

Archiv des öffentlichen Rechts

In Verbindung mit

Peter Badura · Rüdiger Breuer
Horst Ehmke · Jochen Abr. Frowein
Peter Häberle · Peter Lerche †
Gerhard Robbers

Herausgegeben von

Udo Di Fabio · Martin Eifert
Peter M. Huber

141. Band, Heft 4

Dezember 2016



Mohr Siebeck

Archiv des öffentlichen Rechts

In Verbindung mit

Professor Dr. *Peter Badura*, München; Professor Dr. *Rüdiger Breuer*, Bonn; Professor Dr. *Horst Ehmke*, Bonn; Professor Dr. *Jochen Abr. Frowein*, Heidelberg; Professor Dr. *Peter Häberle*, Bayreuth/St. Gallen; Professor Dr. *Peter Lerche* †, Gauting; Professor Dr. *Gerhard Robbers*, Trier

Herausgegeben von

Professor Dr. *Udo Di Fabio*, 53113 Bonn, Adenauerallee 24–42
Professor Dr. *Martin Eifert*, 10099 Berlin, Unter den Linden 6
Professor Dr. *Peter M. Huber*, 80539 München, Prof.-Huber-Platz 2

Manuskripte und redaktionelle Anfragen werden an einen der Herausgeber erbeten, Besprechungsanfragen, Besprechungsexemplare und geschäftliche Mitteilungen an den Verlag.

Mit der Annahme zur Veröffentlichung überträgt der Autor dem Verlag das ausschließliche Verlagsrecht für die Publikation in gedruckter und elektronischer Form. Weitere Informationen dazu und zu den beim Autor verbleibenden Rechten finden Sie unter www.mohr.de/aoer.

Ohne Erlaubnis des Verlags ist eine Vervielfältigung oder Verbreitung der ganzen Zeitschrift oder von Teilen daraus in gedruckter oder elektronischer Form nicht gestattet. Bitte wenden Sie sich an rights@mohr.de.

Dieser Ausgabe des AöR ist ein Prospekt des Verlags C. F. Müller, Heidelberg, beigelegt.

Erscheinungsweise: Bandweise, pro Jahr erscheint ein Band zu 4 Hefen mit je etwa 160 bis 170 Seiten. *Online-Volltext:* Im Abonnement für Institutionen und Privatpersonen ist der freie Zugang zum Online-Volltext enthalten, Institutionen mit mehr als 20.000 Nutzern bitten wir um Einholung eines Preisangebots direkt beim Verlag. Kontakt: elke.brixner@mohr.de. Um den Online-Zugang für Institutionen/Bibliotheken einzurichten, gehen Sie bitte zur Seite: www.ingentaconnect.com/register/institutional. Um den Online-Zugang für Privatpersonen einzurichten, gehen Sie bitte zur Seite: www.ingentaconnect.com/register/personal. Abbestellungen sind nur zum Jahresende für das folgende Jahr möglich. Die Abbestellung muss bis spätestens 30. November erfolgen. *Verlag:* Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, Postfach 2040, 72010 Tübingen. *Vertrieb:* erfolgt über den Buchhandel.

© 2016 Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, Tübingen. – Die Zeitschrift und alle in ihr enthaltenen einzelnen Beiträge und Abbildungen sind urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Printed in Germany. Satz und Druck von Laupp & Göbel in Gomaringen und Bindung von Buchbinderei Nädele in Nehren.

ISSN 0003-8911

Archiv des öffentlichen Rechts

141. Band (2016), Heft 4

Inhalt

Abhandlungen

- Prof. Dr. *Thorsten Kingreen*, Regensburg
Vereinigte Staaten: Die Europäische Union im Lichte der Zäsuren
des Föderalismus in den USA 485
- Dr. *Björn Schiffbauer*, Köln
Über Hoheitsrechte und deren „Übertragbarkeit“ 551
- PD Dr. *Jan Philipp Schaefer*, München
Das Parteiverbot im Lichte der Europäischen
Menschenrechtskonvention 594

Literatur

Besprechungen

- Carsten Bäcker: *Gerechtigkeit im Rechtsstaat.*
Das Bundesverfassungsgericht an der Grenze des Grundgesetzes
(Prof. Dr. *Andreas Funke*, Erlangen) 637
- Daniel Engel: *Der Beitritt der Europäischen Union zur EMRK*
(Prof. Dr. *Mehrdad Payandeh*, Hamburg) 641
- Sabine Müller-Mall: *Performative Rechtserzeugung.*
Eine theoretische Annäherung
(Prof. Dr. *Thilo Kuntz*, Bremen) 645

Anzeigen

- Ewald Grothe (Hrsg.): *Ernst Rudolf Huber.*
Staat – Verfassung – Geschichte
(Prof. Dr. *Hans H. Klein*, Göttingen) 652
- Moritz Hilje: *Streikrecht in kirchlichen Einrichtungen?*
(Prof. Dr. *Reinhard Richardi*, Regensburg) 655
- Klaus Lange: *Kommunalrecht*
(Prof. Dr. *Friedrich Schoch*, Freiburg) 657
- Tobias Linke: *Entstehung und Fortbildung des Enquête- und*
Untersuchungsrechts in Deutschland
(Dr. *Lars Brocker*, Koblenz) 659
- Redaktionelle Notiz 663

ABHANDLUNGEN

Vereinigte Staaten: Die Europäische Union im Lichte der Zäsuren des Föderalismus in den USA

THORSTEN KINGREEN*

Inhalt

A. Der ausgebliebene Gründungsdiskurs	486
B. Zäsuren des Föderalismus im Konzeptvergleich	491
C. Bausteine des US-amerikanischen Fiskalföderalismus	494
I. Die erratische Entwicklung des Zentralbankwesens	495
1. First Bank of the United States	495
2. Second Bank of the United States	497
3. Weitere Entwicklung bis zur Gründung der Federal Reserve ...	499
II. Die Entwicklung der föderativen Finanzbeziehungen	501
1. Der Weg zum Bailout-Verbot	502
2. Die Bundesfinanzhilfen	504
D. Der sozialstaatliche Föderalismus in den USA	508
I. New Deal und kooperativer Föderalismus	508
1. Entwicklung und Bausteine des politischen New Deal	508
2. Der föderalistische New Deal	510
a) Dual Federalism	511
b) Cooperative Federalism	512
II. New Federalism	515
E. Der gordische Knoten des Föderalismus	517
I. Grundbedingungen einer robusten Föderation	517
II. Zentraler Stabilisierungsfaktor: Die Fiskalhoheit des Bundes	518
1. Fiskalischer Kontrollföderalismus als (vorläufiger) europäischer Weg	520
2. Perspektiven einer Fiskalunion für die Eurozone	525

* Der Verfasser dankt Volker Depkat (Regensburg) sehr herzlich für hilfreiche Hinweise insbesondere zur U.S.-amerikanischen Entwicklung des Föderalismus, und Martin Nettesheim (Tübingen) für viele anregende Gespräche in Berkeley. Der Beitrag greift teilweise auf den Text „A Federalist New Deal for a more perfect European Union“ (<http://ssrn.com/abstract=2731732>) zurück, den der Verfasser während seines Aufenthalts als Gastwissenschaftler an der University of California in Berkeley 2014/2015 verfasst hat.

III. <i>Safeguards of Federalism</i>	527
1. <i>Legal Safeguards: Verfassungsgerichtliche Kompetenzkontrolle</i>	528
a) <i>Föderalismus als Rechtsfrage</i>	529
b) <i>Maßstäbe der gerichtlichen Kompetenzkontrolle</i>	530
2. <i>Political Safeguards</i>	535
a) <i>Kooperativer Föderalismus in der Sozialpolitik</i>	537
b) <i>Die Parlamente der Mitgliedstaaten als Political Safeguards</i>	541
F. <i>Zusammenfassung</i>	544
<i>Summary</i>	549

„The Gordian Knot of the Constitution seems to lie in the problem of collision between the Federal and State powers, especially as eventually exercised by their respective Tribunals. If the knot cannot be untied by the text of the Constitution it ought not, certainly, to be cut by any Political Alexander.“¹

A. *Der ausgebliebene Gründungsdiskurs*

Vor einem Vierteljahrhundert, am 7.2.1992, haben 12 Mitgliedstaaten „beschlossen, eine Europäische Union“ (15. Erwägungsgrund der Präambel) zu gründen. Seit dem 2009 in Kraft getretenen Lissabonner Vertrag ist die Union als Rechtsnachfolgerin der Europäischen Gemeinschaft (Art. 1 Abs. 3 S. 3 EUV) (völker-)rechtsfähig (Art. 47 EUV). Das Bundesverfassungsgericht und die deutsche Staatsrechtslehre konnten mit dem Gebilde „Union“ in deren Anfangsjahren allerdings wenig anfangen. Die Debatte verlief weitgehend in den eingefahrenen Gleisen der allgemeinen Staatslehre mit den der deutschen Verfassungsentwicklung entnommenen Gegenbegriffen „Staatenbund – Bundesstaat“.² Der im Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts 1993 aus der Taufe gehobene „Staatenverbund“ stand paradigmatisch für die Einordnung der Union irgendwo zwischen diesen beiden bündischen Prototypen³ und verdankte eben dieser nur ungefähren, für individuelle Präferenzen offenen Verortung seinen Erfolg.⁴ Ständiger Begleiter dieser vogelperspektivischen Einordnungsversuche war der Hinweis auf die Rolle der Mitgliedstaaten als

¹ J. Madison, Brief an Spencer Roane v. 29. 6. 1821 (zitiert nach J. Bednar, *The Robust Federation*, 2009, S. 213).

² C. Schönberger, *Die Europäische Union als Bund*, AöR 129 (2004), 81/88 ff.

³ BVerfGE 89, 155/185; vertiefend und im Grundsatz zustimmend etwa U. Di Fabio, *Das Recht offener Staaten*, 1998, S. 83 f., 98 f. und M. Kaufmann, *Europäische Integration und Demokratieprinzip*, 1997, S. 214 ff.

⁴ U. Kischel, *Rechtsvergleichen*, 2015, § 11 Rn. 36.

„Herren der Verträge“⁵, der die völkerrechtliche Herkunft der Union und deren Nichtstaatlichkeit begründen sollte.⁶ Später trat der „Verfassungsverbund“⁷ hinzu, der die Debatte aus den Staatsanalogien und dem Souveränitätsdogma löste und die Perspektive auf die Verzahnung des Unionsverfassungsrechts mit den mitgliedstaatlichen Verfassungen richtete.⁸

Auf der einen Seite mag man über den Wert solcher Debatten um Gebilde und Begriffe streiten. Ihre internationale und interdisziplinäre Anschlussfähigkeit war ebenso begrenzt wie ihre rechtspraktische Bedeutung.⁹ Auf der anderen Seite ist nicht zu bestreiten, dass die Gründung einer Europäischen Union, die „den Prozess der europäischen Integration auf eine neue Stufe heben“ (1. Erwägungsgrund der Präambel) sollte, auf die „Solidarität zwischen ihren Völkern“ (6. Erwägungsgrund) setzt und neben einer „Unionsbürgerschaft“ (10. Erwägungsgrund) eine „Wirtschafts- und Währungsunion“ (8. Erwägungsgrund) sowie eine „Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik“ einführte, „um Frieden, Sicherheit und Fortschritt in Europa und der Welt zu fördern“ (11. Erwägungsgrund), eine Zäsur war, die in der Rückschau immer tiefgreifender wird. Sinnfällig kommt das im 1992 gänzlich neu gefassten Art. 23 GG zum Ausdruck, in dem das Ziel eines vereinten Europas an die Stelle des erfüllten Verfassungsauftrags der deutschen Einheit rücken konnte. Retrospektiv können daher die Versuche, die Union rechtlich zu erfassen, auch als überfällige Selbstvergewisserung und als notwendige Nachholung eines unterbliebenen Gründungsdiskurses interpretiert werden. Anders als die Vereinigten Staaten von Amerika ist die Europäische Union nicht aus einer verfassungspolitischen Auseinandersetzung über das Verhältnis zwischen Zen-

⁵ BVerfGE 134, 267/349 f. Diese Charakterisierung ist insoweit bemerkenswert, als ausgerechnet die deutsche Verfassungsgeschichte Anschauungsmaterial für Schwebestände bereithält, in denen die Kompetenz-Kompetenz und die Vorrangfrage offen bleiben mussten, dazu *T. Kingreen*, Vorrang und Vorbehalt der Verfassung, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts* Bd. XII, 3. Aufl. 2014, § 263 Rn. 20 ff.; *S. Oeter*, Föderalismus und Demokratie, in: v. Bogdandy/Bast (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2. Aufl. 2009, S. 73/116 ff.

⁶ Vgl. zu dieser Debatte *H.-J. Cremer*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 5. Aufl. 2016, Art. 48 EUV Rn. 19 ff.

⁷ *I. Pernice*, Europäisches und nationales Verfassungsrecht, *VVDStRL* 60 (2001), 148/163 ff.; näher zur Genese und zum Gehalt der Debatte *T. Kingreen*, *Das Staatsstaatsprinzip im europäischen Verfassungsverbund*, 2003, S. 381 ff.

⁸ *C. Calliess*, *Zum Denken im europäischen Staaten- und Verfassungsverbund*, in: ders. (Hrsg.), *Verfassungswandel im europäischen Staaten- und Verfassungsverbund*, 2007, S. 187/207 ff. Kritisch, allerdings auf der Grundlage einer von ihm als notwendig erachteten kelsenianischen Grundnorm; *M. Jestaedt*, *Der Europäische Verfassungsverbund – Verfassungstheoretischer Charme und rechtstheoretische Insuffizienz einer Unschärferelation*, in: Krause/Velken/Vieweg (Hrsg.), *Recht der Wirtschaft und der Arbeit in Europa. Gedächtnisschrift für Wolfgang Blomeyer*, 2004, S. 637 ff.

⁹ Kritisch zum deutschen „Verfassungsmonismus“ *F. C. Mayer*, *Verfassung im Nationalstaat: Von der Gesamtordnung zur europäischen Teilordnung?*, *VVDStRL* 75 (2016), 7/24 ff.

tralgewalt und Gliedstaaten hervorgegangen. Ihr fehlt der besonders in den USA gepflegte Gründungsmythos einer verfassungsgebenden Versammlung, die für sich die Legitimation beanspruchte, einen mit „We the People of the United States“¹⁰ beginnenden Verfassungstext zu beschließen. Sie hat keine Gründerväter. Die sechs Gründerstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft waren nicht dogmatisch gespalten in Federalists und Antifederalists, sie hatten gegen-, nicht miteinander Krieg geführt. Es ging um die Schaffung einer europäischen Nachkriegsordnung, in die Deutschland primär ökonomisch zu integrieren war, nicht darum, „mit einem Schlage“ (*Robert Schuman*) eine europäische Verfassung zu schaffen. Die Europäische Union ist das Resultat unzähliger kleiner Schritte und der raffinierten spill-over-Strategie, die weitere Kompetenzübertragungen stets mit der Logik vorangegangener Entwicklungen samt den dadurch eingegangenen Pfadabhängigkeiten begründen und auf eine allmähliche Gewöhnung an Souveränitätsverluste setzen konnte („Methode Monnet“).¹¹ Diese Prozesshaftigkeit mag erklären, warum man bis heute über die „Finalität“¹² der Union diskutiert – als ob ihre Existenz und ihr Sinn nicht mittlerweile ebenso selbstverständlich wären wie die Vereinigten Staaten von Amerika.

Im durch Krisenerfahrungen geschärften Rückblick wird noch deutlicher, dass der Einstieg in eine Währungsunion, in der sich „eine zentralisierte Währungspolitik mit dezentralisierter Verantwortung für die meisten wirtschaftspolitischen Bereiche verbindet“¹³, eine Zäsur dargestellt hat, die weit über den Bereich der Geldpolitik hinausreicht. Zur Behebung dieser Asymmetrie von Zuständigkeiten und Verantwortlichkeiten¹⁴ haben sich die Institutionen der Union zwar nunmehr dem Ziel verschrieben, die Wirtschafts- und Währungsunion zu „vollenden“, wie es der „Bericht der fünf Präsidenten“ (2015) verheißungsvoll andeutet.¹⁵ Diskutiert werden insbesondere eine Finanz- und Fiskalunion¹⁶ sowie, damit zusammenhängend, die Profilierung der „sozia-

¹⁰ Das heißt nicht, dass sie die Legitimation hatte. Von dem hehren Anspruch „We the People“ waren jedenfalls weder African Americans noch Frauen gleichberechtigt umfasst, die indianischen Ureinwohner wurden gar noch nicht einmal als Teil dieser neuen Gesellschaft angesehen, s. V. *Depkat*, *Geschichte der USA*, 2016, S. 68.

¹¹ J. *Monnet*, *Erinnerungen eines Europäers*, 1988, S. 337 ff.

¹² U. *Halterm*, *Finalität*, in: v. Bogdandy/Bast (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2. Aufl. 2009, S. 279 ff.

¹³ Europäische Kommission, *Ein Konzept für eine vertiefte und echte Wirtschafts- und Währungsunion. Auftakt für eine europäische Diskussion*, KOM(2012), 777/2 endg. v. 30. 11. 2012, S. 2.

¹⁴ Vgl. zu diesem Problem bereits BVerfGE 89, 155/206; ferner Kingreen, *Sozialstaatsprinzip* (Fn. 7), S. 587 ff.

¹⁵ Bericht der fünf Präsidenten v. 22. 6. 2015, https://ec.europa.eu/priorities/sites/beta-political/files/5-presidents-report_de_0.pdf.

¹⁶ Bericht der fünf Präsidenten v. 22. 6. 2015, S. 12 ff., 15 ff., https://ec.europa.eu/priorities/sites/beta-political/files/5-presidents-report_de_0.pdf.

len Dimension“ der Wirtschafts- und Währungsunion¹⁷. Wenn allerdings an die Stelle einer nur temporären und gegenständlich beschränkten verstärkten Zusammenarbeit einzelner Staaten¹⁸ ein thematisch breiteres und längerfristig angelegtes Nebeneinander von qualifiziert integrierter Euro-Gruppe und den außerhalb stehenden Nicht-Euro-Staaten treten wird, so ist dies auch verfassungsrechtlich bedeutsam.¹⁹ Es ist klärungsbedürftig, was das in der Gründung der Union 1992 bereits angelegte Spannungsverhältnis von notwendiger Vertiefung der Integration und nunmehr dauerhaft drohender Desintegration für die Union als Föderation bedeutet. Darüber hinaus machen auch die in Frage stehende Einigkeit über fundamentale Grundwerte wie Rechtsstaatlichkeit und Grundrechte, der möglicherweise bevorstehende Austritt Großbritanniens aus der Union und der Wiederaufbau nationalstaatlicher Grenzregime als Antwort auf die europäische Herausforderung der Flüchtlingskrise deutlich, dass die Europäische Union derzeit auch als Bund auf dem Prüfstand steht. Dabei wird auch immer deutlicher, dass die Unterschiedlichkeit der Geschichten, die insbesondere die westeuropäischen auf der einen und die osteuropäischen Staaten auf der anderen Seite mit in die Union gebracht haben, massiv unterschätzt worden ist; insoweit verlängert sich die 40 Jahre währende Teilung Europas bis 1989 in die Union des Jahres 2017.

Zwar deutet der „Bericht der fünf Präsidenten“ an, dass die „Vollendung“ der Wirtschafts- und Währungsunion auch die demokratische „Governance“ berührt.²⁰ Pflichtbewusst hebt er die „Schlüsselrolle für das Europäische Parlament und die nationalen Parlamente“ hervor, beschränkt sich aber letztlich auf wenige und zudem sehr kleinteilige Ausführungen.²¹ Insgesamt wirkt dieser verfassungsrechtliche Baustein eher instrumentell und dem eigentlichen Ziel einer „echten“ Wirtschafts- und Währungsunion untergeordnet; einen

¹⁷ Stärkung der sozialen Dimension der Wirtschafts- und Währungsunion, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat, KOM(2013) 690 endg. v. 2. 10. 2013.

¹⁸ Vgl. zur allmählichen Überführung des ursprünglich völkerrechtlich begründeten Schengener Abkommens in das Unionsrecht R. Bieber, in: Bieber/Epiney/Haag (Hrsg.), Die Europäische Union, 11. Aufl. 2015, § 1 Rn. 32 f.; zur integrationspolitischen Einordnung J. Monar, Der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, in: v. Bogdandy/Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl. 2009, S. 749/773 ff.

¹⁹ Vgl. E. Chiti/P. Teixeira, The Constitutional Implications of the European Responses to the Financial and Public Debt Crisis, Common Market Law Review 50 (2013), 683 ff.; S. Pinon, Crise économique européenne et crise institutionnelle à tous les étages, Revue de l'Union Européenne 567 (2013), 218 ff.; N. Scicluna, Politicization without Democratization: How the Eurozone Crisis is transforming EU Law and Politics, International Journal of Constitutional Law 12 (2014), 545 ff.

²⁰ Bericht der fünf Präsidenten v. 22. 6. 2015, S. 18 ff., https://ec.europa.eu/priorities/sites/beta-political/files/5-presidents-report_de_0.pdf.

²¹ Bericht der fünf Präsidenten v. 22. 6. 2015, S. 19, https://ec.europa.eu/priorities/sites/beta-political/files/5-presidents-report_de_0.pdf.

Gründungsdiskurs kann eine solche, eher technokratische präsidentielle Verlautbarung ohnehin nicht nachholen.

Die Union befindet sich also in einer Phase des Übergangs, in der nicht nur akute Krisen bewältigt werden müssen, sondern sich auch ihre föderale Statik neu ausrichtet. Derzeit dominieren aber, politisch wie wissenschaftlich, die Akutkrisen. Es gibt keine unmittelbar aus der föderalen Verfassungsgeschichte der Union ableitbaren Pfadabhängigkeiten, sondern nur die Erkenntnis, dass sie aus der Krise entstanden ist und sich auch über die Erfahrungen aus Krisen fortentwickelt hat. Mehr denn je pendelt sie zwischen *Churchills* Vision einer neuen supranationalen und föderalen Einheit der Vereinigten Staaten von Europa und *de Gaulles* intergouvernementalen Europa der Vaterländer.²² Seit der von Frankreich Mitte der 60er Jahre praktizierten „Politik des leeren Stuhls“²³ bis zur britischen Volksabstimmung über den Austritt aus der Union ging es dabei stets um Macht und Gegenmacht, um Selbst- und Fremdbestimmung und um das richtige Maß zwischen dezentraler und zentraler Verantwortung.

Die Ausgangshypothese dieses Beitrages lautet, dass die durch politische Zäsuren in den USA ausgelösten föderativen Neujustierungen wichtige Erkenntnisse auch für die Erfassung und den Umgang mit der Umbruchsituation vermitteln können, in der sich die Europäische Union derzeit befindet. Dabei geht es nicht, um einem geläufigen Missverständnis schon im Ansatz zu begegnen, darum, die Entwicklung in den USA als Vorbild für die zukünftige Entwicklung des Föderalismus in der EU anzupreisen oder gar zur Auslegung konkreter Normen des europäischen Verfassungsrechts heranzuziehen (B.). Die USA sehen sich selbst gerne als Mutterland des Föderalismus.²⁴ Das ist zwar historisch angreifbar, weil die Gründerväter ihrerseits in nicht unerheblichem Maße durch europäische Vorbilder inspiriert worden sind.²⁵ Richtig ist aber, dass kein anderer Staat über ein derart vielfältiges Erfahrungswissen mit dem Föderalismus als Verfassungsprinzip verfügt, insbesondere mit seinen Zäsuren. Diese Zäsuren zeichnen sich durch bestimmte föderalismustypische Mechanismen und Spannungslagen auf, die in späteren fö-

²² Vgl. W. Weidenfeld, Die Europäische Union und ihre föderale Gestalt, in: Härtel (Hrsg.), Handbuch Föderalismus Bd. IV, 2012, § 80 Rn. 103. Vgl. auch die Zitate unter VI.

²³ S. etwa F. Schorkopf, Der Europäische Weg, 2. Aufl. 2015, S. 19 ff.

²⁴ Vgl. das schon berühmte Zitat von Justice Anthony Kennedy in U. S. Term Limits, 514 U.S., 779, 838 (1995): „Federalism was our Nation's own discovery. The Framers split the atom of sovereignty. It was the genius of their idea that our citizens would have two political capacities, one state and one federal, each protected from incursion by the other.“

²⁵ V. Depkat, Das Alte Reich in den Verfassungsdebatten des kolonialen Britisch Amerika und den USA, 1750–1788, in: DTIEV-Online 1/2013, S. 5 ff., <http://www.fern.uni-hagen.de/imperia/md/content/rewi/iev/depkatdtiev-online2013nr1.pdf>.

deralen Umbruchsituationen „Déjà Vu-Effekte“ auslösen und die Frage aufwerfen, was man aus ihnen lernen kann und was lieber nicht. Es werden im Folgenden zwei Etappen der U.S.-amerikanischen Verfassungsgeschichte herausgegriffen, die man rückblickend als zwei der großen, maßgeblich auch durch die Verfassungsrechtsprechung mitgeprägten Zäsuren des Föderalismus in den USA bezeichnen kann: Zunächst soll es um die Gründungsjahre nach 1787 gehen, als die Verfassung der Vereinigten Staaten von Amerika die Konföderationsverfassung von 1777 ablöste. In dieser Frühphase wurden nicht nur die Grundlagen für die Finanzbeziehungen zwischen Bund und Einzelstaaten, sondern auch wichtige Weichenstellungen für die Auslegung der Kompetenzbestimmungen der noch jungen Verfassung gelegt (C.). Eine weitere Zäsur bilden die Weltwirtschaftskrise 1929 und die nachfolgende New-Deal-Gesetzgebung, mit der der Bund erstmals auch die Kompetenz zur bundesweiten Regelung des Arbeits- und Sozialrechts beanspruchte und die nur durch eine Neujustierung auch des verfassungsrechtlichen Kompetenzverständnisses möglich wurde (D.). Beide Debatten prägen derzeit auch den europäischen Reformprozess, für den die politische Entwicklung des Föderalismus und die verfassungsrechtlichen Diskurse in den USA eine wichtige Orientierung versprechen (E.). Abschließend werden die Ergebnisse thesenhaft zusammengefasst (F.).

B. Zäsuren des Föderalismus im Konzeptvergleich

Ebenso wie die europäische Föderation im beginnenden 21. Jahrhundert waren die USA im 19. und zu Beginn des 20. Jahrhunderts mit der Herausforderung konfrontiert, die Gleichzeitigkeit von territorialer Erweiterung und notwendiger inhaltlicher Vertiefung zu bewältigen,²⁶ und dies vor dem Hintergrund von Krisen zum Teil globalen Ausmaßes. Die U.S.-amerikanische Verfassung ist 1787, nicht anders als die Europäische Union, zunächst als Vertrag zwischen souveränen Staaten abgeschlossen worden. Wie genau diese neue Föderation aussehen sollte, war weder 1776 noch 1787 klar. Die Entwicklung des Föderalismus verlief dann auch alles andere als gradlinig. Es sollte fast 200 Jahre dauern, bis die Föderation 1959 mit den Beitritten von Alaska und Hawaii ihre heutige Gestalt annehmen sollte, und fast 100 Jahre, bis sie eine einheitliche eigene Währung erhielt. Zwischendurch wäre sie im 19. Jahrhundert an den Auseinandersetzungen über die Sklaverei und im nachfolgenden Bürgerkrieg fast zerbrochen. Nach dem Wahlsieg von Donald

²⁶ Am Ende des 18. Jahrhunderts bestanden die USA aus 16 Einzelstaaten. Im 19. Jahrhundert traten weitere 29 hinzu, im 20. Jahrhundert dann nur noch 5. – Der Europäischen Union sind allein zwischen 2004 und 2013 13 der derzeit 28 Mitgliedstaaten beigetreten.

Trump bei den Präsidentenwahlen im November 2016 erhält die kalifornische Unabhängigkeitsinitiative „Calexit“, die den Austritt Kaliforniens aus den USA propagiert, verstärkten Zulauf. Kein politischer Bund scheint für die Ewigkeit geschlossen.

