundrechtspositionen der föderierten Einheiten führen im Kompetenzrecht zur Behauptung von Bundeskompetenzausübungspflichten (s. § 5, B.): Bleibt in bestimmten Sachbereichen (etwa Umweltschutz oder Aufenthaltsrecht) die nach der Verbandskompetenz zuteilung insoweit zuständige Bundesebene untätig, so kann dies Ansprüche und Klagen der föderierten Einheiten auf ein Tätigwerden der Bundesebene nach sich ziehen (s. § 5, B. I.). In den USA gibt es einschlägiges Fallrecht, wonach die Einzelstaaten in solchen Situationen (etwa im Klimaschutzrecht) ein Klagerecht auf gerichtliche Überprüfung des Handelns (genauer: des Unterlassens) der Bundesebene haben können, welches aus ihrer „Quasi-Souveränität“ folge (s. § 5, B. II. 2. a)). In Deutschland gibt es Schrifttumsvorschläge (v.a. in Rechtsgutachten), die ‚Staatlichkeit‘ der Länder als Anspruchstitel für effektiven Bundeskompetenzgebrauch (etwa im ‚Grenz-

schutz‘) zu betrachten (s. § 5, B. III. 2.). Insgesamt bewegen sich die Argumentationen zwischen vertikaler ‚Gewaltenteilungsbewältigung‘ und Etatismus (s. § 5, B. IV.).

27. Argumentationen mit dem *status activus* der Verbandsgrundrechtspositionen der förderierten Einheiten, welche freilich ganz überwiegend dogmatisch ungesichert sind, führen im Kompetenzrecht zur Behauptung einer Aktivierung, Effektivierung, ggf. sogar (Neu-)Begründung von Kompetenzen der förderierten Einheiten in bestimmten als politisch sensibel behaupteten Sachbereichen (etwa Umweltschutz und Aufenthaltsrecht – s. § 5, C.). Der – regelmäßig auf ‚Souveränität‘ als Topos gegründete – argumentative Drang zur Kompetenzparallelität, zur Behauptung von Reserve- und Auffangkompetenzen der förderierten Einheiten führt in den USA von Konstellationen der Kompetenz(-nichtgebrauchs-)kompensation (‚Ersatzvornahme‘ für die untätige Bundesebene, etwa im Umweltschutz), über eine effektivierende Supplementierung von Bundesrecht (etwa im Aufenthaltsrecht) bis hin zu Gegenentwürfen zum Bundesrecht (etwa in der Behandlung von *medical marijuana* – s. § 5, C. II.). Unter dem Grundgesetz speisen sich (s.v.v.) Dogmatik-Vorschläge, welche für eine Kompetenzzeffektivierung der Länder streiten, aus Erwägungen des Individualgrundrechtsschutzes (etwa im Wissenschaftsbereich), der Landesverfassungs-, ‚Identität‘ (etwa in Betreff auf ‚Staats‘-Zielbestimmungen oder soziale Grundrechte wie das ‚Recht auf Wohnraum‘ in Landesverfassungen) oder aus etatistischen Forderungen (z. B. ‚Recht auf Grenzschutz‘ – s. § 5, C. III.).
28. Bundeskompetenzausübungsregeln aus dem *status aequalis* der förderierten Einheiten (s. § 5, D.) sind selten und kommen allenfalls in Extremfällen willkürlicher föderaler Differenzierung bei der Ausübung von Bundeskompetenzen vor; die Bundesebene nutzt die föderal dispartate Kompetenzausübung dann der Sache nach als *Verbandsingerenz* (s. § 5, D. IV. 2. b)). Im Übrigen bildet die föderal dispartate Bundeskompetenzausübung ein – föderalismusverfassungsrechtlich weitgehend indifferentes – Problem der *Individualgrundrechte* (s. § 5, D. I. u. IV. 1.).
29. Die in den vorstehenden Thesen systematisierten Formen der Modifikation des Kompetenzrechts durch Verbandsgrundrechtspositionen arbeiten mit rhetorisch bemerkenswerten Topoi: So ist die Fallgruppe der sachpolitischen Gesetzgebungsreservate der förderierten Einheiten (s. o. These Nr. 25. a)) beispielsweise geprägt durch subnationalistisch-etatistische Formeln wie ‚historic police powers‘, ‚Kulturhoheit‘ und ‚Polizeihoheit‘ (s. § 5, A. I. 4.). Bei der Fallgruppe zum Schutz der förderierten Einheiten vor ‚Haftbarkeit‘ gegenüber Individuen (s. o. These Nr. 25. c)) tritt in den USA bei der einschlägigen *sovereign immunity doctrine* der Topos der ‚föderalen Würde‘ als ‚state dignity‘ deutlich hervor (s. § 5, A. III. 2.). Die Argumentation für aus Verbandsgrundrechtspositionen abgeleitete Kompetenzausübungspflichten der Bundesebene z. B. zu Klimaschutzmaßnahmen oder zu migrationsrechtlichen Maßnahmen (s. o. These

Nr. 26) bedient sich – neben einer prosaischen Argumentation mit dem Erfordernis von ‚Gewaltenteilungsbewältigung‘ – auch etatistischer Formeln („Quasi-Souveränität“ und „Eigenstaatlichkeit“ – s. § 5, B. IV.); Ähnliches gilt für die Herleitung von Regeln zur Effektivierung der Kompetenzen föderierter Einheiten (s. o. These Nr. 27; s. § 5, C. IV.).

**§ 6:** *Verbandsgrundrechtspositionen wirken dogmatisch vor allem als verfassungstextferne Ingerenzausübungsregeln, indem sie Ingerenzen der Bundesebene begrenzen (status negativus), die Bundesebene zur Ingerenzausübung verpflichten (status positivus), die Bundesingerenzausübung an Gleichheitsforderungen ausrichten (status aequalis) oder Ingerenzen der föderierten Einheiten aktivieren und effektivieren (status activus).*

30. Im Recht der Verbandsingerenzen führen Argumentationen mit dem *status negativus* der Verbandsgrundrechtspositionen der föderierten Einheiten zu verschiedenen Fallgruppen von Bundesingerenzausübungsgrenzen (s. § 6, A.):

- a) Ein Teil der Bundesingerenzausübungsgrenzen beschränkt Einmischungen der Bundesebene in die Ausübung *legislativer* Funktionen der föderierten Einheiten; insbesondere sind die einschlägigen Argumentationen darauf gerichtet, die föderierten Einheiten davor zu bewahren, dass ihnen die Bundesebene vorgibt, dass und wie sie legislativ tätig zu werden haben (s. § 6, A. I. 1.). Der judikative Schutz der legislativen ‚Willensfreiheit‘ der föderierten Einheiten gegenüber Gesetzgebungsvorgaben durch die Bundesebene wird in den USA durch die *anti-commandeering*-Dogmatik bewerkstelligt (s. § 6, A. I. 2. a)); gebilligt hat der *U.S. Supreme Court* in bestimmten Bereichen (etwa im Wahlrecht) hingegen mildere Instrumente bundesgesetzlicher Einflussnahme auf die Einzelstaatengesetzgebung wie ein Genehmigungserfordernis (*preclearance*; s. § 6, A. I. 2. b)). In Deutschland sind – nach dem Wegfall der früheren Rahmengesetzgebung – zwar bundesgesetzliche Verpflichtungen der Länder zur Rechtsetzung auf Grundlage von Art. 71 f. GG verboten, nicht jedoch Pflichten zum Erlass von Rechtsverordnungen nach Art. 80 Abs. 1 S. 1 Var. 3 GG (s. § 6, A. I. 3.). Die einschlägigen Begründungen bedienen sich etatistischer Positionen, welche in beiden Föderationen auftauchen, zumindest in den USA auch gewaltenteilerischer, demokratietheoretischer (*accountability*) und finanzverfassungsrechtlicher Argumente – rhetorisch getragen durch eine auf Abschreckung zielende Degradierungs- und Entwürdigungsrhetorik (s. § 6, A. I. 4.).
- b) In anderer Ausprägung beschränken Bundesingerenzausübungsgrenzen Einmischungen der Bundesebene in die *exekutiven* Funktionen der föderierten Einheiten (s. § 6, A. II. 1.). In diesem Bereich unterscheiden sich die einschlägigen Dogmatik-Komplexe in den beiden Föderationen deutlich voneinander, was an den von vorneherein unterschiedlichen verfassungsrechtlichen Designs der Vollzugsstrukturen liegt: So sieht das Grundgesetz

den Vollzug von Bundesgesetzen durch die Länder in Art. 83 GG als Regelfall vor; eine bundesgesetzliche Programmierung der Länderexekutiven ist aus verfassungsrechtlicher Sicht also gerade der Normalfall (s. § 6, A. II. 3. a)). Hierzu im Ausgangspunkt völlig konträr, hat der *U.S. Supreme Court* für das US-Verfassungsrecht die aus dem Legislativbereich bekannte – verfassungstextlich ungeschriebene – *anti-commandeering*-Dogmatik (s. These Nr. 30. a)) auch auf den Exekutivbereich ausgedehnt und die bundesgesetzlich erzwungene Programmierung von Einzelstaatenexekutiven als verfassungswidrig invalidiert; das Gericht stützt diese Dogmatik argumentativ auf demokratietheoretische Erwägungen (*accountability*), auf gewaltenteilische Freiheitssicherung und auf finanzverfassungsrechtliche Aspekte sowie rhetorisch wiederum auf Entwürdigungsrhetorik (s. § 6, A. II. 2. a)). Und dennoch gibt es auch in den USA – auf unterverfassungsrechtlicher, einfach-gesetzlicher Grundlage – Arrangements des kooperativen Föderalismus, in welchen Einzelstaaten ‚freiwillig‘ den Vollzug von Bundesrecht übernehmen (s. § 6, A. II. 2. b)). Insoweit ist die Lage der deutschen Länder unter den Art. 83 ff. GG mit der Lage der Einzelstaaten innerhalb der einfach-rechtlichen Strukturen des *cooperative federalism* tendenziell vergleichbar: Hier finden sich dann in beiden Föderationen Argumentationen, welche darauf abzielen, bestimmte Gestaltungs- und Autonomiepositionen der föderierten Einheiten als Exekutivakteure trotz der insoweit bestimmenden Rolle der Bundesebene – v.a. prozedural – abzusichern (s. § 6, A. II. 2. b) bzw. 3. b) u. c)).

- c) Ein weiterer Teil der Bundesingereanzausübungsgrenzen beschränkt solche Einnisierungen der Bundesebene in die politische Selbstbestimmung der föderierten Einheiten, die über *finanzverfassungsrechtliche* Instrumente erfolgen (s. § 6, A. IV. 1.). Trotz erheblicher struktureller Unterschiede zwischen den beiden untersuchten föderalen Finanzverfassungen, ergibt sich doch auch eine strukturähnliche Konstellation in beiden Föderationen: Inhaltlich bedingte Finanzhilfen der finanzstarken Bundesebene an die ‚verfügbaren‘ föderierten Einheiten kommen in den USA wie auch in Deutschland als – judikativ zu begrenzende – Gefahr für die ‚Willensfreiheit‘ der föderierten Einheiten daher (‚goldene Zügel‘ – s. § 6, A. IV. 1. c)). Rhetorisch rufen die Gerichte in beiden Verfassungsordnungen die ‚Würde‘-Frage auf (s. § 6, A. IV. 4.). Der Sache nach sind im Ergebnis in beiden Föderationen trotz dogmatischer Bemühungen um eine Restriktion der Steuerungsmöglichkeiten der Bundesebene durch bedingte Finanzhilfen dann doch auch Aufweichungen beobachtbar; jeweils ist die Verfassungslage dynamisch – in den USA wegen des unscharfen Fallrechts (s. § 6, A. IV. 2.), in Deutschland wegen der häufigen Verfassungsänderungen (s. § 6, A. IV. 3. c)).
- d) Wiederum andere Ausprägungen der Bundesingereanzausübungsgrenzen beschränken Einnisierungen der Bundesebene in die ‚Staats‘-Organisation



der föderierten Einheiten; dies betrifft die ‚staats‘-organisationsrechtliche ‚Verfassungsautonomie‘ der föderierten Einheiten (s. § 6, A. VI. 1. a)) und im Einzelnen Fragen des Wahlrechtsföderalismus, Vorgaben für die Wahrnehmung von *bottom-up*-Mitwirkungsingenzen durch die föderierten Einheiten auf Bundesebene, die Modalitäten der ‚Staatswillensbildung‘ in den föderierten Einheiten, insbesondere hinsichtlich direkt-demokratischer Abstimmungen, sowie organisatorische Fragen im engen Sinn wie beispielsweise die Einrichtung von Behörden oder die Entscheidung über den Regierungssitz von föderierten Einheiten. Strukturell gemeinsam ist beiden föderalen Verfassungsordnungen eine gewisse Bundesverfassungsrechtsrelativität der ‚staats‘-organisationsrechtlichen ‚Verfassungsautonomie‘ der föderierten Einheiten: Zwar wird im Ausgangspunkt die Verfassungsautonomie der Einzelstaaten und Länder festgestellt und gewürdigt, dann aber unter den einschlägigen Voraussetzungen der Bundesverfassung als – freilich wiederum begrenzt – einschränkbar behandelt (s. § 6, A. VI. 1. b)). Wird die Verfassungsautonomie der föderierten Einheiten als Grenze von Bundesingenzen stark gemacht, so erfolgt dies in beiden Föderationen häufig mit Hinweis auf eine etatistische Fundierung (‚statehood‘; ‚Eigenstaatlichkeit‘, ‚Autonomie‘, ‚Souveränität‘); stellenweise wird auf die eigenständige demokratische Legitimation der föderierten Einheiten verwiesen (s. § 6, A. VI. 4.).

- e) Unter Umständen fordern *Bundesverfassungsänderungen* als *Meta*-Ingenzen die politische Selbstbestimmung der föderierten Einheiten heraus (s. § 6, A. VII. 1.), beispielsweise wenn Legislativkompetenzen der föderierten Einheiten im Wege förmlicher Verfassungsänderung auf die Bundesebene hochgezont werden. Diese *top-down*-Einflussnahme auf föderierte Einheiten ist unter dem änderungsaffinen Grundgesetz deutlich häufiger als unter der änderungsresistenten US-Verfassung (s. § 6, A. VII. 2. a) bzw. 3. a)). Föderalismusrelevante Änderungen von US-Verfassung und Grundgesetz finden ihre Schranken in Bundesverfassungsänderungsgrenzen, wobei sich formell-prozedurale Bundesverfassungsänderungsgrenzen (letztlich in Gestalt von *bottom-up*-Mitwirkungsingenzen der föderierten Einheiten mit qualifizierten Mehrheitserfordernissen in den an Bundesverfassungsänderungen beteiligten föderativen Bundesorganen und/oder in Konventen) von materiellen Bundesverfassungsänderungsgrenzen unterscheiden lassen (s. § 6, A. VII. 1. b)). Letztere sind zum Teil ungeschrieben und meist Ausdruck etatistischen, teilweise auch demokratietheoretischen Denkens. Vor allem unter dem änderungsaffinen Grundgesetz sind diese Verbandsgrundrechtspositionen letztlich schwer operabel und deshalb weitgehend zahnlos, wie die „Hausgut“-Formel des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts in besonderer Weise illustriert (s. § 6, A. VII. 3. b)).

31. Der *status positivus* der Verbandsgrundrechtspositionen der föderierten Einheiten läuft im Verbandsingerenzrecht auf die Behauptung von Bundesingerenzausübungspflichten hinaus: Die Bundesebene wird verpflichtet, zu Gunsten von föderierten Einheiten von ihren *top-down*-Ingerenzen Gebrauch zu machen (s. § 6, B.). Bundesingerenzausübungspflichten bestehen zum Teil in der direkten ‚Vertikale‘, also unmittelbar zwischen der Bundesebene und einer föderierten Einheit (s. § 6, B. I.), zum Teil auch in der ‚Diagonale‘ zwischen föderierter Einheit A, Bundesebene und föderierter Einheit B (s. § 6, B. II.):
- a) Unmittelbar ‚vertikale‘ Bundesingerenzausübungspflichten, also gewissermaßen Ansprüche von föderierten Einheiten auf die ‚Solidarität‘ der Bundesebene (s. § 6, B. I. 1.) etwa durch Unterstützung mit Sicherheitskräften, mit Sachleistungen, mit politischer ‚Führung‘ in ‚Notständen‘ oder durch Finanzhilfen, sind in den USA und in Deutschland sehr unterschiedlich ausgeprägt: In den USA herrscht das Leitbild weitestgehender Eigenverantwortung der Einzelstaaten vor; Hilfeleistungen durch die US-Bundesebene sind auch in intensiven Krisen grundsätzlich Fragen des politischen Ermessens und geraten nicht vor die Gerichte (s. § 6, B. I. 2.). Im grundgesetzlichen Föderalismus hingegen haben bündisch-etatistisch fundierte Forderungen nach ‚Solidarität‘ durchaus Eingang in verfassungsrechtliche Argumente und in die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung gefunden – dies insbesondere im Finanzverfassungsrecht (s. § 6, B. I. 3.).
  - b) ‚Diagonale‘ Bundesingerenzausübungspflichten betreffen Ansprüche einer föderierten Einheit (A) darauf, dass die Bundesebene gegen eine andere föderierte Einheit (B) unter Gebrauch von *top-down*-Ingerenzen (z. B. mit Aufsichtsmitteln) einschreitet (s. § 6, B. II.). Überwölbt wird diese Fallgruppe durch den Gedanken des föderalen ‚Bundes‘ als ‚Rechtsgemeinschaft‘ (s. § 6, B. II. 1.); die Übersetzung dieses Gedankens in Anspruchspositionen kann dann freilich sehr unterschiedliche Ausprägungen aufweisen: Eine juristische Ausprägung im engeren Sinn liegt darin, wenn Bundesgerichte – wie es vor allem im US-Föderalismus vorkommt – in intensiv verrechtlichten Konflikten (zum Beispiel im grenzüberschreitenden Umweltschutz) als Streitschlichter zwischen föderierten Einheiten auftreten (s. § 6, B. II. 2.). Interpretiert man die ‚föderale Rechtsgemeinschaft‘ hingegen eher – wie es im grundgesetzlichen Föderalismus verstärkt vorkommt – als eine Gemeinschaft arbeitsteiliger Akteure, die moderiert werden möchten (s. § 6, B. II. 3. d)), als eine (Pseudo-) ‚Staaten‘-Gemeinschaft oder eine (mehr oder weniger) ‚homogene‘ Wertegemeinschaft (s. § 6, B. II. 3. b)), so frant das einschlägige Anspruchsdenken zunehmend in den politischen Bereich aus. Argumentiert wird dann mit Formeln wie der „bündischen Sorge für das Grundgesetz“ (Konrad Kruis; s. § 6, B. II. 3. a)).
32. Der *status activus* der Verbandsgrundrechtspositionen der föderierten Einheiten ist auf eine Effektivierung der *bottom-up*-Ingerenzen der föderierten Einheiten

in der Praxis des kooperativen Föderalismus gerichtet, welcher – in unterschiedlicher Ausprägung – in den USA und in Deutschland verwirklicht wird (s. § 6, C. I.). Diese Effektivierung findet weitgehend in der Sphäre des – aus juristischer Perspektive – Informalen statt; entsprechend gering ist die einschlägige Steuerungswirkung der Verfassungstexte und die Rolle der Gerichte (s. § 6, C. I. 2.). Faktisch-informale Einflussnahmemöglichkeiten der föderierten Einheiten liegen in beiden Föderationen in ihrer ‚Performance‘ als Verwaltungs-‚Zentren‘ mit ‚kompetenter‘ Verwaltungsexpertise, auf welche die Bundesebene faktisch angewiesen ist (‚Verwaltungsexpertokratie‘ der föderierten Einheiten; s. § 6, C. II. 1, u. III. 3. a)). Daraus erwächst Machtpotential der föderierten Einheiten, im Extremfall – dies tendenziell eher in den USA – durch Verweigerungshaltungen (Jessica Bulman-Pozen/Heather Gerken: „*un-cooperative federalism*“ mit „Macht des Dieners“ – s. § 6, C. II. 1.). Im grundgesetzlichen Diskurs gehören zur *status activus*-Perspektive außerdem die von Konrad Hesse geprägten Thesen zur ‚Kompensation‘ von geringen Autonomiepositionen der Länder durch ihre funktional bedeutsamen Mitwirkungspositionen im sozialen Rechtsstaat des „unitarischen Bundesstaats“ wie auch in den Institutionen des ‚stabilen‘ Parteienbundesstaats (s. § 6, C. III.).

33. Der *status aequalis* richtet Verbandsgrundrechtspositionen im Ingerenzrecht auf die Begründung gleichheitsbezogener Bundesingerenzausübungsregeln hin aus (s. § 6, D. I.): Hier herrscht der Gedanke der prozeduralen Gleichheit der föderierten Einheiten vor. Forderungen nach der Gleichberechtigung der föderierten Einheiten in Verfahren, bei Verhandlungen und bei sonstigen *top-down*-Einflussnahmen haben einen unmittelbaren Einfluss auf die politische Selbsterhaltung der föderierten Einheiten als – primär individualgrundrechtsrelevante – Gleichheitsfragen im Kompetenzrecht (zu Letzteren oben These Nr. 28). Nimmt die Bundesebene Einfluss auf die föderierten Einheiten, so hat diese Einflussnahme grundsätzlich in gleichförmiger Weise zu erfolgen. Beispielsweise ist die föderal disparate Einräumung bzw. Verschließung von legislativem Gestaltungsspielraum der föderierten Einheiten rechtfertigungsbedürftig (s. § 6, D. II. 3. c) u. III. 2.); in den USA wird diese (krypto-)normative Forderung föderativer Gleichheit im engeren Sinn in der Formel „*equal sovereignty*“ gebündelt (s. § 6, D. II. 1.). Unter dem Grundgesetz gerät hier zudem das – stärker materialisierte und an der Grenze zum *status positivus* stehende – Moment der ‚Bundessolidarität‘, etwa im Finanzverfassungsrecht, in den Blick (s. § 6, D. III. 3.).
34. Auch die in den vorstehenden Thesen systematisierten Formen der Modifikation des Ingerenzrechts durch Verbandsgrundrechtspositionen arbeiten (wie auch die Kompetenzrechtsmodifikationen – s.o. These Nr. 29) mit rhetorisch bemerkenswerten Topoi: Diese sind häufig ‚Würde‘-konnotiert (oder negativ gewendet: auf ‚Entwürdigung‘ als Abschreckung gerichtet), so vor allem Argumentationen mit legislativer, exekutiver und finanzpolitischer ‚Willensfreiheit‘ der föderierten Einheiten (vgl. nur die Topoi *anti-commandeering* und ‚goldene

Zügel‘ – s.o. Thesen Nr. 30. a) bis c)). Bei Argumentationen zum Schutz der freien ‚Staats‘-Willensbildung der föderierten Einheiten (s.o. These Nr. 30. d)) kommen Formeln wie „statehood“, „Verfassungsautonomie“, „Eigenstaatlichkeit“ oder „normative Demokratiefähigkeit“ ins Spiel (s. § 6, A. VI. 4.). Beim *status positivus* und *status aequalis* (s.o. Thesen Nr. 31 u. Nr. 33) ist unter dem Grundgesetz die „Bundessolidarität“ prägend (s. § 6, B. I. 3. bzw. § 6, D. III. 3.). Autonomie unter Gleichen fordert in den USA „equal sovereignty“ (§ 6, D. II. 1.). Weitere bemerkenswerte Formeln sind u.a.: die anspruchsbegründende „bündische Sorge um das Grundgesetz“ (s. § 6, B. II. 3. – s.o. These Nr. 31. b)) sowie das Bild des ‚mächtigen Dieners‘ oder kompetenten ‚Experten‘ (‚Expertokraten‘) für föderierte Einheiten im kooperativen Föderalismus (s. § 6, C. II. bzw. III. – s.o. These Nr. 32).

*§ 7: Verbandsgrundrechtspositionen wirken über Texte der gerichtlich durchsetzbaren Dogmatik (‚Rechtsinhaltsquelltexte‘), in welchen sie von verfassungstextfernen, verknüpft-zugespitzten, rhetorisch auffälligen Topoi getragen werden.*

35. Verbandsgrundrechtspositionen, welche Verbandskompetenzen und Verbandsingerezenzen in den in §§ 5 und 6 skizzierten Konstellationen modifizieren, haben in der Regel eine allenfalls schwache Verankerung im Text der US-Verfassung bzw. im Text des Grundgesetzes; sie zählen weitgehend zum ‚ungeschriebenen Verfassungsrecht‘ – treffender: zum ‚verfassungstextfernen Verfassungsrecht‘ (s. § 7, A. II.).
36. Verbandsgrundrechtspositionen sind – selbstverständlich – ‚geschrieben‘: Textuell getragen werden sie – wie erwähnt – zwar weniger von den Texten der beiden Bundesverfassungen, wohl aber von Texten der gerichtlich durchsetzbaren Dogmatik, also vor allem von gerichtlichen Entscheidungen und Texten des dogmatisch arbeitenden Schrifttums (s. § 7, A. III. u. IV. 1.). Texte der gerichtlich durchsetzbaren Dogmatik sind erfassbar in der Kategorie der ‚Rechtsinhaltsquelltexte‘ (s. § 7, A. I. 4.). Rechtsinhaltsquelltexte sind zu unterscheiden von ‚Rechtserzeugungsquelltexten‘ (z.B. [rechts-]politischen Programmen oder ideenpolitischen Schriften wie den *Federalist Papers*), von ‚Rechtswertungsquelltexten‘ (z.B. rechtsphilosophischen Abhandlungen) und teilweise auch von ‚Rechtserkenntnisquelltexten‘ (z.B. Verfassungs- und Gesetzestexten, ggf. auch Texten des ‚Richterrechts‘), wobei mit Letzteren Überschneidungen bestehen (s. § 7, A. I. 3. b) u. 4.).
37. Im Anschluss an Klaus F. Röhl und Hans Christian Röhl lassen sich die – für die Verbandsgrundrechtspositionen wichtigen – ‚Rechtsinhaltsquelltexte‘ erfassen als Texte, welche „schon in einem juristischen Kontext stehen und in gleicher Weise wie die i.e. S. verbindlichen juristischen Rechtsquellen Sollensnormen formulieren, so dass die Gerichte sie unmittelbar anwenden könnten“ (Hermann Kantorowicz: „Gerichtsfähigkeit“ – s. § 7, A. I. 4.). Rechtsinhaltsquelltexte haben – anders als Rechtserkenntnisquelltexte – nicht zwingend rechtliche

Geltungskraft, sind aber gleichwohl potenziell diskursiv wirkmächtig, da sie darauf gerichtet sind, künftige gerichtliche Entscheidungen zu informieren.

38. Zu den Rechtsinhaltsquelltexten zählen daher nicht nur Texte der Rechtsprechung, welche sich – noch oder bereits – zum ‚geltenden (Richter-)Recht‘ (*good law*) rechnen lassen (kanonische Rechtsinhaltsquelltexte – s. § 7, A. III. 1.), sondern auch solche Texte der Rechtsprechung, welche unterdessen obsolet geworden oder die von vornherein apokryph sind (s. § 7, A. IV. 2. bzw. 3.), sowie Dogmatik-Angebote des Schrifttums (s. § 7, A. IV. 1.), ggf. auch der nicht-judikativen Praxis (‚Staatspraxis‘ – s. § 7, A. IV. 2.). Obsolete Rechtsinhaltsquelltexte sind beispielsweise Urteile, denen durch förmliche Verfassungsänderung oder durch eine Änderung der Rechtsprechung die ‚richterrechtliche‘ Geltungskraft entzogen worden ist (s. § 7, A. III. 2.). Zu den apokryphen Rechtsinhaltsquelltexten mag man *obiter dicta*, gerichtlich gesetzte ‚lehr-‘ oder ‚handbuchartige‘ Maßstäbe sowie Sondervoten zählen (s. § 7, A. III. 3.).
39. ‚Gerichtlich durchsetzbare Dogmatik‘ arbeitet mit Rechtsinhaltsquelltexten (s.o. These Nr. 37) aus Praxis und Wissenschaft; sie ist eine formalisierte und mehrdimensional instrumentalisiert-instrumentalisierbare „Zwischenschicht“ (Peter Lerche, Martin Eifert – § 7, B. I. 2.), welche dynamisch durch diskursiv-pluralistische Text-„Arbeit“ geschaffen wird (s. § 7, B. III. 2. u. 3.).
40. Gerichtlich durchsetzbare Dogmatik wabert zwischen den Dimensionen ‚Prozess‘ und ‚Produkt‘, zwischen Dynamik und Statik: Trotz ihres pluralistisch-diskursiven Charakters (s.o. These Nr. 39) weist gerichtlich durchsetzbare Dogmatik einen Einheitsdrang durch die Fokussierung auf das Ziel der Herstellung gerichtlich verwertbarer Argumente (einen Produktbezug der ‚Gerichtsfähigkeit‘ – s. § 7, B. II.) auf und ist als hoch formalisierte diskursive Eliten-Praxis durch Zugangshürden, Ausschlüsse und Binnenhierarchien sowie eine inhärente didaktische Komponente gekennzeichnet (s. § 7, B. III. 4.).
41. Gerichtlich durchsetzbare Dogmatik arbeitet mit Formalisierung und Instrumentalisierung; sie ermöglicht eine formalisierte Verhandlung verschiedener Dimensionen von Instrumentalisierung des Rechtsstoffs (s. § 7, B. IV.): Um als „Zwischenschicht“ die Funktionen der Kohärenzsicherung und der Operationalisierung (Eifert – s.o. § 7, B. I. 2.) erfüllen zu können, muss gerichtlich durchsetzbare Dogmatik den Rechtsstoff ordnend, verknappend formalisieren (s. § 7, B. IV. 1.) und für Instrumentalisierungen in Einzelfällen bereitstellen (s. § 7, B. IV. 2.).
42. Bei der gerichtlich durchsetzbaren Dogmatik der Verbandsgrundrechtspositionen treten die allgemeinen Merkmale gerichtlich durchsetzbarer Dogmatik (Gerichtsfähigkeit trotz diskursiver Pluralität; Formalisierung und Instrumentalisierung – s.o. Thesen Nr. 40 u. 41) in gesteigerter, in zugespitzter Form hervor: Die verfassungstextfernen dogmatischen Topoi zur Stützung von Verbandsgrundrechtspositionen föderierter Einheiten sind besonders intensiv

ideenpolitisch instrumentalisierbar und häufig durch eine formelartige Zuspitzung in Ausdrücken wie ‚state dignity‘ oder ‚Bundestreue‘ gekennzeichnet (s. § 7, C. I.).

43. Die – zunächst untechnisch gesprochen – ‚bemerkenswerte‘ rhetorische Verfasstheit solcher Topoi (s. o. Thesen Nr. 29 u. Nr. 34; s. § 7, C. II. 1.) steht – so **Hypothese 2.1**<sup>4439</sup> (s. § 7, C. II. 2.) – in einem engen Zusammenhang mit den besonderen Eigenschaften der Dogmatik der Verbandsgrundrechtspositionen (s. These Nr. 42), v. a. mit den Zuspitzungen von Gerichtsfähigkeit, Formalisierung und Instrumentalisierung sowie mit der pluralistischen Diskursivität der Dogmatikbildung.

*§ 8: Verbandsgrundrechtspositionen wirken – anders als Verbandskompetenzen und Verbandsingerenzen – vorrangig in der Rechtsprechung (‚judicial [review] federalism‘); dabei markieren sie jedoch zugleich auch dogmatische Orte, an welchen die Rechtsprechung – vor allem hinsichtlich der Mobilisierung, der Sanktionierung und der dynamischen Setzung von Verbandsgrundrechtspositionen – in teils synergetische, teils tolerante, teils konfrontative Interaktion mit der nicht-judikativen Praxis (‚departmentalist federalism‘) und der (para-)demokratischen Öffentlichkeit (‚popular federalism‘) tritt.*

44. Die – rechtssoziologisch motivierte und informierte – Frage nach den Akteuren, den Orten (Foren), den Mitteln und Wegen der Ver-‚Wirklichung‘ von Verfassungsrecht weist über die Gerichte und über deren Arbeitsmittel, die gerichtlich durchsetzbare Dogmatik, über gerichtliche Verfahren und über gerichtliche Entscheidungen hinaus; ‚Verfassungswirklichkeit‘ ist mehr als die ‚Wirklichkeit‘ der Texte gerichtlich durchsetzbarer Dogmatik (s. § 8, A.): Zuallererst prägen die Adressatinnen und Adressaten von verfassungsrechtlichen Normen die ‚Wirklichkeit‘ des Verfassungsrechts durch dessen Befolgung oder eben auch durch dessen (teilweise) Nichtbefolgung – und dies zunächst (ggf. aber auch endgültig) ohne die Einflussnahme von Gerichten (s. § 8, A. II. 2.). Außerdem wird die etwaige Nichtbefolgung von Verfassungsrecht – falls überhaupt – nicht ausschließlich durch Gerichte sanktioniert: Auch Akteure der nicht-judikativen Praxis oder der (para-)demokratischen Öffentlichkeit vermögen es, Verfassungsverstöße zu sanktionieren (s. bereits These Nr. 18). Diese Akteure nehmen außerdem neben den Gerichten – mehr oder weniger gut fassbar – an der fortwährenden dynamischen Setzung von Verfassungsrecht teil (s. § 8, A. II. 3.); überhaupt ‚wirkt‘ Verfassungsrecht auch – freilich eher diffus – in den Dimensionen der ‚Verfassungskultur‘ und der Verfassungsrechtspolitik (s. § 8, A. II. 4.). Und schließlich ist zu berücksichtigen, dass, selbst wenn die Verfassungsrechts-‚Verwirklichung‘ tatsächlich einmal ganz konkret in einem Fall vor einem Gericht erfolgt, dies voraussetzt, dass dieses Gericht überhaupt erst einmal ‚mobilisiert‘ worden ist (s. § 8, A. II. 2.).

<sup>4439</sup> Zur Rede von der ‚Hypothese‘ s. o. Fn. 4437.

45. Auch die Ver-,Wirklichung‘ von *Föderalismusverfassungsrecht* ist – wie die Ver-,Wirklichung‘ von Verfassungsrecht überhaupt (s. eben These Nr. 44) – nicht nur eine Sache der Gerichte (*judicial [review] federalism*‘), sondern findet auch in der nicht-judikativen Praxis (*departmentalist federalism*‘) sowie in der (para-)demokratischen Öffentlichkeit (*popular federalism*‘) statt (s. o. § 8, B.):
- a) *Departmentalist federalism* in einem weit verstandenen Sinn ist die eigenverantwortliche Ver-,Wirklichung‘ von Föderalismusverfassungsrecht in der nicht-judikativen Praxis; *departmentalist federalism* basiert auf der Annahme, dass es eine eigenständige (d.h. gerichts-unabhängige) ‚Verfassungstreue‘-Pflicht der Akteure der nicht-judikativen Praxis gibt (s. o. § 8, B. I. 1. b)): Die (Nicht-)Befolgung von Föderalismusverfassungsrecht ist zuallererst Sache der Legislativen, der Gubernativen und der Administrativen der föderalen Träger, welche – gerichtsunabhängig – vor allem das Kompetenz- und Ingerenzrecht mit ‚Leben erfüllen‘ und hierdurch gestalten (s. o. § 8, B. I. 2. a)), seltener auch Verbandsgrundrechtspositionen entwickeln und ‚kultivieren‘ (s. o. § 8, B. I. 2. b)). Denkbar ist auch die Sanktionierung von (angeblichen) Föderalismusverfassungsrechtsverstößen eines föderalen Trägers A durch einen föderalen Träger B (s. o. § 8, B. I. 2. c)). All diese Erscheinungsformen erfordern nicht das Überschreiten der Schwelle hin zu Positionen eines strengen *departmentalism*, welcher sogar das direkte Konterkarieren und Missachten von verfassungsgerichtlichen Entscheidungen durch die nicht-judikative Praxis zu rechtfertigen versucht; gemäßiger *departmentalism* ist nicht zwingend ein Handeln gegen Gerichte, sondern auch ein Handeln in Abwesenheit oder neben den Gerichten (s. § 8, B. I. 1. b)).
  - b) *Popular federalism* in einem weit verstandenen Sinn, also die Ver-,Wirklichung‘ von Föderalismusverfassungsrecht in der (para-)demokratischen Öffentlichkeit, erfolgt durch diverse Akteure auf unterschiedlichen Wegen (s. o. § 8, B. II.): Im Hintergrund stehen zunächst einmal die verschiedenen demokratischen Legitimationssubjekte (‚Völker‘) auf den beiden föderalen Ebenen; diese entscheiden – repräsentativ-demokratisch – bei Wahlen auch unter föderalen Gesichtspunkten und können potenziell auch Föderalismusverfassungsrechtsverstöße an der Wahlurne sanktionieren (s. o. § 8, B. II. 2. g)); sie können aber auch – direkt-demokratisch – durch ‚Volks‘-Gesetzgebung Föderalismusverfassungsrecht unmittelbar ‚befolgen‘ (gestalten, ‚gebrauchen‘ und behaupten – s. § 8, B. II. 2. d)). In kleinteiligerer Weise wird föderale *Para*-Demokratie auch durch solche Instanzen gelebt, welche nicht ihrerseits demokratisch legitimiert sind, jedoch im demokratischen Prozess eine unverzichtbare dienende Funktion erfüllen: durch Intermediäre wie politische Parteien, Verbände, Interessengruppen, NGOs, etc., aber vor allem auch durch ‚engagierte‘ Individuen (s. § 8, B. II. 2. b) u. c)); diese *para*-demokratischen Instanzen können insbesondere für die



Mobilisierung der Durchsetzung und Sanktionierung von Föderalismusverfassungsrecht eine Rolle spielen (s. § 8, B. II. 2. f)).

- c) *„Judicial (review) federalism“*, also die gerichtliche Sanktionierung und Setzung von Föderalismusverfassungsrecht (s. § 8, B. III.), hat seinen Schwerpunkt bei der Kompetenz- und Ingerenzkontrolle des Handelns von Akteuren der nicht-judikativen Praxis, also bei der Überprüfung, ob sich das Handeln der nicht-judikativen Praxis den von der Rechtsprechung auszulegenden Kompetenz- und Ingerenztiteln der Bundesverfassungen zuordnen lässt (s. § 8, B. III. 2. a) aa)). Die Ausübung des Kompetenz- und Ingerenzausübungsermessens als solches ist demgegenüber grundsätzlich frei von gerichtlicher Kontrolle (s. § 8, B. III. 2. a) bb)). Allerdings ist das Kompetenz- und Ingerenzausübungsermessen der nicht-judikativen Praxis nicht vollständig kontrollfrei gestellt: Neben außer-föderalen Grenzen, insbesondere aus den Individualgrundrechten, setzt die Rechtsprechung Grenzen durch die gerichtliche Durchsetzung von geschriebenen und insbesondere ungeschriebenen (verfassungstextfernen) Verbandsgrundrechtspositionen (s. § 8, B. III. 2. b)).
46. Damit ergibt sich – zugespitzt – folgende reziprok-chiastische Zuordnung von föderalismusverfassungsrechtlichen Strukturelementen zu föderalismusverfassungsrechtlichen Wirkungsdimensionen (s. § 8, B. IV.): Während Verbandskompetenzen und Verbandsingerenzen durch eine besondere Praxisnähe (s. o. These Nr. 45. a)) und eine insgesamt eher zurückgenommene Rolle der Rechtsprechung geprägt sind (s. o. These Nr. 45. c)), kennzeichnet das Strukturelement ‚Verbandsgrundrechtspositionen‘ – gerade umgekehrt – eine besondere Rechtsprechungsnähe (s. o. These Nr. 45. c)) und eine häufig nur sekundäre, eben von der (nachträglichen) gerichtlichen Sanktionierung abhängige Bedeutung für die nicht-judikative Praxis. Die Wirkungsdimension ‚(para-)demokratische Öffentlichkeit und Willensbildung‘ nimmt für alle föderalismusverfassungsrechtlichen Strukturelemente eine – juristisch tendenziell schwer fassbare – Mittlungsposition ein (s. o. These Nr. 45. b)).
47. Die Rechtsprechung zu den Verbandsgrundrechtspositionen ist in einem Trilog mit der nicht-judikativen Praxis und der (para-)demokratischen Öffentlichkeit verfangen: Gerade beim Strukturelement der Verbandsgrundrechtspositionen zeigen sich besondere Ausprägungen der Arbeitsteilung, der ‚Toleranz‘ und der Konkurrenz unter den drei verfassungsrechtlichen Wirkungsdimensionen (s. § 8, C.), was sich entlang von drei Modi der Verwirklichung von Föderalismusverfassungsrecht (Mobilisierung, Sanktionierung, dynamische Setzung) ausdrückt:
- a) Mangels eines Selbstbefassungsrechts ist die Rechtsprechung darauf angewiesen, von ‚außen‘, also durch Akteure der anderen beiden Wirkungsdimensionen, mit der Entscheidung konkreter Streitfälle befasst, d. h. *mobiliert* zu werden – hier geraten die Wirkungsdimensionen in Synergie

(s. § 8, C. I. 1.). Die Mobilisierung der Gerichte setzt in der Regel u.a. *standing* bzw. eine Klage- oder Antragsbefugnis voraus. Die Berechtigung zur Mobilisierung der Gerichte zur Durchsetzung von Verbandsgrundrechtspositionen liegt im Normalfall bei den föderalen Trägern ‚selbst‘ (s. § 8, C. I. 1. b)); denkbar ist aber auch die Mobilisierung durch Mitglieder der para-demokratischen Öffentlichkeit, insbesondere durch Individuen (s. § 8, C. I. 1. c)). Teilweise sind Verbandsgrundrechtspositionen geradezu darauf angelegt, die Mobilisierung der Gerichte zu forcieren, also *standing* bzw. die Klagebefugnis zu begründen: so etwa im Fall der „besonderen Besorgnis“ („*special solicitude*“), die der *U.S. Supreme Court* gegenüber dem in seinen „quasi-souveränen“ Interessen bedrohten Einzelstaat Massachusetts aufgewendet hat, um die Klimaschutzfähigkeit der Bundesbehörde EPA überprüfen zu lassen; oder im Fall von Konrad Kruis’ Formel von der „bündischen Sorge für das Grundgesetz“ (s.o. § 8, C. I. 1. b)).

- b) Bei der *Sanktionierung* von Verbandsgrundrechtspositionen zeigt sich teilweise ein tolerant-abgestimmtes Nebeneinander der drei Wirkungsdimensionen, welches man mit dem Schlagwort *judicial (self-)restraint* in einem weiten Sinn verstehen mag (s.o. § 8, C. I. 2.): Erscheinungsformen von *judicial (self-)restraint* in einem weiten Sinn sind gegenüber der nicht-judikativen Praxis wie auch – diffuser – gegenüber der (para-)demokratischen Öffentlichkeit auszumachen. Gegenüber der nicht-judikativen Praxis kann *judicial (self-)restraint* die Extremform annehmen, dass Gerichte bestimmte Fragen explizit vollständig dem politischen Prozess überantworten (so vereinzelt in den USA nach der sog. *political question doctrine* z.B. bei der [Nicht-]Überprüfung der formellen Grenzen für Bundesverfassungsänderungen); unterhalb dieser Schwelle lassen sich Dosierungen und Abstufungen der gerichtlichen Prüfungsdichte und -tiefe ausmachen (etwa im grundgesetzlichen Finanzverfassungsrecht; s. § 8, C. I. 2. b) aa)). In den USA lässt sich zudem in einigen Teilbereichen der Dogmatik der Verbandsgrundrechtspositionen beobachten, dass gerichtliche Interventionen durch eine Umstellung auf die Modi der verfassungskonformen Auslegung und der Durchsetzung von Bestimmtheitsgeboten sowie Vermutungsregeln gedämpft werden (s. § 8, C. I. 2. b) bb)). Im Rahmen solcher sekundärer Kontroll-Modalitäten kann potenziell auch *judicial (self-)restraint* nicht nur gegenüber der nicht-judikativen Praxis, sondern auch gegenüber der (para-)demokratischen Öffentlichkeit eine Rolle spielen, wie die Fallstudie zum *Oregon Death With Dignity Act* verdeutlicht hat: Hier mag gerade deshalb die gerichtliche Invalidierung eines Einzelstaatengesetzes über die *pre-emption*-Dogmatik unterblieben sein, weil das betroffene Einzelstaatengesetz direkt-demokratisch zu Stande gekommen und die Streitfrage vom Gericht als ‚hochpolitisch‘ qualifiziert worden war (s. § 8, C. I. 2. c) bb)).
- c) Blickt man darauf, wie und durch wen Verbandsgrundrechtspositionen *dynamisch gesetzt* werden, so eröffnen sich schließlich auch Gegenwelten zur

gerichtlich durchsetzbaren Dogmatik; der Rechtsprechung kommt kein Monopol bei der Setzung und Ausgestaltung von Verbandsgrundrechtspositionen zu (s. § 8, C. I. 3.). Solche außer-dogmatischen Gegenwelten liegen einerseits in der Verfassungspraxis – besonders handgreiflich bei ‚informellen Ingerenzen‘ und insbesondere in den Strukturen des kooperativen Föderalismus mit den Einzelstaaten als „mächtigen Dienern“ (Bulman-Pozen/Gerken) und den Ländern als ‚Verwaltungsexpertokraten‘ (s. § 8, C. I. 3. a)). Andererseits vermag man außer-dogmatische Gegenwelten in der Verfassungsrechtspolitik erkennen, insbesondere dort, wo der förmliche Verfassungsänderungsgesetzgeber unmittelbar auf Judikate zu Verbandsgrundrechtspositionen mit bestärkenden, gegenläufigen oder relativierenden Bundesverfassungsänderungen antwortet: Beobachtet wurde dies u. a. im US-Wahlrechtsföderalismus sowie im Bereich des Grundgesetzes u. a. bei den inhaltlich bedingten Bundesfinanzhilfen und bei der Kompetenzzustattung im Landesbeamtenrecht und im Staatshaftungsrecht (s. § 8, C. I. 3. b)).

48. Verbandsgrundrechtspositionen sind diejenigen Strukturelemente des Föderalismusverfassungsrechts, welche in besonderem Maß das Verhältnis der gerichtlich durchsetzbaren Dogmatik ‚nach außen‘, d. h. die Stellung der Rechtsprechung gegenüber der nicht-judikativen Praxis und gegenüber der (para-)demokratischen Öffentlichkeit betreffen: Sei es in synergetischer (s. o. These Nr. 47. a)), in toleranter (s. o. These Nr. 47. b)) oder in konfrontativer (s. o. These Nr. 47. c)) Weise. Anschaulich wird dieser Trilog bei der Ver-‚Wirklichung‘ von Verbandsgrundrechtspositionen – so **Hypothese 2.2**<sup>4440</sup> – in der modellhaften Vorstellung einer Interaktion durch Lesen und Gelesen-Werden: Die formelartig zugespitzten Topoi der Verbandsgrundrechtspositionen (s. o. Thesen Nr. 29 u. Nr. 34) sind als textuelle Ankerpunkte für rhetorische Vorgänge des gegenseitigen Lesens – in Synergie, Toleranz oder Konfrontation – analysierbar (s. § 8, C. II.).

**Knoten: Interdisziplinär und komparatistisch geöffnete Rechtsdogmatikforschung untersucht das formale (rhetorische) und ideenpolitische Eigenleben von Rechtsdogmatik.**

*§ 9: Die vorliegende Studie versetzt vergleichende Verfassungsrechtsdogmatikforschung in einen Trilog mit literaturwissenschaftlicher Rhetoriktheorie sowie politischer Theorie, um die Verfassungsrechtsdogmatik der Verbandsgrundrechtspositionen form-fokussiert und hinsichtlich ihrer ideenpolitischen Implikationen zu analysieren.*

49. Der vorliegend gewählte Methodenmix aus vergleichender Verfassungsrechtsdogmatikforschung, politischer Theorie in Gestalt von Ideenpolitikforschung und literaturwissenschaftlicher Rhetoriktheorie zielt auf eine problemange-

---

<sup>4440</sup> Zur Rede von der ‚Hypothese‘ s. o. Fn. 4437.

messene Erörterung der – im Verlauf der ersten zwei Drittel der Studie erarbeiteten – Hypothesen zum intensiven ideenpolitischen Charakter der Argumentation mit Verbandsgrundrechtspositionen (Hypothesen 1.1 und 1.2 – s. o. Thesen Nr. 4 bzw. Nr. 11) einerseits sowie zum besonderen rhetorischen Charakter der dogmatischen Topoi hinter den Verbandsgrundrechtspositionen (Hypothesen 2.1 und 2.2 – s. o. Thesen Nr. 43 u. Nr. 48) andererseits. Dergestalt ermöglicht der Methodenmix die Untersuchung von ‚Föderalismus‘ als einem ideenpolitischen Instrument und einer rhetorischen Lesekonvention ‚vor Gericht‘ (s. § 9, A. III. 1.).

50. Den Kern des gewählten Methodenmix bildet Rechtsdogmatikforschung (s. § 9, A. III. 2. a)) – und zwar in einer forciert text- und formbezogenen Ausprägung (s. § 9, A. III. 2. c)):
  - a) Rechtsdogmatikforschung ist nur ein Element von mehreren innerhalb der rechtswissenschaftlichen Methodenvielfalt (§ 9, A. I.). Sie ist – anders als akademische Jurisprudenz (s. § 9, A. II. 4. b)) – nicht vorrangig daran interessiert, ihrerseits eigenständige Dogmatikangebote zu unterbreiten; vielmehr untersucht (*beobachtet*) Rechtsdogmatikforschung in wissenschaftlicher Distanz die Prozesse der Dogmatikbildung durch Akteure in Rechtspraxis und akademischer Jurisprudenz (s. § 9, A. II. 4. c)). Somit muss sich Rechtsdogmatikforschung dem methodologischen Problem der Praxis- und vor allem Gerichtsnähe, einschließlich des von Bernhard Schlink beschriebenen Problems des „Bundesverfassungsgerichtspositivismus“ der Verfassungsrechtswissenschaft, stellen: Dies geschieht vorliegend in Gestalt einer interdisziplinär gebrochenen Formalanalyse der Produkte des Höchstgerichtspositivismus (Rechtsinhaltsquelltexte) und der Formen ihrer Interpretation in konventionalisiert-ritualisierten „Rezeptionsnischen“ (s. o. These Nr. 15) der Dogmatik (s. § 9, A. III. 2. b)).
  - b) Rechtsdogmatikforschung wird in der vorliegenden Studie betrieben als *Textanalysearbeit*, genauer als Analyse von Rechtsinhaltsquelltexten. In diesem Textfokus der Untersuchung liegt zugleich eine Konzentration des Untersuchungsinteresses auf Formfragen – nämlich auf die ‚Form(en)‘ der dogmatischen Rechtsarbeit und Kommunikation im Bereich der Verbandsgrundrechtspositionen; der Impetus der Studie ist zu umreißen mit *‚taking form seriously‘* (oder: *‚form matters‘*; s. § 9, A. III. 2. c)).
  - c) Forciert formbezogene Rechtsdogmatikforschung, welche nicht ihrerseits Dogmatikangebote formuliert, muss sich darauf einlassen, dass Fragen nach inhaltlicher ‚dogmatischer Richtigkeit‘ in den Hintergrund treten; vielmehr stellt sie die *Offenheit* eines dogmatischen Argumentationsmusters aus (s. § 9, D. II. u. III.). In diesem Sinn als formbezogen verstandene Rechtsdogmatikforschung betreibt – mit Oliver Lepsius – „Rechtswissenschaft in der Demokratie“, indem sie „den Pluralismus der Rechtsdeutungen als

Ausdruck der institutionellen Differenzierung verteidigt[t]“ (s. § 9, D. III., sowie § 12, C. II.).

51. Die vorgelegte Text- und Formalanalyse der gerichtlich durchsetzbaren Dogmatik zu den Verbandsgrundrechtspositionen ist zur Steigerung wissenschaftlicher Distanz, zur Herstellung komparatistisch fruchtbarer Vergleichbarkeit und – schlicht – zur Steigerung des Analyseleistungsvermögens (s. § 9, B. I.) doppelt interdisziplinär angereichert: zum einen durch literaturwissenschaftlich informierte Rhetoriktheorie, zum anderen durch Ideenpolitikforschung (s. § 9, B. II.).
  - a) Besonders handgreiflich ist der Text- und Formbezug beim interdisziplinären Element der *literaturwissenschaftlich* informierten *Rhetorikanalyse*: Dieses strebt eine Untersuchung der besonderen sprachlich-diskursiven Verfasstheit und Funktionen der föderalismusverfassungsrechtsdogmatischen Texte mit Verbandsgrundrechtspositionen sowie insbesondere der bemerkenswerten Topoi rund um ‚föderale Würde‘ und ‚föderale Treue‘ (s.o. Thesen Nr. 29 u. Nr. 34) an (s. § 9, B. II. 1.). Das Element der Rhetorikforschung zielt somit auf die nähere Erörterung der Hypothesen 2.1 und 2.2 (s.o. Thesen Nr. 43 u. Nr. 48). Die nähere rhetorische Analyse der einschlägigen Topoi kann mittelbar – über einen interdisziplinär ausgerichteten Begriff der ‚Rhetorik‘ – von der Literaturwissenschaft als einer wissenschaftlichen Disziplin, welche konventionalisierte (ästhetisch-, dogmatische) Formen der Sprachverwendung und Sprachinterpretation mit Verfahren intensiver Textarbeit (in ‚close readings‘) untersucht, profitieren. Insoweit wird vorliegend durch eine interdisziplinäre Untersuchung der rhetorisch-ästhetischen Verfahren von ‚Dogmatik‘ in Literatur(-wissenschaft) und Recht(-wissenschaft) ein Beitrag zu ‚law and literature‘ (in der Spielart ‚law and literary criticism‘) sowie zu ‚law and the humanities as interart studies‘ geleistet (s. § 9, B. II. 1.).
  - b) Das interdisziplinäre Element der *Ideenpolitikforschung* ermöglicht eine Analyse der ideenpolitischen Dimension der Argumentation mit Verbandsgrundrechtspositionen (s. § 9, B. II. 2.); dem korrespondieren die Hypothesen 1.1 und 1.2 (s.o. Thesen Nr. 4 u. Nr. 11). Die Komponente der Ideenpolitikforschung hilft dabei, die Textarbeit mit dogmatischen Formen auch mit der erforderlichen Aufmerksamkeit für ihre Instrumentalfunktionen (s.o. These Nr. 41) zu analysieren, also einer anspruchsvolleren Vorstellung von ‚Form‘ und ‚Formung‘ gerecht zu werden, welche den Affordanzcharakter dogmatischer Formen zum fortgesetzten Betreiben von Ideenpolitik (s.o. These Nr. 15) würdigt (s. § 9, B. II. 2.).
52. Der Text- und Formbezug der Untersuchung ermöglicht einen ‚formalistischen‘ Rechtsvergleich der Verfassungsrechtsdogmatik zu den Verbandsgrundrechtspositionen der US-amerikanischen Staaten und der deutschen Länder (s. § 9, C.).

- a) Die vorliegend verfolgte komparatistische Methodik lässt sich als (dogmatik-fokussiert) ‚formalistisch‘ qualifizieren (s. § 9, C. II. 1. c)), sie ist nicht (soziologisch) funktionalistisch (s. § 9, C. II. 1. b)): Das *tertium comparationis* ist keine soziale oder politische Funktion, sondern eine ‚Form‘ – nämlich das ideenpolitische *Bild* der ‚schutzwürdigen föderierten Einheit‘ im Instrumentalföderalismus, welches aus der politischen Theorie und Ideengeschichte des ‚Bundes‘ gewonnen und als ‚rhetorisch reichhaltig‘ qualifiziert wurde (s. § 9, C. II. 1. a)). In gewisser Hinsicht affirmiert die Bezugnahme auf dogmatisch-ideenpolitische Formen einen – methodologisch häufig für suspekt erachteten – ‚Legozentrismus‘, gerade weil der vorgelegte Vergleich die formalen Ausprägungen des Legozentrismus, nämlich dessen ‚Sprache‘ und ‚Währung‘: gerichtlich durchsetzbare Dogmatik, interdisziplinär (u. a. in ‚close readings‘) näher untersuchen möchte. Kritisch-analytische Distanz zum geltenden Recht soll aus der doppelt interdisziplinären Anreicherung (Ideenpolitikforschung; Rhetorikanalyse – s.o. These Nr. 51) gewonnen werden (s. § 9, C. II. 1. c)). Rund um Begriffs(-neu-)bildungen wie ‚Instrumentalföderalismus‘ oder ‚Verbandsgrundrechtspositionen‘ wird der formalistische Vergleich außerdem mit komparatistischer Begriffsarbeit (*conceptualism*) verbunden (s. § 9, C. II. 1. d) bb)).
- b) Der vorgelegte Vergleich von Föderalismusverfassungsrecht in den USA und in Deutschland ist strukturell-typenbasiert ausgerichtet – nämlich hin auf den überwölbenden Typus ‚freiheitlich-nationalstaatlich-repräsentativ-demokratischer Instrumentalföderalismus‘, welchem beide Föderationen zugeordnet werden (s. § 9, C. I. 3. b) aa)). Durch die Unterordnung beider Föderationen unter diesen Typus gewinnt die Untersuchung eine Tendenz zum äquivalenten (also nicht primär kontrastiven) Vergleich; sie folgt dem Muster eines parallelen Vergleichs zur Theoriedemonstration (s. § 9, C. I. 3. b) bb)). Föderalismusverfassungsrechtsvergleiche zwischen den USA und Deutschland sind kanonisch und drohen, Verzerrungen und Ausschlüssen zu unterfallen, welche unter den Stichworten ‚Westernismus‘ und ‚methodologischer Nationalismus‘ erfasst werden können (s. § 9, C. I. 3. c)). Dem begegnet die Studie nicht durch den systematischen Einbezug von (aus Sicht von Westernismus und methodologischem Nationalismus) ‚externen‘ Wissensbeständen und Perspektiven, sondern begreift sich als Formalanalyse gerade eines wirkmächtigen Musters westernistisch-nationalistischen Denkens (s. § 9, C. I. 3. d)).

**Dritter Faden: Als Effekte einer Lesekonvention sind ‚föderale Würde‘, ‚föderale Treue‘ und die ‚dogmatische Stimme‘ metonymisch und ironisch dekonstruierbar.**

**§ 10:** *Der interdisziplinäre Import eines literaturwissenschaftlichen Theorie-Angebots von Paul de Man zur Erfassung des sprachlich-rhetorischen Phänomens des*

*„Anthropomorphismus“ (der sprachlich-rhetorischen Operation der Vermenschlichung nicht-menschlicher Entitäten) als Merkmal von ‚Lyrik‘ stellt der vorliegend betriebenen Verfassungsrechtsdogmatikanalyse ein Analysemodell zur Verfügung, in welchem anthropomorph(istische) Argumentation dekonstruiert werden kann – wodurch der inhärent ‚ideologisch‘-dogmatische Charakter anthropomorph(istisch)er Lesarten erkennbar wird.*

53. In den Rechtsinhaltsquelltexten zu den Verbandsgrundrechtspositionen föderierter Einheiten sind wiederkehrend rhetorisch auffällige (rhetorisch reichhaltige) Textstellen identifizierbar (s. § 10, A. I.; s. o. Thesen Nr. 29 u. Nr. 34): Diese Textstellen lassen sich als sprachlich-rhetorische Vermenschlichungen (Anthropomorphismen) lesen, etwa wenn föderalen Trägern – und damit also nicht-menschlichen Entitäten – ‚ureigen‘ menschliche Eigenschaften und Attribute wie ‚Würde‘, ‚Treue‘, ‚Entscheidungsfreiheit‘, ‚Sorge‘, ‚Solidarität‘, etc. zugewiesen werden (s. § 10, A. II. 1.). In solchen Zuweisungen liegt zugleich die Einräumung einer – unscharf-schillernden und deshalb instrumentalisierbaren – Position der besonderen *Schutzwürdigkeit*, welche über bloß ‚technische‘ Rechtspersönlichkeit hinausweist (s. § 10, A. II. 2.).
54. Die literarische Gattung ‚Lyrik‘ lässt sich mit dem Literaturwissenschaftler Paul de Man als Praxis und Produkt eines „lyrischen Lesens“, also eines Lektüremusters (oder: einer literaturdogmatischen Konvention) dekonstruieren (s. § 10, B. II.). Diese Lesekonvention beruht zentral auf dem rhetorischen Verfahren des Anthropomorphismus. ‚Lyrik‘ ist nach de Man eine Bezeichnung für eine konventionalisierte anthropomorphistische Lesart, welche bestimmten literarischen Texten eine menschliche ‚Stimme‘ entnimmt, die sich im Gespräch mit Entitäten der ‚lyrischen Welt‘ (im Text) einerseits und mit Entitäten des ‚lyrischen Diskurses‘ (Leserinnen und Lesern) andererseits befinde (s. § 10, B. II.).
  - a) Nach einem bestimmten – nicht alternativlosen, aber wirkmächtigen – Begriff von ‚Lyrik‘ sind solche Texte ‚lyrisch‘, in welchen eine Sprecher-Instanz (ein ‚lyrisches Ich‘) (anscheinend) hervortritt und sich (angeblich) ausdrückt (§ 10, B. II. 1. b) aa)). Mit der Vorstellung der ‚lyrischen Stimme‘ des Textes (oder: im Text) liegt somit eine sprachliche Vermenschlichung – also ein Anthropomorphismus – im Zentrum dieses ‚Lyrik‘-Begriffs. Zwar ist die literarische Gattung ‚Lyrik‘ durchaus formal vielfältig und umfasst keinesfalls ausschließlich Texte mit einem plakativen ‚lyrischen „Ich“‘ (man denke etwa an Dinggedichte oder ‚gar‘ an konkrete Poesie); dennoch werden auch viele (insbesondere kurze oder versifizierte oder gereimte) Texte ohne ein ausdrücklich wörtlich markiertes Sprechersubjekt so gelesen, *als ob* sie von einem solchen gesprochen, erlebt, etc. werden (s. § 10, B. II. 1. u. 3. d)).
  - b) De Man fokussiert, dass ‚lyrische Texte‘ – *anthropomorphistisch* – als ‚lyrische Texte‘ *gelesen* werden. Dabei wird im Vorgang eines solchen „lyrischen Lesens“ eine mögliche und von den Texten häufig durchaus auch angereizte, aber keinesfalls alternativlose Lesart gewählt (und verabsolutiert).



tiert) (§ 10, B. II. 3. d)). Das Anreizen anthropomorphistischer Lesarten basiert regelmäßig auf einer eingängig-,natürlich'-harmonischen Wechselwirkung zwischen Anthropomorphismen auf verschiedenen Ebenen: Der lyrischen Stimme auf einer Makroebene korrespondieren – gewissermaßen in einem ‚Gespräch‘ mit dieser verfasst – vermenschlichte Entitäten in der ‚lyrischen Welt‘ des Textes auf einer Mikroebene (z. B. „heulende“, sprechende und klagende Wälder in Gedichten von Charles Baudelaire; s. § 10, B. II. 2. b) u. 4.).

- c) *Dekonstruktion* „lyrischen Lesens“ bedeutet für de Man, dass ein lyrisch lesbarer Text das Er-Lesen von Anthropomorphismen (beispielsweise das Er-Lesen einer menschlichen lyrischen Stimme und von menschenähnlichen Entitäten in der lyrischen Welt wie sprechenden Bäumen) zwar einerseits ermöglicht, anreizt oder sogar heraufbeschwört, es aber andererseits auch unterläuft, indem er sich stets auch anders, nämlich nicht-anthropomorphistisch lesen lässt: Baudelaires Gedicht „*Correspondances*“ etwa kann – naturwissenschaftlich-nüchtern – mit Blick auf die ‚völlig natürlichen‘ Geräusche des Winds in den Kronen von Wäldern statt – anthropomorphistisch – mit Blick auf sprechende Bäume gelesen werden (s. § 10, B. II. 3. d)).
  - d) Als konventionalisiertes, literaturdogmatisches Lektüremuster wird das „lyrische Lesen“ für de Man getrieben durch die wirkmächtige „Ideologie des Ästhetischen“ (eine „Ideologie des Symbols“ und des Subjekts), welche nach harmonisierender Totalisierung (nach der vollkommenen Ineinsetzung von innen/außen, Form/Bedeutung, ...) sowie nach verständnisfördernd-eingängiger Naturalisierung strebt und auf diesem Weg alternative, verstörende Lesarten unterdrückt (s. § 10, B. II. 3. c)).
55. De Mans Dekonstruktion des „lyrischen Lesens“ lässt sich zu einem interdisziplinären Modell anthropomorphistischer Lesarten abstrahieren und sodann anwenden auf das Feld der Föderalismusverfassungsrechtsdogmatik; dieses Analysemodell hat drei Ebenen: Auf der Mikroebene befinden sich die vermenschlichten Entitäten der ‚lyrischen Welt‘ (Wälder) bzw. der ‚dogmatischen Welt‘ (föderale Träger), auf der Makroebene lassen sich die ‚lyrische Stimme‘ (lyrisches Ich) bzw. die ‚dogmatische Stimme‘ (insbes. Rechtsprechung) verorten und die Leseebene bildet der ‚lyrische Diskurs‘ bzw. der ‚dogmatische Diskurs‘ von Leserinnen und Lesern (s. § 10, B. III. 4., dort insbes. auch Abb. 8).
56. Die Rhetorikanalyse anthropomorphistischer Lesarten kann vor dem Hintergrund der literaturwissenschaftlichen Dekonstruktion de Mans weiter verfeinert werden durch einen Rückgriff auf dessen Überlegungen zu den vier Tropen Metapher, Metonymie, Synekdoche und Ironie; diese vier ‚Fundamentaltropen‘ bilden Muster zum Verhältnis zwischen der wörtlichen, der figuralen und der eigentlichen Bedeutung eines sprachlichen Ausdrucks (s. § 10, B. IV.).

- a) Mit Giambattista Vico und Friedrich Nietzsche geht de Man davon aus, dass menschliche Sprache inhärent ‚*rhetorisch*‘ ist, wobei er dieser Aussage einen spezifischen Begriff von ‚Rhetorik‘ zu Grunde legt: ‚Rhetorik‘ in diesem Sinn bedeutet nicht den extra-ordinären punktuellen Einsatz von sprachlichen Stilmitteln zur Erzielung bestimmter Effekte; ‚Rhetorizität‘ von Sprache bedeutet vielmehr, dass Sprache – ganz grundsätzlich und unhintergebar – tropisch gebaut ist und auf tropologischen Relationen basiert (s. § 10, B. II. 2. a) cc)).
- b) Mit ‚*Tropen*‘, welche das strukturelle Gewebe der Sprache tragen, sind diejenigen Muster gemeint, die das Wechselspiel zwischen der „wörtlichen Bedeutung“, der „figuralen Bedeutung“ und der „eigentlichen Bedeutung“ eines sprachlichen Ausdrucks betreffen (s. § 10, B. II. 2. a) aa) u. IV. 2. a)). Für de Man als *Post*strukturalisten ist dabei sowohl die Entscheidung zwischen „wörtlicher“ oder „figuraler“ Lesart wie auch die Bestimmung der „eigentlichen Bedeutung“ im Text selbst nicht gesichert, sondern werde *im Lesen* „gewaltsam“ oktroyiert (s. § 10, B. II. 2. a)).
- c) *Unterarten von Tropen* lassen sich danach unterscheiden, nach welchem Prinzip sie die Beziehung von wörtlicher, figuraler und eigentlicher Bedeutung eines sprachlichen Ausdrucks ordnen: De Man fokussiert vier besondere Tropen – Metapher und Metonymie sowie Synekdoche und Ironie (s. § 10, B. IV. 2. b) u. 3. d)). Bei einer ‚Metapher‘ ist das Prinzip einer (angeblichen) Wesensähnlichkeit zweier Entitäten bestimmend, während bei einer ‚Metonymie‘ das Prinzip eines (angeblichen) „zufälligen Kontakts“ beider Entitäten regiert (s. § 10, B. IV. 2. b) aa) u. bb)). Eine ‚Synekdoche‘ arbeitet – durch Verschmelzung metaphorischer und metonymischer Momente – mit der Illusion einer Identität zweier Entitäten (s. § 10, B. IV. 2. b) cc)). Einer – von der „Ideologie des Ästhetischen“ getriebenen und literaturdogmatisch wirkkräftigen – harmonisierenden Totalisierung durch synekdochische Lesarten ist die (allegorische) Ironie entgegengerichtet; ‚Ironie‘ versteht sich in diesem Sinn als eine Figur der „Unlesbarkeit“ – verstanden als Unentscheidbarkeit, Unbeherrschbarkeit von konkurrierenden Lesarten (s. § 10, B. IV. 3. d)).
- d) Diese vier Fundamentaltropen lassen sich zur näheren Analyse von Anthropomorphismen heranziehen (s. § 10, B. IV. 4.): Es gibt metaphorische und metonymische Anthropomorphismen (je nachdem, ob eine Wesensähnlichkeit oder ein zufälliger Kontakt zwischen menschlicher und nicht-menschlicher Entität bestimmend ist); und es gibt synekdochische und ironische Anthropomorphismen (je nachdem, ob harmonisierend-totalisierend die Identität von nicht-menschlicher und menschlicher Entität suggeriert oder aber ausgestellt wird, dass auch hier letztlich eine Unentscheidbarkeit bestehen bleibt).

