

Zweiter Beratungsgegenstand:

Rechtsanwendungsgleichheit in Mehrebenensystemen

1. Referat von *Wolfram Cremer*, Bochum

Inhalt

	Seite
I. Einleitung	119
1. Rechtsanwendungsgleichheit – eine Begriffsbestimmung . .	119
2. Mehrebenensysteme – eine Auswahlentscheidung	124
3. Beispiele – Migrationsrecht	125
II. Rechtsanwendungsgleichheit im Bundesstaat des Grundgesetzes.	129
1. Exekutive Rechtsanwendung	129
a) Anforderungen des allgemeinen Gleichheitssatzes gem. Art. 3 Abs. 1 GG	129
aa) Verbandseigener Gesetzesvollzug	129
(1) Intuitives vom Bundesverfassungsgericht – Rechtsanwendungsgleichheit als Grundforderung des Rechtsstaats	130
(2) Forschungsdesiderat – Rechtsanwendungsgleichheit Allgemeiner Teil. .	130
(3) Rechtsanwendungsgleichheit – kompetenzakzessorisch statt ubiquitär	130
(4) Rechtsanwendungsgleichheit – zurechnungs- und verantwortlichkeitsakzessorisch oder der Verband als monolithischer Block.	131
(5) Rechtsanwendungsgleichheit – in der Reihe und in der Zeit	132
bb) Mehrebenenenvollzug	136
b) Verfassungsrechtlich geschuldete gleiche Rechtsanwendung jenseits des Gleichheitssatzes	137
aa) Bundestreue/Teleologie der Kompetenzzuordnung	137
bb) Vertrauensschutz	137

c)	Conclusio und Kontextualisierung unter Einbeziehung verwaltungsinterner und judikativer Überformung.	138
2.	Judikative Rechtsanwendung	140
a)	Mehrebenenperspektive	140
b)	Bindung der Judikative an Art. 3 Abs. 1 GG.	142
c)	Verfassungsrechtlich geschuldete gleiche Rechtsanwendung jenseits des Gleichheitssatzes	143
d)	Prozessrecht und Rechtsanwendungsgleichheit	143
3.	Gesetzgeber und Ministerialbürokratie als Adressaten der Rechtsanwendungsgleichheit	146
a)	Strukturelles Vollzugsdefizit	146
b)	Pflicht zum im Wesentlichen einheitlichen Vollzug von Bundesgesetzen	147
aa)	Verfassungsrechtliche Anknüpfung und Begründung der Pflicht	147
bb)	Kennzeichen eines im Wesentlichen uneinheitlichen Vollzugs	149
III.	Rechtsanwendungsgleichheit in der Europäischen Union	151
1.	Zum Nutzen einer Dogmatik unionaler Rechtsanwendungs- gleichheit.	151
2.	Rechtsanwendungsgleichheit und Rechtsanwender	152
a)	Rechtsanwendung von Unionsrecht durch Unionsorgane	153
b)	Rechtsanwendung von Unionsrecht durch die Mitgliedstaaten	154
aa)	Exekutive und judikative Rechtsanwendung.	154
(1)	Exekutive Rechtsanwendung.	154
(2)	Judikative Rechtsanwendung.	157
(3)	Conclusio.	158
bb)	Umsetzung von Unionsrecht, insbesondere von Richtlinien	158
3.	Rechtsanwendungsgleichheit und Rechtsetzer	159
IV.	Schluss	160

I. Einleitung

1. *Rechtsanwendungsgleichheit – eine Begriffsbestimmung*

Sieht man die Publikationen unserer Vereinigung seit dem Jahre 1924 durch, ergibt sich der Befund, dass gleichheitsrechtliche Fragestellungen von den Vorständen eher selten adressiert worden sind.¹ Als Beratungsgegenstand ins Zentrum gerückt wurde „Gleichheit“ lediglich 1926 in Münster und 1988 in Tübingen.² Und obschon durch die Formulierung der Beratungsgegenstände dieser Tagungen keineswegs nahegelegt, rückten sämtliche Referate die Rechtsetzungsgleichheit in den Mittelpunkt,³

¹ Selbstverständlich wurden gleichheitsrechtliche Aspekte immer wieder als Teil anderer Phänomene mitbe- und verarbeitet, kennt der allgemeine Gleichheitssatz doch anders als die (speziellen) Freiheitsgrundrechte keine sachbereichsbezogene Verengung, sondern ist in sachlicher Hinsicht – vorbehaltlich verdrängender spezieller Gleichheitssätze – ubiquitär anwendbar, s. *Stefan Huster* in: Heinrich Friauf/Wolfram Höfling (Hrsg.) *Berliner Kommentar zum Grundgesetz*, 2017, Art. 3 Rn. 42 (2016); *Hans D. Jarass* Bausteine einer umfassenden Grundrechtsdogmatik, AöR 120 (1995), 345 (361 f.); *Friedrich Schoch* Der Gleichheitssatz, DVBl. 1988, 863 (864); *Ferdinand Wollenschläger* in: Hermann von Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck/Peter M. Huber/Andreas Voßkuhle (Begr./Hrsg.) *Grundgesetz*, Bd. I, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Abs. 1 Rn. 50 f.; *Paul Kirchhof* Allgemeiner Gleichheitssatz, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.) *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. VIII, 3. Aufl. 2010, § 181 Rn. 239.

² Der erste Beratungsgegenstand der Münsteraner Tagung mit Referaten von *Erich Kaufmann* und *Hans Nawiasky* lautete: „Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung“, VVDStRL 3 (1927), 2 ff.; 25 ff. Der erste Beratungsgegenstand der Tübinger Tagung mit Referaten von *Reinhold Zippelius* und *Georg Müller* lautete: „Der Gleichheitssatz“, VVDStRL 47 (1989), 7 ff.; 37 ff. Eine gleichheitsrechtliche Ausrichtung weisen zudem folgende Beratungsgegenstände auf: *Matthias Jestaedt* und *Gabriele Britz* Diskriminierungsschutz und Privatautonomie, VVDStRL 64 (2005), 298 ff.; 355 ff.; *Ulrike Davy* und *Peter Axer* Soziale Gleichheit – Voraussetzung oder Aufgabe der Verfassung?, VVDStRL 68 (2008), 122 ff.; 177 ff.; *Winfried Kluth* und *Susanne Baer* Demografischer Wandel und Generationengerechtigkeit, VVDStRL 68 (2008), 246 ff.; 290 ff.; *Joachim Lege* und *Thorsten Kingreen* Knappheit und Verteilungsgerechtigkeit im Gesundheitswesen, VVDStRL 70 (2011), 165 ff. Dezidiert unionsrechtlich adressiert wurde die Gleichheitsfrage 2009 im Arbeitskreis Europäisches Verfassungsrecht: *Stefan Huster* Gleichheit im Mehrebenensystem – Die Gleichheitsrechte der Europäischen Union in systematischer und kompetenzrechtlicher Hinsicht, EuR 2010, 325 ff.

³ Diese Schwerpunktsetzungen erfolgten freilich aus guten Gründen. Das gilt in besonderer Weise für die Referate von *Kaufmann* und *Nawiasky* (Fn. 2), beförderten diese doch die Diskussion um die maßgeblich von *Gerhard Leibholz* in seiner 1925 erschienenen Dissertation „Die Gleichheit vor dem Gesetz“ (instruktiv dazu *Manfred H. Wiegandt* Norm und Wirklichkeit, *Gerhard Leibholz* (1901–1982) – Leben, Werk und Richteramt, 1995, 100 ff.) vertiefte Frage einer Adressierung des Gesetzgebers durch Art. 109 WRV.

für die Rechtsanwendungsgleichheit wurden bestenfalls wenige Sätze reserviert.⁴

Aber nicht nur in unserer Vereinigung fristet die Rechtsanwendungsgleichheit ein Schattendasein. Während die Bindungen des Gesetzgebers an den allgemeinen Gleichheitssatz namentlich in der Kommentarliteratur breit und kontrovers diskutiert werden,⁵ wird der in Art. 3 Abs. 1 GG verankerte Anspruch des Einzelnen auf Gleichheit in der Rechtsanwendung häufig kaum mehr als ausgesprochen.⁶ Und mehr noch gilt dies für den Gleichheitssatz nach Art. 20 EU-Grundrechtecharta.⁷ Aber warum ist das

⁴ Vgl. zur von *Erich Kaufmann* konstatierten Irrelevanz einer grundrechtlichen Verbürgung der Rechtsanwendungsgleichheit (in Art. 109 WRV) sogleich das Zitat zu Fn. 9. In Leitsatz 5 propagiert *Kaufmann* (Fn. 2), 23, indessen immerhin die an den Gesetzgeber adressierte Verpflichtung, „bei der Ausgestaltung der materiellen Norm und der zu ihrer Durchführung bestimmten organisatorischen und Verfahrensnormen für ausreichende Garantien gegen eine ungleiche Anwendung“ zu sorgen. Erläuternde Ausführungen zu dieser These finden sich freilich nicht, da *Kaufmann* die geplanten Ausführungen zu dieser These im mündlichen Vortrag aus Zeitgründen aussparen musste (vgl. zu diesem Bekenntnis, ebd., 18.) und diese dementsprechend auch in der schriftlichen Fassung seines Referates fehlen. Und so wird leider nicht erkennbar, ob und ggf. inwiefern *Kaufmann* diese vorgebliche Verpflichtung als Reaktion auf den auch nach der WRV als Regelvollzug ausgestalteten Vollzug von Bundesrecht durch die Länder konzipiert. Ich werde diese These später (II. 3. b)) aufgreifen, näher entfalten und kommentieren. *Nawiasky* Gleichheit (Fn. 2), 37 f., misst der in Art. 109 WRV verbürgten Rechtsanwendungsgleichheit im Anschluss an *Fritz Fleiner* zwar eine dreifache Bedeutung zu – zu nennen ist vor allem die „Unzulässigkeit differenzierenden Gebrauches eines freien Ermessens“ –, die Ausführungen zur Rechtsanwendungsgleichheit sind aber insgesamt äußerst kursorisch und oberflächlich. Auch in den Aussprachen wurde „Rechtsanwendungsgleichheit“ kaum einmal berührt. Bemerkenswert ist in unserem Zusammenhang indessen die von *Kaufmann* in seinem Schlusswort (ebd., 60 f.) aufgegriffene und verallgemeinerte These *Richard Schmidts* (ebd., 46), wonach aus dem Gleichheitssatz des Art. 109 WRV folge, dass der Gesetzgeber „ein für alle gleiches Prinzip für das Maß der Strafzumessung“ vorgeben müsse. *Zippelius* Gleichheitssatz (Fn. 2), 30, streift die richterliche Rechtsanwendung.

⁵ Beispielhaft sei die Diskussion um die Willkürformel und die sog. Neue Formel angeführt, welche sowohl analytisch wie auch in ihrer Bewertung ein – wohlmeinend formuliert – äußerst differenziertes Meinungsbild hervorgebracht und angereichert durch eigenständige (und -willige) Konzeptionen in der Literatur dazu geführt hat, dass ein verständiger Austausch – geschweige denn eine Verständigung – über dogmatische Grundstrukturen von Art. 3 Abs. 1 GG kaum mehr gelingt. Vgl. aus der Kommentarliteratur nur *Werner Heun* in: Horst Dreier (Hrsg.) Grundgesetz, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 3 Rn. 20 ff.; *Angelika Nußberger* in: Michael Sachs (Hrsg.) Grundgesetz, 8. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 8 ff., 13 ff.; *Wollenschläger* in: von Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 1), Art. 3 Abs. 1 Rn. 89 ff., 107 ff.

⁶ S. etwa *Hans D. Jarass* in: ders./Bodo Pieroth (Hrsg.) Grundgesetz, 15. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 3, 13; *Huster* in: Berliner Kommentar (Fn. 1), Art. 3 Rn. 47; *Sigrid Boysen* in: Ingo v. Münch/Philip Kunig (Hrsg.) Grundgesetz, Bd. I, 6. Aufl. 2012, Art. 3 Rn. 67.

⁷ S. die Nachweise unten Fn. 139.

so? Angesichts einer nicht zum Verschweigen von Rechtsproblemen neigenden Rechtswissenschaft⁸ liegt die Vermutung nahe, dass das Gebot der Rechtsanwendungsgleichheit nicht erläuterungsbedürftig und nicht interpretationsfähig ist. Und genau dies hat *Erich Kaufmann* 1926 in Münster wie folgt pointiert: „Bloß auf die Gesetzesanwendung bezogen, besagt der Satz von der Gleichheit vor dem Gesetze nur etwas Selbstverständliches, ist er nur eine Trivialität. Dieser Gedanke hätte keiner grundrechtlichen Sanktion bedurft; er folgt aus den Begriffen des Gesetzes und der Gesetzesanwendung: ein allgemeines Gesetz anwenden, heißt gar nichts anderes als es gleichmäßig anwenden. Wenn ein Gesetz nicht sinnlos sein soll, muß es gleiche und allgemeine Anwendung finden. Etwas wirklich Bedeutendes besagt der Satz von der Gleichheit nur in seiner Anwendung auf den Gesetzgeber.“⁹

In der Tat erscheint das Gebot der Rechtsanwendungsgleichheit *prima facie* als ein im guten Sinne einfacher Rechtssatz mit einem unzweideutigen Rechtsbefehl. Die zur Rechtsanwendung Berufenen, zuvörderst Verwaltung und Rechtsprechung, müssen jede Norm auf alle und in allen Fällen gleich anwenden. Während sich das Gebot der Rechtsetzungsgleichheit mit der Frage auseinanderzusetzen hat, ob unterschiedliche oder gleiche Behandlungen verschiedener Personen(gruppen) oder Sachen gerechtfertigt werden können,¹⁰ trifft das Gebot der Rechtsanwendungsgleichheit jedenfalls idealiter auf eine bereits vorentschiedene Situation. Der Gesetzgeber bzw. der Rechtsetzer, das Gesetz bzw. die abstrakt-generelle Norm haben entschieden; Gerichte und Verwaltung wenden diese Entscheidung „nur“ noch an. Diese Verpflichtung von Exekutive und Judikative bedarf in Anknüpfung an die Ausführungen *Kaufmanns* bezogen auf die Bundesrepublik Deutschland aber keines Rekurses auf einen im Gleichheitssatz wurzelnden Grundsatz der Rechtsanwendungsgleichheit, sondern folgt bereits aus der in Art. 20 Abs. 3 GG verankerten Bindung der Exekutive und Judikative an Gesetz und Recht. Das Gebot der Rechtsanwendungs-

⁸ Zudem sollte die überragende praktische Bedeutung des Themas angesichts von 3.986.993 erledigten Verfahren – ohne Rücksicht auf die Art der Erledigung – der Zivil-, Familien-, Arbeits-, Straf-, Sozial-, Verwaltungs- und Finanzgerichtsbarkeit sowie des Bundesverfassungsgerichts im Jahre 2015 außer Frage stehen, vgl. Statistisches Bundesamt, Statistisches Jahrbuch 2017, <https://www.destatis.de/DE/Publikationen/StatistischesJahrbuch/Justiz.pdf;jsessionid=296D5EB968ABBF95BA973A5C878040DE.InternetLive2?__blob=publicationFile> (Stand 29.10.2018), 312–314. Die Zahl der in Deutschland jährlich ergehenden Verwaltungsentscheidungen ist nicht erfasst.

⁹ *Kaufmann* Gleichheit (Fn. 2), 6.

¹⁰ Das kann unbeschadet des Streits um den Rechtfertigungsmaßstab als konsentiert gelten, vgl. nur *Heun* GG (Fn. 5), Art. 3 Rn. 19; *Paul Kirchhof* in: Theodor Maunz/Günter Dürig (Begr.) Grundgesetz, 2018, Art. 3 Abs. 1 Rn. 89 (2015).

gleichheit fügt dieser Pflicht bei einem gesetzlich eindeutig determinierten Handeln von Rechtsprechung und vollziehender Gewalt (objektivrechtlich) nichts hinzu.¹¹ Und wenn all dies so ist: Inwiefern sollte sich anderes ergeben, wenn die Rechtsanwendung auf einer anderen Ebene als die Rechtsetzung erfolgt, mithin in einem Mehrebenensystem? Auch insoweit gilt, dass Normanwendung, auf welcher Ebene auch immer, durch die Normgebung auf eben anderer Ebene vorentschieden ist.

Wollte der Vorstand uns also mit seiner Themenwahl einen entspannten Nachmittag schenken? Das erscheint zunächst prinzipiell unwahrscheinlich.¹² Und tatsächlich markiert das mir aufgegebene Thema in rechtsdogmatischer Perspektive ein Forschungsdesiderat.¹³ Denn dem Zitat *Kaufmanns* liegt ein unterkomplexes, ja geradezu naives Verständnis von

¹¹ S. auch *Stefan Huster* Rechte und Ziele – Zur Dogmatik des allgemeinen Gleichheitssatzes, 1993, 15 f. m.w.N. Zur Subjektivierung eines in Art. 3 Abs. 1 GG fundierten Anspruchs auf Rechtsanwendungsgleichheit *Rolf Eckhoff* Rechtsanwendungsgleichheit im Steuerrecht – Die Verantwortung des Gesetzgebers für einen gleichmäßigen Vollzug des Einkommensteuerrechts, 1999, 540 ff.