Die Entwicklung des Föderalismus in den USA kann man als Krisengeschichte erzählen. Sie ist aber auch eine Erfolgsgeschichte, weil es die USA stets vermocht haben, Krisenerfahrungen für Neujustierungen des Föderalismus zu nutzen. Angesichts der derzeitigen Erosion des europäischen Bundes liegt es daher nahe, die historischen Verwerfungen und die aktuellen Gelingensbedingungen und Defizite des US-amerikanischen Föderalismus zu analysieren. Die Annahme, dass ein solcher Föderalismusvergleich ertragreich sein kann, wird zwar bisweilen bestritten. Insbesondere in konservativen Kreisen der Justiz und Rechtswissenschaft in den USA wird Verfassungsvergleichung mit Argwohn betrachtet.²⁷ Abgesehen davon, dass es aber schon gerichtspolitisch vielleicht nicht sonderlich klug ist, die Rechtsprechung anderer Verfassungsgerichte pauschal für irrelevant zu erklären,²⁸ beruht dieser isolationistische Ansatz wohl auch auf dem Missverständnis, dass ein Rechtsvergleich nur der Auslegung einer konkreten Rechtsnorm dienen kann. Rechtsvergleichung zielt zwar in einem allgemeinen Sinne stets auf Rechtsnormen. Dies geschieht aber auf der Grundlage unterschiedlicher Fragestellungen.²⁹ Es kann entweder um einen Problemvergleich zur Beantwortung einer ganz konkreten Rechtsfrage gehen³⁰ oder aber um einen Konzeptvergleich, der sich, ohne konkrete Rechtsfragen beantworten zu wollen, unterschiedlichen rechtlichen Konzepten widmet, also etwa der Frage, welche Gemeinsamkeiten und Unterschiede es in der Entwicklung des Föderalismus zwischen den USA und der EU gibt.³¹ Hier setzt die vergleichende Föderalismusforschung an.³² Ihr ist bewusst, dass Föderalismus besonders „kontext-

²⁷ Vgl. etwa U.S., *Printz v. United States*, 521 U.S. 898, 911 (1997): „such comparative analysis [is] inappropriate to the task of interpreting a constitution“. Vgl. ferner N. Dorsen, *The Relevance of Foreign Legal Materials in U.S. Constitutional Cases. A Conversation between Justice Antonin Scalia and Justice Stephen Breyer*, *International Journal on Constitutional Law* 3 (2005), S. 519 ff.

²⁸ Es wird beobachtet, dass die Bedeutung der Rechtsprechung des U.S. Supreme Court als Inspirationsquelle für andere Verfassungsgerichte zurückgegangen ist, vgl. A. Liptak, *U.S. Court is now guiding fewer Nations*, *The New York Times*, v. 17. 9. 2008.

²⁹ Zum Folgenden grundlegend und anschaulich *Kischel* (Fn. 4), § 3 Rn. 166 ff.

³⁰ Beispiel: Welche Kriterien sind maßgebend für die Abwägung zwischen Meinungsfreiheit und dem Schutz der persönlichen Ehre?

³¹ *Kischel* (Fn. 4), § 3 Rn. 168.

³² Vgl. nur beispielhaft *F. Fabbrini*, *Democracy and Federalism in the European Union and the United States*, 2005; *D. Halberstam/M. Reimann*, *Federalism and Legal Unification. Comparing Methods, Results, and Explanations across 20 Systems*, University of Michigan Law School, Public Law and Legal Theory Working Paper No. 186, September 2011; *K. Nicolaidis/R. Howse*, *The Federal Vision*, 2001 sowie aus dem deutschsprachigen Raum *I. Härtel* (Hrsg.), *Handbuch Föderalismus*, 4 Bände, 2012.

sensitiv“³³ ist: Er nimmt in konkreten Verfassungsnormen Gestalt an, bei deren Auslegung spezifische historische Pfadabhängigkeiten und soziokulturelle Vorverständnisse mitlaufen.³⁴ Mit den Vereinigten Staaten von Amerika wurde eine Union gegründet, die sich erst nach dem Bürgerkrieg auch als Nation begriffen hat;³⁵ in Europa hingegen bildet die Union eine, daran gemessen, nur lose Verklammerung von vielfach historisch gewachsenen Nationalstaaten. Auch wird der Föderalismus maßgeblich durch die Verfassungsgerichtsbarkeit und deren Stellung im konkreten verfassungsrechtlichen System bestimmt;³⁶ die Rollen des U.S. Supreme Court, der sich auch über seine Funktion als Schutzpatron für einzelstaatliche Interessen definiert, und des EuGH, dem jedenfalls traditionell eher die Aufgabe des Motors der Integration zugeschrieben wird, könnten insoweit unterschiedlicher nicht sein. Rechtsvergleichung muss daher der Versuchung widerstehen, die Gemeinsamkeiten unter Negierung von Unterschieden überzubetonen.³⁷

Ein föderalistischer Konzeptvergleich fragt danach, wie und in welchen Kontexten sich der Föderalismus in einem referentiell herausgegriffenen Gemeinwesen entwickelt, was ihn stabilisiert und destabilisiert hat und insbesondere, wie sich gesellschaftliche, technologische oder wirtschaftliche Zäsuren auf ihn ausgewirkt haben und welche Akteure in diesem Prozess maßgebend sind/waren.³⁸ Insoweit, also aus dem konkreten verfassungsrechtlichen und -politischen Zusammenhang herausgelöst, kann der Föderalismus als ein weltweit gebräuchliches Verteilungsmodell für großflächige demokratische Territorialstaaten³⁹ von einem solchen konzeptbezogenen Rechtsvergleich profitieren. Dieser kann gemeinsame Fragen und Herausforderungen definieren, mit denen jedes föderale System unabhängig von den unterschiedlichen historischen Pfaden konfrontiert ist und dabei aufzeigen, dass Zentralisierung und Dezentralisierung im föderativen Gemeinwesen in allererster Linie politische und damit auch volatile Prozesse sind, die weder ungewöhnlich noch beunruhigend sind, sondern durch intern wie extern verursachte Spannungen und Krisen bedingt sind.⁴⁰ Deshalb sind politische Zäsuren nicht nur ein naheliegender Anlass, sondern auch ein wichtiger methodischer Ausgangspunkt für einen Konzeptvergleich des Föderalismus.

³³ V. C. Jackson, Narratives of Federalism: Of Continuities and Comparative Constitutional Experience, Duke Law Journal 51 (2001), 223/272 ff.

³⁴ Dazu grundlegend Oeter, Föderalismus und Demokratie (Fn. 5), S. 73 ff.

³⁵ Depkat, Geschichte der USA (Fn. 10), S. 137.

³⁶ D. Hanschel, Konfliktlösung im Bundesstaat, 2012, S. 62 ff.

³⁷ Kischel (Fn. 4), § 3 Rn. 15.

³⁸ J. Bednar, The Robust Federation, 2009, S. 95 ff.

³⁹ B. Ackerman, The Rise of World Constitutionalism, Virginia Law Review 83 (1997), 771/794 ff.; ferner etwa S. Baer, Verfassungsvergleichung und reflexive Methode: Interkulturelle und intersubjektive Kompetenz, ZaöRV 64 (2004), 735 ff.

⁴⁰ Zu diesem Phänomen allgemein schon A. Bentz, Föderalismus als dynamisches System, 1985, S. 3.

C. Bausteine des US-amerikanischen Fiskalföderalismus

Der Aufbau einer zentralen Fiskal- und Finanzpolitik war das wesentliche Vehikel zur Stärkung der Zentralgewalt gegenüber den Einzelstaaten. Die am 4. Juli 1776 mit der Unabhängigkeitserklärung ausgerufene amerikanische Konföderation hatte sich lediglich als festes Freundschaftsbündnis verstanden,⁴¹ das die Souveränität der Einzelstaaten nicht anzutasten gedachte. Sie hatte mit ihren 13 Gründerstaaten zwar nur einen mehr als 1992 die Europäische Union, war aber politisch weitaus fragiler als diese: Das einzige Verfassungsorgan war ein Kongress, in dem jeder Staat eine Stimme besaß, der aber in wesentlichen Fragen mit einer Zwei-Drittel-Mehrheit oder sogar einstimmig entscheiden musste. Eine eigene Verwaltung und Gerichtsbarkeit fehlten gänzlich.⁴² Der Kongress hatte nur beschränkte Gesetzgebungskompetenzen; ausgerechnet für den Handel und die Wirtschaft, also Bereiche mit latent grenzüberschreitender Bedeutung, sollte er gar nicht zuständig sein.⁴³ Seine wesentliche Befugnis bestand darin, Kriege zu führen; er hatte aber keine Kompetenzen, diese zu finanzieren: Die Konföderation verfügte über keinen eigenen Haushalt, konnte keine Steuern erheben, sondern war abhängig von Finanzzuweisungen der Staaten, deren Engagement allerdings sehr unterschiedlich ausgeprägt und insgesamt begrenzt war.⁴⁴ Der Kongress versuchte daher die notwendigen Mittel für die Finanzierung des Revolutionskriegs mit der britischen Kolonialmacht durch die Einführung einer eigenen Währung, den sog. Kontinentaldollar, zu finanzieren. Er brachte aber so viel Geld in den Umlauf, dass der Kontinentaldollar nach wenigen Jahren der Inflation zum Opfer fiel. Als die Auseinandersetzung zwischen Federalists und Antifederalists über den Verfassungsentwurf des 1787 zusammengetretenen Verfassungskonvents entbrannte, war die Konföderation kriegsbedingt faktisch bankrott. Dass sich in diesem Konflikt die Federalists unter *Alexander Hamilton*, *James Madison* und *John Jay* mit ihrem Konzept eines Bundesstaates mit einer starken Zentralgewalt letztlich durchgesetzt haben, ist wesentlich dem durch diese Finanzkrise erzeugten politischen Druck zu verdanken: „In einer Situation, in der es zur Lösung der Probleme einer starken Bundesregierung bedurft hätte, war das Fehlen einer mit weitreichenden Kompetenzen ausgestatteten Zentralgewalt ein Teil des Desasters.“⁴⁵ Für die Entwicklung des Finanzföderalismus verdienen vor allem die Entwicklung des Notenbank-

⁴¹ S. Art. III der Konföderationsartikel von 1777: „firm league of friendship“.

⁴² Vgl. etwa C. N. May/A. Ides, *Constitutional Law. National Power and Federalism*, 6. Aufl. 2013, S. 2 ff.

⁴³ W. Frotscher/B. Pieroth, *Verfassungsgeschichte*, 14. Aufl. 2015, Rn. 30.

⁴⁴ T. P. Wozniakowski, *Debt Crises, Fiscal History of the Early US Republic and Federalisation of the EU*, EUI Working Paper, Februar 2015, S. 11 ff.

⁴⁵ Depkat, *Geschichte der USA* (Fn. 10), S. 73.

wesens (I.) und der föderativen Finanzbeziehungen (II.) besondere Beachtung;⁴⁶ sie erzählen zugleich eine wechselhafte verfassungsgerichtliche Interpretationsgeschichte:

I. Die erratische Entwicklung des Zentralbankwesens

Der Aufbau eines öffentlichen Finanzsystems war eine der größten politischen Herausforderungen nach Inkrafttreten der neuen Verfassung. Eine der ersten Amtshandlungen von *Alexander Hamilton*, dem ersten Finanzministers der nunmehr Vereinigten Staaten, war die Gründung einer zentralen Notenbank nach dem Vorbild des Vereinigten Königreiches und der Niederlande. Das Notenbankwesen nahm freilich eine auch unter föderalistischen Aspekten ausgesprochen wechselhafte Geschichte. Die fast 150 Jahren bis zur Gründung der heutigen Notenbank Federal Reserve im Jahre 1913 waren geprägt durch permanente Konflikte über die Notwendigkeit einer zentralstaatlichen Notenbank. In Kriegs- und Krisenzeiten immer wieder neu gegründet, wurden die Vorgänger der Federal Reserve in den Zwischenkriegszeiten stets wieder abgeschafft, um ein einzelstaatliches und tendenziell weniger reguliertes Bankwesen aufzubauen und zu stärken. Die Entwicklung des Notenbankwesens belegt damit anschaulich, dass hinter Verschiebungen zwischen Bund und Einzelstaaten immer auch politische Machtfragen stehen, dass dieses „trial and error“ aber föderalistische Normalität ist, für die das Verfassungsrecht nicht mehr als einen groben Handlungsrahmen bereitstellen kann.

1. First Bank of the United States

Die erste Zentralbank, die First Bank of the United States, wurde mit einem Startkapital von 10 Mio. \$ ausgestattet wurde, welches zu 80 % von privaten Geldgebern stammte.⁴⁷ Ihre wesentliche Aufgabe bestand darin, die Schuldenkrise zu lösen und Geldnoten auszugeben. Anders als moderne Notenbanken war sie zudem als Geschäftsbank konzipiert, da es aufgrund des

⁴⁶ Lesenswerte Zusammenfassung der Gesamtentwicklung: *C. R. Henning/M. Kessler*, Fiscal Federalism: US History for Architects of Europe's Fiscal Union, Peterson Institute for International Economics, Working Paper 1–2012.

⁴⁷ Vgl. zum Folgenden *E. Flaherty*, A Brief History of Central Banking in the United States, <http://www.let.rug.nl/usa/essays/general/a-brief-history-of-central-banking/>; *R. Sylla*, Financial Foundations: Public Credit, the National Bank, and Securities Markets, in: *Irwin/Sylla* (Hrsg.), *Founding Choices: American Economic Policy in the 1790s*, S. 59 ff.; s. ferner *Federal Reserve Bank of Minneapolis*, *A History of Central Banking in the United States*, <https://www.minneapolisfed.org/community/student-resources/central-bank-history/history-of-central-banking>.

britischen Protektionismus in den Kolonien kaum private Banken gegeben hatte. Politisch und wirtschaftlich war die Gründung dieser ersten Zentralbank an sich ein Erfolg.⁴⁸ Als Zentralbank konnte sie der Regierung die notwendigen Mittel zur Verfügung stellen, um die Schulden der Einzelstaaten zu übernehmen,⁴⁹ und als Geschäftsbank finanzierte sie zugleich den privatwirtschaftlichen Aufschwung.

Verfassungsrechtlich war die Gründung der First Bank der erste Anlass für eine Fortsetzung der Debatte zwischen den Federalists und den Antifederalists. Insbesondere der Antifederalist *Thomas Jefferson* argumentierte, die Verfassung habe dem Bund nur die ausdrücklich in der Verfassung genannten Kompetenzen übertragen. Da die Gründung einer Zentralbank im Kompetenzkatalog (Art. 1 § 8) nicht ausdrücklich genannt sei, komme allenfalls die *necessary and proper clause* (Art. 1 § 8 Abs. 18) als Rechtsgrundlage in Betracht. Werde diese allerdings so weit ausgelegt, gebe es praktisch keine Grenzen mehr für die Bundesgewalt. *James Madison*, mittlerweile in das Lager der Antifederalists gewechselt, sprang *Jefferson*, wohl aus Gründen der politischen Opportunität, bei: Die Zentralbank sei „condemned by the silence of the constitution“⁵⁰.

Hamilton hielt dem entgegen, es sei unmöglich, alle zulässigen Gegenstände der Kompetenz vorab abstrakt zu definieren und plädierte daher für eine gewisse Flexibilität, für die die *necessary and proper clause* die erforderliche Grundlage biete. „Notwendig“ im Sinne dieser Klausel sei daher nicht gleichzusetzen mit „unabdingbar“; vielmehr müsse ein Gesetz „no more than needful, requisite, incidental, useful, or conducive to“ sein, um auf diese Kompetenzbestimmung gestützt zu werden.⁵¹ Mit dieser weiten Auslegung überzeugte er schließlich auch den Kongress, der das Gesetz über die Gründung der Zentralbank 1790 verabschiedete. *Hamilton* legte mit dieser Argumentation zugleich die Grundlage für die „implied powers doctrine“, die sich später weltweit zum hermeneutischen Gemeingut des Föderalismus entwickeln sollte.⁵²

Dennoch blieb es beim einzelstaatlichen Misstrauen gegen die First Bank, die als öffentliche Zentralbank die Regeln für den Wettbewerb unter den Geschäftsbanken aufstellte, selbst aber (vermeintlich privilegierter) Teilnehmer an diesem Wettbewerb mit den in den Einzelstaaten ansässigen Banken war.⁵³

⁴⁸ C. Felsenfeld, Is there a dual banking system?, *Journal of Business Entrepreneurship & Law* 2(2008–2009), 30/37; *Sylla*, *Financial Foundations* (Fn. 47), S. 84 ff.

⁴⁹ Dazu unten II.

⁵⁰ Zitiert nach G. Padula, *Madison v. Marshall: Popular Sovereignty, Natural Law, and the United States Constitution*, 2001, S. 85.

⁵¹ Zitat nach T. B. McAfee/J. S. Bybee/C. Bryant, *Powers Reserved for the People and the States: A History of the Ninth and Tenth Amendments*, 2006, S. 87.

⁵² Dazu noch 2.

⁵³ Felsenfeld (Fn. 48), S. 36.

Als ihr Auftrag 1811 verlängert werden musste, fand sich keine Mehrheit mehr im Kongress, und die First Bank musste ihren Betrieb einstellen.⁵⁴

2. Second Bank of the United States

Schon während des 2. Unabhängigkeitskrieges mit dem Vereinigten Königreich (1812–1814) wurde aber klar, dass die Schließung der First Bank und der damit einhergehende Verzicht auf eine zentralstaatliche Finanzmarktregulierung ein Fehler gewesen war.⁵⁵ Die nach dem Ende der First Bank aus dem Boden geschossenen einzelstaatlichen Banken waren weitgehend unreguliert tätig; ihren Betreibern fehlte oftmals der notwendige Sachverstand für das Bankwesen.⁵⁶ Sie gaben eigene Währungen heraus, brachten viel zu viel Geld in den Umlauf undheizten damit die Inflation weiter an. Die Schulden stiegen kriegsbedingt stark an, die Banken waren aber nicht mehr in der Lage, den öffentlichen Finanzbedarf durch ein geordnetes Kreditwesen zu befriedigen.

James Madison – zuvor eigentlich Gegner einer Zentralbank, aber nunmehr Präsident der Vereinigten Staaten in größerer politischer Verantwortung – sah sich daher genötigt, die Schaffung einer Second Bank of the United States zu initiieren, die 1817 ihren Betrieb aufnahm. Sie ähnelte in der Struktur der First Bank, verfügte aber mit 35 Mio. \$ über ein noch größeres Startkapital, von denen die Regierung wiederum nur 20 % hielt.⁵⁷ Die alten Konflikte brachen aber alsbald wieder auf.⁵⁸ Kritisiert wurde namentlich die Kompetenz der Second Bank, die Ausgabe der Banknoten durch die einzelstaatlichen Banken zu regulieren, um der Inflation entgegenzuwirken. Die Opponenten der Second Bank, allen voran der ab 1829 amtierende Präsident *Andrew Jackson*, rieben sich zudem daran, dass die Second Bank in den Staaten beliebig viele Filialen eröffnen konnte, ohne dafür eine Genehmigung durch den jeweiligen Staat zu benötigen. Nach und nach entwickelte sich die Second Bank zu einem politischen Machtfaktor und wichtigsten Gegenspieler des Präsidenten.

⁵⁴ Dazu *P. Studenski/H. E. Krooss*, *Financial History of the United States*, 2. Aufl. 1963, S. 72 f.

⁵⁵ *Studenski/Krooss* (Fn. 54), S. 75 ff.

⁵⁶ *Studenski/Krooss* (Fn. 54), S. 73; S. auch *J. K. Galbraith*, *Money: Whence it Came, Where it Went*, 1995, S. 58: „State banks, relieved of the burden of forced redemption [imposed by the First Bank], were now chartered with abandon; every location large enough to have a church, a tavern, or a blacksmith shop was deemed a suitable place for setting up a bank. These banks issued notes, and other, more surprising enterprises, imitating the banks, did likewise. Even barbers and bartenders competed with banks in this respect.“

⁵⁷ Näher *Studenski/Krooss* (Fn. 54), S. 83 ff.

⁵⁸ *Felsenfeld* (Fn. 48), S. 39.

Ebenfalls nicht anders als bei der First Bank wurde schon frühzeitig versucht, die Second Bank verfassungsrechtlich anzugreifen. Der Staat Maryland hatte versucht, eine Steuer auf alle Banknoten zu erheben, die von Banken ausgegeben wurden, die nicht in Maryland gegründet worden waren, insbesondere also der bundeseigenen Second Bank.⁵⁹ Diese weigerte sich, die Steuern zu zahlen, was die Gerichte in Maryland zunächst für rechtswidrig erachteten. Dagegen klagte die Second Bank beim Supreme Court. Die 1819 ergangene Entscheidung *McCulloch v. Maryland*⁶⁰ ist die erste Grundsatzentscheidung zum Verhältnis zwischen Bund und Einzelstaaten; sie ist zugleich die verfassungsgerichtliche Geburtsstunde der „Implied powers doctrine“, die später in allen föderalen Staaten Karriere machen sollte. Der Supreme Court beantwortet die Ausgangsfrage, ob der Staat Maryland zur Erhebung der Steuern berechtigt war, in zwei Schritten: Zunächst fragt er, ob der Kongress überhaupt die Kompetenz zur Etablierung einer Nationalbank hatte. Er konzidiert, dass der Kompetenzkatalog in Art. I § 8 der Verfassung keine ausdrücklich diesbezügliche Zuständigkeit enthalte, stellt sich aber auf den Standpunkt, dass die Verfassung auch ungeschriebene Kompetenzen („implied powers“) nicht ausschließe, soweit diese notwendig seien, um die ihm ausdrücklich zugewiesenen Zuständigkeiten wahrzunehmen. Er begründet dies mit der Natur und der Funktion der Verfassung:

“Its nature [...] requires that only its great outlines should be marked, its important objects designated, and the minor ingredients which compose those objects be deduced from the nature of the objects themselves.”⁶¹

Der Supreme Court hebt hervor, dass der Bund die Kompetenz zur Erhebung von Steuern, zur Aufnahme von Krediten und auch zur Regulierung des zwischen staatlichen Handels habe. Eine mit so weiten Befugnissen ausgestattete Zentralregierung müsse auch entsprechend weite Mittel haben, diese Kompetenzen mit Leben zu füllen. Maßgebend für die Zuordnung einer Maßnahme zu einem Kompetenztitel ist daher allein deren Zweck, zu deren Erreichung dem Bund dann alle notwendigen Mittel zur Verfügung stehen:

“Let the end be legitimate, let it be within the scope of the Constitution, and all means which are appropriate, which are plainly adapted to that end, which are not prohibited, but consist with the letter and spirit of the Constitution, are Constitutional.”⁶²

⁵⁹ Vgl. zur Vorgeschichte etwa E. Chemerinsky, *Constitutional Law*, 4. Aufl. 2013, S. 117.

⁶⁰ 17 U.S. (4 Wheat.), 316 (1819).

⁶¹ 17 U.S. (4 Wheat.), 316, 407 (1819).

⁶² 17 U.S. (4 Wheat.), 316, 421 (1819).

Bezogen auf den konkreten Fall betont der Supreme Court daher die Notwendigkeit eines flexiblen, zukunfts offenen Kompetenzverständnisses:

“The subject is the execution of those great powers on which the welfare of a Nation essentially depends. It must have been the intention of those who gave these powers to insure, so far as human prudence could insure, their beneficial execution. This could not be done by confiding the choice of means to such narrow limits as not to leave it in the power of Congress to adopt any which might be appropriate, and which were conducive to the end. *This provision is made in a Constitution intended to endure for ages to come, and consequently to be adapted to the various crises of human affairs.*”⁶³

In einem zweiten Prüfungsschritt verneint er dann die Zuständigkeit der Staaten, eine bundeseigene Bank zu besteuern. Zwar hätten sowohl der Bund als auch die Einzelstaaten das grundsätzliche Recht zur Erhebung von Steuern, diese dürften aber nicht dazu genutzt werden, die eigentlichen Sachkompetenz zu untergraben: Die Kompetenz, eine Bank zu schaffen, beinhaltet nämlich auch die Befugnis, diese zu erhalten. Damit seien Steuern, die das Potenzial haben, diese zu zerstören, unvereinbar.⁶⁴

Die Entscheidung *McCulloch v. Maryland* blieb für viele Jahrzehnte die Leitentscheidung für die verfassungsrechtliche Föderalismusinterpretation in den USA. In der Gründungsphase der Vereinigten Staaten war sie von enormer Bedeutung, denn sie überließ den Aufbau zentralstaatlicher Strukturen weitgehend dem politischen Prozess. Die Warnungen namentlich von *Jefferson* und *Madison* vor einem freiheitsgefährdenden Zentralstaat fanden erst zum Ende des Jahrhunderts wieder Gehör, als der Supreme Court begann, diverse wirtschaftsregulierende Gesetze des Bundes wegen fehlender Kompetenz für verfassungswidrig zu erklären.⁶⁵

Verfassungsrechtlich hat die Second Bank damit überlebt, politisch aber nicht. Ebenso wie bei ihrer Vorgängerin wurde das Mandat nicht verlängert, und sie musste 1836 ihren Betrieb wieder einstellen.

3. Weitere Entwicklung bis zur Gründung der Federal Reserve

Auch die weitere Entwicklung bis zur Gründung der Federal Reserve im Jahre 1913 folgte einer gewissen Gesetzmäßigkeit: Während in Krisenzeiten die Notenbankbefugnisse bei einer Zentralbank konzentriert wurden, wurde nach Überwindung der Krise das einzelstaatliche, „freie“ Bankwesen reaktiviert: Die durch den Michigan Act eingeleitete „Free Banking Era“ zwischen 1837 und 1863 war durch ein wiederum nur grob reguliertes einzelstaatliches

⁶³ 17 U.S. (4 Wheat.), 316, 407 (1819); Hervorhebung nur hier.

⁶⁴ 17 U.S. (4 Wheat.), 316, 427 ff. (1819).

⁶⁵ Dazu unten D.I.2.a).

Bankwesen geprägt.⁶⁶ Zu Beginn der „Free Banking Era“ gab es 712 Banken, die alle ihre eigene Währung ausgaben.⁶⁷ Die ausgegebenen Banknoten mussten sie auf Anfrage in Hartgeld umtauschen, welches allerdings wegen der noch begrenzten Gold- und Silbervorräte wesentlich schwerer herzustellen war als Papiergeld.⁶⁸ Viele Banken konnten diesen Verpflichtungen alsbald nicht mehr nachkommen und mussten den Betrieb wieder einstellen; im Rückblick wird diese „Free Banking Era“ daher vielfach als Fiasko angesehen.⁶⁹ Auch verfassungsrechtlich war die Ausgabe von Banknoten durch die einzelstaatlichen Banken umstritten, da die Einzelstaaten nach Art. I § 10 der Verfassung keine „Bills of Credit“ ausgeben durften. Der Supreme Court wies diese Bedenken jedoch in seiner 1837 ergangenen Entscheidung *Briscoe v. Bank of The Commonwealth of Kentucky* zurück, weil Art. I § 10 an die Staaten adressiert sei, die Banknoten aber nicht vom Staat, sondern von den Banken ausgegeben worden seien.⁷⁰ Man kann diese die Einzelstaatenkompetenz stärkende Entscheidung unter dem neuen Chief Justice *Edward Taney* als föderalistisches Gegengewicht zu der noch unter seinem Vorgänger *John Marshall* verkündeten Entscheidung *McCulloch v. Maryland* ansehen; möglicherweise lag sie aber auf der Linie eben dieser Entscheidung, die die Justierung des Verhältnisses zwischen Bund und Einzelstaaten nicht verrechtlichten, sondern dem politischen Prozess überantworten wollte.