57. Interdisziplinär übertragen auf den Föderalismusverfassungsrechtsdiskurs lässt sich aus einer Rhetorikanalyse, welche auf die Unterscheidungen zwischen den vier Fundamentaltropen rekurriert, Differenzierungs- und Analysepotential für die Untersuchung anthropomorph(istisch)er Wendungen in Rechtsinhalts- quelltexten gewinnen, wobei der Metonymie und der Ironie – als Tropen der Dekonstruktion – besonderes analytisches bzw. kritisches Potential zuwächst (s. § 10, B. V. u. C. III.).

a) Die Anthropomorphisierung föderaler Träger in Rechtsinhaltsquellen- texten in Wendungen wie ‚föderale Treue‘ oder ‚föderale Würde‘ lässt sich auf die vier Fundamentaltropen hin analysieren; es kann dann für konkrete Argumen- tationen genauer bestimmt werden, in welchem Verhältnis die sprachlich als ‚treu‘ oder ‚würdig‘ vermenschlichten föderalen Träger zu ‚echten‘ politisch oder rechtlich relevanten Menschen stehen (s. § 10, B. V. 1.): Unterscheid- bar werden auf diese Weise:

- (eher krude) *metaphorisch*-anthropomorph(istisch)e Lesarten (wie das beispielsweise häufig bei der Zuschreibung von ‚Freundlichkeit‘ ist, wenn unter Rückgriff auf das ‚länderfreundliche Verhalten‘ Rücksichtnahme bei der Kompetenzausübung gefordert wird, ohne dass dabei die Bezie- hung zu ‚echten Menschen‘ eine vordergründige Rolle spielen würde; s. § 10, B. V. 1. a) cc)),
- (analytisch häufig anspruchsvollere) *metonymisch*-anthropomorph(is- tisch)e Lesarten (etwa die Aufdeckung der vor-demokratischen Wurzeln der Rede von ‚state dignity‘ im monarchischen Staatsrecht unter Beto- nung der [historischen] Beziehung zwischen Staat und Monarch; s. § 10, B. V. 1. b) cc); s.u. Thesen Nr. 62 ff.),
- (dogmatisch wirkmächtige) *synekdochisch*-anthropomorph(istisch)e Lesarten (beispielsweise wenn Grundrechtsträgerinnen und Grund- rechtsträger mit der föderierten Einheit, in welcher sie leben oder wirken, identifiziert werden, um eine Symbiose zwischen Föderalismus und ‚Freiheits‘-Sicherung durch vertikale Gewaltenteilung zu behaupten; s. § 10, B. V. 1. c) cc)) und
- (relativierend-kritische) *ironisch*-anthropomorph(istisch)e Lesarten, welche zeigen, dass die Zuordnung zwischen einem föderalen Träger und ‚echten‘ Menschen ungesichert ist (etwa wenn gezeigt wird, dass Wäh- lerinnen und Wähler in einer föderalen Demo[i]kratie im Fall eines Konflikts zwischen der Bundesebene und einer föderierten Einheit eben nicht einem der beiden in diesen Konflikt verwickelten föderalen Träger ‚total‘ zugeschlagen werden können; s. § 10, B. V. 1. d) cc); s.u. Thesen Nr. 58 ff.).

b) Die rhetorikanalytische Aufmerksamkeit für die *metonymischen Relationen* gibt den Blick frei auf die *ideenpolitischen Gehalte* in anthropomorph(is-

tisch)en Argumentationen mit ‚föderaler Treue‘ und ‚föderaler Würde‘ (s. § 10, B. V. 2. u. C. III.; s. u. Thesen Nr. 63 ff.): Hinter diesen Wendungen verbergen sich ideenpolitische Gehalte rund um:

- ‚(National-)Staatlichkeit‘ (etwa bei Monarchinnen und Monarchen, ‚Staatsbeamten‘ und ‚Staatsbeamtinnen‘ oder ‚Staatsangehörigen‘ als Bezugspunkten der Anthropomorphisierung föderaler Träger; s. § 10, B. V. 2. a); s. u. These Nr. 63),
  - ‚(repräsentative) Demokratie‘ (etwa bei Wählerinnen und Wählern, Abstimrenden oder Abgeordneten als Bezugspunkten der Anthropomorphisierung föderaler Träger; s. § 10, B. V. 2. b); s. u. These Nr. 65) und
  - ‚Freiheit‘ (etwa bei Individualgrundrechtsträgerinnen und Individualgrundrechtsträgern als Bezugspunkten der Anthropomorphisierung föderaler Träger; s. § 10, B. V. 2. c); s. u. These Nr. 64).
- c) Die rhetorikanalytische Aufmerksamkeit für die Möglichkeit, anthropomorphe Formeln wie ‚föderale Treue‘ und ‚föderale Würde‘ anstatt krude metaphorisch oder totalisierend synekdochisch zu reproduzieren, auch mit Blick auf ihre ‚Unentscheidbarkeit‘ zu *ironisieren*, betont die Verantwortung (auch) von *Leserinnen und Lesern* dogmatischer Texte, was nicht heißen soll, dass nicht auch das Ermöglichen, Anreizen und Heraufbeschwören anthropomorph(istisch)er Lesarten durch die Verfasserinnen und Verfasser dogmatischer Texte mit Verantwortung einhergeht („*ethics of reading [and writing]*“; s. § 10, C. II.).

**§ 11:** *Liest man den Anthropomorphismus der ‚dogmatischen Stimme‘ (insbesondere der Rechtsprechung) ironisch, so wird deutlich, dass die ‚dogmatische Stimme‘ unter dem Vorbehalt des Gelesenwerdens steht und deshalb ihrerseits um ‚Treue‘ und ‚Würde‘ im dogmatischen Diskurs heischt, wenn sie föderalen Trägern ‚Treue‘ und ‚Würde‘ zuspricht.*

58. Die Ironie gilt als Fundamentaltrope der ‚Kritik‘; aus Sicht der literaturwissenschaftlichen Dekonstruktion basiert das (ideologie- und dogmatik-)kritische Potential der Ironie darauf, dass sie die Unbeherrschbarkeit des sprachlich-tropischen Materials ausstellt und Lesehaltungen, welche eine solche Beherrschbarkeit behaupten, hinterfragt (s. § 11, A.; s. bereits These 57. a)).
59. ‚Fremdironie‘ gegenüber der gerichtlich durchsetzbaren Dogmatik, also ironische Kritik ‚von außen‘, liegt vor, wenn Leserinnen und Leser von anthropomorph argumentierenden Rechtsinhaltsquelltexten die Unbeherrschbarkeit des anthropomorphen Sprachmaterials ausstellen (s. § 11, B.). Ein solches ironisches Ausstellen der Unbeherrschbarkeit anthropomorphen Sprachmaterials bedient sich seinerseits anthropomorpher Redeweisen – etwa in der von Matthew D. Adler und Seth F. Kreimer geprägten Rede vom „Etikette-Föderalismus“ („*etiquette federalism*“; s. § 11, B. I. 1.) oder in Fabian Wittrecks „Bun-

desverfassungsgerichtstreue“ (s. § 11, B. II. 1.). Gemeinsam ist diesen beiden Wendungen, dass sie einen meta-leptischen ‚Sphärensprung‘ des Anthropomorphismus zwischen der Sphäre der ‚dogmatischen Welt‘ (also dem regelungsgegenständlichen föderalen Verhältnis) und der Sphäre des ‚dogmatischen Diskurses‘ (also der Stellung der Gerichte im Verhältnis zu ihrer diskursiv-interpretatorischen Umwelt) aufzeigen (s. § 11, B. I. 2. c) u. II. 2. d)): Nicht nur föderale Träger sind sich untereinander ‚treu‘ und nehmen für sich Positionen der ‚Würde‘ in Anspruch, sondern auch die Interpretinnen und Interpreten des Föderalismusverfassungsrechts fordern für sich Positionen der ‚Treue‘ und ‚Würde‘ im Lesen und Gelesen-Werden ein, ohne welche gerichtlich durchsetzbare Dogmatik nicht funktionieren kann (s. § 11, B. I. 2. b) bb) u. II. 2. a)). Gerichte vermenschlichen sich verbal selbst, wenn sie Staaten und Länder vermenschlichen: Die Rolle der Gerichte bei der Durchsetzung von Verbandsgrundrechtspositionen bewegt sich unscharf zwischen ihrer – anthropomorphen – Stellung als „ehrlische Makler“ des Föderalismus und einer – ebenfalls anthropomorphen – gerichtlichen ‚Sorge um sich‘ – also zwischen Rollen, welche die Gerichte auch den föderalen Trägern zuschreiben (s. § 11, B. III. u. D. I.).

60. Die Unbeherrschbarkeit des anthropomorphen Sprachmaterials und dessen Affinität zum Sphärensprung zwischen ‚dogmatischer Welt‘ und ‚diskursiver Welt‘ kann auch von den Akteuren der Dogmatikbildung – also vor allem von Gerichten – *selbst* ausgestellt werden: Man mag dann von ‚Selbstironie‘ (oder: ironischer Kritik innerhalb der Dogmatik) sprechen (s. § 11, C. I.). Erscheinungsformen einer solchen Selbstironie können unter der Formel *judicial self-restraint* (in einem weiten Sinn – s. o. These Nr. 47. b)) erfasst werden (s. § 11, C. I. 1.). Gerichte, welche *judicial self-restraint* in diesem Sinn üben, explizieren, dass anthropomorphe Argumentation im Föderalismusverfassungsrecht polyvalent ist: Beispielsweise verzichten sie zugunsten des ‚Willens‘ eines demo(i)kratisch legitimierten (Bundes-)Gesetzgebers darauf, *ihren eigenen* Willen zum Schutz des angeblichen ‚Willens‘ einer föderierten Einheit durchzusetzen (s. § 11, C. II. 1.). Selbstironische Gerichte explizieren die Grenzen der Dogmatik und zeigen, dass ihnen bewusst ist, dass sie sich in einem – anthropomorph gesprochen – diskursiven ‚Überlebenskampf‘ befinden, in welchem die Behauptung angeblicher Verbandsgrundrechtspositionen von föderalen Trägern vor allem auch eine gerichtliche ‚Selbst‘-Behauptung darstellt (s. § 11, C. II. 3.). Selbstironie in diesem Sinn bedeutet Anerkennung der Grenzen der eigenen Argumentationsressourcen und eine Selbstverortung im größeren Kontext der föderalismusverfassungsrechtlichen Wirkungsdimensionen.
61. Ironie hat Grenzen (s. § 11, D. IV. u. V.): Nicht nur die Verfasserinnen und Verfasser von Rechtsinhalts Quelltexten, sondern auch die Leserinnen und Leser derselben haben letztlich keine sichere Herrschaft über anthropomorphes Sprachmaterial; da kritische Leserinnen und Leser ihrerseits nur dann diskursiv

wirksam werden können, wenn auch sie wiederum als Verfasserinnen und Verfasser von Texten tätig werden, sind sie ihrerseits auf anthropomorphes Reden angewiesen – und sei es anthropomorphes Reden, das auf ironisches Gelesen-Werden zu hoffen wagt. Vor diesem Hintergrund scheint eine Selbstbeschränkung auch der ironischen Kritik geboten (s. § 11, D. V.). Dies gilt umso stärker, wenn man sich vor Augen führt, dass jegliche Rechtsprechung und jegliche gerichtlich durchsetzbare Dogmatik – auch außerhalb der besonderen Dogmatik der zugespitzt anthropomorphen Verbandsgrundrechtspositionen – auf das Zugeständnis eines Maßes an diskursiver ‚Treue‘ und ‚Würde‘ angewiesen sind, um funktionieren zu können (s. § 11, D. IV.).

**§ 12:** *Metonymische Lesarten von anthropomorphen Verbandsgrundrechtspositionen entblößen hinter den Formeln ‚föderale Würde‘ und ‚föderale Freiheit‘ bestimmte Versatzstücke ideenpolitischer Argumentation mit den politischen Ideen ‚(National-) Staatlichkeit‘, ‚Freiheit‘ und ‚Demo(i)kratie‘.*

62. Metonymische Lesarten von Anthropomorphismen weisen (zer-)gliedernd-analytisches Potential auf, da sie – anstatt Wesensähnlichkeiten oder gar Identitäten zu behaupten – die „zufälligen Begegnungen“ („*casual encounters*“) einer sprachlich vermenschlichten Entität (etwa eines föderalen Trägers) mit einem ‚echten‘ Menschen (etwa mit einer Wählerin, mit einem Monarchen, mit einer Beamtin oder mit einem Individualgrundrechtsträger) herausstellen (s. § 12, A.; s. bereits These Nr. 57. a): Die Aufmerksamkeit für solche „zufälligen Begegnungen“ (oder auch: ‚Anekdoten‘) richtet die Analyse der Dogmatik der Verbandsgrundrechtspositionen auf verschiedene Versatzstücke ideenpolitischer Argumentationen (rund um die Ideen ‚[National-]Staatlichkeit‘, ‚Freiheit‘, ‚Demo[i]kratie‘), welche sich hinter und in Anthropomorphismen verbergen können (s. bereits These Nr. 57. b)):
63. Einige anthropomorph(istisch)e Argumentationen im Föderalismusverfassungsrecht speisen sich (s.v.v.) aus etatistischen oder nationalistischen Denkmustern (s. § 12, B. I.):
  - a) ‚Etatismus‘ und ‚(Sub-)Nationalismus‘ im hier verwendeten Sinn sind als *methodischer* Etatismus bzw. als *methodischer* (Sub-)Nationalismus zu verstehen – genauer gefasst: als *ideenpolitischer* Etatismus bzw. als *ideenpolitischer* (Sub-)Nationalismus bei der verfassungsrechtsdogmatischen Argumentation mit „Schleusenbegriffen“ u.a. im Föderalismusverfassungsrecht (s. § 12, B. I. 1.): Analysiert wird, wie „Staat [und (Sub-) Nation] als Argument[e]“ (Christoph Möllers) bei der Verfassungsrechtsinterpretation herangezogen werden, etwa wenn die verfassungstextferne Position ‚Eigenstaatlichkeit der Länder‘ als eine Bundeskompetenzausübungsschranke diskutiert wird.
  - b) Etatismus und (Sub-)Nationalismus sind prägende ideenpolitische Komponenten des ‚nationalstaatlichen Föderalismus‘, wobei Föderalismus nicht etwa (nur) in eine schlichte Opposition zu Nationalismus (Unitarismus) tritt,

sondern wegen seines Instrumentalcharakters von vornherein spannungsreich auf diesen hin ausgerichtet ist. Diese inhärenten Spannungen werden dadurch vertieft, dass etatistische und sogar (sub-)nationalistische Positionen von *beiden* föderalen Ebenen in Anspruch genommen werden (Föderalismus im Nationalstaat führt zu gebrochenem Unitarismus sowie zu pluralem, nach Rudolf Smend „eifersüchtigem“ Etatismus und (Sub-)Nationalismus; s. § 12, B. I. 2.).

- c) (Eher versteckt) anthropomorph(istisch)es Argumentieren mit ‚föderaler (National-)Staatlichkeit‘ kann insbesondere vor-demokratischen (Beispiel: „*sovereign immunity*“), (pseudo-)traditionalistischen (Beispiel: „*historic police powers*“), holistischen (Beispiel: „virtuelle Allzuständigkeit“) oder vitalistischen (Beispiel: „kollektive Existenz“) Impetus aufweisen (s. § 12, B. I. 3.): In einer Gesamtschau erscheinen föderierte Einheiten insoweit als „eifersüchtige“ „Staaten ohne Ernstfall“, begriffen im „Spiel“ in einer „post-souveränen“ Welt. Die Instrumentalisierbarkeit des föderalen Prinzips und insbesondere der Verbandsgrundrechtspositionen (s.o. Thesen Nr. 15 u. Nr. 42) wird bei diesem ideenpolitischen „Spiel“ mit dem Etatismus noch zugespitzt.
64. Einige anthropomorph(istisch)e Argumentationen im Föderalismusverfassungsrecht speisen sich (s.v.v.) aus unterschiedlichen Vorstellungen schützenswerter ‚politischer Freiheit‘ (s. § 12, B. II.):
- a) Ideenpolitisches Denken und Argumentieren mit ‚politischer Freiheit‘ ist vielgestaltig und lässt sich allenfalls grob systematisieren: Als Dimensionen des ideenpolitischen ‚Freiheits‘-Denkens, welche freilich nicht überschneidungsfrei sind und eher Tendenzen, Antriebe oder Emphasen darstellen, mag man ‚negative‘ und ‚positive Freiheit‘, ‚individualistische‘ und ‚kollektivistische Freiheit‘ sowie ‚sekuritätsbezogene‘ und ‚republikanisch-partizipatorische Freiheit‘ unterscheiden (s. § 12, B. II. 1.).
  - b) Setzt man dergestalt vielgesichtige ‚politische Freiheit‘ ins Verhältnis zur Föderalismusverfassungsrechtsdogmatik, so zeigt sich, dass es darum gehen kann, ‚Freiheit‘ gerade *durch* Föderalismus zu sichern, ‚Freiheit‘ *in* föderalen Strukturen zu ermöglichen, aber auch ‚Freiheit‘ *gegen* föderale Hemmnisse zu schützen (s. § 12, B. II. 2.): Die Sicherung ‚negativer Freiheit‘ durch Föderalismusverfassungsrecht mag man als klassischen Gegenstand des rechtsstaatlichen Föderalismus und dort vor allem des Individualgrundrechtsföderalismus und der ‚vertikalen Gewaltenteilung‘ erfassen (s. § 12, B. II. 2. b) aa)); die Ermöglichung ‚positiver Freiheit‘ im Föderalismusverfassungsrecht begreift föderale Träger als Träger politischer Selbstbestimmung und Eigen-‚Verantwortung‘ (s. § 12, B. II. 2. b) bb)) und der Schutz von ‚Freiheit‘ trotz Föderalismusverfassungsrechts betreibt ‚Gewaltenteilungsbewältigungsarbeit‘ (s. § 12, B. II. 2. b) cc)).



- c) Wird bei der Behauptung von Verbandsgrundrechtspositionen föderierter Einheiten anthropomorph(istisch) mit ‚föderaler Freiheit‘ argumentiert, so besteht regelmäßig ein akuter Individualbezug: ‚Real‘-weltliche Individuen (Strafverfolgte, Meinungsäußernde, Abgabepflichtige, Studienbewerberinnen und Studienbewerber, Heiratswillige, Mieterinnen und Mieter, etc.) nehmen föderale Freiheit für sich – und für ‚ihre‘ föderierte Einheit – in Anspruch (s. § 12, B. II. 3.): Sowohl Individualgrundrechtsschutz wie auch ‚vertikale Gewaltenteilung‘ können als Katalysatoren von föderalen ‚Treue‘- und ‚Würde‘-Positionen fungieren, wenn ‚negative individuelle Freiheit‘ reflexartig-automatisch von der Herrschaftsbeschränkung durch Föderalismusverfassungsrecht profitiert (s. § 12, B. II. 3. a)). An die Ausübung ‚kollektiver Freiheit‘ in der lokalen Gemeinschaft wird in vereinzelt Argumentationen – versammelt unter den Topoi der ‚Verantwortung‘ oder gar der ‚(Verfassungs-)Identität‘ der föderierten Einheiten – ein Kompetenzverteilungsschema (ein Kompetenzvorbehalt) zu Gunsten der föderierten Einheiten geknüpft (s. § 12, B. II. 3. b) u. d)). Individuen als (Teilhabe-) Grundrechtsträgerinnen und -träger können schließlich sogar (untechnisch-rhetorisch) ‚Bundestreue‘ für sich in Anspruch nehmen und Rücksicht einfordern, wenn ihre ‚Freiheits‘-Positionen im föderalen Getriebe zermahlen zu werden drohen (s. § 12, B. II. 3. c)).
65. Einige anthropomorph(istisch)e Argumentationen im Föderalismusverfassungsrecht speisen sich (s.v.v.) aus unterschiedlichen Vorstellungen schützenswerter ‚Demokratie‘ bis hin zur Vorstellung ‚föderaler Demoikratie‘ (s. § 12, B. III.):
- a) Ideenpolitik ‚mit Demokratie‘ ist vielgesichtig: Die Zugänge zu und Dimensionen von ‚Demokratiethorie‘ und ‚Demokratiexaxis‘ sind vielfältig, worin eine erste zentrale ‚Zumutung‘ von ‚Demokratie‘-Ideenpolitik liegt (s. § 12, B. III. 1.): Die insgesamt mindestens 68 (= 50 + 1 + 16 + 1) Demokratien der USA und Deutschlands zählen zu den „eingebetteten Wahldemokratien“ (Wolfgang Merkel/Hans-Jürgen Puhle), folgen also einem relativ engen – und vor allem: nicht alternativlosen – Typus ‚demokratischer‘ Organisation; alternative Ausprägungen wie insbesondere starke direkt-demokratische (oder auch deliberativ-experimentelle oder gar ‚radikal-demokratische‘) Elemente werden an den Rand gedrängt (s. § 12, B. III. 1. b)). Spezifische ‚Zumutungen‘ der „eingebetteten Wahldemokratie“ liegen vor allem in ihrem Strukturmerkmal der ‚Einbettung‘, welches unter anderem das Element der gerichtlichen Kontrolle von Parlamentsgesetzen umfasst, sodass Akte demokratisch legitimierter Organe gerichtlich invalidiert werden können (s. § 12, B. III. 1. c) aa)). Eine noch viel grundlegendere „Zumutung“ von ‚Demokratie‘ mag man mit Christoph Möllers und Steffen Augsburg darin erblicken, dass die Erwartungen, welche an die politische Idee ‚Demokratie‘ geknüpft werden, und die konkrete rechtliche

und institutionelle Gestalt von Demokratie stets in einem bestimmten Maß auseinanderfallen müssen (s. § 12, B. III. 1. c) bb)).

- b) Die föderale Multiplizierung von ‚Demokratie‘ steigert die damit verbundenen ideenpolitischen ‚Zumutungen‘, eröffnet aber auch Räume für ‚demokratie‘-theoretische und -praktische Bewältigungsstrategien als Antworten auf diese ‚Zumutungen‘ (s. § 12, B. III. 2.). Die vorliegend eingenommene Perspektive auf das Verhältnis von ‚Föderalismus‘ und ‚Demokratie‘ als eine – potenzielle – Symbiose (die freilich stets spannungsvoll bleibt) basiert im Ausgangspunkt zunächst einmal auf der Feststellung, dass normativ-expressivistisch-individualistisch theoretisierte ‚Demokratie‘ und ‚Föderalismus‘ keinesfalls unvereinbar sind (s. § 12, B. III. 2. a)): Vielmehr können das Theorem der ‚Demokratie‘ und das Modell eines ‚Stiftungspaktes‘ von – *jeweils* normativ-individualistisch konzeptualisierten – ‚Völkern‘ ‚föderale Demokratie‘ mit mehrfach demokratisch eingebundene Individuen erklären (s. § 12, B. III. 2. a) cc)). ‚Demo(i)kratie‘ ist nicht nur eine Wirkungsdimension des Föderalismusverfassungsrechts (*popular federalism*; s. These Nr. 45. b)), sondern *auch* ein Schutzgut des Föderalismusverfassungsrechts, welches Verbandsgrundrechtspositionen von föderierten Einheiten ideenpolitisch speist (s.v.v.; s. § 12, B. III. 2. c)).
- c) Anthropomorph(istisch)es Argumentieren mit ‚föderaler Demo(i)kratie‘ ist inhärent dilemmatisch (s. § 12, B. III. 3.): Grundsätzlich steht allen Teil-Demokratien innerhalb der föderalen Demokratie eine Position der ‚Würde‘ zu (als jeweils [virtuell] „ultimative Souveränität des Volkes“), die sich aus der jeweiligen kollektiven Selbstanerkennung Gleicher und Freier in den einzelnen Teil-Demokratien ergibt; treten föderale Träger in einen Kompetenz- oder Ingerenzausübungskonflikt, so sind (zumindest mittelbar) auch die jeweils ‚würdigen‘ *demoi* in Konflikt. Aus dem Neben- und Ineinander von *demoi*, aus ihrer verschachtelten Zusammenfassung in einer Demokratie, folgt die besondere Zumutung föderal-demokratischer ‚Treue‘-Pflichten der föderalen Träger, aber auch der – mehrfach demokratisch angesprochenen und mehrfach demokratisch sprechenden – Individuen (s. § 12, B. III. 2. b) ff)). In dieser Spannungslage zwischen föderal-demokratischer ‚Würde‘ und ‚Treue‘ werden Streitfragen verhandelt, welche in drei grobe Cluster gefasst werden können:
- *erstens* die Grenzen der jeweiligen ‚Selbst‘-Anerkennung der Freien und Gleichen in den einzelnen Teil-Demokratien im interdependenten Wahlrechtsföderalismus (etwa bezogen auf das Wahlalter, Maßnahmen gegen Diskriminierung bei Wahlen, Wahlrecht für Ausländerinnen und Ausländer, Geschlechter-Parité bei Wahlvorschlägen – s. § 12, B. III. 3. a)),
  - *zweitens* die Art und Weise, wie eine föderale Teil-Demokratie über Ingerenzen auf andere föderale Teil-Demokratien einwirken darf (darf dies

beispielsweise auch auf direkt-demokratischem Weg erfolgen; können Einflussnahmen inhaltlich im Wege demoikratischer Bundesverfassungsänderungsverfahren letztlich grenzenlos erfolgen? – s. § 12, B. III. 3. b)) und

- *drittens* – ggf. falsch verstandene(?) – Abgrenzungsbedürfnisse hinsichtlich der parallelen Verfahren demokratischer ‚Repräsentation‘ (im Neben-, Mit- und Gegeneinander von jeweils „allgemein-politischen Mandaten“ und von jeweils ‚freier‘ repräsentativ-demokratischer ‚Willens‘-Bildung; s. § 12, B. III. 3. c)).

66. Im *freiheitlich-nationalstaatlich-repräsentativ-demokratischen* Föderalismus darf die Ver-‚Wirklichung‘ von ‚Föderalismus‘ *nie ausschließlich* Sache der Gerichte sein. Daher wächst die ‚Verantwortung‘ der Leserinnen und Leser von Texten gerichtlich durchsetzbarer Dogmatik, wenn sie auf Rechtsinhaltsquellen stoßen, in denen unscharf-schillernde, verfassungstextferne, rhetorisch bemerkenswerte (da überheblich bis lächerlich formulierte) Positionen ‚föderaler Treue‘ und ‚föderaler Würde‘ behauptet werden (s. § 12, C. II. u. III.):

- a) Wissenschaftliche Leserinnen und Leser solcher Rechtsinhaltsquellen sind, wenn sie mit Oliver Lepsius in reflektierter Weise „Rechtswissenschaft in der Demokratie“ betreiben möchten (s. These Nr. 50. c)), dazu aufgerufen, zu prüfen, welche ideenpolitischen Gehalte hinter solchen Formeln verborgen sind und ob gerade Gerichte die richtigen Institutionen für die Konzeptualisierung und Aktualisierung dieser Gehalte sind (s. § 12, C. II.). Die Betrachtung von Verbandsgrundrechtspositionen durch eine demokratische Verfassungsrechtswissenschaft wendet sich dem Pluralismus von institutionell ausdifferenzierten Rechtsdeutungen (eben ‚Stimmen‘) in der Föderalismusverfassungsrechtsdogmatik zu, schenkt verschiedenen Wirkungsdimensionen (neben der Rechtsprechung auch der nicht-judikativen Praxis und der [para-]demokratischen Öffentlichkeit) Aufmerksamkeit und begreift Dogmatik als pluralistische Diskurs-Praxis, in der etwa auch obsoletere Rechtsinhaltsquellen oder Sondervoten eine Rolle spielen.
- b) Leserinnen und Leser mögen eine größere Aufmerksamkeit für das potenziell Prekäre in föderalismusverfassungsrechtsdogmatischen Argumentationen mit Verbandsgrundrechtspositionen gewinnen, wenn sie der Verlegenheit Raum geben, die von Anthropomorphismen – diesen überheblichen bis lächerlichen Sprachformen (Jonathan Culler) – ausgeht (s. § 12, C. III.). Denn wie Heinrich v. Kleist fragen auch der *U.S. Supreme Court* und das Bundesverfassungsgericht, wenn sie anthropomorphistisch zuspitzen, ihre Leserinnen und Leser: „O, mein Gott, *warum* mache *ich* denn Gedichte?“

## Literaturverzeichnis

- Abbot*, Everett V.: Inalienable Rights and the Eighteenth Amendment, in: *Columbia Law Review* 20 (1920), S. 183 ff.
- Abbott*, Kenneth/*Snidal*, Duncan: The Governance Triangle: Regulatory Standards Institutions and the Shadow of the State, in: Walter Mattli/Ngaire Woods (Hrsg.), *The Politics of Global Regulation*, Princeton, N.J., U.S.A., u. a. 2009, S. 44 ff.
- Abels*, Gabriele: Mehrebenenparlamentarismus – ein zukunftsfähiges Modell zur Verschränkung parlamentarischer Funktionen im EU-Mehrebenensystem? in: Claudio Franzius/Franz C. Mayer/Jürgen Neyer (Hrsg.), *Modelle des Parlamentarismus im 21. Jahrhundert*, Baden-Baden 2015, S. 161 ff.
- Abrams*, M[eyer] H[oward]: Structure and Style in the Greater Romantic Lyric, in: Frederick W. Hilles/Harold Bloom (Hrsg.), *From Sensibility to Romanticism. Essays Presented to Frederick A. Pottle*, New York, N.Y., U.S.A., 1965, S. 527 ff.
- Ackerman*, Bruce A.: Constitutional Politics/Constitutional Law, in: *Yale Law Journal* 99 (1989), S. 453 ff.
- Ackerman*, Bruce A.: *We the People*, Bd. 1. Foundations, Cambridge, Mass., U.S.A., u. a. 1991.
- Adler*, Jonathan H.: Symposium. Marijuana, Federal Power, and the States. Introduction, in: *Case Western Reserve Law Review* 65 (2015), S. 505 ff.
- Adler*, Matthew D.: State Sovereignty and the Anti-Commandeering Cases, in: *Annals of the American Academy for Political and Social Science* 574 (2001), S. 158 ff.
- Adler*, Matthew D.: Constitutional Fidelity, the Rule of Recognition, and the Communitarian Turn in Contemporary Positivism, in: *Fordham Law Review* 75 (2006), S. 1671 ff.
- Adler*, Matthew D./*Kreimer*, Seth F.: *The New Etiquette of Federalism*: New York, Printz, and Yeskey, in: *Supreme Court Review* 1998, S. 71 ff.
- Adorno*, Theodor W.: Einleitungsvortrag zum 16. Deutschen Soziologentag, in: ders. (Hrsg.), *Spätkapitalismus oder Industriegesellschaft? Verhandlungen des 16. Deutschen Soziologentages in Frankfurt am Main 1968*, Stuttgart 1969, S. 12 ff.
- Albrecht*, Wilhelm Eduard: Rezension über Maurenbrechers Grundsätze des heutigen deutschen Staatsrechts, in: *Göttingische gelehrte Anzeigen* 1837, S. 1489 ff.
- Alexy*, Robert: *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt a. M. 1986.
- Alexy*, Robert: *Theorie der juristischen Argumentation*, 3. Aufl., Frankfurt a. M. 1996.
- Alexy*, Robert: *Begriff und Geltung des Rechts*, Freiburg i.Br. u. a. 2002.
- Amar*, Akhil R.: Philadelphia Revisited: Amending the Constitution outside Article V, in: *University of Chicago Law Review* 55 (1988), S. 1043 ff.

- Amar*, Akhil R.: The Consent of the Governed: Constitutional Amendment Outside Article V, in: *Columbia Law Review* 94 (1994), S. 457 ff.
- Amar*, Akhil R.: *The Bill of Rights. Creation and Reconstruction*, New Haven, Conn., U.S.A., 1998.
- An Old Whig* [Autorschaft ungeklärt]: *Essays of An Old Whig [1787/88]*, in: Herbert J. Storing (Hrsg.), *The Complete Anti-Federalist*, Bd. 3. Pennsylvania, Chicago, Ill., U.S.A., 1981, S. 17 ff. (= 3.3).
- Anderson*, Elizabeth S./Pildes, Richard H.: Expressive Theories of Law: A General Restatement, in: *University of Pennsylvania Law Review* 148 (2000), S. 1503 ff.
- Anderson*, Helen A.: Frenemies of the Court: The Many Faces of Amicus Curiae, in: *University of Richmond Law Review* 49 (2015), S. 361 ff.
- Anker*, Elizabeth S.: *Globalizing Law and Literature*, in: dies./Bernadette Meyler (Hrsg.), *New Directions in Law and Literature*, New York, N.Y., U.S.A., 2017, S. 210 ff.
- Annaheim*, Jörg: *Die Gliedstaaten im amerikanischen Bundesstaat. Institutionen und Prozesse gliedstaatlicher Interessenwahrung in den Vereinigten Staaten von Amerika*, Berlin 1992.
- Arendt*, Hannah: *On Revolution*, New York, N.Y., U.S.A., 1963.
- Arnaudd*, Andreas v.: Öffnung der öffentlich-rechtlichen Methode durch Internationalität und Interdisziplinarität: Erscheinungsformen, Chancen, Grenzen, in: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 74 (2015), S. 39 ff.
- Arndt*, Hans-Wolfgang: Zum Einfluß des Landesgesetzgebers auf die Stimmabgabe im Bundesrat, in: *Verwaltungsblätter für Baden-Württemberg. Zeitschrift für öffentliches Recht und öffentliche Verwaltung* 1986, S. 416 ff.
- Arndt*, Hans-Wolfgang: Forum: Zur verfassungsrechtlichen Problematik der Herstellung einheitlicher Lebensverhältnisse in der Bundesrepublik Deutschland, in: *Juristische Schulung. Zeitschrift für Studium und Referendariat* 1993, S. 360 ff.
- Arnim*, Hans Herbert v.: Finanzzuständigkeit, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. VI. Bundesstaat, 3. Aufl., Heidelberg 2008, § 138.
- Aroney*, Nicholas: Formation, Representation, Amendment in Federal Constitutions, in: *American Journal of Comparative Law* 54 (2006), S. 277 ff.
- Auderset*, Juri: *Transatlantischer Föderalismus. Zur politischen Sprache des Föderalismus im Zeitalter der Revolutionen, 1787–1848*, Berlin u. a. 2016.
- Auer*, Marietta: *Der privatrechtliche Diskurs der Moderne*, Tübingen 2014.
- Auerbach*, Erich: *Mimesis. Dargestellte Wirklichkeit in der abendländischen Literatur*, 11. Aufl., Tübingen 2015 [1946].
- Augsberg*, Ino: *Die Lesbarkeit des Rechts. Texttheoretische Lektionen für eine postmoderne juristische Methodologie*, Weilerswist 2009.
- Augsberg*, Ino/Augsberg, Steffen/Schwabenbauer, Thomas: *Klausurtraining Verfassungsrecht, Grundstrukturen, Prüfungsschemata, Formulierungsvorschläge*, 4. Aufl., Baden-Baden 2021.
- Augsberg*, Steffen: Wer ist das Volk?, in: *Zeitschrift für Gesetzgebung. Vierteljahresschrift für staatliche, kommunale und europäische Rechtsetzung* 2012, S. 251 ff.

- Augustin, Angela*: Das Volk der Europäischen Union. Zu Inhalt und Kritik eines normativen Begriffs, Berlin 2000.
- Aust, Helmut Philipp*: Grundrechtsdogmatik im Staatsorganisationsrecht?, in: Archiv des öffentlichen Rechts 141 (2016), S. 415 ff.
- Aust, Helmut Philipp*: Das Recht der globalen Stadt. Grenzüberschreitende Dimensionen kommunaler Selbstverwaltung, Tübingen 2017.
- Azoulai, Loïc*: Introduction: The Question of Competence, in: ders. (Hrsg.), The Question of Competence in the European Union, New York, N.Y., U.S.A., u. a. 2014, S. 1 ff.
- Babcock, Hope M.*: The Effect of the United States Supreme Court's Eleventh Amendment Jurisprudence on Clean Water Act Citizen Suits: Muddied Waters, in: Oregon Law Review 83 (2004), S. 47 ff.
- Bachof, Otto*: Verfassungswidrige Verfassungsnormen?, Tübingen 1951.
- Bachof, Otto*: Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 30 (1972), S. 193 ff.
- Backmann, Jan L.*: Direktwahl der Ministerpräsidenten. Als Kern einer Reform der Landesverfassungen, Berlin 2006.
- Badura, Peter*: Die Methoden der neueren Allgemeinen Staatslehre, Erlangen 1959.
- Badura, Peter*: Die „Kunst der föderalen Form“ – Der Bundesstaat in Europa und die europäische Föderation, in: ders./Rupert Scholz (Hrsg.), Wege und Verfahren des Verfassungslebens. Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag, München 1993, S. 369 ff.
- Badura, Peter*: Die Verfassung im Ganzen der Rechtsordnung und die Verfassungskonkretisierung durch Gesetz, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. XII. Normativität und Schutz der Verfassung, 3. Aufl., Heidelberg 2014, § 265.
- Badura, Peter*: Staatsrecht. Systematische Erläuterung des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, 7. Aufl., München 2018.
- Baer, Susanne*: Würde oder Gleichheit? Zur angemessenen grundrechtlichen Konzeption von Recht gegen Diskriminierung am Beispiel sexueller Belästigung am Arbeitsplatz in der Bundesrepublik Deutschland und den USA, Baden-Baden 1995.
- Baer, Susanne*: Ist Ruhe erste Bürgerpflicht?, oder: Zur Konstruktion des Bürgers durch Verfassungsrecht, in: Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 1999, S. 5 ff.
- Baer, Susanne*: Komplizierte Subjekte zwischen Recht und Geschlecht. Eine Einführung in feministische Ansätze in der Rechtswissenschaft, in: Christine Kreuzer (Hrsg.), Frauen im Recht – Entwicklung und Perspektiven, Baden-Baden 2001, S. 9 ff.
- Baer, Susanne*: „Der Bürger“ im Verwaltungsrecht. Subjektkonstruktion durch Leitbilder vom Staat, Tübingen 2006.
- Baer, Susanne*: Rechtssoziologie. Eine Einführung in die interdisziplinäre Rechtsforschung, 4. Aufl., Baden-Baden 2021.
- Bagdikian, Ben H.*: The Media Monopoly, Boston, Mass., U.S.A., 1983.

- Baier*, Gerald: Courts and Federalism. Judicial Doctrine in the United States, Australia, and Canada, Vancouver, B.C., Kanada, u. a., 2006.
- Baker*, Lynn A./*Berman*, Mitchell N.: Getting Off the *Dole*: Why the Court Should Abandon its Spending Doctrine, and How a Too-Clever Congress Could Provoke it to Do so, in: *Indiana Law Journal* 78 (2003), S. 459 ff.
- Baker*, Lynn A./*Young*, Ernest A.: Federalism and the Double Standard of Judicial Review, in: *Duke Law Journal* 51 (2001), S. 75 ff.
- Bakewell*, Oliver: Keeping Them in Their Place: The Ambivalent Relationship between Development and Migration in Africa, in: *Third World Quarterly* 29 (2008), S. 1341 ff.
- Barish*, Evelyn: The Double Life of Paul de Man, New York, N.Y., U.S.A., u. a., 2014.
- Barkow*, Rachel E.: More Supreme than Court? The Fall of the Political Question Doctrine and the Rise of Judicial Supremacy, in: *Columbia Law Review* 102 (2002), S. 237 ff.
- Barnouw*, Jeffrey: [Book Review] Allegories of Reading: Figural Language in Rousseau, Nietzsche, Rilke, and Proust by Paul de Man, in: *Comparative Literary Studies* 19 (1982), S. 459 ff.
- Barrett*, Amy Coney: Precedent and Jurisprudential Disagreement, in: *Texas Law Review* 91 (2013), S. 1711 ff.
- Barthelmann*, Ralf: Der gestaltende Steuergesetzgeber im Konflikt mit dem Sachgesetzgeber, Berlin 2006.
- Bassok*, Or/*Dotan*, Yoav: Solving the countermajoritarian difficulty?, in: *International Journal of Constitutional Law* 11 (2013), S. 13 ff.
- Bast*, Jürgen/*Möllers*, Christoph: Dem Freistaat zum Gefallen. Über Udo Di Fabio's Gutachten zur staatsrechtlichen Beurteilung der Flüchtlingskrise, in: *Verfassungsblog*, 2016/1/16, DOI: 10.17176/20160902-165743.
- Battis*, Ulrich: Der Verfassungsverstoß und seine Rechtsfolgen, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. XII. Normativität und Schutz der Verfassung, 3. Aufl., Heidelberg 2014, § 275.
- Baudelaire*, Charles: *Les fleurs du mal*. Die Blumen des Bösen, hrsg. u. übers. v. Friedhelm Kemp, München 1975 [1857].
- Bauer*, Hartmut: Die Bundestreue. Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik des Bundesstaatsrechts und zur Rechtsverhältnislehre, Tübingen 1992.
- Bauer*, Hartmut: Art. 17, in: Horst Dreier (Hrsg.), *Grundgesetz. Kommentar*, 3. Aufl., Tübingen 2013.
- Bauernschmidt*, Jonathan: Die Rechtsperson der Europäischen Union im Wandel. Auswirkungen differenzierter Integration durch Völkerrecht auf die Europäische Union, Tübingen 2019.
- Bayer*, Hermann-Wilfried: Die Bundestreue, Tübingen 1961.
- Beard*, Charles A.: *An economic interpretation of the Constitution of the United States*, New York, N.Y., U.S.A., u. a. 1913.



- Beaud, Olivier*: The Allocation of Competences in a Federation –A General Introduction, in: Loïc Azoulay (Hrsg.), *The Question of Competence in the European Union*, New York, N.Y., U.S.A., u. a. 2014, S. 19 ff.
- Beck, Ulrich*: Was ist Globalisierung? Irrtümer des Globalismus – Antworten auf Globalisierung, Frankfurt a. M. 2007 [1997].
- Beck, Ulrich/Grande, Edgar*: Jenseits des methodologischen Nationalismus. Außereuropäische und europäische Variationen der Zweiten Moderne, in: *Soziale Welt. Zeitschrift für sozialwissenschaftliche Forschung und Praxis* 61 (2010), S. 187 ff.
- Becker, Ralf*: „Anthropomorphismus“ [I], in: *Archiv für Begriffsgeschichte* 49 (2007), S. 60 ff.
- Becker, Ralf*: „Anthropomorphismus“ [II], in: *Archiv für Begriffsgeschichte* 50 (2008), S. 153 ff.
- Becker, Ralf*: Der menschliche Standpunkt. Perspektiven und Formationen des Anthropomorphismus, Frankfurt a. M. 2011.
- Bednar, Jenna*: *The Robust Federation*, Cambridge, Mass., U.S.A., 2009.
- Bednar, Jenna*: The Resilience of the American Federal System, in: Mark Tushnet/Mark A. Graber/Sanford Levinson (Hrsg.), *The Oxford Handbook of the U.S. Constitution*, New York, N.Y., U.S.A., 2015, S. 283 ff.
- Beienburg, Sean*: Neither Nullification nor Nationalism: The Battle for the States’ Rights Middle Ground during Prohibition, in: *American Political Thought* 7 (2018), S. 271 ff.
- Beienburg, Sean/Frymer, Paul*: The People Against Themselves: Rethinking Popular Constitutionalism, in: *Law & Social Inquiry* 41 (2016), S. 242 ff.
- Benjamin, Walter*: Die Aufgabe des Übersetzers [1921], in: ders., *Gesammelte Schriften*, hrsg. v. Rolf Tiedemann/Hermann Schwepenhäuser, Bd. IV/1. *Kleine Prosa, Baudelaire-Übertragungen*, Frankfurt a. M. 1972, S. 9 ff.
- Benjamin, Walter*: Das Kunstwerk im Zeitalter seiner technischen Reproduzierbarkeit (Dritte Fassung) [1935–39], in: Uwe Wirth (Hrsg.), *Kulturwissenschaft. Eine Auswahl grundlegender Texte*, Frankfurt a. M. 2008, S. 342 ff.
- Benthien, Claudia*: Schiller, in: Ingo Breuer (Hrsg.), *Kleist-Handbuch. Leben – Werk – Wirkung*, Stuttgart u. a. 2009, S. 219 ff.
- Benz, Arthur*: Föderalismus als dynamisches System. Zentralisierung und Dezentralisierung im föderativen Staat, Opladen 1985.
- Benz, Arthur*: Transformationen des Föderalismus, in: Eva Marlene Hausteiner (Hrsg.), *Föderalismen. Modelle jenseits des Staates*, Baden-Baden 2016, S. 29 ff.
- Benz, Arthur/Kropp, Sabine*: Föderalismus in Demokratien und Autokratien – Vereinbarkeiten, Spannungsfelder und Dynamiken, in: *Zeitschrift für Vergleichende Politikwissenschaft* 2014, S. 1 ff.
- Berlejung, Angelika/Gertz, Jan Christian/Schmid, Konrad/Witte, Markus*: Die Apokryphen oder deuterokanonischen Bücher des Alten Testaments, in: Jan Christian Gertz (Hrsg.), *Grundinformation Altes Testament. Eine Einführung in Literatur, Religion und Geschichte des Alten Testaments*, 6. Aufl., Göttingen 2019, S. 535 ff.

- Berlin*, Isaiah: Two Concepts of Liberty [1958], in: *Liberty. Incorporating Four Essays on Liberty*, hrsg. v. Henry Hardy, Oxford, U.K., 2002, S. 166 ff.
- Berlit*, Uwe: Die Reform des Grundgesetzes nach der staatlichen Einigung Deutschlands, in: *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart. Neue Folge* 44 (1996), S. 17 ff.
- Bermann*, George A.: The Role of Law in the Functioning of Federal Systems, in: Kalypso Nicolaïdis/Robert Howse (Hrsg.), *The Federal Vision. Legitimacy and Levels of Governance in the United States and the European Union*, Oxford, U.K., u. a. 2001, S. 191 ff.
- Bernard*, Nick: Multilevel governance in the European Union, Den Haag, Niederlande, u. a. 2002.
- Beyme*, Klaus v.: *Vergleichende Politikwissenschaft*, Wiesbaden 2010.
- Bhattacharyya*, Harihar: *Federalism in Asia. India, Pakistan and Malaysia*, London, U.K., u. a. 2010.
- Biber*, Eric: The Price of Admission: Causes, Effects, and Patterns of Conditions Imposed on States Entering the Union, in: *The American Journal of Legal History* 46 (2004), S. 119 ff.
- Bickel*, Alexander M.: *The Least Dangerous Branch*, 2. Aufl., New Haven, Conn., U.S.A., 1986.
- Bicknell*, Eugene P.: The Blue-Eyed Grasses of the Eastern United States (Genus *Sisyrinchium*), in: *Bulletin of the Torrey Botanical Club* 23 (1896), S. 130 ff.
- Bilfinger*, Carl: Exekution, Diktatur und Föderalismus, in: *Deutsche Juristen-Zeitung* 1932, Sp. 1017 ff.
- Bilfinger*, Karl [Carl]: Der Einfluss der Einzelstaaten auf die Bildung des Reichswillens, Tübingen 1922.
- Bilfinger*, Karl [Carl]: Der deutsche Föderalismus in Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft, in: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 1 (1925), S. 35 ff.
- Birk*, Dieter/Wernsmann, Rainer: Der Anspruch eines Landes auf Sanierungshilfen des Bundes. Zur Stellung der Bundesergänzungszuweisungen im System des Länderfinanzausgleichs, in: *Die öffentliche Verwaltung. Zeitschrift für öffentliches Recht und Verwaltungswissenschaft* 2004, S. 868 ff.
- Birus*, Hendrik: Metapher, in: Harald Fricke/Georg Braungart/Klaus Grubmüller/Jan-Dirk Müller/Friedrich Vollhardt/Klaus Weimar (Hrsg.), *Reallexikon der deutschen Literaturwissenschaft. Neubearbeitung des Reallexikons der deutschen Literaturgeschichte*, Bd. II. H–O, 3. Aufl., Berlin u. a. 2000, S. 571 ff.
- Black*, Donald J.: The Mobilization of Law, in: *The Journal of Legal Studies* 2 (1973), S. 125 ff.
- Blackman*, Josh: The Irrepressible Myth of Cooper v. Aaron, in: *Georgetown Law Journal* 107 (2019), S. 1135 ff.
- Blankenagel*, Alexander: *Tradition und Verfassung. Neue Verfassung und alte Geschichte in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, Baden-Baden 1987.
- Blankenburg*, Erhard: Mobilisierung von Recht, in: *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 1 (1980), S. 33 ff.
- Blankenburg*, Erhard/Treiber, Hubert: Die Geschlossene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten, in: *Juristenzeitung* 1982, S. 543 ff.

- Blocher*, Joseph: What State Constitutional Law Can Tell Us About the Federal Constitution, in: Penn State Law Review 115 (2011), S. 1035 ff.
- Bluhm*, Harald/*Fischer*, Karsten/*Llanque*, Marcus: Einleitung: Ideenpolitik in Geschichte und Gegenwart, in: dies. (Hrsg.), Ideenpolitik. Geschichtliche Konstellationen und gegenwärtige Konflikte, Berlin 2011, S. IX ff.
- Blümel*, Willi/*Pfeil*, Martin: Neuere Entwicklungen im Umwelt- und Verwaltungsverfahren-recht. Speyerer Forschungsberichte 145, Speyer 1995.
- Böckenförde*, Ernst-Wolfgang: Organ, Organisation, Juristische Person. Kritische Überlegungen zu den Grundbegriffen und der Konstruktionsbasis des staatlichen Organisationsrechts, in: Christian-Friedrich Menger (Hrsg.), Fortschritte des Verwaltungsrechts. Festschrift für Hans J. Wolff zum 75. Geburtstag, München 1973, S. 266 ff.
- Böckenförde*, Ernst-Wolfgang: Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs, in: ders., Staat, Gesellschaft, Freiheit, Frankfurt a. M. 1976, S. 65 ff.
- Böckenförde*, Ernst-Wolfgang: Die Methoden der Verfassungsinterpretation – Bestandsaufnahme und Kritik, in: Neue Juristische Wochenschrift 1976, S. 2089 ff.
- Böckenförde*, Ernst-Wolfgang: Sozialer Bundesstaat und parlamentarische Demokratie, in: Jürgen Jekewitz/Michael Melzer/Wolfgang Zeh (Hrsg.), Politik als gelebte Verfassung. Aktuelle Probleme des modernen Verfassungsstaates. Festschrift für Friedrich Schäfer, Opladen 1980, S. 182 ff.
- Böckenförde*, Ernst-Wolfgang: Die Eigenart des Staatsrechts und der Staatsrechtswissenschaft, in: ders., Staat, Verfassung, Demokratie, Frankfurt a. M. 1991, S. 11 ff.
- Boewe*, Marius: Die parlamentarische Befassungskompetenz unter dem Grundgesetz. Eine Untersuchung zum allgemeinpolitischen Mandat von Volksvertretungen, Berlin 2001.
- Bogdandy*, Armin v.: Beobachtungen zur Wissenschaft vom Europarecht, in: Der Staat. Zeitschrift für Staatslehre und Verfassungsgeschichte, deutsches und europäisches öffentliches Recht 40 (2001), S. 1 ff.
- Bogdandy*, Armin v.: The past and promise of doctrinal constructivism: A strategy for responding to the challenges facing constitutional scholarship in Europe, in: International Journal of Constitutional Law 7 (2009), S. 364 ff.
- Bogdandy*, Armin v.: Prinzipien des föderalen Verhältnisses in der Europäischen Union. Ein Anwendungsdiskurs zum supranationalen Föderalismus, in: Ines Härtel (Hrsg.), Handbuch Föderalismus – Föderalismus als demokratische Rechtsordnung und Rechtskultur in Deutschland, Europa und der Welt, Bd. IV. Föderalismus in Europa und der Welt, Heidelberg u. a. 2012, § 81.
- Böhme*, Ralf: Innere Einsätze der Streitkräfte beim Katastrophenschutz im Frieden, Hamburg 2007.
- Bolt*, William K.: Founding Father and Rebellious Son: James Madison, John C. Calhoun, and the Use of Precedents, in: American Nineteenth Century History 5/3 (2004), S. 1 ff.
- Böning*, Thomas: Literaturwissenschaft im Zeitalter des Nihilismus? Paul de Mans Nietzsche-Lektüre, in: Deutsche Vierteljahrsschrift für Literaturwissenschaft und Geistesgeschichte 64 (1990), S. 426 ff.

- Booth*, Wayne C.: *The Company We Keep. An Ethics of Fiction*, Berkeley, Ca., U.S.A., u.a. 1988.
- Borowski*, Martin: Subjekte der Verfassungsinterpretation, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. XII. Normativität und Schutz der Verfassung, 3. Aufl., Heidelberg 2014, § 274.
- Borries*, Friedrich v.: *Weltentwerfen. Eine politische Designtheorie*, Berlin 2016.
- Bothe*, Michael: *Die Kompetenzstruktur des modernen Bundesstaates in rechtsvergleichender Sicht*, Berlin u.a. 1977.
- Bothe*, Michael: Art. 71, in: Erhard Denninger/Wolfgang Hoffmann-Riem/Hans-Peter Schneider/Ekkehart Stein (Hrsg.), *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, Bd. 2, 3. Aufl., 2. Aufbaulieferung, Neuwied u.a. 2002.
- Bourdieu*, Pierre: *La force du droit. Element pour une sociologie du champs juridique*, in: *Actes de la recherche en sciences sociales* 64 (1986), S. 3 ff.
- Bourdieu*, Pierre: *Raisons pratiques. Sur la théorie de l'action*, Paris, Frankreich, 1994.
- Bowen*, Catherine Drinker: *Miracle At Philadelphia. The Story of the Constitutional Convention*, Boston, Mass., U.S.A., u.a. 1966.
- Bowling*, Cynthia J./Fisk, Jonathan M./Morris, John C.: Seeking Patterns in Chaos: Transactional Federalism in the Trump Administration's Response to the COVID-19 Pandemic, in: *The American Review of Public Administration* 50 (2020), S. 512 ff.
- Boyer*, Paul S.: *American History. A Very Short Introduction*, New York, N.Y., U.S.A., 2012.
- Boysen*, Sigrid: *Gleichheit im Bundesstaat*, Tübingen 2005.
- Brand*, Oliver: Conceptual Comparisons: Towards a Coherent Methodology of Comparative Legal Studies, in: *Brooklyn Journal of International Law* 32 (2007), S. 405 ff.
- Bräuninger*, Thomas/Gschwend, Thomas/Shikano, Susumu: Sachpolitik oder Parteipolitik? Eine Bestimmung des Parteidrucks im Bundesrat mittels bayesianischer Methoden, in: *Politische Vierteljahresschrift* 51 (2010), S. 223 ff.
- Brecht*, Arnold (Hrsg.): *Preussen contra Reich vor dem Staatsgerichtshof. Stenogramm der Verhandlungen vor dem Staatsgerichtshof in Leipzig vom 10. bis 14. und vom 17. Oktober 1932*, Berlin 1933.
- Brecht*, Bertolt: *Der aufhaltsame Aufstieg des Arturo Ui*, Frankfurt a.M. 1965.
- Bredenkamp*, Horst: *Der Bildakt, Neufassung*, Berlin 2015.
- Breier*, Karl-Heinz: Ideologie, in: Martin Schwarz/ders./Peter Nitschke (Hrsg.), *Grundbegriffe der Politik*, 2. Aufl., Baden-Baden 2017, S. 75 ff.
- Brenne*, Anke: *Soziale Grundrechte in den Landesverfassungen*, Frankfurt a.M. u.a. 2003.
- Brest*, Paul: The Conscientious Legislator's Guide to Constitutional Interpretation, in: *Stanford Law Review* 27 (1975), S. 585 ff.
- Brest*, Paul/Levinson, Sanford/Balkin, Jack M./Amar, Akhil Reed/Siegel, Reva B.: *Processes of Constitutional Decisionmaking. Cases and Materials*, 7. Aufl., New York, N.Y., U.S.A., 2018.

- Brieskorn*, Konstanze: Vertragshaftung und responsabilité contractuelle. Ein Vergleich zwischen deutschem und französischem Recht mit Blick auf das Vertragsrecht in Europa, Tübingen 2010.
- Briffault*, Richard: „What About the ‚Ism‘?“ Normative and Formal Concerns in Contemporary Federalism, in: *Vanderbilt Law Review* 47 (1994), S. 1303 ff.
- Brigham*, John: *The Cult of the Court*, Philadelphia, Pa., U.S.A., 1987.
- Brinkley*, Alan: *The Unfinished Nation. A Concise History of the American People*, 7. Aufl., New York, N.Y., U.S.A., 2014.
- Broemel*, Roland: Art. 71, in: Ingo v. Münch/Philip Kunig (Hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar*, Bd. 2. Art. 70 bis 146, 7. Aufl., München 2021.
- Brogan*, Hugh: *The Penguin History of the USA*, 2. Aufl., London, U.K., 2001.
- Brohm*, Winfried: Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung, in: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 30 (1972), S. 245 ff.
- Brown*, George D.: Should Federalism Shield Corruption? Mail Fraud State Law and Post-Lopez Analysis, in: *Cornell Law Review* 82 (1997), S. 225 ff.
- Brown-Nagin*, Tomiko: The Constitution, the Law, and Social Change: Mapping Pathways of Influence, in: Karen Orren/John W. Compton (Hrsg.), *The Cambridge Companion to the United States Constitution*, Cambridge, U.K., 2018, S. 441 ff.
- Brugger*, Winfried: Der moderne Verfassungsstaat aus Sicht der amerikanischen Verfassung und des Grundgesetzes, in: *Archiv des öffentlichen Rechts* 126 (2001), S. 337 ff.
- Brugger*, Winfried: Georg Jellineks Statuslehre: national und international. Eine Würdigung und Aktualisierung anlässlich seines 100. Todestages im Jahr 2011, in: *Archiv des öffentlichen Rechts* 136 (2011), S. 1 ff.
- Brühl-Moser*, Denise: Schweizerischer Föderalismus: Ausgestaltung, Neugestaltung und Herausforderungen, in: Ines Härtel (Hrsg.), *Handbuch Föderalismus*, Bd. IV. Föderalismus in Europa und der Welt, Berlin u. a. 2012, § 99.
- Brunhöber*, Beatrice: Die Erfindung „demokratischer Repräsentation“ in den *Federalist Papers*, Tübingen 2010.
- Brüning*, Christoph/Thomsen, Frederik: Not kennt ein Gebot: Gewaltenteilung in Zeiten einer Pandemie, in: *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 2021, S. 1183 ff.
- Brutus* [Autorschaft ungeklärt]: *Essays of Brutus* [1787/88], in: Herbert J. Storing (Hrsg.), *The Complete Anti-Federalist*, Bd. 2. *Objections of Non-Signers of the Constitution and Major Series of Essays at the Outset*, Chicago, Ill., U.S.A., 1981, S. 358 ff. (= 2.9).
- Bryant*, A. Christopher: The Third Death of Federalism, in: *Cornell Journal of Law and Public Policy* 17 (2007), S. 101 ff.
- Bryde*, Brun-Otto: Die bundesrepublikanische Volksdemokratie als Irrweg der Demokratietheorie, in: *Staatswissenschaften und Staatspraxis. Rechts-, wirtschafts- und sozialwissenschaftliche Beiträge zum staatlichen Handeln* 5 (1994), S. 305 ff.

- Bryde, Brun-Otto*: Obiter Dicta, in: Wolfgang Durner/Franz-Joseph Peine/Foroud Shirvani (Hrsg.), Freiheit und Sicherheit in Deutschland und Europa. Festschrift für Hans-Jürgen Papier zum 70. Geburtstag, München 2013, S. 493 ff.
- Bu, Yuanshi*: Rechtsdogmatik. Vom Transfer des deutschen Rechts zum Transfer des deutschen Konzepts der Rechtswissenschaft, in: Juristenzeitung 2016, S. 382 ff.
- Buchanan, James M.*: Federalism as an Ideal Political Order and an Objective for Constitutional Reform, in: Publius. The Journal of Federalism 25 (1995), S. 19 ff.
- Buchheim, Hans*: Wie der Staat existiert, in: Der Staat. Zeitschrift für Staatslehre und Verfassungsgeschichte, deutsches und europäisches öffentliches Recht 27 (1988), S. 1 ff.
- Buchstein, Hubertus*: Hanna F. Pitkin, The Concept of Representation, Berkeley/Los Angeles 1967, in: Steffen Kailitz (Hrsg.), Schlüsselwerke der Politikwissenschaft, Wiesbaden 2007, S. 356 ff.
- Bülck, Hartwig*: Föderalismus als internationales Ordnungsprinzip, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 21 (1964), S. 1 ff.
- Bull, Hans Peter*: Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz, Frankfurt a. M. 1973.
- Bulman-Pozen, Jessica*: From Sovereignty and Process to Administration and Politics: The Afterlife of American Federalism, in: Yale Law Journal 123 (2014), S. 1920 ff.
- Bulman-Pozen, Jessica/Gerken, Heather K.*: Uncooperative Federalism, in: Yale Law Journal 118 (2009), S. 1256 ff.
- Bumke, Christian*: Rechtsdogmatik. Überlegungen zur Entwicklung und zu den Formen einer Denk- und Arbeitsweise der deutschen Rechtswissenschaft, in: Juristenzeitung 2014, S. 641 ff.
- Bunch, Kenyon/Hardy, Richard J.*: Continuity or Change in Interstate Extradition? Assessing Puerto Rico v. Branstad, in: Publius. The Journal of Federalism 21 (1991), S. 51 ff.
- Bundesverfassungsgericht [*Höpker-Aschoff, Hermann*]: Bemerkungen des Bundesverfassungsgerichts zu dem Rechtsgutachten von Professor Richard Thoma, in: Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart. Neue Folge 6 (1957), S. 194 ff.
- Bung, Peter*: Haiku, in: Reale Bildung in Rheinland-Pfalz, 2019, Heft 1/2, S. 36.
- Burgard, Ulrich*: Grundfragen des Stiftungsrechts, in: Zeitschrift für das Recht der Non Profit Organisationen 2019, S. 106 ff.
- Burgess, Michael*: In Search of the Federal Spirit. New Theoretical and Empirical Perspectives in Comparative Federalism, Oxford, U.K., 2012.
- Burgi, Martin*: Die Überführung der Atomaufsicht in die Bundeseigenverwaltung aus verfassungsrechtlicher Sicht, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2005, S. 247 ff.
- Burgi, Martin*: Rechtsregime, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I. Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organisation, 2. Aufl., München 2012, § 18.
- Burke, Kenneth*: Four Master Tropes, in: The Kenyon Review 3 (1941), S. 421 ff.
- Burke, Kenneth*: Rhetoric – Old and New, in: The Journal of General Education 5 (1951), S. 202 ff.

- Burke, Kenneth*: Grammar of Motives, Berkeley, Ca., U.S.A., u. a. 1962.
- Burke, Peter*: Die Geschicke des *Hofmann*. Zur Wirkung eines Renaissance-Breviers über angemessenes Verhalten, Berlin 1996.
- Burmeister, Jörg/Greve, Holger*: Parité-Gesetz und Demokratieprinzip. Verfassungsauftrag oder Identitätsverstoß?, in: Zeitschrift für Gesetzgebung. Vierteljahresschrift für staatliche, kommunale und europäische Rechtsetzung 2019, S. 154 ff.
- Busse, Dietrich*: Textsorten des Bereichs Rechtswesen und Justiz, in: Gerd Antos/Klaus Brinker/Wolfgang Heinemann/Sven F. Sager (Hrsg.), Text- und Gesprächslinguistik. Ein internationales Handbuch zeitgenössischer Forschung, Berlin u. a. 2000, S. 658 ff.
- Bybee, Jay S.*: Insuring Domestic Tranquility: *Lopez* Federalization of Crime and the Forgotten Role of the Domestic Violence Clause, in: George Washington Law Review 66 (1997), S. 1 ff.
- Bybee, Jay S.*: Ulysses at the Mast: Democracy, Federalism, and the Sirens' Song of the Seventeenth Amendment, in: Northwestern University Law Review 91 (1997), S. 500 ff.
- Calhoun, John C.*: A Discourse on the Constitution and Government of the United States, in: Union and Liberty, hrsg. v. Ross M. Lence, Indianapolis, Ind., U.S.A., 1992, S. 79 ff.
- Calhoun, John C.*: Exposition and Protest [1828], in: Union and Liberty, hrsg. v. Ross M. Lence, Indianapolis, Ind., U.S.A., 1992, S. 311 ff.
- Calhoun, John C.*: Fort Hill Address. On the Relations of the States and the Federal Government [1831], in: Union and Liberty, hrsg. v. Ross M. Lence, Indianapolis, Ind., U.S.A., 1992, S. 367 ff.
- Callebaut, Bruno*: Transfer and Prototypicality in Animal and Plant Names, in: Belgian Journal of Linguistics 5 (1990), S. 75 ff.
- Caminker, Evan H.*: State Sovereignty and Subordinancy: May Congress Commandeer State Officers to Implement Federal Law?, in: Columbia Law Review 95 (1995), S. 1001 ff.
- Caminker, Evan H.*: The Unitary Executive and State Administration of Federal Law, in: University of Kansas Law Review 45 (1997), S. 1075 ff.
- Carlson, Ann E.*: Federalism, Preemption, and Greenhouse Gas Emissions, in: University of California Davis Law Review 37 (2003), S. 281 ff.
- Case, William*: Semi-Democracy and Minimalist Federalism in Malaysia, in: Baogang He/Brian Galligan/Takashi Inoguchi (Hrsg.), Federalism in Asia, Cheltenham, U.K., 2007, S. 124 ff.
- Castiglione, Baldassare*: Der Hofmann des Grafen Baldesar Castiglione, übersetzt, eingeleitet und erläutert von Albert Wesselski, München u. a. 1907.
- Cathaly-Stelkens, Anne*: Kommunale Selbstverwaltung und Ingerenz des Gemeinschaftsrechts: insbesondere am Beispiel Frankreichs und Deutschlands, Baden-Baden 1996.
- Cebulla, Michael*: Wahrheit und Authentizität. Zur Entwicklung der Literaturtheorie Paul de Mans, Stuttgart 1992.
- Cheek, H. Lee*: Calhoun and Popular Rule. The Political Theory of the Disquisition and Dis-course, Columbia, Mo., U.S.A., 2001.



- Cheh*, Mary M.: When Congress Commands a Thing to Be Done: An Essay on *Marbury v. Madison*, Executive Inaction, and the Duty of the Courts to Enforce the Law, in: *George Washington Law Review* 72 (2003), S. 253 ff.
- Chemerinsky*, Erwin: Formalism and Functionalism in Federalism Analysis, in: *Georgia State University Law Review* 13 (1997), S. 959 ff.
- Chemerinsky*, Erwin: *Constitutional Law. Principles and Policies*, 5. Aufl., New York, N.Y., U.S.A., 2015.
- Chemerinsky*, Erwin: Introduction: Marijuana Laws and Federalism, in: *Boston College Law Review* 58 (2017), S. 857 ff.
- Cheneval*, Francis: Multilateral Democracy: The „Original Position“, in: *Journal of Social Philosophy* 39 (2008), S. 42 ff.
- Cheneval*, Francis: *The Government of the Peoples. On the Idea and Principles of Multilateral Democracy*, New York, N.Y., U.S.A., u. a. 2011.
- Cheneval*, Francis: *Demokratietheorien zur Einführung*, Hamburg 2015.
- Chibundu*, Maxwell O.: Can, Do, and Should Legal Entities Have Dignity?: The Case of the State, in: *Maryland Law Review* 75 (2015), S. 194 ff.
- Choper*, Jesse H.: The Scope of National Power Vis-a-Vis the States: The Dispensability of Judicial Review, in: *Yale Law Journal* 86 (1976), S. 1552 ff.
- Choper*, Jesse H./*Dorf*, Michael C./*Fallon*, Richard H., Jr./*Schauer*, Frederick: *Constitutional Law. Cases, Comments, and Questions*, 13. Aufl., St. Paul, Minn., U.S.A., 2019.
- Choudhry*, Sujit/*Hume*, Nathan: Federalism, devolution and secession: from classical to post-conflict federalism, in: Tom Ginsburg/Rosalind Dixon (Hrsg.), *Comparative Constitutional Law*, Cheltenham, U.K., 2011, S. 356 ff.
- Chrzanowska-Kluczevska*, Elzbieta: Much More than Metaphor. Master Tropes of Artistic Language and Imagination, Frankfurt a.M. u. a. 2013.
- Cigler*, Beverly A.: Fighting COVID-19 in the United States with Federalism and Other Constitutional and Statutory Authority, in: *Publius. The Journal of Federalism* 2021 [online: <https://doi.org/10.1093/publius/pjab021>], S. 1 ff.
- Clark*, David S.: Use of the Amicus Curiae Brief in American Judicial Procedure in Comparative Perspective, in: *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 80 (2016), S. 327 ff.
- Cogan*, Jacob Katz: The Look Within: Property, Capacity, and Suffrage in Nineteenth-Century America, in: *Yale Law Journal* 107 (1997), S. 473 ff.
- Cohen*, Joshua/*Sabel*, Charles F.: Directly-Deliberative Polyarchy, in: *European Law Journal* 3 (1997), S. 313 ff.
- Colby*, Thomas B.: Revitalizing the Forgotten Uniformity Constraint on the Commerce Power, in: *Virginia Law Review* 91 (2005), S. 249 ff.
- Colby*, Thomas B.: In Defense of the Equal Sovereignty Principle, in: *Duke Law Journal* 65 (2016), S. 1087 ff.
- Collier*, David/*Levitsky*, Steven: Democracy with Adjectives. Conceptual Innovation in Comparative Research, in: *World Politics* 49 (1997), S. 430 ff.