¹² *Peter Häberle* Diskussionsbeitrag, VVDStRL 66 (2007), 84 (84 f.), qualifiziert Zweifel an der Themenwahl von (blutjungen) Vorständen unserer Vereinigung gar als „unsittlich“, reklamiert aber für sich selbst und bzgl. der Begriffe „gestufte Rechtsordnungen“ und „Mehrebenenkonstitutionalismus“ eine Ausnahme.

¹³ Vgl. zu dieser These auch *Armin Dittmann* Gleichheitssatz und Gesetzesvollzug im Bundesstaat – Förderative Ungleichheiten beim Vollzug von Steuergesetzen, in: Hartmut Maurer (Hrsg.) Das akzeptierte Grundgesetz, Festschrift für Günter Dürig zum 70. Geburtstag, 1990, 221 (228 f.); *Thomas Puhl* Gleichheit und parlamentarisches System – Bindung des Gesetzgebers, der Regierung, der Verwaltung, der Rechtsprechung, in: Rudolf Mellinshoff/Ulrich Palm (Hrsg.) Gleichheit im Verfassungsstaat, 2008, 67 (69 f.), die ihrerseits insoweit dogmatische Grundlagenarbeit geleistet haben. Instrukтив auch *Magdalena Pöschl* Gleichheit vor dem Gesetz, 2008, 755 ff. Zentrale rechtswissenschaftliche Beiträge, die dem Thema Gleichheit (und Vielfalt) in Mehrebenensystemen nicht zuletzt aus der Perspektive ungleicher Rechtsanwendung gewidmet sind, sind demgegenüber nicht primär rechtsdogmatisch ausgerichtet, s. *Stefan Oeter* Integration und Subsidiarität im deutschen Bundesstaat – Untersuchungen zu Bundesstaatstheorie unter dem Grundgesetz, 1998; *Sigrid Boysen* Gleichheit im Bundesstaat, 2005; *Nicole Engels* Chancengleichheit und Bundesstaatsprinzip, 2001 sowie mit unionsrechtlicher Ausrichtung *Eva Julia Lohse* Rechtsangleichungsprozesse in der Europäischen Union – Instrumente, Funktionsmechanismen und Wirkparameter effektiver Harmonisierung, 2017. In größter Vereinfachung und mit unterschiedlicher Akzentsetzung ist es nicht zuletzt ein Anliegen der Monographien von *Oeter* und *Boysen* unter Einbeziehung verfassungs- und entstehungsgeschichtlicher sowie verfassungstheoretischer Bezüge eine Unitarisierung des deutschen Bundesstaates zu dokumentieren. Jenseits der bekannten „Auszehrung“ der Gesetzgebungskompetenzen der Länder durch den Bund wird dies besonders akribisch für den Bereich des Vollzugs von Bundesgesetzen durch die Länder ausgebreitet und analysiert. Pointiert formuliert *Oeter* bereits einleitend (ebd., 12), dass das Bundesstaatsgefüge des Grundgesetzes gegenüber den Verschiebungen auf der Ebene der Gesetzgebung eine „sehr viel gefährlichere Unitarisierung im Bereich der Verwaltung“ erfahre.

Rechtsanwendung zu Grunde. Die Vorstellung, die zur Rechtsanwendung berufene Judikative und Exekutive agierten (stets) als bloße Subsumtionsautomaten, ist nicht nur im soziologisch-empirischen Sinne unzutreffend, sondern wird seit Langem auch in Rechtstheorie, juristischer Methodenlehre und Rechtsdogmatik zurückgewiesen.¹⁴

Freilich lässt sich zwischen Rechtsanwendung im engeren und weiteren Sinne unterscheiden. Während Rechtsanwendung im engeren Sinne (nach einem Maßstab praktischer Vernunft) alternativloses, weil durch die anzuwendende Norm determiniertes Entscheiden kennzeichnet, soll von Rechtsanwendung im weiteren Sinne die Rede sein, wenn und soweit die anzuwendende Norm Interpretations- bzw. Entscheidungsspielräume eröffnet.¹⁵

¹⁴ S. unter Bezugnahme auf *Hans Kelsen* Reine Rechtslehre, 1934, 79 f., BVerfG, NVwZ 2016, 1630, Rn. 20: „Zwar ist richterliche Rechtsfindung nicht auf den Vollzug vorgegebener Normen in dem Sinne beschränkt, dass der Richter dabei als bloße ‘bouche de la loi’, das heißt als ‘Subsumtionsautomat’ fungieren würde. Vielmehr ist es jeder richterlichen Tätigkeit immanent, dass sie den Inhalt gesetzlicher Normen methodisch interpretiert und deren Anwendungsbereich definiert, um auf der Grundlage des positiven, abstrakt-generell formulierten Gesetzes im Einzelfall über dessen Anwendung zu entscheiden. Auch Rechtsanwendung ist insofern die Erzeugung von neuem, noch nicht bestehendem Recht auf der Grundlage und nach Maßgabe von anzuwendendem Recht, dessen Vorgaben mittels Rechtserkenntnis vom Rechtsanwender zu eruieren sind“. Vgl. zudem *Jörn Ipsen* Richterrecht und Verfassung, 1975, 24; *Mehrdad Payandeh* Judikative Rechtserzeugung – Theorie, Dogmatik und Methodik der Wirkungen von Präjudizien, 2017, 26 ff. m.w.N. Implizite Zustimmung zu dieser Position ist auch § 35a VwVfG zu entnehmen, wenn dem dort akzeptierten vollautomatisierten Erlass von Verwaltungsakten in Bezug auf Ermessensnormen und Beurteilungsspielräume eine Grenze gesetzt wird. Dem entspricht das allgemeine Verständnis von *Gesetzesausführung* i.S.d. Art. 83 ff. GG, welche eben auch dann vorliegt, wenn der Verwaltung beim Gesetzesvollzug Entscheidungsspielräume zustehen, s. nur *Engels* Chancengleichheit (Fn. 13), 57 f.; *Pieroth* in: Jarass/ders. (Fn. 6), Art. 83 Rn. 3.

¹⁵ Damit soll selbstverständlich nicht in Abrede gestellt sein, dass diese Unterscheidung in praxi schwierige Abgrenzungsfragen aufwirft, dazu *Joseph Raz* The Authority of Law, Essays on Law and Morality, 2. Aufl. 2009, 181 ff. Alternativ mag man das Gebot der Rechtsanwendungsgleichheit bei der Verwaltung eingeräumten Entscheidungsspielräumen als nicht involviert ansehen und stattdessen das Gebot der Rechtsetzungsgleichheit. Insoweit handelt es sich indes um keine rechtsdogmatisch relevante Frage. Rechtsdogmatisch irrelevant ist die Frage, weil die unterschiedlichen Einordnungen und Etikettierungen im vorliegenden Zusammenhang in der Rechtsfolgenperspektive ohne Konsequenzen bleiben. Rechtsdogmatische Bedeutung käme der begrifflichen Zuordnung etwa zu, wenn der einschlägige Gleichheitssatz dergestalt (explizit) differenzierte, als das Gebot der Rechtsanwendungsgleichheit anderes verlangte als das Gebot der Rechtsetzungsgleichheit. Dann nämlich käme es darauf an, ob die „schöpferischen“ Elemente exekutiven (jenseits von Verordnungsgebung und gesetzesfreier Entscheidungsgewalt) und/oder judikativen Entscheidens unter „Rechtsanwendung“ oder „Rechtsetzung“ zu subsumieren sind. Infolgedessen gälte es, die Rechtsbegriffe „Rechtsanwendung“ und „Rechtsetzung“ auszulegen und daran anschließend die „schöpferischen“ Elemente exekutiven und judikativen Entscheidens den ausgelegten Rechtsbegriffen zuzuordnen, also zu subsumieren. Die hier

Indessen bleiben Exekutive und Judikative auch, soweit sie in Wahrnehmung von Interpretationsspielräumen oder gar rechtsfortbildend¹⁶ entscheiden, darauf verpflichtet, den in der Norm und durch den Normgeber intendierten Normbefehl zu ermitteln.¹⁷ Auch Rechtsanwendung im weiteren Sinne ist gem. Art. 20 Abs. 3 GG an Gesetz und Recht gebunden und ein in diesem Sinne hermeneutischer Prozess.¹⁸

2. Mehrebenensysteme – eine Auswahlentscheidung

Anders als bei der Rechtsanwendungsgleichheit bedarf die Konturierung dessen, was Mehrebenensysteme phänomenologisch ausmacht, keiner größeren Anstrengungen. Ist die Bedeutung von „Mehrebenensystem“ auch keineswegs unumstritten,¹⁹ besteht doch ein weitgehender und im vorlie-

zuvörderst interessierenden allgemeinen Gleichheitssätze des Grundgesetzes und der EU-Grundrechtecharta kennen eine solche Differenzierung indes nicht.

¹⁶ Ohne kategoriale Unterschiede zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung negieren zu wollen, ist auch die richterliche (und behördliche) Rechtsfortbildung auf eine organische Fortentwicklung des Rechts auszurichten, dazu *Ralf Poscher* Rechtsdogmatik als hermeneutische Disziplin – Zum interpretativen Charakter der Rechtsfortbildung, in: Jakob Nolte/ders./Henner Wolter (Hrsg.) *Die Verfassung als Aufgabe von Wissenschaft, Praxis und Öffentlichkeit*, Freundesgabe für Bernhard Schlink, 2014, 203 (208 ff.). Rechtsetzung ist demgegenüber nicht auf Entdeckung von Vorgegebenem, sondern auf (sachangemessene) Gestaltung angelegt, mag diese Gestaltung auch in einen rechtlichen Rahmen eingebettet sein, namentlich durch die Vorgaben höherrangigen Rechts, s. auch *Poscher* ebd., 208 f., 211.

¹⁷ Pointiert für die Judikative *Payandeh* Judikative Rechtserzeugung (Fn. 14), 500: „[D]ie Bezugnahme auf das Recht stellt auch den einzig legitimen Maßstab richterlicher Entscheidung dar“.

¹⁸ Hier ist nicht der Ort, Rechtsanwendung, Rechtsauslegung bzw. Rechtsdogmatik als hermeneutische Disziplinen – unter Einschluss der Bestimmung der Grenzen juristischer Hermeneutik – unter Rezeption der überbordenden wissenschaftlichen Literatur detailliert zu entfalten. Eine sachgerechte Erfassung des Phänomens der Rechtsanwendung(sgleichheit) verlangt jedenfalls mehr als die „bloße“ Feststellung einer im Anschluss an die Arbeiten von *Hans Georg Gadamer* (Wahrheit und Methode – Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik, 1975, 307 ff.) und *Josef Esser* (Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung – Rationalitätsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis, 1972, insb. 74 ff.) gewachsenen *communis opinio*, wonach Rechtsanwendung zumindest im Umgang mit „neuen“ Sachverhalten (notwendig) produktive Elemente enthält. Instrukтив jüngst *Ralf Poscher* Legal Construction between Legislation and Interpretation, in: Jan von Hein/Hanno Merkt/Sonja Meier/Alexander Bruns/Yuanshi Bu/Silja Vöneky/Michael Pawlik/Eiji Takahashi (Hrsg.) *Relationship between the Legislature and the Judiciary*, 2017, 41 ff.; ders. Hermeneutics and Law, in: Michael Forster/Kristin Gjesdal (Hrsg.) *The Cambridge Companion to Hermeneutics*, i.E., 326 ff.

¹⁹ Vgl. nur *Liesbet Hooghe/Gary Marks* Multi-Level Governance and European Integration, 2001, 3 f.; *Eva Julia Lohse* Rechtsanwendungsgleichheit in Mehrebenensystemen, DVBl. 2018, 1120 (1120 f.); *Stefan Kadelbach* Autonomie und Bindung der Rechtsetzung

genden Zusammenhang genügender Konsens, wonach die Rechtsunterworfenen in Mehrebenensystemen der Hoheitsgewalt nicht nur eines Verbandes unterworfen sind. Dies trifft zweifelsfrei auf Bundesstaaten sowie die Europäische Union zu, sind doch in diesen die Gesetzgebungskompetenzen zwischen der Zentralebene bzw. dem Zentralstaat und seinen (staatlichen) Gliedern aufgeteilt. Stärker noch verflochten ist ein Mehrebenensystem, wenn die Kompetenzen nicht auf horizontaler Ebene zwischen den Hoheitsträgern verteilt sind, sondern Entscheidungen, zuvörderst Rechtsanwendungsentscheidungen, als Ergebnis eines Zusammenspiels verschiedener Ebenen entstehen. Letzterem ist dieser Vortrag gewidmet und nicht zuletzt in Absprache mit dem Vorstand und meinem Mitberichterstatter werde ich mich insoweit auf die Bundesrepublik Deutschland und die Europäische Union konzentrieren.²⁰ Dabei werde ich den Fokus zunächst isoliert auf die Rechtsanwendungsgleichheit im Bundesstaat²¹ Bundesrepublik Deutschland richten. In den anschließenden unionsrechtlichen Teil werden die „deutschen“ Ergebnisse im Sinne einer Mehrebenenakkumulation integriert.

3. Beispiele – Migrationsrecht

Bevor ich mich diesen rechtsdogmatischen Fragen systematisch nähere, möchte ich ungleiche Rechtsanwendung anhand zweier Beispiele,²² auf

in gestuften Rechtsordnungen, VVDStRL 66 (2007), 7 (11); Jürgen Bast Völker- und unionsrechtliche Anstöße zur Entterritorialisierung des Rechts, VVDStRL 76 (2017), 277 (306 f.); Stephan Breitenmoser Migrationssteuerung im Mehrebenensystem, VVDStRL 76 (2017), 9 (11 f.); Kerstin Odendahl Migrationssteuerung im Mehrebenensystem, VVDStRL 76 (2017), 49 (51 f.). Kritisch zum Begriff Häberle Diskussionsbeitrag (Fn. 12), 84 f.; Marcus Schladebach Rechtsanwendungsgleichheit in Mehrebenensystemen, NVwZ 2018, 1241 (1242).

²⁰ Die Auswahl wurde zudem dadurch motiviert, dass das Problemspektrum der Rechtsanwendungsgleichheit in verschiedenen klassischen Bundesstaaten wie etwa den Vereinigten Staaten von Amerika angesichts des regelmäßigen kompetenziellen Gleichlaufs von Gesetzgebungs- und Vollzugskompetenzen substanziell reduziert ist, s. nur Wolfgang Welz in: Wolfgang Jäger/Christoph M. Haas/ders. (Hrsg.) Regierungssystem der USA, 3. Aufl. 2007, 84. Die unterschiedlichen Bundesstaatskonstruktionen (zur Schweiz, René Rhinow/Markus Schefer Schweizerisches Verfassungsrecht, 2. Aufl. 2009, Rn. 821 f.) reichen bereits in die Zeit des Deutschen Reiches zurück, dazu Gerhard Anschütz Bismarck und die Reichsverfassung, 1899, 13 ff.; Johann Caspar Bluntschli Allgemeine Staatslehre, 6. Aufl. 1886, 651 f.; Oeter Integration (Fn. 13), 34 f.

²¹ Auf die hier nur punktuell angesprochene kommunale Ebene und namentlich auf Verwaltungsentscheidungen im Kontext pflichtiger Selbstverwaltungsentscheidungen sind die nachfolgend entwickelten Gedanken und Ergebnisse *mutatis mutandis* übertragbar.

²² Jüngst zur Rechtsungleichheit im Spielhallenzulassungsrecht im Anschluss an BVerfG 1 BvR 1314/12 u.a. 7.3.2017 Julian Krüper Rechtsungleichheit im Bundesstaat, ZfWG 2018, 81 f.

welche ich punktuell zurückkommen werde, illustrieren. Die im Migrationsrecht beheimateten Beispiele adressieren die Rechtsanwendung, einmal gem. Art. 83 GG und einmal im bundeseigenen Vollzug, einmal ohne und einmal mit unionsrechtlicher Überformung. Gemeinsam ist den ausgewählten Beispielen, dass sie ob ihrer Bedeutung für das Leben und gar die Überlebenschancen des Einzelnen brennglasartig die fundamentale Bedeutung unterschiedlicher Rechtsanwendung deutlich machen sollen.