Ohnehin brachte die nächste Krise den nächsten Zentralisierungsschub.⁷¹ Der nach dem Austritt der Südstaaten aus der Union 1861 ausgebrochene Bürgerkrieg warf erneut die Frage auf, wie die enormen Kosten des Krieges finanziert werden sollten; wiederum erwies sich das nur mäßig regulierte einzelstaatliche Bankensystem der „Free Banking Era“ als nicht ausreichend zuverlässig, um diese Herausforderung zu schultern. Immer mehr wurde es auch als nicht mehr zeitgemäß angesehen, dass es nach wie vor keine gemeinsame Währung gab. Zugleich war aber klar, dass es kein einfaches Zurück zu dem Modell einer Zentralbank gab, die als Notenbank die Regeln des Wettbewerbs festlegte und an diesem als Geschäftsbank selbst teilnahm. Das durch die National Banking Acts der Jahre 1863 und 1864 geschaffene „National Banking System“ überließ zwar den Banken die Entscheidung, ob sie auf nationaler Ebene oder in einem Einzelstaat zugelassen werden wollten. Sie mussten aber anstelle ihrer eigenen Banknoten nunmehr nationale Banknoten ausgeben. 1865 wurden die Banknoten der einzelstaatlichen Banken durch

⁶⁶ Dazu der vorzügliche Überblick von *Flaherty* (Fn. 47), Kap. 5–9.

⁶⁷ *Felsenfeld* (Fn. 48), S. 42.

⁶⁸ *W. F. Hixson*, *Triumph of the Bankers: Money and Banking in the Eighteenth and Nineteenth Centuries*, 1993, S. 12 f.

⁶⁹ *Flaherty* (Fn. 47), Kap. 8.

⁷⁰ 36 U.S. 257 (1837).

⁷¹ Zum Folgenden ausführlich *Studenski/Krooss* (Fn. 54), S. 147 ff.

eine hohe Besteuerung faktisch aus dem Verkehr gezogen; der US-Dollar stieg zur alleinigen Währung auf. Eine Währungsunion sind die Vereinigten Staaten von Amerika also erst fast 100 Jahre nach ihrer Gründung geworden, zunächst aber ohne Zentralbank.

Nachdem aber auch das dezentral organisierte Banksystem kein dauerhaftes Vertrauen generieren konnte und in regelmäßigen Abständen von „bank runs“ und den daraus folgenden Liquiditätsproblemen heimgesucht wurde,⁷² wurde schließlich 1913 mit der Federal Reserve eine zentrale Notenbank geschaffen, die bis heute die alleinige Verantwortung für das Währungssystem besitzt.

II. Die Entwicklung der föderativen Finanzbeziehungen

Als Lehre aus den Negativerfahrungen der finanzpolitisch machtlosen Konföderation räumt Art. 1 § 8 Abs. 1 und 2 der U.S.-Verfassung dem Bund bedeutende finanzpolitische Kompetenzen ein: Er darf, ohne gegenständliche Beschränkung,⁷³ Steuern erheben und einnehmen und die Einnahmen vor allem für das allgemeine Wohl der Vereinigten Staaten verwenden sowie in deren Namen Kredite aufnehmen. Für seine Haushaltswirtschaft gelten nach Art. I § 9 Abs. 7 der Verfassung der Vorbehalt des Gesetzes und der Grundsatz der Transparenz. Daneben haben aber auch die Einzelstaaten Zugang zu allen Steuerarten und verfügen eine vom Bund unabhängige Steuererhebungs-, Einnahmen- und Ausgabenhoheit.⁷⁴ Einen regulären gesamtstaatlichen Finanzausgleich gibt es nicht. Finanzverfassungsrechtlich sind daher zwar Bund und Einzelstaaten auf den ersten Blick getrennt.⁷⁵ Das Trennsystem wird aber durch vertikale Transferzahlungen des Bundes erheblich aufgeweicht, die partiell auch die Funktion eines Finanzausgleichs zwischen ärmeren und reicheren Staaten übernehmen und zudem zur makroökonomischen Stabilisierung in von wirtschaftlichen Schocks betroffenen Staaten beitragen können. Die Geschichte dieser Finanzzuweisungen begann mit einem Bail-out der 13 Gründerstaaten (dazu 1.); seit den 30er Jahren des vergange-

⁷² Ausführliche Schilderung bei *Flaherty* (Fn. 47) Kap. 11–13, und *Studenski Krooss* (Fn. 54), S. 176 ff.

⁷³ Die Steuerkompetenz ist nach dem 1913 eingefügten XVI. Amendment umfassend. Hintergrund dieses Amendments war eine später überholte Entscheidung des Supreme Court, die die Erhebung einer Einkommenssteuer für unzulässig erklärt hatte (158 U.S. 601 [1895] – *Pollock v. Farmer's and Trust Co.*).

⁷⁴ In der Praxis sind es allerdings hauptsächlich Verbrauchs- und Vermögenssteuern, während der Bund sich vorwiegend durch die Einkommenssteuer finanziert (vgl. *W. Heun*, *Der Föderalismus in den USA*, in: Härtel [Hrsg.], *Handbuch Föderalismus* Bd. IV, 2012, § 96 Rn. 14).

⁷⁵ Verfassungsvergleichende Einordnung bei *H.-J. Blanke*, *Staatsfinanzen im Föderalismus*, ZaöRV 65 (2007), 71/92 ff.

nen Jahrhunderts prägen die Bundesfinanzhilfen das Bild des U.S.-amerikanischen Finanzföderalismus (2.):

1. Der Weg zum Bailout-Verbot

Die Finanzkrise der 1780er Jahre war eines der wesentlichen Argumente der Federalists für die Schaffung einer starken Zentralregierung mit einer umfassenden Fiskalkompetenz. Als im Mai 1787 der Verfassungskonvent in Philadelphia zusammentrat, hatten sich Schulden in Höhe von 40 % des Bruttoinlandsprodukts angehäuft, die sich zu etwa zwei Drittel auf die Kontinentalregierung und ein Drittel auf die Einzelstaaten verteilten.⁷⁶ Die Federalists begriffen die Finanzkrise nicht als Krise (einzelner) Staaten, sondern insgesamt als Gefahr für den Zusammenhalt der Konföderation und die endlich erreichte politische Unabhängigkeit. Die Union drohte an der Finanzkrise zu zerfallen, bevor sie überhaupt richtig gegründet worden war.⁷⁷

Um die Kreditwürdigkeit wieder zu erlangen, bedurfte es neben einer Steuerkompetenz des Bundes auch eines Entschuldungskonzepts. Bereits in den 1780er Jahren war der Finanzminister der Konföderation, *Robert Morris*, ohne Erfolg für eine Steuerkompetenz der Regierung eingetreten, um die Schulden zu begleichen, die er aufgrund ihrer Herkunft (dem gemeinsamen Unabhängigkeitskrieg) als Schulden der Union und nicht der einzelnen Staaten ansah.⁷⁸ Er war der Ansicht, dass die Union ihre Kreditwürdigkeit nur dadurch zurückgewinnen könne, dass sie die Schulden übernehme und damit die Einzelstaaten entschulde. Diesen Plan nahm *Alexander Hamilton* unmittelbar nach Gründung der Union wieder auf und schlug eine umfassende Umschuldung auf die Bundesebene vor, die er einem der Reputation der Union abträglichen Schuldenschnitt vorzog. Die Schulden wurden in „dauerhafte“, d. h. nicht rückzahlbare Anleihen umgewandelt, für die aber ein dauerhaft fester Zinssatz bezahlt wurde.⁷⁹ Für die Refinanzierung wurde ein Tilgungsfonds aufgelegt, in den Einnahmen vorwiegend aus Importzöllen fließen sollten, die die Regierung im Gegenzug für die Umschuldung allein für sich beanspruchte. *Hamiltons* Plan löste allerdings erhebliche Auseinandersetzungen aus, nicht nur, weil viele Staaten eine fiskalisch mächtige Zentralregierung fürchteten, sondern auch weil die Verschuldensquote der Staaten höchst unterschiedlich war und die weniger stark betroffenen Staaten gehofft hatten,

⁷⁶ V. Gaspar, The Making of a Continental Financial System: Lessons for Europe from Early American History, IMF Working Paper 183/2014, S. 15 f.

⁷⁷ Daran gemessen, sind die jüngsten Auseinandersetzungen in den USA über die Finanzpolitik harmlos, vgl. *Hemming/Kessler* (Fn. 46), S. 5.

⁷⁸ Zu Robert Morris s. R. Sylla, Early US Struggles with Fiscal Federalism: Lessons for Europe?, *Comparative Economic Studies* 56 (2014), 157/159 ff.

⁷⁹ Sylla, Early US Struggles (Fn. 78), S. 162 f.

daraus Kapital zu schlagen. Schließlich stimmten aber auch die bereits zuvor weitgehend entschuldeten Staaten Virginia und Maryland zu – nachdem sie die Zusage erhalten hatten, dass die Regierung von New York in die neue Hauptstadt Washington, gelegen an der Grenze zwischen Maryland und Virginia, umziehen würde.⁸⁰

Der Bailout der Staaten wird überwiegend als erfolgreichste Umschuldung in der Geschichte der Fiskalpolitik angesehen.⁸¹ Als *Hamilton* 1795 aus dem Amt schied, waren nicht nur 98 % der Inlands-Anleihen umgetauscht, sondern auch die Auslandsschulden gegenüber Frankreich beglichen. Die Vereinigten Staaten hatten finanzpolitische Reputation gewonnen und waren in der Lage, neue Kredite insbesondere in den Niederlanden aufzunehmen.⁸² Allerdings fingen die Staaten alsbald erneut damit an, Schulden anzuhäufen, nunmehr vor allem für die durch die Westerweiterung notwendig werdenden öffentlichen Infrastrukturprojekte, für die sie gegenüber dem Bund die alleinige Verantwortung reklamierten. Viele Staaten waren spätestens nach der Finanzkrise 1830 nicht mehr in der Lage, ihre Kredite zu bedienen. Der Kongress, der nach dem Unabhängigkeitskrieg 1812 ein zweites Mal die Schulden der Einzelstaaten übernommen hatte, musste daher erneut über einen Bailout entscheiden. Die überwiegend britischen und niederländischen Gläubiger drängten den Bund mit dem Argument zur Übernahme der Schulden, dass sie aufgrund der vorangegangenen Bailouts von einer Garantiehafung des Bundes ausgegangen seien;⁸³ ein britischer Bankier bezeichnete die USA zu diesem Zeitpunkt als „ungovernable and unmanageable anarchy“⁸⁴. Auch in der Sache gab es durchaus gute Gründe für einen neuerlichen Bailout, denn den Aufbau einer öffentlichen Infrastruktur zur Erschließung des Westens konnte man ebenso wie die beiden Unabhängigkeitskriege als gesamtstaatliche Angelegenheit ansehen. Hinzu kamen drohende außenpolitische Verwicklungen; Präsident *John Quincy Adams* fürchtete einen neuen Krieg mit dem Vereinigten Königreich für den Fall, dass die Schulden nicht vom Bund übernommen werden würden.⁸⁵

⁸⁰ *Sylla*, *Early US Struggles* (Fn. 78), S. 162 ff.

⁸¹ Etwa auch vom deutschen Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, Jahresgutachten 2011/12, S. 112 f. – Hamiltons Konterfei zierte daher seit 1929 die Zehn-Dollar-Noten; ein jüngster Versuch, ihn durch das Konterfei einer Frau zu ersetzen, scheiterte unter Hinweis auf die herausragende Rolle von Hamilton für die Union.

⁸² *Sylla*, *Financial Foundations* (Fn. 47), S. 11–13.

⁸³ *Henning/Kessler* (Fn. 46), S. 6.

⁸⁴ Zitat nach *A. Roberts*, „An Ungovernable Anarchy“: The United States Response to Depression and default, 1837–1848, *Intereconomics* 4 (2010), 196/200 mit dem dezenten Hinweis (S. 196 f.), dass sich ein selbstzufriedener Blick der USA auf die Krise in Griechenland vor diesem Hintergrund nicht gerade anbiete.

⁸⁵ *Henning/Kessler* (Fn. 46), S. 6.

Eine neuerliche Übernahme der Schulden hätte indes den moral hazard unter den Staaten begünstigt, denn wenn die Aufgabenverantwortung dauerhaft von der Finanzierungsverantwortung getrennt worden wäre, wäre Haushaltsdisziplin kein vorrangiges politisches Ziel mehr gewesen. Innenpolitisch unterschied sich die Situation von derjenigen in den 1780er Jahren, als nur eine Minderheit unter den zu diesem Zeitpunkt 26 Einzelstaaten betroffen war.⁸⁶ Die außenpolitischen Schäden galten in der Gesamtschau offenbar als verkraftbar; die US-Wirtschaft war mittlerweile so gereift, dass sie weniger abhängig war von ausländischem Kapital. Jedenfalls hätte der Bund die Haushaltspolitik der Einzelstaaten zukünftig intensiv überwachen müssen, um weitere Bailouts zu verhindern; die damit verbundene Einschränkung der Finanzautonomie galten als nicht opportun. Der Kongress entschied daher 1840 schließlich, die Schulden der betroffenen Staaten nicht zu übernehmen. Das Jahr 1840 markiert damit einen Wendepunkt in der Finanzgeschichte der USA: Während der Bund bis dahin allen Bailout-Begehren von Staaten nachgegeben hatte, war seither kein Antrag eines Staates mehr erfolgreich.⁸⁷ Die Kehrseite der Beendigung der Bailout-Politik war die Stärkung der finanzpolitischen Souveränität der Einzelstaaten, in deren Haushaltsführung der Bund nicht eingreifen darf. Die Staaten konnten damit selbst Maßnahmen zur Verbesserung der Haushaltsdisziplin ergreifen und haben die Verpflichtung auf einen ausgeglichenen Haushalt sogar überwiegend in die Landesverfassungen aufgenommen.⁸⁸ Ein bundesverfassungsrechtliches Bailout-Verbot wie im europäischen Recht (Art. 125 Abs. 1 AEUV) gibt es freilich nicht, weshalb ein Bailout von Einzelstaaten (Illinois, Kalifornien) bis in die jüngste Vergangenheit immer wieder Gegenstand von politischen Kontroversen war.

2. Die Bundesfinanzhilfen

Als Ausgleich für das jedenfalls faktische Bailout-Verbot und den fehlenden Finanzausgleich zwischen den Einzelstaaten hat sich seit den 60er Jahren des 19. Jahrhunderts ein System von Bundesfinanzhilfen entwickelt, das prägend ist für den U.S.-Finanzföderalismus.⁸⁹ Diese Finanzzuweisungen erfol-

⁸⁶ Es handelte sich um acht Bundesstaaten sowie Florida, das erst 1845 zum Bundesstaat der USA werden sollte.

⁸⁷ Eine die Regel bestätigende Ausnahme war in den 1990er Jahren der Bailout für den District of Columbia, der verfassungsrechtlich nicht Teil eines Einzelstaates ist (Art. I § 8 Abs. 17 der Verfassung).

⁸⁸ *Henning/Kessler* (Fn. 46), S. 7; *T. S. Sargent*, United States then, Europe now, *Journal of Political Economy* 120 (2012), 1/26.

⁸⁹ Vgl. zum Folgenden ausführlich *R. Dilger*, Federal Grants to State and Local Governments: A Historical Perspective on Contemporary Issues, *Congressional Research Service* 3/2015 und *W. Heun*, Die bundesstaatliche Finanzverfassung der USA, *StWStP* 5 (1994), 97/106 ff., einschlägige Homepage der Bundesregierung: <http://www.grants.gov>.

gen entweder in Gestalt von direkten Zahlungen (den sog. grants-in-aid) oder als Steuervergünstigungen (tax expenditures). Die Zuweisungen erfüllen teilweise eine bloße Ausgleichsfunktion für einzelstaatliche Leistungen, die dem Bund zugute kommen. Meist sind sie aber konditioniert, d. h. der Bund vergibt sie zur Erfüllung eigener politischer Ziele. Die Mittel fließen überwiegend pauschal nach Maßgabe bestimmter Verteilungsschlüssel an alle Staaten, die die bundesgesetzlichen Vorgaben erfüllen; teilweise werden auch Eigenbeteiligungen seitens der Staaten vorausgesetzt. In dieses System lässt sich damit auch ein gewisser Finanzausgleich unter den Staaten integrieren.

Im Morrill Act 1862, der historisch ersten Bundesfinanzhilfe, ging es um die Bereitstellung von im Eigentum des Bundes stehenden Grundstücken im Gegenzug zur Errichtung von Landwirtschafts- und Militärschulen. Obwohl die politische Kritik an der Gängelung der Staaten („coercive federalism“⁹⁰) die Finanzhilfen seit jeher begleitet, ist deren Umfang seit 1862 rasant und – mit Ausnahme der von Ronald Reagan ausgerufenen „New Federalism“-Ära – kontinuierlich angestiegen. Große Sprünge waren vor allem in den 1930er Jahren während des New Deal und dann noch einmal in den 50er Jahren zur Finanzierung des Interstate Highway Systems zu verzeichnen. Mittlerweile fließt mehr als die Hälfte der Bundesfinanzhilfen in das Gesundheitswesen (hier vor allem in Medicaid, das Unterstützungssystem für Bedürftige⁹¹); relevante Anteile haben zudem der Bildungsbereich, die soziale Grundsicherung und die Verkehrsinfrastruktur. 2015 gab es etwa 1800 Bundesfinanzhilfen mit einem Gesamtvolumen von 628 Mrd. \$.⁹² Für die Einzelstaaten machen die Finanzhilfen durchschnittlich ein Drittel des Gesamtbudgets aus, in einigen ärmeren Staaten aber sogar mehr als 40 %.⁹³

Verfassungsrechtliche Grundlage für die Finanzzuweisungen ist die Spending Clause in Art. 1 § 8 Abs. 1, die den Bund berechtigt, den Einzelstaaten zur Verfolgung bestimmter Ziele die erforderlichen finanziellen Mittel zur Verfügung zu stellen. Diese Ausgabenkompetenz ist grundsätzlich unbegrenzt und bezieht sich damit nicht nur auf diejenigen Bereiche, in denen der Bund zuständig ist.⁹⁴ Der Bund kann damit über Finanzzuweisungen mittelbar auch dort Einfluss nehmen, wo ihm dies mittels Gesetzgebung nicht möglich wäre; insbesondere im Bildungs-, Gesundheits- und Sozialbereich sind die Staaten in einem Maße von den Bundesfinanzhilfen abhängig, dass ihnen regelmäßig gar nichts anderes übrig bleibt als die Bedingungen des Bundes zu akzeptieren.

⁹⁰ J. Kincaid, From Cooperative to Coercive Federalism, *The Annals of the American Academy of Political and Social Science* 509 (1990), 139.

⁹¹ Dazu noch näher unten D. II.

⁹² Dilger (Fn. 89), S. 1.

⁹³ Vgl. <http://www.pewtrusts.org/en/research-and-analysis/fact-sheets/2015/09/funding-from-federal-grants-varies-as-a-share-of-state-budgets>.

⁹⁴ U.S. v. Butler, 297 U.S. 1, 65 f. (1935).

Gleichwohl gab es zunächst kaum verfassungsrechtliche Grenzziehungen, was eine wesentliche Erklärung für das enorme Wachstum der Bundesfinanzhilfen seit dem New Deal ist.⁹⁵ Erst seit den 80er Jahren des 20. Jahrhunderts wird vermehrt die Frage aufgeworfen, ob sich aus anderen Verfassungsnormen Grenzen für die als „Goldener Zügel“ fungierenden Finanzhilfen ergeben. Hier spielt das 10. Amendment eine Schlüsselrolle. Es regelt zwar nur die föderale Selbstverständlichkeit, dass die Länder (bzw. das Volk) für alle Bereiche zuständig sind, die die Verfassung nicht dem Bund übertragen hat.⁹⁶ Der Supreme Court hat das 10. Amendment aber zu einer Kontrollnorm für die Konditionen gemacht, die der Bund an die Finanzzuweisungen knüpft.⁹⁷ In der Entscheidung *South Dakota v. Dole* (1987) hat er vier Voraussetzungen für die Zulässigkeit von konditionierten Bundesfinanzhilfen aufgestellt: Sie müssen erstens der allgemeinen Wohlfahrt (general welfare) dienen, zweitens müssen die Bedingungen für die Verwendung der Bundesmittel in einem sachlichen Zusammenhang mit den gesetzlichen Zielen stehen. Sie müssen drittens eindeutig und viertens mit der Verfassung im Einklang stehen.⁹⁸ Der National Minimum Drinking Age Act, wonach Staaten, in denen das Mindestalter für den allgemein erlaubten Alkoholenuss nicht mindestens bei 21 lag, 10 % der Finanzhilfen für den Bau von Highways verlieren sollten, erfüllte diese Voraussetzungen, weil man in dieser Maßnahme auch einen Beitrag zur Sicherheit des Straßenverkehrs sah.⁹⁹

In späteren Entscheidungen wurde diesen Voraussetzungen eine fünfte hinzugefügt: das anti-coercion-Prinzip, das der Supreme Court unmittelbar aus dem 10. Amendment ableitet und letztlich als Ausprägung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit fungiert.¹⁰⁰ Dieser materiell-rechtliche Kompetenzschutz für die Mitgliedstaaten kam erstmals in der Entscheidung *New York v. United States* zum Einsatz.¹⁰¹ Der Bund hatte die Staaten mit mehreren Maßnahmen zur Entsorgung ihres schwach radioaktiven Abfalls bewegen wollen. Dass er dazu aufgrund der Commerce Clause zuständig war, war nicht bestritten. Fraglich war aber, ob und in welchem Ausmaß das 10. Amendment die Staaten im Sinne einer Kompetenzausübungsgrenze vor einem „commandeering“

⁹⁵ Zur diesbezüglichen Rechtsprechungsentwicklung noch näher D.I.2.

⁹⁶ Daher hatte ihm der Supreme Court seit *U.S. v. Darby*, 312 U.S. 100, 124 (1941) keine kompetenzbegrenzende Funktion beigemessen.

⁹⁷ *K. R. Thomas*, *The Constitutionality of Federal Grant Conditions after National Federation of Independent Business v. Sebelius*, Congressional Research Service 7/2012, S. 7 ff.

⁹⁸ *U.S. v. South Dakota v. Dole*, 483 U.S. 203, 207 (1987).

⁹⁹ *U.S. v. South Dakota v. Dole*, 483 U.S. 203, 209 ff. (1987).

¹⁰⁰ *B. Clark*, *Safeguarding Federalism by saving health reform: Implications of National Federation of Independent Business v. Sebelius*, *Loyola Los Angeles Law Review* 46 (2013), 541, 605 f.

¹⁰¹ *U.S. v. New York v. United States*, 505 U.S. 144 (1992).

durch die an die Bundesfinanzhilfen geknüpften Konditionen schützt. Während der Supreme Court die vom Bund gesetzten finanziellen Anreize für unbedenklich hielt, erklärte er die sog. take title provision für unwirksam. Diese hatte vorgesehen, dass diejenigen Staaten, die sich zur Entsorgung des Abfalls außerstande sahen, zum Eigentümer dieser Abfälle erklärt werden und damit auch haftungsrechtlich für diese einstehen sollten.¹⁰² Die Minderheit im Supreme Court sah die Entscheidung kritisch: Wenn nämlich, wie hier, der Bund ohnehin die Sachkompetenz habe, schütze das anti-coercion-Prinzip die Staaten gar nicht; im Gegenteil hätten sie dann weniger Einfluss als wenn sie die Materie eigenverantwortlich, wenn auch am „goldenen Zügel“ der Finanzhilfen, regeln würden.¹⁰³ Der materielle Kompetenzschutz gegen unverhältnismäßige Konditionen für Bundesfinanzhilfen schützt die Staaten daher tatsächlich nur, wenn der Bund nicht ohnehin eigene Regelungskompetenzen hat.¹⁰⁴

In der Entscheidung *NFIB v. Sebelius* ging es neben der grundsätzlichen Frage der Verfassungsmäßigkeit der Gesundheitsreform¹⁰⁵ auch um die Bundesfinanzhilfen für das seit 1965 bestehende Gesundheitsprogramm Medicaid. Das Bundesgesetz hatte hier vorgesehen, dass die Staaten, die das Programm nicht wie vom Bund gewünscht ausweiten wollten, nicht nur die Mittel für diese Ausweitung, sondern überhaupt alle Finanzhilfen für Medicaid verlieren würden.¹⁰⁶ Eine bundesrechtliche Regelung der Materie war rechtlich oder jedenfalls politisch ausgeschlossen. Der Supreme Court betonte, insoweit mit einer Mehrheit von 7–2 Stimmen, dass Bedingungen für Finanzhilfen nur verhältnismäßig sein könnten, wenn ihre Erfüllung freiwillig sei, die Staaten also unter Verzicht auf die Finanzierung durch den Bund auch entscheiden könnten, auf die Umsetzung zu verzichten. In vielen Staaten machten aber die Finanzhilfen nur für Medicaid 20 % des gesamten Haushalts aus. Unter diesen Bedingungen handele es sich nicht mehr um einen finanziellen Anreiz, sondern um eine unverhältnismäßige „gun to the head“¹⁰⁷.

¹⁰² U.S. *New York v. United States*, 505 U.S. 144, 169 ff. (1992).

¹⁰³ U.S. *New York v. United States*, 505 U.S. 144, 188 ff. (1992).

¹⁰⁴ Vgl. zur Entscheidung U.S. *Printz v. United States*, 521 U.S. 898, 922 ff. (1997) N. S. Siegel, *Commandeering and its Alternatives: A Federal Perspective*, *Vanderbilt Law Review* 59 (2006), 1629/1666 f.

¹⁰⁵ Dazu unten D.II.

¹⁰⁶ U.S. *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, 131 S. Ct. 2566 (2012); ferner bereits U.S. *Printz v. United States*, 521 U.S. 898 (1997).

¹⁰⁷ U.S. *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, 131 S. Ct. 2566, 2604 (2012).

D. Der sozialstaatliche Föderalismus in den USA

Eine zweite große Zäsur in der Entwicklung des Föderalismus bilden die Weltwirtschaftskrise 1929 und der nachfolgende New Deal, mit dem die Roosevelt-Administration erstmals in der Geschichte der USA den letztlich vom Supreme Court gebilligten Anspruch auf eine gesamtstaatliche Regulierung des Arbeits- und Sozialrechts erhob (I.). Allerdings ist die sozialstaatliche Zuständigkeitsverteilung bis zum heutigen Tage hochgradig umstritten wie die politische Kontroverse um die 2010 in Kraft getretene Gesundheitsreform belegt, die verfassungsrechtlich vor allem als Föderalismusdiskussion geführt worden ist (II.).

I. New Deal und kooperativer Föderalismus

1. Entwicklung und Bausteine des politischen New Deal

Ende der 1920er Jahre waren die USA in eine ökonomische Krise bislang nicht gekannten, auch globalen Ausmaßes geraten. Nach dem Zusammenbruch der Börsen am „Black Tuesday“ im Oktober 1929 befand sich die Volkswirtschaft in einem Schockzustand.¹⁰⁸ Innerhalb weniger Wochen waren die Aktienkurse um mehr als ein Drittel abgestürzt.¹⁰⁹ Banken, die das Geld ihrer Kunden am Aktienmarkt investiert hatten, mussten schließen,¹¹⁰ was Panikabhebungen im ganzen Land zur Folge hatte. Die typische Abwärtsspirale aus sinkendem Konsum, zurückgehender Produktion und stark steigender Arbeitslosigkeit führte in die Große Depression, die sich alsbald auf die gesamte westliche Welt ausweiten sollte. 1933, auf ihrem Höhepunkt, waren 13–15 Millionen Amerikaner und damit etwa ein Viertel der erwerbsfähigen Bevölkerung arbeitslos, mehr als eine Million Farmer hatten ihr Eigentum verloren und fast die Hälfte der etwa 10000 Banken war bankrott.¹¹¹ Soziale Sicherungssysteme, die in der Lage gewesen wären, der dramatischen Verarmung entgegenzuwirken, gab es nicht; sie galten als sozialistische Verirrungen, die man für unvereinbar hielt mit dem „American Way“, einer tiefverwurzelten Tradition von Eigenverantwortung, Individualismus und Laissez-Faire. In dieser Tradition hatte der republikanische Präsident *Herbert Hoover* zunächst, auf einzelstaatliche Gegenmaßnahmen ge-

¹⁰⁸ J. Alter, *The Defining Moment. FDR Hundred Days and the Triumph of Hope*, 2007, S. 1.

¹⁰⁹ J. A. Garraty, *The Great Depression*, 1986, S. 31; E. Rauchway, *The Great Depression and the New Deal*, 2008, S. 19.

¹¹⁰ Mehr als 1300 bis Ende 1930, Garraty (Fn. 109), S. 34.