- Cordray*, Margaret Meriwether/*Cordray*, Richard: The Philosophy of Certiorari: Jurisprudential Considerations in Supreme Court Case Selection, in: Washington University Law Quarterly 82 (2004), S. 389 ff.
- Corley*, Pamela C./*Howard*, Robert M./*Nixon*, David C.: The Supreme Court and Opinion Content: The Use of the Federalist Papers, in: Political Research Quarterly 58 (2005), S. 329 ff.
- Cornell*, Saul: The Other Founders. Anti-Federalism and the Dissenting Tradition in America, 1788–1828, Chapel Hill, N.C., U.S.A., u. a., 1999.
- Corwin*, Edward S.: The Constitution as an Instrument and as Symbol, in: American Political Science Review 30 (1936), S. 1071 ff.
- Cover*, Robert M.: Federalism and Administrative Structure, in: Yale Law Journal 92 (1983), S. 1342 ff.
- Craig*, Lois A.: The Federal Presence. Architecture, Politics, and National Design, Cambridge, Mass., U.S.A., 1984.
- Crayton*, Kareem/*Smith*, Terry: Unteachable: *Shelby County*, Canonical Apostasies, and a Way Forward for the Voting Rights Act, in: Southern Methodist University Law Review 67 (2014), S. 3 ff.
- Crosby*, Donald H.: The Creative Kinship of Schiller and Kleist, in: Monatshefte 53 (1961), S. 255 ff.
- Crum*, Ben/*Fossum*, John E.: The Multilevel Parliamentary Field. A framework for theorizing representative democracy in the EU, in: European Political Science Review 1 (2009), S. 249 ff.
- Culler*, Jonathan D.: Apostrophe, in: Diacritics 7. 4 (1977), S. 59 ff.
- Culler*, Jonathan D.: On Deconstruction. Theory and Criticism after Structuralism, Ithaca, N.Y., U.S.A., 1982.
- Culler*, Jonathan D.: Literary Theory. A Very Short Introduction, New York, N.Y., U.S.A., 1997.
- Culler*, Jonathan D.: Responses and Discussion – Jonathan Culler, in: Peter Brooks/Hilary Jewett (Hrsg.), The Humanities and Public Life, New York, N.Y., U.S.A., 2014, S. 58 ff.
- Culler*, Jonathan D.: Theory of the Lyric, Cambridge, Mass., U.S.A., 2015.
- Culler*, Jonathan D.: Lyric Words, not Worlds, in: Journal of Literary Theory 11 (2017), S. 32 ff.
- Currie*, David P.: The Constitution of the Federal Republic of Germany, Chicago, Ill., U.S.A., 1994.
- Currie*, David P.: Constitution in Congress: Substantive Issues in the First Congress, 1789–1791, in: University of Chicago Law Review 61 (1994), S. 775 ff.
- Currier*, Katherine A./*Eimmermann*, Thomas E./*Campbell*, Marisa: Introduction to Paralegal Studies. A Critical Thinking Approach, 7. Aufl., New York, N.Y., U.S.A., 2019.
- Dahl*, Robert Alan: Democracy and Its Critics, New Haven, Conn., U.S.A., u. a. 1989.
- Damler*, Daniel: Rechtsästhetik. Sinnliche Analogien im juristischen Denken, Berlin 2016.
- Dammer*, Florian O.: Verlöbnis als Einrichtungsgarantie. Zum Schutze des Rechtsinstituts Verlöbnis und der damit verbundenen Privilegien durch Art. 6 Abs. 1 GG, Berlin 2018.

- Dann, Philipp*: Parlamente im Exekutivföderalismus. Eine Studie zum Verhältnis von föderaler Ordnung und parlamentarischer Demokratie in der Europäischen Union, Berlin u. a. 2004.
- Danneberg, Lutz*: Art. Einfluß, in: Klaus Weimar/Harald Fricke/Klaus Grubmüller/Jan-Dirk Müller (Hrsg.), Reallexikon der deutschen Literaturwissenschaft. Neubearbeitung des Reallexikons der deutschen Literaturgeschichte, Bd. I. A-G, 3. Aufl. 1997, S. 424 ff.
- Danwitz, Thomas v.*: Der Grundsatz funktionsgerechter Organstruktur, in: Der Staat. Zeitschrift für Staatslehre und Verfassungsgeschichte, deutsches und europäisches öffentliches Recht 35 (1996), S. 329 ff.
- Darnstädt, Thomas*: Verschlussache Karlsruhe. Die internen Akten des Bundesverfassungsgerichts, München 2018.
- Dederer, Hans-Georg*: Art. 35, in: Günter Dürig/Roman Herzog/Rupert Scholz (Hrsg.), Grundgesetz, 83. Ergänzungslieferung, München 2018.
- Deecke, Carsten*: Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Stimmenverteilung im Bundesrat, Berlin 1998.
- Degenhart, Christoph*: Art. 71, in: Michael Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 4. Aufl., München 2007 [Altauflage].
- Degenhart, Christoph*: Klausurenkurs im Staatsrecht I. Staatsorganisationsrecht, Grundrechte, Verfassungsprozessrecht. Ein Fall- und Repetitionsbuch für Anfänger 5. Aufl., Heidelberg 2019.
- Degenhart, Christoph*: Art. 71, in: Michael Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 9. Aufl., München 2021.
- Degenhart, Christoph*: Staatsrecht I. Staatsorganisationsrecht. Mit Bezügen zum Europarecht, 37. Aufl., Heidelberg 2021.
- Delbrück, Jost*: Die Rolle der Verfassungsgerichtsbarkeit in der innenpolitischen Kontroverse um die Außenpolitik, in: Albrecht Randelzhofer/Werner Süß (Hrsg.), Konsens und Konflikt – 35 Jahre Grundgesetz, Berlin u. a. 1985, S. 54 ff.
- Denning, Brannon P.*: Vertical Federalism, Horizontal Federalism, and Legal Obstacles to State Marijuana Legalization Efforts, in: Case Western Reserve Law Review 65 (2015), S. 567 ff.
- Denning, Brannon P.*: State Legalization of Marijuana as a „Diagonal Federalism“ Problem, in: Florida International University Law Review 11 (2016), S. 349 ff.
- Depkat, Volker*: Amerikabilder in politischen Diskursen. Deutsche Zeitschriften von 1789 bis 1830, Stuttgart 1998.
- Derthick, Martha*: Compensatory Federalism, in: Barry G. Rabe (Hrsg.), Greenhouse Governance. Addressing Climate Change in America, Washington, D.C., U.S.A., 2010, S. 58 ff.
- Deseriis, Marco*: Improper names. Collective Pseudonyms from the Luddites to Anonymous, Minneapolis, Minn., U.S.A., 2015.
- Detjen, Stephan/Steinbeis, Maximilian*: Die Zauberlehrlinge. Der Streit um die Flüchtlingspolitik und der Mythos vom Rechtsbruch, Stuttgart 2019.
- Dette, Sebastian/Burfeind, Thees*: Ordnungsververtretende Gesetze nach Artikel 80 Abs. 4 GG – ein größerer Gestaltungsspielraum für die Landesparlamente?, in: Zeitschrift

für Gesetzgebung. Vierteljahresschrift für staatliche, kommunale und europäische Rechtsetzung 1998, S. 257 ff.

*Detterbeck, Klaus/Renzsch, Wolfgang*: Symmetrien und Asymmetrien im bundesstaatlichen Parteienwettbewerb, in: Uwe Jun/Melanie Haas/Oskar Niedermeyer (Hrsg.), Parteien und Parteiensysteme in den deutschen Ländern, Wiesbaden 2008, S. 39 ff.

*DeWitt, John*: Essays of John DeWitt [1787], in: Herbert J. Storing (Hrsg.), The Complete Anti-Federalist, Bd. 4. Massachusetts and New England, Chicago, Ill., U.S.A., 1981, S. 15 ff. (4.3).

*Dickinson, Emily*: Final Harvest. Emily Dickinson's Poems, New York, N.Y., U.S.A., u. a. 1962.

*Diederichsen, Uwe*: Auf dem Weg zur Rechtsdogmatik, in: Reinhard Zimmermann (Hrsg.), Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik, Heidelberg 1999, S. 65 ff.

*Di Fabio, Udo*: Das Kooperationsprinzip – ein allgemeiner Rechtsgrundsatz des Umweltrechts, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 1999, S. 1153 ff.

*Di Fabio, Udo*: Migrationskrise als föderales Verfassungsproblem, in: Zeitschrift für Staats- und Europawissenschaften 2015, S. 517 ff.

*Di Fabio, Udo*: Migrationskrise als föderales Verfassungsproblem, unveröffentlichtes Gutachten, 2016.

*Dilthey, Wilhelm*: Das Erlebnis und die Dichtung. Lessing – Goethe – Novalis – Hölderlin, 14. Aufl., Göttingen 1965.

*Dimova, Gergana*: Democracy Beyond Elections. Government Accountability in the Media Age, Cham, Schweiz, 2020.

*Dinan, John J.*: State Constitutional Amendment Processes and the Safeguards of American Federalism, in: Penn State Law Review 115 (2012), S. 1007 ff.

*Dodd, W. F.*: Amending the Federal Constitution, in: Yale Law Journal 30 (1921), S. 321 ff.

*Dombert, Maximilian*: Der Grundrechtsföderalismus der Vereinigten Staaten von Amerika. Eine Darstellung vor dem Hintergrund der Debatte um die Bindung der Mitgliedstaaten an die Grundrechte der Europäischen Union, Baden-Baden 2017.

*Dorf, Michael C.*: Dicta and Article III, in: University of Pennsylvania Law Review 142 (1994), S. 1997 ff.

*Dorf, Michael C.*: Instrumental and Non-Instrumental Federalism, in: Rutgers Law Journal 28 (1997), S. 825 ff.

*Dorf, Michael C.*: The Relevance of Federal Norms for State Separation of Powers, in: Roger Williams University Law Review 4 (1998), S. 51 ff.

*Dorf, Michael C.*: Whose Ox Is Being Gored? When Attitudinalism Meets Federalism, in: St. John's Journal of Legal Commentary 21 (2007), S. 497 ff.

*Dorf, Michael C./Friedman, Barry*: Shared Constitutional Interpretation, in: Supreme Court Review 2000, S. 61 ff.

*Dorf, Michael C./Morrison, Trevor W.*: Constitutional Law, New York, N.Y., U.S.A., 2010.

*Dorf, Michael C./Sabel, Charles F.*: A Constitution of Democratic Experimentalism, in: Columbia Law Review 98 (1998), S. 267 ff.

- Dörr, Oliver*: Staatshaftung in Europa: Vergleichende Bestandsaufnahme, in: ders. (Hrsg.), Staatshaftung in Europa. Nationales und Unionsrecht, Berlin u. a. 2014, § 1.
- Dorsen, Norman/Rosenfeld, Michel/Sajó, András/Baer, Susanne/Mancini, Susanna*: Comparative Constitutionalism. Cases and Materials, 3. Aufl., St. Paul, Minn., U.S.A., 2016.
- Doyle, Oran*: Constraints on Constitutional Amendment Powers, in: Richard Albert/Xenophon Contiades/Alkmene Fotiadou (Hrsg.), The Foundations and Traditions of Constitutional Amendment, Oxford, U.K., 2017, S. 73 ff.
- Dreier, Horst*: Demokratische Repräsentation und vernünftiger Allgemeinwille, in: Archiv des öffentlichen Rechts 113 (1988), S. 450 ff.
- Dreier, Horst*: Verfassungsrechtliche Grenzen des Infektionsschutzes, in: Ansgar W. Lohse (Hrsg.), Infektionen und Gesellschaft. COVID-19, frühere und zukünftige Herausforderungen durch Pandemien, Berlin 2021, S. 90 ff.
- Dreyer, Michael*: Föderalismus als ordnungspolitisches und normatives Prinzip. Das föderative Denken der Deutschen im 19. Jahrhundert, Frankfurt a.M. u. a. 1987.
- Durant, Alan*: Reading cases in interdisciplinary studies of law and literature, in: Marco Wan (Hrsg.), Reading the legal case. Cross currents between law and the humanities, Abingdon, U.K., u. a. 2012, S. 11 ff.
- Durner, Wolfgang*: Konflikte räumlicher Planungen. Verfassungs-, verwaltungs- und gemeinschaftsrechtliche Regeln für das Zusammentreffen konkurrierender planerischer Raumansprüche, Tübingen 2005.
- Duve, Thomas*: Rechtsgeschichte – Traditionen und Perspektiven, in: Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 97 (2014), S. 96 ff.
- Duverger, Maurice*: A New Political System Model: Semi-presidential Government, in: European Journal of Political Research 8 (1980), S. 165 ff.
- Dworkin, Ronald*: The Forum of Principle, in: New York University Law Review 56 (1981), S. 469 ff.
- Dworkin, Ronald*: Law's Empire, Cambridge, Mass., U.S.A., u. a. 1986.
- Easterling, Keller*: Extrastatecraft. The Power of Infrastructure Space, London, U.K., u. a. 2014.
- Egli, Patricia*: Die Bundestreue. Eine rechtsvergleichende Untersuchung, Zürich, Schweiz, u. a. 2010.
- Ehmke, David Christoph*: Institutional Congruence. The Riddle of Leviathan and Hydra, Baden-Baden 2019.
- Ehmke, Horst*: Grenzen der Verfassungsänderung, Berlin 1953.
- Ehmke, Horst*: Wirtschaft und Verfassung. Die Verfassungsrechtsprechung des Supreme Court zur Wirtschaftsregulierung, Karlsruhe 1961.
- Ehmke, Horst*: Prinzipien der Verfassungsinterpretation, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 20 (1963), S. 53 ff.
- Eicher, Hermann*: Der Machtverlust der Landesparlamente, Berlin 1988.

- Eifert*, Martin: Zum Verhältnis von Dogmatik und pluralisierter Rechtswissenschaft, in: Gregor Kirchhof/Stefan Magen/Karsten Schneider (Hrsg.), Was weiß Dogmatik? Was leistet und wie steuert die Dogmatik des öffentlichen Rechts?, Tübingen 2012, S. 79 ff.
- Eifert*, Martin: Medienföderalismus – Verfassungsrechtliche Probleme der Zuständigkeitsparzellierung im Kommunikationsraum in: ders./Tobias Gostomzyk (Hrsg.), Medienföderalismus. Föderale Spannungslagen und Lösungsansätze in der Medienregulierung, Baden-Baden 2018, S. 7 ff.
- Eisgruber*, Christopher L.: The Most Competent Branches: A Response to Professor Paulsen, in: Georgetown Law Journal 83 (1994), S. 347 ff.
- Elazar*, Daniel Judah: American Federalism. A View From the States, New York, N.Y., U.S.A., 1966.
- Elazar*, Daniel Judah: The Political Theory of Covenant: Biblical Origins and Modern Developments, in: Publius. The Journal of Federalism 10 (1980), S. 3 ff.
- Elazar*, Daniel Judah: Exploring Federalism, Tuscaloosa, Ala., U.S.A., 1987.
- Elazar*, Daniel Judah: Federal Systems of the World. A Handbook of Federal, Confederal and Autonomy Arrangements, 2. Aufl., Harlow, U.K., 1994.
- Elias*, Norbert: Die höfische Gesellschaft. Untersuchungen zur Soziologie des Königtums und der höfischen Aristokratie. Mit einer Einleitung: Soziologie und Geschichtswissenschaft, Frankfurt a.M. 2002 [1969].
- Emens*, Elizabeth F.: Regulatory Fictions. On Marriage and Counter-marriage, in: Elizabeth S. Anker/Bernadette Meyler (Hrsg.), New Directions in Law and Literature, New York, N.Y., U.S.A., 2017, S. 294 ff.
- Engberg*, Jan: Prinzipien einer Typologisierung juristischer Texte, in: Fachsprache 15 (1993), S. 31 ff.
- Engelbrecht*, Kai: Die Kollisionsregel im föderalen Ordnungsverbund, Tübingen 2010.
- Engelmann*, Björn: The Leopard does not change its spots! – Die Argumentationsfunktion rhetorischer Figuren in Rechtswissenschaft und -praxis, in: Rechtstheorie. Zeitschrift für Logik und Juristische Methodenlehre, Allgemeine Rechts- und Staatslehre, Kommunikations-, Normen- und Handlungstheorie, Soziologie und Philosophie des Rechts 46 (2015), S. 1 ff.
- Erbsen*, Allan: Horizontal Federalism, in: Minnesota Law Review 93 (2008), S. 493 ff.
- Erk*, Jan: Austria: A Federation without Federalism, in: Publius. The Journal of Federalism 34 (2004), S. 1 ff.
- Eskridge*, William N., Jr.: Relationships between Formalism and Functionalism in Separation of Powers Cases, in: Harvard Journal of Law and Public Policy 22 (1998), S. 21 ff.
- Esselborn-Krumbiegel*, Helga: Der „Held“ im Roman. Formen des deutschen Entwicklungsromans im frühen 20. Jahrhundert, Darmstadt 1983.
- Eule*, Julian N.: Laying the Dormant Commerce Clause to Rest, in: Yale Law Journal 91 (1982), S. 425 ff.

- Evans, Sandra*: Nachbarschaft und ›Gated Communities‹ im Bild der Angst, in: dies./Schamma Schahadat (Hrsg.), Nachbarschaft, Räume, Emotionen. Interdisziplinäre Beiträge zu einer sozialen Lebensform, Bielefeld 2011.
- Ewald, William*: The Jurisprudential Approach to Comparative Law: A Field Guide to „Rats“, in: The American Journal of Comparative Law 46 (1998), S. 701 ff.
- Ewer, Wolfgang/Thienel, Tobias*: Verletzung der Länderrechte durch die Flüchtlingspolitik der Bundesregierung?, in: Neue Juristische Wochenschrift 2016, S. 376 ff.
- Fallon, Richard H., Jr.*: Implementing the Constitution, Cambridge, Mass., U.S.A., u. a. 2001.
- Fanon, Frantz*: Peau noire, masques blancs, Paris, Frankreich, 1952.
- Farnsworth, E. Allan/Sheppard, Steve*: An Introduction to the Legal System of the United States, New York, N.Y., U.S.A., u. a. 2010.
- Fassbender, Bardo*: Eigenstaatlichkeit und Verschuldungsfähigkeit der Länder. Verfassungsrechtliche Grenzen der Einführung einer „Schuldenbremse“ für die Länder, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2009, S. 737 ff.
- Fassbender, Bardo*: Völkerrechtsfähigkeit und Völkerrechtsvergesslichkeit der deutschen Länder. Neue Erscheinungsformen des „offenen Bundesstaates“, in: Juristenzeitung 2016, S. 280 ff.
- Faußner, Hans Constantin*: Die Verfügungsgewalt des deutschen Königs über weltliches Reichsgut im Hochmittelalter, in: Deutsches Archiv für Erforschung des Mittelalters 29 (1973), S. 345 ff.
- Fechtner, Detlef*: Die deutschen Länder in der Europäischen Union. Perspektiven im transatlantischen Vergleich, Frankfurt a. M. 1996.
- Fehling, Michael*: Mechanismen der Kompetenzabgrenzung in föderativen Systemen im Vergleich, in: Josef Aulehner u. a. (Hrsg.), Föderalismus – Auflösung oder Zukunft der Staatlichkeit?, Stuttgart u. a. 1997, S. 31 ff.
- Feld, Lars P./Kerber, Wolfgang*: Mehr-Ebenen-Jurisdiktionssysteme: Zur variablen Architektur von Integration, in: Uwe Vollmer (Hrsg.), Ökonomische und politische Grenzen von Wirtschaftsräumen, Berlin 2006, S. 109 ff.
- Felman, Shoshana/Laub, Dori*: Testimony. Crises of Witnessing in Literature, Psychoanalysis and History, New York, N.Y., U.S.A., 1992.
- Ferguson, Clarence C.*: The Inherent Justiciability of the Constitutional Guaranty against Domestic Violence, in: Rutgers Law Review 13 (1959), S. 407 ff.
- Festa, Matthew J.*: Dueling Federalists: Supreme Court Decisions with Multiple Opinions Citing the Federalist, 1986–2007, in: Seattle University Law Review 31 (2007), S. 75 ff.
- Finnis, John*: Natural Law and Legal Reasoning, in: Cleveland State Law Review 38 (1990), S. 6 ff.
- Fischer, Karsten*: Machiavellis Abneigung gegen Augustus und den Principat als Parallelordnung: Ein Beitrag zur methodischen Spekulation in der Politischen Theorie, in: Harald Bluhm/ders./Marcus Llanque (Hrsg.), Ideenpolitik. Geschichtliche Konstellationen und gegenwärtige Konflikte, Berlin 2011, S. 39 ff.



- Fischer-Lescano, Andreas/Gutmann, Andreas*: Mietpreisregulierung im Föderalismus. Zur Verfassungsmäßigkeit des Berliner Wohnungsmietenbegrenzungsgesetzes, in: Kritische Justiz. Vierteljahresschrift für Recht und Politik 2020, S. 3 ff.
- Fischer-Lescano, Andreas/Gutmann, Andreas/Schmid, Christoph*: Landeskompetenzen für Maßnahmen der Mietpreisregulierung. Ein Rechtsgutachten im Auftrag der Rosa-Luxemburg-Stiftung, unveröffentlichtes Gutachten, 2019.
- Fischer-Lichte, Erika*: Einleitung, in: dies./Kristiane Hasselmann/Markus Rautzenberg (Hrsg.), Ausweitung der Kunstzone. Interart Studies – Neue Perspektiven der Kunstwissenschaften, Bielefeld 2010, S. 7 ff.
- Fish, Eric S.*: The Twenty-Sixth Amendment Enforcement Power, in: Yale Law Journal 121 (2012), S. 1168 ff.
- Fish, Eric S.*: Constitutional Avoidance as Interpretation and as Remedy, in: Michigan Law Review 114 (2016), S. 1275 ff.
- Fishkin, Joseph*: The Dignity of the South, in: Yale Law Journal Online 123 (2013), S. 175 ff.
- Fishman, James J.*: Stealth Preemption: The IRS's Nonprofit Corporate Governance Initiative, Virginia Tax Review 29 (2010), S. 545 ff.
- Fleischer, Holger*: Gesellschaftsrechts-Honoratioren: Schlüsselfiguren im Gesellschaftsrecht und ihr diskursives Zusammenwirken, in: Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht 2019, S. 921 ff.
- Flügel-Martinsen, Oliver*: Radikale Demokratietheorien zur Einführung, Hamburg 2020.
- Flynn, John J.*: The Crisis of Federalism: Who Is Responsible?, in: American Bar Association Journal 51 (1965), S. 229 ff.
- Fossum, John Erik/Jachtenfuchs, Markus*: Federal challenges and challenges to federalism. Insights from the EU and federal states, in: Journal of European Public Policy 24 (2017), S. 467 ff.
- Foucault, Michel*: L'ordre du discours. Leçon inaugurale au Collège de France prononcée le 2 décembre 1970, Paris, Frankreich, 1971.
- Foucault, Michel*: Histoire de la sexualité, Bd. 3. Le souci de soi, Paris, Frankreich, 1984.
- Frankenberg, Günter*: Critical Comparisons. Re-thinking Comparative Law, Harvard International Law Journal 26 (1985), S. 411 ff.
- Franklin, David L.*: Popular Constitutionalism as Presidential Constitutionalism?, in: Chicago-Kent Law Review 81 (2006), S. 1069 ff.
- Frantz, Constantin*: Die Naturlehre des Staates als Grundlage aller Staatswissenschaft, Leipzig 1870.
- Franzius, Claudio*: Gewährleistung im Recht. Grundlagen eines europäischen Regelungsmodells öffentlicher Dienstleistungen, Tübingen 2009.
- Freiberger, Oliver*: Considering Comparison. A Method for Religious Studies, New York, N.Y., U.S.A., 2019.
- Frenkel, Max*: Föderalismus und Bundesstaat, Bd. I, Föderalismus. System, Recht und Probleme des Bundesstaats im Spannungsfeld von Demokratie und Föderalismus, Bern, Schweiz, 1984.

- Frevel, Bernhardt/Groß, Hermann*: „Polizei ist Ländersache!“ – Polizeipolitik unter den Bedingungen des deutschen Föderalismus, in: Achim Hildebrandt/Friedrich Wolf (Hrsg.), *Die Politik der Bundesländer. Staatstätigkeit im Vergleich*, 2. Aufl., Wiesbaden 2016, S. 61 ff.
- Frey, Erich*: Das Verhältnis von Fürsorgepflicht und Treuepflicht, in: *Arbeit und Recht* 1958, S. 203 ff.
- Fricke, Harald/Stocker, Peter*: Lyrik, in: Harald Fricke/Georg Braungart/Klaus Grubmüller/Jan-Dirk Müller/Friedrich Vollhardt/Klaus Weimar (Hrsg.), *Reallexikon der deutschen Literaturwissenschaft. Neubearbeitung des Reallexikons der deutschen Literaturgeschichte*, Bd. II. H-O, 3. Aufl., Berlin u. a. 2000, S. 498 ff.
- Fricke, Harald/Stocker, Peter*: Lyrisches Ich, in: Harald Fricke/Georg Braungart/Klaus Grubmüller/Jan-Dirk Müller/Friedrich Vollhardt/Klaus Weimar (Hrsg.), *Reallexikon der deutschen Literaturwissenschaft. Neubearbeitung des Reallexikons der deutschen Literaturgeschichte*, Bd. II. H-O, 3. Aufl., Berlin u. a. 2000, S. 509 ff.
- Friedrich, Manfred*: Bundesrat und Landesparlamente, in: *Zeitschrift für Parlamentsfragen* 1975, S. 48 ff.
- Friedrich, Manfred*: *Landesparlamente in der Bundesrepublik*, Opladen 1975.
- Friesenhahn, Ernst*: Parlament und Regierung im modernen Staat, in: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 16 (1958), S. 1 ff.
- Friesenhahn, Ernst*: *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland*, Köln u. a. 1963.
- Frowein, Jochen*: *Die selbstständige Bundesaufsicht nach dem Grundgesetz*, Bonn 1961.
- Funk, Bernd-Christian*: *Das System der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung im Lichte der Verfassungsrechtsprechung*, Wien, Österreich, 1980.
- Furtwangler, Albert*: *The Authority of Publius. A Reading of the Federalist Papers*, Ithaca, N.Y., U.S.A., 1984.
- Fuß, Ernst-Werner*: Die Nichterklärung der Volksbefragungsgesetze von Hamburg und Bremen, in: *Archiv des öffentlichen Rechts* 83 (1958), S. 383 ff.
- Galbraith, Jean*: Cooperative and Uncooperative Foreign Affairs Federalism (Book Review), in: *Harvard Law Review* 130 (2017), S. 2131 ff.
- Galie, Peter J./Bopst, Christopher*: *The New York State Constitution*, 2. Aufl., New York, N.Y., U.S.A., 2011.
- Gardbaum, Stephen A.*: The Nature of Preemption, in: *Cornell Law Review* 79 (1994), S. 767 ff.
- Gardner, James A.*: *Interpreting State Constitutions. A Jurisprudence of Function in a Federal System*, Chicago, Ill., U.S.A., 2005.
- Garmendia, Joana*: Irony is critical, in: *Pragmatics & Cognition* 18 (2010), S. 397 ff.
- Garrett, Elizabeth*: Hybrid Democracy, in: *George Washington Law Review* 73 (2005), S. 1096 ff.
- Gasché, Rodolphe*: *The Wild Card of Reading. On Paul de Man*, Cambridge, Mass., U.S.A., u. a. 1998.

- Geertz*, Clifford: *The Interpretation of Cultures*, New York, N.Y., U.S.A., 1973.
- Gehlen*, Arnold: *Zeit-Bilder. Zur Soziologie und Ästhetik der modernen Malerei*, Frankfurt a.M. u. a., 2. Aufl. 1965.
- Geiger*, Theodor: *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*, Kopenhagen, Dänemark, 1947.
- Geiger*, Willi: Die wechselseitige Treuepflicht von Bund und Ländern, in: Adolf Süsterhenn (Hrsg.), *Föderalistische Ordnung. Ansprachen und Referate der vom Bund Deutscher Föderalisten und vom Institut für Staatslehre und Politik e.V. am 9. und 10. März 1961 in Mainz veranstalteten staatswissenschaftlichen Arbeitstagung*, Koblenz 1961, S. 113 ff.
- Geis*, Max-Emanuel: Die „Kulturhoheit der Länder“. Historische und verfassungsrechtliche Aspekte des Kulturföderalismus am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland, in: *Die öffentliche Verwaltung. Zeitschrift für öffentliches Recht und Verwaltungswissenschaft* 1992, S. 522 ff.
- Genette*, Gérard: *Métonymie chez Proust*, in: *Figures III*, Paris, Frankreich, 1972, S. 41 ff.
- Genette*, Gérard: *Discours du récit. Essai de méthode*, in: *Figures III*, Paris, Frankreich, 1972, S. 65 ff.
- Geppert*, Hans Vilmar: *Der Historische Roman. Geschichte umerzählt – von Walter Scott bis zur Gegenwart*, Tübingen 2009.
- Gerber*, Carl Friedrich Wilhelm v.: *Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts*, Leipzig 1865.
- Gerhardt*, Michael J.: Super Precedent, in: *Minnesota Law Review* 90 (2006), S. 1204 ff.
- Gerken*, Heather K./*Holtzblatt*, Ari: The Political Safeguards of Horizontal Federalism, in: *Michigan Law Review* 113 (2014), S. 57 ff.
- Gibbons*, John J.: The Eleventh Amendment and State Sovereign Immunity: A Reinterpretation, in: *Columbia Law Review* 83 (1983), S. 1889 ff.
- Gibson*, Arrell Morgan: *The History of Oklahoma*, Norman, Okla., U.S.A., u. a. 1984.
- Gibson*, James J.: The Theory of Affordances, in: ders., *The Ecological Approach to Visual Perception*, N.J., U.S.A., u. a. 1986, S. 127 ff.
- Gierke*, Otto v.: *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, Berlin 1887.
- Gierke*, Otto v.: *Das Wesen der menschlichen Verbände. Rede, bei Antritt des Rektorats am 15. Oktober 1902*, Leipzig 1902.
- Girard*, Rene: *Mimesis and Violence: Perspectives in Cultural Criticism* [1979], in: *The Girard Reader*, hrsg. von James G. Williams, New York, N.Y., U.S.A., 1996, S. 7 ff.
- Glass*, Arthur: Interpretive Practices in Law and Literary Criticism: Lycidas and the Statute of Frauds, in: *Australian Journal of Law and Society* 7 (1991), S. 16 ff.
- Glendon*, Mary Ann: *Abortion and Divorce in Western Law*, Cambridge, Mass., U.S.A., u. a. 1987.
- Glicksman*, Robert L.: Nothing Is Real: Protecting the Regulatory Void Through Federal Preemption by Inaction, in: *Virginia Environmental Law Journal* 26 (2008), S. 5 ff.
- Gloyna*, Tanja: „Treue“: Zur Geschichte des Begriffs, in: *Archiv für Begriffsgeschichte* 41 (1999), S. 64 ff.

- Gluck*, Abbe R.: Intrastatutory Federalism and Statutory Interpretation: State Implementation of Federal Law in Health Reform and Beyond, in: *Yale Law Journal* 121 (2011), S. 534 ff.
- Göbel-Zimmermann*, Ralph/*Hupke*, Lea: § 23, in: Bertold Huber/Johanna Mantel (Hrsg.), *Aufenthaltsgesetz/Asylgesetz mit Freizügigkeitsgesetz/EU und ARB 1/80. Kommentar*, 3. Aufl., München 2021.
- Godzich*, Wlad: Introduction. Caution! Reader at Work!, in: P. de Man, in: *Blindness and Insight. Essays in the Rhetoric of Contemporary Criticism*, 2. Aufl., Oxon, U.K., 1983, S. XV ff.
- Goerlich*, Helmut: Grundrechte als Verfahrensgarantien. Ein Beitrag zum Verständnis des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, Baden-Baden 1981.
- Goethe*, Johann Wolfgang: *Faust. Eine Tragödie*, hrsg. v. Albrecht Schöne, Frankfurt a.M. 2005.
- Goodman*, Nelson: When is Art?, in: ders., *Ways of Worldmaking*, Indianapolis, Ind., U.S.A., 1978 S. 57 ff.
- Goossens*, Jurgen: Direct Democracy and Constitutional Change in the US. Institutional Learning from State Laboratories, in: Richard Albert/Xenophon Contiades/Alkmene Fotiadou (Hrsg.), *The Foundations and Traditions of Constitutional Amendment*, Oxford, U.K., 2017, S. 343 ff.
- Gordon*, Robert: Critical Legal Histories, in: *Stanford Law Review* 36 (1984), S. 57 ff.
- Gorskiy*, Alexander: Zur verfassungsdogmatischen Frage einer möglichen Begrenzung der Amtszeit der deutschen Ministerpräsidenten – Am Beispiel der aktuell gescheiterten Verfassungsreform in Bayern, in: *Die öffentliche Verwaltung. Zeitschrift für öffentliches Recht und Verwaltungswissenschaft* 2019, S. 21 ff.
- Görtz*, Vanessa: Treue und Untreue in der Partnerschaft. Bedeutung und Bewertung einer Beziehungsdimension im Wandel der Zeit, in: *Annali di studi religiosi* 10 (2009), S. 201 ff.
- Graef*, Ortwin de: *Titanic Light. Paul de Man's Post-Romanticism, 1960–1969*, Lincoln, Neb., U.S.A., u. a. 1995.
- Greber*, Anton R.: *Die vorpositiven Grundlagen des Bundesstaates*, Basel, Schweiz, u. a. 2000.
- Greenfeld*, Liah: *Nationalism. Five Roads to Modernity*, Cambridge, Mass., U.S.A., u. a., 1992.
- Greve*, Holger: Verfassungsrechtliche Anforderungen an eine Länderöffnungsklausel im Rahmen der Novellierung der Grundsteuer, in: *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 2019, S. 701 ff.
- Greve*, Michael S.: *The Upside-down Constitution*, Cambridge, Mass., U.S.A., u. a. 2012.
- Griebel*, Cornelia: *Rechtsübersetzung und Rechtswissen. Kognitionstranslatologische Überlegungen und empirische Untersuchung des Übersetzungsprozesses*, Berlin 2013.
- Grimm*, Dieter: Recht und Politik, in: *Juristische Schulung. Zeitschrift für Studium und Referendariat* 1969, S. 501 ff.
- Grimm*, Dieter: Ursprung und Wandel der Verfassung, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts, Bd. I. Historische Grundlagen*, 3. Aufl., Heidelberg 2003, § 1.
- Grodzins*, Morton: *The American System. A New View of Government in the United States*, Chicago, Ill., U.S.A., 1966.

- Groeben, Norbert/Scheele, Brigitte*: Produktion und Rezeption von Ironie, Bd. I. Pragmalinguistische Beschreibung und psycholinguistische Erklärungshypothesen, 2. Aufl., Tübingen 1986.
- Groß, Joshua*: Prana Extrem, Berlin 2022.
- Groß, Thomas*: Postnationale Demokratie – Gibt es ein Menschenrecht auf transnationale Selbstbestimmung?, in: Rechtswissenschaft. Zeitschrift für rechtswissenschaftliche Forschung 2011, S. 125 ff.
- Großfeld, Bernhard*: Sinn und Methode der Rechtsvergleichung, in: Klaus Peter Berger/Werner F. Ebke/Siegfried Elsing/ders./Gunther Kühne (Hrsg.), Festschrift für Otto Sandrock zum 70. Geburtstag, Heidelberg 2000, S. 329 ff.
- Grzeszick, Bernd*: Vom Reich zur Bundesstaatsidee. Zur Herausbildung der Föderalismusidee als Element des modernen deutschen Staatsrechts, Berlin 1996.
- Grzeszick, Bernd*: Art. 20, in: Günter Dürig/Roman Herzog/Rupert Scholz (Hrsg.), Grundgesetz, 70. Ergänzungslieferung, München 2013.
- Grzeszick, Bernd*: Notwendigkeit und Grundzüge eines Staatshaftungsgesetzes, in: Zeitschrift für Rechtspolitik 2015, S. 162 ff.
- Grziwotz, Herbert*: Partielles Bundesrecht und die Verteilung der Gesetzgebungsbefugnisse im Bundesstaat, in: Archiv des öffentlichen Rechts 116 (1991), S. 588 ff.
- Guerra-Pujol, F. E.*: Domestic Constitutional Violence, in: University of Arkansas at Little Rock Law Review 41 (2019), S. 211 ff.
- Guillén, Claudio*: The Challenge of Comparative Literature, übers. v. Cola Franzen, Cambridge, Mass., U.S.A., u. a. 1993.
- Gulasekaram, Pratheepan/Su, Rick/Cuison-Villazor, Rose*: Anti-Sanctuary and Immigration Localism, in: Columbia Law Review 119 (2019), S. 837 ff.
- Gutmann, Thomas*: Der Holzkopf des Phädrus – Perspektiven der Grundlagenfächer, in: Juristenzeitung 2013, S. 697 ff.
- Haack, Stefan*: Widersprüchliche Regelungskonzeptionen im Bundesstaat, Berlin 2002.
- Häberle, Peter*: Grundrechte im Leistungsstaat, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 30 (1972), S. 43 ff.
- Häberle, Peter*: Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten. Ein Beitrag zur pluralistischen und „prozessualen“ Verfassungsinterpretation, in: Juristenzeitung 1975, S. 297 ff.
- Häberle, Peter*: Kulturhoheit im Bundesstaat – Entwicklungen und Perspektiven, in: Archiv des öffentlichen Rechts 124 (1999), S. 549 ff.
- Habermas, Jürgen*: Volkssouveränität als Verfahren, in: Merkur. Deutsche Zeitschrift für europäisches Denken 1989, S. 465 ff.
- Häde, Ulrich*: Entflechtung und Verflechtung. Eine Zwischenbilanz der ersten Stufe der Föderalismusreform, in: Zeitschrift für Gesetzgebung. Vierteljahresschrift für staatliche, kommunale und europäische Rechtsetzung 2009, S. 1 ff.
- Hage, Jaap*: The Method of a Truly Normative Legal Science, in: Mark Van Hoecke (Hrsg.), Methodologies of Legal Research, Oxford, U.K., u. a. 2011, S. 19 ff.

- Hailbronner, Michaela*: We the Experts. Die geschlossene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten, in: *Der Staat. Zeitschrift für Staatslehre und Verfassungsgeschichte, deutsches und europäisches öffentliches Recht* 53 (2014), S. 425 ff.
- Halberstam, Daniel*: Comparative Federalism and the Issue of Commandeering, in: Kalypso Nicolaïdis/Robert Howse (Hrsg.), *The Federal Vision. Legitimacy and Levels of Governance in the United States and the European Union*, Oxford, U.K., u. a. 2001, S. 213 ff.
- Halberstam, Daniel*: Of Power and Responsibility: The Political Morality of Federal Systems, in: *Virginia Law Review* 90 (2004), S. 731 ff.
- Halberstam, Daniel*: Comparative Federalism and the Role of the Judiciary, in: Keith E. Whittington/R. Daniel Kelemen/Gregory A. Caldeira (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Law and Politics*, Oxford, U.K., u. a. 2008, S. 142 ff.
- Halberstam, Daniel*: Federalism: Theory, Policy, Law, in: Michel Rosenfeld/András Sajó (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, U.K., u. a. 2012, S. 577 ff.
- Halberstam, Daniel/Hills, Roderick M.*: State Autonomy in Germany and the United States, in: *The Annals of the American Academy of Political and Social Science* 574 (2001), S. 173 ff.
- Haller, Benedikt*: Repräsentation. Ihr Bedeutungswandel von der hierarchischen Gesellschaft zum demokratischen Verfassungsstaat, Münster 1987.
- Halley, Janet*: Paranoia, Feminism, Law. Reflections on the Possibilities for Queer Legal Studies, in: Elizabeth S. Anker/Bernadette Meyler (Hrsg.), *New Directions in Law and Literature*, New York, N.Y., U.S.A., 2017, S. 123 ff.
- Hallstein, Walter*: Der unvollendete Bundesstaat, Düsseldorf u. a. 1969.
- Hamacher, Werner*: Das Beben der Darstellung, in: David E. Wellbery (Hrsg.), *Positionen der Literaturwissenschaft. Acht Modellanalysen am Beispiel von Kleists „Das Erdbeben in Chili“*, München 1985, S. 149 ff.
- Hamburger, Käte*: Die Logik der Dichtung, Stuttgart 1957.
- Hamburger, Käte*: Die Logik der Dichtung, 2. Aufl., Stuttgart 1968.
- Hamilton, Alexander*: The Federalist No. 9 [1787], in: ders./James Madison/John Jay, *The Federalist*, Cambridge, Mass., U.S.A., u. a. 2009 [1787], S. 46 ff.
- Hamilton, Alexander*: The Federalist No. 11 [1787], in: ders./James Madison/John Jay, *The Federalist*, Cambridge, Mass., U.S.A., u. a. 2009, S. 61 ff.
- Hamilton, Alexander*: The Federalist No. 13 [1787], in: ders./James Madison/John Jay, *The Federalist*, Cambridge, Mass., U.S.A., u. a. 2009, S. 76 ff.
- Hamilton, Alexander*: The Federalist No. 23 [1787], in: ders./James Madison/John Jay, *The Federalist*, Cambridge, Mass., U.S.A., u. a. 2009, S. 142 ff.
- Hamilton, Alexander*: The Federalist No. 35 [1788], in: ders./James Madison/John Jay, *The Federalist*, Cambridge, Mass., U.S.A., u. a. 2009, S. 211 ff.
- Hamilton, Alexander*: The Federalist No. 36 [1788], in: ders./James Madison/John Jay, *The Federalist*, Cambridge, Mass., U.S.A., u. a. 2009, S. 218 ff.
- Hamilton, Alexander*: The Federalist No. 68 [1788], in: ders./James Madison/John Jay, *The Federalist*, Cambridge, Mass., U.S.A., u. a. 2009, S. 446 ff.

- Hamilton*, Alexander: The Federalist No. 84 [1788], in: ders./James Madison/John Jay, The Federalist, Cambridge, Mass., U.S.A., u. a. 2009, S. 562 ff.
- Hamilton*, Alexander/*Madison*, James/*Jay*, John: The Federalist, Cambridge, Mass., U.S.A., u. a. 2009 [1787/1788].
- Handke*, Peter: Phantasien der Wiederholung, Frankfurt a. M. 1983.
- Handke*, Peter: Versuch über die Müdigkeit [1989], in: Die drei Versuche, Frankfurt a. M., 2001, S. 7 ff.
- Handy*, Charles: Balancing Corporate Power: A New Federalist Paper, in: Harvard Business Review 70, 6 (Nov.-Dez. 1992), S. 59 ff.
- Hanebeck*, Alexander: Der demokratische Bundesstaat des Grundgesetzes, Berlin 2004.
- Hanschmann*, Felix: Der Begriff der Homogenität in der Verfassungslehre und Europarechtswissenschaft. Zur These von der Notwendigkeit homogener Kollektive unter besonderer Berücksichtigung der Homogenitätskriterien „Geschichte“ und „Sprache“, Berlin u. a. 2008.
- Hanschmann*, Felix: Das Verschwinden des Grundrechts auf Datenschutz gegen hoheitliche Maßnahmen in der Pluralität von Rechtsregimen, in: Nele Matz-Lück/Mathias Hong (Hrsg.), Grundrechte und Grundfreiheiten im Mehrebenensystem – Konkurrenzen und Interferenzen, Heidelberg u. a. 2012, S. 293 ff.
- Hardaway*, Robert M.: The Electoral College and the Constitution. The Case for Preserving Federalism, Westport, Conn., U.S.A., u. a., 1994.
- Härtel*, Ines: Entfaltung nichthoheitlicher Föderalstrukturen?, in: Jahrbuch des Föderalismus 2011, S. 96 ff.
- Härtel*, Ines: Der staatszentrierte Föderalismus zwischen Ewigkeitsgarantie und Divided Government. Genese, Ausprägung und Problemhorizonte des Bundesstaatsprinzips, in: dies. (Hrsg.), Handbuch Föderalismus – Föderalismus als demokratische Rechtsordnung und Rechtskultur in Deutschland, Europa und der Welt, Bd. I. Grundlagen des Föderalismus und der deutsche Bundesstaat, Berlin u. a. 2012, § 16.
- Hartmann*, Bernd J.: Öffentliches Haftungsrecht. Ökonomisierung – Europäisierung – Dogmatisierung, Tübingen 2013.
- Hassemer*, Winfried: Rechtssystem und Kodifikation. Die Bindung des Richters an das Gesetz, in: Frank Saliger/ders./Ulfrid Neumann (Hrsg.), Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 9. Aufl., Heidelberg 2016, S. 227 ff.
- Häublein*, Martin: Vorbemerkung (Vor § 535), in: Franz Jürgen Säcker/Roland Rixecker/Hartmut Oetker/Bettina Limperg (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 5. Schuldrecht – Besonderer Teil II, 8. Aufl., München 2020.
- Hausteiner*, Eva Marlene: Föderalismus als internationale politische Theorie, in: dies. (Hrsg.), Föderalismen. Modelle jenseits des Staates, Baden-Baden 2016, S. 11 ff.
- Haverkate*, Görg: Verfassungslehre. Verfassung als Gegenseitigkeitsordnung, München 1992.
- Hay*, Peter: US-Amerikanisches Recht, 7. Aufl., München 2020.
- Hayduk*, Ronald: Democracy for All. Restoring Immigrant Voting Rights in the United States, New York, N.Y., U.S.A., u. a. 2006.



- Hayduk*, Ronald: Political Rights in the Age of Migration: Lessons from the United States, in: *Journal of International Migration and Integration* 16 (2015), S. 99 ff.
- Heil*, Peter: Föderalismus als Weltanschauung. Zur Geschichte eines gesellschaftlichen Ordnungsmodells zwischen Weimar und Bonn, in: *Geschichte im Westen* 1994, S. 165 ff.
- Heinig*, Hans Michael: Öffentlich-rechtliche Religionsgesellschaften. Studien zur Rechtsstellung der nach Art. 137 Abs. 5 WRV korporierten Religionsgesellschaften in Deutschland und in der Europäischen Union, Berlin 2003.
- Heinig*, Hans Michael: Kritik und Selbstkritik. Fünf Beobachtungen als Resümee, in: *ders./Christian Walter* (Hrsg.), *Staatskirchenrecht oder Religionsverfassungsrecht? Ein begriffspolitischer Grundsatzstreit*, Tübingen 2007, S. 357 ff.
- Heintzen*, Markus: Hoheitliche Warnungen und Empfehlungen im Bundesstaat, in: *Neue Juristische Wochenschrift* 1990, S. 1448 ff.
- Heintzen*, Markus: Die Kategorie der Kompetenz im Bundesstaatsrecht, Typoskript (Habilitationsschrift, Universität Bonn) 1993.
- Heintzen*, Markus: Die Beidseitigkeit der Kompetenzverteilung im Bundesstaat, in: *Deutsches Verwaltungsblatt* 1997, S. 689 ff.
- Heintzen*, Markus: Art. 71, in: *Hermann v. Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck* (Hrsg.), *Kommentar zum Grundgesetz*, Bd. 2, 7. Aufl., München 2018.
- Heitsch*, Christian: Die Ausführung der Bundesgesetze durch die Länder, Tübingen 2001.
- Heller*, Hermann: Die politischen Ideenkreise der Gegenwart [1926], in: *Gesammelte Schriften*, hrsg. v. *Martin Drath/Otto Stammer/Gerhart Niemeyer/Fritz Borinski*, Bd. I. Orientierung und Entscheidung, Leiden, Niederlande, 1971, S. 267 ff.
- Heller*, Jacob M.: Death by a Thousand Cuts: The Guarantee Clause Regulation of State Constitutions, in: *Stanford Law Review* 62 (2010), S. 1711 ff.
- Helmhausen*, Ole u. a.: *USA. Nordosten*, 7. Aufl., Ostfildern 2013.
- Helmhausen*, Ole u. a.: *USA. Nordosten*, 9. Aufl., Ostfildern 2020.
- Hempel*, Wieland: Der demokratische Bundesstaat. Artikel 20 Absatz 1 des Grundgesetzes und seine Bedeutung für Zuständigkeitsvereinbarungen zwischen Bund und Ländern, Berlin 1969.
- Henneke*, Hans-Günter: Bundesstaat im Wandel, in: *ders.* (Hrsg.), *Gleichwertige Lebensverhältnisse bei veränderter Statik des Bundesstaates?* Stuttgart 2019, S. 145 ff.
- Hennis*, Wilhelm: Integration durch Verfassung? Rudolf Smend und die Zugänge zum Verfassungsproblem nach 50 Jahren unter dem Grundgesetz, in: *Juristenzeitung* 1999, S. 485 ff.
- Hense*, Ansgar: Bundeskulturpolitik als verfassungs- und verwaltungsrechtliches Problem, in: *Deutsches Verwaltungsblatt* 2000, S. 376 ff.
- Herberger*, Maximilian: Dogmatik. Zur Geschichte von Begriff und Methode in Medizin und Jurisprudenz, Frankfurt a.M. 1981.
- Herbst*, Tobias: *Gesetzgebungskompetenzen im Bundesstaat*, Tübingen 2014.
- Herdegen*, Matthias: Art. 79, in: *Günter Dürig/Roman Herzog/Rupert Scholz* (Hrsg.), *Grundgesetz*, 72. Ergänzungslieferung, München 2014.

- Herrlein, Jürgen/Tuschl, Patrick*: Das Ringen um Mietpreisbegrenzung in Bund und Ländern. Eine Standortbestimmung aus Anlass des Inkrafttretens des Berliner „Mietendeckels“ am 23.2.2020, in: *Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht* 2020, S. 217 ff.
- Hertel, Wolfram/Karpenstein, Ulrich*: Humanitäre Landesaufnahme und der Bund – zur Reichweite des „Einvernehmens“ des Bundesinnenministeriums gem. § 23 I des Aufenthaltsgesetzes, in: *Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik* 2015, S. 373 ff.
- Herzog, Roman*: Stellung des Bundesrates im demokratischen Bundesstaat, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. III. Demokratie – Bundesorgane, 3. Aufl., Heidelberg 2005, § 57.
- Herzog, Roman*: Aufgaben des Bundesrates, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. III. Demokratie – Bundesorgane, 3. Aufl., Heidelberg 2005, § 58.
- Hesse, Konrad*: Der unitarische Bundesstaat, Karlsruhe 1962.
- Hesse, Konrad*: Bundesstaatsreform und Grenzen der Verfassungsänderung, in: *Archiv des öffentlichen Rechts* 98 (1973), S. 1 ff.
- Hesse, Konrad*: Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., Heidelberg 1995.
- Heun, Werner*: Funktionell-rechtliche Schranken der Verfassungsgerichtsbarkeit. Reichweite und Grenzen einer dogmatischen Argumentationsfigur, Baden-Baden 1992.
- Heun, Werner*: Die Verfassungsordnung der Bundesrepublik Deutschland, Tübingen 2012.
- Heun, Werner*: Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit im Vergleich, Tübingen 2014.
- Heuser, Helene*: Sehr geehrte Leserinnen und Leser [Editorial], in: *Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik* 2020, S. 305 ff.
- Heußner, Hermann K./Pautsch, Arne*: Der geplante „Volkseinwand“ in Sachsen – Verfassungswidriges fakultatives Referendum?, in: *Neue Justiz* 2020, S. 89 ff.
- Hillgruber, Christian*: Art. 92, in: Günter Dürig/Roman Herzog/Rupert Scholz (Hrsg.), *Grundgesetz*, 95. Ergänzungslieferung, München 2021.
- Hills, Roderick M., Jr.*: The Political Economy of Cooperative Federalism: Why State Autonomy Makes Sense and „Dual Sovereignty“ Doesn’t, in: *Michigan Law Review* 96 (1998), S. 813 ff.
- Hippel, Ernst v.*: Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl. Berlin u. a. 1967.
- Hirschl, Ran*: Editorial. From comparative constitutional law to comparative constitutional studies, in: *International Journal of Constitutional Law* 11 (2013), S. 1 ff.
- Hitze, Guido*: „Es ist furchtbar, aber es geht!“ – Das Bindestrich-Land Nordrhein-Westfalen: Bemerkungen zu Geschichte, politischer Kultur und Identität, in: Bayerische Landeszentrale für politische Bildungsarbeit (Hrsg.): *Einsichten und Perspektiven. Bayerische Zeitschrift für Politik und Geschichte*, Band 2011, Nr. 4, S. 260 ff.
- Hobbes, Thomas*: *Leviathan*, hrsg. v. John C. A. Gaskin, Oxford, U.K., u. a., 1996.
- Höffe, Otfried*: *Geschichte des politischen Denkens. Zwölf Porträts und acht Miniaturen*, München 2016.

- Hoffmann-Riem*, Wolfgang: Rechtsformen, Handlungsformen, Bewirkungsformen, in: ders./Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II. Informationsordnung, Verwaltungsverfahren, Handlungsformen, 2. Aufl., München 2012, § 33.
- Höfling*, Wolfram: Vom überkommenen Staatshaftungsrecht zum Recht der staatlichen Einstandspflichten, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. III. Personal, Finanzen, Kontrolle, Sanktionen, Staatliche Einstandspflichten, 2. Aufl., München 2013, § 51.
- Hofmann*, Hasso: Bundesstaatliche Spaltung des Demokratiebegriffs?, in: Werner Barfuß u. a. (Hrsg.), Festschrift für Karl H. Neumayer zum 65. Geburtstag, Baden-Baden 1985, S. 281 ff.
- Holcombe*, A. N.: The States as Agents of the Nation, in: Southwestern Political Science Quarterly 1 (1921), S. 307 ff.
- Holden*, John/*Kaburakis*, Anastasios/*Rodenberg*, Ryan M.: Sports Gambling Regulation and Your Grandfather (Clause), in: Stanford Law & Policy Review 26 (2014), S. 1 ff.
- Hollerbach*, Alexander: Ideologie und Verfassung, in: Werner Maihofer (Hrsg.), Ideologie und Recht, Frankfurt a.M. 1969, S. 37 ff.
- Hoppe*, Felicitas: Prawda. Eine amerikanische Reise, Frankfurt a.M. 2018.
- Horner*, Florian: Ausgliederung und Ingerenz. Verfassungsrechtliche und (sonder)gesellschaftsrechtliche Aspekte der Einflussnahme auf ausgegliederte Rechtsträger, Wien, Österreich, u. a. 2004.
- Horowitz*, Alexandra C./*Bekoff*, Marc: Naturalizing anthropomorphism: Behavioral prompts to our humanizing of animals, in: Anthrozoös 20. 1 (2007), S. 23 ff.
- Hotho*, Heinrich Gustav [*Hegel*, Georg Wilhelm Friedrich]: Vorlesungen über die Aesthetik, Bd. I, Berlin 1835.
- Hotho*, Heinrich Gustav [*Hegel*, Georg Wilhelm Friedrich]: Vorlesungen über die Aesthetik, Bd. III, Berlin 1838.
- Huber*, Christoph: Personifikation, in: Jan-Dirk Müller/Georg Braungart/Harald Fricke/Klaus Grubmüller/Friedrich Vollhardt/Klaus Weimar (Hrsg.), Reallexikon der deutschen Literaturwissenschaft. Neubearbeitung des Reallexikons der deutschen Literaturgeschichte, Bd. III. P-Z, 3. Aufl., Berlin u. a. 2003, S. 53 ff.
- Huber*, Ernst Rudolf: Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. II, 2. Aufl., Tübingen 1954.
- Huber*, Peter M.: Bundesverfassungsrecht und Landesverfassungsrecht, in: Niedersächsische Verwaltungsblätter. Zeitschrift für öffentliches Recht und öffentliche Verwaltung 2011, S. 233 ff.
- Hübinger*, Gangolf: Gelehrte, Politik und Öffentlichkeit, Eine Intellektuellengeschichte, Göttingen 2006.
- Hueglin*, Thomas O.: Vertragsföderalismus in der EU: Sonderfall oder Normalfall?, in: Eva Marlene Hausteiner (Hrsg.), Föderalismen. Modelle jenseits des Staates, Baden-Baden 2016, S. 267 ff.
- Hueglin*, Thomas O./*Fenna*, Alan: Comparative Federalism. A Systematic Inquiry, 2. Aufl., North York, ON, Kanada, 2015.

- Hufen*, Friedhelm: Gegenwartsfragen des Kulturföderalismus. Begründungs- und Gefährdungsmuster eines Kernbereichs bundesstaatlicher Ordnung, in: Bayerische Verwaltungsblätter. Zeitschrift für öffentliches Recht und öffentliche Verwaltung 1985, S. 1 ff.
- Huhnholz*, Sebastian/*Hausteiner*, Eva Marlene: Ein Bund unter Gleichen? Zum (anti-)hegemonialen Charakter föderaler Arrangements, in: Gerold Ambrosius/Christian Henrich-Franke/Cornelius Neusch (Hrsg.), Föderalismus in historischer vergleichender Perspektive, Bd. 2: Föderale Systeme: Kaiserreich – Donaumonarchie – Europäische Union, Baden-Baden 2015, S. 279 ff.
- Huster*, Stefan/*Rux*, Johannes: Art. 20 GG, in: Volker Epping/Christian Hillgruber (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Grundgesetz, 48. Ed., München 2021.
- Hutchinson*, Ben: Comparative Literature. A Very Short Introduction, Oxford, U.K., 2018.
- Ibler*, Martin: Art. 87 GG, in: Günter Dürig/Roman Herzog/Rupert Scholz (Hrsg.), Grundgesetz, 64. Ergänzungslieferung, München 2012.
- Illies*, Florian: 1913. Der Sommer eines Jahrhunderts, Frankfurt a.M. 2012.
- Ipsen*, Jörn: Der Staat der Mitte. Verfassungsgeschichte der Bundesrepublik Deutschland, München 2009.
- Ipsen*, Jörn/*Kaufhold*, Ann-Katrin/*Wischmeyer*, Thomas: Staatsrecht I. Staatsorganisationsrecht, 33. Aufl., München 2021.
- Isay*, Hermann: Rechtsnorm und Entscheidung, Berlin 1929.
- Isensee*, Josef: Der Föderalismus und der Verfassungsstaat der Gegenwart, in: Archiv des öffentlichen Rechts 115 (1990), S. 248 ff.
- Isensee*, Josef: Damoklesschwert über der Finanzverfassung: der Staatsbankrott, in: Lerke Osterloh (Hrsg.), Staat, Wirtschaft, Finanzverfassung. Festschrift für Peter Selmer zum 70. Geburtstag, Berlin 2004, S. 687 ff.
- Isensee*, Josef: Staatsaufgaben in: ders./Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. IV. Aufgaben des Staates, 3. Aufl., Heidelberg 2006, § 73.
- Isensee*, Josef: Idee und Gestalt des Föderalismus im Grundgesetz, in: ders./Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VI. Bundesstaat, 3. Aufl., Heidelberg 2008, § 126.
- Isensee*, Josef: Die bundesstaatliche Kompetenz, in: ders./Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VI. Bundesstaat, 3. Aufl., Heidelberg 2008, § 133.
- Jackson*, Robert H.: The Federal Prosecutor, in: Journal of the American Judicature Society 24 (1940), S. 18 ff.
- Jackson*, Vicki C.: Federalism and the Uses and Limits of Law: Printz and Principle?, in: Harvard Law Review 111 (1998), S. 2180 ff.
- Jackson*, Vicki C.: Narratives of Federalism: Of Continuities and Comparative Constitutional Experience, in: Duke Law Journal 51 (2001), S. 223 ff.
- Jackson*, Vicki C.: Methodological Challenges in Comparative Constitutional Law, in: Penn State International Law Review 28 (2010), S. 319 ff.
- Jackson*, Vicki C.: The (myth of un)amendability of the US Constitution and the democratic component of constitutionalism, in: International Journal of Constitutional Law 13 (2015), S. 575 ff.

- Jackson, Virginia*: Dickinson's Misery. A Theory of Lyric Reading, Princeton, N.J., U.S.A., u. a. 2005.
- Jarass, Hans D.*: Politik und Bürokratie als Elemente der Gewaltenteilung, München 1975.
- Jarass, Hans D.*: Kartellrecht und Landesrundfunkrecht, Köln u. a. 1991.
- Jay, John*: The Federalist No. 2 [1787], in: Alexander Hamilton/James Madison/ders., The Federalist, Cambridge, Mass., U.S.A., u. a. 2009, S. 6 ff.
- Jeffries, John C., Jr.*: The Right-Remedy Gap in Constitutional Law, in: Yale Law Journal 109 (1999), S. 87 ff.
- Jellinek, Georg*: Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl., Berlin 1905.
- Jellinek, Georg*: System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl., Tübingen 1905.
- Jestaedt, Matthias*: Zuständigkeitsüberschießende Gehalte bundesstaatlicher Kompetenzvorschriften – Plädoyer für eine allgemeine Normgehaltslehre, in: Josef Aulehner u. a. (Hrsg.), Föderalismus – Auflösung oder Zukunft der Staatlichkeit?, Stuttgart u. a. 1997, S. 315 ff.
- Jestaedt, Matthias*: Bundesstaat als Verfassungsprinzip, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. II. Verfassungsstaat, 3. Aufl., Heidelberg 2004, § 29.
- Jestaedt, Matthias*: Grundbegriffe des Verwaltungsorganisationsrechts, in: Eberhard Schmidt-Aßmann/Wolfgang Hoffmann-Riem/Andreas Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I. Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organisation, 2. Aufl., München 2012, § 14.
- Jestaedt, Matthias*: Wissenschaftliches Recht – Rechtsdogmatik als gemeinsames Kommunikationsformat von Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, in: Gregor Kirchhof/Stefan Magen/Karsten Schneider (Hrsg.), Was weiß Dogmatik? Was leistet und wie steuert die Dogmatik des öffentlichen Rechts?, Tübingen 2012, S. 117 ff.
- Jestaedt, Matthias*: Wissenschaft im Recht. Rechtsdogmatik im Wissenschaftsvergleich, in: Juristenzeitung 2014, S. 1 ff.
- Jestaedt, Matthias/Lepsius, Oliver/Möllers, Christoph/Schönberger, Christoph*: Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht, Berlin 2011, S. 159 ff.
- Johanningmeier, Corey A.*: Law & Politics: The Case Against Judicial Review of Direct Democracy, in: Indiana Law Journal 82 (2007), S. 1125 ff.
- Johnson, Barbara*: Anthropomorphism in Lyric and Law, in: Yale Journal of Law & the Humanities 10 (1998), S. 549 ff.
- Jörke, Dirk*: Kritik demokratischer Praxis. Eine ideengeschichtliche Studie, Baden-Baden 2011.
- Jörke, Dirk*: Der demokratische Föderalismus der Anti-Federalists, in: Eva Marlene Hausteiner (Hrsg.), Föderalismen. Modelle jenseits des Staates, Baden-Baden 2016, S. 81 ff.
- Jörke, Dirk/Sonnicksen, Jared*: Popular Federalism for a Compound Polity? The Federalism of the Antifederalists and Implications for Multilevel Governance, in: Nathalie Behnke/Jörg Broschek/Jared Sonnicksen (Hrsg.), Configurations, Dynamics and Mechanisms of Multilevel Governance, Cham, Schweiz, 2019, S. 231 ff.
- Jung, Edgar J.*: Föderalismus aus Weltanschauung, München u. a. 1931.

- Jürgensen*, Hendrik/*Laude*, Lennart: Zur Verfassungsmäßigkeit von BAMF-Außenstellen, in: Die öffentliche Verwaltung. Zeitschrift für öffentliches Recht und Verwaltungswissenschaft 2019, S. 468 ff.
- Kahl*, Wolfgang: „Gleichwertige Lebensverhältnisse“ unter dem Grundgesetz – Eine kritische Analyse, Heidelberg 2016.
- Kain*, Florian: Das Privatfernsehen, der Axel Springer Verlag und die deutsche Presse. Die medienpolitische Debatte in den sechziger Jahren, Münster u. a. 2003.
- Kaiser*, Anna-Bettina: Die Öffnung der öffentlich-rechtlichen Methode durch Internationalität und Interdisziplinarität. Erscheinungsformen, Chancen, Grenzen, in: Deutsches Verwaltungsblatt 2014, S. 1102 ff.
- Kaiser*, Anna-Bettina: Ausnahmeverfassungsrecht, Tübingen 2020.
- Kalke*, Jens: Innovative Landtage. Eine empirische Untersuchung am Beispiel der Drogenpolitik, Wiesbaden 2001.
- Kaltenborn*, Markus: Gibt es einen *numerus clausus* der Rechtsquellen?, in: Rechtstheorie. Zeitschrift für Logik und Juristische Methodenlehre, Allgemeine Rechts- und Staatslehre, Kommunikations-, Normen- und Handlungstheorie, Soziologie und Philosophie des Rechts 34 (2003), S. 459 ff.
- Kam*, Cindy D./*Mikos*, Robert A.: Do Citizens Care About Federalism? An Experimental Test, in: Journal of Empirical Legal Studies 4 (2007), S. 589 ff.
- Kannar*, George: Federalizing Death, in: Buffalo Law Review 44 (1996), S. 325 ff.
- Kant*, Immanuel: Kritik der Urtheilskraft, Berlin u. a. 1790.
- Kantorowicz*, Hermann: Der Begriff des Rechts, Göttingen 1963.
- Karpen*, Ulrich: Federalism, in: ders. (Hrsg.), The Constitution of the Federal Republic of Germany, Baden-Baden 1988, S. 205 ff.
- Kass*, Leon Richard: The Wisdom of Repugnance, in: The New Republic 216/22 (1997), S. 17 ff.
- Kassaye Ahmed*, Kaleab: Umpiring a Federal System. The Ethiopian Choice in Comparative Perspective, Bern, Schweiz, 2017.
- Kaufmann*, Erich: Untersuchungsausschuß und Staatsgerichtshof, Berlin 1920.
- Kaufmann*, Erich: Die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 9 (1952), S. 1 ff.
- Kelemen*, Katalin: Judicial dissent in European constitutional courts. A comparative and legal perspective, Abingdon, U.K., u. a. 2017.
- Kelemen*, R. Daniel: Built to Last? The Durability of EU Federalism, in: Sophie Meunier/ Kathleen R. McNamara (Hrsg.), Making History: European Integration and Institutional Change at Fifty, Oxford, U.K., 2007, S. 51 ff.
- Kelemen*, R. Daniel/*Nicolaïdis*, Kalypso: Bringing Federalism Back In, in: Knud Erik Jørgensen/Mark A. Pollack/Ben Rosamond (Hrsg.), Handbook of European Union Politics, London, U.K., 2007, S. 301 ff.

- Kelly*, Richard: Screenplay Donnie Darko, in: The Donnie Darko Book, London, U.K., 2003, S. 1 ff.
- Kelsen*, Hans: Allgemeine Staatslehre, Berlin 1925.
- Kelsen*, Hans: Reine Rechtslehre, Leipzig u. a. 1934.
- Kelso*, R. Randall: Styles of Constitutional Interpretation and the Four Main Approaches to Constitutional Interpretation in American Legal History, in: Valparaiso University Law Review 29 (1994), S. 121 ff.
- Kennedy*, John S.: The new anthropomorphism, Cambridge, U.K., u. a. 1992.
- Kenyon*, Cecelia M.: Men of Little Faith. The Anti-Federalists on the Nature of Representative Government, in: The William and Mary Quarterly 12 (1955), S. 3 ff.
- Kenyon*, Cecelia M.: The Antifederalists, Boston, Mass., U.S.A., 1966.
- Kermode*, Frank: Paul de Man's Abyss, in: London Review of Books 11/6 (1989), S. 3 ff.
- Kersten*, Jens: Das Anthropozän-Konzept. Kontrakt – Komposition – Konflikt, in: Rechtswissenschaft. Zeitschrift für rechtswissenschaftliche Forschung 2014, S. 378 ff.
- Kersten*, Jens: Die Notwendigkeit der Zuspitzung. Anmerkungen zur Verfassungstheorie, Berlin 2020.
- Kersting*, Wolfgang: Niccolò Machiavelli, 3. Aufl., München 2006.
- Kettl*, Donald F.: States Divided: The Implications of American Federalism for COVID-19, in: Public Administration Review 80 (2020), S. 595 ff.
- Killy*, Walther: Elemente der Lyrik, 2. Aufl., München 1972.
- Kilper*, Heiderose/*Lhotta*, Roland: Föderalismus in der Bundesrepublik Deutschland, Opladen 1996.
- Kincaid*, John: Extinguishing the Twin Relics of Barbaric Multiculturalism – Slavery and Polygamy – From American Federalism, in: Publius. The Journal of Federalism 33 (2003), S. 75 ff.
- Kincaid*, John/*Leckrone*, J. Wesley: Partisan Fractures in U.S. Federalism's COVID-19 Policy Responses, in: State and Local Government Review 52 (2020), S. 298 ff.
- King*, Preston: Federalism and Federation, London, U.K., 1982.
- Kingreen*, Thorsten/*Poscher*, Ralf: Grundrechte. Staatsrecht II, 37. Aufl., Heidelberg 2021.
- Kingreen*, Thorsten/*Schönberger*, Sophie-Charlotte: Verfassungswidrige Grenzüberschreitung: Die bayerische Grenzpolizei im bundesstaatlichen Niemandsland, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2018, S. 1825 ff.
- Kirchhof*, Ferdinand: Art. 83 GG, in: Günter Dürig/Roman Herzog/Rupert Scholz (Hrsg.), Grundgesetz, 93. Ergänzungslieferung, München 2020.
- Kirchhof*, Gregor: Das „Gute-KiTA-Gesetz“ verletzt das Grundgesetz – der drängende Auftrag, die Kinderbetreuung zu verbessern, wird vernachlässigt, in: Zeitschrift für Gesetzgebung. Vierteljahresschrift für staatliche, kommunale und europäische Rechtsetzung 2019, S. 139 ff.