Durch das Integrationsgesetz 2016 wurde die sog. Ausbildungsduldung nach § 60a Abs. 2 S. 4 ff. AufenthG²³ neu gefasst.²⁴ Danach ist zur Erteilung einer solchen Duldung u.a.²⁵ erforderlich, dass ein „Ausländer eine qualifizierte Berufsausbildung²⁶ (...) in Deutschland aufnimmt oder aufgenommen hat“²⁷ „und konkrete Maßnahmen zur Aufenthaltsbeendigung nicht bevorstehen“. Die Norm enthält erkennbar eine Reihe unbestimmter Rechtsbegriffe. Infolgedessen hat das Bundesinnenministerium Anwendungshinweise zur Duldungserteilung nach § 60a AufenthG erlassen,²⁸ denen mangels Zustimmung des Bundesrates freilich keine Verbindlichkeit

²³ Damit eng verbunden ist § 18a Abs. 1a AufenthG, der im Anschluss an die erfolgreiche Ausbildung einen Anspruch auf eine zweijährige Beschäftigungsduldung verbürgt. Gemeinsam bilden die beiden Normen die sog. 3 + 2 Regelung, näher dazu *Martin Fleuß* Die Ausbildungsduldung im Sinne des § 60a Abs. 2 S. 4 bis 12 AufenthG, *VerwArch* 2018, 261 ff.

²⁴ Zuvor handelte es sich um eine Ermessensnorm und die Tatbestandsvoraussetzungen wurden modifiziert. Die Neuregelung erfolgte ohne unionsrechtliche Induzierung.

²⁵ Darüber hinaus muss die Berufsausbildung in einem „staatlich anerkannten oder vergleichbar geregelten Ausbildungsberuf“ stattfinden (§ 60a Abs. 2 S. 4 AufenthG) und es darf weder eine strafrechtliche Verurteilung im Sinne von § 60a Abs. 2 S. 6 AufenthG noch ein Fall des § 60a Abs. 6 AufenthG (Ausschluss der Erlaubnis zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit bei Duldung) vorliegen.

²⁶ Dazu *Winfried Kluth/Wolfgang Breidenbach* in: Winfried Kluth/Andreas Heusch (Hrsg.) *BeckOK Ausländerrecht*, 2018, § 60a AufenthG Rn. 27 (2018).

²⁷ In diesem Zusammenhang ist nicht zuletzt fraglich, ob in Fällen der Ausbildungsduldung, soweit die Ausbildung an sich als erlaubnispflichtige Tätigkeit i.S.d. § 4 Abs. 3 S. 3 AufenthG zu qualifizieren wäre, eine Beschäftigungserlaubnis vonnöten ist, so VGH Kassel, Beschl. v. 21.4.2017, Az. 3 B 826/17, 3 D 828/17, Rn. 9 ff., juris; OVG Lüneburg, Beschl. v. 9.12.2016, Az. 8 ME 184/16, Rn. 6, juris; VG Münster, Beschl. v. 6.3.2017, Az. 8 L 391/17, Rn. 12, juris; anders wohl VGH Mannheim, Beschl. v. 13.10.2016, 11 S 1991/16, juris. Im Anschluss an die herrschende Auffassung erhebt sich die Frage, wie es miteinander in Einklang zu bringen ist, dass § 32 Abs. 1, 2 Nr. 2 BeschV für die Gewährung einer Ausbildungsduldung eine Tätigkeitserlaubnis voraussetzt, diese aber nur geduldeten Ausländern erteilt wird, dazu *Sebastian Röder/Philipp Wittmann* Aktuelle Rechtsfragen der Ausbildungsduldung, *ZAR* 2017, 345 (349).

²⁸ Allgemeine Anwendungshinweise des Bundesministeriums des Innern zur Duldungserteilung nach § 60a Aufenthaltsgesetz vom 30.5.2017, <<https://www.bmi.bund.de/Shared-Docs/downloads/DE/veroeffentlichungen/themen/migration/anwendungshinweise-duldungsregelung.html>> (Stand 29.10.2018).

zukommt.²⁹ Daneben existieren in mehreren Ländern teils untereinander divergierende Verwaltungsvorschriften.³⁰ Hier soll es genügen, auf eine Divergenz bzgl. der Auslegung des Tatbestandsmerkmals des „Nichtbevorstehens konkreter Maßnahmen zur Aufenthaltsbeendigung“³¹ hinzuweisen. Während die zentrale Ausländerbehörde Niederbayern in ständiger Praxis auf den Zeitpunkt ihrer eigenen Entscheidung über die Ausbildungsduldung abstellt(e),³² wird ganz überwiegend der Zeitpunkt der Antragstellung als maßgeblich qualifiziert.³³

Anlass meines zweiten Beispiels sind zwei im März 2018 ergangene divergierende Urteile des Verwaltungsgerichts Gelsenkirchen bzgl. der Gewährung sog. subsidiären Schutzes nach dem Asylgesetz. Beide Verfahren betrafen Klagen irakischer Staatsangehöriger aus Bagdad.³⁴ Voraussetzung für die Gewährung subsidiären Schutzes ist nach § 4 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 AsylG sowie Art. 15 lit. c) der sog. EU-Qualifikationsrichtlinie³⁵ eine „ernsthafte individuelle Bedrohung“ für Leib oder Leben des Aus-

²⁹ Art. 84 Abs. 2 GG verlangt für den Erlass allgemeiner Verwaltungsvorschriften der Bundesregierung die Zustimmung des Bundesrates.

³⁰ Überblick über die Erlasse der Länder zur Ausbildungsduldung bei *Kirsten Eichler* Die Ausbildungsduldung nach § 60a Abs. 2 S. 4 ff. AufenthG, 2. Aufl. 2018, <https://www.der-paritaetische.de/fileadmin/user_upload/Publikationen/doc/2018-08_ausbildungsduldung-2018_web.pdf> (Stand 29.10.2018), 34.

³¹ Dies geschieht zudem verengt auf die Frage, auf welchen Zeitpunkt bzgl. des „Nichtbevorstehens“ von konkreten Aufenthaltsbeendigungsmaßnahmen abzustellen ist. Des Weiteren divergiert die Interpretation des Merkmals „konkrete Maßnahmen zur Aufenthaltsbeendigung“, dazu *Eichler* Ausbildungsduldung (Fn. 30), 11 ff.

³² Vgl. zu dieser Praxis die Antwort des *Bayerischen Staatsministeriums des Innern, für Bau und Verkehr* vom 16.10.2017 auf die schriftliche Anfrage der Abgeordneten *Ruth Müller* vom 11.9.2017 in LT-Drs.17/18662. Danach hat die entscheidende Ausländerbehörde es grundsätzlich selbst in der Hand, die Voraussetzungen für die Erteilung einer Ausbildungsduldung, die zum Zeitpunkt der Antragstellung gegeben sein mögen, nachträglich entfallen zu lassen, indem sie einschlägige Maßnahmen trifft oder abwartet. Anders deshalb zu Recht VGH München, Beschl. v. 22.1.2018, Az. 19 CE 18.51, juris; VGH BW, Beschl. v. 13.10.2016, Az. 11 S 1991/16, Rn. 20, juris; OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 22.11.2016, Az. OVG 12 S 61.16, Rn. 8, juris.

³³ Vgl. nur für Nordrhein-Westfalen: Runderlass des *Ministeriums für Kinder, Familie, Flüchtlinge und Integration* vom 17.5.2018, Az. 512-39.06.13-1-18-033, <https://recht.nrw.de/lmi/owa/br_bes_text?anw_nr=1&bes_id=38884&aufgehoben=N> (Stand 29.10.2018), Anlage, 19. Zu weiteren Nachweisen *Eichler* Ausbildungsduldung (Fn. 30), 13.

³⁴ Gemeinsam war den Klägern zudem ihre arabische Volks- und muslimisch-sunnitische Religionszugehörigkeit.

³⁵ RL 2011/95/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.12.2011 über Normen für die Anerkennung von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Personen mit Anspruch auf internationalen Schutz, für einen einheitlichen Status für Flüchtlinge oder für Personen mit Anrecht auf subsidiären Schutz und für den Inhalt des zu gewährenden Schutzes, ABl. L 337 v. 20.12.2012, 9–26, ber. ABl. L 167 v. 30.6.2017, 58.

länders in seinem Herkunftsland.³⁶ Die Unionsgerichtsbarkeit lässt bzgl. des Merkmals „ernsthafte individuelle Bedrohung“ jedwede substantielle Präzisierung³⁷ vermissen,³⁸ überlässt die Entscheidung vielmehr der Beurteilung der zuständigen mitgliedstaatlichen Behörden und Gerichte.³⁹ Das Bundesverwaltungsgericht verlangt für eine ernsthafte individuelle Bedrohung – vorbehaltlich des Vorliegens gefahrerhöhender persönlicher Umstände – „ein besonders hohes Niveau willkürlicher Gewalt“. Zur Feststellung desselben bedarf es zunächst einer möglichst validen, empirisch gesättigten Prognose zur Quantifizierung der Gefahr. Dies erfordert, die Gesamtzahl der in einem Gebiet lebenden Zivilpersonen mit der Zahl der (in jüngerer Zeit) durch Akte willkürlicher Gewalt verletzten und getöteten Zivilpersonen in eine prozentuale Relation zu setzen.⁴⁰ Daran anschließend hat die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung „ein besonders hohes

³⁶ Genauer verlangen § 4 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 AsylG und Art. 15 lit. c) RL 2011/95/EU „eine ernsthafte individuelle Bedrohung des Lebens oder der Unversehrtheit einer Zivilperson infolge willkürlicher Gewalt im Rahmen eines internationalen oder innerstaatlichen bewaffneten Konflikts“.

³⁷ Differenziert wird zwar zwischen Konstellationen mit und ohne „individuellen Gefährdungseinschlag“ und das Merkmal „ernsthafte individuelle Bedrohung“ erfährt allgemeine Umschreibungen, aber eben keine nennenswerte Präzisierung, vgl. dazu EuGH, 17.2.2009, Elgafaji, Rs. C-465/07, Rn. 35 ff.

³⁸ Im Unterschied dazu hat der EuGH die mitgliedstaatlichen Rechtsanwender bzgl. des Tatbestandsmerkmals „innerstaatlicher bewaffneter Konflikt“ auf eine (relativ) weite Auslegung festgelegt, EuGH, 30.1.2014, Diakite, Rs. C-285/12, Rn. 17 ff.

³⁹ Das bezieht sich auf Tatsachenfeststellung und Auslegung gleichermaßen, vgl. EuGH, 17.2.2009, Elgafaji, Rs. C-465/07, Rn. 35: „In diesem Zusammenhang ist das Adjektiv ‚individuell‘ dahin zu verstehen, dass es sich auf schädigende Eingriffe bezieht, die sich gegen Zivilpersonen ungeachtet ihrer Identität richten, wenn der den bestehenden bewaffneten Konflikt kennzeichnende Grad willkürlicher Gewalt nach der Beurteilung der zuständigen nationalen Behörden, die mit einem Antrag auf subsidiären Schutz befasst sind, oder der Gerichte eines Mitgliedstaats, bei denen eine Klage gegen die Ablehnung eines solchen Antrags anhängig ist, ein so hohes Niveau erreicht, dass stichhaltige Gründe für die Annahme bestehen, dass eine Zivilperson bei einer Rückkehr in das betreffende Land oder gegebenenfalls die betroffene Region allein durch ihre Anwesenheit im Gebiet dieses Landes oder dieser Region tatsächlich Gefahr laufe, einer ernsthaften Bedrohung im Sinne des Art. 15 Buchst. c der Richtlinie ausgesetzt zu sein.“

⁴⁰ BVerwGE 136, 160 (375 f. Rn. 33): Erforderlich ist „eine jedenfalls annäherungsweise quantitative Ermittlung der Gesamtzahl der in dem betreffenden Gebiet lebenden Zivilpersonen einerseits und der Akte willkürlicher Gewalt andererseits, die von den Konfliktparteien gegen Leib oder Leben von Zivilpersonen in diesem Gebiet verübt werden, sowie eine wertende Gesamtbetrachtung mit Blick auf die Anzahl der Opfer und die Schwere der Schädigungen (Todesfälle und Verletzungen) bei der Zivilbevölkerung.“ Das Etikett „wertende Gesamtbetrachtung“ verdeckt indessen, dass es sich jenseits der etwaigen Einbeziehung weiterer tatsächlicher Umstände um nichts anderes handelt, als die Subsumtion der empiriebasierten und prozentual bezifferten Gefahrprognose unter den unbestimmten Rechtsbegriff „ernsthafte individuelle Bedrohung“ und mithin um dessen Auslegung.

Niveau willkürlicher Gewalt“ etwa für Gefahrwahrscheinlichkeiten von 0,125%⁴¹, 0,18%⁴² und 0,19%⁴³ verneint. Gleichgerichtet hat die Kammer 8a des Verwaltungsgerichts Gelsenkirchen unter Zugrundelegung einer Opferwahrscheinlichkeit von 0,04% bis 0,056%⁴⁴ – unter Einbeziehung einer nicht unerheblichen Dunkelziffer – entschieden. Kammer 15a des Verwaltungsgerichts Gelsenkirchen hatte dagegen acht Tage zuvor die verfügbaren Quellen als Grundlage für eine verlässliche (prozentual quantifizierbare) Gefahrprognose für Iraker in Bagdad verworfen und den Klagen stattgegeben.⁴⁵

II. Rechtsanwendungsgleichheit im Bundesstaat des Grundgesetzes

1. Exekutive Rechtsanwendung

a) Anforderungen des allgemeinen Gleichheitssatzes gem. Art. 3 Abs. 1 GG

Das Gebot der Rechtsanwendungsgleichheit adressiert zunächst die Exekutive und ist zuallererst als Forderung des allgemeinen Gleichheitssatzes gem. Art. 3 Abs. 1 GG zu erörtern.⁴⁶

aa) Verbandseigener Gesetzesvollzug

Diesbezüglich wird zunächst der verbandseigene Vollzug und daran anschließend der Mehrebenenvollzug in den Blick genommen. Auf diese Weise lässt sich das mir gestellte Thema vom Allgemeinen zum Besonderen entfalten.

⁴¹ BVerwG, NVwZ 2012, 454 (456 Rn. 22 f.).

⁴² VGH München, Urt. v. 21.1.2010, 13a B 08.30283, Rn. 26 f., juris.

⁴³ OVG Münster, Beschl. v. 29.10.2010, 9 A 3642/06.A, Rn. 66 f., NRW.

⁴⁴ VG Gelsenkirchen, Urt. v. 15.3.2018, 8a K 1524/13.A, Rn. 72, juris. Ein Risikovergleich mit deutschen Städten fällt schwer, da die städtischen polizeilichen Kriminalstatistiken terroristische Anschläge nicht als eigenständige Kategorie ausweisen und „Gewaltkriminalität“ (z.B. 0,37% 2017 in Bochum, <https://bochum.polizei.nrw/sites/default/files/2018-03/Kriminalstatistik_Bo_2017_0.pdf> [Stand 29.10.2018, 12 f.]) mit „gewalttätigen Auseinandersetzungen“ nicht übereinstimmt. Nach Martin Schröder Warum es uns noch nie so gut ging und wir trotzdem ständig von Krisen reden, 2018, 207, lag die Wahrscheinlichkeit, im Jahr 2016 in Deutschland Opfer eines Terroranschlags zu werden, bei 26/82.000.000, entsprechend 0,00003171 %.

⁴⁵ VG Gelsenkirchen, Urt. v. 7.3.2018, 15a K 7127/16.A, juris.

⁴⁶ Landesverfassungsrechtliche Verbürgungen des allgemeinen Gleichheitssatzes eignen sich vorliegend nicht, über Art. 3 Abs. 1 GG hinausgehende Bindungen zu begründen und bleiben im Folgenden deshalb unberücksichtigt.

(1) *Intuitives vom Bundesverfassungsgericht –
Rechtsanwendungsgleichheit als Grundforderung des Rechtsstaats*

Bzgl. des bundeseigenen Vollzugs von Bundesrecht sowie des landeseigenen Vollzugs von Landesrecht mag man analog zur Gesetzgebung *prima facie* annehmen, dass eine uneinheitliche Rechtsanwendung im jeweiligen Hoheitsgebiet den allgemeinen Gleichheitssatz verletzt.⁴⁷ In den Worten des Bundesverfassungsgerichts: „Der allgemeine Gleichheitssatz gebietet Rechtsanwendungsgleichheit als eine Grundforderung des Rechtsstaats.“⁴⁸

(2) *Forschungsdieserant – Rechtsanwendungsgleichheit Allgemeiner Teil*

Aber wie harmoniert das allgegenwärtige Gleichbehandlung vor dem Gesetz implizierende bundesverfassungsgerichtliche Postulat mit einem auch verbandsintern nicht selten vielstimmigen Gesetzesvollzug?⁴⁹

(3) *Rechtsanwendungsgleichheit – kompetenzakzessorisch statt ubiquitär*

Die Antwort der herrschenden Literatur und der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung verwandelt die bundesverfassungsgerichtliche Verheißung allgegenwärtiger Rechtsanwendungsgleichheit in einen bloß kompetenzakzessorischen Grundsatz. So soll zwar jeder Sachbearbeiter sowie nach ganz h.M. auch jede Behörde⁵⁰ bzw. Stelle⁵¹ an die eigene

⁴⁷ Parallel zur ersten Gewalt ließe sich formulieren: Der jeweils zuständige Gesetzgeber darf für seinen räumlichen Zuständigkeitsbereich ohne sachlichen Grund keine räumlich differenzierenden abstrakt-generellen Regeln erlassen und daran anschließend verlangt Gleichheit vor dem Gesetz jedenfalls für den verbandseigenen Vollzug Gleichmäßigkeit im gesamten Bundes- bzw. Landesgebiet. In diesem Sinne als *Grundsatz* gar unter Inkludierung des verbandsfremden Vollzugs qualifiziert von *Puhl* Gleichheit (Fn. 13), 80; vgl. auch *Albert Bleckmann* Der allgemeine Gleichheitssatz beim Zusammenwirken des Europäischen Gemeinschaftsrechts mit dem nationalen Recht, NJW 1985, 2856 (2857 f.).