¹¹¹ Garraty (Fn. 109), S. 52 ff., 100 ff.

setzt,¹¹² die sich aber an der Realität einer nationalen Herausforderung brachen. Diese Fehleinschätzung kostete ihn bei den Wahlen im Herbst 1932 das Amt.

Die große Krise stellte nicht nur den Glauben an den Marktliberalismus in Frage, sondern sie führte auch zu einer grundlegenden föderalistischen Neujustierung. 1933 startete *Hoovers* demokratischer Nachfolger *Franklin D. Roosevelt* ein bis dahin einzigartiges öffentliches Investitionsprogramm, das der als „New Deal for the American People“ bewarb. In den ersten 100 Tagen der Roosevelt-Administration („First New Deal“) wurden zunächst das Bankensystem stabilisiert und öffentliche Arbeitsbeschaffungsprogramme und Hilfsprogramme für die notleidenden Farmer aufgelegt.¹¹³ Während diese Sofortmaßnahmen der ersten Phase des New Deal auf breite öffentliche Unterstützung bauen konnten, waren die Folgeprogramme des „Second New Deal“ (1935–1938) wesentlich umstrittener. Neben einem gewaltigen Infrastrukturprogramm¹¹⁴ wurden zwei der bedeutendsten sozialpolitischen Reformen in der Geschichte der USA verwirklicht: der Wagner Act, der den Arbeitnehmern erstmals das Recht zur kollektiven Aushandlung der Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen durch Gewerkschaften einräumte sowie der Social Security Act, den Roosevelt als den Eckpfeiler seiner Regierungszeit bezeichnet hat.¹¹⁵ Der Social Security Act schuf erstmals ein vom Bund verantwortetes Rentenversicherungssystem und ersetzte damit die unzureichenden einzelstaatlichen Systeme. Ferner wurde eine gleichfalls vom Bund getragene Arbeitslosenversicherung installiert und wurden Sozialleistungen für Menschen mit Behinderungen sowie für bedürftige Familien geschaffen.

Arbeitsministerin *Frances Perkins*, die wichtigste Promotorin des Social Security Act, hatte ferner bereits eine Krankenversicherung geplant, die sich dann aber als politisch undurchsetzbar erwies.¹¹⁶ Dass sie ein Dreivierteljahrhundert später immer noch zu den großen politischen Streitfragen gehört,¹¹⁷ zeigt, dass mit dem New Deal auch eine Spaltung der US-amerikanischen Gesellschaft ihren Anfang nahm, die bis heute andauert. Den einen gilt

¹¹² *D. M. Kennedy*, *Freedom from fear. The American People in Depression and War 1929–1945*, 1999, S. 43 ff., 70 ff.; s. auch das Zitat von Hoover bei *E. A. Rosen*, *Roosevelt, The Great Depression and the Economics of Recovery*, 2005, S. 2: „The American people have not forgotten how to take care of themselves“ and „should not delegate their welfare to distant bureaucracies.“

¹¹³ *Kennedy* (Fn. 112), S. 139 ff.; *Rauchway* (Fn. 109), S. 56 ff.

¹¹⁴ Dazu zählten neben Kultur- und Bildungsinstitutionen auch Großprojekte wie der La Guardia Airport in New York und die Bay Bridge zwischen Oakland und San Francisco, s. *Kennedy* (Fn. 112), S. 252.

¹¹⁵ *Alter* (Fn. 108), S. 318.

¹¹⁶ *Alter* (Fn. 108), S. 315; *J. Oberlander*, *Medicare: The Great Transformation*, in: *Morone/Ehlike* (ed.), *Health Politics and Policy*, 5. Aufl. 2013, S. 126/127.

¹¹⁷ S. unten II.

der New Deal bis heute als Erfolgsgeschichte und wird dementsprechend auch in der aktuellen Diskussion um den Verfall der sozialen und technologischen Infrastruktur in den USA immer wieder bemüht („Living New Deal“),¹¹⁸ für die anderen ist er ein Verrat am amerikanischen Traum einer von staatlicher Bevormundung freien Gesellschaft, den vor allem die konservative Revolution unter *Ronald Reagan* in den Mittelpunkt ihrer Politik gestellt hat.¹¹⁹ Und inmitten dieser großen politischen Auseinandersetzungen stand und steht stets: der Föderalismus.

2. Der föderalistische New Deal

Der New Deal steht nicht nur für eine grundlegende Neuorientierung der Sozialpolitik in den USA; er bildete vielmehr auch eine Zäsur in der Entwicklung des Föderalismus, die man grob mit „From Dual to Cooperative Federalism“¹²⁰ überschreiben kann. „Dual Federalism“ und „Cooperative Federalism“ sind heuristische Konzepte, die einander nicht ausschließen, sondern auf unterschiedlichen Ebenen der Kompetenzabgrenzung wirken: Der „Dual Federalism“ setzt auf der Ebene der Kompetenzverteilung an. Er geht davon aus, dass die Verfassung die Souveränität zwischen Bund und Einzelstaaten in zwei voneinander unabhängige Blöcke teilt, innerhalb derer beide jeweils unabhängig von der anderen Seite rechtsetzungsbefugt sind.¹²¹ Der „Cooperative Federalism“ grenzt nicht Zuständigkeitssphären exklusiv voneinander ab, sondern knüpft an der Teilung der Zuständigkeiten für einen bestimmten Politikbereich zwischen der gesamt- und gliedstaatlichen Ebene an. Er folgert daraus natürlich nicht, dass Bund und Einzelstaaten in einem bestimmten Bereich gleichzeitig und unabhängig voneinander Recht setzen dürfen; für derartige Fälle normiert auch die US-amerikanische Verfassung den Vorrang des Bundesrechts (Art. 6 [2] der Verfassung). Leitidee ist vielmehr, dass Bund und Einzelstaaten komplementär im selben Politikbereich Recht setzen; die Abgrenzung muss daher auf der Ebene der Kompetenzausübung erfolgen. Ein Bedarf nach Kompetenzabgrenzung besteht bei beiden Ansätzen: Während aber das dualistische Konzept durch formale Grenzziehungen exklusive Zuständigkeitsräume bestimmt, grenzt der kooperative An-

¹¹⁸ <http://livingnewdeal.org>. und *H. L. Smith*, Berkeley and the New Deal, 2014; s. auch *G. Packer*, The Unwinding, 2013.

¹¹⁹ *Depkat*, Geschichte der USA (Fn. 10), S. 292 ff.

¹²⁰ So der Titel des Buches von *R. Schütze*, 2009; vgl. ferner *F. C. Mayer*, Kompetenzverschiebungen als Krisenfolge? Die US-Verfassungsentwicklung seit dem New Deal und Lehren für die Euro-Krise, JZ 2014, 593 ff.

¹²¹ Grundlegend *E. S. Corwin*, The Passing of Dual federalism, Virginia Law Review 36 (1950), 1/4; ferner *R. Schütze*, From Dual to Cooperative Federalism. The changing structure of European Law, 2009, S. 5.

satz in einem materiellen Sinne danach ab, ob eine Regelung unverhältnismäßig in die Sphäre der anderen Ebene eingreift.

a) Dual Federalism

Als wichtigste Rechtsgrundlage für die Zuständigkeit des Bundes zur wirtschafts- und sozialrechtlichen Regulierung galt bis zum New Deal die interstate commerce clause (Art. 1 Sec. 8 [1]), die ihn, vergleichbar mit Art. 114 AEUV, zur Regulierung des zwischenstaatlichen Handels ermächtigt. Allerdings hatte der Supreme Court die interstate commerce clause bis 1935 sehr eng ausgelegt. Konzeptionelle Grundlage dieser Rechtsprechung war ein streng dualistisches Verständnis der Kompetenzbestimmungen, das Souveränität und öffentliche Machtausübung zwei voneinander getrennten Sphären zuweist:

“The powers of the General Government, and of the State, although both exist and are exercised within the same territorial limits, are yet separate and distinct sovereignties, acting separately and independently of each other, within their respective spheres.”¹²²

Der „Dual Federalism“ erwies sich als bedeutende Beschränkung der wirtschafts- und sozialrechtlichen Aktivitäten des Bundes. Der Supreme Court war nämlich der Ansicht, dass „commerce“ nur den Handel betreffe, nicht aber die dem Handel vorgelagerte Produktion, für die daher allein die Einzelstaaten zuständig seien.¹²³ Er beschwor zur Begründung u. a. die Gefahr einer „journey to a forbidden end“: Wenn nämlich der Handel auch die Produktion beinhalten würde, hätte der Bund eine umfassende Kompetenz für das gesamte Wirtschaftsleben („every branch of human industry“).¹²⁴

Verfassungsrechtliche Grundlage dieser Rechtsprechung war das 10. Amendment, das die Einzelstaaten (und das Volk!) für zuständig erklärt, soweit die Verfassung nicht dem Bund eine Zuständigkeit zuspricht. Der Supreme Court maß dieser Bestimmung nicht nur deklaratorische Wirkung zu, sondern lud sie mit konkreten Zuständigkeitsbereichen auf, die den Einzelstaaten (oder dem Volk) vorbehalten sein sollten.¹²⁵ Dazu zählte namentlich die „police power“, die man in einem weiten Sinne als allgemeine ordnungs- und wohlfahrtsrechtliche Zuständigkeit bezeichnen kann. In der Entscheidung *Hammer v. Dagenhart*¹²⁶ ging es um ein Bundesgesetz, das den inner-

¹²² U.S. *Ableman v. Booth*, 62 U.S. (21 How.) 506, 516 (1858); U.S., *Collector v. Day*, 78 U.S. 113, 124 (1871).

¹²³ U.S. *United States v. Knight*, 156 U.S. 1, 12 (1895).

¹²⁴ U.S. *United States v. Knight*, 156 U.S. 1, 14 (1895); s. auch U.S., *Carter v. Carter Coal Co.*, 298 U.S. 238, 299 ff. (1936).

¹²⁵ Vgl. zu den materiell-rechtlichen Wirkungen des 10. Amendments bereits C. II. 2.

¹²⁶ U.S. *Hammer v. Dagenhart*, 247 U.S. 251 (1918).

staatlichen Transport von Produkten verbot, die in Unternehmen hergestellt worden waren, in denen Kinder arbeiten mussten. Obwohl es damit um den innerstaatlichen Handel ging, erklärte der Supreme Court das Gesetz für verfassungswidrig, weil es sich auf die Produktion bezog, für die nach dem 10. Amendment allein die Einzelstaaten zuständig seien.¹²⁷ Letztlich hat diese „Entweder-oder-Logik“¹²⁸ des Dual Federalism, die übrigens schon seinerzeit gar nicht konsequent durchgehalten wurde,¹²⁹ auch den Einzelstaaten nicht geholfen. Denn auch sie hätten eine entsprechend produktionsbezogene Regelung wegen der Auswirkungen auf den grenzüberschreitenden Handel nicht treffen können. Dass dieses starre Abgrenzungsregime damit letztlich in ein kompetentielles Niemandsland¹³⁰ führte, focht den Supreme Court nicht an: „If no such power has been granted, none can be exercised.“¹³¹ Die Zuständigkeit lag damit letztlich beim ebenfalls im 10. Amendment genannten Volk. Hier zeigt sich deutlich, dass der Föderalismus in den USA auch als Vehikel begriffen wird, die Grundrechte der Bürger vor staatlicher Regulierung zu schützen, so zweifelhaft dies im konkreten Fall auch war.

b) Cooperative Federalism

Auf der Grundlage dieses dualistischen Trennungskonzepts hat der Supreme Court zwischen 1934 und 1936 diverse New Deal-Gesetze für verfassungswidrig erklärt.¹³² Das führte zu der zunehmend als untragbar empfundenen Machtlosigkeit des Bundes, Maßnahmen gegen eine Krise nationalen Ausmaßes zu ergreifen. Ob es nun der durch die ökonomische Krise erzeugte politische Druck war oder auch *Roosevelts* legendärer Court-Packing Plan:¹³³ Im Frühjahr 1937 änderte der Supreme Court seine Rechtsprechung

¹²⁷ U. S. *Hammer v. Dagenhart*, 247 U. S. 251, 273 f. (1918).

¹²⁸ *Schütze* (Fn. 121), S. 92.

¹²⁹ U. S. *Champion v. Ames*, 188 U. S. 321 (1903). S. ferner U. S., *Hoke & Economidis v. United States*, 227 U. S. 308, 320 ff. (1913). Hier wurden Gesetze akzeptiert, die den Transport von Lotterielosen bzw. von Frauen zum Zwecke der Prostitution verboten.

¹³⁰ *Corwin* (Fn. 121), S. 22; s. ferner *H. Ehmke*, *Wirtschaft und Verfassung. Die Verfassungsrechtsprechung des Supreme Court zur Wirtschaftsregulierung*, 1961, S. 124 f. und *H.-H. Trute*, *Zur Entwicklung des Föderalismus in den Vereinigten Staaten von Amerika*, *ZaöRV* 49 (1989), 195/227.

¹³¹ U. S., *Kansas v. Colorado*, 206 U. S. 46, 90 f. (1907).

¹³² U. S. *Railroad Retirement Board v. Alton*, 295 U. S. 330 (1935); U. S. *Schechter Poultry Co. v. United States*, 295 U. S. 495 (1935); U. S., *United States v. Butler*, 297 U. S. 1 (1936) und U. S. *Carter Coal Co.*, 298 U. S. 238 (1936).

¹³³ Dazu *P. D. Moreno*, *The American State from the Civil War to the New Deal. The Twilight of Constitutionalism and the Triumph of Progressivism*, 2013, S. 288 ff.; ferner *J. Shesol*, *Franklin Roosevelt v. Supreme Court*, 2010.

mit der Entscheidung *National Labor Relations Board v. Jones & Laughlin*¹³⁴ grundlegend. Es ging um den Wagner Act und damit einen Grundpfeiler des New Deals.¹³⁵ Der Supreme Court erklärte das Gesetz für verfassungsgemäß, obwohl es Gewerkschaftsrechte auch für das produzierende Gewerbe vorsah.¹³⁶ Deutlich wird dieser neue Kurs in der Entscheidung *Steward Machine Co. v. Davis* zum Social Security Act, in der der Supreme Court die Einzelstaaten nur noch als „quasi-sovereign“¹³⁷ bezeichnet.

Die Entscheidung *Steward Machine* begründet zugleich den Aufstieg der Tax Power (Art. I Sect. 8 [1] der Verfassung). Die Roosevelt-Administration war vor Erlass des Social Security Act u. a. mit dem Problem konfrontiert gewesen, dass eine bundesweite Arbeitslosenversicherung auch das produzierende Gewerbe erfassen würde, das nach der engen dualistischen Interpretation des commerce clause nicht von der Zuständigkeit des Bundes erfasst werden sollte. So war es ein Glück, dass die Arbeitsministerin *Frances Perkins* während des Gesetzgebungsprozesses eher zufällig am Rande eines Empfangs auf den ihr wohlgesonnenen Verfassungsrichter *Harlan Stone* traf, der ihr zuhaunte:

“The taxing power of the Federal Government, my dear; the taxing power is sufficient for everything you want and need.”¹³⁸

Prompt wurde das Gesetzgebungsprojekt umgestellt. Es wurde eine Unternehmenssteuer eingeführt, von der solche Unternehmen weitgehend befreit wurden, die in Staaten ansässig waren, die die bundesrechtlichen Vorgaben für die nunmehr von den Staaten zu tragende Arbeitslosenversicherung umgesetzt hatten.¹³⁹ Der Bund hatte erreicht, was er wollte: eine bundesweite Arbeitslosenversicherung, wenn auch über den Umweg einer Unternehmenssteuer. Die (vermeintlich) fehlende Sachkompetenz für die Arbeitslosenversicherung konnte durch diese Konstruktion einer als Steuervergünstigung konzipierten Bundesfinanzhilfe umgangen werden, mit Billigung des Supreme Court, der darin – nach dem informellen Hinweis wenig überraschend – eine zulässige Ausübung der Zuständigkeit für das Steuerrecht sah.¹⁴⁰ Die Tax

¹³⁴ U.S. National Labor Relations Board v. Jones and Laughlin Stelle Corporation, 301 U.S. 1 (1937).

¹³⁵ S. oben a).

¹³⁶ U.S. National Labor Relations Board v. Jones and Laughlin Stelle Corporation, 301 U.S. 1, 37 (1937).

¹³⁷ U.S. Stewart Machine Co v. Davis, 301 U.S. 548, 593 (1937).

¹³⁸ *Frances Perkins* hat diese Anekdote im Oktober 1962 öffentlich gemacht, s. <http://www.ssa.gov/history/perkins5.html>; s. ferner *Alter* (Fn. 108), S. 313 und *B. Solomon*, *FDR v. The constitution: The court packing fight and the triumph of democracy*, 2008, S. 203.

¹³⁹ U.S. Stewart Machine Co. v. Davis, 301 U.S. 548, 586 ff. (1937).

¹⁴⁰ U.S. Stewart Machine Co. v. Davis, 301 U.S. 548, 586 ff. (1937).

Power fungiert hier als Querschnittskompetenz, die die zuvor so sorgfältig gezogenen Grenzen zwischen Produktion und Gewerbe überspielt und damit den „Dual Federalism“ verabschiedet.¹⁴¹ In *Carmichael v. Southern Coal & Coke Co.* bekennt sich der Supreme Court demonstrativ zum kooperativen Föderalismus in der Sozialpolitik:

“The United States and the State of Alabama are not alien governments. They co-exist within the same territory. Unemployment is their common concern. Together the two statutes before us embody a cooperative legislative effort by state and national governments, for carrying out a public purpose common to both, which neither could fully achieve without cooperation to each other. *The constitution does not prohibit such a cooperation.*”¹⁴²

Wenig später wurde dann die bisherige Rechtsprechung zum 10. Amendment aufgegeben und die Bestimmung auf die deklaratorische Binsenwahrheit herabgestuft, dass alle Kompetenzen, die dem Bund nicht zugewiesen seien, bei den Ländern oder beim Volk lägen.¹⁴³

Diese Hinwendung zum kooperativen Föderalismus war konsequent, weil eine streng sachbezogene Abgrenzung von Zuständigkeiten in ein zunehmendes Spannungsverhältnis zum gesamtstaatlichen Regulierungsbedarf geriet, der nicht durch unkoordiniertes Handeln der Einzelstaaten befriedigt werden konnte. Vor dem Hintergrund sich ausweitender Wirtschaftsbeziehungen erwies es sich zunehmend als unmöglich, rein gliedstaatliche Angelegenheiten zu definieren, die nicht irgendwie auch Auswirkungen auf andere Staaten hatten.¹⁴⁴ Die Rechtsprechung des Supreme Court bis 1935 ist damit auch ein mahnendes Beispiel, wie sich verfassungsgerichtliche Kompetenzkontrolle selbst schwächt: durch kleinteilige formalistische Abgrenzungen, die nur bis zur nächsten Krise halten. Sie gerät gerade dadurch in den Ruch, politisch dispositiv zu sein.

¹⁴¹ *Corwin* (Fn. 121), S. 17: dual federalism „in ruins“; ferner C. K. Bader, A Dynamic Defense of Cooperative Federalism, *Whittier Law Review* 35 (2013–2014), 161; N. R. Williams, The Commerce Clause and the Myth of Dual Federalism, *University of California Los Angeles Law Review* 54 (2007), 1847/1923; E. A. Young, The Puzzling Persistence of Dual Federalism, in: Fleming/Levy (Hrsg.), *Federalism and Subsidiarity*, 2014, S. 34/53.

¹⁴² *U.S. Carmichael v. Southern Coal & Coke Co.*, 301 U.S. 495, 526 (1937); Hervorhebung hinzugefügt.

¹⁴³ *U.S. United States v. Darby*, 312 U.S. 100, 124 (1941). Später ist das 10. Amendment dann aber für den materiellen Kompetenzschutz wieder mit konstitutiven Wirkungen versehen worden, vgl. oben III. 2. b).

¹⁴⁴ M. Fehling, Mechanismen der Kompetenzabgrenzung in föderativen Systemen im Vergleich, in: Aulehner et. al. (Hrsg.), *Föderalismus – Auflösung oder Zukunft der Staatlichkeit?*, 1997, S. 30/52 f.; M. Grodzins, The American Federal System, in: Goldwin (Hrsg.), *A Nation of States: Essays on the American Federal System*, 1961, S. 1 f.; E. A. Young, Dual Federalism, Concurrent Jurisdiction and the Foreign Affairs Exception, *The George Washington Law Review* 69 (2001), 139/152.

II. New Federalism

Nachdem bis 1992 kein Bundesgesetz mehr wegen Kompetenzüberschreitung für verfassungswidrig erklärt worden war,¹⁴⁵ begann der Supreme Court in den 90er Jahren vor dem Hintergrund großer gesellschaftlicher Kontroversen damit, insbesondere die Commerce Clause wieder enger zu fassen, etwa in Entscheidungen zum Verbot des Besitzes von Waffen an Schulen.¹⁴⁶ Dieser „New Federalism“ ist zwar alles andere als gefestigt,¹⁴⁷ aber man kann doch sagen, dass es der konservativen Mehrheit im Supreme Court ein Anliegen ist, gerade bei politisch umstrittenen Projekten des Bundes die einzelstaatlichen Kompetenzen wieder stärker zu profilieren.

Das zeigt exemplarisch die *Sebelius*-Entscheidung zur seit 2014 schrittweise in Kraft tretenden Gesundheitsreform.¹⁴⁸ Das Gesundheitswesen ist an sich ein Paradereferenzfeld für den kooperativen Föderalismus. Es gibt nicht *das* Gesundheitssystem, sondern mehrere Teilsysteme mit sehr unterschiedlichen föderalen Arrangements.¹⁴⁹ Das Spektrum reicht von Bereichen, für die allein die Einzelstaaten zuständig sind (etwa die Regeln zur Zulassung und Ausübung der Heilkunde) über das für die Versorgung alter Menschen geschaffene Programm Medicare, das allein durch den Bund reguliert, verwaltet und finanziert wird, bis hin zu Medicaid (dem durch die Gesundheitsreform erheblich ausgedehnten Programm für Bedürftige), das vom Bund rechtlich angeleitet, aber von den Einzelstaaten in grundsätzlich eigener Entscheidungsfreiheit und Regie (wenn auch mit dem „Goldenen Zügel“ der Bundesfinanzhilfen¹⁵⁰) durchgeführt wird. Diese föderative Vielfalt beruht nicht auf zwingenden Kompetenzbestimmungen, sondern auf historisch-politischen Pfadabhängigkeiten. Dass etwa Medicare ein weitgehend zentrales Programm ist, hängt damit zu-

¹⁴⁵ *Chemerinsky* (Fn. 59), S. 177. Als Ausnahme mag man die allerdings später ausdrücklich verworfene Entscheidung *National League of Cities v. Usery* (426 U.S. 833 [1976]) ansehen, wo ein auch für staatliche und lokale Angestellte geltender Mindestlohn verworfen worden war; dagegen später U.S. *Garcia v. San Antonio Metropolitan Transit Authority*, 469 U.S. 528 (1985).

¹⁴⁶ U.S. *United States v. Lopez*, 514 U.S. 549, 558 (1995) mit der Reaktivierung der dualistischen Unterscheidung zwischen „commerce“ und „production“; ferner U.S. *United States v. Morrison* 529 U.S. 598 (2000).

¹⁴⁷ U.S. *Gonzalez v. Raich*, 545 U.S. 1 (2005).

¹⁴⁸ U.S. *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, 131 S.Ct. 2566 (2012).

¹⁴⁹ *J. P. Ackerman*, The Unintended Federalism Consequences of the Affordable Care Act's Insurance Market Reforms, *Pace Law Review* 34 (2014), 273/314 ff.; *A. R. Gluck*, Federalism from Federal Statutes: Health Reform, Medicaid, and the old-fashioned Federalists' Gamble, *Fordham Law Review* 81 (2013), 1749/1759 ff.; *S. Solomon*, Health Exchange Federalism: Striking the Balance between State Flexibility and Consumer Protection in ACA Implementation, *Cardozo Law Review* 34 (2013), S. 2073/2092 ff.

¹⁵⁰ S. oben C.II.2.

sammen, dass bei seiner Einführung 1965 bereits ein während des New Deals etabliertes, bundesweites Alterssicherungssystem bestand, an das Medicare anknüpfen konnte. Weil aber im Rahmen des New Deals keine allgemeine Krankenversicherung geschaffen worden war, ist die Krankenversicherung im Übrigen hingegen teils bundes-, teils landesrechtlich geregelt wie namentlich das im gleichen Jahr wie Medicare aufgelegte Medicaid.¹⁵¹

Trotz des real existierenden kooperativen Föderalismus in der Gesundheitspolitik hat es der Supreme Court in der *Sebelius*-Entscheidung mit einer 5–4-Mehrheit abgelehnt, das „individual mandate“, das seit 2014 alle Amerikaner verpflichtet, einen Krankenversicherungsvertrag abzuschließen, auf die Commerce Clause zu stützen. Die Bundeszuständigkeit für den Handel setze nämlich voraus, dass ein solcher bereits existiere; das „individual mandate“ solle aber den Handel (mit Versicherungen) erst ermöglichen.¹⁵² Die Unterscheidung zwischen vorhandenem und noch zu aktivierenden Handel ist eine andere als die frühere zwischen „Handel“ und „Produktion“. Sie ist auch insofern überraschend, als sie mit der für föderale Abgrenzungen maßgeblichen¹⁵³ Unterscheidung zwischen regionalen und bundesweiten Implikationen einer bestimmten Maßnahme wenig zu tun hat.¹⁵⁴ Dementsprechend wird sie von der Minderheit im Supreme Court auch mit deutlichen Worten abgelehnt.¹⁵⁵ Offenbar geht es der Gerichtsmehrheit aber darum, bundes- und einzelstaatliche Sphären wieder klarer voneinander zu trennen.¹⁵⁶ Vollends zurückkehren zum „Dual Federalism“ wollte jedenfalls Chief Justice *John Roberts* aber auch nicht. Mit den dissentierenden Richtern stützte er das „individual mandate“ auf die Tax Power, weil jeder, der keinen Krankenversicherungsvertrag abgeschlossen hat, eine Art „Strafsteuer“ entrichten muss – ein Kniff, mit dem bereits der föderalistische New Deal eingeleitet worden war¹⁵⁷ und der das Potenzial hat, die bei der Commerce Clause so sorgsam errichteten dualistischen Abgrenzungen wieder einzureißen. Eine Krankenversicherungsreform, die nur am Rande etwas mit Steuerrecht zu tun hat, wurde über diesen Umweg kompetentiell gerettet.

¹⁵¹ Näher zu den einzelnen Bausteinen des öffentlichen Gesundheitswesens *F. J. Thompson*/J. C. Cantor, *Federalism and Health Care Policy*, in: Morone/Ehlke (Hrsg.), *Health Politics and Policy*, 5. Aufl. 2013, S. 94/106 ff.

¹⁵² *U. S. National Federation of Independent Business v. Sebelius*, 131 S. Ct. 2566, 2573, 2586 (2012).

¹⁵³ *U. S. United States v. Morrison*, 529 U.S. 598, 617 f. (2000): Die Verfassung fordere „a distinction between what is truly national and truly local.“

¹⁵⁴ *M. A. Hall*, *Commerce Clause Challenges to Health Care Reform*, *University Pennsylvania Law Review* 159 (2011), 1825/1827 ff.; *P. J. Smith*, *Federalism, Lochner, and the Individual Mandate*, *Boston University Law Review* 91 (2011), 1723/1729 ff.

¹⁵⁵ *U. S. National Federation of Independent Business v. Sebelius*, 131 S. Ct. 2566, 2623 (2012).

¹⁵⁶ *Young*, *The Puzzling Persistence of Dual Federalism* (Fn. 141), S. 34 ff.

¹⁵⁷ Vgl. oben I.2. b).