- Kirchhof*, Paul: Verfassungsverständnis, Rechtsprechungsaufgabe und Entlastung des Bundesverfassungsgerichts, in: Harald Bogs (Hrsg.), Urteilsverfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht. Ein Grundrechts-Colloquium, Baden-Baden 1999, S. 71 ff.
- Kirchhof*, Paul: Mittel staatlichen Handelns, in: Josef Isensee/ders. (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. V. Rechtsquellen, Organisation, Finanzen, 3. Aufl., Heidelberg 2007, § 99.
- Kirchmann*, Julius v.: Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft. Ein Vortrag, gehalten in der juristischen Gesellschaft zu Berlin, Berlin 1848.
- Kirk*, Russell: The Prospects for Territorial Democracy in America, in: Robert Goldwin (Hrsg.), A Nation of States, 2. Aufl., Chicago, Ill., U.S.A., 1974 [1963], S. 42 ff.
- Kirste*, Ulrike: Die Finanzhilfen des Bundes an die neuen Länder nach Artikel 104a Absatz 4 Grundgesetz, Sinzheim 1995.
- Kischel*, Uwe: Rechtsvergleichung, München 2015.
- Kisker*, Gunter: Ideologische und theoretische Grundlagen der bundesstaatlichen Ordnung in der Bundesrepublik Deutschland – Zur Rechtfertigung des Föderalismus, in: Ernst Benda (Mitverf.), Probleme des Föderalismus, Tübingen 1985, S. 23 ff.
- Klafki*, Anika: Mehr Parlament wagen? – Die Entdeckung des Art. 80 IV GG in der Corona-Pandemie, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2020, S. 1718 ff.
- Klaiber*, Walter: Der zweite Korintherbrief. Die Botschaft des Neuen Testaments, Neukirchen-Vluyn 2012.
- Klein*, Hans Hugo: Bundesrat und Parteipolitik, in: Die öffentliche Verwaltung. Zeitschrift für öffentliches Recht und Verwaltungswissenschaft 1971, S. 325 ff.
- Klein*, Hans Hugo: Staatsziele im Verfassungsgesetz – Empfiehlt es sich, ein Staatsziel Umweltschutz in das Grundgesetz aufzunehmen?, in: Deutsches Verwaltungsblatt 1991, S. 729 ff.
- Klein*, Hans Hugo: Art. 37, in: Günter Dürig/Roman Herzog/Rupert Scholz (Hrsg.), Grundgesetz, 57. Ergänzungslieferung, München 2010.
- Klein*, Hans Hugo: Der Bundesstaat in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: Ines Härtel (Hrsg.), Handbuch Föderalismus, Bd. I. Grundlagen des Föderalismus und der deutsche Bundesstaat, Berlin u.a. 2012, § 17.
- Kleinlein*, Thomas: Federalisms, rights, and autonomies: The United States, Germany, and the EU, in: International Journal of Constitutional Law 15 (2017), S. 1157 ff.
- Kleinlein*, Thomas: Grundrechtsföderalismus. Eine vergleichende Studie zur Grundrechtsverwirklichung in Mehrebenen-Strukturen – Deutschland, USA und EU –, Tübingen 2020.
- Kleist*, Heinrich v.: [Für Wilhelmine von Kleist] [zwischen 1788 und 1791], in: Sämtliche Erzählungen, Anekdoten, Gedichte, Schriften, hrsg. v. Klaus Müller-Salget, Frankfurt a.M. 2005, S. 401.
- Kleist*, Heinrich v.: Hymne an die Sonne [1799], in: Sämtliche Erzählungen, Anekdoten, Gedichte, Schriften, hrsg. v. Klaus Müller-Salget, Frankfurt a.M. 2005, S. 402 f.
- Klement*, Jan Henrik: Verantwortung. Funktion und Legitimation eines Begriffs im Öffentlichen Recht, Tübingen 2006.

- Klinger, Remo/Krebs, David*: Kommunale Verpackungssteuer – Nicht nur neu verpackt, sondern jetzt zulässig!, in: Zeitschrift für Umweltrecht 2015, S. 664 ff.
- Kloepfer, Michael*: Grundrechte als Entstehenssicherung und Bestandsschutz, München 1970.
- Kloepfer, Michael*: Die lenkende Gebühr, in: Archiv des öffentlichen Rechts 97 (1972), S. 232 ff.
- Kloepfer, Michael*: Verfassung und Zeit. Zum überhasteten Gesetzgebungsverfahren, in: Der Staat. Zeitschrift für Staatslehre und Verfassungsgeschichte, deutsches und europäisches öffentliches Recht 13 (1974), S. 457 ff.
- Kloepfer, Michael*: Vorwirkung von Gesetzen, München 1974.
- Kloepfer, Michael*: Die Verfassungsmängel des „Mängelberichts“. Zum Bericht der Bundesregierung über die strukturellen Probleme des föderativen Bildungssystems, in: Zeitschrift für Rechtspolitik 1978, S. 121 ff.
- Kloepfer, Michael*: Planung und prospektive Rechtswissenschaft, in: Wilfried Erbguth (Hrsg.), Planung. Festschrift für Werner Hoppe zum 70. Geburtstag, München 2000, S. 111 ff.
- Kloepfer, Michael*: Vom Zustand des Verfassungsrechts, in: Juristenzeitung 2003, S. 483 ff.
- Kloepfer, Michael*: Bemerkungen zur Föderalismusreform, in: Die öffentliche Verwaltung. Zeitschrift für öffentliches Recht und Verwaltungswissenschaft 2004, S. 566 ff.
- Kloepfer, Michael*: Öffentliche Meinung, Massenmedien, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. III. Demokratie – Bundesorgane, 3. Aufl., Heidelberg 2005, § 42.
- Kloepfer, Michael*: Verfassungsdenken in Schillers „Don Carlos“, in: Neue Juristische Wochenschrift 2006, S. 560 ff.
- Kloepfer, Michael*: Verfassungsverstöße und öffentliche Meinung, in: Rupert Scholz/Dieter Lorenz/Christian Pestalozza/ders./Hans D. Jarras/Christoph Degenhart/Oliver Lepsius (Hrsg.), Realitätsprägung durch Verfassungsrecht. Kolloquium aus Anlass des 80. Geburtstages von Peter Lerche, Berlin 2008, S. 55 ff.
- Kloepfer, Michael*: Verfassungsrecht, Bd. II. Grundrechte, München 2010.
- Kloepfer, Michael*: Verfassungsrecht, Bd. I. Grundlagen, Staatsorganisationsrecht, Bezüge zum Völker- und Europarecht, München 2011.
- Kloepfer, Michael*: Bundesvollzug von Landesrecht kraft Natur der Sache?, in: Peter Friedrich Bultmann/Klaus Joachim Grigoleit/Christoph Gusy/Jens Kersten/Christian-W. Otto/Christina Preschel (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht. Institute, Kontexte, System. Festschrift für Ulrich Battis zum 70. Geburtstag, München 2014, S. 597 ff.
- Kloepfer, Michael*: Finanzverfassungsrecht mit Haushaltsverfassungsrecht, München 2014.
- Kloepfer, Michael*: Handbuch des Katastrophenrechts, Baden-Baden 2015.
- Kloepfer, Michael* (unter Mitarbeit von *Neugärtner, Rico David*): Umweltrecht, 4. Aufl., München 2016.
- Kloepfer, Michael*: Bundesverfassungsgericht und Verfassungsrechtswissenschaft, in: Markus Ludwigs (Hrsg.), Regulierender Staat und konfliktsschlichtendes Recht. Festschrift für Matthias Schmidt-Preuß zum 70. Geburtstag, Berlin 2018, S. 161 ff.

- Kloepfer*, Michael: Zur Bindung von Gesetzen an Gesetze, in: ders. (Hrsg.), *Gesetzgebung als wissenschaftliche Herausforderung. Gedächtnisschrift für Thilo Brandner*, 2. Aufl., Baden-Baden 2018, S. 93 ff.
- Kloepfer*, Michael: Respekt im Gemeinwesen und im Recht, in: *Verwaltungsarchiv. Zeitschrift für Verwaltungslehre, Verwaltungsrecht und Verwaltungspolitik* 110 (2019), S. 419 ff.
- Kloepfer*, Michael: Die Sozialisierung von Wohnungsunternehmen und die Verfassung, in: *Neue Juristische Wochenschrift* 2019, S. 1656 ff.
- Kloepfer*, Michael: Rücktritt wegen Verfassungsverstöße? Überlegungen zur Verfassungswidrigkeit des Berliner Mietendeckels, in: *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 2021, S. 1513 ff.
- Kloepfer*, Michael: Verfassungsschwächung durch Pandemiebekämpfung?, in: *Verwaltungsarchiv. Zeitschrift für Verwaltungslehre, Verwaltungsrecht und Verwaltungspolitik* 112 (2021), S. 169 ff.
- Kloepfer*, Michael (unter Mitarbeit von *Neugärtner*, Rico David/*Schmidt*, Christoph): *Handbuch der Verfassungsorgane im Grundgesetz*, Berlin 2022.
- Kloepfer*, Michael/*Bröcker*, Klaus T.: Das Gebot der widerspruchsfreien Normgebung als Schranke der Ausübung einer Steuergesetzgebungskompetenz nach Art. 105 GG, in: *Die öffentliche Verwaltung. Zeitschrift für öffentliches Recht und Verwaltungswissenschaft* 2001, S. 1 ff.
- Kloepfer*, Michael/*Kohler*, Christian: *Kernkraftwerk und Staatsgrenze. Völkerrechtliche, verfassungsrechtliche, europarechtliche, kollisions- und haftungsrechtliche Fragen grenznaher Kernkraftwerke*, Berlin 1981.
- Kloepfer*, Michael/*Neugärtner*, Rico David: Liability for Climate Damages, Sustainability and Environmental Justice, in: Wolfgang Kahl/Marc-Philippe Weller (Hrsg.), *Climate Change Litigation. Liability and Damages from a Comparative Perspective*, München u. a. 2021, S. 21 ff.
- Kloepfer*, Michael/*Rossi*, Matthias: Tierschutz in das Grundgesetz? Zu den rechtlichen Konsequenzen einer Staatszielbestimmung „Tierschutz“ im Grundgesetz – insbesondere zu ihren Auswirkungen auf die Forschungsfreiheit, in: *Juristenzeitung* 1998, S. 369 ff.
- Klotz*, Robert: The Nuclear Option for Stopping Filibusters, in: *Political Science and Politics* 37 (2004), S. 843 ff.
- Kluth*, Winfried: Zuständigkeits- und Leitungsordnung, in: Hans J. Wolff/Otto Bachof/Rolf Stober/ders., *Verwaltungsrecht*, Bd. II, 7. Aufl., München 2010, § 83.
- Knape*, Joachim: New Rhetoric und Rhetorik der Dekonstruktion. Von Kenneth Burke zu Paul de Man, in: Sabine Doering/Waltraud Maierhofer/Peter Philipp Riedl (Hrsg.), *Resonanzen. Festschrift für Hans Joachim Kreutzer zum 65. Geburtstag*, Würzburg 2000, S. 483 ff.
- Knörer*, Ekkehard: Paul de Man: Leben und Nachleben, in: *Merkur. Deutsche Zeitschrift für europäisches Denken* 68 (2014), S. 823 ff.
- Knott*, Stephen: „Opposed in Death as in Life“: Hamilton and Jefferson in American Memory, in: Douglas Ambrose/Robert W. T. Martin (Hrsg.), *The Many Faces of Alexander Hamilton. The Life and Legacy of America's Most Elusive Founding Father*, New York, N.Y., U.S.A., 2006, S. 25 ff.

- Kohns, Oliver: Die Verrücktheit des Sinns. Wahnsinn und Zeichen bei Kant, E.T.A. Hoffmann und Thomas Carlyle, Bielefeld 2007.
- Kölz, Alfred: Bundestreue als Verfassungsprinzip?, in: Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung 81 (1980), S. 145 ff.
- Kommers, Donald/Miller, Russel: The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany, 3. Aufl., Durham, N.C., U.S.A., 2012.
- Komorowski, Alexis v.: Äußerungsrecht der kommunalen Volksvertretungen und gemeindliche Verbandskompetenz. Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der ‚gegliederten Demokratie‘, in: Der Staat. Zeitschrift für Staatslehre und Verfassungsgeschichte, deutsches und europäisches öffentliches Recht 37 (1998), S. 122 ff.
- Konisky, David M./Nolette, Paul: The State of American Federalism, 2020–2021. Deepening Partisanship amid Tumultuous Times, in: Publius. The Journal of Federalism 51 (2021), S. 327 ff.
- Korf, Benedikt/Schetter, Conrad: Räume des Ausnahmezustands. Carl Schmitts Raumphilosophie, Frontiers und Ungoverned Territories, in: Peripherie. Zeitschrift für Politik und Ökonomie in der Dritten Welt 32 (2012), S. 147 ff.
- Korioth, Stefan: Artikel „Föderalismus“, in: Werner Heun/Martin Honecker/Martin Morlok/Joachim Wieland (Hrsg.), Evangelisches Staatslexikon, Neuausgabe, Stuttgart 2006, Sp. 596 ff.
- Korioth, Stefan: Art. 31, in: Günter Dürig/Roman Herzog/Rupert Scholz (Hrsg.), Grundgesetz, 50. Ergänzungslieferung, München 2007.
- Korioth, Stefan: Das neue Staatsschuldenrecht – zur zweiten Stufe der Föderalismusreform, in: Juristenzeitung 2009, S. 729 ff.
- Korioth, Stefan: Der Befund „eines die Staatsrechtswissenschaft bestimmenden Bundesverfassungsgerichtspositivismus“ – 1989 und 2014, in: Jakob Nolte/Ralf Poscher/Henner Wolter (Hrsg.), Die Verfassung als Aufgabe von Wissenschaft, Praxis und Öffentlichkeit. Freundesgabe für Bernhard Schlink zum 70. Geburtstag, Heidelberg 2014, S. 31 ff.
- Korioth, Stefan: Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Bundesstaat, in: Robert Chr. van Ooyen/Martin H.W. Möllers (Hrsg.), Handbuch Bundesverfassungsgericht im politischen System, 2. Aufl., Wiesbaden 2015, S. 693 ff.
- Korte, Karl-Rudolf: Kuratiertes Regieren: Bausteine der Resilienz, in: Martin Florack/ders./Julia Schwanholz (Hrsg.), Coronakratie. Demokratisches Regieren in Ausnahmezeiten Frankfurt a.M. u. a., 2021, S. 25 ff.
- Korte, Stefan: Standortfaktor Öffentliches Recht. Integration und Wettbewerb in föderalen Ordnungen am Beispiel der Gesetzgebung, Tübingen 2016.
- Köstlin, Thomas: Die Kulturhoheit des Bundes. Eine Untersuchung zum Kompetenz- und Organisationsrecht des Grundgesetzes unter Berücksichtigung der Staatspraxis in der Bundesrepublik Deutschland, Berlin 1989.
- Köttgen, Arnold: Fondsverwaltung in der Bundesrepublik, Stuttgart 1965.
- Kraft, Julius: Vorfragen der Rechtssoziologie, in: Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft 45 (1930), S. 1 ff.

- Kramer, Larry D.*: Madison's Audience, in: *Harvard Law Review* 112 (1999), S. 611 ff.
- Kramer, Larry D.*: Putting the Politics Back into the Political Safeguards of Federalism, in: *Columbia Law Review* 100 (2000), S. 215 ff.
- Kramer, Larry D.*: Popular Constitutionalism, Circa 2004, in: *California Law Review* 92 (2004), S. 959 ff.
- Kramer, Loyd S.*: Lafayette in Two Worlds. Public Cultures and Personal Identities in an Age of Revolutions, Chapel Hill, N.C., U.S.A., 1996.
- Kramer, Olaf*: Goethe und die Rhetorik, Berlin u. a. 2010.
- Kranz, Isabel*: Sprechende Blumen. Ein ABC der Pflanzensprache, Berlin 2014.
- Krause, Skadi Siiri*: Demokratischer Föderalismus. Tocquevilles Würdigung der kommunalen Selbstverwaltung als Teil der Civil Liberty, in: *Politische Vierteljahresschrift* 55 (2014), S. 94 ff.
- Krause, Skadi Siiri*: Die Rolle kommunaler Selbstverwaltung im Föderalismusdiskurs des 19. Jahrhunderts, in: Eva Marlene Hausteiner (Hrsg.), *Föderalisten. Modelle jenseits des Staates*, Baden-Baden 2016, S. 103 ff.
- Kremer, Detlef*: Romantik, in: Jan-Dirk Müller/Georg Braungart/Harald Fricke/Klaus Grubmüller/Friedrich Vollhardt/Klaus Weimar (Hrsg.), *Reallexikon der deutschen Literaturwissenschaft*. Neubearbeitung des Reallexikons der deutschen Literaturgeschichte, Bd. III. P-Z, 3. Aufl., Berlin u. a. 2003, S. 326 ff.
- Kremer, Detlef/Kilcher, Andreas B.*: Romantik. Lehrbuch Germanistik, 4. Aufl., Stuttgart 2015.
- Kretzschmar, Dirk*: Interrelationen (trans-)historisch: Epochen, in: Evi Zemanek/Alexander Nebrig (Hrsg.), *Komparatistik*, Berlin 2012, S. 67 ff.
- Kriele, Martin*: Das demokratische Prinzip im Grundgesetz, in: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 29 (1971), S. 46 ff.
- Kriele, Martin*: Theorie der Rechtsgewinnung. Entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation, 2. Aufl., Berlin 1976.
- Krishnakumar, Anita S.*: On the Evolution of the Canonical Dissent, in: *Rutgers Law Review* 52 (2000), S. 781 ff.
- Kropp, Sabine*: Zerreißprobe für den Flickenteppich? Der deutsche Föderalismus in Zeiten von Covid-19, in: *Verfassungsblog*, 2020/5/26, DOI: 10.17176/20200526-133725-0.
- Krotoszynski, Ronald J.*: Cooperative Federalism, The New Formalism, and the Separation of Powers Revisited: 'Free Enterprise Fund' and the Problem of Presidential Oversight of State-Government Officers Enforcing Federal Law, in: *Duke Law Journal* 61 (2012), S. 1599 ff.
- Krüger, Herbert*: Allgemeine Staatslehre, Stuttgart 1964.
- Kruis, Konrad*: Einige Gedanken über die bündische Sorge für das Grundgesetz, in: Peter Badura (Hrsg.), *Wege und Verfahren des Verfassungslebens*. Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag, München 1993, S. 475 ff.
- Krüper, Julian*: Neudefinition des „subjektiven öffentlichen Rechts“ – der citizen als umweltdienender Kläger?, in: Michael Kloepper (Hrsg.), *Rechtsschutz im Umweltrecht*, Berlin 2014, S. 163 ff.

- Kruse, Britta-Juliane*: Witwen. Kulturgeschichte eines Standes in Spätmittelalter und Früher Neuzeit, Berlin u. a. 2007.
- Kube, Hanno*: Schleichender Abschied vom Föderalismus? Die Reform der Bund-Länder-Finanzbeziehungen im Jahr 2017, in: Reimut Zohlnhöfer/Thomas Saalfeld (Hrsg.), Zwischen Stillstand, Politikwandel und Krisenmanagement. Eine Bilanz der Regierung Merkel 2013–2017, Wiesbaden 2019, S. 373 ff.
- Kube, Hanno*: Steuerung der Aufgabenerfüllung von Ländern und Kommunen durch Finanzzuweisungen des Bundes und vertraglich konditionierte, aufschiebend bedingte Umsatzsteuerneuverteilung, in: Hans-Günter Henneke (Hrsg.), Gleichwertige Lebensverhältnisse bei veränderter Statik des Bundesstaates? Stuttgart 2019, S. 127 ff.
- Kugler, Klaus F.*: Ingerenz und Selbstverantwortung. Inhalt und Grenzen der Garantenstellung aus vorangegangenen gefährdendem Tun, Bochum 1971.
- Kurz, Gerhard*: Metapher, Allegorie, Symbol, 6. Aufl., Göttingen 2009.
- Küster, Otto*: Das Gewaltenproblem im modernen Staat, in: Archiv des öffentlichen Rechts 75 (1949), S. 397 ff.
- Laband, Paul*: Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. I, Tübingen 1876.
- Laband, Paul*: Die Verkündigung von Rechtsverordnungen des Bundesrates, in: Archiv für öffentliches Recht 18 (1903), S. 305 ff.
- Landenberg-Roberg, Michael v.*: Die apokryphe Schrift als konserviertes Potential für zukünftige Paradigmenwechsel, in: Nikolaus Marsch/Laura Münkler/Thomas Wischmeyer, Apokryphe Schriften. Rezeption und Vergessen in der Wissenschaft vom Öffentlichen Recht, Tübingen 2018, S. 151 ff.
- Lange, Felix*: Carl Bilfingers Entnazifizierung und die Entscheidung für Heidelberg. Die Gründungsgeschichte des völkerrechtlichen Max-Planck-Instituts nach dem Zweiten Weltkrieg, in: Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 74 (2014), S. 697 ff.
- Lange, Friederike Valerie*: Grundrechtsbindung des Gesetzgebers. Eine rechtsvergleichende Studie zu Deutschland, Frankreich und den USA, Tübingen 2010.
- Langford, Catherine L.*: Scalia v. Scalia. Opportunistic Textualism in Constitutional Interpretation, Tuscaloosa, Ala., U.S.A., 2017.
- Lasser, Mitchel de S.-O.-l'E.*: „Lit. Theory“ Put to the Test: A Comparative Literary Analysis of American Judicial Tests and French Judicial Discourse, in: Harvard Law Review 111 (1998), S. 689 ff.
- Lasser, Mitchel de S.-O.-l'E.*: The question of understanding, in: Pierre Legrand/Roderick J. C. Munday (Hrsg.), Comparative legal studies: traditions and transitions, Cambridge, U.K., u. a. 2003, S. 197 ff.
- Lasser, Mitchel de S.-O.-l'E.*: Judicial Deliberations. A Comparative Analysis of Transparency and Legitimacy, Oxford, U.K., u. a. 2004.
- Lauschke, Marion*: Ikonische Formprozesse und Affordanzen, in: dies./Johanna Schiffler/Franz Engel (Hrsg.), Ikonische Formprozesse, Berlin u. a., 2017, S. 45 ff.

- Lauser*, Charlotte: Die Bindung der Verfassungsorgane an den Grundsatz der Europarechtsfreundlichkeit, München 2018.
- Lazarus*, Simon: Federalism R.I.P.? Did the Roberts Hearings Junk the Rehnquist Court's Federalism Revolution?, in: *DePaul Law Review* 56 (2006), S. 1 ff.
- Lazzer*, Dieter de: Rechtsdogmatik als Kompromißformular, in: Roland Dubischar (Hrsg.), *Dogmatik und Methode. Josef Esser zum 65. Geburtstag*, Kronberg/Ts 1975, S. 85 ff.
- Lehman*, David: *Signs of the Times. Deconstruction and the Fall of Paul de Man*, New York, N.Y., U.S.A., u.a. 1991.
- Lehmbruch*, Gerhard: Parteienwettbewerb im Bundesstaat. Regelsysteme und Spannungslagen im politischen System der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., Wiesbaden 2000.
- Leibholz*, Gerhard: Volk und Partei im neuen deutschen Verfassungsrecht [1950], in: *Strukturprobleme der modernen Demokratie*, 3. Aufl., Karlsruhe 1967, S. 71 ff.
- Leisner*, Walter: Die Schwächung der Landesparlamente durch grundgesetzlichen Föderalismus, in: *Die öffentliche Verwaltung. Zeitschrift für öffentliches Recht und Verwaltungswissenschaft* 1968, S. 389 ff.
- Leitch*, Vincent B./*Cain*, William E./*Finke*, Laurie A./*McGowan*, John /*Sharpley-Whiting*, T. Denean/*Williams*, Jeffrey J.: *The Norton Anthology of Theory and Criticism*, 3. Aufl., New York, N.Y., U.S.A., u.a. 2018.
- Lemke*, Harald: Michel Foucault. In *Konstellationen*, Maastricht, Niederlande, 1995.
- Lemos*, Margaret H.: State Enforcement of Federal Law, in: *New York University Law Review* 86 (2011), S. 698 ff.
- Lennartz*, Jannis: Grundrechtsbindung als Weisungsgrenze, in: *Juristenzeitung* 2016, S. 287 ff.
- Lennartz*, Jannis: *Dogmatik als Methode*, Tübingen 2017.
- Lenski*, Sophie-Charlotte: *Öffentliches Kulturrecht. Materielle und immaterielle Kulturwerke zwischen Schutz, Förderung und Wertschöpfung*, Tübingen 2013.
- Lenz*, Christofer/*Burgbacher*, Ernst: Die neue Schuldenbremse im Grundgesetz, in: *Neue Juristische Wochenschrift* 2009, S. 2561 ff.
- Leppke*, Sabine/*Nübel*, Jacob: Art. 33 Abs. 4 GG als Inhaltsnorm und Grundlage der Treuepflicht des Dienstherrn?!, in: *Zeitschrift für Beamtenrecht* 2015, S. 397 ff.
- Lepsius*, Oliver: Was kann die deutsche Staatsrechtslehre von der amerikanischen Rechtswissenschaft lernen?, in: Hartmut Schulze-Fielitz (Hrsg.), *Staatsrechtslehre als Wissenschaft. Die Verwaltung*, Beiheft 7, Berlin 2007, S. 319 ff.
- Lepsius*, Oliver: Rezension zu Klement, Verantwortung, Tübingen 2006, in: *Juristenzeitung* 2008, S. 463.
- Lepsius*, Oliver: Die maßstabsetzende Gewalt, in: Matthias Jestaedt/ders./Christoph Möllers/Christoph Schönberger (Hrsg.), *Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht*, Berlin 2011, S. 159 ff.
- Lepsius*, Oliver: Kritik der Dogmatik, in: Gregor Kirchhof/Stefan Magen/Karsten Schneider (Hrsg.), *Was weiß Dogmatik? Was leistet und wie steuert die Dogmatik des öffentlichen Rechts?*, Tübingen 2012, S. 39 ff.



- Lepsius*, Oliver: Rechtswissenschaft in der Demokratie, in: *Der Staat. Zeitschrift für Staatslehre und Verfassungsgeschichte, deutsches und europäisches öffentliches Recht* 52 (2013), S. 157 ff.
- Lepsius*, Oliver: Souveränität und Identität als Frage des Institutionen-Settings, in: *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart. Neue Folge* 63 (2015), S. 63 ff.
- Lepsius*, Oliver: Partizipationsprobleme und Abwägungsdefizite im Umgang mit der Corona-Pandemie, in: *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart. Neue Folge* 69 (2021), S. 705 ff.
- Lerche*, Peter: Stil, Methode, Ansicht. Polemische Bemerkungen zum Methodenproblem, in: *Deutsches Verwaltungsblatt* 1961, S. 690 ff.
- Lerche*, Peter: Föderalismus als nationales Ordnungsprinzip, in: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 21 (1964), S. 66 ff.
- Lerche*, Peter: Aktuelle föderalistische Verfassungsfragen. Eine Stellungnahme auf Anregung der Bayerischen Staatskanzlei, München 1968.
- Lerche*, Peter: Forschungsfreiheit und Bundesstaatlichkeit, in: *ders./Hans F. Zacher/Peter Badura* (Hrsg.), *Festschrift für Theodor Maunz zum 80. Geburtstag am 1. September 1981*, München 1981, S. 215 ff.
- Lerche*, Peter: Artikel 83, in: *Theodor Maunz/Günter Dürig* (Hrsg.), *Grundgesetz. Kommentar*, 21. Ergänzungslieferung, München 1983 [Altauflage].
- Lerche*, Peter: Mögliche Wege künftiger Staatshaftungsreform. Zur Verzahnung von Bundes- und Landeskompetenzen, in: *Bodo Börner/Hermann Jahrreiß/Klaus Stern* (Hrsg.), *Einigkeit und Recht und Freiheit. Festschrift für Karl Carstens zum 70. Geburtstag am 14. Dezember 1984*, Bd. 2. Staatsrecht, Berlin u. a. 1984, S. 687 ff.
- Lerche*, Peter: Artikel 84, in: *Theodor Maunz/Günter Dürig* (Hrsg.), *Grundgesetz*, 24. Ergänzungslieferung, München 1985 [Altauflage].
- Lerche*, Peter: „Funktionsfähigkeit“ – Richtschnur verfassungsrechtlicher Auslegung, in: *Bayerische Verwaltungsblätter. Zeitschrift für öffentliches Recht und öffentliche Verwaltung* 1991, S. 517 ff.
- Lerche*, Peter: Stil und Methode der verfassungsrechtlichen Entscheidungspraxis, in: *Peter Badura/Horst Dreier* (Hrsg.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Bd. I. Verfassungsgerichtsbarkeit, Verfassungsprozeß, Tübingen 2001, S. 333 ff.
- Lerg*, Charlotte A.: Amerika als Argument. Die deutsche Amerika-Forschung im Vormärz und ihre politische Deutung in der Revolution von 1848/49, Bielefeld 2011.
- Lerg*, Charlotte A.: A more perfect Union – The USA as an Example of Reform in the German Bund, in: *Skadi Siiri Krause* (Hrsg.), *Theories of Modern Federalism*, Baden-Baden 2019, S. 233 ff.
- Leunig*, Sven/*Träger*, Hendrik: Einleitung, in: *dies.* (Hrsg.), *Parteilpolitik und Landesinteressen. Der deutsche Bundesrat 1949–2009*, Münster u. a. 2012, S. 15 ff.
- Leunig*, Sven/*Träger*, Hendrik: Fazit: Parteilpolitik und Landesinteressen im Bundesrat, in: *dies.* (Hrsg.), *Parteilpolitik und Landesinteressen. Der deutsche Bundesrat 1949–2009*, Münster u. a. 2012, S. 289 ff.

- Leval*, Pierre N.: Judging Under the Constitution: Dicta About Dicta, in: New York University Law Review 81 (2004), S. 1249 ff.
- Levine*, Caroline: Forms. Whole, Rhythm, Hierarchy, Network, Princeton, N.J., U.S.A., 2015.
- Levy*, Jacob T.: Federalism, Liberalism, and the Separation of Loyalties, in: The American Political Science Review 101, S. 459 ff.
- Lhotta*, Roland: Artikel „Bundesstaat“, in: Werner Heun/Martin Honecker/Martin Morlok/Joachim Wieland (Hrsg.), Evangelisches Staatslexikon, Neuausgabe, Stuttgart 2006, Sp. 264 ff.
- Lieber*, Francis: On Civil Liberty and Self-Government, London, U.K., 1853.
- Lieber*, Francis: What is our Constitution,—League, Pact, or Government?, New York, N.Y., U.S.A., 1861.
- Light*, Alfred R.: Lifting *Printz* Off Dual Sovereignty: Back to a Functional Test for the Etiquette of Federalism, in: Brigham Young University Journal of Public Law 13 (1998), S. 49 ff.
- Linden*, Markus: Die Legende vom »Konformitätsdruck«. Zur zweifelhaften Kritik an der Corona-Debatte, in: Merkur. Deutsche Zeitschrift für europäisches Denken 866 (2021), S. 34 ff.
- Lindner*, Josef Franz: Verfassungsklage des Freistaates Bayern gegen den Bund wegen Flüchtlingspolitik?, Bayerischer Rechts- und Verwaltungsreport, Net-Dokument Bay-RVR2015111101.
- Lindner*, Josef Franz: Bundesverfassung und Landesverfassung, in: Archiv des öffentlichen Rechts 143 (2018), S. 437 ff.
- Linsley*, Kristin A.: Original Intent: Understanding the Supreme Court’s Original Jurisdiction in Controversies between States, Journal of Appellate Practice and Process 18 (2017), S. 21 ff.
- Litman*, Leah M.: Taking Care of Federal Law in: Virginia Law Review 101 (2015), S. 1289 ff.
- Livingston*, William S.: A Note on the Nature of Federalism, in: Political Science Quarterly 67 (1952), S. 81 ff.
- Llanque*, Marcus: Geschichte des politischen Denkens oder Ideenpolitik: Ideengeschichte als normative Traditionsstiftung, in: Harald Bluhm/Jürgen Gebhardt (Hrsg.), Politische Ideengeschichte im 20. Jahrhundert: Konzepte und Kritik, Baden-Baden 2006, S. 51 ff.
- Llanque*, Marcus: Hermann Heller als Ideenpolitiker. Politische Ideengeschichte als Arsenal des politischen Denkens, in: ders. (Hrsg.), Souveräne Demokratie und soziale Homogenität. Das politische Denken Hermann Hellers, Baden-Baden 2010, S. 95 ff.
- Llanque*, Marcus: Ideenpolitische Interventionen im Archiv der Ideengeschichte: Die diskursive Klassizität von Texten und ihr Kanon, in: Walter Reese-Schäfer/Samuel Salzborn (Hrsg.), „Die Stimme des Intellekts ist leise“. Klassiker/innen des politischen Denkens abseits des Mainstreams, Baden-Baden 2015, S. 41 ff.
- Locke*, John: Two Treatises of Government, hrsg. v. Peter Laslett, Cambridge, U.K., 1988 [1689].
- Loewenstein*, Karl: Verfassungsrecht und Verfassungspraxis der Vereinigten Staaten, Berlin u. a. 1959.

- López-Santana, Mariely/Rocco, Philip*: Fiscal Federalism and Economic Crises in the United States: Lessons from the COVID-19 Pandemic and Great Recession, in: *Publius. The Journal of Federalism* 51 (2021), S. 365 ff.
- Lorz, Ralph Alexander*: Interorganrespekt im Verfassungsrecht – Funktionenzuordnung, Rücksichtnahmegebote und Kooperationsverpflichtungen. Eine rechtsvergleichende Analyse anhand der Verfassungssysteme der Bundesrepublik Deutschland, der Europäischen Union und der Vereinigten Staaten, Tübingen 2001.
- Lösch, Matthias*: Art. Bühnenbild, in: Klaus Weimar/Harald Fricke/Klaus Grubmüller/Jan-Dirk Müller (Hrsg.), *Reallexikon der deutschen Literaturwissenschaft*. Neubearbeitung des Reallexikons der deutschen Literaturgeschichte, Bd. I. A-G, 3. Aufl. 1997, S. 274 ff.
- Love, Jeffrey A./Garg, Arpit K.*: Presidential Inaction and the Separation of Powers, in: *Michigan Law Review* 112 (2014), S. 1195 ff.
- Lübbe, Hermann*: Säkularisierung. Geschichte eines ideenpolitischen Begriffs, Freiburg u. a. 1965.
- Lübbe-Wolff, Gertrude*: Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte. Struktur und Reichweite der Eingriffsdogmatik im Bereich staatlicher Leistungen, Baden-Baden 1988.
- Lübbe-Wolff, Gertrude*: Rechtskolumne. Geheimniskrämerei bei TTIP, in: *Merkur. Deutsche Zeitschrift für europäisches Denken* 70 (2016), Heft 807, S. 53 ff.
- Lücke, Jörg*: Bundesfreundliches und bürgerfreundliches Verhalten, in: *Der Staat. Zeitschrift für Staatslehre und Verfassungsgeschichte, deutsches und europäisches öffentliches Recht* 17 (1978), S. 343 ff.
- Luhmann, Niklas*: Öffentlich-rechtliche Entschädigung rechtspolitisch betrachtet, Berlin 1965.
- Luhmann, Niklas*: Die Gesellschaft der Gesellschaft, Frankfurt a. M. 1997.
- Luther, Martin*: Biblia: das ist: Die gantze Heilige Schrifft: Deudsch, Wittenberg 1545.
- Lutter, Marcus*: Theorie der Mitgliedschaft. Prolegomena zu einem Allgemeinen Teil des Korporationsrechts, in: *Archiv für die civilistische Praxis* 180 (1980), S. 84 ff.
- Lutz, Donald S.*: Toward a Theory of Constitutional Amendment, in: Sanford Levinson (Hrsg.), *Responding to Imperfection. The Theory and Practice of Constitutional Amendment*, Princeton, N.J., U.S.A., 1995, S. 237 ff.
- Lutz, Donald S.*: The Iroquois Confederation Constitution. An Analysis, in: *Publius. The Journal of Federalism* 28 (1998), S. 99 ff.
- Madison, James*: The Federalist No. 10 [1787], in: Alexander Hamilton/ders./John Jay, *The Federalist*, Cambridge, Mass., U.S.A., u. a. 2009, S. 52 ff.
- Madison, James*: The Federalist No. 39 [1788], in: Alexander Hamilton/ders./John Jay, *The Federalist*, Cambridge, Mass., U.S.A., u. a. 2009, S. 244 ff.
- Madison, James*: The Federalist Nr. 39 [1788], in: Alexander Hamilton/ders./John Jay, *Die Federalist Papers*, hrsg. v. Barbara Zehnppennig, Darmstadt 1993, S. 244 ff.
- Madison, James*: The Federalist No. 45 [1788], in: Alexander Hamilton/ders./John Jay, *The Federalist*, Cambridge, Mass., U.S.A., u. a. 2009, S. 301 ff.
- Madison, James*: The Federalist No. 46 [1788], in: Alexander Hamilton/ders./John Jay, *The Federalist*, Cambridge, Mass., U.S.A., u. a. 2009, S. 307 ff.

- Madison*, James: The Federalist No. 49 [1788], in: Alexander Hamilton/ders./John Jay, The Federalist, Cambridge, Mass., U.S.A., u. a. 2009, S. 330 ff.
- Madison*, James: The Federalist No. 51 [1788], in: Alexander Hamilton/ders./John Jay, The Federalist, Cambridge, Mass., U.S.A., u. a. 2009, S. 339 ff.
- Madison*, James: The Federalist No. 58 [1788], in: Alexander Hamilton/ders./John Jay, The Federalist, Cambridge, Mass., U.S.A., u. a. 2009, S. 381 ff.
- Madison*, James: The Federalist No. 62 [1788], in: Alexander Hamilton/ders./John Jay, The Federalist, Cambridge, Mass., U.S.A., u. a. 2009, S. 404 ff.
- Madison*, James: The Federalist No. 63 [1788], in: Alexander Hamilton/ders./John Jay, The Federalist, Cambridge, Mass., U.S.A., u. a. 2009, S. 411 ff.
- Madison*, James: To General La Fayette [1830], in: Letters and Other Writings of James Madison, Fourth President of the United States. In Four Volumes. Published by Order of Congress, Bd. IV. 1829–1836, Philadelphia, Pa., U.S.A., 1867, S. 141 f.
- Madison*, James: To N. P. Trist, December [1831], in: The Writings of James Madison. Comprising His Public Papers and His Private Correspondence, Including Numerous Letters and Documents. Now for the First Time Printed, Bd. IX. 1819–1836, hrsg. v. Gaillard Hunt, New York, N.Y., U.S.A., u. a. 1910, S. 471 ff.
- Mähring*, Matthias/*Schulte*, Dirk: Die Erhebungsrechte des Bundesrechnungshofes im Lichte des neuen Art. 114 II GG, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2018, S. 279 ff.
- Maillé*, Chantal: Feminist Interventions in Political Representation in the United States and Canada: Training Programs and Legal Quotas, in: European journal of American studies [Online] 10–1 (2015), 1.2.
- Main*, Jackson Turner: The Anti-Federalists. Critics of the Constitution 1781–1788, New York, N.Y., U.S.A., 1961.
- Man*, Paul de: The Rhetoric of Temporality, in: Charles S. Singleton (Hrsg.), Interpretation. Theory and Practice, Baltimore, Md., U.S.A., 1969, S. 173 ff.
- Man*, Paul de: Proust et l'allegorie de la lecture, in: Mouvements premiers. Etudes critiques offertes à Georges Poulet, Paris, Frankreich, 1972, S. 231 ff.
- Man*, Paul de: Semiology and Rhetoric, in: Diacritics 3. 3 (1973), S. 27 ff.
- Man*, Paul de: Autobiography as De-facement, in: Modern Language Notes 94 (1979), S. 919 ff.
- Man*, Paul de: Introduction, in: Studies in Romanticism 18/4 (1979), The Rhetoric of Romanticism, S. 495 ff.
- Man*, Paul de: Preface, in: Allegories of Reading, New Haven, Conn., U.S.A., u. a. 1979, S. IX ff.
- Man*, Paul de: Semiology and Rhetoric, in: Allegories of Reading, New Haven, Conn., U.S.A., u. a. 1979, S. 3 ff.
- Man*, Paul de: Reading (*Proust*), in: Allegories of Reading, New Haven, Conn., U.S.A., u. a. 1979, S. 57 ff.
- Man*, Paul de: Rhetoric of Tropes (*Nietzsche*), in: Allegories of Reading, New Haven, Conn., U.S.A., u. a. 1979, S. 103 ff.

- Man*, Paul de: Rhetoric of Persuasion (*Nietzsche*), in: *Allegories of Reading*, New Haven, Conn., U.S.A., u. a. 1979, S. 119 ff.
- Man*, Paul de: Promises (Social Contract), in: *Allegories of Reading*, New Haven, Conn., U.S.A., u. a. 1979, S. 246 ff.
- Man*, Paul de: Sign and Symbol in Hegel's *Aesthetics*, in: *Critical Inquiry* 8 (1982), S. 761 ff.
- Man*, Paul de: The Rhetoric of Temporality, in: *Blindness and Insight. Essays in the Rhetoric of Contemporary Criticism*, 2. Aufl., Oxon, U.K., 1983, S. 187 ff.
- Man*, Paul de: Preface, in: *The Rhetoric of Romanticism*, New York, N.Y., U.S.A., 1984, S. VII ff.
- Man*, Paul de: Anthropomorphism and Trope in the Lyric, in: *The Rhetoric of Romanticism*, New York, N.Y., U.S.A. 1984, S. 239 ff.
- Man*, Paul de: Aesthetic Formalization: Kleist's *Über das Marionettentheater*, in: *The Rhetoric of Romanticism*, New York, N.Y., U.S.A. 1984, S. 263 ff.
- Man*, Paul de: Wartime Journalism, 1939–1943, hrsg. v. Werner Hamacher/Neil Hertz/Thomas Keenan, Lincoln, Neb., U.S.A., 1988.
- Man*, Paul de: Lesen (*Proust*), in: *Allegorien des Lesens* [1979], übersetzt v. Peter Krumme, Frankfurt a.M. 1988, S. 91 ff.
- Man*, Paul de: Anthropomorphismus und Trope in der Lyrik [1984], in: *Allegorien des Lesens*, übersetzt v. Werner Hamacher, Frankfurt a.M. 1988, S. 179 ff.
- Man*, Paul de: Die Rhetorik der Zeitlichkeit [1969/1983], in: ders., *Die Ideologie des Ästhetischen*, hrsg. v. Christoph Menke, Frankfurt a.M. 1993, S. 83 ff.
- Man*, Paul de: The Concept of Irony, in: *Aesthetic Ideology*, hrsg. v. Andrzej Warminski, Minneapolis, Minn., U.S.A., 1996, S. 163 ff.
- Man*, Paul de: „Conclusions“ on Walter Benjamin's „The Task of the Translator“. Messenger Lecture, Cornell University, March 4, 1983, in: *Yale French Studies* 97 (2000), 50 Years of Yale French Studies: A Commemorative Anthology, Part 2. 1980–1998, S. 10 ff.
- Man*, Paul de: Hölderlin and the Romantic Tradition [1959], in: *Diacritics* 40. 1 (2012), S. 106 ff.
- Man*, Paul de: The Post-Romantic Predicament, hrsg. v. Martin McQuillan, Edinburgh, U.K., 2012.
- Manin*, Bernard: *The Principles of Representative Government*, Cambridge, U.K., u. a. 1997.
- Mann*, Thomas: *Tonio Kröger*, in: *Tristan. Sechs Novellen*, 7. Aufl., Berlin 1909, S. 165 ff.
- Mannheimer*, Michael J. Zydney: When the Federal Death Penalty is „Cruel and Unusual“, in: *University of Cincinnati Law Review* 74 (2006), S. 819 ff.
- Mannheimer*, Michael J. Zydney: Self-Government, the Federal Death Penalty, and the Unusual Case of Michael Jacques, in: *Vermont Law Review* 36 (2011), S. 131 ff.
- Mannheimer*, Michael J. Zydney: The Coming Federalism Battle in the War over the Death Penalty, in: *Arkansas Law Review* 70 (2017), S. 309 ff.

- Mannheimer*, Michael J. Zydney: Eighth Amendment Federalism, in: Meghan J. Ryan/William W. Berry III (Hrsg.), *The Eighth Amendment and Its Future in a New Age of Punishment*, Cambridge, U.K., 2020, S. 42 ff.
- Manning*, John F.: The Eleventh Amendment and the Reading of Precise Constitutional Texts, in: *Yale Law Journal* 113 (2004), S. 1663 ff.
- Marbury*, William L.: The Limitations upon the Amending Power, in: *Harvard Law Review* 33 (1919), S. 223 ff.
- Mark*, Gregory A.: The Personification of the Business Corporation in American Law, in: *University of Chicago Law Review* 54 (1987), S. 1441 ff.
- Marmor*, Andrei: *Interpretation and Legal Theory*, 2. Aufl., Oxford, U.K., u. a. 2005.
- Marrero-Guillamón*, Isaac: Expert Knowledge and Community Participation in Urban Planning. The Case of Post-Olympic Hackney Wick, in: Phil Cohen/Paul Watt (Hrsg.), *London 2012 and the Post-Olympics City. A Hollow Legacy?*, London, U.K., 2017, S. 205 ff.
- Martin*, Luther: The Genuine Information Delivered to the Legislature of the State of Maryland Relative to the Proceedings of the General Convention Lately Held at Philadelphia [1788], in: Herbert J. Storing (Hrsg.), *The Complete Anti-Federalist*, Bd. 2. *Objections of Non-Signers of the Constitution and Major Series of Essays at the Outset*, Chicago, Ill., U.S.A., 1981, S. 19 ff. (= 2.4).
- Martínez*, Matías: Das lyrische Ich. Verteidigung eines umstrittenen Begriffs, in: Heinrich Detering (Hrsg.), *Autorschaft. Positionen und Revisionen*, Stuttgart u. a. 2002, S. 376 ff.
- Martínez*, Matías/Scheffel, Michael: *Einführung in die Erzähltheorie*, 11. Aufl., München 2019.
- Martyn*, David: Dekonstruktion, in: Helmut Brackert/Jörn Stückrath (Hrsg.), *Literaturwissenschaft. Ein Grundkurs*, Reinbek bei Hamburg 1992, S. 664 ff.
- Martyn*, David: Die Autorität des Unlesbaren. Zum Stellenwert des Kanons in der Philologie Paul de Mans, in: Karl-Heinz Bohrer (Hrsg.), *Ästhetik und Rhetorik. Lektüren zu Paul de Man*, Frankfurt a. M. 1993, S. 13 ff.
- März*, Wolfgang: *Bundesrecht bricht Landesrecht. Eine staatsrechtliche Untersuchung zu Artikel 31 des Grundgesetzes*, Berlin 1989.
- Masing*, Johannes: *Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts. Europäische Impulse für eine Revision der Lehre vom subjektiv-öffentlichen Recht*, Berlin 1997.
- Masing*, Johannes: *Parlamentarische Untersuchungen privater Sachverhalte. Art. 44 GG als staatsgerichtetes Kontrollrecht*, Tübingen 1998.
- Mason*, Ruth: Federalism and the Taxing Power, in: *California Law Review* 99 (2011), S. 975 ff.
- Masur*, Louis P.: *The Sum of Our Dreams. A Concise History of America*, New York, N.Y., U.S.A., 2020.
- Matzner*, Sebastian: *Die Poesie der Metonymie. Theorie, Ästhetik und Übersetzung einer vergessenen Trope*, Heidelberg 2016.
- Maurer*, Hartmut: Der Bereich der Landesgesetzgebung, in: Hans-Wolfgang Arndt/Franz-Ludwig Knemeyer/Dieter Kugelmann/Meng/Michael Schweitzer (Hrsg.), *Völkerrecht und deutsches Recht. Festschrift für Walter Rudolf*, München 2001, S. 337 ff.

- Maurer, Hartmut/Waldhoff, Christian*: Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl., München 2020.
- May, Markus*: Internationalität: Literarisches Übersetzen, in: Evi Zemanek/Alexander Nebrig (Hrsg.), *Komparatistik*, Berlin 2012, S. 115 ff.
- Mayen, Thomas*: Der verordnete Ausnahmezustand. Zur Verfassungsmäßigkeit der Befugnisse des Bundesministeriums für Gesundheit nach § 5 IfSG, in: *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 2020, S. 828 ff.
- Mayer, Franz C.*: Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Armin v. Bogdandy/Jürgen Bast (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2. Aufl., Berlin u. a. 2009, S. 559 ff.
- Mayer, Franz C.*: Landeskompetenz im Mietpreisrecht, in: *Wohnungswirtschaft und Mietrecht* 2021, S. 209 ff.
- Mayer, Franz C./Artz, Markus*: Öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Aspekte eines „Mietendeckels“ für das Land Berlin. Rechtsgutachten für die Fraktion der SPD im Abgeordnetenhaus von Berlin, unveröffentlichtes Gutachten, 2019.
- Mayer, Otto*: *Deutsches Verwaltungsrecht*, Bd. 1, Leipzig 1895.
- Mayer, Otto*: Republikanischer und monarchischer Bundesstaat, in: *Archiv für öffentliches Recht* 18 (1903), S. 337 ff.
- McCormick, Marcia L.*: Solving the Mystery of How Ex Parte Young Escaped the Federalism Revolution. Ex Parte Young Symposium: A Centennial Recognition, in: *University of Toledo Law Review* 40 (2009), S. 909 ff.
- McDonald, Robert M. S.*: The Hamiltonian Invention of Thomas Jefferson, in: Douglas Ambrose/Robert W. T. Martin (Hrsg.), *The Many Faces of Alexander Hamilton. The Life and Legacy of America's Most Elusive Founding Father*, New York, N.Y., U.S.A., 2006, S. 54 ff.
- McQuillan, Martin*: „No Country For Old Men“: Paul de Man and the Post-Romantic Predicament, in: Paul de Man, *The Post-Romantic Predicament*, hrsg. v. Martin McQuillan, Edinburgh, U.K., 2012, S. 1 ff.
- Mehde, Veith*: Art. 28 Abs. 3, in: Günter Dürig/Roman Herzog/Rupert Scholz (Hrsg.), *Grundgesetz*, 76. Ergänzungslieferung, München 2015.
- Mehring, Reinhard*: *Carl Schmitt zur Einführung*, 5. Aufl., Hamburg 2017.
- Mehring, Reinhard*: Der Apologet als Mineur. Carl Schmitts agonale Ideengeschichte, in: Gérard Raulet/Marcus Llanque (Hrsg.), *Geschichte der politischen Ideengeschichte*, Baden-Baden 2018, S. 203 ff.
- Meinel, Florian*: Der Beamtenpolitiker Johannes Popitz, in: *Zeitschrift für Ideengeschichte* 11 (2017), S. 113 ff.
- Melenk, Margot*: Die Baudelaire-Übersetzungen Stefan Georges. „Die Blumen des Bösen“ – Original und Übersetzung in vergleichender Stilanalyse, München 1974.
- Meltzer, Daniel J.*: Member state liability in Europe and the United States, in: *International Journal of Constitutional Law* 4 (2006), S. 39 ff.
- Menke, Christoph*: „Unglückliches Bewusstsein“. Literatur und Kritik bei Paul de Man, in: ders. (Hrsg.), *Paul de Man. Die Ideologie des Ästhetischen*, Frankfurt a. M. 1993, S. 265 ff.
- Menke, Christoph*: *Die Kraft der Kunst*, Berlin 2013.



- Merkel*, Wolfgang: Embedded and Defective Democracies, in: *Democratization* 11, 5 (2004), S. 33 ff.
- Merkel*, Wolfgang/*Puhle*, Hans-Jürgen/*Croissant*, Aurel/*Eicher*, Claudia/*Thiery*, Peter: Defekte Demokratie, Bd. 1. Theorie, Wiesbaden 2003.
- Merritt*, Deborah Jones: The Guarantee Clause and State Autonomy: Federalism for a Third Century, in: *Columbia Law Review* 88 (1988), S. 1 ff.
- Merritt*, Deborah Jones: Three Faces of Federalism: Finding a Formula for the Future, in: *Vanderbilt Law Review* 47 (1994), S. 1563 ff.
- Merten*, Detlef: Das System der Rechtsquellen (1. Teil), in: *Jura. Juristische Ausbildung* 1981, S. 69 ff.
- Merten*, Detlef: Das System der Rechtsquellen (Schluß), in: *Jura. Juristische Ausbildung* 1981, S. 236 ff.
- Merten*, Karlheinz: Missachtung der Polizeihöheit der Länder durch den Bund, in: *Deutsches Verwaltungsblatt* 1987, S. 395 ff.
- Meßerschmidt*, Klaus: Gesetzgebungsermessens, Berlin 2000.
- Metzger*, Gillian E.: Congress, Article IV, and Interstate Relations, in: *Harvard Law Review* 120 (2007), S. 1468 ff.
- Metzger*, Gillian E.: Administrative Law as the New Federalism, in: *Duke Law Journal* 57 (2008), S. 2023 ff.
- Meuthen*, Erich: Tropus<sub>2</sub>, in: Jan-Dirk Müller/Georg Braungart/Harald Fricke/Klaus Grubmüller/Friedrich Vollhardt/Klaus Weimar (Hrsg.), *Reallexikon der deutschen Literaturwissenschaft. Neubearbeitung des Reallexikons der deutschen Literaturgeschichte*, Bd. III. P-Z, 3. Aufl., Berlin u. a. 2003, S. 695 ff.
- Meyer*, Hans: Grundgesetzliche Demokratie und Wahlrecht für ansässige Nichtdeutsche. Oder: Über die Wirkung fixer Ideen in der Verfassungsrechtsprechung, in: *Juristenzeitung* 2016, S. 121 ff.
- Meyler*, Bernadette: Law, Literature, and History: The Love Triangle, in: *U.C. Irvine Law Review* 5 (2015), S. 365 ff.
- Michaels*, Ralf: The Functional Method of Comparative Law, in Mathias Reimann/Reinhard Zimmermann (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, U.K., u. a. 2006, S. 339 ff.
- Michaels*, Ralf: „Law as the Study of Norms“ – Foundational Subjects and Interdisciplinarity in Germany and the United States, in: *Verfassungsblog*, 2014/2/19, DOI: 10.17176/20181005–171827–0.
- Mikos*, Robert A.: The Populist Safeguards of Federalism, in: *Ohio State Law Journal* 68 (2007), S. 1669 ff.
- Mikos*, Robert A.: Preemption Under the Controlled Substances Act, in: *Journal of Health Care Law & Policy* 16 (2013), S. 5 ff.
- Miller*, J. Hillis: *The Ethics of Reading. Kant, de Man, Eliot, Trollope, James, and Benjamin*, New York, N.Y., U.S.A., u. a. 1987.

- Millican*, Edward: One United People. The Federalist Papers and the National Idea, Lexington, Ky., U.S.A., 1990.
- Mirkine-Guetzévitch*, Boris: Les méthodes d'étude du droit constitutionnel comparé, in: *Revue internationale de droit compare* 1 (1949), S. 397 ff.
- Mitchell*, W. J. Thomas: Why Comparisons Are Odious, in: *World Literature Today* 70 (1996), S. 321 ff.
- Mithen*, Steven: The Prehistory of the Mind. A search for the origins of Art, Religion and Science, London, U.K., 1996.
- Mohl*, Robert (v.): Das Bundes-Staatsrecht der Vereinigten Staaten von Nord-Amerika, Stuttgart u. a. 1824.
- Mohl*, Robert (v.): Nordamerikanisches Staatsrecht [Rezension zu: Story, J., Commentaries on the constitution of the United States, with a preliminar review of the constit. history of the Colonies and States, before the adoption of the Constitution], in: *Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes*, Bd. 7, 1835, S. 1 ff.
- Mohl*, Robert (v.): Entwicklung der Demokratie in Nordamerika und in der Schweiz [Rezension zu: de Tocqueville und Cherbuliez], in: *Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes*, Bd. 16, 1844, S. 275 ff.
- Mohl*, Robert (v.): Lebenserinnerungen von Robert von Mohl. 1799—1875, Bd. I, Stuttgart u. a. 1902.
- Molitor*, Abigail B.: Understanding Equal Sovereignty, in: *University of Chicago Law Review* 81 (2014), S. 1839 ff.
- Möllers*, Christoph: Der parlamentarische Bundesstaat – Das vergessene Spannungsverhältnis von Parlament, Demokratie und Bundesstaat, in: Josef Aulehner u. a. (Hrsg.), *Föderalismus – Auflösung oder Zukunft der Staatlichkeit?*, Stuttgart u. a. 1997, S. 81 ff.
- Möllers*, Christoph: Steps to a Tripartite Theory of Multi-level-Government, in: Joseph H. H. Weiler (Hrsg.), *Jean Monnet Working Paper 5/03*, New York, N.Y., U.S.A., 2003.
- Möllers*, Christoph: Gewaltengliederung. Legitimation und Dogmatik im nationalen und internationalen Rechtsvergleich, Tübingen 2005.
- Möllers*, Christoph: Demokratie – Zumutungen und Versprechen, Berlin 2008.
- Möllers*, Christoph: Die drei Gewalten. Legitimation der Gewaltengliederung in Verfassungsstaat, Europäischer Integration und Internationalisierung, Weilerswist 2008.
- Möllers*, Christoph: Der vermisste Leviathan, Staatstheorie in der Bundesrepublik, Frankfurt a. M. 2008.
- Möllers*, Christoph: Verfassungsgebende Gewalt – Verfassung – Konstitutionalisierung, in: Armin v. Bogdandy/Jürgen Bast (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge*, 2. Aufl., Berlin u. a. 2009, S. 227 ff.
- Möllers*, Christoph: Staat als Argument, 2. Aufl., Tübingen 2011.
- Möllers*, Christoph: Individuelle Legitimation: Wie rechtfertigen sich Gerichte?, in: Anna Geis/Frank Nullmeier/Christopher Daase (Hrsg.), *Der Aufstieg der Legitimitätspolitik. Leviathan Sonderband 27*, Baden-Baden 2012, S. 398 ff.

- Möllers, Christoph*: Forms of the Possible – on Law and Literature, in: *This Century's Review* 3 (2014), S. 42 ff.
- Möllers, Christoph*: Die Möglichkeit der Normen. Über eine Praxis jenseits von Moralität und Kausalität, Berlin 2015.
- Möllers, Christoph*: Anmerkung (zu BVerfG, 30.6.2015 – 2 BvR 1282/11. Verleihung des Körperschaftsstatus an Religionsgesellschaften), in: *Juristenzeitung* 2015, S. 1103 ff.
- Möllers, Christoph*: Freiheitsgrade. Elemente einer liberalen politischen Mechanik, Berlin 2020.
- Möllers, Christoph*: Demokratie, in: Matthias Herdegen/Johannes Masing/Ralf Poscher/Klaus Gärditz (Hrsg.), *Handbuch des Verfassungsrechts*, München 2021, § 5.
- Möllers, Christoph*: Krise der demokratischen Repräsentation vor Gericht: zu den Parité-Urteilen der Landesverfassungsgerichte in Thüringen und Brandenburg, in: *Juristenzeitung* 2021, S. 338 ff.
- Möllers, Christoph/Birkenkötter, Hannah*: Towards a new conceptualism in comparative constitutional law, or reviving the German tradition of the Lehrbuch, in: *International Journal of Constitutional Law* 12 (2014), S. 603 ff.
- Monaghan, Henry P.*: We the People[s], Original Understanding, and Constitutional Amendment, in: *Columbia Law Review* 96 (1996), S. 121 ff.
- Montesquieu, Charles de*: Vom Geist der Gesetze, Bd. I, Altenburg 1782 [1748].
- Mooney, Christopher Z.*: The Decline of Federalism and the Rise of Morality-Policy Conflict in the United States, in: *Publius. The Journal of Federalism* 30 (2000), S. 171 ff.
- Moreno, Luis/McEwen, Nicola*: Exploring the Territorial Politics of Welfare, in: Nicola McEwen/Luis Moreno (Hrsg.), *The territorial politics of welfare*, London, U.K., 2005, S. 1 ff.
- Morlok, Martin/Hobusch, Alexander*: Kompromisse unerwünscht – zur Einführung eines Paritätsgesetzes in Thüringen, in: *Thüringer Verwaltungsblätter. Zeitschrift für öffentliches Recht und öffentliche Verwaltung* 2019, S. 282 ff.
- Morton, Timothy*: Hyperobjects. Philosophy and Ecology after the End of the World, Minneapolis, Minn., U.S.A., u. a. 2013.
- Morton, Timothy*: Dark Ecology. For a Logic of Future Coexistence, New York, N.Y., U.S.A., 2016.
- Möstl, Markus*: Verfassungsfragen der Flüchtlingskrise 2015/16, in: *Archiv des öffentlichen Rechts* 142 (2017), S. 175 ff.
- Möstl, Markus*: Die Beschlüsse des BVerfG zu Kfz-Kennzeichenkontrollen, in: *Zeitschrift für das gesamte Sicherheitsrecht* 2019, S. 101 ff.
- Möstl, Markus*: Systematische und begriffliche Vorbemerkungen zum Polizeirecht in Deutschland, in: ders./Thomas Schwabenbauer (Hrsg.), *Beck'scher Online-Kommentar Polizei- und Sicherheitsrecht Bayern*, 16. Ed., München 2021.
- Mouffe, Chantal*: Das demokratische Paradox, Wien, Österreich, 2008.
- Mouffe, Chantal*: Agonistics. Thinking the World Politically, London, U.K., u. a. 2013.

- Müller, Harro: Kleist, Paul de Man und Deconstruction, in: Merkur. Deutsche Zeitschrift für europäisches Denken 40 (1986), S. 108 ff.
- Müller, Harro: Hermeneutik oder Dekonstruktion? Zum Widerstreit zweier Interpretationsweisen, in: Karl-Heinz Bohrer (Hrsg.), Ästhetik und Rhetorik. Lektüren zu Paul de Man, Frankfurt a.M. 1993, S. 98 ff.
- Müller, Jan Klaas/v. Lowtzow, Dirk/Zank, Arne [Tocotronic], Schatten werfen keine Schatten, auf: Tocotronic [Compact Disc], Hamburg 2002.
- Müller, Jürgen: Deutscher Bund und deutsche Nation. 1848–1866, Göttingen 2005.
- Müller, Marika: Die Ironie. Kulturgeschichte und Textgestalt, Würzburg 1995.
- Müller-Dyes, Klaus: Gattungsfragen, in: Heinz Ludwig Arnold/Heinrich Detering (Hrsg.), Grundzüge der Literaturwissenschaft, München 1996, S. 323 ff.
- Müller-Mall, Sabine: Legal Spaces. Towards a Topological Thinking of Law, Berlin u. a. 2013.
- Müller-Zettelmann, Eva: Lyrik und Metalyrik. Theorie einer Gattung und ihrer Selbstbespiegelung anhand von Beispielen aus der englisch- und deutschsprachigen Dichtkunst, Heidelberg 2000.
- Münch, Ingo v.: Das Festschriftwesen und -unwesen, in: Neue Juristische Wochenschrift 2000, S. 3253 ff.
- Münch, Ursula: Sozialpolitik und Föderalismus. Zur Dynamik der Aufgabenverteilung im sozialen Bundesstaat, Opladen 1997.
- Münch, Ursula: Der Bundesrat im Kontext neuer Regierungsprogramme, in: Hans-Ulrich Derlien/Axel Murswiek (Hrsg.), Regieren nach Wahlen, Wiesbaden 2001, S. 133 ff.
- Münkler, Herfried: Politische Ideengeschichte, in: ders. (Hrsg.), Politikwissenschaft. Ein Grundkurs, Reinbek 2003, S. 103 ff.
- Münkler, Herfried/Straßenberger, Grit: Politische Theorie und Ideengeschichte. Eine Einführung, München 2016.
- Mustokoff, Matthew: Sovereign Immunity and the Crisis of Constitutional Absolutism: Interpreting the Eleventh Amendment After Alden v. Maine, in: Maine Law Review 53 (2001), S. 81 ff.
- Nagel, Robert F.: The Implosion of American Federalism, New York, N.Y., U.S.A., 2001.
- Nagel, Robert F.: On the Decline of Federalism, in: Daedalus 135 (2006), S. 127 ff.
- Nagel, Robert F.: William Rehnquist and the American Concept of Sovereignty, in: Bradford P. Wilson (Hrsg.), The constitutional legacy of William H. Rehnquist, St. Paul, Minn., U.S.A., 2015, S. 79 ff.
- Nash, Jonathan R.: Null Preemption, in: Notre Dame Law Review 85 (2010), S. 1015 ff.
- Nawiasky, Hans: Der Bundesstaat als Rechtsbegriff, Tübingen 1920.
- Nebbrig, Alexander: Disziplinäre Dichtung. Philologische Bildung und deutsche Literatur in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts, Berlin u. a. 2013.
- Neidhart, Leonhard: Elementare Bedingungen der Entwicklung des schweizerischen Föderalismus, in: Arthur Benz/Gerhard Lehmann (Hrsg.), Föderalismus. Analysen in entwicklungsgeschichtlicher und vergleichender Perspektive, Wiesbaden 2002, S. 111 ff.

- Neugärtner*, Rico David: „New Directions in Law and Literature“- transatlantische Betrachtungen, in: Rechtswissenschaft. Zeitschrift für rechtswissenschaftliche Forschung 2017, S. 461 ff.
- Neugärtner*, Rico David: Untern Fliesen liegt der Strand. Plastikmüllrichtlinienentwurf (Triptychon), in: myops. Berichte aus der Welt des Rechts 34 (2018), S. 4 ff.
- Neuman*, Gerald L.: Territorial Discrimination, Equal Protection, and Self-Determination, in: University of Pennsylvania Law Review 135 (1987), S. 261 ff.
- Neuman*, Gerald L.: „We are the People“: Alien Suffrage in German and American Perspective, in: Michigan Journal of International Law 13 (1992), S. 259 ff.
- Neuman*, Gerald L.: Casey in the Mirror: Abortion, Abuse and the Right to Protection in the United States and Germany, in: The American Journal of Comparative Law 43 (1995), S. 273 ff.
- Neumann*, Almut: Preußen zwischen Hegemonie und „Preußenschlag“. Hugo Preuß in der staatsrechtlichen Föderalismusdebatte, Tübingen 2019.
- Neumann*, Franz L.: Die Wissenschaft der Politik in der Demokratie [1950], in: Wirtschaft, Staat, Demokratie, Frankfurt a.M. 1978, S. 373 ff.
- Neumann*, Volker: Volkswille. Das demokratische Prinzip in der Staatsrechtslehre vom Vormärz bis heute, Tübingen 2020.
- Nicholson-Crotty*, Sean: State Merit Amicus Participation and Federalism Outcomes in the U.S. Supreme Court, in: Publius. The Journal of Federalism 37 (2007), S. 599 ff.
- Niclaß*, Karlheinz: Der Weg zum Grundgesetz. Demokratiegründung in Westdeutschland 1945–1949, Paderborn u. a. 1998.
- Nicolaïdis*, Kalypso: The New Constitution as European ‚Demoi-crazy‘?, in: Critical Review of International Social and Political Philosophy 7 (2004), S. 76 ff.
- Nida-Rümelin*, Julian: Zur Legitimität von Staatlichkeit: Eine kosmopolitische Kritik offener Grenzen, in: Deutsche Zeitschrift für Philosophie 2017, S. 709 ff.
- Niess*, Frank: Das „F-Wort“. Europäische Begriffsverwirrungen, in: Blätter für deutsche und internationale Politik 45 (2000), S. 1105 ff.
- Nietzsche*, Friedrich: Ueber Wahrheit und Lüge im aussermoralischen Sinne, in: ders., Werke. Kritische Gesamtausgabe, hrsg. v. Girorgi Colli/Mazzino Montinari, III. Abt., Bd. 2, Nachgelassene Schriften 1870–1873, Berlin 1995, S. 367 ff.
- Nietzsche*, Friedrich: <Darstellung der antiken Rhetorik [SS 1874]>, in: ders., Werke. Kritische Gesamtausgabe, hrsg. v. Girorgi Colli/Mazzino Montinari, II. Abt., Bd. 4, Vorlesungsaufzeichnungen (WS 1871/72–WS1874/75), Berlin 1995, S. 413 ff.
- Nipperdey*, Thomas: Deutsche Geschichte, 1866–1918, Bd. II. Machtstaat vor Demokratie, München 1992.
- Nolte*, Paul: Was ist Demokratie? Geschichte und Gegenwart, München 2012.
- Norman*, Donald A.: The Psychology of Everyday Things, New York, N.Y., U.S.A., 1988.
- Norman*, Donald A.: Design of Everyday Things. Psychologie und Design der alltäglichen Dinge, München 2016.