⁴⁸ BVerfGE 66, 331 (335 f.), dort im Kontext judikativer Rechtsanwendung.

⁴⁹ Wie bereits angesprochen stellt sich die Bindungsfrage nach Art eines allgemeinen Teils in gleicher Weise für die Anwendung von eigenem wie von fremdem, durch einen anderen Verband gesetztem Recht. Im Mehrebenensystem tritt die Frage hinzu, *soweit* man eine Bindung für den verbandseigenen Vollzug bejaht, ob und ggfs. inwieweit Rechtsanwendungsgleichheit auch ebenenübergreifend geschuldet ist. Vgl. zu Beispielen für verbandsintern divergierenden Gesetzesvollzug *Puhl* Gleichheit (Fn. 13), Fn. 87 und 92 mit Fn. 90.

⁵⁰ S. nur BVerwGE 5, 1 (8 f.); 70, 127 (132); OVG Koblenz, NVwZ-RR 2004, 50 (51); OVG Münster, DÖV 1953, 413; *Heun* in: Dreier (Fn. 5), Art. 3 Rn. 58; *Huster* in: Berliner Kommentar (Fn. 1), Art. 3 Rn. 47; *Kirchhof* Gleichheitssatz (Fn. 1), § 181 Rn. 35; *Heike Krieger* in: Bruno Schmidt-Bleibtreu/Hans Hofmann/Hans-Günter Henneke (Begr./Hrsg.) Grundgesetz, 14. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 27; *Nußberger* in: Sachs (Fn. 5), Art. 3 Rn. 81; *Jost Pietzcker* Der allgemeine Gleichheitssatz, in: Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier (Hrsg.) Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. V, 2013, § 125 Rn. 95; *Adal-*

Verwaltungspraxis gebunden sein; weiter soll die Bindung aber nicht reichen. Insbesondere würden die einer Behörde gesetzlich eingeräumten Entscheidungsspielräume nicht durch die Entscheidungen anderer Behörden verengt.

Zur Begründung dieser Position wird meist (allein) auf gleichgerichtete bundesverfassungsgerichtliche Formulierungen Bezug genommen, wo es etwa heißt: „Verschiedene Auslegung und Anwendung derselben Rechtsvorschriften durch verschiedene Behörden oder Gerichte verletzen noch kein Verfassungsrecht.“⁵² Indes stammt dieses Zitat ebenso wie andere regelmäßig in Bezug genommene bundesverfassungsgerichtliche Zitate⁵³ aus Urteilen, welche zu divergierenden Entscheidungen von Behörden *verschiedener* Länder ergangen sind. Gravierender noch fehlt es diesen bundesverfassungsgerichtlichen *obiter dicta*⁵⁴ an einer Begründung für die Nichtbindungsthese.

(4) *Rechtsanwendungsgleichheit – zurechnungs- und verantwortlichkeitsakzessorisch oder der Verband als monolithischer Block*

Soweit die zwischenbehördliche Nichtbindungsthese in der Literatur vereinzelt begründet wird, heißt es, Verwaltungshandeln werde stets der einzelnen Behörde *zugerechnet*⁵⁵ bzw. nur diese trete dem Bürger gegenüber in Erscheinung und sei für die Entscheidung *verantwortlich*.⁵⁶ Tho-

bert Podlech Gehalt und Funktionen des allgemeinen verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes, 1971, 130; Wolfgang Rübner in: Wolfgang Kahl/Christian Waldhoff/Christian Walter (Hrsg.) Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 2018, Art. 3 Abs. 1 Rn. 162 (1992); Wollenschläger in: von Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 1), Art. 3 Abs. 1 Rn. 196; Boysen in: von Münch/Kunig (Fn. 6) Art. 3 Rn. 67.

⁵¹ Jarass in: ders./Pieroth (Fn. 6), Art. 3 Rn. 3, 13.

⁵² BVerfGE 21, 87 (91).

⁵³ Bezugnahmen erfolgen zudem auf BVerfGE 75, 329 (347); 76, 1 (73); 79, 127 (158) sowie häufig BVerfGE 1, 82 (85): „Beruht aber die abweichende Entscheidung verschiedener Behörden zu denselben Bestimmungen auf einer verschiedenartigen Rechtsauslegung, so liegt darin nicht eine Verletzung des verfassungsmäßigen Grundrechts der Gleichheit vor dem Gesetz, sondern es könnte sich lediglich in dem einen Falle der verschiedenartigen Entscheidungen um eine unrichtige Rechtsauslegung und damit um eine unrichtige Entscheidung handeln.“

⁵⁴ Um solche handelt es sich, weil es fallbezogen ausgereicht hätte, eine Bindung im Verhältnis von Behörden verschiedener Verbände zu verneinen. Das wiedergegebene Zitat des Bundesverfassungsgerichts geht aber wie weitere – etwa das in Fn. 53 angeführte Zitat – in seiner rechtlichen Aussage darüber hinaus, adressiert es doch auch Konstellationen unterschiedlicher Rechtsanwendung von Behörden ein und desselben Verbandes.

⁵⁵ Günter Dürig in: Theodor Maunz/ders. (Begr.) Grundgesetz, Art. 3 Rn. 440 f. (1973); ferner Jarass in: ders./Pieroth (Fn. 6), Art. 3 Rn. 13.

⁵⁶ Maximilian Wallerath Die Selbstbindung der Verwaltung, 1968, 76 ff.

mas Puhl hat diesen „Argumenten“ Unschärfe, gar Zirkelschlüssigkeit vorgeworfen,⁵⁷ sei die gleichheitsrechtliche Fragestellung doch gerade auf die Zurechnungs- und Verantwortlichkeitsfrage gerichtet. Eine Durchbrechung des Grundsatzes der Gleichheit vor dem Gesetz bedürfe einer verfassungsinternen Anknüpfung. Daran fehle es aber jenseits einer Kompetenzübertragung im Sinne von Art. 83 GG. Soweit Bundesrecht durch den Bund und Landesrecht durch die Länder vollzogen werde, bleibe es bei einer strikten Bindung an den Gleichheitssatz.⁵⁸

Dem ist insoweit zuzustimmen, als ein Abweichen von verfassungsrechtlich (*prima facie*) Gebotenem, etwa des durch Art. 3 Abs. 1 GG Gebotenen, der verfassungsinternen Rechtfertigung bedarf. Nicht dargetan ist indes, dass der Normbefehl des Art. 3 Abs. 1 GG exekutives Verhalten stets als solches des zugehörigen Verbandes qualifiziert. Anders formuliert: Puhl hat die Zurechnungskonstruktion der Gegenposition zwar zu Recht als zirkelschlüssig qualifiziert, selbst aber schlicht unterstellt, dass Art. 3 Abs. 1 GG die Zurechnung im Sinne der Verbandszugehörigkeit geregelt hat. Und damit ist man auf die Interpretation von Art. 3 Abs. 1 GG zurückgeworfen.

(5) *Rechtsanwendungsgleichheit – in der Reihe und in der Zeit*

Insoweit ist der Fokus auf die nur vermeintlich vom Adressaten der Rechtsanwendungsgleichheit abschweifende Frage zu richten, ob der Gleichheitssatz jenseits der Gleichheit in der Reihe auch die Gleichheit in der Zeit schützt. Diese Frage wird zwar bzgl. einer Selbstbindung der Legislative weitgehend verneint⁵⁹ und bzgl. einer Selbstbindung der Judikative kontrovers diskutiert,⁶⁰ bzgl. der normvollziehenden Exekutive aber

⁵⁷ Puhl Gleichheit (Fn. 13), 97: „bestenfalls ein unscharfes Etikett für die Fragestellung, trägt aber zu deren Beantwortung kaum bei“. Jenseits von Puhl wird die vereinzelt vertretene Gegenposition zur h.M. – soweit ersichtlich – kaum substantiell begründet, s. aber Otto Bachof Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwGE 4–12), JZ 1962, 399 (402); Podlech Gehalt (Fn. 50), 129 f.

⁵⁸ Andernfalls – die suggestive Kraft dieses Beispiels mag ein jeder auf sich wirken lassen – dürften in Baden-Württemberg 206 untere Baurechtsbehörden 206 unterschiedliche Antworten auf die Frage geben, ab welchem Zeitraum einer faktisch-passiven Duldung eines Schwarzbaus eine Abrissverfügung ausgeschlossen ist. In Konsequenz all dessen sei jede staatliche Stelle des jeweils zuständigen Verwaltungsträgers im Rahmen des ihr rechtlich und faktisch Möglichen in der Pflicht, durch Verwaltungsvorschriften und gegebenenfalls Einzelweisungen für eine gleichheitskonforme Ausfüllung gesetzlicher Konkretisierungsspielräume zu sorgen, Puhl Gleichheit (Fn. 13), 88 ff.

⁵⁹ Uwe Kischel in: Volker Epping/Christian Hillgruber (Hrsg.) BeckOK Grundgesetz, 2018, Art. 3 Rn. 102 (2018); Heun in: Dreier (Fn. 5) Art. 3 Rn. 39 ff.; Wollenschläger in: von Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 1), Art. 3 Rn. 213; Krieger in: Schmidt-Bleibtreu (Fn. 50), Art. 3 Rn. 47; anders Kirchhof Gleichheitssatz (Fn. 1), Rn. 224.

⁶⁰ Dazu unten II. 2. b).

kaum einmal dezidiert gestellt. Vielmehr heißt es weitgehend stereotyp, eine Bindung an eine bestehende Verwaltungspraxis aus Art. 3 Abs. 1 GG bestehe solange, als keine grundsätzliche Änderung dieser Praxis herbeigeführt werden soll, und hinzugefügt, dass eine solche Änderung begründungspflichtig sei.⁶¹ Für die exekutive Rechtsanwendung wird eine Bindung an den Gleichheitssatz in der Zeit mithin (nahezu) einmütig bejaht.

Demgegenüber möchte ich zeigen, dass eine schrittweise Rekonstruktion und Decodierung des herrschenden Narrativs dieses in sein Gegenteil verkehrt. Nochmal: Die Behauptung lautet, es bestehe eine Bindung durch den Gleichheitssatz an vorgängige Entscheidungen und eine Lösung von dieser Bindung sei rechtfertigungsbedürftig. Das überzeugt nicht und zwar aus einem Grunde, der ob seiner schlichten Anknüpfung an das Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG auf den ersten Blick überraschen mag. Lassen Sie mich *Erich Kaufmann* in Erinnerung rufen: Die Rechtsanwendungsgleichheit (im engeren Sinne) folgt bereits aus der Bindung des Rechtsanwenders an das gesetzte Recht. Das Grundgesetz bringt diese Gesetzesbindung in Art. 20 Abs. 3 zum Ausdruck und zwar ohne die exekutive Rechtsanwendung im weiteren Sinne auszunehmen. Infolgedessen ist der jeweils zur Entscheidung berufene Amtswalter trotz einer fehlenden Determinierung seiner Entscheidung gem. Art. 20 Abs. 3 GG zur im Rechtssinne (für ihn) bestmöglich begründeten Entscheidung verpflichtet.⁶² Rechtsstaatlich gebundene Rechtsanwendung auferlegt dem Rechtsanwender die Interpretation des Rechts als hermeneutischen Prozess – und zwar jedes Mal aufs Neue und ohne dass der Gleichheitssatz eine Kontinuität der Rechtsanwendung in der Zeit auch nur *prima facie* verlangt.⁶³ Und obwohl

⁶¹ *Heun* in: Dreier (Fn. 5), Art. 3 Rn. 58; *Jarass* in: ders./Pieroth (Fn. 6), Art. 3 Rn. 44; *Thorsten Kingreen/Ralf Poscher* Grundrechte, 34. Aufl. 2018, Rn. 589; *Michael Klopfer* Staatsrecht, Bd. II, 2010, § 59 Rn. 52; *Krieger* in: Schmidt-Bleibtreu (Fn. 50), Art. 3 Rn. 19; *Nußberger* in: Sachs (Fn. 5), Art. 3 Rn. 118; *Boysen* in: von Münch/Kunig (Fn. 6), Art. 3 Rn. 78. Des Weiteren wird bei Bestehen von einschlägigen Verwaltungsvorschriften eine über Art. 3 Abs. 1 GG vermittelte Bindung an diese schon für die erste Entscheidung angenommen, wird doch eine dementsprechende gleichmäßige Beachtung der Verwaltungsvorschriften antizipiert, s. nur *Kingreen/Poscher* ebd. Rn. 589; *Hartmut Maurer/Christian Waldhoff* Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl. 2017, § 24 Rn. 27 f.; *Winfried Kluth* in: Hans. J. Wolff/Otto Bachof/Rolf Stober/ders. (Begr./Hrsg.) Verwaltungsrecht I, 13. Aufl. 2017, § 31 Rn. 62.

⁶² Nur diese Grundposition vermag im Übrigen (bruchlos) zu erklären, warum unbestimmte Rechtsbegriffe gerichtlich voll überprüfbar sind. Und diese Position hat der Gesetzgeber etwa in § 35a VwVfG im Umkehrschluss zweifelsfrei rezipiert.

⁶³ Dessen unbeschadet sind Änderungen der Entscheidungspraxis die statistisch seltene Ausnahme. Vgl. zu Rechtsprechungsänderungen die quantitative Untersuchung von *Lorenz Kähler* Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung, 2. Aufl. 2011, 96 ff.; zum US Supreme Court *Michael J. Gerhardt* The Power of Precedent, 2008, 34 f.

Ermessensbetätigung nicht als hermeneutischer Prozess zu qualifizieren ist, verpflichten Ermessensnormen den Entscheider grundsätzlich in jedem Einzelfall aufs Neue zur Betätigung des Ermessens für den jeweiligen Einzelfall.⁶⁴

Die hier vertretene Ablehnung jeglicher (Selbst)Bindung durch den Gleichheitssatz in der Zeit tritt dem herrschenden Narrativ einer Bindung an vorgängige Entscheidungen also dogmatisch-konstruktiv entschieden entgegen, ist aber in der Sache mit ihm versöhnbar, soweit nicht mehr gefordert wird als eine bloße Begründung für das Abweichen von der vorgängigen Entscheidungspraxis. Anderes gilt, soweit „besondere Gründe“ für das Abweichen von einer vorgängigen Praxis verlangt werden, also mehr als die bloße Begründung der Entscheidung aufgrund gewandelter oder im Vergleich zu anderen Entscheidern abweichender rechtlicher Einsichten⁶⁵ – oder gar gefordert wird, dass ein Beibehalten der geübten Praxis „willkürlich“ wäre.⁶⁶

Wieso die Exekutive durch den Gleichheitssatz zu einer solchen *materiell* qualifizierten Begründung bzw. Rechtfertigung jenseits einer bereits begründeten Normauslegung und -anwendung verpflichtet sein soll, ist

⁶⁴ Auf dieser Grundlage ergibt sich im Übrigen für den rechtsdogmatischen Umgang mit der „Gleichheit im Unrecht“ eine klare Konzeption. Wenn das Gebot der Rechtsanwendungsgleichheit in der Zeit von vornherein nicht wirksam wird und der Rechtsanwender gem. Art. 20 Abs. 3 GG an das Gesetz gebunden ist, muss er sich in seiner Entscheidung nicht an in der Vergangenheit liegenden rechtswidrigen Entscheidungen orientieren. Eine Rechtsanwendung, welche sich von einer rechtswidrigen Rechtsanwendungspraxis löst, gerät folglich nicht einmal *prima facie* in Konflikt mit dem Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG; vgl. auch *Heun* in: Dreier (Fn. 5), Art. 3 Rn. 61; *Krieger* in: Schmidt-Bleibtreu (Fn. 50), Art. 3 Rn. 19; *Wilfried Erbguth/Annette Guckelberger* Allgemeines Verwaltungsrecht, 9. Aufl. 2018, § 14 Rn. 47; *Pöschl* Gleichheit (Fn. 13), 754 f. und für den unionsrechtlichen Kontext *Walter Frenz* Handbuch Europarecht, Bd. 4, Europäische Grundrechte, 2009, Rn. 3204; *Thorsten Kingreen* in: Dirk Ehlers (Hrsg.) Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 4. Aufl. 2014, § 21 Rn. 15; *Kerstin Odendahl* in: Sebastian Heselhaus/Carsten Nowak (Hrsg.) Handbuch der Europäischen Grundrechte, 2006, § 43 Rn. 24; *Matthias Rossi* in: Christian Calliess/Matthias Ruffert (Hrsg.) EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 20 GRC Rn. 16. Wer dies anders sieht, hat zu begründen bzw. zu rechtfertigen, warum resp. ob und unter welchen Voraussetzungen von der vorgängigen rechtswidrigen Praxis abgewichen werden darf, in diesem Sinne *Nußberger* in: Sachs (Fn. 5), Art. 3 Rn. 46 ff.; *Rudolf Streinz* in: ders. (Hrsg.) EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 20 GRC Rn. 12.