E. Der gordische Knoten des Föderalismus

Das Verhältnis zwischen Bund und Einzelstaaten gleicht einem gordischen Knoten. Die über 200-jährige Entwicklung des Föderalismus in den USA zeigt, dass man ihn nicht entflechten kann; einer der Gründerväter, *James Madison*, hatte das indes schon genau so vorhergesehen.¹⁵⁸ Man kann ihn zwar (wie seinerzeit der sagenhafte Alexander) durchschlagen, indem man ihn entweder durch einen allzuständigen Zentralstaat oder durch das unkoordinierte Nebeneinander von Kleinstaaten ersetzt. In einem großflächigen politischen Verbund, wie ihn die USA und die Europäische Union bilden, sind aber beide keine ernstzunehmenden Alternativen. Aus der Entwicklung des Föderalismus in den USA lässt sich lernen, dass eine robuste Föderation ebenso zentrale Regeln wie dezentrale Gegenkräfte benötigt und dass sie – was das konkrete Verhältnis von Zentralität und Dezentralität angeht – politisch wie rechtlich in der Lage sein muss, sich veränderten Rahmenbedingungen anzupassen.¹⁵⁹ Der Föderalismus ist damit in ständiger Bewegung; es stünde daher schlecht um ihn, würde über ihn nicht mehr kontrovers diskutiert werden:

I. Grundbedingungen einer robusten Föderation

Auf der einen Seite existiert eine Föderation nur durch gemeinsame und damit grundsätzlich zentral gesetzte Werte und Regeln. Die Auseinandersetzung zwischen den Nord- und Südstaaten über die Sklaverei, die bei jedem beitrtrittswilligen Staat von Neuem ausbrach und schließlich in einen vier Jahre andauernden, die Föderation beinahe dauerhaft zerstörenden Bürgerkrieg mündete, zeigt, dass eine Föderation, die nicht in der Lage ist, sich auf fundamentale gemeinsame Grundwerte zu verständigen und bereit ist, deren Verletzungen auch zu sanktionieren, scheitern muss.¹⁶⁰ In einer robusten Föderation muss zudem notwendige Zentralisierung im Interesse der Effektivität der Aufgabenwahrnehmung zugelassen werden und darf nicht durch kleinteiliges Souveränitätsdenken behindert werden. In diesem Sinne ist die Fiskalhoheit, verstanden als die Befugnis, eigenständig Einnahmen aus Steuern zu generieren und über deren Verwendung zu befinden, eine bedeutende Stüt-

¹⁵⁸ S. das dem Text vorangestellte Zitat.

¹⁵⁹ *Bednar* (Fn. 38), S. 15 f.; *S. Oeter*, Bundesstaat, Föderation, Staatenverbund – Trennlinien und Gemeinsamkeiten föderaler Systeme, *ZaöRV* 75 (2015), 733/751 f.

¹⁶⁰ Vgl. dementsprechend Art. 2 und 49 EUV sowie das besondere Verletzungsverfahren nach Art. 7 EUV, dem nunmehr ein von der Kommission verantwortetes Aufsichtsverfahren über die Rechtsstaatlichkeit vorgeschaltet ist, dazu *A. v. Bogdandy/M. Ioannidis*, Das systemische Defizit. Merkmale, Instrumente und Probleme am Beispiel der Rechtsstaatlichkeit und des neuen Rechtsstaatlichkeitsaufsichtsverfahrens, *ZaöRV* 74 (2014), 283 ff.

ze für eine robuste Föderation. Insbesondere versetzt sie den Bund in die Lage, (konditionierte) Transferleistungen an kriselnde Einzelstaaten zu erbringen und damit einen innerföderalen Ausgleich zu bewirken (dazu nachfolgend II.).

Auf der anderen Seite verlangt eine demokratische Föderation nach möglichst dezentraler, bürgernaher Aufgabenerledigung und gewährleistet durch die Verzahnung von gesamtstaatlicher und gliedstaatlicher Politik das Mit- und Gegeneinander von Regierung und Opposition. Diese dezentralen Gegenkräfte sind gerade vor dem Hintergrund des Trends zur Zentralisierung sowohl in den USA als auch in der Europäischen Union ebenso notwendige Elemente einer robusten Föderation wie zentral gesetzte Regeln. Eine Föderation muss daher Gegenkräfte („safeguards of federalism“) etablieren, die das dezentrale Element des Föderalismus gerade vor dem Hintergrund von Zentralisierungsnotwendigkeiten sichern (dazu III.).

Das daraus erwachsende, dem Föderalismus immanente Spannungsverhältnis zwischen notwendiger Zentralisierung und Dezentralisierung erklärt die Unauflöslichkeit des gordischen Knotens. Es ist daher nicht Krisensymptom, sondern Ausdruck eines funktionierenden Föderalismus, dass in den USA die großen gesellschaftlichen Konflikte auch über den Föderalismus ausgetragen worden sind und nach wie vor werden:¹⁶¹ schon im 19. Jahrhundert die Sklaverei,¹⁶² später der Aufbau des Sozialstaats,¹⁶³ das Waffenrecht¹⁶⁴ und die Bürgerrechtsgesetzgebung¹⁶⁵. Jeweils bildete der Föderalismus das politische und zunehmend auch rechtliche Vehikel, über die Aktivierung der Einzelstaateninteressen und -rechte Opposition gegen gesamtstaatliche Projekte zu initiieren. Auch wenn es im Föderalismus Vorrangregeln gibt: „Die institutionelle Pointe einer Föderation besteht gerade darin, dass in ihr die Frage nach der letzten Entscheidung offenbleibt und die Frage, wer was zu entscheiden hat, permanenter Aushandlung bedarf.“¹⁶⁶

II. Zentraler Stabilisierungsfaktor: Die Fiskalhoheit des Bundes

Die Entwicklung des Föderalismus in den USA zeigt, dass eine von der Haushaltswirtschaft der Einzelstaaten unabhängige Fiskalhoheit des Bundes ein tragender Pfeiler einer robusten Föderation ist.¹⁶⁷ Der Haushalt bündelt

¹⁶¹ Chemerinsky (Fn. 59), S. 116.

¹⁶² Zu diesen Zusammenhängen *Depkat*, Geschichte der USA (Fn. 10), S. 119 ff.

¹⁶³ S. unter D.

¹⁶⁴ U.S. *United States v. Lopez*, 514 U.S. 549 (1995).

¹⁶⁵ U.S. *Heart of Atlanta Motel v. United States*, 379 U.S. 241 (1964).

¹⁶⁶ C. Möllers, *Demokratie – Zumutungen und Versprechen*, 2008, S. 86; ferner etwa Oeter, *Bundesstaat, Föderation, Staatenverbund* (Fn. 159), S. 747 ff.

¹⁶⁷ Klassisch: W. H. Riker, *Federalism*, in: Greenstein/Polsby (Hrsg.), *Handbook of Political Science*, 1975, S. 93 ff.

die vorwiegend aus der Erhebung von Steuern stammenden Einnahmen und die für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben bestimmten Ausgaben. Er hat damit vor allem eine politische Lenkungsfunktion: „Die Entscheidung über Einnahmen und Ausgaben der öffentlichen Hand ist grundlegender Teil der demokratischen Selbstgestaltungsfähigkeit im Verfassungsstaat.“¹⁶⁸ Ein eigenständiger Bundeshaushalt ermöglicht den Ausgleich von innerföderalen Disparitäten und hat damit erhebliche Bedeutung auch für die Stabilität einer gemeinsamen Währung. In den USA ist es in einem über viele Jahrzehnte verlaufenden und keineswegs gradlinigen Prozess gelungen, zentralstaatliche Zuständigkeiten in den für die Lösung von gesellschaftlichen wie innerföderalen Verteilungsproblemen entscheidenden Politikbereichen zu etablieren. Nur exemplarisch belegen die in den beiden vorangegangenen Kapiteln skizzierte erratische Entwicklung des Zentralbankwesens, die allmähliche Ausweitung des Systems der Bundesfinanzhilfen sowie der sozialpolitische New Deal, dass die großen zentripetalen Verschiebungen im föderalistischen Arrangement stets krisenbedingt waren, und das heißt auch: ausgelöst durch die Erfahrungen aus dem Scheitern dezentraler Krisenbewältigung.

Anders als in der Europäischen Union standen die gemeinsame Währung und eine zentrale Notenbank aber erst am Ende dieses Prozesses; eine eigenständige Haushaltswirtschaft des Bundes war hingegen nach den verheerenden Erfahrungen mit der handlungsunfähigen Konföderation bereits durch die 1787 in Kraft getretene Verfassung etabliert worden, die auch für alle fortan beitretenden Staaten maßgebend war. Die Europäische Union hingegen besitzt nach wie vor keine Budgethoheit. Der Haushaltsplan setzt einen einstimmigen Ratsbeschluss voraus und tritt erst nach Zustimmung aller Mitgliedstaaten in Kraft (Art. 311 Abs. 3 AEUV). Die sog. Eigenmittel stammen zu fast 90 % aus den mitgliedstaatlichen Haushalten; insgesamt beträgt der Haushalt der Union nur etwa 3 % der Summe der nationalen Etats.¹⁶⁹ Damit kontrastiert, dass sich die Union nicht nur in der Währungs- und Finanz-, sondern etwa auch in der Flüchtlingskrise in einer bislang nicht gekannten Dimension innerföderalen Verteilungs Herausforderungen stellen muss,¹⁷⁰ die sie mit ihrer fiskalpolitischen Unvollendetheit konfrontieren. Notgedrungen beschreitet sie den Weg eines fiskalischen Kontrollföderalismus, weil es ihr an eigenen fiskalpolitischen Instrumenten mangelt:¹⁷¹

¹⁶⁸ BVerfGE 135, 317/399 f.

¹⁶⁹ T. Oppermann/C.-D. Classen/M. Nettesheim, *Europarecht*, 7. Aufl. 2016, § 8 Rn. 1, 17 ff.

¹⁷⁰ M. Nettesheim, Mehr Mut zur Supranationalisierung von Verteilungsproblemen, *EuZW* 2015, 609.

¹⁷¹ Vgl. zu den beiden Modellen fiskalischer Integration A. Hinarejos, *Fiscal Federalism in the European Union: Evolution and Future Choices for EMU*, *Common Market Law Review* 50 (2013), 1621/1634 ff.

1. Fiskalischer Kontrollföderalismus als (vorläufiger) europäischer Weg

Dass eine Wirtschafts- und Währungsunion, die „eine zentralisierte Währungspolitik mit dezentralisierter Verantwortung für die meisten wirtschaftspolitischen Bereiche verbindet“¹⁷², labil ist, ist mittlerweile Gemeingut.¹⁷³ Aus der Forschung zu den Funktionsbedingungen eines Währungsraumes wissen wir seit den 60er Jahren des 20. Jahrhunderts, dass eine gemeinsame Währung konvergente wirtschaftspolitische Rahmenbedingungen, eine hohe Mobilität (und damit auch Qualifikation) von Arbeitskräften sowie von Kapital voraussetzt, weil die Einzelstaaten aufgrund der Zentralisierung der Währungspolitik nicht mehr durch Wechselkursanpassungen auf temporäre Krisen reagieren können.¹⁷⁴ In Reinform gibt es den optimalen Währungsraum zwar nur in der wirtschaftswissenschaftlichen Theorie; auch die USA sind keiner.¹⁷⁵ Allerdings haben die USA immerhin weit über 100 Jahre benötigt, bis sie eine gemeinsame Währung und eine gemeinsame Notenbank dauerhaft haben etablieren können, und haben zudem insbesondere über die Federal Grants Ausgleichsmechanismen etabliert, die regionale Krisen und Unterschiede kompensieren und damit Gefahren für die Währungsunion entgegenwirken.¹⁷⁶ Der Währungsraum setzt damit neben einer soliden Haushaltspolitik der Mitgliedstaaten auch innerföderale Verteilungsmechanismen voraus und hat folglich eine eminent politische Dimension. Welche tiefgreifende Zäsur der Vertrag von Maastricht auch vor diesem Hintergrund für die Union bedeutet hat, ist unbewusst unterschätzt bzw. bewusst ausgeblendet worden.¹⁷⁷

Zur Bewältigung des Problems beschreitet die Europäische Union nun einen grundsätzlich anderen Weg als die USA, den man als fiskalischen Kon-

¹⁷² Europäische Kommission, Ein Konzept für eine vertiefte und echte Wirtschafts- und Währungsunion. Auftakt für eine europäische Diskussion, KOM(2012), 777 endg. v. 28. 11. 2012, S. 2.

¹⁷³ Ökonomische Analyse bei C. Fuest, Plädoyer für eine Stärkung der Kompetenzen der Europäischen Union, in: Kadelbach (Hrsg.), Die Europäische Union am Scheideweg: mehr oder weniger Europa?, 2015, S. 49/51 ff. Vgl. aus der Rechtswissenschaft etwa C. Calliess, Die Reform der Wirtschafts- und Währungsunion als Herausforderung für die Integrationsarchitektur der EU, DÖV 2013, S. 785/790 ff.; M. Nettesheim, Der Umbau der europäischen Währungsunion: Politische Aktion und rechtliche Grenzen, in: Kadelbach (Hrsg.), Nach der Finanzkrise, 2012, S. 31 ff. Aus politikwissenschaftlicher Perspektive schließlich J. Habermas, Im Sog der Technokratie, 2013, S. 82 ff., 132 ff.

¹⁷⁴ R. Mundall, A Theory of Optimum Currency Areas, The American Economic Review 51/4 (1961), 657 ff. Mundall hat für diese Erkenntnis allerdings erst 1999 den Nobelpreis erhalten.

¹⁷⁵ B. Diekmann/C. Menzel/T. Thomae, Konvergenzen und Divergenzen im „Währungsraum USA“ im Vergleich zur Eurozone, Wirtschaftsdienst 2012, 27 ff.

¹⁷⁶ Vgl. bereits oben C.

¹⁷⁷ Nettesheim, Der Umbau der europäischen Währungsunion (Fn. 173), S. 47 ff.

trollföderalismus bezeichnen kann. Da der Union weitgehend die rechtlichen Kompetenzen und dementsprechend auch die fiskalpolitischen Instrumente fehlen, die Krise durch eine eigene, zunächst akute Hilfs- und sodann planvoll-gestaltende Konsolidierungspolitik zu überwinden,¹⁷⁸ bleiben die Mitgliedstaaten die fiskalpolitischen Hauptakteure, dies aber unter der Exekutiv-aufsicht von Kommission und Rat. Dieser Kontrollföderalismus hat problematische Implikationen für die verfassungsrechtliche Gesamtarchitektur der Union:

Die Schwäche des Unionsrechts kommt erstens in der intergouvernementalen Form der akuten Krisenbewältigungspolitik zum Ausdruck. Die ersten Sofortmaßnahmen zur Stabilisierung der Währungsunion, der von den Mitgliedstaaten der Euro-Gruppe geschlossene Europäische Stabilitätsmechanismus (ESM) und der Europäische Fiskalpakt (ohne Großbritannien, Kroatien und Tschechien), sind nicht als Unionsrecht in dem in den Art. 289, 290 AEUV vorgesehenen Verfahren, sondern als intergouvernementale Vereinbarungen unter den Mitgliedstaaten zustande gekommen,¹⁷⁹ weil es teils an den erforderlichen Kompetenzen, teils aber auch an der fehlenden politischen Einigkeit fehlte oder möglicherweise auch aus dem Wunsch heraus, das Europäische Parlament und die Kommission außen vor zu lassen. Diese (missverständlich Unionsmethode genannte) Strategie ist bezeichnend: Obwohl es im Kern um ein fundamentales Problem der Union (und nicht nur der Wirtschafts- und Währungsunion) geht, gibt es keinen unionsrechtlichen Rechtsrahmen für seine Bewältigung. Es entsteht der fatale Eindruck, dass das Unionsverfassungsrecht keinen für die Lösung der Probleme der Union adäquaten Rechtsrahmen bereithält. Diese Ausweichstrategie stärkt die Regierungen der Mitgliedstaaten als die jeweils vertragsschließenden Parteien¹⁸⁰ und schwächt namentlich das Europäische Parlament als politischen „Stakeholder“ des Integrationsprozesses.¹⁸¹

Zweitens ist auch der Ausbau des (ökonomisch wie politisch hochumstrittenen) haushalts- und wirtschaftspolitischen Stabilitätsregimes unter dem As-

¹⁷⁸ Dazu noch nachfolgend 2.

¹⁷⁹ Zum Problem etwa *Hinarejos* (Fn. 171), S. 1627 ff.; *S. Peers*, Towards a New Form of EU Law? The Use of EU Institutions outside the EU Legal Framework, *European Constitutional Law Review* 9 (2013), 37/40 ff.; *R. Uerpmann-Witzack*, Völkerrecht als Ausweichordnung – am Beispiel der Euro-Rettung, *EuR Beiheft* 2/2013, 49 ff.

¹⁸⁰ Hier steht vor allem der gewachsene Einfluss Deutschlands im kritischen Fokus: *Scicluna* (Fn. 19), S. 553: „German-dominated intergouvenalism“.

¹⁸¹ *Chitil/Teixeira* (Fn. 19), S. 704 ff.; *S. Kadelbach*, Lehren aus der Finanzkrise – ein Vorschlag zur Reform der Politischen Institutionen der Europäischen Union, *EuR* 2013, 489/495 f.; *D. Thym*, Flexible Integration: Garant oder Gefahr für die Einheit und die Legitimation des Unionsrechts?, *EuR Beiheft* 2/2013, 23/43 f.; *Uerpmann-Witzack* (Fn. 179), S. 53 ff.

pekt demokratischer Legitimation nicht unproblematisch.¹⁸² Die einschlägigen Rechtsakte – das für alle Mitgliedstaaten geltende sog. Six-Pack (bestehend aus fünf Verordnungen und einer Richtlinie) sowie das nur für die Euro-Staaten geltende, zwei Verordnungen umfassende Two-Pack¹⁸³ – sind zwar auf dem regulären unionsrechtlichen Weg zustande gekommen. Sie etablieren aber, aufbauend auf dem gescheiterten Wachstums- und Beschäftigungspakt,¹⁸⁴ in Ermangelung eigener fiskalpolitischer Kompetenzen keine eigenständige Einnahmen- und Ausgabenpolitik der Union, sondern regulieren und kontrollieren die Fiskalpolitik der Mitgliedstaaten. Im Rahmen des sog. Europäischen Semesters werden Kommission, Europäischer Rat und der Rat frühzeitig und im Rahmen eines festen Ablaufplans in die Aufstellung der Haushaltspläne der Mitgliedstaaten einbezogen. Die Mitgliedstaaten der Euro-Gruppe müssen ihre Haushaltsentwürfe bereits an die Kommission übersenden, bevor diese von den nationalen Parlamenten diskutiert und beschlossen worden sind.¹⁸⁵ Dieses Überwachungsverfahren ermöglicht es, länderspezifische makroökonomische Ungleichgewichte zu erkennen, entsprechende Gegenmaßnahmen vorzuschlagen und bei übermäßigen Ungleichgewichten die notwendigen Korrekturmaßnahmen zu überwachen.¹⁸⁶ Fachliche Grundlage dieses Überwachungsmechanismus ist ein sog. Scoreboard, das aus insgesamt elf makroökonomischen und makrofinanziellen Indikatoren bestehen soll (Art. 4 Abs. 2 VO[EU] 1176/2011), die von der Kommission beschlossen und mindestens einmal jährlich aktualisiert werden (Art. 4 Abs. 6–8 VO[EU] 1176/2011). Die Steuerung der mitgliedstaatlichen Haushaltspolitik hat etwa auch Auswirkungen auf die sozialpolitischen Handlungsmöglichkeiten der Mitgliedstaaten. Schon jetzt zählt die Arbeitslosigkeit zu den wichtigsten Indikatoren. Die Kommission strebt an, das Scoreboard durch verfeinerte beschäftigungspolitische Schlüsselindikatoren zu ergänzen.¹⁸⁷ Dadurch werden die diesbezüglichen sozialpolitischen Maßnahmen der Mitgliedstaaten auch zum Gegenstand des Korrekturverfahrens bei einem festgestellten übermäßigen Ungleichgewicht. Der betroffene Mitgliedstaat

¹⁸² Vgl. zum Folgenden bereits *T. Kingreen*, Abgehängt! Die europäische Sozialpolitik nach der Währungskrise, in: Kadelbach (Hrsg.), *Die Europäische Union am Scheideweg: mehr oder weniger Europa?*, 2015, S. 73/81 ff.

¹⁸³ Dazu näher *W. Cremer*, Auf dem Weg zu einer Europäischen Wirtschaftsregierung?, *EuR* 2016, 256/267 ff.

¹⁸⁴ Vgl. zur Entwicklung etwa *Oppermann/Classen/Nettesheim* (Fn. 169), § 18 Rn. 20 ff.

¹⁸⁵ S. Art. 4, 6 VO(EU) 473/2013.

¹⁸⁶ Vgl. dazu insbesondere die VO(EG) 1176/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 16. 11. 2011 über die Vermeidung und Korrektur makroökonomischer Ungleichgewichte.

¹⁸⁷ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat. Stärkung der sozialen Dimension der Wirtschafts- und Währungsunion, KOM(2013), 690 endg. v. 2. 10. 2013, S. 5 ff.

muss nach Art. 8 VO(EU) 1176/2011 einen Korrekturmaßnahmeplan aufstellen, der vom Rat bewertet und von der Kommission überwacht wird. Damit werden Rat und Kommission in die Lage versetzt, die Sozialpolitik eines Mitgliedstaats, bei dem ein Ungleichgewicht festgestellt wurde, nicht unerheblich zu steuern. Ob sie dies tatsächlich tun werden, hängt natürlich von der Art und Weise ab, wie sie diese Kompetenzen wahrnehmen. Die Möglichkeit der Einflussnahme ist aber jedenfalls gegeben, und diese wird in dem Maße zunehmen, in dem andere sozialpolitische Indikatoren wie etwa die Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems sowie der Alterssicherungssysteme einbezogen werden, was angesichts ihrer volkswirtschaftlichen Relevanz naheliegt. Das ist deshalb besonders bemerkenswert, weil die Festlegung und Überwachung der Indikatoren weitgehend der Exekutive obliegt; das Parlament wird allenfalls unterrichtet (Art. 6 Abs. 2 und 7 Abs. 1 VO(EU) 1176/2011) oder, wie bei der Bewertung des Korrekturmaßnahmeplans, gar nicht beteiligt.

Noch weitergehende Beeinträchtigungen ihrer fiskalpolitischen Souveränität müssen Mitgliedstaaten hinnehmen, die Empfänger von Finanzhilfen aus dem ESM sind. Diese müssen mit der Troika sog. „Memoranda of Understanding“ vereinbaren, in denen Finanzhilfen mit konkret bezeichneten Auflagen verknüpft werden. Im Bereich der Sozialpolitik verpflichten sie etwa Griechenland und zum Teil auch Zypern zur Streichung von Familientransfer- und anderen Sozialleistungen, im Gesundheitswesen zur Reduzierung der Ärzte, zur Einschränkung der Kostenfreiheit bei medizinischen Behandlungen und zur Erhöhung der Zuzahlungen für Krankenhausbesuche und Medikamente, ferner zum Teil massive Kürzungen von Renten und Pensionen.¹⁸⁸ Hier kulminieren die beiden Desiderata der exekutivlastigen Krisenbewältigungspolitik: Rechtsgrundlage der „Memoranda of Understanding“ ist nicht etwa parlamentsgesetzlich zustande gekommenes Unionsrecht, sondern Art. 13 Abs. 3 des ESM-Vertrages, also ein Rechtsakt intergouvernementaler Krisenbewältigung. In inhaltlicher Hinsicht behalten die betroffenen Mitgliedstaaten zwar formal die Zuständigkeit für die Verabschiedung ihrer Haushalte, ihnen werden aber die dafür wesentlichen Entscheidungen weitgehend abgenommen.

Dieser exekutive, teils intergouvernemental fundierte Kontrollföderalismus in der Fiskalpolitik unterscheidet sich konzeptionell grundlegend vom US-amerikanischen Fiskalföderalismus. In den USA verfügt der Bund sowohl über eine Einnahmen-, also insbesondere Steuererhebungscompetenz, als

¹⁸⁸ Vgl. dazu jeweils mit Nachweisen auf die Memoranda näher A. Fischer-Lescano, Austeritätspolitik und Menschenrechte. Rechtspflichten der Unionsorgane beim Abschluss von Memoranda of Understanding, Rechtsgutachten im Auftrag der Kammer für Arbeiter/innen und Angestellte für Wien, November 2013, S. 26 ff.

auch über eine Ausgabenkompetenz. Diese nutzt er insbesondere für die Federal Grants, die auch die Funktion eines föderalen Finanzausgleichs haben.¹⁸⁹ In der Europäischen Union gibt es zwar über die Strukturfonds ebenfalls Ansätze für einen innerföderalen Ausgleich; diese sind aber sektoral begrenzt und programmbezogen und werden zudem nicht aus von der Union erhobenen Abgaben finanziert, sondern aus den von den Mitgliedstaaten bereitgestellten Mitteln im Haushalt der Union.¹⁹⁰

Das wesentliche Problem des exekutiven Kontrollföderalismus besteht in seiner rechtlichen Durchsetzbarkeit. Nachdem schon die Regeln des Stabilitäts- und Wachstumspaktes politisch nicht eingehalten und deren Verletzung auch nicht rechtlich sanktioniert worden ist, wirft das komplexe neue Überwachungssystem die Frage auf, warum dies zukünftig anders sein soll. Jedenfalls kann man staatliche Haushalte, die Ausdruck grundlegender nationaler Politikgestaltung sind, nicht in gleicher Weise einer engmaschigen Rechts- und Fachaufsicht unterwerfen wie etwa die Haushalte von Körperschaften mit begrenzten Zuständigkeiten.¹⁹¹ Gegen den politischen Willen insbesondere großer Mitgliedstaaten wird sich dieser Mechanismus kaum durchsetzen lassen. Problematisch ist zudem die rechtliche Durchsetzbarkeit. Unter Hinweis auf Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG meint jedenfalls das deutsche Bundesverfassungsgericht, dass die Abgeordneten des Deutschen Bundestages „auch in einem System intergouvernementalen Regierens die Kontrolle über grundlegende haushaltspolitische Entscheidungen“ behalten müsse.¹⁹² Detaillierte exekutive Vorgaben über einzelne Haushaltstitel wie sie namentlich die ESM-Empfängerstaaten akzeptieren müssen, dürften mit dieser verfassungsrechtlich notwendigen Haushaltsautonomie kaum vereinbar sein.

Im fiskalischen Kontrollföderalismus erhalten sich die Mitgliedstaaten also zwar zumindest den Schein der fiskalpolitischen Souveränität. Je nach Ausgestaltung und Durchsetzung ist ihr tatsächlicher Gestaltungsspielraum aber wesentlich geringer als derjenige etwa der Einzelstaaten in den USA, die zwar am Goldenen Zügel der Bundesfinanzhilfen hängen, aber ihre Haushalte ohne Eingriffe oder Kontrolle des Bundes aufstellen. Kein Einzelstaat in den USA würde sich derart weitreichende Eingriffe in seine Haushaltsautonomie gefallen lassen wie sie nunmehr im neuen Stabilisierungsregime vorgesehen sind. Der Kontrollföderalismus führt damit in ein Dilemma, das letztlich darauf zurückzuführen ist, dass es keine getrennte Haushaltswirtschaft von Union und Mitgliedstaaten gibt: Entweder wird das neue Kontrollregime auf Kosten der parlamentarischen Haushaltsautonomie konsequent politisch

¹⁸⁹ S. oben II.

¹⁹⁰ Dazu unten III. 2. a).

¹⁹¹ Mit Recht skeptisch auch *Oppermann/Classen/Nettesheim* (Fn. 169), § 18 Rn. 32.

¹⁹² BVerfGE 129, 124/178.

und rechtlich implementiert oder es nimmt auf Kosten der Stabilität der Währungsunion Rücksicht auf das parlamentarische Haushaltsrecht und/oder auf politische Befindlichkeiten der Mitgliedstaaten. Der fiskalische Kontrollföderalismus mag daher in einer Phase zunehmenden mitgliedstaatlichen Souveränitätsstrebens und politischer Befürchtungen rechtspopulistischer Europhobie opportunn erscheinen, denn er kommt schleichender daher als ein echter Fiskalföderalismus. Eine langfristige Perspektive bietet diese Undercover-Version des Fiskalföderalismus indes nicht.¹⁹³

2. Perspektiven einer Fiskalunion für die Eurozone

Die Alternative zu dem die Europäische Union derzeit prägenden fiskalischen Kontrollföderalismus bildet ein Fiskalföderalismus mit zentralen Steuererhebungs- und innerföderalen Transferkompetenzen nach dem Vorbild der USA.