- Nour Skell*, Soraya: Bourdieus juridisches Feld: Die juridische Dimension der sozialen Emanzipation, in: Sonja Buckel/Ralph Christensen/Andreas Fischer-Lescano (Hrsg.), *Neue Theorien des Rechts*, 3. Aufl., Tübingen 2020, S. 243 ff.
- Nünning*, Ansgar: Art. Close reading, in: ders. (Hrsg.), *Metzler Lexikon Literatur- und Kulturtheorie. Ansätze – Personen – Grundbegriffe*, 5. Aufl., Stuttgart u. a. 2013, S. 105.
- Oberreuter*, Heinrich: *Republikanische Demokratie. Der Verfassungsstaat im Wandel*, Baden-Baden 2012.
- O'Donell*, Guillermo A.: Delegative Democracy, in: *Journal of Democracy* 5 (1994), S. 55 ff.
- Odzuck*, Eva: Narration und Argument in der Politik. Die erzähltheoretische Kategorie der Fiktionalität in der Autorisierungstheorie von Hobbes' *Leviathan*, in: Wilhelm Hofmann/Judith Renner/Katja Teich (Hrsg.), *Narrative Formen der Politik*, Wiesbaden 2014, S. 105 ff.
- Oebbecke*, Janbernd: Verwaltungszuständigkeit, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. VI: Bundesstaat, 3. Aufl., Heidelberg 2008, § 136.
- Oehmer*, Franziska: Intermediäre Akteure und Medien. Eine Einleitung in Begriffe, Konzepte und die Systematik des Sammelbandes, in: dies. (Hrsg.), *Politische Interessenvermittlung und Medien. Funktionen, Formen und Folgen medialer Kommunikation von Parteien, Verbänden und sozialen Bewegungen*, Baden-Baden 2014, S. 14 ff.
- Oeter*, Stefan: *Integration und Subsidiarität im deutschen Bundesstaatsrecht. Untersuchungen zu [sic.] Bundesstaatstheorie unter dem Grundgesetz*, Tübingen 1998.
- Offe*, Claus: Micro-aspects of democratic theory: what makes for the deliberative competence of citizens, in: Axel Hadenius (Hrsg.), *Democracy's victory and crisis. Nobel Symposium No. 93*, Cambridge, U.K., 1997, S. 81 ff.
- Ogorek*, Regina: Rechtsgeschichte in der Bundesrepublik (1945–1990), in: Dieter Simon (Hrsg.), *Rechtswissenschaft in der Bonner Republik*, Frankfurt a. M. 1994, S. 12 ff.
- Oldiges*, Martin: Verbandskompetenz, in: *Die öffentliche Verwaltung. Zeitschrift für öffentliches Recht und Verwaltungswissenschaft* 1989, S. 873 ff.
- Oppert*, Kurt: Das Dinggedicht. Eine Kunstform bei Mörike, Meyer und Rilke, in: *Deutsche Vierteljahrsschrift für Literaturwissenschaft und Geistesgeschichte* 4 (1926), S. 747 ff.
- Orr*, David: *The Road Not Taken. Finding America in the Poem Everyone Loves and Almost Everyone Gets Wrong*, New York, N.Y., U.S.A., 2015.
- Osaghae*, Eghosa E.: Nigeria: Struggling to Formalize and Decentralize Intergovernmental Relations, in: Johanne Poirier/Cheryl Saunders/John Kincaid (Hrsg.), *Intergovernmental Relations in Federal Systems. Comparative Structures and Dynamics*, Don Mills, ON, Kanada, 2015, S. 272 ff.
- Ossenbühl*, Fritz: *Föderalismus und Regionalismus in Europa*, in: ders. (Hrsg.), *Föderalismus und Regionalismus in Europa*, Baden-Baden 1989, S. 117 ff.
- Ossenbühl*, Fritz: Verfassungsrechtliche Aspekte des atomrechtlichen Planfeststellungsverfahrens, in: Everhardt Franßen (Hrsg.), *Bürger – Richter – Staat. Festschrift für Horst Sandler zum Abschied aus seinem Amt*, München 1991, S. 107 ff.
- Osterhammel*, Jürgen: *Die Verwandlung der Welt. Eine Geschichte der 19. Jahrhunderts*, 6. Aufl., München 2020.

- Ostrom*, Vincent P.: The Political Theory of a Compound Republic. Designing the American Experiment, 3. Aufl., Lanham, Md., U.S.A., 2008.
- Otto*, Lars S.: Klausuren aus dem Staatsorganisationsrecht. Mit Grundlagen des Verfassungsprozessrechts und der Methodenlehre, Berlin u. a. 2012.
- Otto*, Walter: Die Paradoxie einer Fachsprache, in: Ingulf Radtke (Hrsg.), Die Sprache des Rechts und der Verwaltung, Stuttgart 1981, S. 44 ff.
- Overby*, A. Brooke: Our New Commercial Law Federalism, in: Temple Law Review 76 (2003), S. 297 ff.
- Pabel*, Katharina: Grundfragen der Kompetenzordnung im Bereich der Kunst, Berlin 2003.
- Palermo*, Francesco/Kössler, Karl: Comparative Federalism. Constitutional Arrangements and Case Law, Portland, Ore., U.S.A., 2017.
- Pandey*, Sanjay K.: Assessing State Efforts to Meet Baby Boomers' Long-Term Care Needs: A Case Study in Compensatory Federalism, in: Journal of Aging & Social Policy 14 (2002), S. 161 ff.
- Papier*, Hans-Jürgen: Landeskompentenz zur Einführung eines sogenannten Mietendeckels? Rechtsgutachtliche Stellungnahme im Auftrag des Bundesverbandes deutscher Wohnungs- und Immobilienunternehmen e.V. – GdW, unveröffentlichtes Gutachten, 2019.
- Papier*, Hans-Jürgen/Shirvani, Foroud: § 839, in: Franz Jürgen Säcker/Roland Rixecker/Hartmut Oetker/Bettina Limperg (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 6. Schuldrecht – Besonderer Teil IV, 7. Auflage, München 2017 [Altaufgabe].
- Papier*, Hans-Jürgen/Shirvani, Foroud: § 839, in: Franz Jürgen Säcker/Roland Rixecker/Hartmut Oetker/Bettina Limperg (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 7. Schuldrecht – Besonderer Teil IV, 8. Auflage, München 2020.
- Paulsen*, Michael Stokes: The Most Dangerous Branch: Executive Power to Say What the Law Is, in: Georgetown Law Journal 83 (1994), S. 217 ff.
- Paulsen*, Michael Stokes: The Constitution of Necessity, in: Notre Dame Law Review 79 (2004), S. 1257 ff.
- Pera*, Lars-Uwe: Bundesweisung bei der Bundesauftragsverwaltung am Beispiel der Atomverwaltung, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 1989, S. 1120 ff.
- Perloff*, Marjorie: Theorizing the Lyric (*Jonathan Culler*), in: David Jonathan Bayot (Hrsg.), Circling the Canon. The Selected Book Reviews of Marjorie Perloff, 1995–2017, Bd. II, Albuquerque, N.M., U.S.A., S. 279 ff.
- Pernice*, Ingolf: Europäisches und nationales Verfassungsrecht, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 60 (2001), S. 148 ff.
- Persily*, Nathaniel: The Promise and Pitfalls of the New Voting Rights Act, in: Yale Law Journal 117 (2007), S. 174 ff.
- Pestalozza*, Christian Graf v.: Kritische Bemerkungen zu Methoden und Prinzipien der Grundrechtsauslegung in der Bundesrepublik Deutschland, in: Der Staat. Zeitschrift für Staatslehre und Verfassungsgeschichte, deutsches und europäisches öffentliches Recht 2 (1963), S. 425 ff.



- Pestalozza*, Christian Graf v.: Kritische Bemerkungen zu Methoden und Prinzipien der Grundrechtsauslegung in der Bundesrepublik Deutschland, in: Ralf Dreier/Friedrich Schwegmann (Hrsg.), Probleme der Verfassungsinterpretation. Dokumentation einer Kontroverse, Baden-Baden 1976, S. 211 ff.
- Pettys*, Todd E.: Competing for the People's Affection, *Vanderbilt Law Review* 56 (2003), S. 329 ff.
- Pfander*, James E.: Member State Liability and Constitutional Change in the United States and Europe, in: *American Journal of Comparative Law* 51 (2003), S. 237 ff.
- Pfeifer*, Wolfgang, *et al.*: Etymologisches Wörterbuch des Deutschen, 2. Aufl., Berlin 1993.
- Pieroth*, Bodo: Materiale Rechtsfolgen grundgesetzlicher Kompetenz- und Organisationsnormen, in: *Archiv des öffentlichen Rechts* 114 (1989), S. 422 ff.
- Pieroth*, Bodo: Recht und Literatur. Von Friedrich Schiller bis Martin Walser, München 2015.
- Pietzcker*, Jost: Zuständigkeitsordnung und Kollisionsrecht im Bundesstaat, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. VI. Bundesstaat, 3. Aufl., Heidelberg 2008, § 134.
- Pines*, Sarah: Pariser Schnappschüsse. Sehen und Blindheit bei Baudelaire, München 2014.
- Pitkin*, Hanna Fenichel: The Concept of Representation. Berkeley, Ca., U.S.A., u.a. 1967.
- Pleyer*, Marcus C. F.: Föderative Gleichheit, Berlin 2005.
- Popitz*, Johannes: Finanzausgleich, in: Ludwig Elster/Adolf Weber/Friedrich Wieser (Hrsg.), *Handwörterbuch der Staatswissenschaften*, Bd. 3, 4. Aufl., Jena 1926, S. 1016 ff.
- Popitz*, Johannes: Der Finanzausgleich, in: Wilhelm Gerloff/Franz Meisel (Hrsg.), *Handbuch der Finanzwissenschaft*, Bd. 2, Tübingen 1927, S. 338 ff.
- Pornschlegel*, Clemens: Deutung als dogmatische Funktion. Überlegungen zur institutionellen Struktur exegetischer Rede, in: Susanne Lüdemann/Thomas Vesting (Hrsg.), Was heißt Deutung? Verhandlungen zwischen Recht, Philologie und Psychoanalyse, Paderborn 2017, S. 39 ff.
- Porzucek*, Jens: Die Kontrolle der Finanzhilfen des Bundes. Zur Verfassungsmäßigkeit der Prüfungsrechte des Bundes bei Ländern und Kommunen bei Finanzhilfen aus dem Konjunkturpaket II, in: *Die öffentliche Verwaltung. Zeitschrift für öffentliches Recht und Verwaltungswissenschaft* 2010, S. 838 ff.
- Posner*, Richard A.: The Present Situation in Legal Scholarship, in: *Yale Law Journal* 90 (1980), S. 1113 ff.
- Posner*, Richard A.: Legal Reasoning From the Top Down and From the Bottom Up: The Question of Unenumerated Constitutional Rights, in: *University of Chicago Law Review* 59 (1992), S. 433 ff.
- Posner*, Richard A.: How Judges Think, Cambridge, Mass., U.S.A., u.a. 2008.
- Posner*, Richard A.: Law and Literature, 3. Aufl., Cambridge, Mass., U.S.A., 2009.
- Posselt*, Gerald/Flatscher, Matthias: Sprachphilosophie. Eine Einführung, Wien, Österreich, 2016.

- Post*, Robert C.: Constitutional Scholarship in the United States, in: *International Journal of Constitutional Law* 7 (2009), S. 416 ff.
- Post*, Robert C./*Siegel*, Reva B.: Popular Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy, in: *California Law Review* 92 (2004), S. 1027 ff.
- Pound*, Roscoe: Law in Books and Law in Action, in: *American Law Review* 44 (1910), S. 12 ff.
- Pound*, Roscoe: The Lawyer as a Social Engineer, in: [Emory University] *Journal of Public Law* 3 (1954), S. 292 ff.
- Prakash*, Saikrishna: The Constitution as Suicide Pact, in: *Notre Dame Law Review* 79 (2004) S. 1299 ff.
- Preuß*, Hugo: Franz Lieber, ein Bürger zweier Welten, Berlin 1886.
- Preuß*, Hugo: Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften. Versuch einer deutschen Staatskonstruktion auf Grundlage der Genossenschaftstheorie, Berlin 1889.
- Preuß*, Hugo: Rezension zu Krabbe, Die Lehre der Rechtssouveränität, in: *Archiv für öffentliches Recht* 23 (1908), S. 307 ff.
- Preuß*, Hugo: Dezentralisation und Zentralisation [1918], in: *Gesammelte Schriften*, hrsg. v. Detlef Lehnert/Christoph Müller, Bd. 5, Tübingen 2012, S. 658 ff.
- Price*, David W.: Vico and Nietzsche: On Metaphor, History, and Literature, in: *The Personalist Forum* 10 (1994), S. 119 ff.
- Primus*, Richard: Canon, AntiCanon, and Judicial Dissent, in: *Duke Law Journal* 48 (1998), S. 243 ff.
- Pross*, Caroline/*Wildgruber*, Gerald: Dekonstruktion, in: Heinz Ludwig Arnold/Heinrich Detering (Hrsg.), *Grundzüge der Literaturwissenschaft*, München 1996, S. 409 ff.
- Proust*, Marcel: Auf der Suche nach der verlorenen Zeit, 1. Unterwegs zu Swann, in: Marcel Proust, *Werke*, Bd. II/1, hrsg. v. Luzius Keller u. übers. v. Eva Rechel-Mertens, Frankfurt a. M. 1994.
- Pryor*, Sean: Jonathan Culler, *Theory of the Lyric* [Rezension], in: *Affirmations: of the modern* 3 (2015), S. 143 ff.
- Pseudo-Longinos*: Longinus On the Sublime, übers. und hrsg. v. W. Rhys Roberts, 2. Aufl., Cambridge, U.K., 1907.
- Putzer*, Max: Ein Mietendeckel für Berlin, in: *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 2019, S. 283 ff.
- Quélenec*, Bruno: Interpretationskämpfe im US-amerikanischen Konstitutionalismus, in: Gérard Raulet/Marcus Llanque (Hrsg.), *Geschichte der politischen Ideengeschichte*, Baden-Baden 2018, S. 461 ff.
- Raiser*, Thomas: *Grundlagen der Rechtssoziologie*, 6. Aufl., Tübingen 2013.
- Ramus*, Petrus [*de La Ramée*, Pierre]: *Scholae in liberales artes*, Reprograf. Nachdr. d. Ausg. Basel 1569, Hildesheim u. a. 1970 [1569].
- Rancière*, Jacques: Gibt es eine politische Philosophie?, in: Alain Badiou/ders. (Hrsg.), *Politik der Wahrheit*, 3. Aufl., Wien, Österreich, u. a. 2014, S. 79 ff.

- Rappaport*, Michael B.: Reforming Article V. The Problems Created by the National Convention Amendment Method and How to Fix Them, in: *Virginia Law Review* 96 (2010), S. 1509 ff.
- Raskin*, Jamin B.: Legal Aliens, Local Citizens: The Historical, Constitutional and Theoretical Meanings of Alien Suffrage, in: *University of Pennsylvania Law Review* 141 (1993), S. 1391 ff.
- Ratković*, Radoslav: Die ideologischen Grundlagen des jugoslawischen Föderalismus, in: Ernst Benda (Mitverf.), *Probleme des Föderalismus*, Tübingen 1985, S. 17 ff.
- Raulet*, Gérard/Llanque, Marcus: Einleitung, in: ders./ders. (Hrsg.), *Geschichte der politischen Ideengeschichte*, Baden-Baden 2018, S. 9 ff.
- Read*, James H.: Alexander Hamilton's View of Thomas Jefferson's Ideology and Character, in: Douglas Ambrose/Robert W. T. Martin (Hrsg.), *The Many Faces of Alexander Hamilton. The Life and Legacy of America's Most Elusive Founding Father*, New York, N.Y., U.S.A., 2006, S. 77 ff.
- Redfield*, Marc: *Theory at Yale. The Strange Case of Deconstruction in America*, New York, N.Y., U.S.A., 2016.
- Rehbinder*, Eckard: Ziele, Grundsätze, Strategien und Instrumente des Umweltschutzes, in: Klaus Hansmann/Dieter Sellner (Hrsg.), *Grundzüge des Umweltrechts*, 4. Aufl., Berlin 2012, Kap. 3.
- Rehbinder*, Manfred: *Rechtssoziologie*, 8. Aufl., München 2014.
- Reichardt*, Wolfgang: Föderalismus, in: Dieter Nohlen/Rainer-Olaf Schultze (Hrsg.), *Lexikon der Politik*, Bd. I, Politische Theorien, München 1995, S. 102 ff.
- Reid*, John P.: Law and History, in: *Loyola of Los Angeles Law Review* 27 (1993), S. 193 ff.
- Reimann*, Mathias: Die Fremdheit des amerikanischen Rechts – Versuch einer historischen Erklärung, in: Knud Krakau/Franz Streng (Hrsg.), *Konflikt der Rechtskulturen? Die USA und Deutschland im Vergleich. American and German Legal Cultures. Contrast, Conflict, Convergence?*, Heidelberg 2003, S. 23 ff.
- Reimer*, Ekkehart: Art. 143d, in: Volker Epping/Christian Hillgruber (Hrsg.), *Beck'scher Online-Kommentar Grundgesetz*, 48. Ed., München 2021.
- Reitz*, John C.: How to Do Comparative Law, in: *American Journal of Comparative Law* 46 (1998), S. 617 ff.
- Reitze*, Arnold W., Jr.: Federalism and the Inspection and Maintenance Program under the Clean Air Act, in: *Pacific Law Journal* 27 (1996), S. 1461 ff.
- Reitze*, Arnold W., Jr.: The CAA Motor Vehicle Inspection and Maintenance Program: Is it Cost Effective?, in: *Environmental Law Reporter* 47 (2017), S. 10877 ff.
- Remmert*, Barbara: Art. 80, in: Günter Dürig/Roman Herzog/Rupert Scholz (Hrsg.), *Grundgesetz*, 70. Ergänzungslieferung, München 2013.
- Rengeling*, Hans-Werner: Gesetzgebungszuständigkeit, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. VI. Bundesstaat, 3. Aufl., Heidelberg 2008, § 135.
- Resnik*, Judith/Suk, Julie Chi-hye: Adding Insult to Injury: Questioning the Role of Dignity in Conceptions of Sovereignty, in: *Stanford Law Review* 55 (2003), S. 1921 ff.

- Reutter*, Werner: Regieren nach der Föderalismusreform, in: *Aus Politik und Zeitgeschichte* 50 (2006), S. 12 ff.
- Reutter*, Werner: The Transfer of Power Hypothesis and the German Länder: In Need of Modification, in: *Publius. The Journal of Federalism* 36 (2006), S. 277 ff.
- Reutter*, Werner: Demokratie im Bundesstaat. Zum Verhältnis zweier verfassungsrechtlicher Strukturprinzipien, in: *Zeitschrift für Politikwissenschaft* 20 (2010), S. 123 ff.
- Richter*, Hedwig: *Demokratie. Eine deutsche Affäre. Vom 18. Jahrhundert bis zur Gegenwart*, München 2020.
- Ridder*, Philip: *Ebenenübergreifende Treuepflichten in der Kapitalgesellschaft & Co. KG. Eine Untersuchung autonomer und konzernierter Gestaltungen*, Tübingen 2018.
- Riker*, William: Federalism, in: Fred I. Greenstein/Nelson W. Polsby (Hrsg.), *Handbook of Political Science. Governmental Institutions and Processes*, Reading, Mass., U.S.A., 1975, S. 93 ff.
- Riklin*, Alois: Verkannte politische Erfinder, in: Harald Bluhm/Karsten Fischer/Marcus Llanque (Hrsg.), *Ideenpolitik. Geschichtliche Konstellationen und gegenwärtige Konflikte*, Berlin 2011, S. 353 ff.
- Rilke*, Rainer Maria: *Briefe, Bd. 1: 1897 bis 1914*, hrsg. v. Rilke-Archiv in Weimar durch Karl Althelm, Wiesbaden 1950.
- Rilke*, Rainer Maria: Aus dem Nachlass des Grafen C. W. [1921/1922], in: *Die Gedichte*, Frankfurt a. M. u. a. 2006, S. 662 ff.
- Ring*, Max: Leben und Sterben eines deutschen Dichters [Anfang], in: *Die Gartenlaube* 1858, S. 220 ff.
- Rinken*, Alfred: *Das Öffentliche als verfassungstheoretisches Problem. Dargestellt am Rechtsstatus der Wohlfahrtsverbände*, Berlin 1971.
- Rixen*, Stephan: Ist das Gute-Kita-Gesetz verfassungswidrig? Die finanzielle Förderung der Kindertagesbetreuung durch den Bund als Verfassungsproblem, in: *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 2019, S. 432 ff.
- Roberts*, Alasdair: *America's first Great Depression. Economic Crisis and Political Disorder After the Panic of 1837*, Ithaca, N.Y., U.S.A., u. a. 2012.
- Roberts*, Jennifer Tolbert: *Athens on Trial. The Antidemocratic Tradition in Western Thought*, Princeton, N.J., U.S.A., 1994.
- Robra*, Rainer: Zweierlei Recht – Partikularrecht des Bundes als Mittel zur Steuerung komplexer Prozesse am Beispiel der Wiedervereinigung Deutschlands, in: *Neue Juristische Wochenschrift* 2001, S. 633 ff.
- Rödl*, Florian: *Gerechtigkeit unter freien Gleichen. Eine normative Rekonstruktion von Delikt, Eigentum und Vertrag*, Baden-Baden 2015.
- Roesler*, Shannon M.: State Standing to Challenge Federal Authority in the Modern Administrative State, in: *Washington Law Review* 91 (2016), S. 637 ff.
- Röhl*, Hans Christian: Öffnung der öffentlich-rechtlichen Methode durch Internationalität und Interdisziplinarität: Erscheinungsformen, Chancen, Grenzen, in: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 74 (2015), S. 7 ff.

- Röhl*, Klaus F.: Der konflikttheoretische Ansatz in der Rechtssoziologie, in: *Rechtstheorie. Zeitschrift für Logik und Juristische Methodenlehre, Allgemeine Rechts- und Staatslehre, Kommunikations-, Normen- und Handlungstheorie, Soziologie und Philosophie des Rechts* 8 (1977), S. 93 ff.
- Röhl*, Klaus F./*Röhl*, Hans Christian: *Allgemeine Rechtslehre*, 3. Aufl., München 2008.
- Rosberg*, Gerald M.: Aliens and Equal Protection: Why Not the Right To Vote?, in: *Michigan Law Review* 75 (1977), S. 1092 ff.
- Rose*, Matthias: Die Altlastenfreistellungsklauseln im Recht der neuen Bundesländer, in: *Betriebs-Berater* 1991, S. 2100 ff.
- Rose-Ackerman*, Susan: Cooperative Federalism and Co-optation, in: *Yale Law Journal* 92 (1983), S. 1344 ff.
- Rosenberg*, Michael: Cheating at Musical Chairs. Territoriality and Sedentism in an Evolutionary Context, in: *Current Anthropology* 39 (1998), S. 653 ff.
- Ross*, Alf: *Theorie der Rechtsquellen. Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlage dogmenhistorischer Untersuchungen*, Leipzig u. a. 1929.
- Rossum*, Ralph A.: The Irony of Constitutional Democracy: Federalism, the Supreme Court, and the Seventeenth Amendment, in: *San Diego Law Review* 36 (1999), S. 671 ff.
- Rossum*, Ralph A.: *Federalism, the Supreme Court, and the Seventeenth Amendment. The Irony of Constitutional Democracy*, Lanham, Md., U.S.A., 2001.
- Rousseau*, Jean-Jacques: *Du contrat social. Ou Principes du droit politique*, Amsterdam, Niederlande, 1762.
- Rovere*, Richard H.: Letter from Chicago, in: *The New Yorker* 28 (1952), Ausgabe v. 2. August 1952, S. 58 f.
- Roy*, Ayon: Hegel contra Schlegel; Kierkegaard contra de Man, in: *Publications of the Modern Language Association of America* 124 (2009), S. 107 ff.
- Roznai*, Yaniv: *Unconstitutional Constitutional Amendments. The Limits of Amendment Powers*, New York, N.Y., U.S.A., u. a. 2017.
- Rubenfeld*, Jed: Rights of Passage. Majority Rule in Congress, in: *Duke Law Journal* 46 (1996), S. 73 ff.
- Rucht*, Dieter: Das intermediäre System politischer Interessenvermittlung, in: *Otfried Jarren/Dominik Lachenmeier/Adrian Steiner (Hrsg.), Entgrenzte Demokratie? Herausforderungen für die politische Interessenvermittlung*, Baden-Baden 2007, S. 19 ff.
- Rudolf*, Walter: Die Ermächtigung der Länder zur Gesetzgebung im Bereich der ausschließlichen Gesetzgebung des Bundes, in: *Archiv des öffentlichen Rechts* 88 (1963), S. 159 ff.
- Rüthers*, Bernd/*Fischer*, Christian/*Birk*, Axel: *Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre*, 11. Aufl., München 2020.
- Ryan*, Erin: *Federalism and the Tug of War Within*, New York, N.Y., U.S.A., 2011.
- Rybak*, Hubertus/*Hofmann*, Hans: Verteilung der Gesetzgebungsrechte zwischen Bund und Ländern nach der Reform des Grundgesetzes, in: *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 1995, S. 230 ff.

- Sacco, Rodolfo/Rossi, Piercarlo*: Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl., Baden-Baden 2017.
- Sachs, Michael*: Das materielle Landesverfassungsrecht, in: Joachim Burmeister (Hrsg.), Verfassungsstaatlichkeit. Festschrift für Klaus Stern zum 65. Geburtstag, München 1997, S. 475 ff.
- Safranski, Rüdiger*: Goethe. Kunstwerk des Lebens, München 2013.
- Sager, Lawrence Gene*: Fair Measure: The Legal Status of Underenforced Constitutional Norms, in: Harvard Law Review 91 (1978), S. 1212 ff.
- Sahm, Philipp*: Elemente der Dogmatik, Weilerswist 2019.
- Said, Edward W.*: Orientalism, New York, N.Y., U.S.A., 1978.
- Salzman, James/Thompson, Barton H., Jr.*: Environmental Law and Policy, 5. Aufl., St. Paul, Minn., U.S.A., 2019.
- Sangs, André*: Das Dritte Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite und Gesetzgebung während der Pandemie, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2020, S. 1780 ff.
- Šarčević, Edin*: Das Bundesstaatsprinzip. Eine staatsrechtliche Untersuchung zur Dogmatik der Bundesstaatlichkeit des Grundgesetzes, Tübingen 2000.
- Sauer, Heiko*: Grundrechtskollisionsrecht für das europäische Mehrebenensystem. Konkurrenzbestimmung – Kollisionsvermeidung – Kohärenzsicherung, in: Nele Matz-Lück/Mathias Hong (Hrsg.), Grundrechte und Grundfreiheiten im Mehrebenensystem – Konkurrenzen und Interferenzen, Heidelberg u. a. 2012, S. 1 ff.
- Saurer, Johannes*: Die Mitwirkung des Bundestages an der Verordnungsgebung nach § 48b BImSchG, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2003, S. 1176 ff.
- Savage, James D.*: Balanced Budgets & American Politics, Ithaca, N.Y., U.S.A., u. a. 1988.
- Schäfer, Hans*: Der Bundesrat, Köln u. a. 1955.
- Schäller, Steven*: Föderalismus und Souveränität im Bundesstaat. Ideengeschichtliche Grundlagen und die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Wiesbaden 2016.
- Schauer, Frederick*: Authority and Authorities, Virginia Law Review 94 (2008), S. 1931 ff.
- Schede, Christian/Schuldt, Johann-Frederik*: Verfassungswidrigkeit landesrechtlicher Mietendeckel, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2019, S. 1572 ff.
- Schefold, Dian*: Einleitung, in: Hugo Preuß, Gesammelte Schriften, hrsg. v. Detlef Lehnert/Christoph Müller, Bd. 2, Tübingen 2009, S. 1 ff.
- Scherer, Franziska*: Zusammenarbeit im Bundesstaat seit 1871. Die Ministerpräsidentenkonferenz von den Ursprüngen bis heute, Münster 2009.
- Scheuner, Ulrich*: Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft. Rechtsformen und Rechtsschutz, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 11 (1954), S. 1 ff.
- Scheuner, Ulrich*: Der Staat und die intermediären Kräfte, in: Zeitschrift für Evangelische Ethik 1 (1957), S. 30 ff.

- Scheuner*, Ulrich: Struktur und Aufgabe des Bundesstaates in der Gegenwart, in: ders., Staatstheorie und Staatsrecht, hrsg. v. Joseph Listl/Wolfgang Rübner, Berlin 1978 [1962], S. 415 ff.
- Schiller*, Friedrich [Autorschaft nicht abschließend geklärt]: An die Sonne, in: ders. (Hrsg.), Anthologie auf das Jahr 1782, Stuttgart 1782, S. 16 ff.
- Schindler*, Dietrich: Differenzierter Föderalismus, in: Walter Haller/Alfred Kölz/Georg Müller/Daniel Thüner (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Häfelin zum 65. Geburtstag, Zürich, Schweiz, 1989, S. 371 ff.
- Schindler*, Jörg Michael: Rechtsmetaphorologie – Ausblick auf eine Metaphorologie der Grundrechte, Berlin 2016.
- Schlaffer*, Heinz: Die Aneignung von Gedichten. Grammatisches, rhetorisches und pragmatisches Ich in der Lyrik, in: *Poetica* 27 (1995), S. 38 ff.
- Schlaich*, Klaus/Korioth, Stefan: Das Bundesverfassungsgericht. Stellung, Verfahren, Entscheidungen, 12. Aufl., München 2021.
- Schlegel*, Friedrich: Kritische Fragmente [1797], in: Hans Eichner (Hrsg.), Kritische Friedrich-Schlegel-Ausgabe, I. Abt., Bd. 2. Charakteristiken und Kritiken I (1796–1801), München u. a. 1967, S. 147 ff.
- Schlegel*, Friedrich: Rede über die Mythologie, in: Hans Eichner (Hrsg.), Kritische Friedrich-Schlegel-Ausgabe, I. Abt., Bd. 2. Charakteristiken und Kritiken I (1796–1801), München u. a. 1967, S. 311 ff.
- Schlegel*, Friedrich: Über die Unverständlichkeit [1800], in: Hans Eichner (Hrsg.), Kritische Friedrich-Schlegel-Ausgabe, I. Abt., Bd. 2. Charakteristiken und Kritiken I (1796–1801), München u. a. 1967, S. 363 ff.
- Schlegel*, Friedrich: Geschichte der europäischen Literatur [1803/04], in: Ernst Behler (Hrsg.), Kritische Friedrich-Schlegel-Ausgabe, II. Abt., Bd. 11. Wissenschaft der europäischen Literatur, München u. a. 1958, S. 1 ff.
- Schlegel*, Friedrich: Philosophische Fragmente. Erste Epoche. II, in: Ernst Behler (Hrsg.), Kritische Friedrich-Schlegel-Ausgabe, II. Abt., Bd. 18. Philosophische Lehrjahre 1796–1806, München u. a. 1963, S. 17 ff.
- Schleifer*, James T.: The Making of Tocqueville's Democracy in America, 2. Aufl., Indianapolis, Ind., U.S.A., 2000.
- Schlieffen*, Katharina Gräfin v.: Rhetorik und rechtsmethodologische Aufklärung, in: Rechtstheorie. Zeitschrift für Logik und Juristische Methodenlehre, Allgemeine Rechts- und Staatslehre, Kommunikations-, Normen- und Handlungstheorie, Soziologie und Philosophie des Rechts 32 (2001), S. 175 ff.
- Schlink*, Bernhard: Die Amtshilfe. Ein Beitrag zu einer Lehre von der Gewaltenteilung in der Verwaltung, Berlin 1982.
- Schlink*, Bernhard: Die Enthronung der Staatsrechtswissenschaft durch die Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Der Staat. Zeitschrift für Staatslehre und Verfassungsgeschichte, deutsches und europäisches öffentliches Recht 28 (1989), S. 161 ff.
- Schlink*, Bernhard: Die Heimkehr. Roman, Zürich, Schweiz, 2006.



- Schlink*, Bernhard: Abschied von der Dogmatik. Verfassungsrechtsprechung und Verfassungsrechtswissenschaft im Wandel, in: Juristenzeitung 2007, S. 157 ff.
- Schmeling*, Manfred: Einleitung: Allgemeine und Vergleichende Literaturwissenschaft. Aspekte einer komparatistischen Methodologie, in: ders. (Hrsg.), Vergleichende Literaturwissenschaft. Theorie und Praxis, Wiesbaden 1981, S. 1 ff.
- Schmelzer*, Alexander: Sicherheitsföderalismus im Ausnahmezustand. Einsatz der Bundespolizei zur Unterstützung der Länder am Maßstab der Bundestreue, Baden-Baden 2015.
- Schmidt*, Christopher W.: Popular Constitutionalism on the Right: Lessons from the Tea Party, in: Denver University Law Review 88 (2011), S. 523 ff.
- Schmidt*, Manfred G.: Demokratietheorien: Eine Einführung, 6. Aufl., Wiesbaden 2019.
- Schmidt-Aßmann*, Eberhard: Zum Standort der Rechtsvergleichung im Verwaltungsrecht, in: Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 78 (2018), S. 807 ff.
- Schmitt*, Carl: Theodor Däublers „Nordlicht“. Drei Studien über die Elemente, den Geist und die Aktualität des Werkes, München 1916.
- Schmitt*, Carl: Das Doppelgesicht des Genfer Völkerbundes [1926], in: Positionen und Begriffe. im Kampf mit Weimar – Genf – Versailles. 1923–1939, 4. Aufl., Berlin 2014, S. 48 ff.
- Schmitt*, Carl: Der Begriff des Politischen, in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 58 (1927), S. 1 ff.
- Schmitt*, Carl: Verfassungslehre, München u. a. 1928.
- Schmitt*, Carl: Das Problem der innerpolitischen Neutralität des Staates [1930], in: Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924–1954, 4. Aufl., Berlin 2003, S. 41 ff.
- Schmitt*, Carl: Ein Jahr nationalsozialistischer Verfassungsstaat, in: „Deutsches Recht“ 4 (1934), S. 27 ff.
- Schmitt*, Jeffrey M.: In Defense of Shelby County’s Principle of Equal State Sovereignty, Oklahoma Law Review 68 (2016), S. 209 ff.
- Schmitt*, Thomas/*Wohlrab*, Sebastian: „Richtiger“ Klagegegner bei Maßnahmen im Rahmen der Auftragsverwaltung nach Art. 85 GG am Beispiel des „Moratoriums“ für Kernkraftwerke, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2015, S. 193 ff.
- Schmitz-Emans*, Monika: Dekonstruktion, in: Ulrich Schmid (Hrsg.), Literaturtheorien des 20. Jahrhunderts, Stuttgart 2010, S. 99 ff.
- Schnapp*, Friedrich E./*Friehe*, Heinz-Josef: Prüfungskompetenz und Rechtsschutz bei Streitigkeiten über Amtshilfeverpflichtungen, in: Neue Juristische Wochenschrift 1982, S. 1422 ff.
- Schneider*, Hans-Peter: Direkte Anwendung und indirekte Wirkung von Verfassungsnormen, in: Rudolf Bernhardt/Ulrich Beyerlin (Hrsg.), Deutsche Landesreferate zum Öffentlichen Recht und Völkerrecht, Heidelberg 1982, S. 23 ff.
- Schnorr*, Gerhard: Die Stellung der Ländervertretungen im System der deutschen Verfassungen seit 1815, in: Archiv des öffentlichen Rechts 76 (1950/51), S. 259 ff.
- Schober*, Konrad: Europäische Polizeizusammenarbeit zwischen TREVI und Prüm. Mehr Sicherheit auf Kosten von Freiheit und Recht?, Heidelberg 2017.

- Schoen*, Gerd-Dieter: Nochmals: Missachtung der Polizeihochheit der Länder durch den Bund? Antwort auf Merten in DVBl 1987, 395 ff., in: Deutsches Verwaltungsblatt 1988, S. 16 ff.
- Scholz*, Rupert: Landesparlamente und Bundesrat [1984], in: Rainer Pitschas/Arnd Uhle (Hrsg.), Parlamentarische Demokratie in der Bewährung. Ausgewählte Abhandlungen, Berlin 2012, S. 69 ff. – Erstveröffentlichung in: Bodo Börner/Hermann Jahrreiß/Klaus Stern (Hrsg.), Einigkeit und Recht und Freiheit. Festschrift für Karl Carstens zum 70. Geburtstag am 14. Dezember 1984, Bd. 2. Staatsrecht, Berlin u. a. 1984, S. 831 ff.
- Schönberger*, Christoph: Das Parlament im Anstaltsstaat. Zur Theorie parlamentarischer Repräsentation in der Staatsrechtslehre des Kaiserreichs (1871–1918), Frankfurt a. M. 1997.
- Schönberger*, Christoph: „Staatlich und Politisch“ (20–26). Der Begriff des Staates im Begriff des Politischen, in: Reinhard Mehring (Hrsg.), Carl Schmitt. Der Begriff des Politischen. Ein kooperativer Kommentar, Berlin 2003, S. 21 ff.
- Schönberger*, Christoph: Die Europäische Union als Bund. Zugleich ein Beitrag zur Verabschiedung des Staatenbund-Bundesstaat-Schemas, in: Archiv des öffentlichen Rechts 129 (2004), S. 81 ff.
- Schönberger*, Christoph: Hegemon wider Willen. Zur Stellung Deutschlands in der Europäischen Union, in: Merkur. Deutsche Zeitschrift für europäisches Denken 752 (Januar 2012), S. 1 ff.
- Schönberger*, Christoph: Bundesverfassungsgerichtspositivismus – Zu einer Erfolgsformel Bernhard Schlinks, in: Jakob Nolte/Ralf Poscher/Henner Wolter (Hrsg.), Die Verfassung als Aufgabe von Wissenschaft, Praxis und Öffentlichkeit. Freundesgabe für Bernhard Schlink zum 70. Geburtstag, Heidelberg 2014, S. 41 ff.
- Schönberger*, Christoph: Der „German Approach“. Die deutsche Staatsrechtslehre im Wissenschaftsvergleich, Tübingen 2015.
- Schönberger*, Christoph: Carl Schmitts literarische Jurisprudenz, in: Merkur. Deutsche Zeitschrift für europäisches Denken 810 (November 2016), S. 89 ff.
- Schorkopf*, Frank: Staatsrecht der internationalen Beziehungen, München 2017.
- Schrödinger*, Erwin: Die gegenwärtige Situation in der Quantenmechanik, in: Naturwissenschaften 23 (1935), S. 807 ff.
- Schroeder*, Christopher H.: Supreme Court Preemption Doctrine, in: William W. Buzbee (Hrsg.), Preemption Choice. The Theory, Law, and Reality of Federalism's Core Question, Cambridge, Mass., U.S.A., 2009, S. 119 ff.
- Schultze*, Rainer-Olaf: Föderalismus, in: Dieter Nohlen/ders. (Hrsg.), Lexikon der Politikwissenschaft, Bd. 1. A-M, 4. Aufl., München 2010, S. 266 ff.
- Schulz*, Gerhard: Kleist. Eine Biographie, München 2007.
- Schulze-Fielitz*, Helmuth: Der informale Verfassungsstaat. Aktuelle Beobachtungen des Verfassungslebens der Bundesrepublik Deutschland im Lichte der Verfassungstheorie, Berlin 1984.
- Schulze-Fielitz*, Helmuth: Das Verhältnis von formaler und informaler Verfassung, in: Axel Görlitz/Hans-Peter Burth (Hrsg.), Informale Verfassung, Baden-Baden 1998, S. 25 ff.

- Schulze-Fielitz*, Helmuth: Festschriften im Dienst der Wissenschaft, in: Deutsches Verwaltungsblatt 2000, S. 1260 ff.
- Schuppert*, Gunnar Folke: Rigidität und Flexibilität von Verfassungsrecht. Überlegungen zur Steuerungsfunktion von Verfassungsrecht in normalen wie in „schwierigen Zeiten“, in: Archiv des öffentlichen Rechts 120 (1995), S. 32 ff.
- Schuppert*, Gunnar Folke: Föderalismus und Governance, in: Ines Härtel (Hrsg.), Handbuch Föderalismus – Föderalismus als demokratische Rechtsordnung und Rechtskultur in Deutschland, Europa und der Welt, Bd. I. Grundlagen des Föderalismus und der deutsche Bundesstaat, Berlin u. a. 2012, § 9.
- Schütze*, Robert: From Dual to Cooperative Federalism. The Changing Structure of European Law, New York, N.Y., U.S.A., 2009.
- Schütze*, Robert: Limits to the Union's 'Internal Market' Competence(s): Constitutional Comparisons, in: Loïc Azoulay (Hrsg.), The Question of Competence in the European Union, New York, N.Y., U.S.A., u. a. 2014, S. 215 ff.
- Schwanengel*, Wito: Integrationsverantwortung im Bundesstaat, in: Die öffentliche Verwaltung. Zeitschrift für öffentliches Recht und Verwaltungswissenschaft 2014, S. 93 ff.
- Schwanitz*, Dietrich: Systemtheorie und Literatur. Ein neues Paradigma, Opladen 1990.
- Schwarz*, Kyrill-Alexander: Zur Verfassungswidrigkeit der bundeseinheitlichen „Corona-Notbremse“, in: COVID-19 und Recht 2021, S. 257 ff.
- Schwarz*, Kyrill-Alexander/*Sairinger*, Lukas: Metamorphosen des Föderalismus in Krisenzeiten. Ein kritischer Beitrag zum kooperativ koordinierten Föderalismus und zum Primat legislativer Staatsgewalt, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2021, S. 265 ff.
- Seckelmann*, Margrit: Bildung und Wissenschaft im Bundesstaat. Entwurf eines Gesetzes zur Förderung der föderalen Kooperation im Wissenschaftsbereich, in: Zeitschrift für Rechtspolitik 2013, S. 82 ff.
- Sedgwick*, Eve Kosofsky: Paranoid Reading and Reparative Reading; or, You're So Paranoid You Probably Think this Introduction is About You, in: dies. (Hrsg.), Novel Gazing. Queer Readings in Fiction, Durham, N.C., U.S.A., 1997, S. 1 ff.
- Seel*, Martin: Ästhetik und Aisthetik, in: Birgit Recki/Lambert Wiesing (Hrsg.), Bild und Reflexion. Paradigmen und Perspektiven der gegenwärtigen Ästhetik, München 1997, S. 17 ff.
- Seiler*, Christian: Konsolidierung der Staatsfinanzen mithilfe der neuen Schuldenregel, in: Juristenzeitung 2009, S. 721 ff.
- Seliger*, Martin: Ideology and Politics, London, U.K., 1976.
- Sellmann*, Klaus-Albrecht: Der schlichte Parlamentsbeschluß. Eine Studie zum Parlamentsakt außerhalb des Gesetzgebungsverfahrens. Dargestellt an Beschlüssen des Bundestages und des Bayerischen Landtages, Berlin 1966.
- Selmer*, Peter: Steuerinterventionismus und Verfassungsrecht, Frankfurt a.M. 1972.
- Selmer*, Peter: Die Föderalismusreform II – Ein verfassungsrechtliches monstrum simile, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2009, S. 1255 ff.

- Sendler*, Horst: Anwendungsfeindliche Gesetzesanwendung. Ausstiegsorientierter Gesetzesvollzug im Atomrecht, in: Die öffentliche Verwaltung. Zeitschrift für öffentliches Recht und Verwaltungswissenschaft 1992, S. 181 ff.
- Seneca*, Lucius Annaeus: Epistulae morales ad Lucilium. Briefe an Lucilius. Lateinisch-deutsch, hrsg. v. Gerhard Fink, Bd. I, Düsseldorf 2007.
- Senger*, Harro v.: Die Kunst der List. Strategeme durchschauen und anwenden, 6. Aufl., München 2016.
- Seydel*, Max (v.): Der Bundesstaatsbegriff. Eine staatsrechtliche Untersuchung, in: Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 28 (1872), S. 185 ff.
- Shapiro*, David L.: Mr. Justice Rehnquist: A Preliminary View, in: Harvard Law Review 90 (1976), S. 293 ff.
- Sharkey*, Catherine M.: Federalism Accountability: ‚Agency-Forcing‘ Measures, in: Duke Law Journal 58 (2009), S. 2125 ff.
- Sharma*, Deepa: Out of Thin Air: Evaluating the Legality of the Clean Power Plan under the Equal Sovereignty Principle, in: Hastings West-Northwest Journal of Environmental Law and Policy 22 (2016), S. 247 ff.
- Sherry*, Suzanna: States Are People Too, in: Notre Dame Law Review 75 (2000), S. 1121 ff.
- Simons*, Oliver: Literaturtheorien zur Einführung, 2. Aufl., Hamburg 2014.
- Simpson*, David: Wordsworth, Commodification, and Social Concern. The Poetics of Modernity, New York, N.Y., U.S.A., 2009.
- Sinopoli*, Richard C.: Liberalism and Political Allegiance in Anti-Federalist Political Thought, in: Publius. The Journal of Federalism 22 (1992), S. 123 ff.
- Skinner*, Quentin: Meaning and Understanding in the History of Ideas, in: History and Theory 8 (1969), S. 3 ff.
- Skocpol*, Theda/Somers, Margaret: The Uses of Comparative History in Macrosocial Inquiry, in: Comparative Studies in Society and History 22 (1980), S. 174 ff.
- Sloterdijk*, Peter: Sphären III. Schäume, Frankfurt a.M. 2004.
- Smend*, Rudolf: Ungeschriebenes Verfassungsrecht im monarchischen Bundesstaat, Festgabe für Otto Mayer, Tübingen 1916, S. 247 ff.
- Smend*, Rudolf: Verfassung und Verfassungsrecht [1928], in: ders., Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze, 3. Aufl., Berlin 1994, S. 119 ff.
- Smith*, Barbara Herrnstein: On the Margins of Discourse. The Relation of Literature to Language, Chicago, Ill., U.S.A., 1978.
- Smith*, Melancton: Speeches by Melancton Smith. Delivered in the Course of Debate by the Convention of the State of New York on the Adoption of the Federal Constitution [1788], in: Herbert J. Storing (Hrsg.), The Complete Anti-Federalist, Bd. 6. New York and Conclusion, Chicago, Ill., U.S.A., 1981, S. 148 ff. (= 6.12).
- Snell*, Bruno: Die Entdeckung des Geistes. Studien zur Entstehung des europäischen Denkens bei den Griechen, 3. Aufl., Hamburg 1955.

- Soifer*, Aviam: The Paradox of Paternalism and Laissez-Faire Constitutionalism: United States Supreme Court, 1888–1921, in: *Law and History Review* 5 (1987), S. 249 ff.
- Solymosi*, Tibor: Against representation: A brief introduction to cultural affordances, in: *Human Affairs* 23 (2013), S. 594 ff.
- Somani*, Anisa A.: The Use of Gender Quotas in America: Are Voluntary Party Quotas the Way to Go?, in: *William & Mary Law Review* 54 (2013), S. 1451 ff.
- Somin*, Ilya: Foot Voting, Federalism, and Political Freedom, in: James E. Fleming/Jacob T. Levy (Hrsg.), *Federalism and Subsidiarity*, New York, N.Y., U.S.A., 2014, S. 83 ff.
- Somin*, Ilya: Making Federalism Great Again: How the Trump Administration's Attack of Sanctuary Cities Unintentionally Strengthened Judicial Protection for State Autonomy, in: *Texas Law Review* 97 (2019), S. 1247 ff.
- Somin*, Ilya: *Free to Move. Foot Voting, Migration, and Political Freedom*, New York, N.Y., U.S.A., 2020.
- Sommermann*, Karl-Peter: Verordnungsermächtigung und Demokratieprinzip. Verfassungsrechtliche Grenzen parlamentarischer Änderungsvorbehalte, in: *Juristenzeitung* 1997, S. 434 ff.
- Speiser*, Guido: Der neue Art. 104c GG: Bundesfinanzhilfen für kommunale Bildungsinvestitionen, in: *Recht und Politik* 53 (2017), S. 473 ff.
- Spinner*, Kaspar Heinrich: *Zur Struktur des lyrischen Ich*, Frankfurt a.M. 1975.
- Spoerhase*, Carlos: Literaturwissenschaft und Gegenwartsliteratur, in: *Merkur. Deutsche Zeitschrift für europäisches Denken* 776 (Januar 2014), S. 15 ff.
- Starck*, Christian: Maximen der Verfassungsauslegung, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. XII. Normativität und Schutz der Verfassung, 3. Aufl., Heidelberg 2014, § 271.
- Starski*, Paulina: *Der interföderale Verwaltungsakt. Eine rechtsvergleichende Studie*, Tübingen 2014.
- Steffani*, Winfried: Semi-Präsidentalismus. Ein eigenständiger Systemtyp? Zur Unterscheidung von Legislative und Parlament, in: *Zeitschrift für Parlamentsfragen* 26 (1995), S. 621 ff.
- Steiner*, Uwe C.: Inständigkeit und Agency. Zur Problemgeschichte des Dinggedichts von der Emblematis bis Rilke und darüber hinaus, in: Ralf Simon/Nina Herres/Csongor Lörincz (Hrsg.), *Das lyrische Bild*, München 2010, S. 299 ff.
- Stelkens*, Ulrich: Staatshaftungsreform im Mehrebenensystem, in: *Die öffentliche Verwaltung. Zeitschrift für öffentliches Recht und Verwaltungswissenschaft* 2006, S. 770 ff.
- Stepanich*, Daniel: Presidential Inaction and the Constitutional Basis for Executive Nonenforcement Discretion, in: *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law* 18 (2016), S. 1507 ff.
- Stern*, Klaus: *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. I. Grundbegriffe und Grundlagen des Staatsrechts. Strukturprinzipien der Verfassung, 2. Aufl., München 1984.
- Stern*, Klaus: *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. II. Staatsorgane, Staatsfunktionen, Finanz- und Haushaltsverfassung, Notstandsverfassung, München 1980.

- Sternberger*, Dolf: Staatsfreundschaft. Rede zur Hundertjahrfeier der Sozialdemokratischen Partei Deutschlands. Mit drei Glossen, in: Staatsfreundschaft, Frankfurt a. M. 1980 [1963], S. 209 ff.
- Stettner*, Rupert: Grundfragen einer Kompetenzlehre, Berlin 1983.
- Stevens*, John Paul: Six Amendments. How and Why We Should Change the Constitution, New York, N.Y., U.S.A., u. a. 2014.
- Stewart*, David O.: The Summer of 1787. The Men Who Invented the Constitution, New York, N.Y., U.S.A., 2007.
- Stolleis*, Michael: Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. 3: Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft in Republik und Diktatur 1914–1945, München 1999.
- Stolleis*, Michael: Zur kritischen Funktion der Rechtsgeschichte, in: Humboldt-Forum Recht 2012, S. 77 ff.
- Storing*, Herbert J.: The Complete Anti-Federalist, Bd. 1. What the Anti-Federalists Were For, Chicago, Ill., U.S.A., 1981.
- Storr*, Stefan: Verfassungsgebung in den Ländern. Zur Verfassungsgebung unter den Rahmenbedingungen des Grundgesetzes, Stuttgart u. a. 1995.
- Straßenberger*, Grit/Münkler, Herfried: Was das Fach zusammenhält. Die Bedeutung der Politischen Theorie und Ideengeschichte für die Politikwissenschaft, in: Hubertus Buchstein/Gerhard Göhler (Hrsg.), Politische Theorie und Politikwissenschaft, Wiesbaden 2007, S. 45 ff.
- Strauss*, David A.: Common Law Constitutional Interpretation, in: University of Chicago Law Review 63 (1996), S. 877 ff.
- Strauss*, Peter L.: Formal and Functional Approaches to Separation of Powers Questions. A Foolish Inconsistency, in: Cornell Law Review 72 (1987), S. 488 ff.
- Streinz*, Rudolf: Die Bindung der Vertreter Bayerns im Bundesrat durch Gesetz. Grundgesetzkonformität und Tragweite des Art. 70 Abs. 4 Satz 2 BV, in: Stefan Lorenzmeier/Hans-Peter Folz (Hrsg.), Recht und Realität. Festschrift für Christoph Vedder, Baden-Baden 2017, S. 770 ff.
- Sturm*, Roland: Zweite Kammern in Deutschland und Europa: Repräsentation, Funktion, Bedeutung, in: Ines Härtel (Hrsg.), Handbuch Föderalismus – Föderalismus als demokratische Rechtsordnung und Rechtskultur in Deutschland, Europa und der Welt, Bd. I. Grundlagen des Föderalismus und der deutsche Bundesstaat, Berlin u. a. 2012, § 24.
- Styckow*, Petra: Vergleich politischer Systeme, Paderborn 2007.
- Sullivan*, Louis Henry: The Tall Office Building Artistically Considered [1896], in: Lippincott's Monthly Magazine 339 (März 1896), S. 403 ff.
- Susman*, Margarete: Das Wesen der modernen deutschen Lyrik, Stuttgart 1910.
- Sütterlin*, Nicole A.: Dekonstruktion. „Phantom unseres eigenen Ichs“ oder „verfluchter Doppelgänger“? Über die Unentscheidbarkeit von Hoffmanns Der Sandmann, in: Oliver Jahraus (Hrsg.), Zugänge zur Literaturtheorie. 17 Modellanalysen zu E.T.A. Hoffmanns Der Sandmann, Stuttgart 2016, S. 84 ff.

- Tabbert, Henning/Wagenseil, Andreas*: Die seit 2015 geltende mündliche Ministeranordnung zur Grenzöffnung im Lichte der Gewaltenteilung, in: *Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik* 2017, S. 429 ff.
- Tebben, Carol Lynn*: Is Federalism a Political Question? An Application of the Marshallian Framework to Garcia, in: *Publius. The Journal of Federalism* 20 (1990), S. 113 ff.
- Teubner, Gunther*: Ökonomie der Gabe – Positivität der Gerechtigkeit. Gegenseitige Heim-suchungen von System und *différance*, in: Albrecht Koschorke/Cornelia Vismann (Hrsg.), *Widerstände der Systemtheorie: Kulturtheoretische Analysen zum Werk von Niklas Luhmann*, Berlin 1999, S. 199 ff.
- The Federal Farmer* [Autorschaft ungeklärt]: Observations Leading to a Fair Examination of the System of Government [1787/88], in: Herbert J. Storing (Hrsg.), *The Complete Anti-Federalist*, Bd. 2. Objections of Non-Signers of the Constitution and Major Series of Essays at the Outset, Chicago, Ill., U.S.A., 1981, S. 214 ff. (= 2.8).
- Thoma, Richard*: Die Staatsgerichtsbarkeit des Deutschen Reiches, in: *FS 50 Jahre Reichsgericht*, Bd. 1, Berlin u. a. 1929, S. 179 ff.
- Thompson, Frank J.*: The Faces of Devolution, in: ders./John J. DiIulio (Hrsg.), *Medicaid and Devolution. A View from the States*, Washington, D.C., U.S.A., 1998, S. 14 ff.
- Thoren, Sylvia Katharina*: Möglichkeiten und Grenzen des Ausbaus bundeseigener Verwaltung auf der Grundlage des Art. 87 Abs. 3 S. 2 GG, Köln 1988.
- Thym, Daniel*: Migrationsfolgenrecht, in: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 76 (2017), S. 169 ff.
- Tocqueville, Alexis de*: Voyage en Amérique [1831], in: ders., *Voyages en Sicile et aux États-Unis, Oeuvres Complètes*, Bd. V, hrsg. v. Jacob-Peter Mayer, 4. Aufl., Paris, Frankreich, 1957, S. 55 ff.
- Tocqueville, Alexis de*: Über die Demokratie in Amerika, hrsg. v. Jacob P. Mayer, Stuttgart 1985 [1835].
- Tohidipur, Timo*: Deliberative Rechtstheorie, in: Sonja Buckel/Ralph Christensen/Andreas Fischer-Lescano (Hrsg.), *Neue Theorien des Rechts*, 2. Aufl., Stuttgart 2009, S. 423 ff.
- Tolson, Franita*: Reinventing Sovereignty? Federalism as a Constraint on the Voting Rights Act, in: *Vanderbilt Law Review* 65 (2012), S. 1195 ff.
- Treitschke, Heinrich v.*: Bundesstaat und Einheitsstaat, in: *Historische und politische Aufsätze vornehmlich zur neuesten deutschen Geschichte*, Leipzig 1865, S. 444 ff.
- Tribe, Laurence H.*: *American Constitutional Law*, Bd. 1, 3. Aufl., New York, N.Y., U.S.A., 2000.
- Triepel, Heinrich*: Unitarismus und Föderalismus im Deutschen Reiche. Eine staatsrechtliche und politische Studie, Tübingen 1907.
- Triepel, Heinrich*: Die Reichsaufsicht. Untersuchungen zum Staatsrecht des Deutschen Reiches, Berlin 1917.
- Triepel, Heinrich*: Die Hegemonie. Ein Buch von führenden Staaten. Stuttgart 1938.
- Troper, Michel*: Le monopole de la contrainte légitime. Légitimité et légalité dans l'État moderne, in: Herbert Haller/Christian Kopetzki/Richard Novak/St Stanley L. Paulson/Bernhard



- Raschauer/Georg Ress/Ewald Wiederin (Hrsg.), Staat und Recht, Festschrift für Günther Winkler, Wien, Österreich, u. a. 1997, S. 1195 ff.
- Tschentscher*, Axel: Dialektische Rechtsvergleichung – Zur Methode der Komparistik im öffentlichen Recht, in: Juristenzeitung 2007, S. 807 ff.
- Tushnet*, Mark: What Then Is the American, in: Arizona Law Review 38 (1996), S. 873 ff.
- Tushnet*, Mark: The Possibilities of Comparative Constitutional Law, in: Yale Law Journal 108 (1999), S. 1225 ff.
- Tushnet*, Mark: Taking the Constitution Away from the Courts, Princeton, N.J., U.S.A., 1999.
- Tushnet*, Mark: The Relation Between Political Constitutionalism and Weak-Form Judicial Review, in: German Law Journal 14 (2013), S. 2249 ff.
- Tushnet*, Mark: Comment on Doyle's Constraints on Constitutional Amendment Powers, in: Richard Albert/Xenophon Contiades/Alkmene Fotiadou (Hrsg.), The Foundations and Traditions of Constitutional Amendment, Oxford, U.K., 2017, S. 97 ff.
- Uhl*, Gerhard/*Uhl-Vetter*, Elke: Business-Etikette in Europa. Stilsicher auftreten, Umgangsformen beherrschen, 3. Aufl., Wiesbaden 2013.
- Uhle*, Arnd: Parlament und Rechtsverordnung, München 1999.
- Uhle*, Arnd: Art. 71, in: Günter Dürig/Roman Herzog/Rupert Scholz (Hrsg.), Grundgesetz, 49. Ergänzungslieferung, München 2007.
- Uhle*, Arnd: Die Rechtsverordnung, in: Winfried Kluth/Günter Krings (Hrsg.), Gesetzgebung. Rechtsetzung durch Parlamente und Verwaltungen sowie ihre gerichtliche Kontrolle, Heidelberg 2014, § 24.
- Uhle*, Arnd: Art. 72, in: Günter Dürig/Roman Herzog/Rupert Scholz (Hrsg.), Grundgesetz, 76. Ergänzungslieferung, München 2015.
- Uhlenbrock*, Henning: Der Staat als juristische Person. Dogmengeschichtliche Untersuchung zu einem Grundbegriff der deutschen Staatsrechtslehre, Berlin 2000.
- Ullrich*, Wolfgang: Vor dem Fürsten. Kunstbetrachtung als Frage der Moral, in: ders., Tiefer hängen. Über den Umgang mit der Kunst, Berlin 2003, S. 13 ff.
- Ullrich*, Wolfgang: Habenwollen. Wie funktioniert die Konsumkultur?, Frankfurt a.M. 2006.
- Ungern-Sternberg*, Antje v.: Parité-Gesetzgebung auf dem Prüfstand des Verfassungsrechts, in: Juristenzeitung 2019, S. 525 ff.
- Unruh*, Peter: Die Unionstreue – Anmerkungen zu einem Rechtsgrundsatz der Europäischen Union, in: Europarecht 2002, S. 41 ff.
- Vallins*, David: Introduction, in: ders./Kaz Oishi/Seamus Perry (Hrsg.), Coleridge, Romanticism and the Orient. Cultural Negotiations, London, U.K., 2013, S. 1 ff.
- Vanberg*, Viktor J.: Föderaler Wettbewerb, Bürgersouveränität und die zwei Rollen des Staates, in: Lars P. Feld/Ekkehard A. Köhler/Jan Schnellenbach (Hrsg.), Föderalismus und Subsidiarität, Tübingen 2016, S. 3 ff.
- Vedder*, Christoph: Intraföderale Staatsverträge. Instrumente der Rechtsetzung im Bundesstaat, Baden-Baden 1996.

- Vendler*, Helen: Poems, Poets, Poetry. An Introduction and Anthology, 2. Aufl., Boston, Mass., U.S.A., u. a. 2002.
- Vesting*, Thomas: Rechtstheorie, 2. Aufl., München 2015.
- Vico*, Giambattista: Prinzipien einer neuen Wissenschaft über die gemeinsame Natur der Völker, Teilband 2, übersetzt v. Vittorio Hösle/Christoph Jermann, Hamburg 1990 [1744].
- Viehweg*, Theodor: Zwei Rechtsdogmatiken, in: Ulrich Klug (Hrsg.), Philosophie und Recht, Festschrift für Carl August Emge, Wiesbaden 1960, S. 106 ff.
- Vismann*, Cornelia: Akten. Medientechnik und Recht, Frankfurt a. M. 2000.
- Voigt*, Rüdiger: Die dritte Ebene im Bundesstaat. Zur horizontalen Selbstkoordination der Länder, in: Axel Görlitz/Hans-Peter Burth (Hrsg.), Informale Verfassung, Baden-Baden 1998, S. 85 ff.
- Voigt*, Rüdiger: Das Bundesverfassungsgericht in rechtspolitologischer Sicht, in: Robert C. van Ooyen/Martin H. W. Möllers (Hrsg.), Handbuch Bundesverfassungsgericht im politischen System, 2. Aufl., Wiesbaden 2015, S. 69 ff.
- Vonarburg*, Bruno: Homöotank. Arzneipflanzen der Homöopathie. Illustrierte Materia medica, Bd. 1. A – G, Stuttgart 2009.
- Voßkuhle*, Andreas: Der Grundsatz der Verfassungsorgantreue und die Kritik am BVerfG, in: Neue Juristische Wochenschrift 1997, S. 2216 ff.
- Voßkuhle*, Andreas: Das Kompensationsprinzip. Grundlagen einer prospektiven Ausgleichsordnung für die Folgen privater Freiheitsbestätigung – Zur Flexibilisierung des Verwaltungsrechts am Beispiel des Umwelt- und Planungsrechts, Tübingen 1999.
- Voßkuhle*, Andreas: Methode und Pragmatik im Öffentlichen Recht. Vorüberlegungen zu einem differenziert-integrativen Methodenverständnis am Beispiel des Umweltrechts, in: Hartmut Bauer/Detlef Czybulka/Wolfgang Kahl/ders. (Hrsg.), Umwelt, Wirtschaft und Recht. Wissenschaftliches Symposium aus Anlaß des 65. Geburtstages von Reiner Schmidt, Tübingen 2002, S. 171 ff.
- Voßkuhle*, Andreas: Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Eberhard Schmidt-Aßmann/Wolfgang Hoffmann-Riem/ders. (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 2. Aufl., München 2012, § 1.
- Voßkuhle*, Andreas: Was leistet Rechtsdogmatik? Zusammenführung und Ausblick in 12 Thesen, in: Gregor Kirchhof/Stefan Magen/Karsten Schneider (Hrsg.), Was weiß Dogmatik? Was leistet und wie steuert die Dogmatik des öffentlichen Rechts?, Tübingen 2012, S. 111 ff.
- Wagner*, Hellmut: Zum Weisungsrecht des Bundes im atomrechtlichen Genehmigungsverfahren – Voraussetzungen und Rechtsschutz, in: Deutsches Verwaltungsblatt 1987, S. 917 ff.
- Wagner*, Roland: Die Konkurrenzen der Gesetzgebungskompetenzen von Bund und Ländern, Berlin 2011.
- Wagner*, Thomas: Irokesen und Demokratie. Ein Beitrag zur Soziologie interkultureller Kommunikation, Münster 2004.
- Waldhoff*, Christian: Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Ausübung von Gesetzgebungskompetenzen (Art. 72 Abs. 2; 75 Abs. 2; 125a Abs. 2 GG) – materielles Kompe-

- tenzzuweisungsrecht als Element einer Föderalismusreform, in: Hans-Günter Henneke (Hrsg.), Föderalismusreform in Deutschland. Bestandsaufnahme der Kommissionsarbeit und Umsetzungsperspektiven, Stuttgart 2005, S. 55 ff.
- Waldhoff*, Christian: Finanzautonomie und Finanzverflechtung in gestuften Rechtsordnungen, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 66 (2007), S. 216 ff.
- Waldhoff*, Christian: Grundzüge des Finanzrechts des Grundgesetzes, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. V. Rechtsquellen, Organisation, Finanzen, 3. Aufl., Heidelberg 2007, § 116.
- Waldhoff*, Christian: Mischfinanzierungen in der Bundesstaatsreform, in: Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 2008, S. 213 ff.
- Waldhoff*, Christian: Der positive und der negative Verfassungsvorbehalt. Überlegungen zu einer Regelungstheorie im Grenzbereich von Verfassungsrechtsdogmatik und Verfassungstheorie, Baden-Baden 2016.
- Waldhoff*, Christian: Föderalismus. Der prekäre Status der Länder als politischer Raum, in: Hans Michael Heinig/Frank Schorkopf (Hrsg.), 70 Jahre Grundgesetz. In welcher Verfassung ist die Bundesrepublik?, Göttingen 2019, S. 229 ff.
- Waldhoff*, Christian: Normative und faktische Gleichheitserwartungen – die magische Formel von den „gleichwertigen Lebensverhältnissen“ im Bundesgebiet, in: Hans-Günter Henneke (Hrsg.), Gleichwertige Lebensverhältnisse bei veränderter Statik des Bundesstaates? Stuttgart 2019, S. 11 ff.
- Waldhoff*, Christian: Der Bundesstaat in der Pandemie, in: Neue Juristische Wochenschrift 2021, S. 2772 ff.
- Walter*, Bernd: Grenzschutz ist Bundesangelegenheit. Zur Neubelebung einer Verfassungsinterpretationskontroverse, in: Die öffentliche Verwaltung. Zeitschrift für öffentliches Recht und Verwaltungswissenschaft 2019, S. 845 ff.
- Walzel*, Oskar: Schicksale des lyrischen Ichs [1916], in: ders., Das Wortkunstwerk. Mittel seiner Erforschung, Leipzig 1926, S. 260 ff.
- Walzer*, Michael: Spheres of Justice. A Defense of Pluralism and Equality, New York, N.Y., U.S.A., 1983.
- Walzer*, Michael: Exodus and Revolution, New York, N.Y., U.S.A., 1985.
- Watson*, Alan: Legal Transplants. An Approach to Comparative Law, 2. Aufl., Athens, Ga., U.S.A., u. a. 1993.
- Watson*, Peter: Ideen. Eine Kulturgeschichte von der Entdeckung des Feuers bis zur Moderne, übersetzt v. Yvonne Badal, München 2006 [2005].
- Watts*, Ronald L.: Typologies of Federalism, in: John Loughlin/John Kincaid/Wilfried Swenden (Hrsg.), Routledge Handbook of Regionalism and Federalism, London, U.K., u. a. 2013, S. 19 ff.
- Waytz*, Adam/*Cacioppo*, John/*Epley*, Nicholas: Who Sees Human? The Stability and Importance of Individual Differences in Anthropomorphism, in: Perspectives on Psychological Science 5 (2010), S. 219 ff.

- Waytz, Adam/*Heafner, Joy/Epley, Nicholas*: The mind in the machine: Anthropomorphism increases trust in an autonomous vehicle, in: *Journal of Experimental Social Psychology* 52 (2014), S. 113 ff.
- Weber, Max: Parlament und Regierung im neugeordneten Deutschland. Zur politischen Kritik des Beamtentums und Parteiwesens [1918], in: Max Weber, *Zur Politik im Weltkrieg. Schriften und Reden 1914–1918*, hrsg. v. Wolfgang J. Mommsen/Gangolf Hübinger, Tübingen 1984, S. 421 ff.
- Weber, Max: Wissenschaft als Beruf [1917/19], in: *Wissenschaft als Beruf. 1917/1919. Politik als Beruf. 1919*, hrsg. v. Wolfgang J. Mommsen/Gangolf Hübinger in Zusammenarbeit mit Birgitt Morgenbrod, Tübingen 1992, S. 70 ff.
- Weber, Peter: Mittel und Wege landesrechtlichen Mietpreisrechts in angespannten Wohnungsmärkten, in: *Juristenzeitung* 2018, S. 1022 ff.
- Weber, Peter: Mehrdimensionalität im Wohnungsrecht, in: *Zeitschrift für Miet- und Raumrecht* 2019, S. 389 ff.
- Weber-Grellet, Heinrich: Lenkungssteuern im Rechtssystem, in: *Neue Juristische Wochenschrift* 2001, S. 3657 ff.
- Wechsler, Herbert: The Political Safeguards of Federalism. The Rôle of the States in the Composition and Selection of the National Government, in: *Columbia Law Review* 54 (1954), S. 543 ff.
- Weiler, Joseph H. H.: Federalism Without Constitutionalism: Europe's Sonderweg, in: Kalypso Nicolaïdis/Robert Howse (Hrsg.), *The Federal Vision. Legitimacy and Levels of Governance in the United States and the European Union*, Oxford, U.K., u. a. 2001, S. 54 ff.
- Weinrich, Harald: Baudelaire-Lektüre, in: *Literatur für Leser*, Stuttgart 1971, S. 85 ff.
- Weiß, Wolfgang: Die Integrationsverantwortung der Landtage. Vertikale Gewaltenteilung im Bundesstaat und Verfassungskonformität bindender Weisungen von Landesparlamenten, in: *Juristische Schulung. Zeitschrift für Studium und Referendariat* 2019, S. 97 ff.
- Weitemeyer, Birgit: § 81, in: Franz Jürgen Säcker/Roland Rixecker/Hartmut Oetker/Bettina Limperg (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 1. Allgemeiner Teil*, 9. Aufl., München 2021.
- Wendel, Mattias: Potenziale und Grenzen des Verbundmodells im europäischen Parlamentarismus, in: Claudio Franzius/Franz C. Mayer/Jürgen Neyer (Hrsg.), *Modelle des Parlamentarismus im 21. Jahrhundert*, Baden-Baden 2015, S. 229 ff.
- Werner, Peter: Wesensmerkmale des Homogenitätsprinzips und ihre Ausgestaltung im Bonner Grundgesetz, Berlin u. a. 1967.
- Westover, Casey L.: Structural Interpretation and the New Federalism. Finding the Proper Balance Between State Sovereignty and Federal Supremacy, in: *Marquette Law Review* 88 (2005), S. 693 ff.
- Where, Kenneth Clinton: *Federal Government*, New York, N.Y., U.S.A., u. a. 1947.
- White, Hayden: *Metahistory. The Historical Imagination in Nineteenth-Century Europe*, Baltimore, Md., U.S.A., 1973.