⁶⁵ *Dürig* in: Maunz/ders. (Fn. 55) Art. 3 Rn. 450; *Kischel* in: BeckOK GG (Fn. 59) Art. 3 Rn. 113; *Schladebach* Rechtsanwendungsgleichheit (Fn. 19), 1243; *Jarass* in: ders./Pieroth (Fn. 6), Art. 3 Rn. 35; *Wollenschläger* in: von Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 1), Art. 3 Abs. 1 Rn. 192; wohl auch *Boysen* in: von Münch/Kunig (Fn. 6), Art. 3 Rn. 37 u. 78; *Franz-Joseph Peine* Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Aufl. 2014, Rn. 139, 223.

⁶⁶ *Gerhard Leibholz* Die Gleichheit vor dem Gesetz – Eine Studie auf rechtsvergleichender und rechtsphilosophischer Grundlage, 2. Aufl. 1959, 161.

begründungspflichtig, aber wohl nicht begründbar.⁶⁷ Das mag nicht zuletzt eine BGH-Rechtsprechung illustrieren, wonach Rechtsprechungsänderungen⁶⁸ nicht bereits aus Gründen besserer Rechtserkenntnis zulässig sein sollen, sondern „zwingender gegenteiliger Argumente“⁶⁹ resp. „deutlich überwiegende(r) oder sogar schlechthin zwingende(r) Gründe“ bedürfen.⁷⁰ Gestützt wird diese Position auf „Rechtswerte der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes“⁷¹, ohne dass eine verfassungsrechtliche Verortung dieser „Rechtswerte“ erfolgt.⁷² Vor allem aber vermag es der BGH selbst nicht, diese programmatischen Aussagen in eine kohärente Rechtsprechungspraxis zu überführen, werden eigene Rechtsprechungsänderungen doch ohne Rekurs auf „deutlich überwiegende oder sogar schlechthin zwingende Gründe“ legitimiert.⁷³ Dies ist nicht zu kritisieren; vielmehr

⁶⁷ Zutreffende Kritik bei *Hartmut Maurer* Kontinuitätsgewähr und Vertrauensschutz, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.) *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. IV, 3. Aufl. 2006, § 79 Rn. 142 f.; ferner *Puhl* Gleichheit (Fn. 13), Rn. 144; BVerwGE 46, 89 (90 f.); 104, 220 (223 ff.).

⁶⁸ Unter einer Rechtsprechungsänderung wird hier verstanden, dass über die gleiche Rechtsfrage ein weiteres Mal entschieden wird und die neuerliche Bewertung von der vorherigen abweicht, s. auch *Stefan Lunk* Vertrauensschutz in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, in: Michael Martinek/Peter Rawert/Birgit Weitemeyer (Hrsg.) *Festschrift Dieter Reuter*, 2010, 689 (694); *Frank Rosenkranz* Die Beschränkung der Rückwirkung von Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs, 2015, 63.

⁶⁹ BGHZ 68, 225 (237) und bereits BGHZ 66, 8 (13), wonach durch eine Rechtsprechung ein „grundsätzlich zu beachtender Vertrauenstatbestand geschaffen [worden sei], den zu beseitigen sich nur aus ganz schwerwiegenden Gründen rechtfertigen ließe.“

⁷⁰ BGHZ 85, 64 (66).

⁷¹ BGHZ 85, 64 (66). Bereits BGHZ 52, 365 (370) rekurriert insofern auf „Gründe der materiellen Gerechtigkeit oder der Rechtssicherheit“ und den „Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes“. Ebenso BGHZ 132, 6 (11), wo diesbezüglich die Rede ist von „Schranken aus dem rechtsstaatlichen Prinzip der Rechtssicherheit, welche für den Bürger in erster Linie Vertrauensschutz bedeutet.“ Instruktiv zu dieser Rechtsprechung *Franz Bydlinski* Richterrecht über Richterrecht – Der Bundesgerichtshof in Zivilsachen zur beschränkten Bindungskraft von Präjudizien, in: Claus-Wilhelm Canaris/Andreas Heldrich (Hrsg.) 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. I, 2000, 3 ff.

⁷² Ein Anknüpfungspunkt für die Notwendigkeit des Vorliegens qualifizierter, also besonders gewichtiger Gründe wegen des Abweichens von einer bestehenden Entscheidungspraxis mag sich *im Einzelfall* aus Vertrauensschutzgesichtspunkten ergeben. Insoweit lässt sich an die bundesverfassungsgerichtliche Rechtsprechung zur Zulässigkeit von Rechtsprechungsänderungen anknüpfen, vgl. nur BVerfGE 78, 123 (126 f.); 122, 248 (277 f.).

⁷³ Näher dazu *Payandeh* Judikative Rechtserzeugung (Fn. 14), 310 ff. Streng genommen – man mag es auch spitzfindig nennen – liegt in dieser Nichtbeachtung der selbst gestellten Anforderungen an eine Rechtsprechungsänderung selbst eine Rechtsprechungsänderung, welche nach den Prämissen des BGH ihrerseits durch „deutlich überwiegende oder sogar schlechthin zwingende Gründe“ gerechtfertigt werden müsse – soweit man nicht annimmt, dass der BGH die postulierten Anforderungen an eine Rechtsprechungsänderung

zeigt sich darin die Unhaltbarkeit einer Programmatik, welche beim Wort genommen für die Zulässigkeit von Rechtsprechungsänderungen grobe Fahrlässigkeit verlangt, nämlich sich selbst zuvor beständig einer signifikant plausibleren Auslegung verschlossen und missachtet zu haben, was jedem hätte einleuchten müssen. Nach allem verpflichtet der Gleichheitssatz die Exekutive „lediglich“ bei zeitgleichen Entscheidungen⁷⁴ zur gleichmäßigen Rechtsanwendung.⁷⁵

bb) Mehrebenenvollzug

Im Mehrebenenvollzug nach Art. 83 GG sowie bei einem gemeindlichen Vollzug von Bundes- oder Landesrecht im Bereich weisungsfreier Selbstverwaltungsangelegenheiten⁷⁶ ist eine ebenenübergreifende Bindung an

(implizit) durch die eigene Praxis aufgegeben hat und folglich schon im ersten Falle eines Abweichens von diesen Anforderungen keine „deutlich überwiegenden oder sogar schlechthin zwingenden Gründe“ mehr vorbringen muss.

⁷⁴ Ein Beispiel bilden Ermessensentscheidungen über die Erteilung von Platzverweisen gegenüber allen friedlichen Teilnehmern einer gewalttätigen Versammlung in einem bestimmten Zeitpunkt.

⁷⁵ Daraus folgt allerdings nicht, dass die Exekutive bei der Rechtsanwendung im weiteren Sinne jenseits mehrerer gleichzeitiger Entscheidungen niemals durch den Gleichheitssatz auf eine Norminterpretation bzw. Ermessensausübung festgelegt sein kann. Vielmehr existiert im Einzelfall eine gesetzesakzessorische Bindung der Rechtsanwendung an den Gleichheitssatz. Der Gleichheitssatz verpflichtet die Exekutive in Verbindung mit der in Art. 20 Abs. 3 GG verankerten Gesetzesbindung auf eine bestimmte Norminterpretation, wenn jede andere Entscheidung im Vergleich mit einer anderen im Entscheidungszeitpunkt (eindeutig) geltenden gesetzlichen Regelung eine mit Art. 3 Abs. 1 GG unvereinbare Ungleichbehandlung verursachte. Art. 20 Abs. 3 GG bewirkt in diesem Zusammenhang, dass zur Vermeidung eines Verstoßes gegen den Gleichheitssatz nicht etwa der Gesetzgeber sich an die norminterpretierende Exekutive (oder Judikative), sondern die gesetzesgebundene zweite und dritte Gewalt an die Vorgaben der ersten Gewalt anpassen muss. Verglichen wird also nicht mit einer früheren Entscheidungspraxis, sondern mit gesetzlich eindeutig geregelten Fällen, wobei die gleichen Kriterien zur Bestimmung des Prüfungsmaßstabs in Gestalt der Willkürformel bzw. der sog. Neue Formel (so BVerfGE 58, 369 [373 f.]) anzulegen sind wie beim Gebot der Rechtsetzungsgleichheit. Der Gleichheitssatz adressiert die exekutive als auch die judikative Rechtsanwendung (dazu BVerfGE 58, 369 [373 ff.]) insoweit nicht als Gebot gleichmäßiger Auslegung und Anwendung einer bestimmten Norm, sondern entsprechend der für den Gesetzgeber zu Art. 3 Abs. 1 GG entwickelten Dogmatik der Rechtsetzungsgleichheit und mithin im Sinne einer gesetzesakzessorischen Bindung der Rechtsanwendung an den Gleichheitssatz. Auf Grund dieses Wirkungsmechanismus scheidet eine Abbeviatur als „gesetzesakzessorische Rechtsanwendungsgleichheit“ aus, geht es doch nicht um eine Gleichheit der Rechtsanwendung.

⁷⁶ Zur insoweit notwendigen Differenzierung zwischen Selbstverwaltungsaufgaben und Staatsaufgaben *Puhl* Gleichheit (Fn. 13), 92 f. mit Fn. 93–95.

den Gleichheitssatz abzulehnen.⁷⁷ Diese ganz herrschende Position⁷⁸ erfolgt regelmäßig und zu Recht unter schlichtem Hinweis auf die entsprechende grundgesetzliche Kompetenzzuteilung.

b) Verfassungsrechtlich geschuldete gleiche Rechtsanwendung jenseits des Gleichheitssatzes

aa) Bundestreue/Teleologie der Kompetenzzuordnung

Jenseits des Gleichheitssatzes wird ein verbandsübergreifendes Gebot exekutiver Rechtsanwendungsgleichheit verfassungsrechtlich mit dem Grundsatz der Bundestreue⁷⁹ sowie mit dem Sinn und Zweck verfassungsrechtlicher Kompetenzübertragungen, namentlich an den Bund, in Verbindung gebracht.⁸⁰ Diese Anknüpfungen sind aber von vornherein nicht dazu geeignet, die im Einzelfall entscheidende Exekutive an ein fremdes Entscheidungsverhalten zu binden⁸¹ – schon weil nicht dargetan wird und sinnvoll auch nicht dargetan werden kann, wer wen durch sein Entscheidungsverhalten wann bindet.⁸²

bb) Vertrauensschutz

Das Bundesverfassungsrecht hat zutreffend judiziert, dass der Einzelne aus Gründen des Vertrauensschutzes grundsätzlich keinen Anspruch auf Gleichheit in der Rechtsanwendung reklamieren kann.⁸³ Anders als das

⁷⁷ Insoweit ist nicht erforderlich, dass das Grundgesetz einen Mehrebenenvollzug verbindlich vorsieht. Es genügt, wenn die Verfassung autonome Entscheidungsspielräume der Verwaltung zulässt bzw. deren Begründung verlangt.

⁷⁸ Vgl. nur BVerfGE 21, 54 (68); 76, 1 (73); BVerfGE 70, 127 (132); BFHE 144, 9 (14); *Boysen* Gleichheit (Fn. 13), 215 ff.; *Puhl* Gleichheit (Fn. 13), 80 f.

⁷⁹ Vgl. *Dittmann* Gleichheitssatz (Fn. 13), 238; *Hartmut Bauer* Die Bundestreue, 1991, 330 f.; *Holger Vogel* Ungleichheiten beim Vollzug von Steuergesetzen im Bundesstaat, 2000, 278 ff.

⁸⁰ *Dittmann* Gleichheitssatz (Fn. 13), 230 f.

⁸¹ Als Adressaten kommen – worauf noch zurückzukommen sein wird (unten II. 3.) – allein der oder die Gesetzgeber resp. die Ministerialbürokratie in Betracht, welche durch Gesetzgebung, Verwaltungsvorschriften oder Koordination zwischen den Ländern für eine einheitliche Rechtsanwendung sorgen könnten.

⁸² Schwieriger zu beurteilen ist eine von anderen Rechtsanwendungen abweichende Rechtsanwendung, die ob ihrer Abweichung eine (massive) Beeinträchtigung eines Freiheitsgrundrechts bewirkt. Diskutiert wird diese Frage – soweit ersichtlich – bislang allein und im Anschluss an das erste Numerus clausus-Urteil des Bundesverfassungsgerichts mit Blick auf unterschiedliche *gesetzliche* Regelungen der Länder, dazu *Engels* Chancengleichheit (Fn. 13), 130 ff.

⁸³ Bezogen auf die Judikative BVerfGE 122, 248 (277): „Die Änderung einer ständigen höchstrichterlichen Rechtsprechung ist auch unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschut-

Willkürverbot⁸⁴ kann der rechtsstaatlich oder/und grundrechtlich fundierte Grundsatz des Vertrauensschutzes die Exekutive aber im Einzelfall auf Kontinuität in der Rechtsanwendung verpflichten.⁸⁵ Dies ist freilich kein spezifischer Ausdruck des Gleichheitssatzes und der Rechtsanwendungsgleichheit und hier deshalb nicht zu vertiefen.

c) *Conclusio und Kontextualisierung unter Einbeziehung verwaltungsinterner und judikativer Überformung*

Aus Art. 3 Abs. 1 GG folgt im Mehrebenenvollzug kein Gebot gleicher Rechtsanwendung und bzgl. des verbandseigenen Normvollzugs sind nur zeitgleiche Rechtsanwendungsentscheidungen adressiert. Dessen unbe-

zes grundsätzlich dann unbedenklich, wenn sie hinreichend begründet ist und sich im Rahmen einer vorhersehbaren Entwicklung hält“. S. auch BVerfGE 84, 212 (227 f.); 38, 386 (397). Bezogen auf die Exekutive BVerwGE 46, 89 (90 f.). Instruktiv dazu *Kryll-A. Schwarz* Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip – Eine Analyse des nationalen Rechts, des Gemeinschaftsrechts und der Beziehungen zwischen beiden Rechtskreisen, 2002, insb. 351 ff., 363 ff.; *Anna Leisner* Kontinuität als Verfassungsprinzip, 2002, 591 ff., 615 ff.; *Manfred Löwisch* Vertrauensschutz bei Rechtsprechungsänderungen aus der Sicht des Bundesarbeitsgerichts, in: Die Arbeitsgerichtsbarkeit, Festschrift zum 100-jährigen Bestehen des Deutschen Arbeitsgerichtsverbandes, 1994, 601 (610 ff.).

⁸⁴ Im Anschluss an eine bundesverfassungsgerichtliche Judikatur, welche judikativer Rechtsanwendungsungleichheit eine in Art. 3 Abs. 1 GG wurzelnde Willkürgrenze setzt, mag man die bislang – soweit ersichtlich – nicht gestellte Frage aufwerfen, ob eine solche Grenze auch für die exekutive Rechtsanwendung gilt. Verletzt ist das Willkürverbot nach der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung u.a., wenn ein Gericht für seine von der ständigen bzw. höchstrichterlichen Rechtsprechung abweichende Position jegliche Begründung schuldig bleibt, vgl. BVerfG, Beschl. v. 7.7.2014, Az. 1 BvR 1063/14, Rn. 13, juris; BVerfG, NJW 2003, 501 (502); BVerfG, NJW 1995, 2911 (2911 f.). Als verletzt angesehen wird das Willkürverbot aber auch jenseits jeder Vergleichsperspektive, wenn ein Gericht eine offensichtlich einschlägige Norm nicht berücksichtigt oder den Inhalt einer Norm in krasser Weise missdeutet, BVerfGE 87, 273 (279); 83, 82 (85 ff.); 86, 59 (62 ff.). Bereits dieser weite und eben gleichheitsunspezifische Anwendungsbereich verdeutlicht, dass die Verankerung *dieses* Willkürverbots in Art. 3 Abs. 1 GG nicht überzeugt. Im vorliegenden Zusammenhang bedeutsamer ist aber noch, dass die begründungslose Abweichung von einer gängigen Praxis als Verstoß gegen das Willkürverbot jedenfalls keinen Anspruch des betroffenen Einzelnen auf Gleichheit in der Rechtsanwendung begründen, sondern zunächst nur zu einer Aufhebung der willkürlichen Entscheidung führen könnte, ohne dass die normvollziehende Behörde bei der Neuentscheidung durch die gerichtliche Entscheidung – sei es eine Kassation oder ein Bescheidungsurteil – auf eine Kontinuität in der Rechtsanwendung verpflichtet wäre. Eine Abweichung bedarf eben – wie soeben ausgeführt – „lediglich“ einer Begründung im Hinblick auf die Norminterpretation oder Ermessensausübung.