Diese Diskussion wird seit einigen Jahren mit steigender Intensität geführt. Sie konzentriert sich allerdings, weil eine unionsweite Lösung politisch unrealistisch ist, auf die Mitgliedstaaten der Eurozone. Bereits 2012 sah die Kommission die „Zusammenführung von Hoheitsrechten und damit Verantwortung sowie Solidaritätsbefugnissen auf europäischer Ebene“ sowie „die Schaffung eines autonomen Haushalts des Euro-Währungsgebiets [...], der eine Fiskalkapazität für die WWU schafft, die so die Mitgliedstaaten bei der Bewältigung von Krisen unterstützen kann“, als ein immerhin langfristig (= mehr als 5 Jahre) zu verwirklichendes Ziel an.¹⁹⁴ Der „Bericht der fünf Präsidenten“ (2015) bezeichnet „die Einsicht, dass die Fiskalpolitik in einer Währungsunion von entscheidendem gemeinsamen Interesse ist“, als „eine der wichtigsten Lehren, die aus der Krise gezogen wurde“ und betont, dass alle „reifen Währungsunionen“ über eine makroökonomische Steuerungsfunktion verfügten, „um besser auf Schocks reagieren zu können, die sich auf rein nationaler Ebene nicht bewältigen lassen“.¹⁹⁵ In engem Zusammenhang mit diesen fiskalpolitischen Vorschlägen steht die von der Kommission ebenfalls propagierte soziale Dimension der Wirtschafts- und Währungsunion.¹⁹⁶

¹⁹³ Berechtigte Kritik etwa bei *Hinarejos* (Fn. 171), S. 1638 ff.; vgl. ferner *J. Borell*, *Is a Federal Europe possible?*, v. 22. 2. 2015, <http://www.thenewfederalist.eu/7151>.

¹⁹⁴ Europäische Kommission, *Ein Konzept für eine echte Wirtschafts- und Währungsunion*, KOM(2012), 777/2 endg.) v. 30. 11. 2012, S. 15.

¹⁹⁵ Bericht der fünf Präsidenten v. 22. 6. 2015, https://ec.europa.eu/priorities/sites/beta-political/files/5-presidents-report_de_0.pdf.

¹⁹⁶ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat, *Stärkung der sozialen Dimension der Wirtschafts- und Währungsunion*, KOM(2013), 690 endg. v. 2. 10. 2013. – Diesen Ansatz greift die Kommission jetzt speziell für die Eurozone unter dem Label „Europäische Säule sozialer Rechte“ auf, s. <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?langId=de&catId=750&newsId=2444&furtherNews=ye>.

Der Kommission schwebt u. a. die Einrichtung eines Fonds vor, aus dem Bundesmittel für den Fall fließen, dass die Arbeitslosigkeit in einem Mitgliedstaat eine bestimmte Dimension erreicht hat. Es würde sich also um eine Art Rückversicherung der Union handeln, die einen Teil der Kosten der mitgliedstaatlichen Arbeitslosenversicherung begleicht.¹⁹⁷ Die Kommission meint aber, dass die Finanzierung eines solchen Fonds eine eigenständige Fiskalkapazität voraussetzt.¹⁹⁸ Denkbar wäre aber auch eine Integration in den Europäischen Sozialfonds (Art. 162 AEUV).¹⁹⁹

Eine Fiskalunion unter den Mitgliedstaaten der Euro-Gruppe findet zwar als Überschrift mittlerweile durchaus politische wie wissenschaftliche Unterstützung.²⁰⁰ Allerdings gibt es bislang kaum konkrete Vorschläge. Das Vorhaben lässt sich wegen seiner grundlegenden Auswirkungen auf die Statik der gesamten Union nicht durch vertiefte Zusammenarbeit (Art. 20 EUV, Art. 326 ff. AEUV) und selbst *de lege ferenda* nicht mittels einer einfachen Kompetenzbestimmung lösen. Denn die bisherige „Governance“-Struktur der Eurozone ist insgesamt unzureichend. Sie besteht bislang im Wesentlichen aus einer einzigen Norm (Art. 136 AEUV) sowie einem knappen „Protokoll betreffend die Euro-Gruppe“ (Art. 137 AEUV). Art. 136 Abs. 1 AEUV ist dabei so konfus gefasst, dass unklar ist, ob es sich überhaupt um eine eigenständige Kompetenz- und Verfahrensnorm handelt und in welchem Verhältnis diese zu den allgemeinen Kompetenzbestimmungen der Art. 121 und 126 AEUV steht.²⁰¹ Sollte es ein eigenständiges Budget der Eurogruppe geben,

¹⁹⁷ Ob dieses Modell mit der US-amerikanischen Arbeitslosenversicherung, auf die sich die Kommission explizit bezieht (Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat. Stärkung der sozialen Dimension der Wirtschafts- und Währungsunion, KOM(2013), 690 endg. v. 2. 10. 2013, S. 15), vergleichbar ist, ist zweifelhaft, denn die Arbeitslosenversicherung wird überwiegend durch die Arbeitgeber finanziert; vgl. zur Konzeption der während des New Deal geschaffenen US-amerikanischen Arbeitslosenversicherung näher *B. Grell/C. Lammert*, Sozialpolitik in den USA, 2013, S. 113 ff.

¹⁹⁸ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat. Stärkung der sozialen Dimension der Wirtschafts- und Währungsunion, KOM(2013), 690 endg. v. 2. 10. 2013, S. 14 f.; vgl. vergleichsweise früh bereits *S. Dullien*, Eine Arbeitslosenversicherung für die Eurozone, Stiftung Wissenschaft und Politik, 2008.

¹⁹⁹ Dazu näher unten III. 2. a).

²⁰⁰ Nur beispielhaft: *A. Bénassy-Quéré/X. Ragot/G. B. Wolff*, Which Fiscal Union for the Euro Area, Bruegel Policy Contribution Februar 2016; *E. Rubio*, Federalising the Eurozone: Towards a True European Budget?, Istituto Affari Internazionali Working Paper Dezember 2015; aus der Politik: *E. Macron/S. Gabriel*, Europe cannot wait any longer: France and Germany must drive ahead, *The Guardian* v. 3. 6. 2015 sowie *J. M. Ayrault/F.-W. Steinmeier*, A strong Europe in a world of uncertainties, http://www.auswaertiges-amt.de/DE/Europa/Aktuell/160624-BM-AM-FRA_ST.html, v. 24. 6. 2016; allgemein zur politischen Stimmungslage *F. Simon*, Maystadt: Consensus Quietly Growing for Eurozone Budget, *EuR Activ* v. 18. 3. 2016.

²⁰¹ Vgl. zum Problem nur die diametral gegensätzlichen Auffassungen von *U. Palm*, in: *E. Grabitz/M. Hilf/M. Nettesheim* (Begr./Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union*,

müsste aber gerade das Verhältnis zum allgemeinen Unionrecht und insbesondere zum ohne eigenständige Fiskalkompetenz ausgestatteten allgemeinen Unionshaushalt geklärt werden. Daher betont die Kommission zu Recht die grundlegenden institutionellen Implikationen einer solchen Fiskalunion.²⁰²

III. Safeguards of Federalism

Die Ergänzung der Währungs- durch eine Fiskalunion würde, wie die Diskussion um eine die mitgliedstaatlichen Sicherungssysteme ergänzende Arbeitslosenversicherung zeigt, den Einfluss der Union (oder jedenfalls der Eurogruppe) auch auf verteilungspolitisch relevante Bereiche wie die Sozialpolitik erhöhen. Es ist zwar fraglich und jedenfalls von der jeweils konkreten Ausgestaltung abhängig, ob eine Fiskalunion die Handlungsspielräume der Mitgliedstaaten tatsächlich stärker beschneiden würde als der derzeit beschrittene Weg des fiskalischen Kontrollföderalismus.²⁰³ Jedenfalls gibt es aber einen, für die Entwicklung des Föderalismus nicht untypischen Trend zur Zentralisierung von Entscheidungszuständigkeiten, der die Frage aufwirft, wie unter diesen Bedingungen die dezentrale Komponente des Föderalismus geschützt werden kann. Beide Fiskalmechanismen berühren mitgliedstaatliche Entscheidungen, die nach Meinung des Bundesverfassungsgerichts „sensibel für die demokratische Selbstgestaltungsfähigkeit eines Verfassungsstaates“²⁰⁴ sind. Das Bundesverfassungsgericht behauptet eine „das Demokratieprinzip und das Wahlrecht zum Deutschen Bundestag in seinem substantiellen Bestimmungsgehalt verletzende Übertragung des Budgetrechts des Bundestages [...], wenn die Festlegung über Art und Höhe der den Bürger treffenden Abgaben in wesentlichem Umfang supranationalisiert würde“ und meint zudem, „die sozialpolitisch wesentlichen Entscheidungen“ müssten „in eigener Verantwortung der deutschen Gesetzgebungsorgane getroffen werden“.²⁰⁵ Über diese etwas gegriffene, verfassungsnormativ wenig fundierte Nationalstaatsaufgabenlehre lässt sich trefflich streiten.²⁰⁶ Sie basiert auf dem

Art. 136 AEUV [2014] Rn. 21 ff. einerseits und *B. Smulders/J.-P. Keppenne*, in: v. d. Groeben/Schwarze/Hatje (Begr./Hrsg.), *Europäisches Unionsrecht. Kommentar*, 7. Aufl. 2015, Art. 136 AEUV Rn. 3 ff. andererseits.

²⁰² Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat. Stärkung der sozialen Dimension der Wirtschafts- und Währungsunion, KOM(2013), 690 endg. v. 2. 10. 2013, S. 15.

²⁰³ S. vorstehend II.2.

²⁰⁴ BVerfGE 123, 267/359.

²⁰⁵ BVerfGE 123, 267/361, 362 f.

²⁰⁶ Kritisch A. von Bogdandy, *Prinzipien der Rechtsfortbildung im europäischen Rechtsraum*, NJW 2010, 1/3; C. Calliess, *Das Ringen des Zweiten Senats mit der Europäischen Union: Über das Ziel hinausgeschossen*, ZEuS 2009, 559/569 ff.; D. Halberstam/C. Möllers, *The German Constitutional Court says „Ja zu Deutschland!“*, GLJ 2009, 1241/1249 ff.; M. Nettesheim, *Die Integrationsverantwortung –*

traditionellen Souveränitätsdogma, das die Eigenständigkeit der Einzelstaaten nur gewahrt sieht, wenn ihnen bestimmte Handlungsbereiche exklusiv vorbehalten bleiben. Wie schwierig es aber ist, das dezentrale Element des föderalen Prinzips durch Ausgrenzung einzelner souveränitätssensibler Entscheidungszuständigkeiten aus dem unionalen Kompetenzbereich zu bewahren, zeigen die jeweiligen, nur schwer operationalisierbaren Einschränkungen, es müsse sich um „wesentliche“ Entscheidungen handeln. Selbstverständlich setzt der Föderalismus Einzelstaaten mit substantiellen Entscheidungsbefugnissen voraus. Insbesondere in Deutschland scheint aber vor dem Hintergrund einer immer weiter ausgreifenden Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts die Vorstellung vorzuherrschen, die notwendige mitgliedstaatliche „Selbstgestaltungsfähigkeit“ könne nur durch die Setzung von absoluten rechtlichen Grenzen der Integration gewahrt werden. Für mitgliedstaatliche Entscheidungsbefugnisse kommt es indes vor allem darauf an, wie im föderalen Alltag der unionalen Rechtsetzung die rechtlichen und politischen Schutzmechanismen des Föderalismus ausgestaltet sind, wie also Verfassungsgerichte rechtlich die Kompetenzausübung kontrollieren („Legal Safeguards of Federalism“, dazu 1.) und wie die Mitgliedstaaten politisch in den Prozess der zentralen Rechtsetzung und -anwendung einbezogen werden („Political Safeguards of Federalism“, s. 2.).

1. Legal Safeguards: Verfassungsgerichtliche Kompetenzkontrolle

Die verfassungsgerichtliche Kompetenzkontrolle steht im Spannungsverhältnis von Rigidität und Flexibilität:²⁰⁷ Auf der einen Seite bedarf es eindeutiger Abgrenzungen, um deutlich zu machen, dass rechtliche Kompetenzen demokratische Zurechnung von Verantwortung²⁰⁸ ermöglichen und daher nicht politisch disponibel sind. Auf der anderen Seite muss das Abgrenzungsprogramm die notwendige Zukunftsoffenheit bewahren,²⁰⁹ den

Vorgaben des BVerfG und gesetzgeberische Umsetzung, NJW 2010, 177/181; C. Schönberger, Lisbon in Karlsruhe, Maastricht's Epigones at sea, GLJ 10 (2009), 1201 ff.; J. P. Terhechte, Souveränität, Dynamik und Integration – making up the rules as we go along?, EuZW 2009, 724/725 ff.; positive Rezeption: D. Grimm, Das Grundgesetz als Riegel vor einer Verstaatlichung der Europäischen Union, Der Staat 48 (2009), S. 475/486 ff.; K. F. Gärditz/C. Hillgruber, Volkssouveränität und Demokratie erst genommen – Zum Lissabon-Urteil des BVerfG, JZ 2009, 872 ff. und F. Schorkopf, Die Europäische Union im Lot, EuZW 2009, 718 ff.

²⁰⁷ Fehling (Fn. 144), S. 42 ff., 50 ff.

²⁰⁸ Diese Funktion der Kompetenzordnung betonen der Supreme Court und das Bundesverfassungsgericht unisono: U.S. New York v. United States, 505 U.S. 144, 168 (1992) und BVerfGE 123, 267/357.

²⁰⁹ S. nochmals 17 U.S. (4 Wheat.), 316, 407 (1819): „This provision is made in a Constitution intended to endure for ages to come, and consequently to be adapted to the various crises of human affairs.“

politischen Prozessen gerade in Umbruchsituationen hinreichenden Raum lassen und insoweit auch auf den politischen Schutz des Föderalismus vertrauen. Für das Verfassungsrecht und die Verfassungsgerichtsbarkeit, die den mit der krisenbedingten Kurzatmigkeit der Politik in einem gewissen Spannungsverhältnis stehenden Anspruch erheben, rechtlich voraussehbare und dogmatisch nachhaltige Kriterien für föderale Abgrenzungen zu entwickeln, sind also krisenhafte Umbrüche stets auch ein Test, ob das föderale Abgrenzungsprogramm zugleich hinreichend rigide und flexibel ist. Es geht um das Verhältnis zur Politik, um die horizontale Gewaltenteilung bei der Beurteilung der vertikalen Gewaltenteilung.

a) Föderalismus als Rechtsfrage

Die Entwicklung der Rechtsprechung des U.S. Supreme Court zur Abgrenzung der Zuständigkeiten zwischen Bund und Einzelstaaten²¹⁰ lässt sich auf den ersten Blick als eine Geschichte zunehmender Verrechtlichung erzählen. Bedeutende politische Streitfragen und Zäsuren sind durch föderalistische Umformulierung zu Rechtsfragen geworden, der Supreme Court ist dadurch nicht nur zum rechtlichen Agenten des Föderalismus, sondern auch zu einem bedeutsamer Akteur der politischen Auseinandersetzung aufgestiegen. Zugleich waren politische Zäsuren immer auch Anlass zu einer hermeneutischen Neujustierung der rechtlichen Maßstäbe; dass die Kontroversen über diese Maßstäbe oftmals entlang der politischen Parteilinien verlaufen, verstärkt den Eindruck einer zunehmenden Politisierung bei der Interpretation von Kompetenznormen.²¹¹

Das ist keine ganz neue Erkenntnis und erklärt, dass es ungeachtet dieses Verrechtlichungstrends immer wieder Anläufe gegeben hat, die die Relevanz des Verfassungsrechts für den Schutz des Föderalismus generell in Frage gestellt und stattdessen auf den politischen Prozess gesetzt haben. 1942, am Ende der Ära der großen New-Deal-Entscheidungen, hatte der U.S. Supreme Court erstmals die Ansicht vertreten, der Schutz der einzelstaatlichen Kompetenzen sei eine Frage des politischen und nicht des rechtlichen Prozesses.²¹² In einem berühmt gewordenen Aufsatz hat *Herbert Wechsler* den Rückzug aus der rechtlichen Kontrolle des Föderalismus damit begründet, dass die Einzelstaaten durch ihren politischen Einfluss in beiden Häusern des Kongresses hinreichend vor dem Verlust von Kompetenzen geschützt seien.²¹³ Der Su-

²¹⁰ Vgl. näher oben D.

²¹¹ Paradigma: U.S. National Federation of Independent Business v. Sebelius, 131 S. Ct. 2566 (2012), s. dazu D.II.

²¹² U.S. Wickard v. Filburn 317 U.S. 111, 120 (1942).

²¹³ H. Wechsler, The Political Safeguards of Federalism: The Role of the States in the Composition and Selection of the National Government, Columbia Law Review

preme Court hat diesen Gedanken 1985 in der Entscheidung *Garcia* nochmals, wenn auch nur noch mit einer 5 – 4-Mehrheit aufgegriffen:

“The States’ continued role in the federal system is primarily guaranteed not by any externally imposed limits on the commerce power, but by the structure of the Federal Government itself. In these cases, the political process effectively protected that role.”²¹⁴ [...] “The fundamental limitation that the constitutional scheme imposes on the Commerce Clause to protect the ‘States as States’ is one of process, rather than one of result. Any substantive restraint on the exercise of Commerce Clause powers must find its justification in the procedural nature of this basic limitation, and it must be tailored to compensate for possible failings in the national political process, rather than to dictate a ‘sacred province of state autonomy’.”²¹⁵

Schon die vier dissentierenden Richter im Supreme Court haben dem seinerzeit entgegengehalten, die Zuständigkeit der Einzelstaaten sei „a matter of constitutional law, not legislative grace“²¹⁶. Die einschlägigen Rechtsnormen der Verfassung hätten ja gerade die Funktion, bestimmte Sachfragen dem politischen Prozess zu entziehen; sie fielen daher in die verfassungsgerichtliche Beurteilungszuständigkeit.²¹⁷ Ohnehin steht die Entscheidung *Garcia* schon an der Schwelle zum „New Federalism“²¹⁸; der Supreme Court hat sie daher später auch nicht mehr aufgegriffen. Sie bleibt aber von erheblicher Bedeutung auch für die aktuelle wissenschaftliche Diskussion über die „Political Safeguards of Federalism“²¹⁹, weil sie das Potenzial des politischen Prozesses für den föderalen Schutz der Einzelstaaten deutlich macht.

b) Maßstäbe der gerichtlichen Kompetenzkontrolle

Die Rolle von Verfassungsgerichten als „Legal Safeguards of Federalism“ hängt maßgeblich von der Methode der rechtlichen Kompetenzabgrenzung ab. Richtschnur sind die jeweiligen Kompetenzkataloge, in den USA also vor allem Art. 1 Sec. 8 der Verfassung und in der Europäischen Union die Art. 2 ff.

54 (1954), 543/552 ff. Daran anschließend später etwa *L. Kramer*, Putting the Politics back into the Political Safeguards of Federalism, Columbia Law Review 100 (2000), 215/278 ff., der allerdings vor allem die politischen Parteien, die einzelstaatliche Verwaltung und die intergouvernementalen „Fachbruderschaften“ als wichtigste „safeguards of federalism“ ansieht.

²¹⁴ U. S. *Garcia v. San Antonio Metropolitan Transit Authority*, 469 U. S. 528, 528 f. (1985).

²¹⁵ U. S. *Garcia v. San Antonio Metropolitan Transit Authority*, 469 U. S. 528, 554 (1985).

²¹⁶ U. S. *Garcia v. San Antonio Metropolitan Transit Authority*, 469 U. S. 528, 567, 576 (1985).

²¹⁷ *C. L. Tebben*, Is Federalism a Political Question? An Application of the Marshallian Framework to *Garcia*, Publius 20 (1990), 113 ff.

²¹⁸ S. oben D. II.

²¹⁹ Dazu unten 2.

AEUV in Verbindung mit den jeweiligen Kompetenznormen der Politikbereiche (für die Sozialpolitik etwa Art. 153 AEUV). Der erste Zugriff für die verfassungsgerichtliche Kontrolle ist daher jeweils die Kompetenz*verteilung* in den einzelnen Kompetenztiteln. Jedes mit den föderalen Kontrollkompetenzen ausgestattete Verfassungsgericht ist aber mit dem Problem konfrontiert, dass Gesetze regelmäßig mehrere in den Kompetenztiteln aufgeführte Gegenstände tangieren. Hier dokumentiert beispielhaft die Rechtsprechung des U.S. Supreme Court die Schwierigkeit, politischer Verflechtung mit rechtlich getrennten Kompetenzsphären zu begegnen. In immer wieder neuen Anläufen hat er versucht, die Kompetenzsphären von Bund und Einzelstaaten mit immer wieder neuen Modellen voneinander abzugrenzen, ist aber an diesem dualen Abgrenzungskonzept letztlich gescheitert. Bezeichnend ist insoweit die Rechtsprechung zur Tax Power, die dem Bund über die Implementierung einer Steuer letztlich eine Querschnittskompetenz zuschreibt und ihn dann auch zur Regelung von Sachbereichen ermächtigt, für die er – auf der Grundlage des dualen, sektoral denkenden Kompetenzverständnisses – an sich nicht zuständig wäre.²²⁰ Wesentlich effektiver und überzeugender ist demgegenüber seine Rechtsprechung, die die Einzelstaaten vor einer unverhältnismäßigen Kompetenz*ausübung* durch Bundesfinanzhilfen („coercive federalism“) schützt.²²¹ Sie legt das Modell eines kooperativen Föderalismus zugrunde. Danach bleiben zwar die Kompetenztitel Ausgangspunkt der Prüfung; da sich Maßnahmen aber regelmäßig nicht nur einem Titel zuordnen lassen und sich somit nicht feststellen lässt, ob der Bund oder die Einzelstaaten generell zuständig oder unzuständig sind, verlagert sich der Schwerpunkt der Kompetenzprüfung auf die materiellen Grenzen der Kompetenzausübung, insbesondere die Grundsätze der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit. Diese Rechtsprechung könnte auch für das fiskalpolitische Verhältnis von Union und Mitgliedstaaten fruchtbar gemacht werden; Mitgliedstaaten, die einer intensiven Steuerung ihrer Haushalte ausgesetzt werden, könnten sich dagegen unter Berufung auf diese Kompetenzausübungsschranken wehren.

Tatsächlich stoßen diese beiden Konzepte des „Dual Federalism“ und des „Cooperative Federalism“ bei der Auslegung des europäischen Unionsrechts schon jetzt aufeinander. Protagonist eines „Dual Federalism“ ist das Bundesverfassungsgericht. Nachdem es bereits in der Lissabon-Entscheidung fünf für die „demokratische Selbstgestaltungsfähigkeit eines Verfassungsstaates“²²² wesentliche und daher prinzipiell von der Zuständigkeit der Union

²²⁰ Näher, insbesondere zur Unterscheidung zwischen „Dual Federalism“ und „Cooperative Federalism“ oben D.I.2.

²²¹ Dazu näher C.II.2.

²²² BVerfGE 123, 267/359.

ausgeschlossene Kompetenzbereiche ausgemacht hatte,²²³ hat es in seinem OMT-Vorlagebeschluss versucht, eine Trennlinie zwischen der in die Zuständigkeit der Union fallenden Währungspolitik (Art. 127 ff. AEUV) auf der einen und der weitgehend den Mitgliedstaaten obliegenden Wirtschaftspolitik (Art. 120 ff. AEUV) auf der anderen Seite zu ziehen.²²⁴ Der OMT-Beschluss der Europäischen Zentralbank (EZB) sieht vor, dass Staatsanleihen ausgewählter Mitgliedstaaten in unbegrenzter Höhe aufgekauft werden können, wenn und solange diese Mitgliedstaaten zugleich an einem Reformprogramm teilnehmen. Erklärtes Ziel des bislang nicht realisierten OMT-Programms ist die Beseitigung von Störungen der geldpolitischen Transmissionsmechanismen durch eine Senkung der Zinssätze für Staatsanleihen in Mitgliedstaaten, die von der Währungs- und Finanzkrise besonders betroffen sind. Die EZB wollte damit die ihrer Ansicht nach nicht gerechtfertigten Zinsaufschläge neutralisieren, die durch unbegründeten Ängste seitens der Anleger bezüglich der Reversibilität des Euro verursacht worden seien; das OMT-Programm sei daher Bestandteil ihres währungspolitischen Mandats. Nach Meinung der Deutsche Bundesbank lassen sich Zinsaufschläge auf Staatsanleihen hingegen nicht in gerechtfertigte und irrationale Bestandteile aufspalten; sie spiegelten vielmehr die Skepsis der Marktteilnehmer wider, dass einzelne Mitgliedstaaten eine hinreichende Haushaltsdisziplin einhalten können. Der OMT-Beschluss greife in diesen markttypischen Mechanismus ein, um die Stabilität des Euro-Währungsgebietes zu gewährleisten und betreibe damit den Mitgliedstaaten vorbehaltene Wirtschaftspolitik.²²⁵ Das Bundesverfassungsgericht schließt sich dieser „überzeugenden Expertise der Bundesbank“²²⁶ an, ohne allerdings auszuführen, warum diese überzeugender ist als diejenige der EZB.²²⁷ Es unterschlägt auch, dass die unterschiedlichen Auffassungen über die Einordnung des OMT-Beschlusses nicht nur politischer Natur sind, sondern auf eine Grundsatzdebatte zwischen ökonomischen Denkschulen zurückführen, die sich um die in Art. 127 Abs. 1 S. 2 AEUV in Bezug genommene, zwischen Währungs- und Wirtschaftspolitik angesiedelte Preisstabilität rankt.²²⁸ Dass das Bundesverfassungsgericht auf diesem verminten Feld gleichwohl kurzerhand die „Irrelevanz“²²⁹ der Ausführungen der EZB behauptet, ist auch deshalb überraschend, weil es die von ihm beanspruchte

²²³ Vgl. oben vor 1.

²²⁴ BVerfGE 134, 366.

²²⁵ Diese gehört nach EuGH, Rs. C-370/12, ECLI:EU:C:2012:756, Rn. 56 – Pringle zur Wirtschaftspolitik.

²²⁶ BVerfGE 134, 366/405.

²²⁷ Kritisch F. C. Mayer, *Rebels without a cause? Zur OMT-Vorlage des Bundesverfassungsgerichts*, EuR 2014, 473/478.

²²⁸ M. Goldmann, *Adjudicating Economics?*, GLJ 2014, 265/269 ff.

²²⁹ BVerfGE 134, 366/415.

sog. Ultra-Vires-Kontrolle gemäß seiner eigenen Rechtsprechung nur bei „er-sichtlichen“ Kompetenzverstößen europäischer Organe aktiviert.²³⁰ So ent-hält der Vorlagebeschluss nicht nur die kühne Behauptung, mit den Metho-den der Rechtswissenschaft eine wirtschaftswissenschaftliche Grundsatzdis-kussion auflösen zu können, sondern er stellt sich auch in die Tradition des hermeneutischen „Dual Federalism“, der beansprucht, juristisch klare Grenz-linien zwischen den eng miteinander verflochtenen Feldern der Wirtschafts- und Währungspolitik ziehen zu können.²³¹ Tatsächlich berührt das Pro-gramm wohl beide Politikbereiche gleichermaßen,²³² was fragen lässt, ob Ver-fassungsgerichte in einer solchen Grenzlage legitimiert sind, von Rechts wegen Grenzen zu ziehen, die es aus ökonomischer und politischer Sicht in dieser Schärfe nicht gibt.