- White*, Hayden: Introduction: Topology, Discourse, and the Modes of Human Consciousness, in: *Tropics of Discourse. Essays in Cultural Criticism*, Baltimore, Md., U.S.A., 1978, S. 1 ff.
- White*, Justin DuPratt: Is There an Eighteenth Amendment?, in: *The Virginia Law Register*, New Series 6 (1920), S. 573 ff.
- Wildman*, Amy: Advancing Federalism Concerns in Administrative Law Trough a Revitalization of State Enforcement Powers: A Case Study of the Consumer Product Safety and Improvement Act of 2008, in: *Yale Law & Policy Review* 29 (2010), S. 165 ff.
- Wiesing*, Lambert: *Luxus*, Berlin 2015.
- Wildhagen*, Georg: *Der bürgerliche Rechtsstreit*, Berlin 1912.
- Williams*, Robert: *The Law of American State Constitutions*, New York, N.Y., U.S.A., 2009.
- Williams*, Ryan C.: The ‚Guarantee‘ Clause, in: *Harvard Law Review* 132 (2018), S. 602 ff.
- Willoweit*, Dietmar/*Schlinker*, Steffen: *Deutsche Verfassungsgeschichte. Vom Frankenreich bis zur Wiedervereinigung Deutschlands*, 8. Aufl., München 2019.
- Wilson*, Frederick T.: *Federal Aid in Domestic Disturbances. 1787–1903*, Washington, D.C., U.S.A., 1903.
- Winkler*, Heinrich August: *Geschichte des Westens. Vom Kalten Krieg zum Mauerfall*, München 2014.
- Winko*, Simone: in: Heinz Ludwig Arnold/Heinrich Detering (Hrsg.), *Grundzüge der Literaturwissenschaft*, München 1996, S. 585 ff.
- Winthrop*, Delba: Tocqueville on Federalism, in: *Publius. The Journal of Federalism* 6 (1976), S. 93 ff.
- Wischmeyer*, Thomas: Nationale Identität und Verfassungsidentität, in: *Archiv des öffentlichen Rechts* 140 (2015), S. 415 ff.
- Wittreck*, Fabian: Die Bundestreue, in: Ines Härtel (Hrsg.), *Handbuch Föderalismus*, Bd. I. Grundlagen des Föderalismus und der deutsche Bundesstaat, Berlin u. a. 2012, § 18.
- Wolff*, Hans J./*Bachof*, Otto: *Verwaltungsrecht*, Bd. II, 4. Aufl., München 1976.
- Wolff*, Hans J./*Bachof*, Otto/*Stober*, Rolf/*Kluth*, Winfried: *Verwaltungsrecht*, Bd. II, 7. Aufl., München 2010.
- Wolff*, Heinrich Amadeus: *Ungeschriebenes Verfassungsrecht unter dem Grundgesetz*, Tübingen 2000.
- Wood*, Gordon S.: *The Creation of the American Republic. 1776–1787*, Chapel Hill, N.C., U.S.A., 1969.
- Wood*, Gordon S.: Federalism from the Bottom Up, in: *University of Chicago Law Review* 78 (2011), S. 705 ff.
- Woolhandler*, Amy/*Collins*, Michael G.: Overcoming Sovereign Immunity: Causes of Action for Enforcing the Constitution, in: Karen Orren/John W. Compton (Hrsg.), *The Cambridge Companion to the United States Constitution*, Cambridge, U.K., 2018, S. 165 ff.
- Wordsworth*, William: *Poems*, Bd. I, London, U.K., 1815.

- Wrase, Michael: Recht als soziale Praxis – eine Herausforderung für die juristische Profession?!, in: Arne Pilniok/Judith Brockmann (Hrsg.), Die juristische Profession und das Jura-studium, Baden-Baden 2017, S. 41 ff.
- Wright, Charles Alan/Miller, Arthur R./Cooper, Edward H./Amar, Vikram David: Federal Practice and Procedure, Bd. 17 A, 3. Aufl., Eagan, Minn., U.S.A., 2007.
- Yeats, William Butler: Among School Children [1927], in: Alexander W. Allison et al. (Hrsg.), Norton Anthology of Poetry. Revised, New York, N.Y., U.S.A., 1975, S. 928 ff.
- Young, Ernest A.: Protecting Member State Autonomy in the European Union: Some Cautionary Tales from American Federalism, in: New York University Law Review 77 (2002), S. 1612 ff.
- Young, Ernest A.: The Constitution Outside the Constitution, in: Yale Law Journal 117 (2007), S. 408 ff.
- Young, Ernest A.: Modern-Day Nullification: Marijuana and the Persistence of Federalism in an Age of Overlapping Regulatory Jurisdiction, in: Case Western Reserve Law Review 65 (2015), S. 769 ff.
- Zantke, Michael: Zivilgesellschaft und Metapolitik: Antonio Gramsci und der gegenwärtige Populismus, in: Andreas Nix (Hrsg.), Staat und Zivilgesellschaft. Permanente Opposition oder konstruktives Wechselspiel?, Baden-Baden 2020, S. 59 ff.
- Zehnpfennig, Barbara: Einleitung, in: Alexander Hamilton/James Madison/John Jay, Die Federalist Papers, hrsg. v. Barbara Zehnpfennig, Darmstadt 1993, S. 1 ff.
- Zelle, Carsten: Komparatistik und *comparatio* – der Vergleich in der Vergleichenden Literaturwissenschaft. Skizze einer Bestandsaufnahme, in: Komparatistik. Jahrbuch der Deutschen Gesellschaft für Allgemeine und Vergleichende Literaturwissenschaft 2004/2005, S. 13 ff.
- Zemanek, Evi: Was ist Komparatistik?, in: dies./Alexander Nebrig (Hrsg.), Komparatistik, Berlin 2012, S. 7 ff.
- Zick, Timothy: Statehood as the New Personhood: The Discovery of Fundamental „States’ Rights“, in: William & Mary Law Review 46 (2004), S. 213 ff.
- Zinn, Howard: A People’s History of the United States, Neuaufl., New York, N.Y., U.S.A., 2003.
- Zitzelsberger, Walter: Die Pflicht der Länder zur Gesetzgebung, München 1969.
- Zöllner, Wolfgang: Privatautonomie und Arbeitsverhältnis, in: Archiv für die civilistische Praxis 176 (1976), S. 221 ff.
- Zweigert, Kurt/Kötz, Hein: Introduction to Comparative Law, 3. Aufl., Oxford, U.K., 1998.
- Zymner, Rüdiger: Uneigentlich, in: Jan-Dirk Müller/Georg Braungart/Harald Fricke/Klaus Grubmüller/Friedrich Vollhardt/Klaus Weimar (Hrsg.), Reallexikon der deutschen Literaturwissenschaft. Neubearbeitung des Reallexikons der deutschen Literaturgeschichte, Bd. III. P–Z, 3. Aufl., Berlin u. a. 2003, S. 726 ff.
- Zymner, Rüdiger: Lyric and Its ›Worlds‹, in: Journal of Literary Theory 11 (2017), S. 149 ff.
- Zywicki, Todd J.: Beyond the Shell and Husk of History: The History of the Seventeenth Amendment and Its Implications for Current Reform Proposals, in: Cleveland State Law Review 45 (1997), S. 165 ff.

## Personenverzeichnis

- Abensour, Miguel 1048  
 Adams, John 97  
 Adler, Matthew D. 56 f., 59, 945 ff., 954 f.,  
 958, 963, 973, 977, 979, 981 f., 988, 999,  
 1003, 1060, 1141  
 Albrecht, Wilhelm Eduard 844  
 Alexy, Robert 665  
 Alito, Samuel 481  
 Amar, Akhil R. 92, 1082 f.  
 Anderson, Elizabeth S. 681  
 Anker, Elizabeth 8  
 Arendt, Hannah 97, 1050  
 Artz, Markus 441, 446, 527, 658, 767,  
 1040 f.  
 Auderset, Juri 126, 129, 135  
 Augsberg, Ino 837, 892, 936, 940  
 Augsberg, Steffen 1049, 1058, 1061, 1091,  
 1096, 1145  
  
**Badura, Peter** 58, 147, 189, 255, 257, 259,  
 261, 265, 267, 689, 796, 1115  
 Baer, Susanne 845, 941  
 Baudelaire, Charles 65, 853 f., 862, 864 f.,  
 869, 873 ff., 886, 935, 1105, 1138  
 Bauer, Hartmut 961  
 Baumgarten, Alexander Gottlieb 876  
 Beard, Charles A. 92, 100 f.  
 Beck, Ulrich 805 f.  
 Bednar, Jenna 218, 279, 282, 703, 715, 744,  
 747, 1064 f.  
 Benjamin, Walter 262, 1115  
 Benz, Arthur 150, 164 f.  
 Berlin, Isaiah 1023  
 Bickel, Alexander M. 761, 763, 1046  
 Birkenkötter, Hannah 147, 789, 820 ff.,  
 835, 1007  
 Bismarck, Otto v. 221, 224, 951, 968 f., 974  
 Black, Hugo 472, 534, 651  
 Bluhm, Harald 136, 1112  
 Böckenförde, Ernst-Wolfgang 269 ff., 275,  
 605, 845 f., 1026, 1116  
  
 Bogdandy, Armin v. 199 f., 782  
 Bourdieu, Pierre 676, 754, 779, 954  
 Boysen, Sigrid 448  
 Brecht, Bertolt 649  
 Bredekamp, Horst 184, 263  
 Brest, Paul 986, 989, 997  
 Briffault, Richard 687  
 Brohm, Winfried 664 f., 670, 777  
 Brutus 113, 132, 138  
 Bryde, Brun-Otto 941, 1000 f., 1054  
 Bulman-Posen, Jessica 305, 333, 595,  
 602 f., 608, 660, 662, 768, 785, 974, 1126,  
 1133  
 Burgi, Martin 403, 406, 1120  
 Burke, Kenneth 918 ff.  
  
 Calhoun, John C. 121 ff., 134 f., 140, 175,  
 708, 715, 832, 1111  
 Castiglione, Baldassare 952  
 Cato 113  
 Chateaubriand, François-René de 884  
 Chemerinsky, Erwin 438  
 Chibundu, Maxwell O. 215, 218, 233 f.,  
 312, 349, 1114  
 Clark, Gufk le 836  
 Cohen, Joshua 1050, 1060  
 Cornell, Saul 121  
 Culler, Jonathan D. 8, 861 f., 871, 1106 f.,  
 1147  
  
**Dahl, Robert A.** 1050  
 Damler, Daniel 257, 841  
 Darnstädt, Thomas 373, 380, 634  
 de Man, Paul *siehe* Man, Paul de  
 Derrida, Jacques 879 f.  
 Deseriis, Marco 113  
 Dickinson, Emily 1105, 1109 f.  
 Di Fabio, Udo 54, 61, 68, 427 ff., 443, 496,  
 652, 654, 658, 717, 980, 1020  
 Dorf, Michael C. 8, 49, 77, 93, 211, 236,  
 278, 723, 744, 747, 1038, 1050, 1060, 1111



- Dreier, Horst 87  
 Dürig, Günter 259
- Ehmke, Horst 294, 1031  
 Eifert, Martin 60, 665, 674, 679, 776, 869, 892, 1128  
 Elazar, Daniel Judah 107, 141, 148, 152 f., 169, 188, 190, 255 f., 968, 1113  
 Elias, Norbert 951 f., 954  
 Erk, Jan 803  
 Eskridge, William N. 677 f., 688
- Federal Farmer, The 103, 1042  
 Field, Stephen Johnson 985 f., 988 f.  
 Fischer, Karsten 136, 1112  
 Foucault, Michel 672, 676  
 Frankenberg, Günter 799, 816 ff., 831  
 Franklin, Benjamin 97  
 Frenkel, Max 248  
 Friedman, Barry 744, 747, 1038  
 Friedrich, Manfred 1087 f.  
 Friesenhahn, Ernst 1087
- Gardner, James A. 209, 1011, 1064  
 Geertz, Clifford 662  
 Gehlen, Arnold 266  
 Gehry, Frank 263  
 Genette, Gérard 895, 899, 955  
 Gerber, Carl Friedrich v. 844  
 Gerken, Heather K. 305, 333, 595, 602 f., 608, 660, 662, 768, 785, 974, 1126, 1133  
 Gibson, James J. 263  
 Gierke, Otto v. 159  
 Ginsburg, Ruth Bader 513 f., 523, 538, 611, 613, 615, 932, 934, 981 f., 997 f., 1000, 1033, 1072, 1085, 1099 f., 1104  
 Girard, René 952  
 Gluck, Abbe R. 324, 594  
 Goethe, Johann Wolfgang v. 876, 905, 975  
 Goodman, Nelson 260  
 Gramsci, Antonio 276  
 Greenfield, Liah 1009
- Häberle, Peter 701, 720, 722 f., 763  
 Habermas, Jürgen 634, 1050  
 Hailbronner, Michaela 704  
 Hallstein, Walter 199, 809
- Hamburger, Käte 859  
 Hamilton, Alexander 84, 88, 91, 97, 111 ff., 132 f., 138, 984 ff., 989, 1064  
 Handke, Peter 773  
 Handy, Charles 154  
 Harlan, John M. II 370 f., 380, 651, 1035  
 Härtel, Ines 154 f., 163, 814  
 Hausteiner, Eva Marlene 151  
 Haverkate, Görg 1054  
 Hegel, Georg Wilhelm Friedrich 857 f., 871, 876 f.  
 Heintzen, Markus 297  
 Heller, Hermann 80, 119 f., 138 f., 146  
 Hennis, Wilhelm 226  
 Herzog, Roman 337  
 Hesse, Konrad 246, 258, 333, 543, 598 ff., 605 f., 660, 768, 1084, 1126  
 Hobbes, Thomas 117, 1023  
 Hölderlin, Friedrich 873  
 Homer 864, 895  
 Hotho, Heinrich Gustav 858, 876  
 Huber, Christoph 840 f., 847  
 Hübinger, Gangolf 126, 223, 661, 970  
 Huhnholz, Sebastian 151
- Isensee, Josef 270 f., 276 ff., 293, 297, 352, 567 f., 578, 627, 827, 1020
- Jackson, Vicky C. 227  
 Jackson, Virginia 1109 f.  
 Jay, John 84, 111 ff.  
 Jefferson, Thomas 97  
 Jellinek, Georg 159, 164, 352, 429, 828, 1019  
 Jestaedt, Matthias 60, 249 ff., 255, 273, 561, 664, 666, 668, 670, 777, 788, 791, 969, 1115  
 Johnson, Barbara 847  
 Jörke, Dirk 89, 102  
 Jünger, Ernst 224
- Kaiser, Anna-Bettina 308, 311, 361, 686  
 Kam, Cindy D. 726  
 Kantorowicz, Hermann 645, 657, 667, 969, 1127  
 Kaufmann, Erich 965  
 Kemp, Friedhelm 853

- Kennedy, Anthony 210 f., 213, 494, 651,  
752, 764 f., 836, 839, 925 ff., 934, 977 ff.,  
1013, 1033, 1039 f.
- Kersting, Wolfgang 117
- Kilcher, Andreas B. 879
- Kirchhof, Paul 709
- Kirchmann, Julius v. 650
- Kirk, Russell 163, 215, 217
- Kleist, Heinrich v. 5, 873, 1105, 1110,  
1147
- Kloepfer, Michael 7, 75, 251, 257, 271, 426,  
503, 658, 719, 793, 818, 829, 964 f., 1029
- Kohler, Christian 426, 658
- Kölz, Alfred 962, 966
- Komorowski, Alexis v. 543, 1017, 1094
- Korioth, Stefan 248, 257
- Korte, Karl-Rudolf 590
- Köstlin, Thomas 376
- Kraft, Julius 668
- Kramer, Larry D. 703, 722, 727 f., 970
- Krause, Skadi S. 125
- Kreimer, Seth F. 56 f., 59, 945 ff., 954 f.,  
958, 963, 973, 977, 979, 981 f., 986, 999,  
1003, 1060, 1141
- Kremer, Detlef 879
- Kriele, Martin 639
- Kruis, Konrad 585 ff., 592, 660 f., 750, 973,  
1075, 1125, 1132
- Krumme, Peter 864
- Kube, Hanno 519
- Laband, Paul 844
- La Fayette, Marquis de 47 ff., 57, 124
- Lasser, Mitchel 8, 75, 793
- Lepsius, Oliver 640, 1104, 1134, 1147
- Lerche, Peter 55, 58, 61, 68 f., 147, 181,  
189, 195, 198, 200, 218, 234, 257, 261,  
276, 440, 660 f., 665, 674, 689, 892, 970,  
1037, 1116, 1128
- Lerg, Charlotte A. 127
- Levine, Caroline 257 f.
- Levy, Jacob T. 1064
- Lieber, Francis 76, 127 ff., 134 f., 140, 177,  
661, 1018, 1111
- Llanque, Marcus 119 f., 136, 1112
- Locke, John 76, 82, 1023
- Lübbe-Wolff, Gertrude 359
- Luther, Martin 655
- Machiavelli, Niccolò 117
- Madison, James 47 ff., 57, 84, 87 ff., 90 f.,  
95, 98, 105, 109, 111 ff., 123 f., 129,  
132 ff., 705, 737, 984 ff., 989, 1022 f.,  
1042, 1064
- Mallarmé, Stéphane 873 f.
- Man, Paul de 61, 63 ff., 73, 795 f., 833,  
836 ff., 847, 849 ff., 862 ff., 871 ff., 881 ff.,  
887 ff., 892 ff., 917 f., 920 f., 929, 935 f.,  
938 ff., 942 ff., 950, 975, 1004 f., 1105,  
1136 ff.
- Mann, Thomas 839
- Mannheimer, Michael J. Zydney 368 ff.,  
380, 437, 785
- Masing, Johannes 730
- Mayer, Franz C. 441, 446, 527, 658, 767,  
1040 f.
- Mayer, Otto 221 f., 225 f., 269, 1064
- Mehring, Reinhard 1021
- Meinecke, Friedrich 126
- Melenk, Margot 884
- Mellinghoff, Rudolf 652
- Menke, Christoph 939, 942
- Merkel, Wolfgang 1043, 1045, 1145
- Merritt, Deborah Jones 384, 470, 659 f.,  
785
- Merten, Detlef 637
- Metzger, Gillian E. 331
- Mikos, Robert A. 282, 703, 726
- Mithen, Steven 841
- Mohl, Robert (v.) 127 ff., 134 f., 137, 140,  
661, 1111
- Möllers, Christoph 7, 69, 147, 155, 167,  
181, 188, 203, 277, 481, 528, 541 ff., 548,  
563, 701, 729, 731, 789, 820 ff., 835, 846,  
1007, 1009, 1017, 1028, 1045, 1049, 1057,  
1065, 1068, 1087, 1092, 1094, 1143, 1145
- Montesquieu, Charles 113, 137
- Morrison, Trevor 211, 723
- Möstil, Markus 429, 445, 1020
- Mouffe, Chantal 1048
- Müller, Marika 905, 975 f.
- Münkler, Herfried 48, 116 f., 223, 1112
- Muscheler, Karlheinz 1057
- Mustokoff, Matthew 278
- Nash, Jonathan Remy 434 f., 1018
- Nebrig, Alexander 780

- Nerval, Gérard de 884  
 Nicolaïdis, Kalypso 809, 1056  
 Nietzsche, Friedrich 63, 865 f., 873 f., 879, 1139  
 Nolte, Paul 1045
- O'Connor, Sandra Day 469 f., 510, 659, 690, 978, 984 f., 989  
 Offe, Claus 1048, 1062  
 Ossenbühl, Fritz 273  
 Otto, Walter 630
- Paulsen, Michael Stokes 707  
 Pildes, Richard H. 681  
 Pines, Sarah 887, 890  
 Pitkin, Hanna Fenichel 99  
 Pleyer, Marcus C. F. 621  
 Pornschlegel, Clemens 675  
 Posner, Richard A. 784  
 Preuß, Hugo 130, 177 f., 198 f., 208, 1018, 1063  
 Proust, Marcel 873 f., 895 f., 899 ff.  
 Publius 83, 112 f.  
 Puhle, Hans-Jürgen 1043, 1045, 1145
- Ramus, Petrus 918  
 Rancière, Jacques 1048  
 Rehnquist, William 383, 391  
 Resnik, Judith 216, 218, 223, 233 f., 951  
 Richter, Hedwig 1045  
 Rilke, Rainer Maria 224, 873 f.  
 Ring, Max 5, 1110  
 Rixen, Stephan 1098  
 Roberts, John G. 511 ff., 523, 612, 839 f., 890, 929 f., 932, 934 f.  
 Roesler, Shannon M. 422, 430  
 Röhl, Hans Christian 61, 635 f., 645, 656 f., 667, 780 f., 969, 1127  
 Röhl, Klaus F. 61, 635 f., 645, 656 f., 667, 780, 969, 1127  
 Rousseau, Jean-Jacques 873 f., 921, 1022  
 Roy, Ayon 1004
- Sabel, Charles F. 1050, 1060 f.  
 Sahn, Philipp 666  
 Šarčević, Edin 273  
 Scalia, Antonin 132 f., 436, 491, 651, 655, 659, 766, 984 ff., 1019
- Schiff, Peter H. 977 f., 980  
 Schlaffer, Heinz 860  
 Schlegel, Friedrich 871, 904 ff., 915, 918, 973, 975 f., 1004  
 Schlink, Bernhard 60, 778, 789, 790 ff., 939, 941, 945, 963, 970, 977, 1000, 1134  
 Schmelzer, Alexander 380  
 Schmidt, Christopher W. 724 f.  
 Schmitt, Carl 123, 174 ff., 178 ff., 185, 189 f., 195 f., 198, 200, 203, 218 f., 229, 253 f., 276 f., 311, 380, 482, 567, 660, 880, 1018, 1020 f., 1052 f., 1094, 1113 f.  
 Schneider, Hans-Peter 701  
 Schönberger, Christoph 253, 809  
 Schönberger, Sophie 375  
 Schulze-Fielitz, Helmuth 695  
 Schwanitz, Dietrich 953  
 Sedgwick, Eve Kosofsky 941  
 Sendler, Horst 603 ff., 608  
 Seneca, Lucius Annaeus 514  
 Sharma, Deepa 614 f.  
 Shelley, Percy Bysshe 873  
 Simpson, David 913, 915  
 Skinner, Quentin 117 f.  
 Sluter, Claus 263  
 Smend, Rudolf 180 f., 218, 221 ff., 224 ff., 236, 282, 660 f., 714, 951, 961, 964, 1010 f., 1018, 1144  
 Smith, Barbara Herrnstein 859  
 Smith, Melancton 98  
 Sonnicksen, Jared 102  
 Sotomayor, Sonia 513  
 Souter, David 133, 211, 926 f., 984 ff., 997 f., 1013  
 Spinner, Kaspar H. 860  
 Stevens, John Paul 133, 750, 984, 986  
 Straßenberger, Grit 116 f., 223  
 Suk, Julie Chi-hye 216, 218, 223, 233 f., 951  
 Susman, Margarete 858
- Thoma, Richard 965, 970, 977  
 Thomas, Clarence 836  
 Tocotronic 5, 836  
 Tocqueville, Alexis de 72, 124 ff., 130, 134 f., 137, 140, 177, 199, 661, 832, 1111  
 Treitschke, Heinrich v. 1064  
 Tribe, Laurence H. 227

- Triepel, Heinrich 180 f., 222, 270  
 Troper, Michel 155  
 Tushnet, Mark 206, 227, 230, 705, 722 f.,  
 737, 1062  
 Ullrich, Wolfgang 75, 265 ff., 671, 754,  
 779, 790, 792, 881, 941, 1107, 1116  
 Vesting, Thomas 644  
 Vico, Giambattista 865, 879, 918, 1139  
 Vismann, Cornelia 634  
 Voßkuhle, Andreas 665 f., 777 f.  
 Waldhoff, Christian 189, 457, 463, 689,  
 727, 736, 741  
 Walzel, Oskar 858  
 Walzer, Michael 202, 356  
 Warren, Earl 454, 466  
 Watson, Alan 832  
 Weber, Max 223, 983  
 Wechsler, Herbert 279 ff., 311, 340, 703,  
 710, 756, 785  
 Weinrich, Harald 883 f.  
 Werner, Peter 587  
 Whig, An Old 100  
 White, Hayden 918 ff.  
 White, Justin DuPratt 557, 1081 f., 1085  
 Wiesing, Lambert 260 f.  
 Wittreck, Fabian 50 ff., 56 f., 59 ff., 66 f.,  
 956 ff., 962 f., 966, 969, 972 f., 981 f., 988,  
 1000, 1002, 1141  
 Wordsworth, William 873, 911, 913, 928,  
 938  
 Yeats, William Butler 873 f., 897  
 Young, Ernest A. 717

## Sachverzeichnis

- Abgabenimmunität 382, 505
- Abgabenrecht 363, 402, 1031, 1120
- abstrakte Normenkontrolle 372, 386, 399, 586 f., 637, 749 f., 1044
- accountability* 299, 736, 930, 932, 934, 978, 1044, 1095 ff.
- Demoikratie 934, 1095 ff., 1100
- Finanzverfassung 513, 523
- Gesetzgebung 470 f., 474, 477, 480, 1122
- Verwaltung 481, 489, 491, 501, 1123
- Administrativföderalismus
- administrative safeguards of federalism 333
- Alltag 310
- *anti-commandeering doctrine* 171, 490 ff., 500, 653, 688, 748, 984 f., 1123
- Autonomie 490, 493 f., 659, 1118, 1123
- Bundesingerenzausübungsschranken 481 ff.
- Bundeszwang *siehe* Bundeszwang
- cooperative federalism *siehe* cooperative federalism
- Demokratietheorie 489, 501, 1097
- Etatismus 489, 494, 496, 501
- Ingerenzeffektivierung 594 ff.
- Krisen 482, 589
- Notstand 482
- performance 595, 608, 1126
- Störfälle 482, 589
- Verantwortungsklarheit 481, 489, 491, 501, 1097
- Verschränkung *siehe* Verschränkungs-föderalismus
- Verwaltungsexpertokratie 173, 332 f., 601, 605 f., 608, 617, 660, 721, 1029, 1126, 1133
- Verweigerung 434, 582, 595, 958, 1126
- Weisung *siehe* Weisung
- Affordanz
- Dogmatik 676, 798, 1135
- Föderalismus 255, 262 ff., 271, 1115
- akademische Jurisprudenz *siehe* Jurisprudenz
- allgemein-politisches Mandat 290, 543, 1016 f., 1090 ff., 1096, 1103, 1147
- Allzuständigkeit d. Staates 445, 543, 1015 ff., 1094, 1102, 1144
- Americanization* 152, 187, 531, 810
- amicus curiae brief* 635, 657 f., 826
- Änderungsfestigkeit
- Grundgesetz 310, 560, 562, 564, 769
- US-Verfassung 310, 553 ff., 1082
- Anekdote 1005 f., 1110, 1143
- Anerkennung, Demoikratie 1055 f., 1067 f., 1072, 1075, 1080, 1103, 1146
- Anthropomorphismus
- Begriff 840 ff.
- blackbox 1102
- Dekonstruktion 881 ff.
- (und) Demokratie 934, 981, 1067 ff., 1146 f.
- dogmatischer Charakter 881 ff., 887 f., 891 ff.
- Existenz 1018 ff., 1102, 1144
- Föderalismusverfassungsrecht 839 f., 889 ff., 921 ff.
- (und) Freiheit 935, 1032 ff., 1145
- Holismus 1015 f., 1018, 1102, 1144
- ideologischer Charakter 891 f., 920, 936, 1138
- ironischer 913 ff., 930 ff., 943, 945 f., 950, 955, 963, 972 f., 981, 997 f.
- Lyrik 866 ff., 885 ff.
- Matermorphismus 1016
- metaphorischer 909 f., 922 ff.
- metonymischer 909 ff., 924 ff., 1005 ff.
- (und) Nationalismus 934, 1012 ff., 1144
- Patermorphismus 1016
- (und) Personifikation 840, 842, 847 ff.
- (und) Rechtspersönlichkeit 837, 842 ff., 890, 1137

- rhetorischer Überschuss 847
- (und) Staatlichkeit 934, 1012 ff., 1144
- synekdochischer 911 ff., 928 ff.
- Theomorphismus 178 f., 971
- Traditionalismus 1015 f., 1034, 1102, 1144
- Treue als 62, 66 f., 69, 73, 350, 837 ff., 888, 890 ff., 934, 938, 963, 970, 972 ff., 1102 f., 1105, 1109, 1137, 1140 ff., 1145 ff.
- (und) Trope 868, 894 f., 908 ff., 922 ff.
- tropische Struktur 894 f., 908 ff., 922 ff.
- Verlegenheit (*siehe auch* Verlegenheit) 1105, 1147
- Vitalismus 159, 1015, 1018 f., 1102, 1144
- Würde als 67, 69, 73, 272, 275, 350, 481, 837 ff., 888, 890 ff., 934, 938, 945, 950, 955, 1102 f., 1105, 1109, 1137, 1140 ff., 1145 ff.
- anti-commandeering doctrine*
  - (und) Finanzverfassungsrecht 512 f.
  - Gesetzgebung 468 ff., 473, 653, 713, 748, 783, 1122
  - (und) Rhetorik 692, 945 ff., 954 f., 958, 963, 977 f., 1126
  - Verwaltung 171, 490 ff., 500, 653, 688, 748, 984 f., 1123
- Anti-Diskriminierungsrecht *siehe* Diskriminierung
- Anti-Federalists*
  - Demokratie 96 ff., 1042, 1047
  - direkte Demokratie 96 f., 102 f., 106
  - elite Anti-Federalists 96, 101
  - (und) *Federalists* 77 f., 90, 96, 108 ff., 149, 151, 275, 708, 808, 832, 933, 1006, 1010 ff., 1042, 1111
  - Föderalismus 102 ff., 1010
  - Freiheit 90, 100 f., 368
  - Ideenpolitik 134 ff., 140, 274 f., 278, 832, 933, 1006, 1111 f.
  - Instrumentalföderalismus 104, 107, 815, 1112
  - Name 111, 113
  - popular Anti-Federalists 96, 101
  - Rezeption 120 ff., 131 ff.
- Antisemitismus 849 ff., 938, 942
- apokryphe Dogmatik 650 ff., 669, 674, 829 f., 835, 980, 986, 989, 1001, 1128
  - Maßstabssetzung 653 f., 980
  - obiter dictum 652 f., 986, 989
  - Sondervotum 651 f., 986
  - Wirkmacht 655 f., 674
- Aporie (und Methodik) 835, 1007
- Arbeitsgemeinschaft, föderale 588, 592
- Arbeitsrecht, Sonderarbeitsrecht 272, 382, 384 f., 392, 434, 1014, 1119
- Arbeitsteilung
  - föderale 103, 172, 190 f., 217 f., 501, 588, 592, 1042, 1125
  - Gewaltenteilungsbewältigung 588
  - Verfassungsinterpretation 744 f., 1131
- Argumentieren, verfassungstextfernes 642 ff.
- Artefakt 255 f., 262, 687, 793, 804, 808, 1115
- Ästhetik
  - Autonomieästhetik *siehe* Autonomieästhetik
  - Dekonstruktion 879 ff., 902 ff.
  - (und) Dogmatik 875 ff.
  - Ideologie 796, 838, 875 ff., 891, 902 ff., 906, 908, 913, 920, 936, 940, 1138 f.
  - (und) Rhetorik 878 ff.
- Asylrecht (*siehe auch* Aufenthaltsrecht) 427 f.
- Atomkraft *siehe* Kernkraftwerk
- Aufenthaltsrecht 161, 424, 427 f., 430, 435, 446, 498 f., 509, 713, 766, 1120 f.
  - Aufsicht, Anspruch auf 588 f.
- Aufteilen 58, 147 f., 261
- Auftragsverwaltung 54, 297, 301, 310, 313, 427, 495, 497, 501, 654, 980, 1019
- Aura 257, 259, 262, 1115
- Ausländerwahlrecht
  - Deutschland 545, 587, 592, 750, 753, 1075 f., 1103, 1146
  - USA *siehe* non-citizen voting
- Auslieferung 192, 581 f.
- Ausnahmeverfassungsrecht (*siehe auch* Krise) 308
- ausschließliche Kompetenz
  - Bundesebene 191, 316, 373, 543, 1019, 1092
  - (und) Ermächtigung 191, 474, 476 f., 620

- förderierte Einheiten 364 f., 370, 372 ff., 375, 378 f., 539, 648, 650, 1103, 1119
- (und) Kompetenzausübungspflicht 419
- (und) Kompetenzeffektivierung 435, 444
- Ausstellungswert 262, 1115
- Autonomie 55, 188, 190, 204, 207, 312, 345, 347, 350 352 f., 361, 466 f., 473, 481 f., 489 f., 493, 540, 659, 928, 1010, 1041, 1085, 1114, 1117 f., 1123 f., 1126 f.
- Autonomieästhetik 876, 878
- Autonomiegleichheit 620, 626
- autonomy, state* 55 f., 68, 350, 384, 659, 785
- Autor/Autorin
  - Autobiographie 64, 183, 871
  - Dogmatik 870
  - (und) Mensch 1110
  - Verlegenheit 1109, 1147
- bailout* 522, 571 f., 578 f., 719
- Beamte 67, 133, 277, 309, 381 f., 385 ff., 395, 398, 474 f., 488, 514, 524, 562 f., 599, 606, 665 f., 720 f., 770, 777, 846, 890, 925, 933, 967, 969, 989 f., 993, 1015, 1094, 1119, 1133, 1141
- Beamtenrecht *siehe* Landesbeamtenrecht
- Befolgung v. Recht 492, 632, 696, 698 ff., 702, 706, 709, 711 ff., 718, 721, 725, 731 f., 746, 771, 1129 f.
- Befugnis 208, 291 ff., 843, 1022
- Begriffsarbeit, Komparatistik 147 f., 811, 821 ff., 834, 1136
- Begriffspolitik 84, 111, 114
- Beobachtung, teilnehmende 118, 774, 779, 781 f., 787
- Bescheidenheit, Ironie 976, 1004, 1109
- besitzbürgerliche Volkssouveränität 87, 92 f., 95, 100
- Bestimmtheitsgebote, föderale 496, 507 f., 650, 758, 764, 767, 1132
- Bill of Rights* 90, 101, 121, 368
- Breitendemokratie 96, 99 f., 102 ff., 1042
- Bund (Modell, Idee)
  - Bundesebene *siehe* Bundesebene
  - Dauerhaftigkeit 174, 190, 193, 205, 1113
  - Definition 174 ff., 178 f., 1113
  - echter Bund 176, 180, 182, 195, 1113
  - Einstimmigkeit 95, 200 f., 203 f., 254, 553, 557 f., 752, 1070, 1081 f.
  - Geschichte 179 ff., 221 ff., 255, 259
  - Historismus 180 f., 183, 186, 188, 213
  - Homogenität 187, 189, 198 ff., 206, 225, 234, 239, 250 ff., 257, 306 ff., 348, 527 f., 530 f., 538, 542, 587 f., 592, 689, 810, 1053, 1058, 1125
  - Ideologie 146, 179 f., 222 f., 225, 245, 272 f., 951, 1113
  - Legitimationstheorie 58, 80, 175, 188 f., 213, 234 f., 247, 265, 268, 278, 689, 786, 793, 798, 1058, 1063, 1114
  - Lesefigur 146, 183 f., 837, 1113
  - Lesekonvention 140, 174, 182 ff., 234, 786, 1113
  - Modell 140, 174 ff.
  - Narration 181, 183, 203
  - politische Idee 141, 173, 175
  - Selbsterhaltung *siehe* Selbsterhaltung
  - Stiftungspaktmodell *siehe* Stiftungspakt
  - Verfassungsänderung 193, 197, 203 f., 349, 550, 1083
  - Verfassungstheorie 179 f., 182 f., 203, 239, 253
  - Verselbstständigung 189, 206
  - Zweck 174 f., 185 f., 190, 193, 196, 207, 216, 218 ff., 229
- Bundesauftragsverwaltung *siehe* Auftragsverwaltung
- Bundesebene
  - Begriff 157 f.
  - besondere Ebene 169
  - (im) Bundes-Modell 174, 177, 186, 205 ff.
  - Metaphorik 164 ff.
- Bundesfinanzhilfen 58, 71, 298 ff., 304, 506 ff., 514 ff., 562, 568, 572, 575 f., 600, 607, 690, 719, 760, 770, 890, 929, 932 f., 946, 981, 1096 ff., 1106, 1133
  - accountability 1096 ff.
  - Demokratietheorie 514, 517, 522 f., 930, 932, 981, 1099
  - Deutschland 514 ff., 575 f., 600, 770
  - Ermessen 572, 575 f.
  - Fondswirtschaft 515
  - goldene Zügel *siehe* goldene Zügel
  - *Obamacare* 55, 68, 510 f., 523, 690, 840, 929, 932, 981, 997 f., 1000
  - Umgehung 519



- (und) Umsatzsteuerneuverteilung 519, 521, 1098
- USA 506 ff., 572, 890, 929, 932 f., 946, 981
- Verfassungsänderungen 517 ff., 562, 600, 770, 1133
- verfassungskonforme Auslegung 516
- Verfassungspolitik 770
- Bundesfreundlichkeit (*siehe auch* Freundschaft) 53, 1118
- Bundesgericht, Rechtsgemeinschaft 581 ff., 1125
- Bundesingerenzausübungspflicht 353 f., 567 ff., 1125
  - Anspruch auf Einschreiten 580, 582, 586, 589, 591
  - Anspruch auf Solidarität 567 ff.
  - Bundesgerichte 581 ff.
  - diagonale 567 f., 580 ff., 1075, 1125
  - gleichheitsbezogene 608 ff., 1126
  - Homogenität 583, 586 ff., 592
  - Moderieren 589 ff., 606 f., 1125
  - Streitschlichtung 581, 583, 591 f., 1125
  - vertikale 567 ff.
- Bundesingerenzausübungsschranke 352 f., 466 ff., 1122
  - Administrativföderalismus *siehe* Administrativföderalismus
  - anti-commandeering doctrine *siehe* anti-commandeering doctrine
  - Bundesfinanzhilfen 506 ff.
  - Bundesverfassungsänderungsgrenzen 549 ff., 1081 ff., 1124
  - Finanzhilfen 506 ff.
  - Finanzverfassungsrecht 502 ff.
  - Gesetzgebung 467 ff.
  - Judikativföderalismus 502
  - Legislativföderalismus *siehe* Legislativföderalismus
  - Staatsorganisation 525 ff.
  - Verfassungsänderungsgrenzen 549 ff.
  - Verfassungsautonomie 525 ff., 1124
  - Verwaltung 481 ff.
  - Wahlrechtsföderalismus 533 ff., 546 ff.
  - Weisungen 489 ff.
- Bundeskompetenzausübung, föderale Disparitäten 449 ff.
- Bundeskompetenzausübungspflicht 353 f., 419 ff., 1120
  - Anspruch auf Bundeskompetenzgebrauch 425 ff.
  - Asylrecht 427 f.
  - Aufenthaltsrecht 424, 427 f., 430, 1120
  - ausschließliche Kompetenz 419
  - Etatismus 419, 422, 428 ff.
  - federal inaction 420 f., 432
  - „Flüchtlingskrise“ 427 ff.
  - Grenzschutz 428, 658, 980
  - Klimaschutzrecht 354, 421 f., 1120 f., 1132
  - Migrationsrecht 422 f., 430
  - Staatlichkeit 425, 427 ff.
  - status positivus *siehe* status positivus
  - Umweltschutzrecht 426, 430
  - Untätigkeit 419 ff., 424, 430, 432
- Bundeskompetenzausübungsschranke 352 f., 363 ff., 1119
  - Funktionsreservate *siehe* Funktionsreservate
  - Gesetzgebungsreservate *siehe* Gesetzgebungsreservate
  - instrumentelle 402 ff.
  - Personalhoheit 380 f., 383 ff., 387, 563, 659, 756, 759, 770, 989, 1014, 1119
  - Rechtsregimekonflikt *siehe* Rechtsregime
  - sachpolitische Gesetzgebungsreservate *siehe* Gesetzgebungsreservate
  - Staatshaftungsrecht *siehe* Staatshaftungsrecht
  - status negativus *siehe* status negativus
- Bundesorgane, föderale 201, 204, 301, 309 f., 337, 339, 341 f., 345, 555, 560, 565, 619, 728, 1118, 1124
- Bundesrat (Grundgesetz) 162, 192, 201, 301, 309 f., 337 f., 340 f., 345, 351, 386, 399 ff., 483, 488, 495, 517, 519, 544, 560, 565, 589, 598 ff., 606, 619, 623, 711, 728, 770, 994 f., 1014, 1086 ff., 1118
- Bundesrat (RV 1871) 202, 224, 714, 968, 1052
- Bundesrecht
  - Gegenentwürfe zum ~ 433, 437, 1121
  - Nichtanwendbarkeit 366, 437, 766
  - Nichtvollzug 604

- Supplementierung v. ~ 433, 435, 437, 1121
- Verdrängung v. ~ *siehe preemption*
- Vollzug 322 ff., 330, 332 ff., 354, 367, 421, 424, 430, 437, 439, 459, 485, 487, 489, 491 f., 498, 500 f., 602 ff., 608, 715, 718, 764, 769, 984 f., 1030, 1122 f.
- Bundessolidarität 53, 567 f., 573, 579, 590, 622, 627, 692, 757, 1126 f.
- bedingungslos 575, 578, 580, 967
- Finanzverfassung 575, 622
- Gleichheit 622 f., 627, 1126 f.
- Bundesstaat
- Begriff 240 f., 242 ff., 258, 1115
- monarchischer 79, 222, 225 f., 832
- Rechtsbegriff 242 f., 248 f.
- republikanischer 225, 832
- Schleusenbegriff 270 f., 273
- unitarischer 333, 598, 602, 660, 1084, 1126
- Bundesstaatsprinzip (Grundgesetz) 145, 270, 441 f., 527, 562, 996
- Bundesstaatsrecht 242, 246, 1115
- Bundestreue (*siehe auch* föderale Treue)
- Akzessorietätsthese 960 ff.
- Asymmetrie 963, 966 ff.
- Bundes-Modell 220 ff.
- Bundesverfassungsgerichtstreue *siehe* Bundesverfassungsgerichtstreue
- Dekonstruktion 67, 221, 956 ff., 1141 f.
- demoikratische 221, 224, 1062 f.
- Drittwirkung 1036 f., 1039, 1063, 1145
- Exekutiv-Eliten-Praxis 221 ff., 225, 714, 951, 968, 974, 1024
- Individualisierung 221, 224, 1036 f., 1062 f., 1145
- Instrumentalisierung 957 ff., 962 f., 964 f., 973 f., 988
- Justiziabilität 960 f., 965, 1003
- Kaiserreich 221 ff., 951, 968 f., 974
- Kritik 956 ff.
- rechtswissenschaftliches Selbstverständnis 59 f., 963, 969 f.
- ungeschriebenes Recht 222, 224, 226, 620, 839, 956, 971 f.
- (und) Verfassungsorganstreue 964 f., 1002 f.
- (und) Verfassungstreue 706 ff., 778, 964 ff., 1002, 1130
- Weimarer Republik 225, 970
- Weisungen 496, 501
- Willkür-Kontrolle 957 f., 962
- Bundesverfassungsänderung *siehe* Verfassungsänderung
- Bundesverfassungsgerichtspositivismus 60, 789 ff., 941, 945, 963, 970, 1000, 1134
- Bundesverfassungsgerichtstreue 50 f., 59, 61, 66, 945, 956, 963 f., 966, 968 f., 972 ff., 1000, 1003, 1141 f.
- Bundesverwaltung 327 ff., 337, 421, 424, 487, 491, 603, 805, 1118
- Ermessen 354, 367 f., 421 f., 424, 426, 569, 571, 713, 766, 769
- Föderalismusgefährdung 331 f., 337, 805, 1118
- Untätigkeit 421, 424
- Bundeszwang
- Anspruch auf ~ 588
- Grenzen 482, 488 f., 500
- bündische Sorge für das Grundgesetz 53, 585 f., 588, 592, 660, 692, 750, 973, 1075, 1125, 1127, 1132
- Bürger/Bürgerin
- *citoyen* 724, 729 f., 734
- Individuum *siehe* Individuum
- case law* (*siehe auch* Richterrecht) 638, 988
- citoyen* 724, 729 f., 734
- Clean Air Act* 302, 354, 422 f., 493, 584, 596, 617, 750
- clear-statement rule* (*siehe auch* Bestimmtheitsgebote) 507
- close reading* 74, 796 f., 819 f., 833 f., 880, 944, 1135 f.
- commerce clause* 438, 739, 765
- comparata* 799, 802, 811 f., 827
- comparative federalism* 244, 800, 811
- comparative jurisprudence* 823 f.
- conceptualism* 147, 811, 821 ff., 1136
- conditional grants* (*siehe auch* Bundesfinanzhilfe) 506 f., 509 f., 512
- conditional spending* 55, 299, 517, 523, 690, 788, 929, 1096, 1099 f.

*cooperative federalism* (siehe auch kooperativer Föderalismus)

- Autonomie im ~ 490, 493, 511
- Deutschland (siehe auch kooperativer Föderalismus) 302
- Kompetenzkompensation 593 ff.
- *uncooperative federalism* 305, 596, 659, 662, 721, 1126
- USA 230, 302, 325, 490, 493, 500 f., 511, 584, 595 f., 721, 804, 823, 1123, 1126

Corona-Virus siehe COVID-19

*counter-majoritarian difficulty* 712, 761, 763 f., 766, 1046

*counter-majoritarian federalism* 761 f.

Courtoisie 951 f., 954

COVID-19 310, 479, 485, 487, 570, 572, 575, 579, 589, 592, 606

*death penalty* (siehe auch Todesstrafe)

368 f., 437, 713, 769, 785

Dekonstruktion

- Abgrenzung 879 f., 917 f.
- accountability 523
- Ästhetik 879 ff., 902 ff.
- Begriff 879 ff., 1138
- (und) Biografie v. de Man 939
- (und) Dogmatik 869
- interdisziplinär 1138, 1140
- ironische 937, 942 ff., 1136, 1141
- Kritik an 1004
- Kulturhoheit 374 f., 380, 648
- Literaturwissenschaft 63, 183, 796, 837 f., 849 f.
- Lyrik 849, 869 ff., 1137 f.
- metonymische 937, 942, 1005 ff., 1102, 1136
- Philosophie 880
- Polizeihochheit 377, 380
- (und) Rhetorik 73, 796, 876, 881
- Textimmanenz 880 f., 894
- Treue 956 ff.
- Willensfreiheit 981, 1100 f.
- Würde 945 ff.
- Yale School 850, 879 f.
- Zwang 981, 1100 f., 1104

deliberative Demokratie 1050 f., 1060, 1145

Demoikratie

- *accountability* 934, 1095, 1100
  - allgemein-politisches Mandat 1017, 1090 ff., 1096
- Demoikratie, Anerkennung 1055 f., 1067 f., 1072, 1075, 1080, 1103, 1146
- (und) Anthropomorphismen 1067 ff., 1143, 1146
  - Begriff 1056
  - demoikratische Bundestreue 221, 224, 1062 f.
  - Europäische Union 809, 1056
  - (und) Föderalismus 178, 246 ff., 721, 1019, 1051 f., 1058 ff., 1064 ff., 1103 f., 1145 f.
  - Identitäten 1065
  - individualistische 1065, 1089 f.
  - Instrument 1067
  - Multiarchie 1056 f.
  - Repräsentationspluralismus 1089 ff., 1094 f., 1147
  - Schutzgut 1066 f., 1146
  - Stiftungspakt 566, 1056 f., 1081, 1084, 1146
  - Toleranz 1068, 1074 f., 1084 f.
  - Verbandsingerenzen 544, 600, 1058, 1080 ff., 1084 f., 1087 f., 1146
  - Verfassungsänderung 550, 1070, 1081 f., 1147
  - Versagen 1071, 1094
  - Wahlrechtsföderalismus 546, 548, 1069 ff., 1074 ff., 1078 ff., 1146
  - Wirkungsdimension 721, 1066 f., 1146
- Demokratie
- *Anti-Federalists* 96 ff., 1042, 1047
  - Breitendemokratie 96, 99 f., 102 ff., 1042
  - deliberative 1050 f., 1060, 1145
  - Demoikratie siehe Demoikratie
  - Demokratiebewältigung 1049, 1051, 1058, 1146
  - Demokratiefähigkeit 481, 543, 548, 692, 1017, 1094, 1127
  - direkte ~ siehe direkte Demokratie
  - Eigenverantwortung 1062
  - *embedded democracy* 1043 ff., 1051, 1058 f., 1074, 1145
  - experimentelle 1043, 1050 f., 1145

- *Federalists* 82 f., 87 ff., 92 ff., 104 ff., 107 ff., 114, 124, 126, 128, 134, 137, 1042, 1047, 1064, 1111 f.
- Identität 1055, 1059, 1063, 1065, 1067 f., 1109
- Para-Demokratie *siehe* Para-Demokratie
- parlamentarische 543, 1017, 1093 ff.
- radikale 109, 1044, 1048, 1050, 1145
- (und) Rechtswissenschaft 1104, 1134, 1147
- repräsentative *siehe* repräsentative Demokratie
- Wahldemokratie 1043, 1045 f., 1059, 1145
- Wahlverhalten 735 f., 1099
- Zumutungen *siehe* Zumutungen d. Demokratie
- Demokratiebewältigung
  - Bewältigungsstrategien 1049, 1051, 1058, 1146
  - Demoikratie *siehe* Demoikratie
  - (und) Föderalismus 1058, 1146
  - Zumutung *siehe* Zumutungen d. Demokratie
- Demokratiefähigkeit, normative 481, 543, 548, 692, 1017, 1094, 1127
- Demokratiethorie
  - Administrativföderalismus 489, 501, 1097
  - Demoikratie *siehe* Demoikratie
  - Demokratiebewältigung *siehe* Demokratiebewältigung
  - expressivistische 1053, 1146
  - Finanzhilfen 514, 517, 522 f., 930, 932, 981, 1099
  - individualistische 1053 ff., 1058 f., 1062, 1146
  - kollektivistische 1052
  - Legislativföderalismus 470, 475, 477, 480, 1097
  - Mikroaspekte 1048
  - Para-Demokratie *siehe* Para-Demokratie
  - radikale 109, 1044, 1048, 1050, 1145
  - Verfassungsänderung 550, 566, 1056, 1066, 1069 f., 1081 ff., 1103, 1124, 1147
  - Verfassungsautonomie 527, 529, 538 ff., 541 ff., 545 f., 546 ff., 1058, 1068, 1124, 1127
  - Wahlrecht 538 f., 545 f., 547, 1068, 1071 ff., 1074 ff., 1076 ff., 1103, 1146
  - Zumutungen *siehe* Zumutungen d. Demokratie
  - Denkmuster 120, 146, 919 ff., 1113, 1143
  - departmentalism*
    - Begriff 704 ff.
    - Erstinterpretation 709, 712, 719
    - gemäßigt 707, 719, 1130
    - nullification *siehe* nullification
    - streng/strikt 707, 715 f., 718, 1130
  - departmentalist federalism* 704, 708 f., 712 f., 715 f., 718 f., 732 f., 744, 746, 808, 1129 f.
  - Ingerenzgebrauch 702, 710 f., 713, , 746, 1130
  - intergovernmental retaliation 699, 715
  - Kompetenzgebrauch 702, 710 f., 713, , 746, 1130
  - nullification *siehe* nullification
  - Verbandsgrundrechtspositionen 712 ff., 714 f., 717, 719, 721, 746, 1130
  - deskriptive Repräsentation 98, 1042
  - Didaktik
    - (und) Dogmatik 676, 687, 778, 870, 1128
    - Literaturdidaktik 676, 856, 870
    - Rechtsdidaktik 676
  - Diener (Metapher)
    - Föderalismus als Diener 93
    - föderierte Einheit als Diener 107, 232, 333, 595, 602, 608, 660, 662, 692, 721, 768, 771, 785, 924, 974, 1126 f.
    - Gericht als Diener 974
  - dignity, state ~ siehe state dignity*
  - direkte Demokratie
    - Anti-Federalists 96 f., 102 f., 106
    - (und) deliberative Demokratie 1050 f., 1060, 1145
    - (und) Demoikratie 1044, 1046, 1058, 1103, 1145
    - Deutschland 347, 529, 542 f., 546 f., 1059, 1088, 1094
    - Federalists 87 f.
    - (und) *judicial self-restraint* 761, 765, 771, 1066, 1132
    - *popular federalism* 725, 728, 731 ff., 735, 745, 1130
    - Rechtsetzung 539, 731 ff., 1130

- USA 438, 529, 538 ff., 546 f., 558, 713, 732 f., 765, 769, 771, 1059, 1082, 1085
- Verfassungsänderung 558, 1082
- Verfassungsautonomie 529, 538 ff., 542 f., 546 f., 1085, 1088, 1094, 1124, 1145 ff.
- Volksgesetzgebung 731 ff., 1130
- discretion*
- *executive* ~ 367
- *prosecutorial* ~ 421, 713, 766
- Diskriminierung
- Antidiskriminierungsrecht 327, 384, 393, 1024 f.
- föderale 461, 465, 585, 618
- Nationalismus 1009
- Protektionismus 227 ff., 457, 583
- Wahlrecht 344, 472, 535, 610, 612, 1071, 1073, 1103, 1146
- Diskurs
- dogmatischer *siehe* dogmatischer Diskurs
- lyrischer *siehe* lyrischer Diskurs
- Diskursanalyse 672
- disparate impact* 449, 451 ff., 455, 614
- disparate treatment* 449 ff., 614
- dissenting vote* *siehe* Sondervotum
- Dogmatik
- Affordanz 798, 1135
- Akteure 665 f., 781 f., 783
- Angebotscharakter 676
- apokryphe ~ *siehe* apokryphe Dogmatik
- (und) Ästhetik 875 ff.
- Begriff 60, 139, 664 f., 776, 869 f.
- (und) Dekonstruktion 869
- (und) Didaktik 676, 687, 778, 870, 1128
- diskursiv 59 f., 663, 668 ff., 671 ff., 685 f., 693, 1105, 1128 f., 1147
- Dogmatikbildung *siehe* Dogmatikbildung
- dogmatisch-föderale Treue *siehe* dogmatisch-föderale Treue
- dogmatisch-föderale Würde *siehe* dogmatisch-föderale Würde
- dogmatische Stimme *siehe* dogmatische Stimme
- dogmatische Welt *siehe* dogmatische Welt
- dogmatischer Diskurs *siehe* dogmatischer Diskurs
- dogmatisches Gespräch 771, 838, 893, 937, 943 f., 970
- Elite 672, 1128
- Etikette *siehe* Etikette
- *expressivism* 681, 824
- Form 675 f., 684, 687, 1134
- Formalisierung 674 ff., 684 ff., 691, 693, 772, 787, 947, 974, 998, 1128 f.
- Formalisierungsleistung 675 ff.
- (als) Forschungsgegenstand 776
- Gegenwelten 766, 768 ff., 789, 1132 f.
- geltende ~ 362, 646, 830
- Gerichtsfähigkeit *siehe* Gerichtsfähigkeit
- Gerichtszentrismus 667, 783, 785
- Gewalt 64, 796, 838, 871, 881, 885, 888, 900
- *good law* 362, 364, 371, 501, 646, 829 f., 958, 1128
- Grenzen d. Dogmatik 607, 768 ff., 1142
- (und) Ideenpolitik 139 f., 267 f., 680, 1112, 1114, 1129
- (und) Ideologie 64, 839, 869, 892, 894, 936, 943, 987, 1137, 1141
- Inhalt 675 f.
- Instrumentalisierung 674, 678 ff., 684 ff., 689, 693, 772, 787, 949, 957, 974, 1128 f.
- Instrumentalleistung 678, 684
- kanonisch 61, 646, 651, 674, 688, 829, 835, 980, 1128
- Kommentarbedürftigkeit 265 f., 793
- Kunst 265 ff., 687, 796, 941, 1116
- Literaturwissenschaft *siehe* Literaturdogmatik
- Machttechnik *siehe* Machttechnik
- Maßstabssetzung, 640, 652, 654 f.
- obsolete ~ 364, 382, 646 f., 649 f., 669, 674, 829 f., 833, 835, 1014, 1105, 1128, 1147
- Operationalisieren 60, 138 ff., 267, 665, 676, 678 f., 684, 687, 744, 781, 829, 869 f., 892, 949, 1128
- (und) Pädagogik 676, 687, 778, 790, 893, 937, 954
- Pluralisierung 59 f., 669 ff., 685, 693, 772, 776 f., 787 f., 797, 837, 954, 970, 974, 986, 998, 1001, 1105, 1116 f., 1128 f., 1134, 1147
- Rechtsdogmatikforschung *siehe* Rechtsdogmatikforschung

- Rechtsinhaltsquelltext (*siehe auch* Rechtsinhaltsquelltext) 61, 663, 668 ff., 672, 675, 1105, 1127
- Rechtsstaat 665, 678, 777 f., 790
- Rezeptionsnischen 75, 265, 267 f., 754, 791 ff., 807, 881, 891, 941, 1107, 1116, 1134
- (und) Rhetorik 685, 691 ff., 786 ff., 876
- symbolisches Kapital 754, 771
- ungesicherte ~ 55, 364, 369, 440 f., 445, 527, 609, 984, 1120 f.
- unitarisch-statisch 668 f., 673
- Verlegenheit (*siehe auch* Verlegenheit) 1109
- vor Gericht *siehe* Gerichtsfokus
- Zuspitzung *siehe* Zuspitzung
- Zwischenschicht 60, 663 ff., 674 ff., 679, 683, 685, 776, 869, 892, 1128
- Dogmatikbildung
  - Akteure 665 f., 781 f., 783
  - Ausschlüsse 651, 671, 777 f., 881, 1128
  - diskursiv *siehe* dogmatischer Diskurs
  - Elite 672, 1128
  - Etikette *siehe* Etikette
  - Hierarchien 671, 674 f., 1128
  - (und) Ideenpolitik 139 f., 267 f., 680, 1112, 1114, 1129
  - kollektiv 64, 670, 672 f., 701, 794 ff., 824
  - Opportunismus 681 ff., 689, 947, 949
  - Pluralismus 59 f., 669 ff., 685, 693, 772, 776 f., 787 f., 797, 837, 954, 970, 974, 986, 998, 1001, 1105, 1116 f., 1128 f., 1134, 1147
  - Praxis 662, 665 ff., 668, 671
  - Realpolitik 56 f., 679, 681 ff., 689 ff., 710, 949, 954, 957, 960, 963, 973, 999
  - Rhetorik 685, 691 ff., 786 ff., 876
  - Textarbeit 59, 794, 798, 820, 986, 1135
  - Wertungen 671, 673, 676
  - Wissenschaft 665 f., 781 f., 783
- Dogmatikforschung
  - interdisziplinäre 888 f.
  - Rechtsdogmatikforschung *siehe* Rechtsdogmatikforschung
- Dogmatikvergleich 74, 816, 826, 828
- dogmatisch-föderale Treue
  - Asymmetrie 60 f., 966 ff., 973
  - Bundesverfassungsgerichtstreue *siehe* Bundesverfassungsgerichtstreue
  - Dekonstruktion 67, 956 ff.
  - Ironie 51, 60, 66 f., 956, 963 ff., 970, 972 ff., 1141 f.
  - Selbstunterwerfung 956, 969
  - Sphärensprung 963, 969, 972 f., 1142
- dogmatisch-föderale Würde
  - Dekonstruktion 945
  - Etikette *siehe* Etikette
  - Ironie 945 ff., 950, 955, 973 f., 1141 f.
  - Sphärensprung 955, 973, 1142
- dogmatische Stimme 61, 66, 693, 781, 838, 889, 893, 936 f., 942 ff., 945, 955, 989, 992, 998 f., 1136, 1138, 1141
- Vorbehalt des Gelesenwerdens 9043, 1141
- dogmatische Welt
  - Analyse 1005 ff.
  - Dekonstruktion 893, 937, 999, 1138, 1142
  - Föderalismusverfassungsrecht 838, 890, 937
- dogmatischer Diskurs 59 f., 663, 668 ff., 671 ff., 685 f., 693, 1105, 1128 f., 1147
- dogmatisches Gespräch 771, 838, 893, 937, 943 f., 970
- dormant commerce clause* 227 ff., 233, 317, 582 f.
- Drittwirkung
  - Bundestreue 1036 f., 1039, 1063
  - Föderalismusverfassungsrecht 248, 925, 1033, 1036 f., 1039, 1063
- dual sovereignty* 641 f., 831
- Durchsetzbarkeit, gerichtliche *siehe* Justiziabilität
- Ebene, politische 156, 160, 164 ff., 1056
- Ebenenbildung 148, 153, 156, 160, 164 f., 1056
- Ebenenstruktur, virtuelle 164
- Ehe 178, 371, 1035, 1039
- Eifersucht föderaler Träger 1010 f., 1021, 1102, 1144
- Eigenstaatlichkeit
  - föderale Würde 211 ff.
  - Länder 53 f., 211 f., 225, 233, 313, 350, 372, 385, 429, 443, 475, 496 f., 499, 505,

- 548, 562, 566, 642, 686, 691 f., 713, 720, 980, 990 f., 1010, 1081, 1119, 1122, 1124, 1127, 1143
- *statehood* 530 ff., 548, 692, 1124, 1127
- Weisungsgrenze 496 f.
- Eigenverantwortung
- departmentalism 1130
- Einschreiten, Anspruch auf ~ 580, 582, 586, 589, 591
- (und) Solidarität 578, 757
- Staatlichkeit 569, 573, 1125
- Einstimmigkeit 95, 200 f., 203 f., 254, 553, 557 f., 752, 1070, 1081 f.
- Einzelstaaten *siehe* föderierte Einheit
- Elite
- Dogmatik 672, 1128
- elite Anti-Federalists 96, 101
- Elitendemokratie 86, 92, 98, 102, 104 ff., 109, 128
- Etikette 951
- Exekutiv-Eliten 221 ff., 225, 714, 951, 968, 974, 1024
- regionale Eliten 1029
- embedded democracy* 1043 ff., 1051, 1058 f., 1074, 1145
- Entscheidungsaufschub
- Ironie 991
- Maßstabsbildung 991
- Epoche, Romantik 811, 857, 870 ff., 884 f., 888, 891
- equal footing* 532, 609, 612
- equal sovereignty* 52, 609 ff., 618, 626, 641 f., 686, 692, 1071 ff., 1126 f.
- Drei-Elemente-Test 614 f.
- legislative Selbstbestimmung 616 f.
- Verfassungsgeschichte 612 f.
- Wahlrecht 535, 609 ff., 613, 626, 1071 ff.
- Erfahrung, ästhetische 260 ff., 265, 877, 902, 1115
- Erforderlichkeitsklausel 402, 740
- Ermessen (*siehe auch discretion*)
- Aufsicht 588 f.
- Bundesfinanzhilfen 572, 575 f.
- föderierten Einheiten 498, 605
- Gericht 58
- Hilfe durch Bund 569, 571 ff., 575, 577, 579, 624, 1125
- Ingerenzausübung 507, 569, 571 ff., 575, 577, 579, 588, 624, 742 f., 746, 1131
- (und) judicial self-restraint 755, 767
- Kompetenzausübung 388, 711, 713, 742 f., 746, 766, 769, 1131
- Rechtsverordnungserlass 478
- US-Präsident 569, 571
- Vollzug v. Bundesrecht 354, 367 f., 421 f., 424, 426, 713, 766, 769
- Erstinterpretation 709, 712, 719
- Etatismus
- Administrativföderalismus 489, 494, 496, 501
- Allzuständigkeit 445, 543, 1015 ff., 1094, 1102, 1144
- Aufenthaltsrecht 430, 442, 446, 766, 1120 f.
- Begriff 1009 f., 1143
- Bundesstaat (Begriff) 246
- Eifersucht 1010 f., 1021, 1102, 1144
- Finanzhilfen 522 f.
- Grenzschutz 68, 442, 980, 1020, 1121
- Ideenpolitik 1009 f., 1143
- Klimaschutzrecht 422, 430, 691, 1019, 1120 ff.
- Kompetenzeffektivierung 436, 440, 443 f., 445, 1121
- Kryptonormativität 69, 159, 442, 798, 983, 1009
- Landesbeamtenrecht 387
- Legislativföderalismus 470, 475 f., 480
- methodischer 1010, 1143
- Migrationsrecht 430, 442, 446, 766, 1120 f.
- Personalhoheit 387
- *Schmitt* 196
- Solidarität 578, 580, 627, 1020
- Staaten ohne Ernstfall 578, 580, 627, 1020, 1102, 1144
- Staatlichkeit als Anspruchstitel 425, 580, 1020, 1120
- Staatsgrenze 1020
- Staatsorganisation 541, 543, 548
- Umweltschutzrecht 422, 430, 691, 1019, 1120 ff.
- (und) Unitarismus 1010, 1012, 1143 f.
- v. *Mohl* 129 f., 135



- Verfassungsänderungsgrenzen 561 f., 564 ff.
- Verfassungsautonomie 541, 543, 548
- vor-demokratisch 1013 f.
- Ethik des Lesens 839, 938, 940 f., 1000 f., 1004, 1141
- Ethik des Schreibens 938, 941, 1001, 1004, 1141
- Etikette
  - Affirmation 977, 979
  - Begriff 952
  - Courtoisie 951 f., 954
  - Dekonstruktion 945, 950 ff.
  - Elite *siehe* Elite
  - föderale Würde 950 f., 955
  - Formalismus 947 ff., 952, 954
  - höfische 951 ff.
  - Instrumentalisierung 947, 949, 954
  - Oberflächlichkeit 947, 952
  - Opportunismus 947, 949
  - Realpolitik 949, 954, 957, 960, 963, 973, 999
  - Renaissance 953
  - Soziologie 950 ff.
- etiquette federalism* 945 ff., 950, 977, 1002, 1141
- Exekutiv-Eliten-Praxis 221 ff., 225, 714, 951, 968, 974, 1024
- Exekutivföderalismus *siehe* Administrativ-föderalismus
- Existenz, kollektive 500 f., 654, 1018 ff., 1102, 1105, 1144
- expressivism*
  - Demokratietheorie 1053, 1146
  - Dogmatik 681, 824
  - Komparatistik 811, 824 f., 833, 835
  - Lyrik 858
- Faden-Knoten-Modell 74
- federal inaction* 304, 420 f., 432, 434
- Federalist Papers*
  - Entstehung 83 f.
  - Ideenpolitik 120
  - Inhalte 82 f., 85 ff., 96, 100, 1022
  - popular federalism 725
  - Rechtserzeugungsquellen 634, 1127
  - Rezeption 123 ff., 131 f., 134 ff., 985 ff.
- Federalists*
  - (und) *Anti-Federalists* 77 f., 90, 96, 108 ff., 149, 151, 275, 708, 808, 832, 933, 1006, 1010 ff., 1042, 1111
  - Demokratie 82 f., 87 ff., 92 ff., 104 ff., 107 ff., 114, 124, 126, 128, 134, 137, 1042, 1047, 1064, 1111 f.
  - direkte Demokratie 87 f.
  - Föderalismus 93 ff., 105, 107
  - Freiheit 89 ff., 1021
  - Ideenpolitik 114 f., 120, 136 f., 275, 802, 933, 1006, 1111 f.
  - Instrumentalföderalismus 93, 104, 107, 725
  - Name 111 ff.
  - Nationalstaat 84, 87, 92, 151, 1010
  - Publius 83, 112 f.
  - Rezeption 121, 123 ff., 128, 131 ff., 135, 985 ff.
- Fehllektüre
  - Dekonstruktion 853, 878, 882, 885, 887, 892
  - Ironie 982, 997
- Festschrift 221 f., 586, 660 f., 970
- Finanzausgleich 504 f., 519, 521, 622, 625 ff., 719, 757, 959 f., 974
- Finanzen, öffentliche 71, 161, 290 f., 395 f., 401 f., 404 f., 502 ff., 571 ff., 575 ff., 622 ff., 719, 1120, 1122 f., 1125 ff., 1132 f.
- Finanzhilfen *siehe* Bundesfinanzhilfen
- Finanzhoheit und Staatshaftung 363, 395 f., 401 f.
- Finanzverfassungsrecht
  - Ausgabenverantwortung 503
  - *bailout* 522, 571 f., 578 f., 719
  - Bundesfinanzhilfen *siehe* Bundesfinanzhilfen
  - Bundessolidarität 575, 622
  - conditional grants 506 f., 509 f., 512
  - Einnahmen 404, 503 ff., 519 f., 522
  - Finanzausgleich *siehe* Finanzausgleich
  - Finanzhilfen *siehe* Bundesfinanzhilfen
  - Finanzverantwortung 503
  - föderale Disparitäten 622 ff., 1126
  - föderale Gleichheit 622 ff., 1126
  - Fondswirtschaft 515
  - goldene Zügel *siehe* goldene Zügel