⁸⁵ Zur Judikative BVerfGE 122, 248 (278): „Soweit durch gefestigte Rechtsprechung ein Vertrauenstatbestand begründet wurde, kann diesem erforderlichenfalls durch Bestimmungen zur zeitlichen Anwendbarkeit oder Billigkeitserwägungen im Einzelfall Rechnung getragen werden.“ Zur Exekutive BVerfGE 49, 168 (186); BVerwGE 46, 89 (91).

schadet gewährleisten behördliche Weisungen sowie norminterpretierende oder ermessenslenkende Verwaltungsvorschriften in ihrem jeweiligen räumlichen Anwendungsbereich ob ihrer verwaltungsinternen Bindungswirkung Anwendungsgleichheit, bleibt eine Missachtung der Verwaltungsvorschriften auch im Außenverhältnis ohne Konsequenzen.⁸⁶ Jenseits des (grundsätzlich)⁸⁷ im politischen Ermessen stehenden Erlasses von Verwaltungsvorschriften resp. Weisungen zieht die Judikative einer Vielfalt exekutiver Rechtsanwendung auf der Grundlage einer nach wie vor weitgehend akzeptierten, von der Rechtsprechung praktizierten und vom Gesetzgeber rezipierten⁸⁸ Dogmatik insoweit eine Grenze, als unbestimmte Rechtsbegriffe und mithin ihre Auslegung und Anwendung durch die Exekutive gerichtlich voll überprüfbar sind.⁸⁹ Soweit der Exekutive freilich Ermessen sowie im Umgang mit unbestimmten Rechtsbegriffen ein Beurteilungsspielraum eingeräumt wird, vermag die Judikative nicht zur einheitlichen Rechtsanwendung beizutragen.

Wendet man sich vor diesem Hintergrund den skizzierten Divergenzen bei der Gewährung von Ausbildungsduldungen nach dem AufenthG zu, liegt darin, einerlei ob sie auf Entscheidungen der Behörden eines oder verschiedener Bundesländer beruhen, keine Verletzung des in Art. 3 Abs. 1 GG verbürgten Gebots der Rechtsanwendungsgleichheit. Norminterpretierende Verwaltungsvorschriften der Länder vermögen demgegenüber landesintern eine gleiche Rechtsanwendung der konkretisierten unbestimmten Rechtsbegriffe zu bewirken – etwa bzgl. des negativen Tatbestandsmerkmals „Nichtbevorstehen konkreter Maßnahmen zur Aufenthaltsbeendigung“.⁹⁰ Zur Gewährleistung einer bundeseinheitlichen Rechtsanwendung wäre erforderlich, dass die Bundesregierung mit Zustimmung des Bundesrates Verwaltungsvorschriften gem. Art. 84 Abs. 2 GG erlässt. Dessen unbesch-

⁸⁶ S. nur *Steffen Detterbeck* Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht, 16. Aufl. 2018, Rn. 867 ff. Eine Ausnahme wurde für normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften entwickelt. Grundlegend BVerwGE 72, 300 (320 f.); 107, 338 (341); 110, 216 (218), dazu *Joachim Wolf* Die Kompetenz der Verwaltung zur „Normsetzung“ durch Verwaltungsvorschriften, DÖV 1992, 849 (856 ff.); *Udo di Fabio* Verwaltungsvorschriften als ausgeübte Beurteilungsermächtigung, DVBl. 1992, 1338 (1344 ff.); *Hans Peter Bull/Veith Mehde* Allgemeines Verwaltungsrecht, 9. Aufl. 2015, Rn. 238 ff.

⁸⁷ Zu ausnahmsweise bestehenden Vereinheitlichungspflichten unten III. 3. b).

⁸⁸ Implizit aber unmissverständlich § 35a VwVfG.

⁸⁹ Ohne das bereits an dieser Stelle zu vertiefen, folgt aus der letztlich durch das Bundesverwaltungsgericht erfolgenden Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe des Bundesrechts, dass diese Auslegung anschließend – ungeachtet einer fehlenden Verbindlichkeit jenseits des zu entscheidenden Einzelfalls – regelmäßig von Exekutive (und Judikative) zu Grunde gelegt wird.

⁹⁰ Vgl. I. 3. mit Fn. 32 und 33.

det wird das Bundesverwaltungsgericht durch seine Auslegung der beurteilungsspielraumfreien unbestimmten Rechtsbegriffe des § 60a AufenthG *de facto* eine weitgehend bundeseinheitliche Rechtsanwendung herbeiführen.⁹¹

2. *Judikative Rechtsanwendung*

Habe ich bisher über die Judikative nur als Korrektiv ungleicher exekutiver Rechtsanwendung gesprochen, wende ich mich der Judikative nunmehr als Adressat des Gebots der Rechtsanwendungsgleichheit zu.⁹²

a) *Mehrebenenperspektive*

Anders als bzgl. Gesetzgebung und Verwaltung sind durch die Rechtsprechung bewirkte mehrerebenenspezifische Ungleichheiten kaum einmal Thema deutscher Bundesstaatlichkeit,⁹³ obschon das Grundgesetz Bund und Ländern auch auf dem Gebiet der Rechtsprechung Kompetenzen zuteilt. Danach ist die Errichtung der Gerichte gem. Art. 92 GG jenseits

⁹¹ Dies gilt umso mehr, als die Entscheidung über die Gewährung einer Aufenthaltsduldung nach der Novellierung von § 60a AufenthG nicht mehr als Ermessensentscheidung, sondern als gebundene Entscheidung ausgestaltet ist.

⁹² Nicht näher eingegangen werden kann auf das dem Kontext judikativer Rechtsanwendungsgleichheit zugehörige, aber systematisch bzw. intradisziplinär wenig beachteten Phänomen judikativen Ermessens. Bezeichnet ist damit die Nichtüberprüfbarkeit bzw. -ersetzbarkeit gerichtlicher Ermessensentscheidungen durch die Rechtsmittelgerichte. So wird den erstinstanzlichen Strafgerichten – im Falle einer Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils ggfs. auch der zweiten Instanz – ein nur auf Ermessensfehler überprüfbares Strafzumessungsermessen eingeräumt (vgl. *Walter Stree/Jörg Kinzig* in: Adolf Schönke/Horst Schröder [Begr.] Strafgesetzbuch, 29. Aufl. 2014, § 46 Rn. 68), ohne dass dies im Gesetz deutlich zum Ausdruck käme und obwohl die strafrechtliche Sanktionspraxis nach Bundesländern, OLG-Bezirken und gar Landgerichtsbezirken bei im Wesentlichen gleichen Sachverhalten seit Langem nicht unerheblich variiert. In der kriminologischen Forschung sind entsprechende Befunde valide dokumentiert, vgl. nur *Volker Grundies* Gleiches Recht für alle? – Eine empirische Analyse lokaler Unterschiede in der Sanktionspraxis in der Bundesrepublik Deutschland, in: Frank Neubacher/Nicole Bögelein (Hrsg.) *Krise – Kriminalität – Kriminologie*, 2016, 511 ff. und bereits für die 1920er Jahre *Franz Exner* Studien über die Strafzumessungspraxis der deutschen Gerichte, 1931. Dagegen billigt die zivilgerichtliche Rechtsprechung entgegen dem eindeutigen gesetzgeberischen Willen einem i.S.v. § 315 Abs. 3 S. 2 BGB erstentscheidenden Gericht kein vergleichbares Ermessen zu, vgl. *Volker Rieble* in: J. von Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 2, 2015, § 315 BGB Rn. 506. Auch wenn in diesen Divergenzen kein Verfassungsverstoß liegt, mag es doch lohnen, in einen fachsäulenübergreifenden Dialog darüber einzutreten.

⁹³ Paradigmatisch *Boysen* Gleichheit (Fn. 13), deren Diagnose föderativer Ungleichheiten im Bundesstaat der Bundesrepublik Deutschland sich auf Gesetzgebung und Verwaltung konzentriert, sowie *Engels* (Fn. 13), deren „Chancengleichheit und Bundesstaatsprinzip“ gewidmete Schrift der Rechtsprechung nicht einmal drei Seiten (58 ff.) widmet.

des Bundesverfassungsgerichts sowie der in Art. 95 und 96 GG genannten Bundesgerichte Sache der Länder. Infolgedessen sind die Gerichte der Länder gleichermaßen für die Anwendung von Landes- wie Bundesrecht zuständig. Aber anders als beim exekutiven Gesetzesvollzug i.S.v. Art. 83 GG⁹⁴ ist der Bund – im Rahmen des Instanzenzuges – befugt, durch seine Gerichte als oberste Gerichtshöfe, die Entscheidungen der durch die Länder eingerichteten Gerichte zu überprüfen, aufzuheben und zu ersetzen bzw. zur Neuentscheidung unter Beachtung seiner Rechtsauffassung zurückzuverweisen.⁹⁵ Dabei verfolgt die Errichtung der obersten Gerichtshöfe auf Bundesebene im Anschluss an Art. 95 Abs. 1 und 3 GG primär das Ziel einer einheitlichen Rechtsprechung bei der Auslegung und Anwendung von Bundesrecht.⁹⁶ Unbeschadet dessen besteht Einigkeit, dass sich aus Art. 95 Abs. 1 und 3 GG keine Bindung der Gerichte an die höchst- bzw. obergerichtliche Rechtsprechung jenseits des Einzelfalls ergibt.⁹⁷

⁹⁴ Im Rahmen des Vollzugs nach Art. 83 GG steht dem Bund in Gestalt der Bundesregierung zwar gem. Art. 84 Abs. 3 S. 1 GG die Rechtsaufsicht zu, er kann aber jenseits der Bundesauftragsverwaltung und Art. 84 Abs. 5 GG weder im Einzelfall eine verbindliche Weisung erteilen, noch die Einzelentscheidung im Nachhinein aufheben bzw. substituieren.

⁹⁵ Diese Überprüfungs-, Aufhebungs- und Ersetzungsbefugnisse sind freilich auch bezogen auf das Bundesrecht nicht bei den Bundesgerichten monopolisiert, sondern stehen jedem Rechtsmittelgericht im jeweiligen Instanzenzug zu.

⁹⁶ *Claus Dieter Classen* in: Hermann von Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck/Peter M. Huber/Andreas Voßkuhle (Begr./Hrsg.) Grundgesetz, Bd. III, 7. Aufl. 2018, Art. 92 Rn. 35; *Monika Jachmann* in: Theodor Maunz/Günter Dürig (Begr.) Grundgesetz, 2018, Art. 95 Rn. 17 (2011). Vgl. auch die Eigenaufgabenbeschreibung des BGH, <http://www.bundesgerichtshof.de/DE/DasGericht/dasGericht_node.html> (Stand 26.10.2018). Daneben tritt die „richtige“ Entscheidung des jeweiligen Einzelfalls, auch dazu *Classen* ebd., Art. 92 Rn. 35. Vgl. zur Entstehungsgeschichte von Art. 95 Abs. 1 GG die Berichte der Abgeordneten *Carlo Schmid* und *Georg August Zinn* aus den Sitzungen des Plenums bzw. des Hauptausschusses vom 6.5.1949, in: Hans-Peter Schneider/Jutta Kramer (Hrsg.) Das Grundgesetz – Dokumentation seiner Entstehung, Bd. 23 (Art. 92 bis 96), Teilband II, 2003, 1200 und 1202. Ohne dass damit ein Beitrag zur Gewährleistung von Rechtsanwendungsgleichheit im Mehrebenensystem Bundesstaat geleistet würde, eröffnet Art. 99 2. Alt. GG dem Landesgesetzgeber im Übrigen die Möglichkeit, den in Art. 95 Abs. 1 GG genannten Bundesgerichten für den letzten Rechtszug die Entscheidung in solchen Sachen zuzuweisen, bei denen es sich um die Anwendung von Landesrecht handelt.

⁹⁷ Für solche Bindungen mag es andere verfassungsrechtliche Anknüpfungen geben; diese können aber angesichts der Verteilung der Rechtsprechungskompetenzen im deutschen Bundesstaat ihre Wirkungen von vornherein nur mehrebenenunspecifisch entfalten. Wohl aber mag man aus Art. 95 GG ableiten, dass die Bindung von Untergerichten (z.B. AG) an die verbandseigene Rechtsprechung (z.B. zugehöriges OLG) nicht etwa stärker sein kann als die Bindung an die verbandsfremde Rechtsprechung der Bundesgerichte. Anders wohl *Christoph Gusy* Richterrecht und Grundgesetz, DÖV 1992, 461 (469).

b) *Bindung der Judikative an Art. 3 Abs. 1 GG*

Auch bzgl. der Judikative wird eine „prinzipielle“ Bindung an den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG unter Rekurs auf Art. 1 Abs. 3 GG und einen historisch übernommenen gleichheitsrechtlichen Kernbestand einmütig bejaht.⁹⁸ Freilich wird im Anschluss an das Bundesverfassungsgericht regelmäßig hinzugefügt, dass abweichende Auslegungen derselben Norm „durch verschiedene Gerichte“ das Gleichbehandlungsgebot nicht verletzen, Richter gem. Art. 97 Abs. 1 GG unabhängig seien und ein Gericht folglich nicht daran gehindert sei, eine von allen anderen, auch im Rechtszug übergeordneten Gerichten abweichende eigene Rechtsauffassung zu vertreten.⁹⁹ Die Rechtspflege sei ob der Unabhängigkeit der Richter „konstitutionell uneinheitlich“.¹⁰⁰ Klarheit bzgl. einer Bindung der Rechtsprechung an Art. 3 Abs. 1 GG wird damit nicht geschaffen. Denn das Spannungsverhältnis zwischen dem Gebot der Gleichheit „vor dem Gesetz“ einerseits und der Unabhängigkeit der Rechtsprechung andererseits wird zwar angedeutet, nicht aber aufgelöst. Dazu ist zweierlei anzumerken. Die in Art. 97 Abs. 1 GG verbürgte Unabhängigkeit gewährt der Rechtsprechung keine Unabhängigkeit oder Freiheit vom Gesetz, sondern nur im Rahmen der Gesetze¹⁰¹ unter Einschluss von Art. 3 Abs. 1 GG. Art. 3 Abs. 1 verbürgt i.V.m. Art. 1 Abs. 3 GG ein u.a. an die Judikative adressiertes Gebot der Rechtsanwendungsgleichheit. Es ist aber in Anlehnung an die Ausführungen zur exekutiven Rechtsanwendung kein transtemporär wirkendes Gebot; Richter und Gerichte werden durch Art. 3 Abs. 1 GG nicht einmal an ihre eigene vorgängige Rechtsprechung gebunden.¹⁰²

⁹⁸ Vgl. nur *Rainer Riggert* Die Selbstbindung der Rechtsprechung durch den allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 I GG), 1993, 42; *Heun* in: Dreier (Fn. 5), Art. 3 Rn. 62 f.; *Heinrich Amadeus Wolff* in: Dieter Hömig/ders. (Hrsg.) Grundgesetz, 11. Aufl. 2016, Art. 3 Rn. 5; *Puhl* Gleichheit (Fn. 13), 101; s. auch BVerfGE 66, 331 (335 f.).

⁹⁹ BVerfGE 78, 123 (126); 87, 273 (278).

¹⁰⁰ Die Formulierung stammt wohl von *Dürig* in: Maunz/ders. (Fn. 55) Art. 3 Rn. 410; aufgegriffen in BVerfGE 78, 123 (126); 87, 273 (278).

¹⁰¹ *Christian Hillgruber* in: Theodor Maunz/Günter Dürig (Begr.) Grundgesetz, 2018, Art. 97 Rn. 25 f. (2008); *Gerd Morgenthaler* in: Volker Epping/Christian Hillgruber (Hrsg.) BeckOK GG, 2018, Art. 97 Rn. 7 (2018).