Der EuGH ist dem Bundesverfassungsgericht jedenfalls nicht gefolgt. Er setzt zwar zunächst auch bei der Kompetenzverteilung an. Allerdings nimmt er die Kontrolldichte im Vergleich mit dem Bundesverfassungsgericht deut-lich zurück: Anders als dieses geht er nicht so weit, die von der EZB ange-führten Zielsetzungen des OMT-Programms durch eine eigene Definition des Programmzwecks zu ersetzen.²³³ Zudem stellt er nicht in Abrede, dass das Programm auch die Wirtschaftspolitik berühre, betont aber, dass dies nichts an den währungspolitischen Zielsetzungen ändere.²³⁴ Damit distanziert er sich auch von der binären „Entweder-oder-Logik“, die den in den Denk-strukturen des „Dual Federalism“ verhafteten Vorlagebeschluss trägt. Der Schwerpunkt der Prüfung liegt dementsprechend nicht auf der Kompetenz-verteilung, sondern auf der Kompetenzausübung: Der EuGH prüft am Maß-stab von Art. 5 Abs 4 EUV, ob das OMT-Programm die wirtschaftspolitischen

²³⁰ BVerfGE 126, 286/304 und den ausdrücklichen Hinweis auf eben diese Ent-scheidung in BVerfGE 134, 366/382.

²³¹ Berechtigte Kritik: Sondervotum *Gerhardt*, BVerfGE 134, 366/435 f.; in diesem Sinne auch die mittlerweile herrschende Kritik im Schrifttum an dem Vorlagebeschluss, vgl. etwa *W. Heun*, Eine verfassungswidrige Verfassungsgerichtsentscheidung – der Vorlagebeschluss des BVerfG vom 14. 1. 2014, JZ 2014, 331 ff.; *R. Ismer/D. Wiesner*, Der OMT-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts. Eine dogmatische Kritik auf Grundlage juristisch-ökonomischer Analyse, DÖV 2015, 81/86 ff.; *M. Kumm*, Rebel Without a Good Cause: Karlsruhe's Misguided Attempt to Draw the CJEU into a Game of „Chicken“ and what the CJEU Might Do about it, GLJ 2014, 203/214; *M. Ludwigs*, Der Ultra-Vires-Vorbehalt des BVerfG – Judikative Kompetenzanmaßung oder legiti-mes Korrektiv?, NVwZ 2015, 537/541; *Mayer*, Zur OMT-Vorlage des Bundesverfas-sungsgerichts (Fn. 227), S. 477 ff.; *S. Simon*, „Whatever it takes“: Selbsterfüllende Pro-phetie am Rande des Unionsrechts?, EuR 2015, 107/114; *A. Thiele*, Das Mandat der EZB und die Krise des Euro, 2013, S. 57 ff.; *M. Wendel*, Exceeding Judicial Com-petence in the Name of Democracy: The German Federal Constitutional Court's OMT Reference, European Constitutional Law Review 10 (2014), 263/292 ff.

²³² *Ismer/Wiesner* (Fn. 231), S. 86 ff.

²³³ EuGH, Rs. C-62/14, ECLI:EU:C:2015:400, Rn. 46–49 – Gauweiler u. a.

²³⁴ EuGH, Rs. C-62/14, ECLI:EU:C:2015:400, Rn. 51–65 – Gauweiler u. a.

Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten unangemessen beeinträchtigt.²³⁵ Er verneint dies zwar nach ausführlicher Prüfung, zeigt damit aber seine Bereitschaft, die Entscheidungsfreiräume der Mitgliedstaaten auch dort zu schützen, wo die Union dem Grunde nach regelungsbefugt ist. Gerade vor dem Hintergrund, dass die Union mittelfristig möglicherweise weitere fiskal- und sozialpolitische Kompetenzen erhalten/wahrnehmen wird, ist das ein wichtiges Signal: Die Handlungsspielräume der Mitgliedstaaten werden angesichts der zunehmenden Interdependenzen zwischen den in Kompetenztiteln fixierten Politikbereichen weniger durch formale Ausgrenzung von Kompetenzsphären geschützt als vielmehr durch materielle Kompetenzausübungsschranken wie namentlich den Subsidiaritätsgrundsatz (Art. 5 Abs. 3 EUV) und den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (Art. 5 Abs. 4 EUV).²³⁶ Das Bundesverfassungsgericht hat dieses materielle Kompetenzschutzkonzept in seinem Endurteil schließlich, wenn auch etwas widerwillig, gebilligt.²³⁷

Der EuGH stellt in der OMT-Entscheidung wichtige Weichen. Auf der einen Seite wird deutlich, dass formale Kompetenzverteilungs- und materielle Kompetenzausübungskontrolle aufeinander aufbauen und nicht gegeneinander stehen. Deshalb ist es wichtig, dass der EuGH das OMT-Programm zunächst zwar als währungspolitisch einordnet, die wirtschaftspolitischen Implikationen aber nicht verschweigt. In solchen Gemengelagen geht es vor allem um eine realistische Einschätzung der begrenzten Leistungsfähigkeit der Verfassungsinterpretation, die sich in der Akzeptanz von Einschätzungsspielräumen niederschlägt. Es gab hier eben gute Gründe sowohl für die Zuordnung zur Währungs- als auch zur Wirtschaftspolitik. Aus eben diesem Grunde zeigt der EuGH auf der anderen Seite, dass einer Kompetenzabgrenzung auf der Ebene der Kompetenzverteilung interpretatorische Grenzen gesetzt sind; die Erfahrungen mit dem Scheitern des U.S. Supreme Court an einem allzu rigiden „Dual Federalism“ geben ihm insoweit Recht. Die Überschneidungen auf der Ebene der formellen Kompetenzverteilung sind mithin Ausgangspunkt für die materielle Verhältnismäßigkeitsprüfung, die insbesondere die Auswirkungen der Maßnahme auf die wirtschaftspolitischen Kompetenzen der Mitgliedstaaten in den Blick nehmen. Eine solche materielle Kompetenzausübungskontrolle ermöglicht weichere und damit auch genauere Abgrenzungen als das binäre „Entweder-oder“ des dualistischen Kompetenzkataloges. Der EuGH schafft es damit zugleich, der Asymmetrie der Wirtschafts- und Währungsunion,²³⁸ die ja ihrerseits Ausdruck einer dualistischen

²³⁵ EuGH, Rs. C-62/14, ECLI:EU:C:2015:400, Rn. 66–92 – Gauweiler u. a.

²³⁶ Ebenso bereits C. Tietje, *Autonomie und Bindung der Rechtsetzung in gestuften Rechtsordnungen*, VVDStRL 66 (2007), 45/71 ff.

²³⁷ BVerfG, NJW 2016, 2473/2484 ff.

²³⁸ Vgl. oben II. 1.

Aufteilung von Kompetenzbereichen ist, die praktische Schärfe zu nehmen, ohne den Anspruch einer verfassungsgerichtlichen Kontrolle aufzugeben.

Die detaillierte Verhältnismäßigkeitsprüfung des EuGH zeigt schließlich, dass es bei der Frage des adäquaten föderativen Kontrollmaßstabes nicht um „mehr“ oder „weniger“ gerichtliche Kontrolle geht. Auch die materielle Kompetenzprüfung besitzt ein erhebliches Kontrollpotenzial,²³⁹ das sich ähnlich wie bei der grundrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung nur durch Anerkennung von legislativen Entscheidungsspielräumen zähmen lässt.

2. Political Safeguards

Die Frage des adäquaten gerichtlichen Kontrollmaßstabs hängt auch davon ab, wie der Föderalismus und insbesondere sein dezentrales Element politisch geschützt werden. Prämisse der verfassungsgerichtlichen Rechtskontrolle ist ja, dass sich die Interessen der (oder einzelner) Einzelstaaten im politischen Prozess der zentralstaatlichen Rechtsetzung und -anwendung nicht hinreichend artikulieren können und daher rechtlichen Schutz benötigen. Zwischen verfassungsgerichtlicher Kompetenzkontrolle (Legal Safeguards) und politischem Kompetenzschutz (Political Safeguards) besteht daher eine Wechselwirkung, die sich anhand der Entwicklung der Rechtsprechung des Supreme Court gut nachvollziehen lässt: Einer Phase stärkerer Kompetenzkontrolle bis 1935 folgten mehrere Jahrzehnte Rechtsprechung, die zwar den Kontrollanspruch nicht aufgab, aber doch sehr weitgehend darauf vertraute, dass sich der Föderalismus im politischen Prozess verwirklichen würde; erst ab 1990 geht die Tendenz wieder dahin, den Föderalismus auch verfassungsrechtlich zu schützen, mittlerweile allerdings wieder mit zweifelhaften dualistischen Abgrenzungen auf der konservativen Seite.²⁴⁰ Vor dem Hintergrund dieser langen, wellenförmig verlaufenden Rechtsprechung wird im U.S.-Schrifttum mittlerweile verbreitet davor gewarnt, den Föderalismus als allein verfassungsrechtliche Kategorie zu begreifen und die Verfassung in das Korsett eines einzigen, allein richtigen Föderalismuskonzepts zu stecken.²⁴¹ Vielmehr müsse sich die Föderalismusforschung auch der Realität des Föderalismus auf der Ebene des einfachen Rechts stellen („intrastatutory federalism“²⁴²) und analysieren, wie vielfältig und unterschiedlich bundes- und einzelstaatliche Ak-

²³⁹ Vgl. nur die ungewöhnlich intensive Überprüfung des Betreuungsgeldes durch BVerfG, NJW 2015, 2399/2400 ff.

²⁴⁰ Vgl. zur Rechtsprechungsentwicklung oben IV. sowie vorstehend a) aa).

²⁴¹ H. K. Gerken, *Our Federalism(s)*, William and Mary Law Review 53 (2012), 1549/1551; Gluck, *Federalism from Federal Statutes* (Fn. 149), S. 1759 ff.

²⁴² A. R. Gluck, *Intrastatutory Federalism and Statutory Interpretation: State Implementation of Federal Law in Health Reform and Beyond*, Yale Law Journal 121 (2011), 534 ff.

teure bei der Rechtsetzung und -umsetzung kooperierten. Der Föderalismus wird also nicht aus den Höhen der Verfassungstheorie analysiert, sondern gewissermaßen „von unten“, d. h. aus der Realität der Politikverflechtung im einfachen Recht. Betont wird, dass sich einzelstaatliche Autonomie weniger durch formale Ausgrenzung von Politikfeldern Bahn breche als vielmehr durch die Sicherstellung von Einfluss auf den politischen Prozess der Implementierung von Bundesrecht.²⁴³ Nur exemplarisch wird dabei etwa auf die gänzlich unterschiedlichen föderalistischen Arrangements der einzelnen Bausteine²⁴⁴ des U.S.-Gesundheitssystems verwiesen, die sich historisch erklären, aber nicht auf eine Verfassungstheorie des Föderalismus reduzieren lassen.²⁴⁵ In der Europäischen Union zeigt nur beispielhaft die Sozialpolitik, dass sich auch der europäische Föderalismus nicht allein aus den Höhen der Verträge verstehen lässt, sondern auf sektorspezifische Analyse im einfachen Recht angewiesen ist (dazu aa)). Dieser einfach-rechtliche Zugriff auf den Föderalismus soll aber nicht nur die tatsächliche Verflechtung verfassungsrechtlich vermeintlich getrennter Sachbereiche offen legen („Marble-Cake Federalism“²⁴⁶). Er soll auch die Bund-Länder-Beziehungen in Bezug auf bestimmte Politikfelder analysieren und dabei zeigen, wie eigenständige Entscheidungsspielräume der Einzelstaaten im politischen Prozess der Umsetzung von Bundesrecht wirksam geschützt werden. Im Gegensatz zu der klassischen, aber als gescheitert geltenden Theorie der „Political Safeguards of Federalism“²⁴⁷ geht es dabei nicht um die einzelstaatliche Mitwirkung bei der Bundesgesetzgebung. Vielmehr wird die Rolle der Einzelstaaten bei der Implementierung von Bundesrecht durch einzelstaatliche Umsetzungsgesetzgebung und administrative Vollziehung²⁴⁸ als Garantie für föderalen Pluralismus und fachlichen Dialog zwischen Bundes- und Landesebene angesehen.²⁴⁹ Die wichtigsten Political Safeguards sind damit neben den Verwaltungen der Einzelstaaten vor allem deren Parlamente – ein für das europäische Unionsrecht anschlussfähiger Ansatz (dazu b)).

²⁴³ J. Bulman-Pozen, From Sovereignty and Process to Administration and Politics: The Afterlife of American Federalism, *The Yale Law Review* 123 (2014), 1920 (1924 ff.).

²⁴⁴ Dazu bereits D. II.

²⁴⁵ Gluck, *Federalism from Federal Statutes* (Fn. 149), S. 1765 ff.

²⁴⁶ M. Grodzins, *The American System. A New View of Government in the United States*, 1966, S. 8.

²⁴⁷ S. 1. a).

²⁴⁸ Bader (Fn. 141), S. 168; J. Bulman-Pozen, From Sovereignty and Process to Administration and Politics: The Afterlife of American Federalism, *The Yale Law Review* 123 (2014), 1920 ff.; Gerken (Fn. 241), S. 1549 ff.; Gluck, *Intrastatutory Federalism and Statutory Interpretation* (Fn. 242), S. 564 ff.; G. E. Metzger, *Administrative Law as the New Federalism*, *Duke Law Journal* 57 (2008), 2023/2047 ff.; J. D. Nugent, *Safeguarding Federalism: How States Protect Their Interests in National Policymaking*, 2009, S. 168 ff.

²⁴⁹ R. A. Shapiro, From Dualist Federalism to Interactive Federalism, *Emory Law Journal* 56 (1/2006–2007), 1/8.

a) Kooperativer Föderalismus in der Sozialpolitik

Die europäische Sozialpolitik ist zwar noch weit von der föderalen Vielfalt und Verflechtung der U.S.-Sozialpolitik entfernt. Dennoch lohnt sich eine einfach-rechtliche Skizze aus föderalistischer Perspektive. Sie zeigt nämlich erstens, dass Unionsrecht mittlerweile erhebliche Bedeutung für die Sozialpolitik hat und zweitens, dass die wichtigsten Rechtsakte der unionalen Sozialpolitik auf binnenmarkt- und nicht sozialpolitischen Kompetenzgrundlagen ergangen sind.

Gemäß Art. 4 Abs. 2 lit. b) AEUV erstreckt sich die mit den Mitgliedstaaten geteilte Zuständigkeit auf die „Sozialpolitik hinsichtlich der in diesem Vertrag genannten Aspekte“. Das verweist insbesondere auf die genuin sozialpolitische Kompetenznorm des Art. 153 Abs. 1, 2 AEUV, der nach deutschem Verständnis aber eher arbeitsrechtliche Zuständigkeiten begründet.²⁵⁰ Die wesentlichen sozialpolitischen Rechtsakte beruhen hingegen nicht auf Art. 153 AEUV, sondern auf Binnenmarktbestimmungen. Schon in einem ihrer ersten Rechtsakte hat die (damalige) Gemeinschaft die Arbeitnehmerfreizügigkeit auf der Grundlage von Art. 42 EGV (= Art. 48 AEUV) durch die sog. Wanderarbeitnehmerverordnung²⁵¹ sozialrechtlich unterfüttert. Diese enthält, vergleichbar mit dem Internationalen Privatrecht, Kollisionsregeln, die bei grenzüberschreitenden Sachverhalten zur Vermeidung von Doppelbelastungen und -begünstigungen über das anwendbare Recht entscheiden,²⁵² sowie Sachregeln, die verhindern, dass Grenzübertritt und Staatsangehörigkeit zu sozialrechtlichen Brüchen und Benachteiligungen führen, wie etwa ein Gebot der Zusammenrechnung von Versicherungszeiten und den Grundsatz des Leistungsexports. Ferner beruht etwa die Freizügigkeits-Richtlinie 2004/38/EG, die neben Aufenthaltsrechtlichen Bestimmungen in ihrem Art. 24 auch einen sozialrechtlichen Gleichbehandlungsanspruch enthält, auf nicht-sozialpolitischer Rechtsgrundlage.²⁵³ Sie ist auch deshalb hochumstritten, weil sie den Mitgliedstaaten die Befugnis nimmt, autonom über den Kreis der Sozialleistungsberechtigten zu befinden; damit wirft sie die föderale Grundsatzfrage nach der Reichweite der sozial-

²⁵⁰ Zu den diversen Rechtssetzungsakten in diesem Bereich etwa *M. Benecke*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Begr./Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Art. 153 AEUV [2014] Rn. 14 ff. und *U. Davy*, Sozialpolitik der Union, in: Niedobitek (Hrsg.), Europarecht – Politiken der Union, 2014, § 7 Rn. 68 ff.

²⁵¹ Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.4.2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, ABl EG Nr. L 166/1.

²⁵² Dazu *T. Kingreen*, Doppelbelastung und Doppelbefreiung im grenzüberschreitenden Sozialrecht, in: Becker/Schön (Hrsg.), Steuer- und Sozialstaat im europäischen Systemwettbewerb, 2005, S. 239 ff.

²⁵³ Art. 12, 18, 40, 44 und 52 EGV (= Art. 18, 21, 46, 50 und 59 AEUV).

politischen Solidarität unter den Mitgliedstaaten auf.²⁵⁴ Obwohl also die zugrunde liegenden Kompetenzen dem Antidiskriminierungs-, Freizügigkeits- und Binnenmarktrecht entstammen, decken sie auch eine gestaltende Sozialpolitik seitens der Union.

Die erhebliche Bedeutung des binnenmarktbasierten Unionsrechts für die Sozialpolitik zeigt etwa auch die Entsende-Richtlinie 96/71/EG.²⁵⁵ Sie regelt die Anwendung von arbeitsrechtlichen Bestimmungen der Mitgliedstaaten auf die Arbeitsverhältnisse von Arbeitnehmern, die von einem in einem Mitgliedstaat ansässigen Arbeitgeber zur Erbringung von Dienstleistungen in einen anderen Mitgliedstaat entsandt werden (Art. 1 RL 96/71/EG). Rechtsgrundlage waren Art. 57 Abs. 2, 66 EGV,²⁵⁶ die der Gemeinschaft Regelungskompetenzen zur Verwirklichung der Niederlassungs- und der Dienstleistungsfreiheit zuwiesen. Erst durch den Blick auf das einfache Recht wird klar, dass mit diesen binnenmarktrechtlichen Kompetenzen auch erhebliche arbeits- und sozialrechtliche Regelungsbefugnisse verbunden sind. Zwar harmonisiert die Richtlinie die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen nicht. Sie hindert also die Mitgliedstaaten nicht daran, ihre Gesetze oder die von den Sozialpartnern abgeschlossenen Tarifverträge auf sämtliche Personen anzuwenden, die – auch nur vorübergehend – in ihrem Hoheitsgebiet beschäftigt werden, selbst wenn ihr Arbeitgeber in einem anderen Mitgliedstaat ansässig ist.²⁵⁷ Die Mitgliedstaaten müssen aber dafür sorgen, dass die in ihren Rechts-/Verwaltungsvorschriften oder für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträgen geregelten Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen auch auf entsandte Arbeitnehmer angewendet werden (Art. 3 Abs. 1 RL 96/71/EG). In der EuGH-Entscheidung *Laval* zu aus Lettland nach Schweden entsandten Arbeitnehmern ging es um die Frage, ob die schwedischen Gewerkschaften berechtigt waren, die Einhaltung der Bedingungen in einem Tarifvertrag durch Streikmaßnahmen durchzusetzen, der zwar günstiger war als das schwedische Gesetzesrecht, aber nicht für allgemeinverbindlich erklärt worden war. Anders als der Generalanwalt²⁵⁸ hat der EuGH dies verneint. Nach

²⁵⁴ Vgl. mit weiteren Nachweisen T. Kingreen, In love with the single market? Die EuGH-Entscheidung Alimanovic zum Ausschluss von Unionsbürgern von sozialen Grundsicherungsleistungen, NVwZ 2015, 1503 ff.

²⁵⁵ Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, ABl. 1997, Nr. L 18 S. 1.

²⁵⁶ In der Fassung des Vertrags von Maastricht. Sie entsprechen im Wesentlichen Art. 50, 53 Abs. 1, 59 und 62 AEUV.

²⁵⁷ Vgl. in diesem Sinne bereits EuGH, Rs. C-113/89, ECLI:EU:C:1990:142, Rn. 18 (Rush Portuguesa).

²⁵⁸ GA Mengozzi, Rs. C-341/05, ECLI:EU:C:2007:291, Rn. 198 (*Laval*). Vgl. für Nachweise zum diesbezüglichen Meinungsstreit vor der *Laval*-Entscheidung E. M. Tscherner, Arbeitsbeziehungen und europäische Grundfreiheiten, 2012, S. 203, 266 ff.

Art. 3 Abs. 7 RL 96/71/EG steht zwar u. a. Art. 3 Abs. 1 RL 96/71/EG solchen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen nicht entgegen, die für die Arbeitnehmer günstiger sind. Art. 3 Abs. 7 RL 96/71/EG erlaube es dem Aufnahmemitgliedstaat aber nicht, die Erbringung einer Dienstleistung in seinem Hoheitsgebiet davon abhängig zu machen, dass Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen eingehalten werden, die über die zwingenden Bestimmungen dieses Staates hinausgehen.²⁵⁹ Für Mitgliedstaaten wie Schweden, die die Gestaltung der Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen den Sozialpartnern unter weitgehendem Ausschluss des Staates überlassen und dementsprechend das Institut der Allgemeinverbindlicherklärung nicht kennen,²⁶⁰ bedeutet das einen Bruch mit kollektivvertragsrechtlichen Tradition im Bereich des Arbeitslebens. Sie müssen staatliche Mitwirkungsakte bei der Gestaltung der Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen (entweder durch Rechtsetzung oder Allgemeinverbindlicherklärung) vorsehen, weil anders die nach Unionsrecht zulässigerweise durch kollektive Maßnahmen durchsetzbaren Minimalstandards nicht implementiert werden können. Die Entsende-Richtlinie wirkt sich damit unmittelbar auf das Arbeitsentgelt, das Koalitions- und das Streikrecht aus, obwohl genau diese Sachbereiche bei Zugrundelegung eines dualistischen Kompetenzverständnisses nach Art. 153 Abs. 5 AEUV ausdrücklich von der Zuständigkeit der Union ausgenommen sind. Entsprechendes gilt beispielsweise auch für die Patienten-Richtlinie 2011/24/EU, die trotz Art. 168 Abs. 7 AEUV auch die Inanspruchnahme von Gesundheitsleistungen im öffentlichen Gesundheitssystem regelt.²⁶¹

Zwar betrifft das Unionsrecht in den genannten Referenzfällen nur isolierte Einzelfragen, ohne aber systematisch das Sozialrecht zu beeinflussen. Auch insoweit bedeutet das neue Kontrollregime über die Haushalte der Mitgliedstaaten, deren größter Posten stets die Sozialpolitik ist, einen Quantensprung: Die Union wird durch die neuen präventiven Kontrollkompetenzen in die Lage versetzt, zukünftig erheblichen Einfluss auf die Gestaltung der Sozialsystems zu nehmen; in den Staaten, die durch den ESM unterstützt werden, geschieht dies bereits jetzt.²⁶²

Darüber hinaus kann man auch nicht mehr sagen, dass die Sozialpolitik der Union keine verteilungspolitischen Implikationen hat, also nicht den souveränitätssensiblen Kern des Sozialrechts betrifft. Das wichtigste Instrument distributiver Sozialpolitik ist der Europäische Sozialfonds (Art. 162 AEUV). Mit einem jährlichen Volumen von derzeit etwas mehr als EUR 12 Mrd.

²⁵⁹ EuGH, Rs. C-341/05, ECLI:EU:C:2007:809, Rn. 80 f. (Laval).

²⁶⁰ EuGH, Rs. C-341/05, ECLI:EU:C:2007:809, Rn. 7 (Laval).

²⁶¹ Vgl. T. Kingreen, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 168 AEUV Rn. 25, 31.

²⁶² Dazu näher oben II. 1.

(ca. 10 % des Gesamthaushalts der Europäischen Union) ausgestattet, ermöglicht er eine beschäftigungspolitische Strukturpolitik primär in unterdurchschnittlich entwickelten Regionen und leistet damit einen bedeutenden Beitrag zur Angleichung der Lebensbedingungen innerhalb der Union. Der Fonds, der in enger Kooperation zwischen Union und Mitgliedstaaten verwaltet wird,²⁶³ fungiert damit als „vorbundesstaatlicher sozialpolitischer Finanzausgleich“²⁶⁴ unter den Mitgliedstaaten und hat auch Auswirkungen auf die Kompetenzordnung. Zwar berührt er die Rechtsetzungskompetenzen der Mitgliedstaaten formal nicht, beeinflusst aber durch den „goldenen Zügel“ hoher Zuwendungen die nationale Arbeitsmarktpolitik nicht unerheblich.²⁶⁵ Insoweit weist der Sozialfonds bemerkenswerte Parallelen mit den U.S.-amerikanischen grants-in-aid auf, über die die Bundesregierung die Implementierung der von ihr festgelegten Ziele insbesondere in der (Sozial-)Politik erheblich steuert.²⁶⁶ Aufgrund seiner arbeitsmarktpolitischen Ausrichtung wäre es zudem perspektivisch möglich, die zur Absicherung asymmetrischer wirtschaftlicher Schocks diskutierte Arbeitslosenversicherung²⁶⁷ als Ergänzung der nationalen Systeme in den Europäischen Sozialfonds zu integrieren.

Die Union hat ihre Sozialpolitik also weitgehend auf binnenmarkt- und später zunehmend auch auf wirtschafts- und währungspolitischen Kompetenzen aufgebaut, weil weder der Binnenmarkt noch die Wirtschafts- und Währungsunion ohne sozialpolitische Unterfütterung funktionieren. Rechtsakte der Union, die auf diesen nicht genuin sozialpolitischen Rechtsgrundlagen beruhen, berühren daher die Sozialpolitik auch dort, wo die Union bei einem dualistisch-sektoralen Verständnis an sich nicht zu ständig wäre. Einem allein verfassungsrechtlichen Zugriff auf den Föderalismus in der Sozialpolitik bleiben diese Verflechtungen und Interdependenzen verborgen. Erst der Blick auf den einfach-rechtlichen Föderalismus belegt, dass das verfassungstheoretische Konzept des dualen Föderalismus mit der einfach-rechtlichen Realität selbst auf einem so kompetenzrelevanten Feld wie der Sozialpolitik nicht in Einklang zu bringen ist.²⁶⁸

²⁶³ T. Kingreen, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Begr./Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Art. 162 AEUV [2015] Rn. 32 ff.

²⁶⁴ Oppermann/Classen/Nettesheim (Fn. 169), § 29 Rn. 25.

²⁶⁵ Kingreen (Fn. 263), Art. 162 AEUV [2015] Rn. 2.

²⁶⁶ Vgl. oben C. II. 2.

²⁶⁷ Zur Diskussion oben II. 2.

²⁶⁸ Vgl. Schütze (Fn. 121), S. 352: „The philosophy of dual federalism has lost touch with a legislative reality within Europe that is increasingly characterized by mutual penetration and interlocking laws“.

b) Die Parlamente der Mitgliedstaaten als Political Safeguards

Der einfach-rechtliche Zugang zum Föderalismus hat, wie ausgeführt, noch eine zweite Funktion: Es geht darum, aufzuzeigen, wie unter den Bedingungen eines kooperativen Föderalismus ohne ex ante feststehende exklusive Zuständigkeitsbereiche die für den Föderalismus unverzichtbaren Entscheidungszuständigkeiten der Mitgliedstaaten gesichert werden können. Es geht, verkürzt gesagt, um Zuständigkeitsschutz durch Verfahren und nicht durch Kompetenz.