- Ingerenzausübungsgrenzen 502 ff.
- *no bailout* 522, 571 f., 578 f., 719
- Verteilung v. Finanzmitteln 503 ff., 506
- Flickenteppich (Metapher) 166
- „Flüchtlingskrise“ 427 ff.
- föderale Gleichheit *siehe status aequalis*
- föderale Treue
  - Administrativföderalismus 230 ff., 496, 499 ff.
  - Anthropomorphismus 62, 66 f., 69, 73, 350, 837 ff., 888, 890 ff., 934, 938, 963, 970, 972 ff., 1102 f., 1105, 1109, 1137, 1140 ff., 1145 ff.
  - Bundes-Modell 218 ff.
  - Bundestreue *siehe* Bundestreue
  - cooperative federalism *siehe* cooperative federalism
  - Deutsches Kaiserreich 221 ff., 951, 968 f., 974
  - Deutschland (*siehe auch* Bundestreue) 221 ff.
  - dogmatisch-föderale Treue *siehe* dogmatisch-föderale Treue
  - dormant commerce clause *siehe* dormant commerce clause
- föderale Treue, Exekutiv-Eliten-Praxis *siehe* Exekutiv-Eliten-Praxis
  - (und) föderale Würde 233 f.
  - Ideenpolitik 232
  - Kooperation 218 ff., 223, 226 f., 230 ff., 234
  - monarchischer Bundesstaat 222, 225 f., 968
  - prozeduraler Charakter 234 f., 501
  - Rücksichtnahme 218 ff., 223, 226 ff., 233 f.
  - Sphärensprung 963, 969, 972 f., 1142
  - USA 226 ff.
  - Verfassungsrechtsdogmatik 221 ff.
  - Vertragsdenken 219 f.
  - Verweisungscharakter 234
  - Weisungen 496, 501
- föderale Würde
  - Anthropomorphismus 67, 69, 73, 272, 275, 350, 481, 837 ff., 888, 890 ff., 934, 938, 945, 950, 955, 1102 f., 1105, 1109, 1137, 1140 ff., 1145 ff.
  - anti-commandeering doctrine *siehe* anti-commandeering doctrine
  - Arbeitstopos 209 f.
  - deklaratorisch 212 f., 216, 218
  - dogmatisch-föderale Würde *siehe* dogmatisch-föderale Würde
  - Eigenstaatlichkeit der Länder *siehe* Eigenstaatlichkeit
  - *equal sovereignty* 52, 610 f., 614, 1127
  - Etikette *siehe* Etikette
  - Fiktion vor-gegebener Würde 213, 215, 218, 347
  - Finanzhilfen 512 f.
  - (und) föderale Treue 233 f.
  - Gesetzgebung 468, 480
  - (und) Gleichheit 197, 610 f., 614, 1127
  - Ideenpolitik 232
  - konstitutiv 212 f., 215, 217 f.
  - prozeduraler Charakter 234 f.
  - Recht, sich auf Würde berufen zu dürfen 213, 215, 218, 233 f., 312, 349, 1114
  - Rollen-Würde 216, 223, 233 f., 312, 350, 951, 955, 999, 1114
  - Schutzwürdigkeit 68 f., 72, 209 f., 212 f., 215, 219, 234, 1113, 1137
  - (und) Solidarität 625 ff.
  - Sphärensprung 955, 973, 1142
  - Staatshaftung 392, 396, 401 f.
  - state dignity *siehe* state dignity
  - Verfassungsrechtsdogmatik 210 ff.
  - Verwaltung 494, 500 f.
  - Verweisungscharakter 213, 215, 218, 233 f., 312, 349, 1114
  - vor-gefundene Würde 212 f., 215 f., 218, 233 f., 347, 349, 968, 1113 f.
  - Willensfreiheit 481, 510, 513, 690, 692, 840, 890, 977, 1096, 1122, 1126
- föderaler Träger
  - Begriff 156, 158
  - Spiegelbildlichkeit 207 ff., 220, 968, 1011
  - Trägerkompetenz 285
  - Wesensähnlichkeit 207 ff., 220, 968, 1011
- föderaler Verband *siehe* Verband
- Föderalismen (im Plural) 79, 149, 167
- Föderalismus
  - Affordanz 255, 262 ff., 271, 1115

- Angebotscharakter 255, 262, 264, 274
- Arbeitsteilung 103, 172, 190 f., 217 f., 501, 588, 592, 1042, 1125
- Aufteilen 58, 147 f., 261
- Begriff 148 f.
- Bundes-Modell *siehe* Bund
- Bundesstaat *siehe* Bundesstaat
- comparative federalism 244, 800, 811
- cooperative federalism *siehe* cooperative federalism
- Definition 148 f.
- Demoikratie *siehe* Demoikratie
- Demokratiebewältigung 1058, 1146
- departmentalist federalism *siehe* departmentalist federalism
- Dogmatiklastigkeit 267, 793, 1116
- Drittwirkung 248, 925, 1033, 1036 f., 1039, 1063
- Durchgriff auf Individuen 448
- Eifersucht 1010 f., 1021, 1102, 1144
- Elite *siehe* Elite
- Etikette *siehe* Etikette
- Etymologie 149 f., 242
- föderale Garantie 186, 196, 1114
- föderalismusrelevantes Verfassungsrecht 247 f.
- Föderalismusverfassungsrecht *siehe* Föderalismusverfassungsrecht
- Föderalismusvergleich 244, 800, 811
- foot voting 1030, 1035
- (und) Freiheit *siehe* freiheitlicher Föderalismus
- freiheitlich-nationalstaatlich-repräsentativ-demokratischer *siehe* freiheitlich-nationalstaatlich-repräsentativ-demokratischer Föderalismus
- Grundformel 152
- historische Kontexte 150 ff.
- Homogenität *siehe* Homogenität
- Ideologie 70, 144, 146, 179 f., 245, 278, 1113
- Imperium 151, 187, 531, 810
- Kolonialismus 809
- Kontingenz 78 ff., 259, 277
- kooperativer *siehe* kooperativer Föderalismus
- Kunst *siehe* Kunst der föderalen Form
- Legitimationstheorie 58, 80, 104, 175, 188 f., 213, 234 f., 247, 265, 268, 278, 689, 786, 793, 798, 1058, 1063, 1114
- Luxus 259 ff., 277, 793, 1115
- Machtambivalenz 330
- Modelle 104 ff., 170 ff., 324, 334 f., 804 f.
- politische Theorie 141 ff., 113 f.
- popular federalism *siehe* popular federalism
- Realpolitik (*siehe auch* Realpolitik) 276
- (und) Rechtsstaat *siehe* Rechtsstaat und Föderalismus
- Selbsterhaltung *siehe* Selbsterhaltung
- Strukturelemente *siehe* Strukturelemente
- Teleologien 150 f., 802, 831, 833
- Trennungsföderalismus *siehe* Trennungsföderalismus
- Unikat 257 f., 262, 271, 793, 1115
- Verfassungsrecht *siehe* Föderalismusverfassungsrecht
- Verschränkungsföderalismus *siehe* Verschränkungsföderalismus
- Verzichtbarkeit 259, 277, 689, 793
- Wahlverhalten 735 f., 1099
- Wirkungsdimensionen *siehe* Wirkungsdimensionen
- Wissenschaftstheorie 141 ff.
- Föderalismusreform 385 f., 415, 474, 517 f., 561, 623
- Finanzhilfen 517 f.
- Landesbeamtenrecht 385 f.
- föderalismus-verfassungskonforme Auslegung
- Finanzhilfen 516
- Funktionsreservate 384, 387, 1119
- Gesetzgebungsreservate 365 ff., 379, 1119
- *judicial self-restraint* 758, 764, 767, 1132
- Föderalismusverfassungsrecht
- Begriff 241 ff.
- Bestimmtheitsgebote 496, 507 f., 650, 758, 764, 767, 1132
- Dogmatiklastigkeit 267, 793, 1116
- Drittwirkung 248, 925, 1033, 1036 f., 1039, 1063

- Freiheit (*siehe auch* freiheitlicher Föderalismus) 1025 ff.
- moderierender Charakter 276, 278, 1114, 1116, 1118
- prozeduraler Charakter 278, 351, 458, 494, 496, 500 f., 507, 551, 553 f., 565, 599, 609, 618, 626, 654, 687, 959, 1084, 1116, 1123 f., 1126
- Rechtsbedürftigkeit föderaler Ordnung 248 f., 268, 1115
- Struktur-Wirkungs-Matrix 236 f., 279, 281 ff., 284, 628, 667, 683, 693, 703, 746, 827, 956, 1066 f., 1116
- Strukturelemente *siehe* Strukturelemente
- Theorie 248 ff., 693 ff.
- Unter-Verfassungsrecht 300 f., 324, 1117
- Verfassungsbedürftigkeit föderaler Ordnung 248 f., 252, 255, 268, 301 f., 1115
- verfassungskonforme Auslegung 365 ff., 379, 384, 387, 516, 758, 764, 767, 1119, 1132
- Vorbehalt der Verfassung 250 ff., 561, 594
- Wirkungsdimensionen *siehe* Wirkungsdimensionen
- föderierte Einheit
  - Abgabennimmunität 382, 505
  - Bundes-Modell 185 f., 190, 197
  - Definition 156 f.
  - Diener (Metapher) 107, 232, 333, 595, 602, 608, 660, 662, 692, 721, 768, 771, 785, 924, 974, 1126 f.
  - Gesetzgebungskompetenzen 315 ff., 364 ff., 402 ff.
  - Haftungsnimmunität 388, 390, 401, 502, 1120
  - Hauptstadt 531 f., 547, 1124
  - Held (Metapher) 108
  - Immunität *siehe* Immunität
  - Ingerenzen 337 ff.
  - Kompetenzen 314 ff.
  - prekäre Stellung 71, 108, 140, 173, 321, 332 f., 336, 345, 467, 787, 1011, 1118
  - Quasi-Souveränität *siehe* Quasi-Souveränität
  - Regierungssitz 531 f., 547, 1124
  - Regierungssystem 106, 188, 348, 529 f., 1087
  - Schutzbedürftigkeit 71 f., 140
  - Schutzwürdigkeit 54, 64, 68 f., 71 f., 102, 107, 134 ff., 140 ff., 146 f., 179, 183, 209 f., 212 f., 215, 219, 234, 786, 797, 802, 812, 815, 825, 834, 837, 847, 935, 937, 941, 968, 978, 1019 f., 1111 ff., 1136 f.
  - Selbsterhaltung *siehe* Selbsterhaltung
  - Staatsorganisation *siehe* Staatsorganisation
  - Status im Bund 185 f., 190, 197
  - Verbandsgrundrechtspositionen *siehe* Verbandsgrundrechtsposition
  - Verfassungsautonomie *siehe* Verfassungsautonomie
  - verfassungsrechtliche Stellung 313 ff.
  - Verwaltungsexpertokratie 173, 332 f., 601, 605 f., 608, 617, 660, 721, 1029, 1126, 1133
  - Verwaltungskompetenzen 322 ff.
  - Willensbildung *siehe* Willensbildung
  - Willensfreiheit *siehe* Willensfreiheit
- foedus 141, 149 f., 173, 242
- Fondswirtschaft 515
- foot voting 1030, 1035
- Form
  - Dogmatik 675 f., 684, 687, 1134
  - föderale ~ 257, 261, 265, 267 f., 271, 796, 1115
  - Formalismus *siehe* Formalismus
  - Formung 143, 152, 255 ff., 262 f., 269, 793, 798, 1025 f., 1028, 1059, 1135
  - (und) Funktion 257, 262 f. 265 f., 675, 677 ff.
  - Kunst *siehe* Kunst
- form matters 74, 792, 825, 835, 1104, 1134
- Formalisierung
  - Dogmatik 674 ff., 684 ff., 691, 693, 772, 787, 947, 974, 998, 1128 f.
  - formalistische 677 f.
  - funktionalistische 677 f.
  - Zuspitzung 257, 263, 265, 685, 687, 693, 772, 787, 793, 795, 797, 837, 974, 998, 1002, 1115, 1129, 1133
- Formalismus
  - Affirmation 794, 977, 1134
  - Dogmatik 677 f., 684, 688
  - dogmatikfokussierter 74, 811, 815
  - Etikette 947 ff., 952, 954

- *form matters* 74, 792, 825, 835, 1104, 1134
- Komparatistik 74, 811 ff., 815 ff., 818 f., 821 f., 1135 f.
- taking form seriously 74, 792, 1134
- Vergleichen 74, 811 ff., 815 ff., 818 f., 821 f., 1135 f.
- Forschungsgegenstand 70, 118, 693, 774 ff., 776, 779 f., 792, 794, 805, 808, 920, 1043
- Freiheit
  - *Anti-Federalists* 90, 100 f., 368
  - Ausgestaltung 1031, 1035, 1040
  - *Federalists* 81 ff., 85, 89 ff., 1021
  - (und) Föderalismus *siehe* freiheitlicher Föderalismus
  - foot voting 1030, 1035
  - Gewaltenteilungsbewältigung 1031, 1036 f., 1103, 1144
  - (und) Herrschaft 1025
  - individuelle 78, 81, 83, 85, 89 ff., 94, 101, 206, 269, 470, 491, 731, 836, 935, 1024 f., 1030, 1033, 1035 f., 1043, 1046, 1054, 1102, 1145
  - kollektive 91, 100 f., 206, 1021 ff., 1025, 1033, 1036, 1102 f., 1144 f.
  - Kompetenzverteilungsschema 247, 369 ff., 1033 f., 1103, 1145
  - Komplexitätsreduzierung 1036 f.
  - negative 91 f., 100, 106, 135, 513, 929 f., 935, 1021, 1023 f., 1025 f., 1028 f., 1032 f., 1036, 1043, 1102, 1144 f.
  - normgeprägte 1039 f., 1103
  - positive 91, 100, 106, 681, 930, 1021, 1023 ff., 1027 f., 1030 ff., 1033 ff., 1036 f., 1039, 1043, 1060, 1103, 1144
  - (und) Rechtsstaat 247, 1026 ff., 1144
  - (und) Verfassung 1025
  - Vielfalt 1039
- freiheitlich-nationalstaatlich-repräsentativ-demokratischer Föderalismus
  - *Federalists* 81 ff., 726
  - Ideenpolitik 73, 76 ff., 80 f., 120, 137, 140 f., 146 f., 786, 797, 1111
  - Rechtsvergleich 801 f., 804, 811 f., 814 f., 825, 1136
  - Rhetorik 933, 1005 f., 1104, 1147
  - Verfassungsrecht 247, 680, 694
- freiheitlicher Föderalismus 48 ff., 57, 67 ff., 74 78 ff., 93 f., 104, 106 f., 786, 798, 802, 807, 814, 822 f., 825, 1102 ff., 1111 f., 1114 ff., 1119, 1123, 1140 f., 1143 ff., 1147
- *Anti-Federalists* 90, 100 f., 368, 1025 ff.
- Bundes-Modell 189, 194, 199, 206, 220, 223 f., 233
- *Calhoun* 135
- (und) Demokratie 78 ff., 1043, 1055, 1059 f., 1062, 1068
- *Federalists* 81 ff., 85, 89 ff., 1021
- *Lieber* 135
- Rhetorik 929 f., 935, 937, 947, 952, 1019, 1021, 1025 ff., 1032 ff.
- v. *Mohl* 128
- Verfassungsrecht 247 f., 268, 278, 371, 380, 440, 463, 470 f., 491, 501, 513, 680 f., 689, 694, 714, 753 f., 1025 ff.
- Freundlichkeit 501, 839 f., 847, 923 f., 933, 971, 1140
- Friktionsauflösung 409 ff., 414, 416, 418
- Friktionstoleranz 406, 408, 410, 414, 416, 418 f.
- Funktion und Form 257, 262 f. 265 f., 675, 677 ff.
- Funktionalismus
  - Dogmatik 134, 608, 677 ff., 684, 688
  - Komparatistik 74, 812 ff., 1136
  - Organadäquanz 1028
  - soziologischer 155, 812 ff.
  - vollwertiger 812 ff.
- Funktionsreservate
  - Beamtenrecht 385 ff., 720, 1119
  - Grundgesetz 385 ff.
  - öffentlicher Dienst 381 ff.
  - Personalhoheit 380 f., 383 ff., 387, 563, 659, 756, 759, 770, 989, 1014, 1119
  - US-Verfassung 382 ff.
  - verfassungskonforme Auslegung 384, 387, 1119
- Gattung
  - Autobiographie 64, 183, 871
  - Lyrik 64 ff., 183, 837, 852 ff., 870 f., 1137
  - Rechtsinhaltsquelltext *siehe* Rechtsinhaltsquelltext

- Rechtstexte 629 ff., 631 ff., 645, 663, 670 f.
- Übersetzung 64, 871
- Gedicht *siehe* Lyrik
- Gelehrten-Intellektueller 126, 131, 223, 661, 970
- Gelesenwerden 63, 685, 691, 747, 770 f., 942 f., 1105, 1141
- Verlegenheit 1105
- Vorbehalt des ~s 943, 1141
- Wirkung durch ~ 770 f.
- Genre *siehe* Gattung
- Gericht
  - Dogmatik *siehe* Dogmatik
  - individuelle Legitimation 729, 761
  - Prüfungsdichte 737 f., 755, 757, 763, 1132
  - Richterrecht *siehe* Richterrecht
  - (kein) Selbstbefassungsrecht 699, 747, 1131
  - Selbstbewusstsein 975 f.
  - Selbstironie 944, 974 ff., 981 f., 997 f., 1142
  - Selbstreflexion 975
  - Setting vor ~ 645, 669, 671, 730, 771
- Gerichtsfähigkeit
  - Dogmatik 645, 685 f., 693, 772, 1127 f.
  - Verbandsgrundrechtspositionen 628, 685, 693, 772, 787, 791, 797, 837, 974, 1128 f.
  - Zuspitzung 360, 685 f., 693, 772, 787, 791, 797, 837, 974, 1112
- Gerichtsnähe
  - Bundesverfassungsgerichtspositivismus 60, 789 ff., 941, 945, 963, 970, 1000, 1134
  - Distanz 780 ff., 785, 790, 792, 794
  - Umgang 788 ff., 794, 1134
- Gerichtszentrismus 667, 783, 785
- Gerontokratie 970
- gerrymandering* 533, 539, 949
- Geschichte
  - Dogmatikgeschichte 363, 829 f., 833
  - Ideengeschichte *siehe* Ideengeschichte
  - (und) Komparatistik 824, 831 ff.
  - Literaturgeschichte 811, 871 f., 874 f.
  - Rechtsgeschichte *siehe* Rechtsgeschichte
- Gesetzesvollzug 322 ff., 330, 332 ff., 354, 367, 421, 424, 430, 437, 439, 459, 485, 487, 489, 491 f., 498, 500 f., 602 ff., 608, 715, 718, 764, 769, 984 f., 1030, 1122 f.
- Gesetzgebung *siehe* Legislativföderalismus
  - parlamentarische 478 f., 711, 732 f., 1046, 1075, 1085
  - Volksgesetzgebung (*siehe auch* direkte Demokratie) 731 ff., 1130
- Gesetzgebungsermächtigung 191, 474, 476 f., 620
- Gesetzgebungskompetenz
  - Alternativität 173, 191, 315 ff., 318, 321, 336, 410, 447, 717, 804 f., 1062
  - ausschließliche *siehe* ausschließliche Kompetenz
  - föderierte Einheiten 315 ff., 364 ff., 402 ff.
  - Grundgesetz 315 ff., 1118
  - instrumentell definiert 402 ff.
  - konkurrierende 316, 321, 386, 400, 412 f., 414, 419, 447, 474, 477, 621
  - Parallelität 191, 315 ff., 318, 321, 336, 365, 370, 379, 433, 437, 440, 445, 447, 468, 717, 759, 804 f., 1039, 1062, 1068, 1121
  - preemption *siehe* preemption
  - Rechtsregime *siehe* Rechtsregime
  - US-Verfassung 317, 320 ff.
- Gesetzgebungsreserve
  - ausschließliche Kompetenz(?) 364 f., 370, 372 ff., 375, 378 f., 539, 648, 650, 1103, 1119
  - Grundgesetz 371 ff., 467, 982 f., 1015, 1034, 1119
  - *historic police powers* 53, 364 ff., 370, 378 f., 437, 467, 557, 566, 648, 650, 686, 691, 713, 733, 751, 759, 764 f., 771, 1015, 1033, 1066, 1081, 1102, 1119, 1121, 1144
  - Individualgrundrechte 247, 369 ff., 1033 f., 1103, 1145
  - Lokales *siehe* Lokales
  - Nichtanwendbarkeit von Bundesrecht 366, 437, 766
  - preemption *siehe* preemption
  - sachpolitische 364 ff.
  - US-Verfassung *siehe* *historic police powers*

- verfassungskonforme Auslegung 365 ff., 379, 1119
- Gespräch
  - dogmatisches 771, 838, 893, 937, 943 f., 970
  - lyrisches 893
- Gestaltungsreservat 605, 764, 1066
- Gestaltungsvielfalt, föderale 409, 547, 718
- Gewalt
  - dogmatische 64, 796, 838, 871, 881, 885, 888, 900
  - maßstabssetzende 640, 654
- Gewaltenteilung
  - Arbeitsteilung 103, 172, 190 f., 217 f., 501, 588, 592, 1042, 1125
  - (und) Bundestreue 51, 57, 61, 956, 963, 1002
  - *Calhoun* 123, 134 f.
  - departmentalism *siehe* departmentalism
  - doppelte 91, 1022, 1059
  - *Federalists* 90 ff., 94, 105 f., 128, 1022
  - Gewaltenteilungsbewältigung *siehe* Gewaltenteilungsbewältigung
  - Herrschaftsbeschränkung 1028, 1059, 1102, 1145
  - Herrschaftseinrichtung 1025, 1028
  - horizontale 51, 57, 61, 63, 91, 94, 170, 325, 421, 491, 704, 789, 814, 950, 956, 963, 993, 999, 1002, 1026, 1043 f., 1046, 1059 f.
  - Multiarchie *siehe* Multiarchie
  - Organadäquanz 1028
  - vertikale 90 ff., 94, 105 f., 170, 194 f., 359, 423, 430, 432, 470 f., 480, 491, 501, 513, 522, 614, 680, 694, 814, 930, 935, 947, 1002, 1018, 1021, 1026 f., 1032, 1102 f., 1122 f., 1140, 1144 f.
  - Verwaltungsexpertokratie 173, 332 f., 601, 605 f., 608, 617, 660, 721, 1029, 1126, 1133
- Gewaltenteilungsbewältigung
  - Arbeitsteilung 588
  - Begriff 423
  - Freiheit 1031, 1036 f., 1103, 1144
  - Kompetenzausübungspflicht 423, 426, 428, 430, 1121
  - Kompetenzeffektivierung 431 f., 445 f.
  - Kompetenznichtgebrauch 423, 426, 428, 430, 445 f.
  - Komplexitätsreduzierung 1036
  - Normenkontrolle 586, 588
  - prosaisch 691, 1122
- Gleichheit
  - föderale *siehe* status aequalis
- Ingerenzausübung 356 ff., 608 ff., 1118, 1126
- Kompetenzausübung 356 ff., 447 ff., 1118, 1121
- komplexe 202 f., 356
- modale Unbestimmtheit 358 f.
- prozedurale 609, 618, 1126
- solidarische 618
- Gleichwertigkeit der Lebensverhältnisse 400, 457, 736
- goldene Zügel 71 f., 514, 517, 692, 719, 770, 1096 f., 1123, 1126 f.
- good law* 362, 364, 371, 501, 646, 829 f., 958, 1128
- Grenzschutz
  - Bundeskompetenzausübungspflicht 428, 658, 980
  - Kompetenzeffektivierung 442 ff., 718, 805, 1020, 1121
- Grundgesetz
  - Änderungsfestigkeit 310, 560, 562, 564, 769
  - Bundesstaatsprinzip *siehe* Bundesstaatsprinzip
  - Finanzhilfen 514 ff., 575 ff.
  - Gesetzgebungskompetenzen 315 ff., 1118
  - Kollisionsvermeidung 318, 320, 409 ff., 414, 416
  - Rechtsprechungskompetenzen 334 ff.
  - Trennungsföderalismus (*siehe auch* Trennungsföderalismus) 327 f., 330, 474
  - Verbandsgrundrechtspositionen 346 ff.
  - Verfassungsänderung 560 ff.
  - Verschränkungsföderalismus (*siehe auch* Verschränkungsföderalismus) 172 f., 191, 324, 329, 333, 396, 398, 402, 428, 494 f., 500 f., 579, 586, 588 f., 592, 598, 605 f., 721, 1026, 1029, 1097, 1100
  - Verwaltungskompetenzen 322 ff., 1118
  - Wahlrecht 540 ff., 587, 1074 ff.



- Grundlagen des Rechts 781 f., 785 f.
- Rechtsdogmatikforschung *siehe* Rechtsdogmatikforschung
  - Rechtssprache 794 ff., 1135
- Grundrechte *siehe* Individualgrundrechte
- Grundrechtsföderalismus (*siehe auch* Individualgrundrecht) 247, 380, 1027, 1030, 1115, 1144
- Gutachten 54, 61, 426 f., 429, 441, 443, 495, 630, 654, 657 f., 670, 826, 965, 1040, 1120
- Haftbarkeit** *siehe* Staatshaftungsrecht
- Haftungsimmunität (*siehe auch* Immunität) 388, 390, 401, 502, 1120
- Handel 364 f., 648, 759
- Hauptstadt 531 f., 547, 1124
- Hausgott (*Smend*) 226
- Hausgut
- Anthropomorphismus 993, 997 ff., 1105, 1109
  - Dekonstruktion 991 ff., 999 f.
  - Dogmatik 212, 349, 561, 563, 565, 692, 758, 760, 989 ff., 996, 1081, 1124
  - föderale Würde 212, 692
  - Maßstabsbildung 563, 565, 758, 769, 991, 996 f., 1001, 1124
- Heirat *siehe* Ehe
- Held (Metapher) 108
- Herrschaft
- (und) Freiheit 1025
  - Herrschaftsbeschränkung 1028, 1059, 1102, 1145
  - Herrschaftseinrichtung 1025, 1028
  - Herrschaftsformung 152, 1025 f., 1028, 1059
  - Herrschaftstechnik (*siehe auch* Machttechnik) 671, 952, 955
  - Rechtserzeugungsmacht 155, 290, 1113
  - (und) Verfassung 1025
- historic police powers* 53, 364 ff., 370, 378 f., 437, 467, 557, 566, 648, 650, 686, 691, 713, 733, 751, 759, 764 f., 771, 1015, 1033, 1066, 1081, 1102, 1119, 1121, 1144
- Historismus
- argumentativer 379
  - Bundes-Modell 180 f., 183, 186, 188, 213
  - ideengeschichtlicher 115
  - juristischer 180 f.
- Hochschulrecht 55, 355, 357, 440, 474 f., 516, 1031, 1037, 1039
- Höchstgerichtspositivismus (*siehe auch* Bundesverfassungsgerichtspositivismus) 791, 818, 826, 945, 1134
- Hoheitsgewalt
- Aufteilung v. 58, 147 f., 150, 153, 156, 158, 170, 243, 261, 285, 1017, 1026, 1039, 1113
  - föderierte Einheiten 311
  - Grenzen 1025
  - Kompetenzen 337
  - Legitimation 188
  - (im) Raum 452
  - Rechtserzeugungsmacht 155, 290, 1113
  - Verdopplung 158, 164, 208
- Holismus 1015 f., 1018, 1102, 1144
- Homogenisierung 151 f., 187, 531, 546, 810, 1079
- Homogenität
- Ausländerwahlrecht 538, 587 f.
  - Bundesingenzenzausübungspflicht 583, 586 ff., 592
  - demokratische 1053, 1059
  - faktische ~ 529 f.
  - föderale 187, 189, 198 ff., 206, 225, 234, 239, 250 ff., 257, 306 ff., 348, 527 f., 530 f., 538, 542, 587 f., 592, 689, 810, 1053, 1058, 1125
  - Lebensbedingungen 463
  - materielle 199 f., 206
  - nationale 806, 1009, 1047, 1053
  - Normenkontrolle 586 f.
  - Regierungssystem 348, 529 f.
  - substanzielle 199 f., 206, 1047, 1053
  - (nur im) Verfahren 189, 198, 234, 257, 689
  - Verfassungshomogenität 250 ff., 588
  - Wahlrecht 538, 587 f.
  - Wertegemeinschaft 592, 1125
- Homogenitätsgarantie 306 f.
- Homogenitätsgebot 225, 239, 307 f., 348, 527 f., 530, 537, 542, 583, 587, 1058
- horizontale Gewaltenteilung 51, 57, 61, 63, 91, 94, 170, 325, 421, 491, 704, 789, 814,

- 950, 956, 963, 993, 999, 1002, 1026, 1043 f., 1046, 1059 f.
- Hypothese
  - (und) Analyseschema 937
  - (und) Forschungsgegenstand 786 f.
  - Hypothese 1.1 140 ff., 146, 179, 234, 786, 797, 812, 825, 934, 937, 1005 f., 1112, 1114
  - Hypothese 1.2 234, 786, 797 f., 937, 1005, 1114
  - Hypothese 2.1 692, 772, 787, 792, 794 f., 797, 837, 937, 947, 958, 974 f., 988, 998, 1129
  - Hypothese 2.2 770 ff., 787, 789, 838, 975, 994, 998, 1133
  - (und) Methodik 786 f.
- Idee, politische *siehe* politische Idee
- Ideenarbeit 821, 824
- Ideengeschichte
  - Anti-Federalists *siehe* Anti-Federalists
  - Cambridge School 117
  - Federalists *siehe* Federalists
  - Föderalismus 142, 175, 195, 224
  - (und) Föderalismusverfassungsrecht 268 ff., 274 f., 1116
  - Freiheit 1021, 1023
  - Historismus 115
  - Ideenpolitik *siehe* Ideenpolitik
  - Interdisziplinarität 773 f., 776, 794, 797, 820, 832, 834, 1136
  - kontextsensibel 116 f.
  - Material 118, 120
  - Methodenpluralismus 115 ff., 780, 1112
  - politische 73, 76, 78, 81, 108, 113, 115 ff., 780, 1112
  - Rezeptionspolitik 110 f., 113 f.
  - Traditionen 119
  - (und) Verfassungsrecht 236, 248, 268 ff., 274 f., 1116
- Ideenpolitik
  - *Anti-Federalists* 134 ff., 140, 274 f., 278, 832, 1006, 1111 f.
  - Begriff 48 f., 114 ff., 1111
  - Demokratie 1041 ff., 1058 f., 1066, 1102, 1145 f.
  - (und) Dogmatik 139 f., 267 f., 680, 1112, 1114, 1129
  - Etatismus 1009 f., 1143
  - *Federalists* 114 f., 120, 136 f., 275, 802, 933, 1006, 1111 f.
  - (und) Föderalismusverfassungsrecht 268 ff.
  - ideenpolitisches Recht 274, 276, 680, 797 1116
  - Ideenproduktion 136 f., 236, 1112
  - Ideenreservoir 116, 124, 136 ff., 140 f., 179, 267 f., 274, 649, 780, 786, 802, 1112
  - Ideenrezeption 134, 136 f., 141, 210, 236, 649, 1112
  - Kryptonormativität 73 f., 77 f., 138, 141, 798, 1112, 1116
  - Machtpolitik 276, 682, 949, 1116
  - Meta-Politik 276, 278, 1116
  - metakonstitutionelles Material 797 f., 821
  - permanent 110, 274, 277, 279, 1114, 1116
  - (und) Rechtsdogmatik 680, 1129
  - Rezeptionspolitik 110 f., 113 f.
  - Schleusenbegriff *siehe* Schleusenbegriff
  - Theorie-Praxis-Interventionen 49, 110, 116, 144, 797
  - Typus 76 ff., 82 ff., 137, 141, 147, 151, 169, 801 ff., 1111, 1136
  - Zumutung 1046 f., 1049, 1058 f.
- Ideenpolitikforschung
  - Begriff 118 ff., 1111
  - Bundes-Modell (*Schmitt*) 175 f.
  - Methodik 797 f., 1135 f.
  - Rechtsdogmatikforschung 780
- ideenpolitische Konstellation
  - Ideengeschichte 69, 73, 77 f., 80 ff., 93, 120, 134 f., 137, 140, 146, 247, 278, 786, 797, 1111 f., 1114
  - Rhetorik 933, 943, 949, 1005 f.
  - Vergleich 802, 804, 812, 814 f., 822, 825
- ideenpolitischer Moment 50, 81, 108, 121, 210, 221, 275
- Ideenproduktion 136 f., 236, 1112
- Ideenreservoir 116, 124, 136 ff., 140 f., 179, 267 f., 274, 649, 780, 786, 802, 1112
- Ideenrezeption 134, 136 f., 141, 210, 236, 649, 1112

- Identität
  - (und) Anerkennung 1055, 1067 f.
  - Synekdoche 897 ff., 902, 911 f., 916 f., 928, 930 ff., 1139
  - Toleranz 1068
- Identitäten, Demoikratie 1065
- Ideologie
  - (des) Ästhetischen 796, 838, 875 ff., 891, 902 ff., 906, 908, 913, 920, 936, 940, 1138 f.
  - Beschreibung v. 179 f., 210, 275, 869, 888, 1113
  - Bund 146, 179 f., 222 f., 225, 245, 272 f., 951, 1113
  - Dekonstruktion 869, 875, 881, 892, 903 f., 940
  - (und) Dogmatik 64, 839, 869, 892, 894, 936, 943, 987, 1137, 1141
  - (des) Föderalismus 70, 144, 146, 179 f., 245, 278, 1113
  - (und) Ideenpolitik 138, 144, 278
  - (und) Kritik *siehe* Ideologiekritik
  - Lektürehaltung (*siehe auch* Literaturdogmatik) 64, 837, 839, 853, 869, 920, 936, 940, 1137, 1139
  - Narration 181, 183, 203, 906, 975
  - Nation (*siehe auch* Nationalismus) 157, 379, 806
  - (und) Recht 222, 268, 272 f., 682, 987, 1116
  - (und) Rhetorik 876, 881, 920 f.
  - Romantik (*siehe auch* Romantik) 872, 884, 913
  - Staatlichkeit (*siehe auch* Etatismus) 69, 157, 245, 379, 1009
  - (des) Subjekt(s) 877, 885, 888, 891, 902, 1138
  - (des) Symbol(s) 876, 902, 904, 1138
  - Volk (*siehe auch* Volk) 1047, 1052
- Ideologiekritik 69, 159, 189, 1009
  - Beschreibung v. Ideologie 179 f., 210, 275, 869, 888, 1113
  - Dekonstruktion 869, 892, 940, 942 f., 1141
  - Ironie 903 f., 906, 908
- Immunität
  - Abgabenimmunität 382, 505
  - Haftungsimmunität 388, 390, 401, 502, 1120
  - sovereign immunity *siehe* sovereign immunity
  - immunity federalism* 391, 393 f.
- Imperium 151, 187, 531, 810
  - Americanization 152, 187, 531, 810
- Individualgrundrechte
  - Bill of Rights 90, 101, 121, 368
  - Bundeskompetenzausübungsschranken 247, 369 ff., 1033 f., 1103, 1145
  - freiheitlicher Föderalismus *siehe* freiheitlicher Föderalismus
  - Gleichheitsgrundrechte 355 f., 359, 453, 455, 461, 609
  - Grundrechtsföderalismus 247, 380, 1027, 1030, 1115, 1144
  - Kompetenzzertifizierung 355, 440 f., 446
  - Kompetenzverteilungsschema 247, 369 ff., 1033 f., 1103, 1145
- individuelle Freiheit 78, 81, 83, 85, 89 ff., 94, 101, 206, 269, 470, 491, 731, 836, 935, 1024 f., 1030, 1033, 1035 f., 1043, 1046, 1054, 1102, 1145
- individuelle Legitimation 729, 761
- Individuum
  - Durchgriff auf ~ 448, 453, 753, 931, 1032, 1036, 1040, 1103
  - Freiheit *siehe* individuelle Freiheit
  - (und) Para-Demokratie 724 f., 729 ff., 734, 749, 751 f., 761 f., 1130, 1132
- Ingerenz *siehe* Verbandsingerenz
- Ingerenzausübung, und Gleichheit 356 ff., 608 ff., 1126
- Ingerenzausübungspflicht, Bundesingerenzausübungspflicht *siehe* Bundesingerenzausübungspflicht
- Ingerenzausübungsregel
  - Bundesingerenzausübungspflicht *siehe* Bundesingerenzausübungspflicht
  - Bundesingerenzausübungsschranke *siehe* Bundesingerenzausübungsschranke
  - gleichheitsbezogene 356 ff., 608 ff., 1126
  - Ingerenzzertifizierung *siehe* Ingerenzzertifizierung

- Ingerenzausübungsschranke *siehe* Bundes-  
ingerenzausübungsschranke
- Ingerenzeffektivierung 354 f., 592 ff.,  
1125 f.
- Kompetenzkompensation 593 ff.,  
598 ff., 608, 768, 1088, 1126
  - Parteienbundesstaat 601, 605 ff., 1126
  - performance 595, 608, 1126
  - Verwaltungsexpertokratie 601, 605 f.,  
608, 1126, 1133
- Instrument
- Bundestreue 973
  - Demokratie 732, 1066
  - Dogmatik 273, 678 f., 949
  - Föderalismus 48 f., 58, 69, 93, 104, 114,  
136, 162, 176, 255, 265, 278, 283, 693,  
744 ff., 786, 789, 810, 949, 1008, 1010,  
1021, 1134
- Instrumentalföderalismus
- *Anti-Federalists* 104, 107, 815, 1112
  - Ästhetik 257
  - Begriff 49, 77, 144, 1111
  - Bundes-Modell 175, 189, 236, 1113
  - Dogmatik 132 f., 628, 644, 963, 988
  - *Federalists* 93, 104, 107, 725
  - Ideenpolitik 50, 67, 69, 73, 135 f., 140 f.,  
223, 236, 265 f., 268, 786 f., 797 f., 988,  
1008, 1111 f., 1116
  - Vergleich 70, 126 f., 801 f., 804, 811 f.,  
815, 822 f., 825, 832, 834, 1136
- Instrumentalisierung
- Dogmatik 674, 678 ff., 684 ff., 689, 693,  
772, 787, 949, 957, 974, 1128 f.
  - Etikette 947, 949, 954
  - ideenpolitisch 57, 109, 114, 134 f., 137,  
144, 680 f., 689, 1129
  - materiell-rechtlich 680 ff.
  - opportunistisch 681 ff., 689, 947, 949
  - realpolitisch 681 ff., 689 ff.
  - Zuspitzung 685, 689, 693, 772, 787,  
797, 837, 958, 974, 998 f., 1102, 1129,  
1144
- integraler (Wirtschafts-)Nationalismus 85,  
92 f., 128, 229, 1010
- interart studies* 255, 794, 796, 834, 849,  
888, 1135
- Interdisziplinarität
- Analysepotential 73, 794, 798, 1140
  - Distanz 794
  - Dogmatikforschung, formorientierte  
794, 798
  - Funktionen 794
  - Ideenpolitikforschung *siehe* Ideenpolitik-  
forschung
  - law and literary criticism 73, 794 f., 834,  
849, 1135
  - law and the humanities as interart studies  
255, 794, 796, 834, 849, 888, 1135
  - Literaturwissenschaft (*siehe auch* Litera-  
turwissenschaft) 794 ff., 811, 819, 833 f.,  
1133, 1135
  - politische Theorie (*siehe auch* politische  
Theorie) 794, 797, 820, 834, 1133,  
1136
  - Rhetorikanalyse (*siehe auch* Rhetorik-  
analyse) 787 f., 792, 794, 798, 811, 819,  
826, 833 f., 1133, 1135
  - Vergleichbarkeit 794, 1135
- Intermediäre 129, 135, 155, 282, 723,  
727 f., 733 f., 1066, 1130
- Interorganrespekt 971
- Interpretation, Verfassungsinterpretation  
*siehe* Verfassungsinterpretation
- intrastatutory federalism* 324, 330, 594
- Ironie
- Anthropomorphismus 913 ff., 930 ff.,  
943, 945 f., 950, 955, 963, 972 f., 981,  
997 f.
  - Begriff 903 ff., 930 f., 919, 943, 1139,  
1141
  - Bescheidenheit 976, 1004, 1109
  - Bewusstsein eigener Grenzen 992, 995,  
1004, 1142
  - Dekonstruktion 937, 942 ff., 1136,  
1141
  - dogmatisch-föderale Treue 51, 60, 66 f.,  
956, 963 ff., 970, 972 ff., 1141 f.
  - dogmatisch-föderale Würde 945 ff., 950,  
955, 973 f., 1141 f.
  - Dummes 906 f., 915, 917, 931
  - Einfältiges 907, 917, 931
  - Entblößung des Diskurses 988, 997
  - Entscheidungsaufschub 991
  - Fehllektüre 982, 997
  - Fremdironie 944, 998, 1141
  - Ideologiekritik 903 f., 906, 908

- ironischer Anthropomorphismus 913 ff., 930 ff., 943, 945 f., 950, 955, 963, 972 f., 981, 997 f.
- *judicial self-restraint* 905, 931 f., 974 ff., 981, 995, 997 f., 1019, 1142
- Kontingenzt 943
- Mehrdeutigkeit 981
- Parekbase 904 ff., 915
- poetic self-restraint 905, 975
- Selbstbeschränkung 931, 975 f., 994 f., 997, 1004, 1143
- Selbstironie 944, 974 ff., 981 f., 997 f., 1142
- Spiel mit Konventionen 986 f., 989
- Überheblichkeit 976
- Unentscheidbarkeit 903 f., 907, 915 ff.
- unironisch 1004
- Unkontrollierbarkeit 905 f., 918
- Unlesbarkeit 899, 903 f., 917, 1139
- Verantwortung 998, 1000 f., 1141
- Verrücktes 907, 917, 931
  
- judicial activism* 744, 754 f., 767, 977, 981
  - (und) Ironie 981
  - Verbandsgrundrechtspositionen 744, 754 f., 767, 977, 981
  - Verfassungstextferne 744, 755, 977
- judicial constitutionalism* 703, 705, 737
  - counter-majoritarian difficulty 712, 761, 763 f., 766, 1046
  - judicial activism *siehe* judicial activism
  - *judicial review* 704, 719, 737 f.
  - judicial self-restraint *siehe* judicial self-restraint
- judicial review* 704, 719, 737 f.
- judicial (review) federalism* 703, 719, 736 ff., 744, 769 f., 1044, 1046, 1131
- judicial self-restraint*
  - Bestimmtheitsgebote 496, 507 f., 650, 758, 764, 767, 1132
  - (und) direkte Demokratie 761, 765, 771, 1066, 1132
  - Ironie 905, 931 f., 974 ff., 981, 995, 997 f., 1019, 1142
  - Nichtanwendbarkeit v. Bundesrecht 366, 437, 766
  - poetic self-restraint 975
- Prüfungsdichte 737 f., 755, 757, 763, 1132
- verfassungskonforme Auslegung 365 ff., 379, 384, 387, 516, 758, 764, 767, 1119, 1132
- Jurisprudenz, akademische 635, 666, 781 ff., 783 ff., 787 f., 791 f., 794, 819, 826, 829, 834 f., 945, 1134
- justiciability* 559, 755 ff.
- Justiziabilität
  - Bundestreue 960 f., 965, 1003
  - Grenzen 960 f., 1000
  - justiciability 559, 755 ff.
  - Non-Justiziabilität 565, 559, 755 ff., 758
  - political question 559, 755 ff., 1132
  - Verfassungsänderungsgrenzen 559, 757, 1132
  - Willkür 767
  
- Kaiserreich, Deutsches 221 ff., 225, 660, 714, 951, 968, 974
- Kalkar II (Entscheidung) 310 f., 427, 495, 500 f., 654, 688, 959, 980 f., 1001, 1019
- Kanonisierung
  - Anti-Kanon 656
  - deuterokanonisch 656
  - Dogmatik 61, 646, 651, 674, 688, 829, 835, 980, 1128
  - Komparatistik 800, 805, 810 f., 1136
  - Literatur 873
  - Literaturtheorie 849, 852
  - politische Ideengeschichte 259
  - Rechtsinhaltsquellen 646, 656, 674, 829, 833, 980, 986, 1128
  - Sondervotum 656
- Kapital
  - realpolitisches 56, 949, 999
  - rhetorisches 754, 771
  - symbolisches 754, 771
- Kernkraftwerk 311, 426, 495, 688
- Klagebefugnis 335, 421 f., 699, 734, 750, 770 f., 1019, 1034, 1132
- Klimaschutzrecht (*siehe auch* Umwelt)
  - Etatismus 422, 430, 691, 1019, 1120 ff.
  - Kompetenzausübungspflichten 354, 421 f., 1120 f., 1132
  - Kompetenzzertifizierung 433

- Knoten, Faden-Knoten-Modell 74
- Kollektiv
- Demokratie 1045, 1047, 1050, 1052, 1054 ff., 1058, 1080, 1103, 1146
  - Existenz 500 f., 654, 1018 ff., 1102, 1105, 1144
  - Freiheit 91, 100 f., 206, 1021 ff., 1025, 1033, 1036, 1102 f., 1144 f.
  - Kollektivismus 1052
  - Überleben 929, 1015, 1018, 1109
  - Volk *siehe* Volk
- kollektive Dogmatikbildung 64, 670, 672 f., 701, 794 ff., 824
- kollektive Freiheit 91, 100 f., 206, 1021 ff., 1025, 1033, 1036, 1102 f., 1144 f.
- Kollisionsvermeidung 318, 320, 409 ff., 414, 416
- Kolonialismus
- föderal-koloniale Komplizenschaft 809
  - Postkolonialismus 806, 809 f.
- Kommentarbedürftigkeit 255, 265 f., 793
- Komparatistik
- ahistorisches Vergleichen 828, 833 f.
  - äquivalenter Vergleich 801 ff., 805, 824, 826 f., 832, 834 f., 1136
  - Ausschlüsse 808, 881
  - Auswahl Vergleichsgegenstände 799 ff.
  - Begriffsarbeit 147 f., 811, 821 ff., 834, 1136
  - *comparata* 799, 802, 811 f., 827
  - comparative federalism 244, 800, 811
  - comparative jurisprudence 823 f.
  - *conceptualism* 147, 811, 821 ff., 1136
  - critical comparisons 816 ff.
  - Dogmatikvergleich 74, 816, 826, 828, 1081
  - *expressivism* 811, 824 f., 833, 835
  - Fallgruppenbildung 828 f.
  - Föderalismusvergleich 244, 800, 811
  - formalistisches Vergleichen 74, 811 ff., 815 ff., 818 f., 821 f., 1135 f.
  - funktionalistisches Vergleichen 74, 812 ff., 1136
  - genetischer Vergleich 49, 131, 802, 831
  - (und) Geschichte 824, 831 ff.
  - Ideenarbeit 821, 824
  - (und) Ideengeschichte 808, 811 f., 820, 832, 834, 1136
  - ideenpolitische Konstellation 802, 804, 812, 814 f., 822, 825
  - integrierter Vergleich 826 ff., 834
  - Interdisziplinarität 794, 798, 812, 828, 833 f., 1135
  - jurisprudential approach 823 f.
  - Kanonisierung 800, 805, 810 f., 1136
  - kontrastiver Vergleich 225, 803 f., 825, 832, 834, 1136
  - Kritik 816 ff.
  - legal transplant 128, 832
  - Legozentrismus 815 ff., 1136
  - Matrixbildung 826 f.
  - Nationalismus, methodologischer 805 f., 810, 818, 1008, 1136
  - Neutralität 817, 827 f., 1115
  - paralleler Vergleich 803, 824, 827, 834, 1136
  - politische Theorie 802, 812, 814 f., 817, 820, 832, 834, 1136
  - Pragmatik 799 f.
  - (und) Rechtsgeschichte 828 ff., 831
  - Rhetorikanalyse 811, 819, 826, 828, 833
  - Romantik 807 f., 873 ff.
  - Strukturvergleich 801 f., 812, 831, 833 f., 1136
  - symmetrisches Vergleichen 826 f., 834
  - Teleologien 150 f., 802, 831, 833
  - *tertium comparationis* 74, 794, 812 f., 815, 834, 1136
  - Textualismus 819 f.
  - Transparenz 799, 834
  - typologisch-struktureller Vergleich 831
  - Verfassungsvergleich 241 f., 244, 811, 817, 828
  - Vergleichsgegenstände 799
  - Verzerrungen 805 f., 808, 818, 1136
  - Westernismus 806, 808 ff., 818, 1136
  - Wissenschaftsvergleichung 783, 826
- Kompensation von Kompetenzverlusten *siehe* Kompetenzkompensation
- Kompetenz *siehe* Verbandskompetenz
- Kompetenzausübung, und Gleichheit 356 ff., 447 ff., 1118, 1121
- Kompetenzausübungsdisparität 458
- Kompetenzausübungspflicht *siehe* Bundeskompetenzausübungspflicht
- Kompetenzausübungsregel 361 ff., 1119

- Kompetenzausübungsschranke *siehe* Bundeskompetenzausübungsschranke
- Kompetenzeffektivierung
- Aufenthaltsrecht 435, 446, 1121
  - ausschließliche Kompetenz 435, 444
  - Gegenentwürfe zum Bundesrecht 433, 437, 1121
  - Gewaltenteilungsbewältigung 431 f., 445 f.
  - Grenzschutz 442 ff., 718, 805, 1020, 1121
  - Hochschulrecht 55, 440
  - Individualgrundrechtsschutz 355, 440 f., 446
  - Klimaschutzrecht 433
  - Kompetenzkompensation 432 f., 446, 1121
  - Landesverfassungsidentität 440, 446
  - *medical marijuana* 369, 437, 733, 766, 769, 1092, 1121
  - status activus *siehe* status activus
  - Supplementierung von Bundesrecht 433, 435, 437, 1121
- Kompetenzkompensation
- Ingerenzeffektivierung 332, 593 ff., 598 ff., 608, 768, 1088, 1126
  - Kompetenzeffektivierung 432 f., 446, 1121
- Kompetenzkontrolle 739, 741, 1131
- Kompetenznichtgebrauch (*siehe auch* *federal inaction*) 304, 420 f., 432 f., 434, 1121
- Kompetenznichtgebrauchskompensation 432 f., 1121
- Kompetenzparallelität 191, 315 ff., 318, 321, 336, 365, 370, 379, 433, 437, 440, 445, 447, 468, 717, 759, 804 f., 1039, 1062, 1068, 1121
- Kompetenzqualifikation 711, 739 f., 742 ff., 746
- Kompetenzverluste, Kompensation *siehe* Kompetenzkompensation
- Kompetenzverteilungsschema
- Freiheit 247, 369 ff., 1033 f., 1103, 1145
  - Lokalismus (*siehe auch* Lokales) 1103, 1145
- Kompetenzvorfeld 298 f., 337, 466, 504, 524 f., 576, 1117
- Komplizenschaft, föderal-koloniale 809
- Kompromiss
- Föderalismus 49, 93, 95 f., 102, 105, 1010
  - Ideenpolitik 140
  - institutioneller 1059 f.
  - Zumutungen d. Demokratie *siehe* Zumutungen d. Demokratie
- Kontingenz
- Demokratie 1045
  - Föderalismus 78 ff., 259, 277
  - Ironie 943
- Konventionen
- Dogmatik *siehe* Dogmatik
  - Entblößung 988
  - Etikette *siehe* Etikette
  - Lesekonvention *siehe* Lesekonvention
  - Spiel mit ~ 986 f.
- Kooperation, Verweigerung 434, 582, 595, 958, 1126
- kooperativer Föderalismus (*siehe auch* *co-operative federalism*) 172, 218, 230 ff., 297, 302, 333, 355, 423, 593 ff., 607, 924, 964, 1037, 1123, 1126 f., 1133
- Kriminalität 364, 366, 1033 f.
- Krise
- Administrativföderalismus 482 ff.
  - Alltag 305, 310 f., 360, 686, 1117
  - Ausnahmeverfassungsrecht 308
  - COVID-19 310, 479, 485, 487, 570, 572, 575, 579, 589, 592, 606
  - Existenzkrisen 306
  - Finanzen 571, 1125
  - „Flüchtlingskrise“ 427 ff.
  - „Migrationskrise“ 427, 443, 654, 980, 1020
  - Notstand (*siehe auch* Notstand) 482, 569, 574, 1125
  - nullification crisis 122, 715
  - Störfall 305 ff., 313, 360 f., 482, 686, 1117 f.
  - (und) Verbandsgrundrechtspositionen 313, 360, 686
  - (und) Verbandsingerenzen 305, 310 f., 1117
  - Wertekrisen 306
  - Zuspitzung 311, 360
- Kritik
- Grenzen der ironischen ~ 1004



- (und) Ironie 914, 943 ff., 1004, 1141 ff.
- Zuspitzung 51
- Kryptonormativität
  - Bundes-Modell 74, 77, 141, 145, 176, 180 ff., 185, 194, 201, 205, 227, 253, 312, 345, 415, 567, 660, 797, 808, 1113, 1116, 1126
  - Etatismus 69, 159, 442, 798, 983, 1009
  - Hausgut 994
  - Ideenpolitik 73 f., 77 f., 138, 141, 798, 1112, 1116
  - Ideenreservoir 138, 141, 1112
  - Lesekonvention 1113
  - Nationalismus 983
  - Staatlichkeit (*siehe auch* Etatismus) 1009
  - Verbandsgrundrechtspositionen 312, 345 f., 350, 415, 567, 1117 f.
- Kultur
  - föderale 726, 736, 776, 803, 808, 1031
  - Rechtskultur (*siehe auch* Verfassungskultur) 817, 1030
  - (als) Text 662, 820
  - Verfassungskultur *siehe* Verfassungskultur
- Kulturhoheit der Länder
  - Dekonstruktion 374 f., 380, 648
  - Dogmatik 53, 371 ff.
- Kulturnation 378 f., 1009, 1011, 1015 f., 1119
- Kunst
  - Affordanz 255, 262 ff., 271, 798, 1115, 1135
  - Angebotscharakter 255, 262, 264, 274, 676
  - Artefakt 255 f., 262, 687, 793, 804, 808, 1115
  - Aura 257, 259, 262, 1115
  - Ausstellungswert 262, 1115
  - Dogmatik 265 ff., 687, 796, 941, 1116
  - (als Modell f.) Föderalismus 254 ff.
  - Erfahrbarkeit 260 ff., 265, 877, 902, 1115
  - Form *siehe* Form
  - Kommentarbedürftigkeit 255, 265 f., 793
  - Luxus 260
  - Pluralisierung 260 ff.
  - Rezeptionsnischen 75, 265, 267 f., 754, 791 ff., 807, 881, 891, 941, 1107, 1116, 1134
  - Temporalisierung 260 ff.
  - Unikat 257 f.
- Kunst der föderalen Form 261, 265, 267 f., 796, 1115
- Kunsttheorie 255, 266, 1115
- Länder (*siehe auch* föderierte Einheit)
  - Gesetzgebungsreservate *siehe* Gesetzgebungsreservate
  - Hausgut *siehe* Hausgut
  - Kulturhoheit *siehe* Kulturhoheit
  - Personalhoheit *siehe* Personalhoheit
  - Polizeihoheit *siehe* Polizeihoheit
- Landesbeamtenrecht
  - Etatismus 387
  - Föderalismusreform 385 f.
  - Verfassungsänderungen 385 ff.
  - Verfassungspolitik 385, 387, 770, 1014
- Landesgesetze, Erlasspflicht 476 f.
- Landesverfassung
  - Verfassungsautonomie *siehe* Verfassungsautonomie
  - Wohnen 527, 767, 1040, 1121
- Landesverfassungsidentität 440, 446
- law and literary criticism* 73, 794 f., 834, 849, 1135
- law and literature* 8, 73, 1135
- law and the humanities as interart studies* 255, 794, 796, 834, 849, 888, 1135
- law in action* 696, 816
- law in minds* 824
- law in mouths* 824
- law in/on the books* 110, 695, 816
- Legislativföderalismus
  - *anti-commandeering doctrine* 468 ff., 473, 653, 713, 748, 783, 1122
  - Bundesingerenzausübungsschranke 467 ff.
  - Demokratietheorie 470, 475, 477, 480, 1097
  - equal sovereignty 616 f.
  - Etatismus 470, 475 f., 480
  - Gesetzgebungsreservate *siehe* Gesetzgebungsreservate

- parlamentarische Gesetzgebung 478 f., 711, 732 f., 1046, 1075, 1085
- *preclearance* 471 ff., 480, 610 f., 616, 1071, 1073, 1122
- Rahmengesetzgebung 385 f., 474, 476, 480, 649, 1122
- Rechtsetzung *siehe* Rechtsetzung
- Rechtsverordnungen 341, 478 f., 485 f., 575, 1122
- Willensfreiheit 481, 692, 977, 1096, 1122, 1126
- Legitimation
  - Bundes-Modell 58, 80, 175, 188 f., 213, 234 f., 247, 265, 268, 278, 689, 786, 793, 798, 1058, 1063, 1114
  - Demokratie 348, 545 f., 548, 777, 1051, 1058 f., 1065, 1075, 1094, 1124, 1130
  - individuelle 729, 761
  - Monarchie 188
  - Verbandsgrundrechtspositionen 345 ff., 348, 350, 361, 1118
- legitimationstheoretischer Selbststand 58, 80, 175, 188 f., 213, 234 f., 247, 265, 268, 278, 689, 786, 793, 798, 1114
- Legozentrismus 815 ff., 1136
- Lesefigur (*siehe auch* Lesekonvention)
  - Begriff 64, 796, 1113
  - Bund als ~ 146, 183 f., 837, 1113
  - Ideenpolitik 140 f.
  - Ironie als ~ 905
  - Lyrik als ~ 65 f., 693, 807, 838, 852 ff., 900
  - Zuspitzung 692 f.
- Lesekonvention (*siehe auch* Lesefigur)
  - Anthropomorphismus 69, 73, 283, 837, 1137
  - Ästhetik 875, 936
  - Autobiografie als ~ 64, 183, 871
  - Begriff 64, 183
  - Bund als ~ 140, 146, 173 f., 182 ff., 234, 786, 1113
  - Föderalismus 136, 146, 255, 283, 837, 1113, 1134
  - Gefahren 184
  - Ideenpolitik 140, 255
  - Kryptonormativität 1113
  - Lyrik als ~ 73, 283, 838 f., 852 ff., 1137
  - Übersetzung als ~ 64, 871
- Lesen
  - *close reading* 74, 796 f., 819 f., 833 f., 880, 944, 1135 f.
  - Demokratie 1102 ff., 1104 f.
  - Ethik des Lesens 839, 938, 940 f., 1000 f., 1004, 1141
  - Fehllektüre 853, 878, 882, 885, 887, 892, 982, 997
  - Freiheit 1102 ff.
  - Gelesenwerden 63, 685, 691, 747, 770 f., 942 f., 1105, 1141
  - lyrisches *siehe* lyrisches Lesen
  - öffentliches 1105
  - paranoides 941
  - Rechtswissenschaft 1104 f.
  - reparatives 941 f.
  - Unentscheidbarkeit 64, 67, 239, 796, 895, 903 f., 907, 915 ff., 920, 930 f., 933, 939 f., 1139, 1141
  - Unkontrollierbarkeit 905 f., 918
  - Unlesbarkeit 899, 903 f., 917, 1139
  - Wirken durch ~ 771
- Limitationen (Methodologie) 74, 834
- Literatur
  - Dekonstruktion *siehe* Dekonstruktion
  - (und) Recht 7 f., 73, 796, 1135
  - Romantik 811, 857, 870 ff., 884 f., 888, 891
- Literaturbeschäftigung 675 f.
- Literaturdogmatik (*siehe auch* Dogmatik)
  - Epochenbegriffe 870 ff., 875
  - Gewalt 64, 838, 853, 856, 871, 881, 885, 888, 896, 900, 903, 908, 942, 1139
  - lyrisches Lesen *siehe* lyrisches Lesen
- Literaturgeschichte 811, 871 f., 874 f.
- Literaturwissenschaft
  - *close reading* 74, 796 f., 819 f., 833 f., 880, 944, 1135 f.
  - Dekonstruktion *siehe* Dekonstruktion
  - Didaktik 676, 856, 870
  - Held 108
  - Interdisziplinarität 794 ff., 811, 819, 833 f., 1133, 1135
  - law and literary criticism 73, 794 f., 834, 849, 1135
  - law and the humanities as interart studies 255, 794, 796, 834, 849, 888, 1135
  - Poststrukturalismus 895, 899, 1139

- Strukturalismus 861, 895, 899
- Lokales
  - Handel 364 f., 648, 759
  - Kompetenzverteilungsschema 1103, 1145
  - Kriminalität 364, 366, 1033 f.
  - Lokalismus 107, 189, 814, 825, 1012, 1042
  - Moralvorstellungen 52, 364, 370, 1035, 1103
  - Politikfelder 331, 363 ff., 370, 407, 617, 648, 759, 1033 ff., 1050, 1103, 1145
  - Strukturen 96 f., 100 ff., 106 f., 132, 154, 167, 169, 298, 472, 491, 534, 537, 610, 615, 727, 1029, 1034 f., 1040, 1042, 1069, 1071 f., 1082
- Loyalität 728, 971 f., 1063 f.
- Luxus 259 ff., 277, 793, 1115
- Lyrik
  - Anthropomorphismus 866 ff., 885 ff.
  - Begriff 855 ff.
  - Expressivismus 858
  - i. e. S. 856 ff.
  - i. w. S. 860 ff.
  - Lesefigur 65 f., 693, 807, 838, 852 ff., 900
  - Lesekonvention 73, 283, 838 f., 852 ff., 1137
  - lyrische Stimme *siehe* lyrisches Ich
  - lyrische Welt 65, 868, 886 f., 893, 936 ff., 1137 f.
  - lyrischer Diskurs 1137 f.
  - lyrisches Gespräch 893
  - lyrisches Ich *siehe* lyrisches Ich
  - lyrisches Lesen *siehe* lyrisches Lesen
  - Nicht-Lyrik 852 ff., 862 f., 881
  - romantisches Lyrik-Ideal 857, 871, 879, 884 f., 888, 891, 911, 1109 f.
  - Verlegenheit (*siehe auch* Verlegenheit) 861, 1105 f., 1147
- Lyrik-Ideal, romantisches 857, 871, 879, 884 f., 888, 891, 911, 1109 f.
- lyrische Stimme *siehe* lyrisches Ich
- lyrische Welt 65, 868, 886 f., 893, 936 ff., 1137 f.
- lyrischer Diskurs 1137 f.
- lyrisches Gespräch 893

- lyrisches Ich
  - Anthropomorphismus 65, 852, 886, 1137
  - Stimme, lyrische 65, 693, 852, 856, 862, 867 f., 885, 1137 f.
  - Subjektivität, lyrische 857 ff., 867, 871
- lyrisches Lesen
  - Anthropomorphismus 866 ff., 885 ff.
  - Dekonstruktion 881 ff.
  - interdisziplinäres Modell 893, 935 ff.
  - Leseebene 893, 921, 936 ff., 943, 1138
  - Literaturdogmatik 869 ff., 876 ff.
  - Makroebene 885 ff., 891 ff., 921, 936 f., 943, 1107, 1138
  - Mikroebene 885 ff., 893 f., 921, 936 ff., 943, 1107, 1138
  - (von) Rechtsinhaltsquellen 888 ff.
  - Sphärensprung 887, 955, 963, 969, 972 f., 981, 999, 1002, 1142
- lyrisches Subjekt *siehe* lyrisches Ich

## Macht

- (des) Diener(s) *siehe* Diener
- Machtposition 331 f., 336, 1118
- Machtzerstreuung 935, 1028
- Realpolitik *siehe* Realpolitik
- Machtpolitik 57, 276, 682, 946, 949, 954, 1116
- Machttechnik
  - Dogmatik 952, 954 f., 970, 1002
  - Etikette 950, 952, 954 f., 1002
  - Herrschaftstechnik 671, 952, 955
- Machttransferthese 71
- Mandat, allgemein-politisches *siehe* allgemein-politisches Mandat
- Mandatsresponsivität 98
- marijuana, medical* 369, 437, 733, 766, 769, 1092, 1121
- Marmorkuchen (Metapher) 166
- Maßstabsbildung
  - Büchse der Pandora 981, 1019
  - Entscheidungsaufschub 991
  - Hausgut *siehe* Hausgut
  - Kalkar II (*siehe auch* Kalkar II) 427, 496, 654, 980 f., 1001, 1019
  - Umständlichkeit 991 f., 994
- Maßstabssetzung 640, 652, 654 f.
- (und) obiter dictum 652
- Matermorphismus 1016

- medical marijuana* 369, 437, 733, 766, 769, 1092, 1121
- Mehrdeutigkeit, Ironie 981
- Mehrebenen-Rechtsordnung 167, 241 f.
- Mehrebenengebilde 106, 166 ff., 185
- Meinung, öffentliche 722 f., 763, 1031
- Meta-Ingerenz 467, 549 f., 1124
- Meta-Politik 276, 278, 1116
- metakonstitutionelles Material 51, 797 f., 821, 956
- Metapher
- Begriff 896 f., 989, 919, 922
  - Dekonstruktion 900 ff., 1005 f.
  - Machtanspruch 900
  - metaphorischer Anthropomorphismus 909 f., 922 ff.
  - (und) Metonymie 900 f., 909 f.
  - Wesensähnlichkeit 922, 928 f., 1006, 1139 f.
- Methode (*siehe auch* Methodik) 72 f., 773 ff., 1133 ff.
- Methodenmix 73, 1133 f.
- Methodenpluralismus
- politische Theorie und Ideengeschichte 115, 780
  - Rechtswissenschaft 775
  - vorliegende Studie 72, 773 ff.
- Methodik
- (und) Aporie 835, 1007
  - Beobachtung, teilnehmende 118, 774, 779, 781 f., 787
  - *form matters* 74, 792, 825, 835, 1104, 1134
  - (und) Forschungsgegenstand 70, 118, 774 ff., 776, 779 f., 792, 794
  - Gerichtsnähe *siehe* Gerichtsnähe
  - (und) Hypothesen 786 f.
  - Interdisziplinarität *siehe* Interdisziplinarität
  - Komparatistik *siehe* Komparatistik
  - law and literary criticism 73, 794 f., 834, 849, 1135
  - law and the humanities as interart studies 255, 794, 796, 834, 849, 888, 1135
  - Legozentrismus 815 ff., 1136
  - Limitationen 74, 834
  - Offenlassen als Methode 835
  - Praxisnähe 794, 835
  - Rechtsarbeit als Textarbeit 74, 820
  - Rechtsvergleichung *siehe* Komparatistik
  - Verfassungsrechtsdogmatikforschung *siehe* Rechtsdogmatikforschung
  - Verirren! 773
  - Zusammenfassung 834, 1133 ff.
- Methodologie
- Knoten 74, 773
  - Reflexion 773 ff.
- Metonymie
- Analyse 1005 f.
  - Anekdote 1005 f., 1110, 1143
  - Begriff 897 f., 901 f., 919, 924, 1139
  - Dekonstruktion 937, 942, 1005 ff., 1102, 1136
  - Gliedern 1006
  - (und) Metapher 900 f., 909 f.
  - metonymischer Anthropomorphismus 909 ff., 924 ff., 1005 ff.
  - Versatzstück 1006 f.
  - zufälliger Kontakt 897 f., 901 f., 924, 1139
- Mietendeckel, Berliner 413, 418, 733, 1040
- Mietrecht *siehe* Wohnraummietrecht
- „Migrationskrise“ 427, 443, 654, 980, 1020
- Migrationsrecht 325, 435, 496, 691, 1121
- mimetisches Begehren 952
- Ministerpräsident, Direktwahl 529
- Ministerpräsidentenkonferenz (u. Ä.) 303, 310, 589, 606, 1100
- Mobilisierung 696, 698 ff., 702, 737, 746, 770 f., 1129, 1131 f.
- nicht-judikative Praxis 421, 716, 719, 748, 753 f., 770, 1075, 1132
  - (para-)demokratische 725, 728 ff., 734 f., 745, 751, 753 f., 761 f., 770, 1032, 1066, 1132
- Modell des Bundes *siehe* Bund
- Moderieren, föderales 589 ff., 606 f., 1125
- Moderiertwerden, Anspruch auf ~ 488, 589, 591 f., 606 f.
- Monarchie 47, 79, 176, 188, 222, 225 f., 275, 832, 926, 931, 933 f., 993, 1013, 1140 f., 1143
- Moralvorstellungen, lokale 52, 364, 370, 1035, 1103

- Multiarchie
  - Bund 166, 194 f., 207, 209, 217, 295, 601
  - Demoikratie 1056 f.
- Nachbarschaft, Föderalismus 160, 164, 1113
- Namenspolitik 111 ff.
- Narration 181, 183, 203, 906, 975
- Nation 50, 85 ff., 108, 157, 216, 537, 610, 806, 1008 f., 1011, 1015, 1059, 1062, 1143
- Nationalismus
  - Begriff 1009, 1143
  - Diskriminierung 1009
  - Ideologie 157, 379, 806
  - methodischer 1143
  - methodologischer 805 f., 810, 818, 1008, 1136
  - Sub-Nationalismus *siehe* Sub-Nationalismus
  - Wahlrechtsnationalismus 545, 1074
  - Wirtschaftsnationalismus 85, 92 f., 128, 229, 1010
- Nationalstaat 79, 86, 105, 154, 199, 241, 805, 1010 f., 1144
- Netz (Metapher) 80 f., 109, 114, 166, 194, 207, 209, 251, 257, 295, 728, 1057
- NGO 657, 724, 728, 1130
- nicht-judikative Praxis
  - departmentalism *siehe* departmentalism
  - Erstinterpretation 709, 712, 719
  - Personal 719 ff.
  - Sanktionierung v. Verfassungsrecht 709, 712, 714 ff., 718, 746, 1130
  - Wirkungsdimension 282 ff., 704 ff., 1116, 1129
- Nichtbefolgung v. Recht *siehe* Befolgung v. Recht
- no bailout* 522, 571 f., 578 f., 719
- non-citizen voting* (*siehe auch* Ausländerwahlrecht) 536 f., 546
- Non-Justiziabilität 565, 559, 755 ff., 758
- Normenkollision
  - Kollisionsentscheidung 320, 410, 417
  - Kollisionsvermeidung 318, 320, 409 ff., 414, 416
  - nullification *siehe* nullification
  - preemption *siehe* preemption
  - Vorrang 191, 227, 252, 318 ff., 410, 417, 437, 439, 442, 471, 927, 1120
- Normenkontrolle, abstrakte 372, 386, 399, 586 f., 637, 749 f., 1044
- Notstand
  - Administrativföderalismus 481 ff.
  - Bundeszwang 482, 488 f., 500, 588
- Notstandshilfen 306, 576 ff., 579, 757
- Notstandsmaßnahmen 351, 353, 483 f., 488, 500, 1125
- Notstandsverfassung 351, 482 f., 568 f., 573 f., 578 f., 825
- null preemption* 434 ff., 1017
- nullification*
  - Begriff 716 f.
  - (und) Demokratie 1092
  - departmentalism (*siehe auch* departmentalism) 708 f.
  - Ideenpolitik 134, 175
  - intergovernmental retaliation 699, 715
  - nullification crisis 122 f., 715
  - *Obamacare* 716, 733, 1092
  - (und) Para-Demokratie 735
  - *soft ~* 714, 717 f., 745, 768
- Obamacare**
  - Finanzhilfe 55, 68, 510 f., 523, 690, 840, 929, 932, 981, 997 f., 1000
  - *nullification* 716, 733, 1092
- obiter dictum*
  - Beispiele 410, 544, 653, 984 ff., 988 f., 1085 f.
  - Gutachten-*obiter dictum* 443
  - (und) Maßstabssetzung 652
  - Rechtsinhaltsquellen 61, 73, 363, 650, 652 f., 655, 670, 940, 1001, 1128
- Obsoleszenz von Dogmatik 364, 382, 646 f., 649 f., 669, 674, 829 f., 833, 835, 1014, 1105, 1128, 1147
- obsoleter Rechtsinhaltsquellen *siehe* Obsoleszenz von Dogmatik
- öffentlicher Dienst 381 ff., 719 ff.
- Öffentlichkeit
  - demokratische 721 ff.
  - NGOs 657, 724, 728, 1130
  - para-demokratische (*siehe auch* Para-Demokratie) 282 ff., 721, 723 ff., 1116, 1129 ff.