¹⁰² A.A. etwa *Franz Bydlinski* Hauptpositionen zum Richterrecht, JZ 1985, 149 (153 f.); *Christoph Gusy* „Wirklichkeit“ in der Rechtsdogmatik, JZ 1991, 213 (222); *Dirk Olzen* Die Rechtswirkungen geänderter höchstrichterlicher Rechtsprechung in Zivilsachen, JZ 1985, 155 (158).

c) *Verfassungsrechtlich geschuldete gleiche Rechtsanwendung jenseits des Gleichheitssatzes*

Verfassungsrechtlich fundierte Verpflichtungen der Judikative auf gleiche Rechtsanwendung jenseits des Gleichheitssatzes sind entsprechend der Ausführungen zur Exekutive lediglich im Einzelfall und gleichheitsrechts-*unspezifisch* anzuerkennen, namentlich unter Berufung auf den Grundsatz des Vertrauensschutzes.¹⁰³ In der Literatur wird indes mit unterschiedlicher verfassungsrechtlicher Anknüpfung¹⁰⁴ für eine (insbesondere) an die Judikative gerichtete normative Wirkung von Präjudizien geworben.¹⁰⁵ Eingefordert wird etwa eine Pflicht zur Kenntnisnahme von und zur Auseinandersetzung mit einschlägigen Präjudizien unter Einschluss eines Verbots der Abweichung ohne sachlichen Grund.¹⁰⁶ Ohne die anspruchsvolle Frage nach der verfassungsrechtlichen Bedeutung von Präjudizien hier auch nur andeutungsweise behandeln zu können, lässt sich ein Gebot gleicher Rechtsanwendung daraus nicht ableiten. Allerdings mögen die an eine präjudizielle Wirkung anknüpfenden Konzeptionen den *grosso modo* in die gleiche Richtung weisenden Willkürverboten gleich welcher Provenienz in ihrer rechtsdogmatischen Herleitung überlegen und daraus feiner justierte Rechtsfolgen für die richterliche (und exekutive) Rechtsanwendung ableitbar sein.

d) *Prozessrecht und Rechtsanwendungsgleichheit*

Ungeachtet der (geringen) materiell-verfassungsrechtlichen Verpflichtungen zur Rechtsanwendungsgleichheit, impliziert nicht zuletzt Art. 95 Abs. 1 und 3 GG die verfassungspolitische Erwartung, das Prozessrecht auf das Ziel einer einheitlichen Rechtsprechung auszurichten.¹⁰⁷ Mag

¹⁰³ Etwaige Verstöße gegen das Willkürverbot durch die Judikative führen lediglich zu einer Kassations- oder Neubescheidungsentscheidung, dazu oben Fn. 84. Der Grundsatz der Bundestreue sowie die Teleologie der Kompetenzordnung adressieren entsprechend obiger Ausführungen (II. 1. b) bb)) allenfalls den Gesetzgeber resp. die Ministerialbürokratie.

¹⁰⁴ *Martin Kriele* Theorie der Rechtsgewinnung, 2. Aufl. 1976, 243 ff. (Art. 95 GG); *Franz Bydliniski* Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl. 1991, 506 ff. (Rechtssicherheit und Grundsatz proportionaler Gleichheit); *Payandeh* Judikative Rechtserzeugung (Fn. 14), insbesondere 188 ff., 250 ff. (Rechtsstaats- und Demokratieprinzip), m.w.N. 259 mit Fn. 457.

¹⁰⁵ Instrukтив zu Richterrechtsfortbildung und Präjudizienwesen immer noch *Esser* Vorverständnis (Fn. 18), 187 ff.

¹⁰⁶ So *Payandeh* Judikative Rechtserzeugung (Fn. 14), 259 ff.

¹⁰⁷ Obschon es an belastbarer Empirie mangelt, besteht Einigkeit, dass die höchstgerichtliche Judikatur eine kaum zu überschätzende faktische Bindung entfaltet. Der BGH selbst formuliert gar, dass die Instanzgerichte seiner Rechtsauffassung „faktisch fast aus-

man dem Bundesgesetzgeber insoweit auch keine grundsätzlichen Ver-säumnisse vorwerfen,¹⁰⁸ erscheint die (auch) quantitativ bedeutsame asyl-gerichtliche Rechtsprechung doch aus rechtsmittelrechtlichen¹⁰⁹ i.V.m. tatsächlichen Gründen in besonderer Weise uneinheitlichkeitsanfällig.¹¹⁰

nahmslos“ folgen, <http://www.bundesgerichtshof.de/DE/DasGericht/dasGericht_node.html> (Stand 29.10.2018).

¹⁰⁸ Vgl. diesbezüglich zu den einzelnen Prozessordnungen des Bundesrechts *Peter Gottwald* in: Leo Rosenberg/Karl Heinz Schwab/ders. (Hrsg.) *Zivilprozessrecht*, 18. Aufl. 2018, § 134 Rn. 21; *Klaus Volk/Armin Engländer* *Grundkurs StPO*, 9. Aufl. 2018, § 36 Rn. 1; *Friedhelm Hufen* *Verwaltungsprozessrecht*, 10. Aufl. 2016, § 41 Rn. 1, 6; *Ulrich Meyer-Holz* in: Theodor Keidel/Helmut Engelhardt/Werner Sternal (Hrsg.) *FamFG*, 19. Aufl. 2017, § 70 Rn. 5 f.; *Eberhard Eichenhofer* *Sozialrecht*, 10. Aufl. 2017, Rn. 267; *Roman Seer* in: Klaus Tipke/Joachim Lang (Hrsg.) *Steuerrecht*, 23. Aufl. 2018, § 22 Rn. 236; *Ulrich Koch* in: Rudi Müller-Glöge/Ulrich Preis/Ingrid Schmidt (Hrsg.) *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 18. Aufl. 2018, § 64 ArbGG Rn. 4, § 72 ArbGG Rn. 7 ff.

¹⁰⁹ Der asylgesetzliche Ausschluss der Berufungszulassung durch das Verwaltungsgericht entspricht der nach der 6. VwGO-Novelle für das gesamte Verwaltungsprozessrecht geltenden Rechtslage, dazu *Konrad Redeker* *Reform der Reform – Die kommende 7. VwGO-Novelle*, NVwZ 2001, 411 ff. Deren nachfolgende Änderung wiederum zielte auf die Vermeidung von Verfahrensverzögerungen, vgl. BT-Drs. 14/6393, 12. Geradezu konträr zu den allgemeinen Regeln der VwGO stellt sich § 78 Abs. 1 AsylG dar: Entzieht § 124a Abs. 1 S. 3 VwGO dem Verwaltungsgericht ausdrücklich die Nichtzulassung der Berufung, so wird ihm in § 78 Abs. 1 AsylG eine Rechtsmittelblockade – allerdings nicht durch Nichtzulassungsentscheidung, sondern im Wege qualifizierter Klageabweisung – gerade ermöglicht. Zwar dürfte die Beeinträchtigung der Rechtseinheit, welche aus der Rechtszugverkürzung resultiert, dadurch eingedämmt werden, dass Divergenzen in Evidenzfällen regelmäßig gar nicht auftauchen resp. nicht entscheidungserheblich sein werden. Jedoch erstreckt § 78 Abs. 1 S. 2 AsylG die Unanfechtbarkeitssanktion auf weitere, selbstständig zu beurteilende Klagebegehren, mithin auch auf ihrerseits potenziell durchaus strittige Sachfragen, dazu *Martin Seeger* in: Andreas Heusch/Winfried Kluth (Hrsg.) *BeckOK Ausländerrecht*, 2018, § 78 AsylG Rn. 8 (2018). Dies ist mit Blick auf den Gesichtspunkt der Rechtseinheit namentlich deshalb problematisch, weil häufig hinsichtlich der (ggf. unproblematischen) Entscheidung über den Asylantrag einerseits und weiterer (ggf. problematischer) Klagebegehren andererseits jeweils dieselben Fragen zusammentreffen werden. Soweit die Klage gegen die Entscheidung über den Asylantrag bei Klägern aus einem bestimmten Herkunftsland qualifiziert abgewiesen wird, sind damit Fragen wie diejenige nach dem Bestehen einer erheblichen konkreten Gefahr i.S.d. § 60 Abs. 7 S. 1, 2 AufenthG bei Vorliegen bestimmter Erkrankungen und eines hieraus resultierenden Abschiebungsver-botes der obergerichtlichen Klärung entzogen. Bzgl. der Abschiebungsverbote des § 60 Abs. 1, 2 AufenthG findet § 78 Abs. 1 S. 2 AsylG nach der ratio von BVerfG, NVwZ, 2018, 1563 (dazu *Seeger*, ebd., Rn. 7) dagegen keine Anwendung.

¹¹⁰ Zudem erscheint die Annahme wenig verwegen, dass Entscheidungen über Aufenthaltsgewährungen für Ausländer (Asyl, Flüchtlingsstatus, subsidiärer Schutz, Duldung) besonders vorverständnisanfällig sind. *Lisa Riedel/Gerald Schneider* *Dezentraler Asylvollzug diskriminiert, Anerkennungsquoten von Flüchtlingen im bundesdeutschen Vergleich (2010–2015)*, Politische Vierteljahresschrift 2017, 21 (22), belegen in ihrer Studie signifi-kante Unterschiede zwischen den Bundesländern beim Asylvollzug.

Andeutungsweise illustrieren lässt sich dies anhand der geschilderten Entscheidungsdivergenzen innerhalb des Verwaltungsgerichts Gelsenkirchen zur Gewährung subsidiären Schutzes an Iraker aus Bagdad. Gem. § 78 Abs. 2 und 3 Nr. 1 und 2 AsylG kann eine Berufung gegen Urteile des Verwaltungsgerichts vom Oberverwaltungsgericht nur zugelassen werden, wenn die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat oder von obergerichtlichen Entscheidungen entscheidungserheblich abgewichen wird.¹¹¹ Als Anknüpfungspunkt für eine Berufungszulassung kommt eine Abweichung von der Judikatur des Bundesverwaltungsgerichts durch die subsidiären Schutz gewährende Entscheidung der Kammer 15a des Verwaltungsgerichts Gelsenkirchen in Betracht. Zweifelhaft erscheint indes, ob Kammer 15a von der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts abgewichen ist¹¹² oder ihrer Entscheidung „lediglich“ eine gegenüber der Kammer 8a abweichende Tatsachenfeststellung zu Grunde liegt.¹¹³ Unterschiedliche Tatsachenfeststellungen eröffnen den Weg zur Berufungszulassung aber nicht – und insoweit handelt es sich in Asylverfahren um ein quantitativ signifikantes¹¹⁴ Phänomen.¹¹⁵

¹¹¹ § 78 Abs. 3 Nr. 3 AsylG kann hier ausgeklammert bleiben.

¹¹² Eine abweichende Rechtsauffassung mag man darin sehen, dass Kammer 15a die ermittelten Tatsachen unter Berücksichtigung der Dunkelziffer rechtlich anders gewürdigt hat – vgl. zum Erfordernis einer „wertenden Gesamtbetrachtung“ oben Fn. 40 – als die obergerichtliche Rechtsprechung.

¹¹³ Trotz der konkretisierenden bundesverwaltungsgerichtlichen Auslegung des Tatbestandsmerkmals „ernsthafte individuelle Bedrohung“ mag auch eine Zulassung aufgrund grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache in Betracht kommen, soweit man auf die rechtliche Würdigung im Umgang mit (von beiden Kammern konstatierten) Dunkelziffern bezüglich des Merkmals „ernsthafte individuelle Bedrohung“ abstellt. Den Umgang mit Dunkelziffern (seitens des BVerwG) abstrakt-generell zu konkretisieren, ist allerdings alles andere als anspruchlos.

¹¹⁴ Zu nennen sind insoweit die unterschiedliche Rechtsprechung verschiedener Oberverwaltungsgerichte zur tatsächlichen Situation in Afghanistan (VGH München, Beschl. v. 11.4.2017, Az. 13a ZB 17.30294, juris; VGH Kassel, Beschl. v. 13.6.2018, Az. 7 A 150/18.Z, juris; VGH Mannheim, Urt. v. 16.10.2017, Az. A 11 S 512/17, juris) sowie divergierende verwaltungsrechtliche Judikate im Hinblick auf die Gewährung subsidiären Schutzes für syrische Wehrdienstverweigerer, s. OVG Münster, NVwZ 2017, 1218 einerseits; VGH München, Urt. v. 14.2.2017 – 21 B 16.31001, juris andererseits.

¹¹⁵ Problemverschärfend kommt hinzu, dass abgelehnte Kläger, etwa Iraker aus Bagdad, vortragen mögen, dass sich die tatsächliche Situation in ihrem Herkunftsland nach dem ablehnenden Urteil verschlechtert und sie mithin einen Asyl-Folgeantrag zu stellen berechtigt wären. Bezogen auf die Geschäftsverteilung am Verwaltungsgericht Gelsenkirchen wäre es bezüglich des Folgeantrags vom Zufall abhängig, ob eine Zuständigkeit der Kammer 8a oder der Kammer 15a begründet wird – Kammer 15a hätte der Klage bereits ohne Verschlechterung der Lage stattgegeben.

3. *Gesetzgeber und Ministerialbürokratie als Adressaten der Rechtsanwendungsgleichheit*

Im Anschluss an die Rechtsanwender untersuche ich nachfolgend, ob und ggfs. wann Gesetzgeber und Ministerialbürokratie grundgesetzlich verpflichtet sind, uneinheitlicher Rechtsanwendung vorzubeugen bzw. entgegenzutreten. Insofern möchte ich kategorial zwei Konstellationen¹¹⁶ unterscheiden.

a) *Strukturelles Vollzugsdefizit*

Zunächst wird der Gesetzgeber durch Art. 3 Abs. 1 GG adressiert, wenn ein Widerspruch zwischen dem normativen Befehl der materiell pflichtbegründenden Norm und der nicht auf Durchsetzung angelegten Vollzugsnorm besteht.¹¹⁷ Diese für den Bereich des Steuerrechts¹¹⁸ und Steuervollzugs¹¹⁹ vom Bundesverfassungsgericht entwickelte Position¹²⁰ wird man

¹¹⁶ Hinweisen möchte ich weiter auf ein Phänomen, welches bislang sachbereichsübergreifend kaum thematisiert wird, dem strukturellen Vollzugsdefizit aber eng verwandt ist und welches ich als „planmäßig ungleichen Vollzug“ etikettieren möchte. So kann ein planmäßig an beliebigen oder gar sachfremden Kriterien ausgerichteter Vollzug dem strukturellen Vollzugsdefizit vergleichbar zu einer gänzlich ungleichen und nicht rechtfertigungsfähigen Belastung der Normadressaten führen. Diskutiert wird das etwa im Kontext des Steuervollzuges, s. nur *Roman Seer* in: Klaus Tipke/Heinrich Wilhelm Kruse (Hrsg.) AO/FGO, 153. EL 2018, § 88 Rn. 66 (2017). Berichtet wird aber auch, dass die Überprüfung von Parkverstößen sich nicht etwa am Gefahrenpotenzial der Verstöße ausrichtet, sondern an der Einträglichkeit der Kontrollen, so dass seltene, aber vergleichsweise gravierende Parkverstöße vor Schulen seltener sanktioniert werden als Parkverstöße wegen Überschreitung der Parkzeit in den Innenstädten. Beim planmäßig beliebig ungleichen Vollzug verletzt zwar primär die planende Exekutive den Grundsatz der Rechtsanwendungsgleichheit nach Art. 3 GG; sekundär sind aber auch die Rechtsaufsicht und ggfs. der Gesetz- bzw. Normgeber durch den Gleichheitssatz im Sinne einer Reaktionspflicht adressiert.

¹¹⁷ Insoweit ist nicht etwa die Exekutive adressiert, denn diese ist ob der gesetzlichen Fehlprogrammierung gar nicht in der Lage, für eine Gleichbehandlung in der Rechtsanwendung Sorge zu tragen.

¹¹⁸ Grundlegend *Eckhoff* Rechtsanwendungsgleichheit (Fn. 11), 516 ff.

¹¹⁹ Der Grundgedanke findet sich bereits in BVerfGE 48, 127 – Wehrpflicht.