Die Bedingungen für einen solchen prozeduralen Föderalismus sind im europäischen Unionsrecht wesentlich besser als im U.S.-amerikanischen Föderalismus, für den dieses Konzept in letzter Zeit zunehmend propagiert wird.²⁶⁹ Die Regierungen der Mitgliedstaaten sind, anders als in den USA, als *Regierungen*²⁷⁰ in den wichtigen gesetzgebenden Körperschaften vertreten, vor allem im Rat (Art. 16 Abs. 2 EUV), aber auch im politischen Leitungsgremium der Union, dem Europäischen Rat (Art. 15 Abs. 2 EUV). Zudem führen grundsätzlich die mitgliedstaatlichen Behörden Unionsrecht aus. Zwar ist dies, anders als im Grundgesetz (Art. 83 ff. GG), aber ebenso wie in der U.S.-Verfassung nicht explizit geregelt. Doch faktisch ist der mitgliedstaatliche Vollzug die Regel. Das Unionsrecht nutzt so die ohnehin vorhandenen fachbehördlichen Strukturen, die über regionale und lokale Expertise verfügen, damit im Rahmen der Gesetzesbindung auch besondere mitgliedstaatliche Traditionen berücksichtigt werden können und zudem eine bürgernahe Verwaltung ermöglicht wird.²⁷¹

Die wichtigsten „Political Safeguards“ sind allerdings die mitgliedstaatlichen Parlamente. Das mag auf den ersten Blick überraschen, weil diese wegen der zunehmenden Kompetenzverlagerungen auf die Union und der damit einhergehenden Stärkung des Europäischen Parlaments traditionell als Verlierer des Integrationsprozesses angesehen werden.²⁷² Gegen diese Zerfallserzählung spricht aber, dass sie – anders als die einzelstaatlichen Parlamente in den USA – für die demokratische Legitimation der unionalen Rechtsetzung unverzichtbar sind. Gerade weil die Vertreter der Mitgliedstaaten im Rat Regierungsmitglieder sind und keine Parlamentarier, bedarf es neben dem Europäischen Parlament einer zweiten Legitimationsbasis: die mitgliedstaatlichen Parlamente, die das Handeln der Regierungsvertreter im Rat legitimieren.²⁷³ Allerdings sind

²⁶⁹ Vgl. oben vor a).

²⁷⁰ A. Sbragia, *The United States and the European Union: Comparing Two Sui Generis Systems*, in: Menon/Schain (Hrsg.), *Comparative federalism: The European Union and the United States in Comparative Perspective*, 2006, S. 15/31.

²⁷¹ Vgl. zum Ganzen *Oppermann/Classen/Nettesheim* (Fn. 169), § 12 Rn. 1, 24.

²⁷² So D. Grimm, *Europa ja – aber welches? Zur Verfassung der europäischen Demokratie*, 2016, S. 183 ff.

die nationalen Parlamente nicht nur für die demokratische Legitimation, sondern auch für die föderale Struktur der Union von herausragender Bedeutung. Das Bundesverfassungsgericht profiliert den Zusammenhang zwischen Demokratieprinzip und föderativer Kompetenzverteilung im Maastricht-Urteil, indem es warnt, „ein Übergewicht von Aufgaben und Befugnissen in der Verantwortung des europäischen Staatenverbundes“ könne „die Demokratie auf staatlicher Ebene nachhaltig schwächen, so dass die mitgliedstaatlichen Parlamente die Legitimation der von der Union wahrgenommenen Hoheitsgewalt nicht mehr ausreichend vermitteln könnten.“²⁷⁴

Zwar sind die nationalen Parlamente nicht unmittelbar in den regulären Gesetzgebungsprozess der Union integriert.²⁷⁵ Sie tragen aber aktiv zur guten Arbeitsweise der Union bei, indem sie etwa nach Art. 12 lit. b) EUV dafür sorgen, dass der Grundsatz der Subsidiarität beachtet wird. Nach Art. 4 des Protokolls über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit müssen Kommission und Europäisches Parlament den mitgliedstaatlichen Parlamenten u. a. Gesetzentwürfe vorlegen. Diese können dann prüfen, ob Verstöße gegen Art. 5 Abs. 3 oder 4 EUV vorliegen, und bejahendenfalls nach Art. 6 des Protokolls dem geplanten Rechtsakt widersprechen.²⁷⁶ Art. 8 des Protokolls verbindet die durch die nationalen Parlamente wahrgenommene politische Schutzfunktion des Föderalismus mit seiner rechtlichen Absicherung, indem er jedes nationale Parlament im Hinblick auf Verletzungen des Subsidiaritätsprinzips (und wohl auch des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes) zu Nichtigkeitsklagen nach Art. 263 AEUV berechtigt. Dieses Recht ist freilich bislang nicht genutzt worden, weil es schwach ist: Ohnehin kann nämlich jeder Mitgliedstaat nach Art. 263 Abs. 2 AEUV Klage gegen Rechtsakte der Union erheben, und zwar nicht nur im Hinblick auf die genannten Prinzipien. Da sich die Regierungen der Mitgliedstaaten aber zumeist auf parlamentarische Mehrheiten stützen, werden die nationalen Parlamente gegen Rechtsakte, denen die eigene Regierung im Rat zugestimmt hat, kaum jemals Klage erheben; ist diese im Rat überstimmt worden, kann sie ggfs. selbst klagen. Das Klagerecht hat daher insoweit keinen wirk-

²⁷³ C. Calliess, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 12 EUV Rn. 67 ff.; H. Dreier, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar Bd. 2, 3. Aufl. 2015, Art. 20 (Demokratie) Rn. 40 ff.

²⁷⁴ BVerfGE 89, 155/186.

²⁷⁵ Anders ist dies bei der intergouvernementalen Rechtsetzung wie dem ESM-Vertrag und dem Fiskalpakt, dazu oben II. 1.

²⁷⁶ Zur Erstreckung dieses Rechts auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Calliess (Fn. 273), Art. 12 EUV Rn. 37 und S. Hölscheidt, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Begr./Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Art. 12 EUV [2013] Rn. 44; anders z. B. F. Fabbrini/K. Granat, „Yellow Card, but no Foul“: The Role of the National Parliaments under the Subsidiarity Protocol and the Commission Proposal for an EU Regulation on the Right to Strike, Common Market Law Review 50 (2013), 115/120 ff.

lichen Mehrwert gegenüber den bereits vorhandenen mitgliedstaatlichen Klagerchten und hat daher auch bislang nur geringe praktische Bedeutung.²⁷⁷ Die Position der nationalen Parlamente als „Political Safeguards of Federalism“ könnte aber gestärkt werden, wenn parlamentarische Minderheiten Klagerechte hätten. So könnte man beispielsweise daran denken, ein Klagerrecht auch dann einzuräumen, wenn in einem Viertel der Mitgliedstaaten jeweils ein Viertel der gesetzlichen Mitglieder der nationalen Parlamente eine Klage unterstützen würde.²⁷⁸ Ein solches Klagerecht für parlamentarische Minderheiten würde auch die Kooperation und Kommunikation unter den nationalen Parlamenten (und den politischen Parteien) intensivieren.²⁷⁹

Die für ihre Rolle als „Political Safeguards“ entscheidenden Befugnisse der nationalen Parlamente sind aber nicht die angesprochenen Informations- und Kontrollrechte bei der Unionsgesetzgebung, sondern ihre Zuständigkeiten bei der Implementierung des Unionsrechts. Diese Funktion wird interessanterweise vor allem im U.S.-Schrifttum profiliert, obwohl es dort anders als im Unionsrecht keine Unterscheidung zwischen Verordnungen und Richtlinien gibt und unter „implementation“ oftmals auch lediglich die administrative Durchführung durch einzelstaatliche Behörden verstanden wird. Im Unionsrecht ist hingegen die Effektivität von Richtlinien anders als bei Verordnungen grundsätzlich zunächst davon abhängig, dass die Mitgliedstaaten diese umsetzen (Art. 288 UAbs. 2 AEUV).²⁸⁰ Die Reichweite ihrer Entscheidungsbefugnisse hängt dann letztlich vom Anwendungsbereich und der Regelungsdichte der Richtlinie ab. Es ist also vor allem das einfache Richtlinienrecht, das durch die Eröffnung von Gestaltungsspielräumen über den Einfluss der nationalen Parlamente bestimmt. Diese Feinsteuerung des Föderalismus unterhalb der Verfassung zeigt einmal mehr den Wert eines einfach-rechtlichen Zugangs zum Föderalismus: Die Rechte der Einzelstaaten hängen weniger davon ab, *ob* die Verträge die Union zum Handeln ermächtigen, sondern *wie und in welchem Umfang* das Richtlinienrecht das nationale Recht präformiert.

²⁷⁷ Zur einem erfolgreichen Fall *I. Cooper*, A yellow card for the striker: National Parliaments and the Defeat of EU Legislation on the Right to Strike, JEPP 22 (2015), 1406 ff.

²⁷⁸ Dieses Recht sollte nicht von der Bevölkerungszahl der Staaten abhängen, weil die Parlamente für das Subsidiaritäts- und Verhältnismäßigkeitsprinzip und nicht für individuelle Interessen eintreten.

²⁷⁹ Als institutioneller Rahmen kommt insoweit das COSAC (Conférence des Organes Parlementaires Spécialisés dans les Affaires de l'Union des Parlements de l'Union Européenne) in Betracht, s. *Calliess* (Fn. 273), Art. 12 EUV Rn. 56 ff.

²⁸⁰ Daher sollte als Handlungsform die Wahl der Richtlinie die Regel und die Verordnung die Ausnahme sein, s. Art. 296 Abs. 1 AEUV sowie *M. Krajewski/U. Röslein*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Begr./Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Art. 296 AEUV [2011] Rn. 51; *N. Wunderlich/T. Pickartz*, Hat die Richtlinie ausgedient? Zur Wahl der Handlungsform nach Art. 296 Abs. 1 AEUV, EuR 2014, 659/663 ff.

F. Zusammenfassung

“I am a citizen of the greatest Republic of Mankind. I see the human race united like a huge family by brotherly ties. We have made a sowing of liberty which will, little by little, spring up across the whole world. One day, on the model of the United States of America, a United States of Europe will come into being. The United States will legislate for all its nationalities.”²⁸¹

“Construire l’Europe, c’est-à-dire l’unir, c’est évidemment quelque chose d’essentiel. Il est banal de le dire, pourquoi faudrait-il que ce grand foyer de la civilisation, de la force, de la raison, de la prospérité, étouffe sous sa propre cendre? Seulement, dans un pareil domaine, il faut procéder, non pas suivant des rêves, mais d’après des réalités. Or, quelles sont les réalités de l’Europe? Quels sont les piliers sur lesquels on peut la bâtir? En vérité, ce sont des Etats qui sont, certes, très différents les uns des autres, qui ont chacun son âme à soi, son Histoire à soi, sa langue à soi, ses malheurs, ses gloires, ses ambitions à soi, mais des Etats qui sont les seules entités qui aient le droit d’ordonner et l’autorité pour agir. Se figurer qu’on peut bâtir quelque chose qui soit efficace pour l’action et qui soit approuvé par les peuples en dehors et au-dessus des Etats, c’est une chimère.”²⁸²

1. Die Europäische Union befindet sich in einer Phase des politischen Übergangs, in der sie nicht nur akute Krisen bewältigen muss, sondern auch als Föderation auf dem Prüfstand steht. Sie holt Diskurse nach, die bereits vor einem Vierteljahrhundert bei ihrer Gründung in Maastricht hätten geführt werden müssen, insbesondere über die fiskal- und sozialpolitische Dimension der Wirtschafts- und Währungsunion.

2. Es ist unabsehbar, wo die Europäische Union am Ende dieses nachgeholten Gründungsdiskurses stehen wird: an der Schwelle zu George Washingtons Vereinigten Staaten von Europa, zurückgekehrt zum Europa der Vaterländer à la Charles de Gaulle oder – im Hinblick auf die europäische Pfadlogik am wahrscheinlichsten – irgendwo dazwischen. In dieser Orientierungsphase können die durch politische Zäsuren ausgelösten Neujustierungen in anderen föderalen Systemen Orientierung und Selbstvergewisserung für eine europaverfassungsrechtliche Reformdebatte vermitteln. Politische Zäsuren sind daher nicht nur ein naheliegender Anlass, sondern auch ein geeigneter methodischer Ausgangspunkt für einen konzeptbezogenen Rechtsvergleich des Föderalismus.

²⁸¹ George Washington 1776 in einem Brief an *Marquis de Lafayette*.

²⁸² Charles de Gaulle, auf einer Pressekonferenz am 5. 9. 1960 in Paris.

3. Die Entwicklung des Föderalismus in den USA belegt exemplarisch, dass Zentralisierung und Dezentralisierung im föderativen Gemeinwesen in allererster Linie politische Prozesse sind, die weder ungewöhnlich noch beunruhigend sind, sondern durch intern wie extern verursachte Spannungen und Krisen bedingt sind. Nicht anders als die Europäische Union im 21. Jahrhundert waren die USA im 19. und beginnenden 20. Jahrhundert durch die Gleichzeitigkeit von territorialer Erweiterung und notwendiger inhaltlicher Vertiefung herausgefordert. Für die europäische Debatte über die fiskal- und sozialpolitische Dimension der Wirtschafts- und Währungsunion versprechen zwei große, maßgeblich auch durch die Verfassungsrechtsprechung mitgeprägte Zäsuren des Föderalismus in den USA Erkenntnisse: die Entwicklung des Finanzföderalismus im 19. Jahrhundert (= These 4) und die Implementierung einer gesamtstaatlichen Sozialpolitik während des New Deal in den 30er Jahren des 20. Jahrhunderts (= These 5).

4. Für die Entwicklung des U.S.-amerikanischen Fiskalföderalismus ist die Entwicklung des Notenbankwesens bezeichnend. Die fast 150 Jahren bis zur Gründung der heutigen Notenbank Federal Reserve im Jahre 1913 waren geprägt durch permanente Konflikte über die Notwendigkeit einer zentralstaatlichen Notenbank. In Kriegs- und Krisenzeiten immer wieder neu gegründet, wurden die Vorgänger der Federal Reserve nach Überwindung der Krisen stets wieder abgeschafft, um ein einzelstaatliches und tendenziell weniger reguliertes Bankwesen aufzubauen und zu stärken. Der Supreme Court hat in diese wellenförmige Entwicklung kaum eingegriffen. Auf der einen Seite hat er – über die weltweit hier erstmals angewendete „implied powers doctrine“ – 1819 eine Zentralbank für verfassungsrechtlich zulässig erklärt, hat aber auf der anderen Seite 1837 auch keine Bedenken gehabt, einzelstaatlichen Banken die Ausgabe von Geldnoten zu gestatten. Zu einer Währungsunion sind die USA erst über 100 Jahre nach ihrer Gründung zusammengewachsen.

Die föderativen Finanzbeziehungen haben sich maßgeblich aus der Diskussion über die Zulässigkeit und den Nutzen von „Bailouts“ der Einzelstaaten durch den Bund entwickelt. Nach dem Revolutionskrieg hatte sich gezeigt, dass die Föderation ohne ein Haushaltsrecht des Bundes nicht überlebensfähig sein würde. Aus dem Bundeshaushalt wurden zunächst immer wieder die Schulden der Einzelstaaten beglichen, bis der Kongress 1840 beschloss, den Bailout-Begehren von Staaten nicht mehr nachzugeben. Damit wurde zugleich die finanzpolitische Souveränität der Einzelstaaten gestärkt, in deren Haushaltsführung der Bund nicht eingreifen darf. Als Ausgleich für das jedenfalls faktische Bailout-Verbot und den fehlenden Finanzausgleich zwischen den Einzelstaaten hat der Bund seit den 60er Jahren des 19. Jahrhunderts ein System von Bundesfinanzhilfen aufgebaut, das mittlerweile durchschnittlich zu einem Drittel die einzelstaatlichen Haushalte finanziert.

Diese dienen auch dazu, die Einzelstaaten zur Durchsetzung bundesrechtlicher Programme anzuhalten und sind daher kompetenzrelevant. Der Supreme Court verfolgt insoweit einen materiell-rechtlichen Prüfungsansatz (anti-coercion-Prinzip), der fragt, ob die Entscheidungsfreiheit der Einzelstaaten unverhältnismäßig beeinträchtigt wird.

5. Die durch die Weltwirtschaftskrise in den 1930er Jahren bedingte sozialstaatliche Gesetzgebung (New Deal) bedeutete eine weitere Zäsur in der Geschichte des U.S.-Föderalismus. Diese wird – weitaus stärker als bei der Entwicklung des Finanzföderalismus im 19. Jahrhundert – geprägt durch die Rechtsprechung des Supreme Court. Der Prozess der Verrechtlichung des Föderalismus verlief allerdings wellenförmig. Bis in die Anfangsjahre des New Deal war die Rechtsprechung geprägt durch den „Dual Federalism“. Danach teilt die Verfassung die Souveränität zwischen Bund und Einzelstaaten in zwei voneinander unabhängige Blöcke auf, innerhalb derer beide jeweils unabhängig von der anderen Seite rechtsetzungsbefugt sind; nach Meinung des Supreme Court sollte etwa der Bund nur für den Handel zuständig sein, während die Einzelstaaten die Kompetenz für die Produktion haben sollten. Weil aber Handel und Produktion regelmäßig untrennbar miteinander verbunden sind, erwies sich diese Abgrenzung als unpraktikabel; sie führte in „twilight zones“, in denen der Bund keine Regelungen erlassen durfte, die an sich zuständigen Einzelstaaten wegen der grenzüberschreitenden Relevanz der Produktionsbedingungen aber ebenfalls nicht wirksam regulieren konnten. Erst im Rahmen der Überprüfung der wichtigsten sozialstaatlichen Gesetze hat der Supreme Court dieses dualistische Trennungskonzept aufgegeben. Grundlage der Rechtsprechung ist seither der „Cooperative Federalism“. Danach gibt es grundsätzlich keine exklusiven, sondern zwischen Bund und Einzelstaaten geteilte Zuständigkeitssphären, die nach Maßgabe materieller Kriterien, die man in Europa als Konkretisierungen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit ansehen würde, voneinander abgegrenzt werden. Erst in den letzten Jahren gibt es wieder Tendenzen zu einer dualistischen Kompetenzkontrolle, allerdings lediglich bei den konservativen Mitgliedern des Supreme Court.

Die Entwicklung der Rechtsprechung des Supreme Court zeigt die Grenzen der Verrechtlichung des Föderalismus deutlich auf. Verfassungsrechtliche Hermeneutik und politischer Mitgestaltungsanspruch lassen sich oftmals kaum voneinander trennen; allzu rigide und kleinteilige Abgrenzungskonzepte geraten insbesondere in krisenhaften Umbrüchen unter den Druck einer politischen Dynamik, werden der Politikverflechtung nicht gerecht und erweisen sich daher als unbrauchbar. Sie verfehlen die politische Entwicklungsoffenheit des Föderalismus und schwächen ihn als Kategorie des Rechts. Daher ist ein kooperativer Föderalismus mit seinem weichen Abgrenzungen einem dualistischen Konzept von getrennten Kompetenzsphären vorzuziehen.

6. Die im Föderalismus angelegte Spannung zwischen zentraler und dezentraler Zuständigkeit ist eine für die Demokratie notwendige Zumutung. Der Föderalismus wird dadurch zum Vehikel gesellschaftlicher Auseinandersetzungen und ermöglicht das Gegeneinander von zentralstaatlicher Regierung und einzelstaatlicher Opposition; daher sind alle großen gesellschaftlichen Konflikte in den USA im 20. Jahrhundert auch und gerade über den Föderalismus geführt worden. Ebenso wie er daher auf gemeinsame Regeln und Werte angewiesen ist (= These 7), benötigt der Föderalismus dezentrale Gegenkräfte („safeguards of federalism“, These 8), die einer übermäßigen Zentralisierung entgegenwirken.

7. Die Entwicklung des Föderalismus in den USA zeigt, dass eine von der Haushaltswirtschaft der Einzelstaaten unabhängige Fiskalhoheit des Bundes ein tragender Pfeiler einer robusten Föderation ist. Eine gemeinsame Währung setzt konvergente wirtschaftspolitische Rahmenbedingungen, eine hohe Mobilität (und damit auch Qualifikation) von Arbeitskräften sowie von Kapital voraus, weil die Einzelstaaten aufgrund der Zentralisierung der Währungspolitik nicht mehr durch Wechselkursanpassungen auf temporäre Krisen reagieren können. Sein Haushaltsrecht versetzt den Bund in die Lage, durch Finanzhilfen regionale Strukturpolitik zu betreiben, um innerföderale Disparitäten auszugleichen, und es ermöglicht sozialstaatliche Interventionen insbesondere in Krisenzeiten.

Da die Europäische Union nach wie vor keine Budgethoheit besitzt, fehlen ihr die fiskalpolitischen Instrumente, die Krise durch eine eigene, zunächst akute Hilfs- und sodann planvoll-gestaltende Konsolidierungspolitik zu überwinden. An die Stelle einer eigenständigen Haushaltspolitik tritt ein durch Kommission und Rat gesteuertes Regime, das man als exekutiven Kontrollföderalismus bezeichnen kann. Dieser beinhaltet eine zunehmend engmaschigere Kontrolle der mitgliedstaatlichen Haushalte, der die demokratische Selbstgestaltungsmöglichkeiten der Mitgliedstaaten grundsätzlich in Frage stellt; betroffen sind vor allem die Krisenstaaten, die Leistungen aus dem (lediglich intergouvernementalen) Europäischen Stabilitätsmechanismus beziehen und sich im Gegenzug einer weitgehend externen Steuerung selbst ihrer Sozialpolitik unterwerfen müssen. Dieser exekutive Kontrollföderalismus ist geeignet, die mitgliedstaatliche Haushaltsautonomie weitaus mehr einzuschränken als ein ergänzendes europäisches Budgetrecht. Dieses wird als zentraler Baustein einer Fiskalunion für die Eurozone derzeit intensiv diskutiert, insbesondere vor dem Hintergrund von Plänen, eine europäische Arbeitslosenversicherung zu schaffen, die bei regionalen ökonomischen Schocksituationen in der Eurozone als eine Art Rückversicherung greifen könnte.

8. Sowohl der derzeit praktizierte exekutive Kontrollföderalismus als auch eine Fiskalunion bewirken eine für die Entwicklung des Föderalismus nicht untypische Zentralisierung von Entscheidungsbefugnissen. Es muss da-

her geklärt werden, wie unter diesen Bedingungen die dezentrale Komponente des Föderalismus geschützt werden kann. Dies geschieht durch das Zusammenwirken von verfassungsgerichtlichem, kompetenzbezogenem Schutz („Legal Safeguards of Federalism“) und prozeduraler politischer Beeinflussung der zentralen Rechtsetzung und -anwendung („Political Safeguards of Federalism“).

Zuständig für den verfassungsgerichtlichen Schutz des Föderalismus ist primär der EuGH. Allerdings erheben auch nationale Verfassungsgerichte, insbesondere das Bundesverfassungsgericht, einen kompetenzbezogenen Kontrollanspruch. Das Bundesverfassungsgericht versucht, die mitgliedstaatlichen Kompetenzen durch ein dualistisches Konzept zu schützen, das erhebliche Ähnlichkeiten zur Rechtsprechung des U.S. Supreme Court vor dem New Deal aufweist. Der Versuch, juristisch klare Trennlinien zwischen der der Union obliegenden Währungs- und der vorwiegend in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fallenden Wirtschaftspolitik zu ziehen, überzeugt allerdings nicht und ist letztlich den gleichen Einwänden ausgesetzt wie die frühere Rechtsprechung des U.S. Supreme Court. Der EuGH setzt dem mit Recht ein im Schwerpunkt materielles Kompetenzabgrenzungskonzept gegenüber, in dem der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (Art. 5 Abs. 4 EUV) eine wichtige Rolle spielt. Allein dieses weiche Abgrenzungskonzept ist geeignet, die kompetentiellen Asymmetrien der Währungsunion nicht noch weiter zu verschärfen.

In den USA wird, auch vor dem Hintergrund der Erfahrungen mit einer wenig kohärenten und politisierten Verfassungsrechtsprechung, wieder vermehrt über die politischen Schutzmechanismen für den Föderalismus diskutiert. Aus dieser Debatte lässt sich mitnehmen, dass Föderalismus nicht nur eine verfassungsrechtliche Kategorie ist, sondern erst im einfachen Recht konkrete Gestalt annimmt. Sektorbezogene Analysen, etwa der U.S.-Gesundheitspolitik oder auch der E.U.-Sozialpolitik, zeigen, dass das Mischungsverhältnis aus zentraler und dezentraler Regelsetzung weniger durch verfassungsrechtliche Kompetenzkataloge präformiert ist, sondern vielfach historischen Pfadabhängigkeiten folgt, im Unionsrecht vor allem dem Ziel der Errichtung eines Binnenmarktes. Der einfach-rechtliche Zugriff auf den Föderalismus vermag aber nicht nur die tatsächliche Verflechtung verfassungsrechtlich vermeintlich getrennter Sachbereiche offenzulegen. Er soll auch die Bund-Länder-Beziehungen in Bezug auf bestimmte Politikfelder analysieren und dabei zeigen, wie eigenständige Entscheidungsspielräume der Einzelstaaten im politischen Prozess der Umsetzung von Bundesrecht wirksam geschützt werden. Im Gegensatz zu der klassischen Theorie der „Political Safeguards of Federalism“ geht es dabei nicht um die einzelstaatliche Mitwirkung bei der Bundesgesetzgebung. Vielmehr wird die Rolle der Einzelstaaten bei der Implementierung von Bundesrecht durch einzelstaatliche Umsetzungsge-

setzung und administrative Vollziehung als Garantie für föderalen Pluralismus und fachlichen Dialog zwischen Bundes- und Landesebene angesehen. Im europäischen Unionsrecht sind die nationalen Parlamente die wichtigsten „Safeguards of Federalism“: zum einen als Beitragende zur guten Arbeitsweise der Union (Art. 12 EUV) mit allerdings noch unzureichenden Klage-rechten, zum anderen und vor allem aber als Orte, in denen Unionsrecht in den Mitgliedstaaten Rechtswirkungen erlangt. Diese Feinsteuerung des Föderalismus unterhalb der Verfassung zeigt den Wert eines einfach-rechtlichen Zugangs zum Föderalismus: Die Rechte der Einzelstaaten hängen weniger davon ab, ob die Verträge die Union zum Handeln ermächtigen, sondern wie und in welchem Umfang das Richtlinienrecht das nationale Recht präfor-miert.

Summary

The European Union is facing a period of profound political transition. Not only does it have to deal with acute crises, it is also being fundamental-ly challenged as a federation. It is catching up on constitutional discourses that should have taken place a quarter of a century ago, before the Maastricht Treaty became law. Under these circumstances, understanding how caesuras of federalism in other federal systems, such as the US, have led to readjust-ments will be helpful in comprehending federalism in the European context and enhance the federalist debate in Europe.

Not unlike the European Union in the 21st century, the United States of the 19th and 20th centuries was challenged by territorial enlargement and the need of deepening political integration. The erratic development of fiscal federalism in the 19th century and the still controversial implementation of a national social policy during the New Deal in the 1930s demonstrate that centralization and decentralization are first and foremost political processes, which are neither uncommon nor disturbing, but caused by internal and ex-ternal tensions and crises. Both are relevant to the discussion on the com-pleting of Europe's Economic and Monetary Union.

The history of fiscal federalism in the US shows that a federation is not viable without a federal budget. After the Civil War the federal government decided that it would no longer surrender to the bailout demands of individ-ual states. At the same time, the fiscal sovereignty of the individual states was strengthened as the federal government was prohibited from intervening in their budgetary management. As compensation for the bailout ban and the lack of financial compensation between individual states, the federal govern-ment set up a financial aid system in the 1960s. This now finances approxi-mately one third of the states' budgets. European Funds, in particular the

European Social Fund, which enables structural improvements to employment policy in regions with below-average development, could be the basis for establishing a pan-EU fiscal capacity. Such a fiscal capacity will be indispensable to the Commission's project of developing a social pillar of the Monetary Union. However, the E.U. lacks its own fiscal tools for macroeconomic governance. Instead, it supervises the national budgets in order to stabilize the Economic and Monetary Union. This type of control federalism suffers from a democratic deficit and may affect the budgetary leeway considerably more than the classic fiscal federalism. In theory the Member States retain their fiscal competences, but in practice, the Commission and the other executive stakeholders are now in the legal position to govern every policy area by controlling national budgets.

This article argues that the existing Treaties already provide legitimate groundwork for further – but wary – integration. It departs from the idea that the E.U. and its Member States occupy separate worlds of governance with exclusive legal competences. It does not see the E.U. and its Member States as rival and alien governments, but as co-existing partners with common concerns. The core element of this federalist New Deal is a cooperative federalism that is legally safeguarded by substantive judicial authority of the constitutional courts, rather than a formalistic division into mutually exclusive spheres. Furthermore, cooperative federalism will be safeguarded politically by the national parliaments, which should experience a strengthened role in the process of making and implementing E.U. laws.