- Operationalisieren, dogmatisches 60, 138 ff., 267, 665, 676, 678 f., 684, 687, 744, 781, 829, 869 f., 892, 949, 1128
- Opportunismus
  - Dogmatik 681 ff., 689, 947, 949
  - Etikette 947, 949
  - Föderalismus 110, 174
- Ordnungsbildung
  - diskursive 139, 265
  - politische 147, 1113
- Organadäquanz 1028
- Orientalismus 807
- overruling* 648
- Pädagogik**
  - (und) Dogmatik 676, 687, 778, 790, 893, 937, 954
  - Literaturpädagogik (*siehe auch* Literaturdidaktik) 893
  - Rechtspädagogik (*siehe auch* Rechtsdidaktik) 676, 790
- Pandemie
  - COVID-19 310, 479, 485, 487, 570, 572, 575, 579, 589, 592, 606
  - Krise *siehe* Krise
- Para-Demokratie 282 ff., 721, 723 ff., 1116, 1129 ff.
  - Begriff 724
  - Bürgerin/Bürger 721 f., 730, 762
  - *citoyen* 724, 729 f., 734
  - Individuum 724 f., 729 ff., 734, 749, 751 f., 761 f., 1130, 1132
  - Intermediäre 129, 135, 155, 282, 723, 727 f., 733 f., 1066, 1130
  - NGOs 657, 724, 728, 1130
  - politische Parteien 154 f., 237, 249, 280, 283, 338, 539, 601, 605 ff., 683, 719, 721, 724, 727 f., 763, 923, 994, 1055, 1073 f., 1078, 1080, 1100, 1126, 1130
- paranoides Lesen 941
- Parekbase 904 ff., 915
- Parité 546 ff., 1076 ff., 1103, 1146
- parlamentarische Debatte 304, 543, 1017, 1093 ff.
- parlamentarische Demokratie 304, 543, 1017, 1093 ff.
- parlamentarische Gesetzgebung 478 f., 711, 732 f., 1046, 1075, 1085
- parlamentarische Kontrolle 517, 599, 1044, 1093
- parlamentarische Untersuchung 1093 f., 1095
- parlamentarische Willensbildung 290, 1091 ff.
- Parlamentarischer Rat 214
- parlamentarisches Regierungssystem 529 f., 804, 1044, 1087
- Parteien, politische 154 f., 237, 249, 280, 283, 338, 539, 601, 605 ff., 683, 719, 721, 724, 727 f., 763, 923, 994, 1055, 1073 f., 1078, 1080, 1100, 1126, 1130
- Parteienbundesstaat
  - (und) Bundesrat 338
  - Ingerenzeffektivierung 601, 605 ff., 1126
  - Para-Demokratie 728, 763
- Partizipation 763, 1024, 1029, 1042, 1046, 1050, 1060, 1144
- Patermorphismus 1016
- performance*, Administrativföderalismus 595, 608, 1126
- Personal, öffentliches 381 ff., 719 ff.
  - Arbeitsrecht *siehe* Arbeitsrecht
  - Beamtenrecht *siehe* Landesbeamtenrecht
- Personalhoheit, Kompetenzausübungsgrenzen 380 f., 383 ff., 387, 563, 659, 756, 759, 770, 989, 1014, 1119
- Personifikation 840, 842, 847 ff.
  - Persuasion, Rhetorik der ~ 63, 919
- persuasive authority* 447, 636
- physician-assisted suicide* 765
- Pluralismus
  - Dogmatik 59 f., 669 ff., 685, 693, 772, 776 f., 787 f., 797, 837, 954, 970, 974, 986, 998, 1001, 1105, 1116 f., 1128 f., 1134, 1147
  - Methodenpluralismus *siehe* Methodenpluralismus
  - Repräsentationspluralismus 1089 ff., 1094 f., 1147
- plurality opinion* 534, 1069
- police powers, historic* 53, 364 ff., 370, 378 f., 437, 467, 557, 566, 648, 650, 686, 691, 713, 733, 751, 759, 764 f., 771, 1015, 1033, 1066, 1081, 1102, 1119, 1121, 1144

- political question* 559, 755 ff., 1132
- Föderalismus als ~ 755 ff., 1132
  - Verfassungsänderung als ~ 559, 757, 1132
- political safeguards of federalism* 711, 727, 756, 760, 995
- Politik
- Ideenpolitik *siehe* Ideenpolitik
  - Meta-Politik 276, 278, 1116
  - Realpolitik 56 f., 276, 679, 681 ff., 689 ff., 710, 949, 954, 957, 960, 963, 973, 999
  - Recht auf (eigene) ~ 189, 194 ff., 207, 215, 276, 322, 327, 331, 336 f., 344, 1094, 1114, 1118
- politische Idee
- Ideengeschichte *siehe* Ideengeschichte
  - Ideenpolitik *siehe* Ideenpolitik
  - Instrumentalisierbarkeit 109 f.
  - Interdependenz 109
  - Kontextualisierung 108
  - Konzeptualisierung 109
- politische Parteien *siehe* Parteien, politische
- politische Theorie und Ideengeschichte (*siehe auch* Ideengeschichte)
- (und) Föderalismusverfassungsrecht 248 ff., 1116
  - Interdisziplinarität 794, 797, 820, 834, 1133, 1136
- politisches Recht 276 ff., 282, 1116
- ideenpolitisches Recht 274 ff., 1116
  - Machtpolitik 57, 276, 682, 946, 949, 954, 1116
  - Meta-Politik 276, 278, 1116
  - Schleusenbegriff *siehe* Schleusenbegriff
- Polizeihoheit
- Dekonstruktion 377, 380
  - Länder 376 ff., 564, 753, 1015 1034, 1081, 1119, 1121
  - *states (police powers)* 53, 364 ff., 370, 378 f., 437, 467, 557, 566, 648, 650, 686, 691, 713, 733, 751, 759, 764 f., 771, 1015, 1033, 1066, 1081, 1102, 1119, 1121, 1144
- Polizeistaat 378 f., 1015 f. 1119
- Polyarchie 1050 f., 1060
- popular constitutionalism*
- Begriff 722 f.
  - Erscheinungsformen 724 f.
  - Kultur *siehe* Verfassungskultur
  - Meinung 722 f., 763, 1031
  - Para-Demokratie *siehe* Para-Demokratie
  - Volk *siehe* Volk
- popular federalism*
- Begriff 725 f., 1130
  - direkte Demokratie 725, 728, 731 ff., 735, 745, 1130
  - Empirie 726 f.
  - Individuen 724 f., 729 ff., 734, 749, 751 f., 761 f., 1130, 1132
  - Intermediäre 129, 135, 155, 282, 723, 727 f., 733 f., 1066, 1130
  - politische Parteien *siehe* Parteien, politische
  - Wahlverhalten 735 f., 1099
- popular safeguards of federalism* 699, 735, 1098
- Port Preference Clause* 456 f., 461, 465
- positive Freiheit 91, 100, 106, 681, 930, 1021, 1023 ff., 1027 f., 1030 ff., 1033 ff., 1036 f., 1039, 1043, 1060, 1103, 1144
- Postkolonialismus 806, 809 f.
- Poststrukturalismus 895, 899, 1139
- Praxis
- Dogmatik 662, 665 ff., 668, 671
  - Exekutiv-Eliten-Praxis *siehe* Exekutiv-Eliten-Praxis
  - nicht-judikative ~ *siehe* nicht-judikative Praxis
  - (als) Wirkungsdimension 282 ff., 704 ff., 1116, 1129
- Praxisnähe *siehe* Gerichtsnähe
- precedent* (*siehe auch* Richterrecht) 638, 640 f., 984, 988
- preclearance* 471 ff., 480, 610 f., 616, 1071, 1073, 1122
- preemption*
- Dogmatik 191, 227, 320 ff., 336, 433, 447, 471, 716, 805, 946
  - Gesetzgebungsreservate 365, 379, 759, 765, 1132
  - *null preemption* 434 ff., 1017
  - Unschärfe 321, 437 f., 446, 717, 765, 1132
- Privatrecht, Rechtsregime 402 ff., 408, 411 ff., 417 f., 1062, 1120



- Prüfungsdichte, gerichtliche 737 f., 755, 757, 763, 1132
- Pseudo-Staatlichkeit 1125
- Quasi-Souveränität** 420, 422, 424, 584, 691, 750, 770 f., 1019, 1120, 1122, 1132
- Rahmengesetzgebung** 385 f., 474, 476, 480, 649, 1122
- Raum, politischer 160 ff.
- Raumbezogenheit v. Recht 452 f.
- Raummanagement, politisches 160, 1113
- Raummetaphorik 165
- Realpolitik 56 f., 276, 679, 681 ff., 689 ff., 710, 949, 954, 957, 960, 963, 973, 999
- Recht auf eigene Politik 189, 194 ff., 207, 215, 276, 322, 327, 331, 336 f., 344, 1094, 1114, 1118
- Rechtsakt 631
- Rechtsakstext 631 f., 635, 638, 645 f., 650
- Rechtsarbeit als Textarbeit 74, 820
- Rechtsarbeitstext 634 f., 645, 657, 820, 977
- Rechtsdogmatik *siehe* Dogmatik
- Rechtsdogmatikforschung
- Abgrenzung 775 ff., 781 f., 785, 787 f., 834, 945, 1134
  - Begriff 73, 782, 1134
  - beobachtende Teilnahme 779 f.
  - Dogmatikvergleich 74, 816, 826, 828 h
  - Formalismus 791 f., 794 f., 798, 1134
  - Forschungsgegenstand 73, 774, 776, 779 f., 792, 794
  - Gerichtsnähe *siehe* Gerichtsnähe
  - Ideenpolitikforschung 118, 780
  - Interdisziplinarität 794 f., 954, 1133
  - Komparistik 798, 820
  - Perspektive 779, 792, 794 f.
  - (und) Rechtsgeschichte 829
  - teilnehmende Beobachtung 774, 779, 781 f., 787
  - Textarbeit 794 f., 798, 820, 1134
- Rechtserkenntnisquellen 632 ff., 636, 645 f., 650, 663, 986, 1127
- Rechtserzeugungsmacht, einseitige 155, 290, 1113
- Rechtserzeugungsquellen 632 ff., 636, 986, 989, 1127
- Rechtssetzung (*siehe auch* Legislativföderalismus) 415 f., 449, 459, 479 f., 485 ff., 508, 539, 588, 637, 697, 701 f., 711, 725, 732 f., 1038, 1061, 1095, 1122
- Bundesebene 470
  - direkt-demokratische (*siehe auch* direkte Demokratie) 539, 732 f.
  - exekutive (*siehe auch* Rechtsverordnung) 479, 485 ff., 508
  - judikative ~ (*siehe auch* Richterrecht) 637, 697, 701 f.
  - parlamentarische ~ 478 f., 711, 732 f., 1046, 1075, 1085
  - Rechtsregime (*siehe auch* Rechtsregime) 415 f.
  - Verfassungsrechtssetzung (*siehe auch* Verfassungsrechtssetzung) 701 f., 725
- Rechtsgemeinschaft
- Bund als ~ 198 ff., 580, 592, 809, 1125
  - Bundesingerenzausübungspflicht 580, 588, 591, 592, 1125
  - Streitschlichtung 581 ff., 1125
- Rechtsgeschichte
- apokryphe Dogmatik 829 f., 833
  - Dogmatikgeschichte 363, 829 f., 833
  - Komparistik 828 ff., 831
- Rechtsgutachten 54, 61, 426 f., 429, 441, 443, 630, 654, 657 f., 670, 826, 965, 1040, 1120
- Rechtsinhaltsquellen
- Abgrenzungsschwierigkeiten 635
  - Abhandlung 658 ff.
  - amicus curiae brief 635, 657 f., 826
  - apokryph *siehe* apokryphe Dogmatik
  - Begriff 61, 646, 1127
  - Dogmatik 61, 663, 668 ff., 672, 675, 1105, 1127
  - Festschrift (*siehe auch* Festschrift) 660 f.
  - Gerichtsnähe 642, 644 f., 685 f., 781, 788
  - Gutachten 54, 61, 426 f., 429, 441, 443, 630, 654, 657 f., 670, 826, 965, 1040, 1120
  - institutionelle Einbettung 644 f.
  - kanonisch 646, 656, 674, 829, 833, 980, 986, 1128
  - lyrisches Lesen 65, 837, 888 f., 893 f., 936, 943
  - obsolet *siehe* Obsoleszenz von Dogmatik
  - persuasive authority 447, 636

- Rechtsdogmatikforschung 73, 782, 785, 787, 796, 819 ff., 826, 829, 833 f., 1134
- Rechtsprechung 73, 637 f., 646
- Rechtswissenschaft 73, 635 f., 656 f., 674, 791
- Schrifttum 635 f., 656 f.
- (und) Verbandsgrundrechtspositionen 628 f., 642, 685 ff., 1127
- verfassungstextfern 642 f., 685 f., 689
- Verwaltungspraxis 662 f.
- Wirkmacht 649 f., 986, 1001, 1105, 1147
- Rechtskultur (*siehe auch* Verfassungskultur) 817, 1030
- Rechtspersönlichkeit
  - (und) Anthropomorphismus 837, 842 ff., 890, 1137
  - Rechtstheorie 843 ff.
  - Verfassungstextbefunde 842 f.
- Rechtsprechung
  - individuelle Legitimation 729, 761
  - judicial activism *siehe* judicial activism
  - judicial constitutionalism *siehe* judicial constitutionalism
  - judicial (self-)restraint *siehe* judicial (self-)restraint
  - Justiziabilität *siehe* Justiziabilität
  - Klagebefugnis 335, 421 f., 699, 734, 750, 770 f., 1019, 1034, 1132
  - Mobilisierung *siehe* Mobilisierung
  - Prüfungsdichte 737 f., 755, 757, 763, 1132
  - Richterrecht *siehe* Richterrecht
  - (kein) Selbstbefassungsrecht 699, 747, 1131
  - Selbstbeschränkung *siehe* judicial (self-)restraint
  - Selbstbewusstsein 975 f.
  - Selbstironie 944, 974 ff., 981 f., 997 f., 1142
  - Selbstreflexion 975
- Rechtsprechungskompetenz
  - Ergänzung 334 f.
  - Trennung 334 f., 502
- Rechtsprechungsnähe v. Verbandsgrundrechtspositionen 360, 712, 744 ff., 755, 767, 789, 791, 977, 1131
- Rechtsquellenlehre 632 f., 637 f., 663, 673
  - Richterrecht (*siehe auch* Richterrecht) 637
  - USA 638
- Rechtsregime
  - Abgabengesetzgeber 404 f., 407, 409, 503, 960, 1062, 1120
  - Begriff 403, 1120
  - bürgerliches Recht 414, 718, 740
  - Friktionsauflösung 409 ff., 414, 416, 418
  - Friktionstoleranz 406, 408, 410, 414, 416, 418 f.
  - Gesetzgebungskompetenzen 290, 402, 406, 409, 418, 503, 718, 740, 828, 960, 1062, 1120
  - Kollisionsvermeidung 409 ff., 414, 416
  - Mietendeckel *siehe* Mietendeckel
  - Privatrecht 402 ff., 408, 411 ff., 417 f., 1062, 1120
  - Sachgesetzgeber 404 f., 407, 409, 503, 960, 1062
  - Sondergesetzgeber 417
  - Steuerrecht 319, 382, 409 ff.
  - Verpackungsteuer *siehe* Verpackungsteuer
  - Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung 319, 409 f., 418 f., 960, 1036
- Rechtssatztext 631 ff., 638
- Rechtssoziologie
  - Geltung 698
  - Mobilisieren 699
  - Rechtserzeugung 632, 634
  - Sanktionieren (*siehe auch* Sanktionierung v. Verfassungsrecht) 699
  - Verfassungsverwirklichung 694 ff., 827, 1129
- Rechtssprache 794 ff., 1135
- Rechtsstaat
  - Dogmatik 665, 678, 777 f., 790
  - (und) Föderalismus *siehe* Rechtsstaat und Föderalismus
  - Freiheit 247, 1026 ff., 1144
  - (und) Hoheitsgewalt 155
  - Schleusenbegriff 269 f., 275, 1026, 1116
  - Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung 319, 409 f., 418 f., 960, 1036

- Rechtsstaat und Föderalismus 247 f., 258 f., 278, 292 f., 377, 427, 605, 798, 925, 927, 1026 ff., 1032, 1036, 1096, 1144
- Anspruch auf Rechtsstaatlichkeit (?) 427, 605
- Bindung der föderierten Einheiten 532
- *Hallstein* 199 f.
- *Hesse* 258 f., 602, 1126
- Homogenität 307
- Landesverfassung 444
- *Preuß* 177, 199, 1019, 1069
- Unterschied 259, 689
- Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung 319, 409 f., 418 f., 960, 1036
- Rechtstexte
  - apokryph *siehe* apokryphe Dogmatik
  - Gattung 629, 631 ff., 670 f.
  - kanonisch 646, 656, 674, 829, 833, 980, 986, 1128
  - obsolet *siehe* Obsoleszenz von Dogmatik
  - Rechtsaktstext 631 f., 635, 638, 645 f., 650
  - Rechtsarbeitstexte 634 f., 645, 657, 820, 977
  - Rechtserkenntnis Quelltext 632 ff., 636, 645 f., 650, 663, 986, 1127
  - Rechtserzeugungs Quelltext 632 ff., 636, 986, 989, 1127
  - Rechtsinhalts Quelltext *siehe* Rechtsinhalts Quelltext
  - Rechtssatztext 631 ff., 638
  - Rechtswertungs Quelltext 632 ff., 986, 1127
  - Sondervotum *siehe* Sondervotum
  - Typologien 629 ff.
  - verborgene (*siehe auch* apokryphe Dogmatik) 655
  - verfassungstextferne (*siehe auch* Verfassungstextferne) 642 f.
- Rechtsvergleichung *siehe* Komparatistik
- Rechtsverordnungen 341, 478 f., 485 f., 575, 1122
  - Erlasspflicht 478 f., 1122
- Rechtswertungs Quelltext 632 ff., 986, 1127
- Rechtswissenschaft
  - Abhandlung 658 ff.
  - Bundesverfassungsgerichtspositivismus 60, 789 ff., 941, 945, 963, 970, 1000, 1134
  - (und) Demokratie 777 f., 1104 f., 1134, 1147
  - (keine) demokratische Legitimation 777 f.
  - Didaktik 676, 687, 1128
  - Dogmatik *siehe* Dogmatik
  - Dogmatikbildung *siehe* Dogmatikbildung
  - Festschrift 221 f., 586, 660 f., 970
  - Grundlagen des Rechts *siehe* Grundlagen des Rechts
  - Gutachten 54, 61, 426 f., 429, 441, 443, 630, 654, 657 f., 670, 826, 965, 1040, 1120
  - Interdisziplinarität *siehe* Interdisziplinarität
  - Jurisprudenz *siehe* Jurisprudenz
  - Komparatistik *siehe* Komparatistik
  - Lesen 1104 f.
  - Methodenpluralismus 775
  - (und) Praxis 665 f., 780 ff., 788 ff.
  - Professionalität 665, 777 f.
  - Rechtsdogmatikforschung *siehe* Rechtsdogmatikforschung
  - Rechtsinhalts Quelltext *siehe* Rechtsinhalts Quelltext
  - Rechtsvergleichung *siehe* Komparatistik
  - US-amerikanische 783 ff.
  - Verfassungsrechtsdogmatikforschung *siehe* Rechtsdogmatikforschung
  - Vergleichung *siehe* Komparatistik
  - Regierungssitz 531 f., 547, 1124
  - Regierungssystem
    - föderierte Einheiten 106, 188, 348, 529 f., 1087
    - Homogenität 348, 529 f.
    - parlamentarisches 529 f., 804, 1044, 1087
    - präsidentielles 258, 529 f., 804, 1044
  - Reichsverfassung (1871) 180 f., 202, 224, 303, 400, 618, 714, 1052
  - Reichsverfassung, Weimarer *siehe* Weimarer Republik
  - reparatives Lesen 941 f.
  - Repräsentation, deskriptive 98, 1042
  - Repräsentationspluralismus 1089 ff., 1094 f., 1147
  - repräsentative Demokratie
    - (und) Anthropomorphismus 934, 1141
    - *Anti-Federalists* 103, 106, 1042
    - *Federalists* 83, 88 f., 94, 102, 1042

- (und) Föderalismus 48, 74, 77 f., 80 f., 83, 94, 102 f., 134, 274, 802, 822 f., 1006, 1111 f., 1114
- Zumutung 1046
- republican government, guarantee of* 200, 239, 306, 384
- Republik 47, 87 ff., 90 f., 96, 114, 122, 124, 225, 240, 348, 527, 926 f., 1013, 1022, 1024, 1042, 1051, 1144
- Republikanische Partei 597, 690
- republikanischer Bundesstaat 225, 832
- Republikanismus (*siehe auch* Republik) 49, 85, 113, 226
- Respekt 217, 409, 761, 971 f., 1038
- Rezeptionsnische 75, 265, 267 f., 754, 791 ff., 807, 881, 891, 941, 1107, 1116, 1134
- Rezeptionspolitik 110 f., 113 f.
- Rhetorik
  - Begriff 63, 796, 865 f., 879, 1135, 1139
  - (und) Dekonstruktion 73, 796, 876, 881
  - (und) Dogmatik 685, 691 ff., 786 ff., 876
  - New Rhetoric 919, 933
  - Persuasion 63, 919
  - Rhetorizität von Sprache 865, 876, 1139
  - Trope *siehe* Trope
  - Tropologie *siehe* Tropologie
- Rhetorik der Persuasion 63, 919
- Rhetorik der Tropen 63
- Rhetorikanalyse
  - Geschichte 833
  - Interdisziplinarität 787 f., 792, 794, 798, 811, 819, 826, 833 f., 1133, 1135
  - Komparatistik 811, 819, 826, 828, 833
- Rhetorizität von Sprache 865, 876, 1139
- Richterrecht
  - anti-commandeering doctrine 506
  - *case law* 638, 988
  - *common law* 584, 638 f.
  - dormant commerce clause 228, 582
  - *precedent* 638, 640 f., 984, 988
  - Rechtserkenntnisquelle 637 f.
- (und) Rechtsinhaltsquellen 61, 642, 646 ff., 652, 655, 1127 f.
- Rechtsquelle 637
- Verbandsgrundrechtspositionen 712, 746, 771
- Verfassungsrecht 640, 737
- Rollen-Würde 216, 223, 233 f., 312, 350, 951, 955, 999, 1114
- Romantik
  - Dekonstruktion 879, 913
- Epoche 811, 857, 870 ff., 884 f., 888, 891
- Ideologie 872, 884, 913
- Ithaca 7
- Komparatistik 807 f., 873 ff.
- Landschaft 7, 748
- Lesekonvention 806 f., 879, 884 f., 1110
- Literaturdogmatik 871
- Lyrik 857, 871, 879, 884 f., 888, 891, 911, 1109 f.
- Orientalismus 807
- Post-Romantik 871, 873 f., 878, 897
- Sub-Nationalismus 209, 1011, 1064
- Verfassungsromantik 1064
- Westernismus 806 f., 811
- safeguards of federalism* 279 ff., 703, 785
  - administrative 333
  - judicial 699
  - *political* 711, 727, 756, 760, 995
  - *popular* 699, 735, 1098
- Sanktionierung v. Verfassungsrecht(-verstößen) 696 f., 698 ff., 702, 767, 770, 1129
- (para-)demokratisch 146, 725, 735 f., 745 f., 1130
- judikativ 734, 737, 743 ff., 754 f., 759, 761 ff., 767, 772, 798, 976 f., 992, 999, 1033, 1066, 1075, 1118, 1131 f.
- nicht-judikativ 709, 712, 714 ff., 718, 746, 1130
- Schleusenbegriff
  - Bundesstaat 270 f., 273
  - deskriptiv 270 ff.
  - Ideenpolitik 274 ff.
  - normativ 272 ff.
  - Rechtsstaat 269 f., 275, 1026, 1116
- schlimm 1049
- Schreiben
  - öffentliches 1109 f.
  - Verlegenheit 1105 f., 1109 f.
- schutzwürdige föderierte Einheit 54, 64, 68 f., 71 f., 102, 107, 134 ff., 140 ff., 146 f., 179, 183, 209 f., 212 f., 215, 219, 234, 786, 797, 802, 812, 815, 825, 834, 837, 847,

- 935, 937, 941, 968, 978, 1019 f., 1111 ff., 1136 f.
- Selbstbefassungsrecht, gerichtliches 699, 747, 1131
- Selbstbeschränkung
  - Ironie 931, 975 f., 994 f., 997, 1004, 1143
  - judicial (self-)restraint *siehe* judicial (self-)restraint
  - poetic (self-)restraint 905, 975
- Selbsterhaltung, politische
  - Bundes-Modell 174 f., 185 f., 190, 196, 229, 1113
  - Fallgruppen/Referenzfelder 364, 381, 388, 403, 419, 431, 458, 467, 481, 503, 525, 550, 567, 580, 593, 609, 1119, 1126
  - Föderalismusverfassungsrecht 254, 276, 284, 297, 311 f.
  - Verbandsgrundrechtspositionen 311 f., 345, 361, 1117 f.
- Selbstironie 944, 974 ff., 981 f., 997 f., 1142
- Selbstreflexion
  - Gerichte 975
  - Ironie 1004
  - Kritik 1004
  - Methode 666
- Senate 201, 301, 310, 337, 339 ff., 345 f., 555, 557, 756, 1070, 1118
- Solidarität
  - Anspruch auf ~ 567 f., 571, 573 ff., 579 f., 1125
  - Bundesingerenzausübungspflichten 567 ff.
  - Bundessolidarität 53, 567 f., 573, 579, 590, 622, 627, 692, 757, 1126 f.
  - (und) Eigenverantwortung 578, 757, 1125
  - USA 579, 1125
  - Verantwortungsübernahme 573, 575, 579
  - (und) Würde 625 ff.
- Sondervotum
  - Rechtsinhaltsquelltext 61, 651 f., 829, 1105, 1128, 1147
  - Rhetorik-Analysen 889, 926 f., 931 ff., 938, 979, 981, 984 ff., 997 f., 1000, 1013, 1019, 1033, 1035 f., 1071 f., 1099 f.
- Sorge für das Grundgesetz, bündische 53, 585 f., 588, 592, 660, 692, 750, 973, 1075, 1125, 1127, 1132
- Sorge um sich 974, 999, 1110, 1142
- Souveränität 102, 120, 194, 212 f., 216, 275, 380, 419, 423, 436, 494, 522, 540, 548, 572 f., 926 f., 930, 979, 1013 f., 1019, 1033, 1040, 1061, 1071, 1081 f., 1085, 1103 f., 1121, 1124, 1146
  - dual sovereignty 641 f., 831
  - equal sovereignty *siehe* equal sovereignty
  - postsouveräne Welt 1020, 1144
  - Quasi-Souveränität *siehe* Quasi-Souveränität
  - relative 359
  - Schwebezustand 194, 380
  - Spiel mit ~ 423
- sovereign immunity*
  - Inhalt 389 ff., 502, 1120
  - Relativierungen 392 ff.
  - Rhetorik 926, 1013, 1102, 1141
  - Topos 52, 402, 641 f., 691, 1121
- Sprache
  - dumme 906 f., 915, 917, 931
  - einfältige 907, 917, 931
  - Ironie *siehe* Ironie
  - Rechtssprache 794 ff., 1135
  - Rhetorizität 865, 876, 1139
  - tropologischer Charakter 63, 865 f., 879, 1139
  - verrückte 907, 917, 931
- Staat als Argument *siehe* Etatismus
- Staatlichkeit
  - Eigenstaatlichkeit *siehe* Eigenstaatlichkeit
  - Eigenverantwortung 569, 573, 1125
  - Einzelstaaten *siehe* states
  - Etatismus *siehe* Etatismus
  - Nationalstaat 79, 86, 105, 154, 199, 241, 805, 1010 f., 1144
  - Staaten ohne Ernstfall 578, 580, 627, 1020, 1102, 1144
  - *statehood* 530 ff., 548, 692, 1124, 1127
- Staatshaftungsrecht
  - Deutschland 396 ff.
- Immunität *siehe* Immunität
- sovereign immunity *siehe* sovereign immunity

- USA *siehe* sovereign immunity
- Verfassungsänderungen 398 ff., 402, 562, 599, 649, 770, 1014 f., 1120, 1133
- Staatsorganisation
- Ingerenzausübungsgrenzen 525 ff.
- Regierungssitz 531 f., 547, 1124
- Regierungssystem *siehe* Regierungssystem
- Verfassungsautonomie *siehe* Verfassungsautonomie
- Staatspraxis 268, 553, 621, 663, 1128
- departmentalist federalism *siehe* departmentalist federalism
- state autonomy* 55 f., 68, 350, 384, 659, 785
- state dignity* 57, 59, 62 f., 66, 210 ff., 350, 642, 686 f., 691, 772, 786 f., 795 f., 837, 891, 1002, 1102, 1118, 1120 f., 1129, 1140
- statehood*
- conditions on ~ 530 ff.
- Topos 530 ff., 548, 692, 1124, 1127
- states* *siehe* föderierte Einheit
- status activus*
- Ingerenzeffektivierung (*siehe auch* Ingerenzeffektivierung) 354 f., 592 ff., 1125 f.
- Kompetenzeffektivierung (*siehe auch* Kompetenzeffektivierung) 354 f., 431 ff., 1121
- Verbandsgrundrechtspositionen 354 f., 431 ff., 592 ff., 1118, 1121, 1125 f.
- status aequalis*
- asymmetrischer Föderalismus 201 f., 617
- Bundes-Modell 197 ff., 356
- Bundeskompetenzausübung 447 ff., 1121
- *disparate impact* 449, 451 ff., 455, 614
- *disparate treatment* 449 ff., 614
- Egalisierung 448
- Einstimmigkeit 95, 200 f., 203 f., 254, 553, 557 f., 752, 1070, 1081 f.
- equal footing 532, 609, 612
- equal sovereignty *siehe* equal sovereignty
- föderale Disparitäten 357, 449 ff., 458, 462 f., 465, 613, 618, 620, 623
- formale Gleichheit 198, 208, 1053
- Gleichwertigkeit der Lebensverhältnisse 400, 457, 736
- Individualgleichheitsgrundrechte 355 f., 359, 453, 455, 461, 609
- Ingerenzausübung 608 ff., 1126
- Kompetenzausübung 356 f., 447 ff., 1121
- Kompetenzausübungsdisparität 357, 449 ff., 458, 462 f., 465
- Materialisierung 200
- Port Preference Clause 456 f., 461, 465
- Raumbezogenheit von Recht 452 f.
- Rechtsgemeinschaft *siehe* Rechtsgemeinschaft
- Stimmengleichheit 200 f., 204
- Ungleichheiten 201 f., 358
- Uniformity Clause 456 f., 461, 465
- Verbandsgrundrechtspositionen 355 ff., 447 ff., 608 ff., 1118, 1121, 1126
- status negativus*
- Ingerenzausübung (*siehe auch* Bundesingerenzausübungsschranke) 466 ff., 1122 ff.
- Kompetenzausübung (*siehe auch* Bundeskompetenzausübungsschranke) 363 ff., 1119 f.
- Verbandsgrundrechtspositionen 352 f., 363 ff., 466 ff., 1118 ff., 1122 ff.
- status positivus*
- Ingerenzausübung (*siehe auch* Bundesingerenzausübungspflicht) 567 ff., 1125
- Kompetenzausübung (*siehe auch* Bundeskompetenzausübungspflicht) 419 ff., 1120 f.
- Verbandsgrundrechtspositionen 353 f., 419 ff., 567 ff., 1118, 1120 f., 1125
- Steuerrecht 319, 382, 409 ff.
- Stiftungspakt 566, 1056 f., 1081, 1084, 1146
- Stimme
- dogmatische *siehe* dogmatische Stimme
- lyrische *siehe* lyrisches Ich
- Störfall 305 ff., 313, 360 f., 482, 686, 1117 f.
- Streitigkeiten
- einfach-rechtliche 581 ff.
- verfassungsunmittelbare 583 f.
- Streitschlichtung, föderale 581, 583, 591 f., 1125
- Strukturalismus 861, 895, 899

## Strukturelemente

- Struktur-Wirkungs-Matrix 236 f., 279, 281 ff., 284, 628, 667, 683, 693, 703, 746, 827, 956, 1066 f., 1116
- Verbandsgrundrechtsposition *siehe* Verbandsgrundrechtsposition
- Verbandsingerenz *siehe* Verbandsingerenz
- Verbandskompetenz *siehe* Verbandskompetenz

Sub-Nationalismus 146, 154, 156 f., 167 f., 209, 242, 379 f., 526, 564, 627, 798, 803, 825, 1008, 1010 ff., 105, 1059, 1064, 1119, 1121, 1143

- Romantik 209, 1011, 1064

Subjekt, Ideologie des ~s 877, 885, 888, 891, 902, 1138

Subjektivität, lyrische *siehe* lyrisches Ich

Subsidiarität 84, 102 f., 153, 177, 189, 256, 307, 379, 1012, 1119

Südweststaat-Urteil 540 ff., 544, 1074

*suicide, physician-assisted* 765

Symbol, Ideologie des ~s 876, 902, 904, 1138

symbolisches Kapital 754, 771

## Synekdoche

- Begriff 897 f., 911 f., 928, 1139
- Dekonstruktion 900 ff., 913 ff., 930 ff.
- Identität 897 ff., 902, 911 f., 916 f., 928, 930 ff., 1139
- synekdochischer Anthropomorphismus 911 ff., 928 ff.
- Totalisierung 848, 875, 879, 881, 898 f., 902 ff., 911 f., 920, 927, 929 ff., 933, 936 f., 1000, 1138 f., 1141

## Teilen

- Föderalismus 58, 147 f., 152 f., 261, 1113
- shared constitutional interpretation 744 f., 788, 1038, 1103
- shared rule 152 f.

Territorium 106, 113, 164, 354, 436, 545, 582, 708, 806, 1019, 1075

*tertium comparationis* 74, 794, 812 f., 815, 834, 1136

Text *siehe* Rechtstexte

## Textarbeit

- *close reading* 74, 796 f., 819 f., 833 f., 880, 944, 1135 f.
- diskursive 59, 986, 1135
- Dogmatikbildung 59, 794, 798, 820, 986, 1135
- Komparatistik 819 f.
- Rechtsarbeit als ~ 74, 820
- Vergleich 819 f.

Textualismus 819 f.

Textwelt 886

Theomorphismus 178 f., 971

Theorie-Praxis-Interventionen 49, 110, 116, 144, 797

Todesstrafe (*siehe* auch *death penalty*) 367 f., 437 f., 713

## Toleranz

- Aporie-Toleranz (methodisch) 835, 1007
- Demoikratie 1068, 1074 f., 1084 f.
- Friktionstoleranz 406, 408, 410, 414, 416, 418 f.
- Identitäten 1068
- Verfassungsautonomie 538, 540, 547, 1074 f., 1084 f.
- Wirkungsdimensionen 744 f., 747, 1129, 1131 ff.

## Totalisierung

- Demoikratie 1050, 1063
- Föderalismus 1050, 1063
- Ideologie 144
- Staat als Rechtsperson 846, 848
- Synekdoche 848, 875, 879, 881, 898 f., 902 ff., 911 f., 920, 927, 929 ff., 933, 936 f., 1000, 1138 f., 1141

Traditionalismus 379, 419, 445 f., 1015 f., 1034, 1102, 1119, 1144

## Trennungsföderalismus

- Cliché 171
- Deutschland 327 f., 330, 474
- föderale Treue 219, 225, 227, 230, 968
- Gesetzgebung 468, 474, 1062
- Grundmodell 148, 153, 170 ff., 217, 219, 225, 593
- Rechtsprechung 334 f., 502
- Rechtsvergleich 804 f., 823
- Relativierung 133 f., 171, 227, 230 f., 324, 594



- USA 106, 133 f., 171, 191, 227, 230 f., 324, 330 f., 334, 340, 397, 468, 489, 502, 579, 594, 1027, 1039
- Verwaltung 324, 327 f., 330 f., 336, 489, 500
- Treue
  - Anthropomorphismus 62, 66 f., 69, 73, 350, 837 ff., 888, 890 ff., 934, 938, 963, 970, 972 ff., 1102 f., 1105, 1109, 1137, 1140 ff., 1145 ff.
  - Bundestreue *siehe* Bundestreue
  - Bundesverfassungsgerichtstreue *siehe* Bundesverfassungsgerichtstreue
  - Dekonstruktion 67, 963 ff., 1141 f.
  - dogmatisch-föderale ~ *siehe* dogmatisch-föderale Treue
  - föderale *siehe* föderale Treue
  - Freundlichkeit 501, 839 f., 847, 923 f., 933, 971, 1140
  - Loyalität 728, 971 f., 1063 f.
  - Respekt 217, 409, 761, 971 f., 1038
  - Verfassungstreue *siehe* Verfassungstreue
- Trope
  - (und) Anthropomorphismus 868, 894 f., 908 ff., 922 ff.
  - Begriff 863 f., 895 f., 1139
  - besondere Formen 896 ff., 1139
  - dreigliedrige Grundstruktur 895 f., 1139
  - Fundamentaltrope 917 ff., 921, 938, 1138 ff.
  - Ironie *siehe* Ironie
  - Kardinaltrope 919
  - Metapher *siehe* Metapher
  - Metonymie *siehe* Metonymie
  - Synekdoche *siehe* Synekdoche
- Tropologie
  - rhetorische 64, 864, 866, 894 f., 899, 1139
  - stilistische 917 f.
- Typus
  - Gattung *siehe* Gattung
  - ideenpolitischer 76 ff., 82 ff., 137, 141, 147, 151, 169, 801 ff., 1111, 1136
  - typologisch-struktureller Vergleich 831
- Überheblichkeit, Ironie 976
- Überleben, kollektives 929, 1015, 1018, 1109
- Umsatzsteuerneuverteilung 519, 521, 1098
- Umwelt(schutz)(recht) (*siehe auch* Klimaschutzrecht) 230, 251, 325, 327, 426, 430, 452, 473, 493 f., 583 f., 596, 616 f., 662, 730 f., 763, 1050, 1120 f., 1125
- uncooperative federalism* 305, 596, 659, 662, 721, 1126
- Unentscheidbarkeit 64, 67, 239, 796, 895, 903 f., 907, 915 ff., 920, 930 f., 933, 939 f., 1139, 1141
- Entscheidungsaufschub 991
- Ironie 903 f., 907, 915 ff.
- ungeschriebenes Recht (*siehe auch* Verfassungstextferne)
  - Bundestreue 222, 224, 226, 620, 839, 956, 971 f.
  - Verbandsgrundrechtspositionen 51, 54, 59, 63, 272, 348, 350, 360 f., 364, 387, 397, 402, 458, 465, 495 ff., 523, 632, 648, 650, 685 f., 751, 972, 1010, 1033 f., 1119 f., 1123 f., 1127, 1131
  - Verfassungsänderungsgrenzen 551 f., 557, 562, 566, 1081, 1124
  - Verfassungstextferne 642 f., 685 f., 695, 821
- Uniformity Clause* 456 f., 461, 465
- unitarischer Bundesstaat 333, 598, 602, 660, 1084, 1126
- Unitarisierung
  - Bundesparlament 711
  - Deutschland 585, 601, 1075
  - Geschichte 102, 109, 133, 135, 340, 534, 1010
  - Nationalstaat 1056
  - Unitarisierungsdruck 322, 329
  - USA 340, 534, 608
  - Verwaltungsunitarisierung 332, 608
  - Wahlrecht 536, 617, 1074, 1079
- Unitarismus
  - (und) Etatismus 1010, 1012, 1143 f.
  - gebrochener ~ 1010, 1144
  - Wahlrechtsunitarismus 533, 540, 545, 547, 556, 1068, 1075 f.
- Unkontrollierbarkeit, Ironie 905 f., 918
- Unlesbarkeit 899, 903 f., 917, 1139
- Ironie *siehe* Ironie
- Unter-Verfassungsrecht 300 f., 324, 1117

## USA

- Americanization 152, 187, 531, 810
- Einzelstaaten *siehe* föderierte Einheit
- Entstehung 83 f., 87 f., 95, 110, 115, 150 f., 260
- Rechtsquellen 638 f.
- Rechtswissenschaft 783 ff.
- westward expansion 152, 810

## US-Präsident

- Ermessen 569, 571
- Wahl 89, 343, 533

*U.S. Senate* 201, 301, 310, 337, 339 ff., 345 f., 555, 557, 756, 1070, 1118

## US-Verfassung

- Änderungsfestigkeit 310, 553 ff., 1082
- Finanzhilfen 506 ff., 572, 890, 929, 932 f., 946, 981, 1123
- Gesetzgebungskompetenzen 317, 320 ff.
- Kollisionsentscheidung 320, 410, 417
- Präambel 238 f., 243
- Rechtsprechungskompetenzen 334 ff.
- Struktur 239
- Trennungsföderalismus (*siehe auch* Trennungsföderalismus) 106, 133 f., 171, 191, 227, 230 f., 324, 330 f., 334, 340, 397, 468, 489, 502, 579, 594, 1027, 1039
- Verbandsgrundrechtspositionen 346 ff.
- Verfassungsänderung 553 ff., 1081 ff., 1124
- Verfassungsgebung 87 f., 95, 110, 115, 260
- Verschränkungsföderalismus (*siehe auch* Verschränkungsföderalismus) 133 f., 231, 324 f., 334, 423, 473, 485, 493, 501, 595 ff., 660, 721, 1099
- Verwaltungskompetenzen 324 ff.
- Wahlrecht 533 ff., 1069 ff., 1124, 1133

## Verantwortung

- (und) Ironie 998, 1000 f., 1141
- Kritik am Begriff 1034
- Leserinnen u. Leser (*siehe auch* Ethik des Lesens) 1000 ff., 1104 ff., 1141, 1147
- lokale Gemeinschaft 52, 1033 ff., 1040 f., 1103, 1145
- Zumutungen d. Demokratie *siehe* Zumutungen d. Demokratie

Verantwortungsklarheit *siehe* accountability

Verantwortungsübernahme 573, 575, 579

## Verband

- föderaler 158 f., 161
- Para-Demokratie 724

## Verbandsgrundrechtsposition

- Aufgabengarantie 349
- Autonomiegarantie 350 ff.
- Brutstätte Praxis 714, 768 f.
- Bundes-Modell 312 f., 345
- Definition 312, 1117
- *departmentalist federalism* 712 ff., 714 f., 717, 719, 721, 746, 1130
- Existenzverfestigung 346 f.
- föderierte Einheiten 345 ff.
- Formalisierung 687 ff.
- Funktionengarantie 349 f.
- Gerichtsfähigkeit 686 f.
- Ingerenzausübungsregel 313, 352 ff., 1118
- Instrumentalisierung 689 ff.
- *judicial activism* 744, 754 f., 767, 977, 981
- *judicial self-restraint* 754 ff., 761, 766 f., 770 ff., 1132
- Kompetenzausübungsregel 313, 352 ff., 1118
- Krisen-Bezug 360 f.
- Kryptonormativität *siehe* Kryptonormativität
- Legitimation 345 ff., 348, 350, 361, 1118
- Mobilisierung (*siehe auch* Mobilisierung) 747 ff., 1131 f.
- Rechtsinhaltsquelltext 628 f., 642, 685 ff., 1127
- Rechtsprechungsnähe 360, 686 f., 712, 744 ff., 755, 767, 789, 791, 977, 1131
- Rhetorik 691 f., 771 f.
- Sanktionierung (*siehe auch* Sanktionierung v. Verfassungsrecht) 754 ff., 1132
- Selbsterhaltung *siehe* Selbsterhaltung
- Setzung 768 ff., 1132 f.
- Staatspraxis 714, 768 f.
- *status activus* (*siehe auch* *status activus*) 354 f., 431 ff., 592 ff., 1118, 1121, 1125 f.
- *status aequalis* (*siehe auch* *status aequalis*) 355 ff., 447 ff., 608 ff., 1118, 1121, 1126

- *status negativus* (*siehe auch status negativus*) 352 f., 363 ff., 466 ff., 1118 ff., 1122 ff.
- *status positivus*, (*siehe auch status positivus*) 353 f., 419 ff., 567 ff., 1118, 1120 f., 1125
- Störfall-Bezug 351, 360 f.
- ungeschrieben *siehe* ungeschriebenes Recht
- Verfassungspolitik 769 f.
- verfassungstextfern *siehe* Verfassungstextferne
- Wirkungsweise 313, 352 ff., 747 ff., 771 f.
- Zugespitztheit *siehe* Zuspitzung
- Verbandsingerenz
  - Abgrenzungen 291 f., 296 ff.
  - Alltag 305, 310 f.
  - Außenwirkung 299 f.
  - bottom-up 337 ff.
  - Bundes-Modell 191 ff., 207
  - Bundesingerenzausübungspflicht (*siehe auch Bundesingerenzausübungspflicht*) 353 f., 567 ff., 1125
  - Bundesingerenzausübungsschranke (*siehe auch Bundesingerenzausübungsschranke*) 352 f., 466 ff., 1122 ff.
  - Bundesverfassungsänderung 308 ff., 549
  - Definition 295 f., 1117
  - Demoikratie 544, 600, 1058, 1080 ff., 1084 f., 1087 f., 1146
  - Einwirkungsingerenz 300 f., 343 f.
  - föderale Bundesorgane 201, 204, 301, 309 f., 337, 339, 341 f., 345, 555, 560, 565, 619, 728, 1118, 1124
  - föderierte Einheiten 337 ff., 1118
  - Foren 337 ff., 342 ff.
  - gleichheitsbezogene Ingerenzausübungsregel 355 ff., 608 ff., 1126
  - informal-faktische 301 ff., , 310, 499, 595, 607 f.
  - Ingerenzausübungsermessen 507, 569, 571 ff., 575, 577, 579, 588, 624, 742 f., 746, 1131
  - Ingerenzeffektivierung (*siehe auch Ingerenzeffektivierung*) 354 f., 592 ff., 1125 f.
  - Ingerenzgarantien 192 f.
  - Ingerenzkontrolle 1131
  - Ingerenzqualifikation 742 ff., 746
  - Kompensation für Ingerenz 600 f.
  - Kompensation für Kompetenzverlust 593 ff., 598 ff., 601 ff.
  - (und) Kompetenz 291 f., 296 ff.
  - Kompetenzvorfeld 298 f., 337, 466, 504, 524 f., 576, 1117
  - Konferenzen 303, 310, 499, 589, 606, 1100
  - Krise 305 ff.
  - Meta-Ingerenz 467, 549 f., 1124
  - Mitwirkungsingerenz 300 f., 337 ff.
  - Störfälle 305 ff.
  - Systematisierung 300 ff.
  - *top-down* 207, 306 ff., 600 f.
- Verbandskompetenz
  - Abgrenzungen 291 f., 296 ff.
  - Alternativität 173, 191, 315 ff., 318, 321, 336, 410, 447, 717, 804 f., 1062
  - ausschließliche Kompetenz *siehe* ausschließliche Kompetenz
  - Bundes-Modell 191 ff.
  - Bundeskompetenzausübungspflicht (*siehe auch Bundeskompetenzausübungspflicht*) 353 f., 419 ff., 1120 f.
  - Bundeskompetenzausübungsschranke (*siehe auch Bundeskompetenzausübungsschranke*) 352 f., 363 ff., 1119 f.
  - Definition 285 ff.
  - Enumerationsprinzip 95, 315
  - föderierte Einheit 314 ff.
  - Gesetzgebungskompetenz (*siehe auch Gesetzgebungskompetenz*) 315 ff., 1118
  - Gleichheit bei Ausübung 356 ff., 447 ff., 1121
  - Hausgut *siehe* Hausgut
  - (und) Ingerenz 291 f., 296 ff.
  - Kompetenzausübungsermessen 388, 711, 713, 742 f., 746, 766, 769, 1131
  - Kompetenzzertifizierung (*siehe auch Kompetenzzertifizierung*) 354 f., 431 ff., 1121
  - Kompetenzgarantie 191 ff., 349 f.
  - Kompetenzkontrolle 739, 741, 1131
  - Kompetenzqualifikation 711, 739 f., 742 ff., 746
  - Normenkollision *siehe* Normenkollision

- Nüchternheit 982 ff.
- Parallelität 191, 315 ff., 318, 321, 336, 365, 370, 379, 433, 437, 440, 445, 447, 468, 717, 759, 804 f., 1039, 1062, 1068, 1121
- Rechtsfolge 291
- Rechtsprechungskompetenz 334 ff.
- Tatbestand 288 ff.
- Verwaltungskompetenz 322 ff.
- Verbandszuständigkeit *siehe* Zuständigkeit
- Verfassung
  - Begriff 249, 1025
  - (und) Freiheit 1025
  - (und) Herrschaft 1025
  - Herrschaftsbeschränkung 1028, 1059, 1102, 1145
  - Herrschaftseinrichtung 1025, 1028
  - Herrschaftsformung 152, 1025 f., 1028, 1059
  - Machtzerstreung 935, 1028
- Verfassungsgebung *siehe* Verfassungsgebung
- verfassungsändernde Gewalt 1083
- Verfassungsänderung
  - Bundes-Modell 193, 197, 203 f., 349, 550, 1083
  - Bundesfinanzhilfen 517 ff., 562, 600, 770, 1133
  - Bundesverfassungsänderungsgrenzen 549 ff., 1081 ff., 1124
  - Demokratie 550, 1070, 1081 f., 1147
  - Demokratie 550, 566, 1056, 1066, 1069 f., 1081 ff., 1103, 1124, 1147
  - direkte Demokratie 558, 1082
  - Etatismus 561 f., 564 ff.
  - Föderalismusreform 385 f., 415, 474, 517 f., 561, 623
  - Grundgesetz 560 ff.
  - Hausgut *siehe* Hausgut
  - Ingerenzen 308 ff., 549
  - justiciability 559, 757, 1132
  - Landesbeamtenrecht 385 ff.
  - materielle Grenzen 551 f., 555, 557, 559 ff., 565 f., 1124
  - Meta-Ingerenz 467, 549 f., 1124
  - *nuclear option* 308 f., 349, 549, 1084
  - Obsoleszenz von Dogmatik *siehe* Obsoleszenz von Dogmatik
  - political question 559, 757, 1132
  - Prozeduralisierung 551, 553 f., 565
  - Staatshaftungsrecht 398 ff., 402, 562, 599, 649, 770, 1014 f., 1120, 1133
  - Stiftungspakt 566, 1056 f., 1081, 1084, 1146
  - ungeschriebene Grenzen 551 f., 557, 562, 566, 1081, 1124
  - US-Verfassung 553 ff., 1081 ff., 1124
  - Verfahren 553 f., 558, 560, 565
  - verfassungsändernde Gewalt 1083
  - Verfassungsänderungssog 514
  - Vertragsdenken 550, 566, 1056 f., 1081, 1084, 1146
  - Volkssouveränität 1081 f.
- Verfassungsänderungsfestigkeit
  - Grundgesetz 310, 560, 562, 564, 769
  - US-Verfassung 310, 553 ff., 1082
- Verfassungsautonomie
  - Begriff 525 f.
  - Demokratie 527, 529, 538 ff., 541 ff., 545 f., 546 ff., 1058, 1068, 1124, 1127
  - direkte Demokratie 529, 538 ff., 542 f., 546 f., 1085, 1088, 1094, 1124, 1145 ff.
  - Ingerenzausübungsgrenzen 525 ff., 1124
  - Regierungssitz 531 f., 547, 1124
  - Regierungssystem *siehe* Regierungssystem
  - Relativierung 535, 542, 544, 549
  - Relativität 528, 547
  - (und) Staatsorganisation 525 ff.
  - *statehood* 530 ff., 548, 692, 1124, 1127
  - Toleranz 538, 540, 547, 1074 f., 1084 f.
  - Wahlrechtsföderalismus *siehe* Wahlrechtsföderalismus
  - Wahlrechtsunitarismus 533, 540, 545, 547, 556, 1068, 1075 f.
- verfassungsgebende Gewalt 180, 182, 185, 203, 205 f., 234, 239, 246, 253, 1057, 1113
- Verfassungsgebung
  - Bundes-Modell 203
  - dynamische Setzung v. Verfassungsrecht 700 ff., 722, 1057
  - Grundgesetz 215
  - Ideenpolitik 50, 81, 121, 271 f., 275, 1116
  - Stiftungspakt 566, 1056 f., 1081, 1083 f., 1146
  - Unikat 258

- US-Verfassung 87 f., 95, 110, 115, 260
- Verfassungsgerichtsbarkeit
- judicial constitutionalism *siehe* judicial constitutionalism
- Verfassungsgerichtspositivismus 60, 789 ff., 941, 945, 963, 970, 1000, 1134
- Zumutung 1046
- Verfassungshoheit (*siehe auch* Verfassungsautonomie) 525, 1016
- Verfassungsidentität, Landesverfassungshoheit 440, 446
- Verfassungsinterpretation
- Arbeitsteilung 744 f., 1131
- Bundesverfassungsgerichtspositivismus 60, 789 ff., 941, 945, 963, 970, 1000, 1134
- departmentalism *siehe* departmentalism
- Erstinterpretation 709, 712, 719
- judicial constitutionalism *siehe* judicial constitutionalism
- metakonstitutionelles Material 51, 797 f., 821, 956
- politische Kultur *siehe* Verfassungskultur
- popular constitutionalism *siehe* popular constitutionalism
- Reise nach Jerusalem 986 ff., 997
- Schleusenbegriff *siehe* Schleusenbegriff
- shared constitutional interpretation 744 f., 788, 1038, 1103
- Verfassungsinterpretieren (*siehe auch* Dogmatikbildung) 701
- verfassungskonforme Auslegung *siehe* föderalismus-verfassungskonforme Auslegung
- Verfassungskultur
- allgemein 662, 695, 699, 701 f., 717, 722 f., 725 f., 825, 1001, 1030 f., 1129
- demokratische 1029, 1088
- föderale 726, 736, 776, 803, 808, 1031
- Rechtskultur 817, 1030
- Verfassungsorgantreue 964 f., 1002 f.
- Verfassungspolitik
- Bundesfinanzhilfen 770
- Gegenwelt zur Dogmatik 594 f., 598 f., 607, 768 ff.
- Gestaltungsperspektive 594 f., 598 f., 607, 701 f., 768 ff.
- Kompensationsgedanke 594 f., 598 f., 607
- Landesbeamtenrecht 385, 387, 770, 1014
- popular federalism 725 f.
- Setzung v. Verbandsgrundrechtspositionen 768 ff.
- Staatshaftung 396, 398 ff., 402, 562, 599, 649, 770, 1014 f., 1120, 1133
- Verfassungsgebung US-Verfassung 105, 108, 110, 113
- Wahlrecht 536, 770
- Verfassungsrecht
- Mobilisierung *siehe* Mobilisierung
- Sanktionierung *siehe* Sanktionierung v. Verfassungsrecht
- Setzung 700 f., 768 ff.
- Verwirklichung 693 ff., 1129
- Wirkung 694 ff., 770 f., 1129
- Verfassungsrechtsdogmatikforschung *siehe* Rechtsdogmatikforschung
- Verfassungsromantik 1064
- Verfassungstextferne
- Begriff 642 ff., 1127
- judicial activism 744, 755, 977
- Verbandsgrundrechtspositionen 51 f., 360, 642, 685 f.
- Verfassungstreue
- (und) Bundestreue 964 ff., 1002
- *departmentalism* 706 ff., 1130
- Verfassungsvergleichung *siehe* Komparistik
- Verfassungsverstoß, Sanktionierung *siehe* Sanktionierung v. Verfassungsrecht
- Verfassungswirklichkeit 693 ff., 1129
- Vergleich *siehe* Komparistik
- Verlegenheit
- Anthropomorphismus 1105, 1147
- Aushalten 1108
- Autor/Autorin 1109, 1147
- Dogmatik 1109
- Gelesenwerden 1105
- Lyrik 861, 1105 f., 1147
- Schreiben 1105 f., 1109 f.
- Vermeidung 1107
- Weisheit der ~ 1106
- Verpackungssteuer 319, 409 f., 414, 416 f., 418 f., 653, 960, 962, 1036 f.
- Versatzstück 1006 f.

## Verschränkungs föderalismus

- Autonomie im ~ 473, 489, 493, 495 ff., 500 ff.
- Deutschland 172 f., 191, 324, 329, 333, 396, 398, 402, 428, 494 f., 500 f., 579, 586, 588 f., 592, 598, 605 f., 721, 1026, 1029, 1097, 1100
- Komparatistik 804 f., 823
- Kompensationsgedanke 593 ff., 607, 721, 768, 771
- Muster 170, 172 f., 191, 324, 489, 579, 804, 968
- Relativierung 324 ff., 327, 329 f., 333 f., 336, 804, 823, 1061, 1118
- Treue 219, 500, 968
- USA 133 f., 231, 324 f., 334, 423, 473, 485, 493, 501, 595 ff., 660, 721, 1099
- Verwaltungskompetenzen 324 ff., 330, 432, 447, 473 ff., 1118
- Würde 217, 500

vertikale Gewaltenteilung *siehe* Gewaltenteilung

## Vertragsdenken

- Bundes-Model 150, 174, 178, 181 ff., 188 ff., 192 f., 203 ff., 208 f., 219 f., 223, 229, 232 f.
- Verfassungsänderung 550, 566, 1056 f., 1081, 1084, 1146

Verwaltung *siehe* Administrativ föderalismus

- Verwaltungsexpertokratie 173, 332 f., 601, 605 f., 608, 617, 660, 721, 1029, 1126, 1133

## Verwaltungskompetenz

- Bundesverwaltung *siehe* Bundesverwaltung
- föderierte Einheiten 322 ff., 1118
- Machtambivalenz 330, 1118
- Trennung (*siehe auch* Trennungsföderalismus) 324, 327 f., 330 f., 336, 489, 500
- Unter-Verfassungsrecht 231, 324
- Verschränkung (*siehe auch* Verschränkungs föderalismus) 324 ff., 330, 432, 447, 473 ff., 1118
- Verwaltungsexpertokratie 173, 332 f., 601, 605 f., 608, 617, 660, 721, 1029, 1126, 1133

## Verwaltungspraxis

- Ingerenzen 607 f.
- Kompetenzgebrauch 424
- Rechtsinhaltsquelle 362, 628, 662
- (und) Rechtspersönlichkeit d. Staates 846
- Verweigerung v. Kooperation 434, 582, 595, 958, 1126
- Vielfalt, Freiheit 1039
- virtuelle Allzuständigkeit 445, 543, 1015 ff., 1094, 1102, 1144
- Vitalismus 159, 1015, 1018 f., 1102, 1144

## Volk

- Anthropomorphismus 840
- Bundesverfassungsrechtsvorbehalt 540 ff.
- Ideologie 1047, 1052
- individualistisch 1053 ff.
- kollektivistisch 1052 f.
- popular constitutionalism 722 f., 731, 735, 1130
- Verfassungsorgan 731
- Verfassungsrechtsvorbehalt 540 ff.
- Völker (Plural) *siehe* Demoikratie

## Völker

- Demoikratie *siehe* Demoikratie
- Stiftungspakt 566, 1056 f., 1081, 1084, 1146

## Völkerbund 176

Volksgesetzgebung (*siehe auch* direkte Demokratie) 731 ff., 1130

## Volkssouveränität

- besitzbürgerliche 87, 92 f., 95, 100
- Ideenpolitik 77, 93, 95, 278
- ultimative ~ (Topos) 1081 f., 1085, 1103, 1146
- Verfassungsänderung 1081 f.

## Vollzug

- aufgeschobener 424, 430
- Bundesrecht *siehe* Bundesrecht
- Nichtvollzug 604
- Vollzugs föderalismus 324 ff., 984
- Vorbehalt der Verfassung, föderativer 250 ff., 561, 594

## Waffenrecht 984

- Wahldemokratie 1043, 1045 f., 1059, 1145
- eingebettete *siehe* embedded democracy

- Zumutung 1045 ff., 1059
- Wahlrecht
  - Ausländerwahlrecht *siehe* Ausländerwahlrecht
  - Demokratie 538 f., 545 f., 547, 1068, 1071 ff., 1074 ff., 1076 ff., 1103, 1146
  - Diskriminierung 344, 472, 535, 610, 612, 1071, 1073, 1103, 1146
  - gerrymandering 533, 539, 949
  - Parité 546 ff., 1076 ff., 1103, 1146
  - Wahlalter 534, 770, 1069 f., 1103, 1146
- Wahlrechtsföderalismus
  - Demoikratie 546, 548, 1069 ff., 1074 ff., 1078 ff., 1146
  - Deutschland 547, 1068, 1074, 1103, 1124, 1146
  - *equal sovereignty* 535, 609 ff., 613, 626, 1071 ff.
  - USA 530, 533, 536, 538 f., 547, 1068, 1071, 1074, 1079, 1103, 1124, 1133, 1146
- Wahlrechtsnationalismus 545, 1074
- Wahlrechtsunitarismus 533, 540, 545, 547, 556, 1068, 1075 f.
- Wahlverhalten, (und) Föderalismus 735 f., 1099
- Weimarer Republik 119, 180, 225, 269, 970, 1010, 1018, 1020
- Weisung 54, 192, 298, 301 f., 304, 310 f., 313, 334, 427, 493, 495 ff., 500 f., 605, 654, 688, 980, 1019
- Weisungsgrenzen 493, 495, 500, 654
- Weisungsklarheit 496, 500, 654, 980
- Welt
  - dogmatische *siehe* dogmatische Welt
  - lyrische 65, 868, 886 f., 893, 936 ff., 1137 f.
  - Textwelt 886
- Wertgemeinschaft 591 f., 1125
- Wesensähnlichkeit
  - föderaler Träger 207 ff., 220, 968, 1011
  - Metapher 922, 928 f., 1006, 1139 f.
- Westernismus 806, 808 ff., 818, 1136
  - Orientalismus 807
  - Romantik 806 f., 811
  - Untersuchung v. 810 f.
- westward expansion* 152, 810
- Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung 319, 409 f., 418 f., 960, 1036
- Willensbildung
  - Bundesebene 192, 1064
  - demokratische 237, 282, 290, 538, 540, 542 f., 544, 546 f., 558, 730, 745, 1049, 1056, 1064, 1091 ff., 1098 ff., 1124, 1127, 1131
  - para-demokratische 723, 730, 745, 1056
  - Parlamente 290, 1091 ff.
- Willensfreiheit 481, 510, 513, 690, 692, 840, 890, 977, 1096, 1122, 1126
  - Dekonstruktion 981, 1100 f.
  - Demoikratie 1066, 1090 ff., 1095 ff., 1100, 1104
- Wirkmacht
  - (trotz) Obsoleszenz 649 f.
  - Rechtsinhaltsquelltexte 649 f., 986, 1001, 1105, 1147
- Wirkung
  - Gelesenwerden 770 f.
  - Lesen 771
  - Verfassung 694 ff., 770 ff.
- Wirkungsdimensionen
  - Arbeitsteilung 744 f., 1131
  - Demoikratie 721, 1066 f.
  - Interrelationen 747, 770 f.
  - Konkurrenz 1131
  - nicht-judikative Praxis *siehe* nicht-judikative Praxis
  - Öffentlichkeit *siehe* Öffentlichkeit
  - Para-Demokratie *siehe* Para-Demokratie
  - Rechtsprechung *siehe* Rechtsprechung
  - safeguards of federalism *siehe* safeguards of federalism
  - shared constitutional interpretation 744 f., 788, 1038, 1103
  - Struktur-Wirkungs-Matrix 236 f., 279, 281 ff., 284, 628, 667, 683, 693, 703, 746, 827, 956, 1066 f., 1116
  - Synergie 733, 753 f., 1129, 1131 ff.
  - Toleranz 744 f., 747, 1129, 1131 ff.
  - Zusammenspiel 744 f., 767,
- Wissenschaftstheorie (*siehe auch* Methodik) 141 ff., 174, 179, 666, 779, 920
- Wissenschaftsvergleich 783, 826
- Wissenstheorie (*siehe auch* Methodik) 141, 174, 179



- Wohnraummietrecht
- Kompetenzkonflikt 412 ff., 416, 446, 658, 769, 805, 1040
  - Landesverfassung 527, 767, 1040, 1121
- Würde
- Anthropomorphismus 67, 69, 73, 272, 275, 350, 481, 837 ff., 888, 890 ff., 934, 938, 945, 950, 955, 1102 f., 1105, 1109, 1137, 1140 ff., 1145 ff.
  - dogmatisch-föderale *siehe* dogmatisch-föderale Würde
  - föderale *siehe* föderale Würde
  - *state dignity* 57, 59, 62 f., 66, 210 ff., 350, 642, 686 f., 691, 772, 786 f., 795 f., 837, 891, 1002, 1102, 1118, 1120 f., 1129, 1140
- Yale School* (Dekonstruktion) 850, 879 f.
- Zügel, goldene 71 f., 514, 517, 692, 719, 770, 1096 f., 1123, 1126 f.
- Zumutungen d. Demokratie
- Bewältigungsstrategien 1049, 1051, 1058, 1146
  - Demoikratie *siehe* Demoikratie
  - Demokratiebewältigung 1049, 1051, 1058, 1146
  - Eigenverantwortung 1062
  - (und) Föderalismus 1058 ff.
  - Ideenpolitik 1046 f., 1049, 1058 f.
  - institutionelle Kompromisse 1059 f.
  - Repräsentationspluralismus 1060 ff., 1089 ff.
  - Verfassungsgerichtsbarkeit 1046
  - Wahldemokratie 1045 ff., 1059
- Zuspitzung 685 ff., 692 f., 771 f., 787, 797, 837, 937, 974, 1114 f., 1117 f., 1127 ff., 1133, 1143 f., 1147
- Formalisierung 257, 263, 265, 685, 687, 693, 772, 787, 793, 795, 797, 837, 974, 998, 1002, 1115, 1129, 1133
  - Gerichtsfähigkeit 360, 685 f., 693, 772, 787, 791, 797, 837, 974, 1129
  - Instrumentalisierung 685, 689, 693, 772, 787, 797, 837, 958, 974, 998 f., 1102, 1129, 1144
  - Krise 311, 360
  - Kritik 51
  - Lesefigur 692 f.
  - rhetorische 210, 220, 440, 513, 549, 691 ff., 771 f., 787, 797, 837, 967, 971, 974, 1019, 1037, 1117 f., 1127 ff., 1133, 1143, 1147
  - verfassungstheoretische 686
- Zuständigkeit
- Abgrenzung Ingerenz 296 f.
  - Abgrenzung Kompetenz 291 f.
  - Begriff 291 f.
- Zwang (*siehe auch* Willensfreiheit)
- Dekonstruktion 981, 1100 f., 1104
  - Finanzhilfen 55, 68, 71, 507, 509 ff.
  - Ironie 930 f., 981 f., 1100, 1104
  - Synekdoche 932 f.
- Zweite Kammer (*siehe auch* Bundesorgane, föderale) 341, 553 f., 1070