¹²⁰ BVerfGE 84, 239 – Zinsen bei privaten Kapitalerträgen; 110, 94 – Spekulationsgeschäfte. Zu dieser Rechtsprechung *Helmut Goerlich* Anm. zu BVerfGE 84, 239, JZ 1991, 1139; *Peter Selmer* Anm. zu BVerfGE 110, 94, JuS 2004, 719 ff.; *Stephan Meyer* Strukturelle Vollzugsdefizite als Gleichheitsverstoß – Defizite und aktuelle Änderungen der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, DÖV 2005, 551 ff.; *Martin Pirner/Ragnar Könemann* Eine Steuer für Ehrliche und Pechvögel? – Zum strukturellen Vollzugsdefizit bei der Grunderwerbsteuer im Zusammenhang mit Umstrukturierungen internationaler Konzerne, IStR 2013, 423 (424 ff.)

mutatis mutandis auf andere Rechtsbereiche übertragen können,¹²¹ ohne dies hier ausbuchstabieren zu können.¹²²

b) Pflicht zum im Wesentlichen einheitlichen Vollzug von Bundesgesetzen

Unbeschadet einer prinzipiellen Absage an eine verbandsübergreifende Geltung des allgemeinen Gleichheitssatzes postuliert das Bundesverfassungsgericht für das Mehrebenensystem des Art. 83 GG im Interesse „sinnvoller Ergebnisse“ trotz getrennten Ländervollzugs eine „Pflicht zum im wesentlichen einheitlichen Vollzug von Bundesgesetzen“.¹²³ Freilich bleiben verfassungsrechtliche Anknüpfung und Begründung dieser Pflicht vage. Gleiches gilt für die Kennzeichnung dessen, was einen im Wesentlichen uneinheitlichen Vollzug auszeichnet.¹²⁴

aa) Verfassungsrechtliche Anknüpfung und Begründung der Pflicht

Das Bundesverfassungsgericht leitet die Forderung nach einer im Wesentlichen einheitlichen Verwaltungspraxis daraus ab, dass dem Bund die Befugnis zur Gesetzgebung auf den Gebieten zustehe, auf denen eine einheitliche Regelung von besonderer Bedeutung sei. Mithin dürfe eine einheitliche Geltung bundesrechtlicher Rechtsvorschriften nicht dadurch illusorisch gemacht werden, dass „ihre Ausführung von Land zu Land erhebliche Verschiedenheiten aufweist“.¹²⁵ In der Literatur erfährt der bundesverfassungsgerichtliche Ansatz unter Rekurs auf die (ehedem ausnahmslosen) Voraussetzungen zur Wahrnehmung konkurrierender Gesetz-

¹²¹ Vgl. BVerfG, NJW 2008, 3698 – Sozialversicherungsbeiträge; NJW 2013, 1058 (1069 f.) – Verständigung im Strafprozess; BVerwG, NVwZ 2018, 883 (890) – Verkehrsverbote; NVwZ 2017, 791 (797) – Spielhallen; VG Oldenburg, NJW 2004, 2323 (2323 f.) – Wehrpflicht. Vgl. auch *Andreas W. Hofmann* Die Wirksamkeit einer Norm als verfassungsrechtlicher Geltungsgrund?, NJW 2014, 442 (442 f.); *Anne Körner* Das strukturelle Vollzugsdefizit in der gesetzlichen Rentenversicherung als Verfassungsproblem, 2011, passim; *Dirk Uwer* Anm. zu BVerwG, NVwZ 2014, 1583 (1585 f.).

¹²² Auch bzgl. des Maßstabs wird man dem Bundesverfassungsgericht grundsätzlich zustimmen können, wenn nicht die empirische Ineffizienz von Rechtsnormen ohne Weiteres zur Gleichheitswidrigkeit führen soll, wohl aber das normative Defizit des widersprüchlich auf Ineffektivität angelegten Rechts, BVerfGE 110, 94 (113).

¹²³ Zitat nach BVerfGE 76, 1 (77); in der Sache auch BVerfGE 11, 6 (17 ff.); 90, 145 (190 f.).

¹²⁴ Schließlich ist auch die Bestimmung des oder der Adressaten der Vereinheitlichungspflicht alles andere als trivial, dazu unten Fn. 127.

¹²⁵ BVerfGE 11, 6 (18) [Hervorhebung im Original]. In einschlägigen Nachfolgeentscheidungen wird dieser Begründung nichts Substanzielles hinzugefügt, BVerfGE 76, 1 (76 f.) – Familiennachzug; 90, 145 (190 f.) – Cannabis. Der in BVerfGE 76, 1 (77) angesprochene Grundsatz der Bundestreue knüpft nicht an den Gesichtspunkt des im Wesentlichen einheitlichen Vollzugs von Bundesgesetzen an.

gebungskompetenzen eine argumentative Anreicherung. Verlange eine Aktivierung dieser Kompetenz, dass diese zur Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet oder zur Wahrung der Rechts- und Wirtschaftseinheit erforderlich sei, müssten darauf gestützte Regelungen ein Mindestmaß an Einheitlichkeit in der Rechtsanwendung gewährleisten.¹²⁶ Man wird diesem systematisch-teleologischen Argument kaum etwas entgegenhalten können; vielmehr verlangt es im Wege eines Erst-recht-Schlusses auch für Bundesgesetzgebung auf der Grundlage ausschließlicher Zuständigkeit Beachtung. Denn es liegt mehr als nahe, dass das Grundgesetz die für die Wahrnehmung der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz durch den Bund – soweit nach der Reform der grundgesetzlichen Kompetenzordnung noch erforderlich – im Einzelfall darzulegende Erforderlichkeit zur Vereinheitlichung im Bereich der ausschließlichen Zuständigkeit des Bundes als generell gegeben unterstellt. Mithin ist schon im Gesetzgebungsprozess einem im Wesentlichen uneinheitlichen Vollzug von Bundesrecht durch die Länder vorzubeugen und daran anschließend – rechtspraktisch bedeutsamer – besteht für den Bundesgesetzgeber eine Beobachtungs- und ggfs. – bei tatsächlich im Wesentlichen uneinheitlichem Vollzug – Reaktionspflicht.¹²⁷

¹²⁶ *Dittmann* Gleichheitssatz (Fn. 13), 238 f. Soweit dagegen aus dem Grundsatz der Bundestreue eine kompetenzverengende Verpflichtung der Länder zum im Wesentlichen einheitlichen Vollzug von Bundesgesetzen abgeleitet wird (*Dittmann* ebd., 238), kann dies schon angesichts der expliziten Zuordnung der Vollzugskompetenz an die Länder im Verhältnis der Länder zueinander nicht überzeugen. Im Übrigen wäre zu klären, welches Land welchem Land inhaltlich zu folgen hätte.

¹²⁷ Als Adressat des Vereinheitlichungsauftrags kommt allein der Bund in Betracht, neben dem Bundesgesetzgeber nach Art. 84 Abs. 2 GG die Bundesregierung. Sind Legislative und Exekutive gleichermaßen befugt und in der Lage, erhebliche Vollzugsdivergenzen zu beseitigen, mag man fragen, ob die eine auf die andere verweisen darf. Dem ist nicht so, existiert doch keine Regel, wonach eine Pflicht deshalb untergeht, weil dieselbe Pflicht einen anderen trifft. Zudem trifft den Bundesrat im Gesetzgebungsverfahren bzw. nach Art. 84 Abs. 2 GG eine Zustimmungspflicht. Dass die nach dem Grundgesetz zum eigenständigen Vollzug befugten Länder (in ihrer Gesamtheit) dazu verpflichtet sein sollen, ist zunächst in der bundesverfassungsgerichtlichen bundeskompetenzbasierten Ableitung der Pflicht nicht angelegt. Eine Adressierung der Länder wäre zudem mit dem Problem behaftet, dass die Verständigung auf eine einheitliche Praxis einen inhaltlichen Konsens oder das Akzeptieren einer Mehrheitsentscheidung voraussetzt. Eine verfassungsrechtliche Verpflichtung eines Landes auf die inhaltlichen Vorstellungen eines anderen Landes erscheint aber wenig überzeugend, vgl. auch *Puhl* (Fn. 13), 85. Schwieriger zu beantworten ist die Frage, ob und wie der durch einen erheblich ungleichmäßigen Vollzug nachteilig Betroffene dieser Benachteiligung prozessual entgegentreten kann. Soweit man mit der allgemeinen Auffassung im Kontext von Art. 83 GG eine Bindung der Länder an Art. 3 Abs. 1 GG im Verhältnis zum Vollzug in anderen Ländern ablehnt, kommt für den Einzelnen nur eine Berufung auf ein ob des erheblich variierenden Vollzugs im Einzelfall verletztes Freiheitsgrundrecht in Betracht. Anders *Puhl* ebd., 85 f., der den Gleichheitssatz unter dem

bb) Kennzeichen eines im Wesentlichen uneinheitlichen Vollzugs

Jenseits der Erheblichkeit findet sich in der Cannabis-Entscheidung aus dem Jahre 1994 ein weiterer zarter Hinweis darauf, was einen im Wesentlichen ungleichen Vollzug von Bundesrecht durch die Länder auszeichnet. Bezogen auf eine zwischen den Ländern divergierende staatsanwaltschaftliche Einstellungspraxis von BtMG-Verstößen wird das Gebiet der Strafverfolgung als besonders sensibel gekennzeichnet.¹²⁸ Damit wird indiziert, dass die Qualifizierung als im Wesentlichen ungleicher Vollzug nicht allein auf das Ausmaß der Ungleichheit des Vollzuges abstellt, sondern zudem auf die konkrete Bedeutung des jeweils in Rede stehenden Vollzugshandelns für den Einzelnen. Man wird einer solchen quantitativ-qualitativ¹²⁹ zu bestimmenden Wesentlichkeit der Ungleichbehandlung nicht widersprechen müssen – ebenso wenig aber den zahlreichen die Substanzlosigkeit des Wesentlichkeitskriteriums rügenden Einwänden.¹³⁰ Ich möchte deshalb

Gesichtspunkt der Begünstigung anderer (Konkurrenten) als einschlägig ansieht und daran anknüpfend die Anrufung der Fachgerichtsbarkeit und namentlich der obersten Bundesgerichte als erfolgversprechend ansieht. Demgegenüber erscheint aber schon fragwürdig, ob eine Aufhebung der Nichtbegünstigungsentscheidung die neu entscheidende Behörde tatsächlich auf eine in anderen Bundesländern geübte Praxis verpflichten kann. Soweit man eine grundrechtliche Anknüpfung für denkbar erachtet, käme auch eine gegen legislatives bzw. exekutives Unterlassen des Bundes gerichtete Verfassungsbeschwerde in Betracht. Insoweit entspricht die prozessuale Situation *mutatis mutandis* derjenigen eines Beschwerdeführers, welcher unter Berufung auf die Verletzung einer grundrechtlichen Schutzpflicht den Gesetzgeber (des Bundes oder eines Landes) zum Tätigwerden verpflichten will, dazu *Wolfram Cremer* Freiheitsgrundrechte – Funktionen und Strukturen, 2003, 324 ff. Zwar verlangt § 92 BVerfGG die Bezeichnung des Organs oder der Behörde, deren Handlung oder Unterlassung angegriffen wird; das schließt freilich nicht aus, dem Beschwerdeführer das Recht einzuräumen, seinen Antrag gegen die Bundesregierung oder den Bundesgesetzgeber zu richten. Unbeschadet dieses Wahlrechts darf der Betroffene die Verfassungsbeschwerde alternativ wohl auch gegen die Bundesregierung *und* den Bundesgesetzgeber richten.

¹²⁸ BVerfGE 90, 145 (190).

¹²⁹ Im Hinblick auf das (Gesamt)Wesentlichkeitsurteil ist das Ausmaß der Ungleichbehandlung ein quantitativer, die Bedeutung des in Rede stehenden Lebensbereichs dagegen ein qualitativer Gesichtspunkt.

¹³⁰ Vgl. *Walter Krebs* Zum aktuellen Stand der Lehre vom Vorbehalt des Gesetzes, JURA 1979, 304 (308 f.); *Wolfgang Hoffmann-Riem* Gesetz und Gesetzesvorbehalt im Umbruch – Zur Qualitäts-Gewährleistung durch Normen, AöR 130 (2005), 5 (50 f.); *Hans-Uwe Erichsen* Staatsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit II, 2. Aufl. 1979, 103; *ders.* Zum staatlich-schulischen Erziehungsauftrag und zur Lehre vom Gesetzes- und Parlamentsvorbehalt, VerwArch 69 (1978), 387 (394 f.); *Wilfried Erbguth* Die nordrhein-westfälische Braunkohleplanung und der Parlamentsvorbehalt, VerwArch 86 (1995), 327 (340); *Sven Hölscheidt* Der Grundsatz der Gesetzesmäßigkeit der Verwaltung, JA 2001, 409 (412); *Michael Klopfer* Der Vorbehalt des Gesetzes im Wandel, JZ 1984, 685 (689 ff.); *Dieter C. Umbach* Das Wesentliche an der Wesentlichkeitstheorie, in: Festschrift Hans Joachim

eine weitergehende kategorial-inhaltlich ausgerichtete und gestufte Ausdifferenzierung zur *zusätzlichen* Ausfüllung des Wesentlichkeitskriteriums beisteuern. Vorgeschlagen wird eine Drei-Stufen-Theorie – welche im Falle ihrer positiven Rezeption selbstverständlich noch der Verfeinerung bedarf. Im Rahmen dieser Drei-Stufen-Theorie sind Vollzugsdivergenzen auf der dritten Stufe am wenigsten, auf der ersten Stufe dagegen am ehesten tolerabel. Die zweite Stufe markiert gewissermaßen einen mittleren Toleranzbereich. Je höher die Wesentlichkeitsstufe, desto eher ist bei „quantitativ“ gleicher Abweichung im Vollzug ein im Wesentlichen uneinheitlicher Vollzug zu diagnostizieren. Dabei gilt analog zur Drei-Stufen-Theorie des Art. 12 GG, dass die Stufenzuordnung die Erheblichkeit der Ungleichbehandlung lediglich im Sinne eines Regel-Ausnahme-Verhältnisses bestimmt.

Die dritte Stufe (Substitutionsbeziehung) ist dadurch gekennzeichnet, dass im Wege unterschiedlichen Vollzugs eine aus einem begrenzten Kontingent gewährte Begünstigung mit der Konsequenz gewährt wird, dass einem im Vollzug Benachteiligten eine ihm andernfalls (möglicherweise) zugefallene Begünstigung verloren geht. Als Beispiel mag ein vom Bund mit 100 Millionen € ausgestatteter, von den Ländern zu verwaltender Öko-Förderfond mit dreistufiger Förderpriorität dienen, wobei die Länder nach Ende der Antragsfrist zunächst die Antragsteller der ersten Stufe zu bescheiden haben. Führt nun eine ungleiche und besonders großzügige Interpretation der ersten Förderstufe in einem Bundesland dazu, dass andernfalls erfolgreiche Bewerber aus anderen Ländern unberücksichtigt bleiben, ist dies eine ob ihrer Substitutionswirkung besonders gravierende Ungleichbehandlung.

Die zweite Stufe (Wettbewerbsbeziehung) ist durch eine Situation gekennzeichnet, in welcher der ungleiche Vollzug zwei Normadressaten trifft, die dergestalt in einem Verhältnis zueinanderstehen, dass die durch die unterschiedliche Behandlung gewährte Begünstigung von dem Begünstigten dazu genutzt werden kann oder gar typischerweise genutzt wird, diese zum Nachteil des Nichtbegünstigten zu verwenden. Als Beispiel mag ein bundesuneinheitlicher Steuervollzug dienen. So werden im Vollzug uneinheitlich gewährte Steuerverschonungen (jenseits von Gewinnausschüttungen) von begünstigten Unternehmen typischerweise dazu genutzt,

Faller, 1984, 111 (112, 122 ff.); Fritz Ossenbühl Aktuelle Probleme der Gewaltenteilung, DÖV 1980, 545 (550); Gunter Kisker Neue Aspekte im Streit um den Vorbehalt des Gesetzes, NJW 1977, 1313 (1317 ff.); Frank Rottmann Der Vorbehalt des Gesetzes und die grundrechtlichen Gesetzesvorbehalte, EuGRZ 1985, 277 (277 ff.); Michael Nierhaus Bestimmtheitsgebot und Delegationsverbot des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG und der Gesetzesvorbehalt der Wesentlichkeitstheorie, in: Joachim Burmester (Hrsg.), Festschrift Klaus Stern, 1997, 717 (719 ff.).

und das mag vollzugsseitig gerade intendiert sein, ihre Wettbewerbssituation zu optimieren – was kehrseitig mit einer Verschlechterung der Wettbewerbssituation eines im Steuervollzug bereits benachteiligten Wettbewerbers einhergeht.¹³¹

Die erste Stufe (Nichtinfizierungsbeziehung) ist dadurch gekennzeichnet, dass der ungleiche Vollzug als solcher sich im Verhältnis der durch die Ungleichheit Betroffenen nicht auswirkt. So verhält es sich in unseren Beispielen – über die Gewährung von subsidiärem Schutz wird freilich in bundeseigener Verwaltung entschieden – aus dem Migrationsrecht. Iraker, deren Antrag auf Gewährung subsidiären Schutzes abgelehnt wird, erleiden keinen Nachteil dadurch, dass anderen Irakern subsidiärer Schutz gewährt wird.¹³² Gleiches gilt für die ungleiche Gewährung von Ausbildungsduldungen. Wenn Ausbildungsduldungen bzw. Arbeitserlaubnisse aber etwa in einem Einwanderungsgesetz kontingentiert würden oder Schutz- bzw. Flüchtlingsquoten festgelegt würden, wäre ein ungleicher Vollzug auf der dritten Stufe anzusiedeln und stünde angesichts der betroffenen fundamentalen Rechtsgüter¹³³ paradigmatisch für einen im Wesentlichen uneinheitlichen Vollzug.¹³⁴

III. Rechtsanwendungsgleichheit in der Europäischen Union

1. Zum Nutzen einer Dogmatik unionaler Rechtsanwendungsgleichheit

Analog zur Untersuchung der Rechtsanwendungsgleichheit im deutschen Bundesstaat und an diese anschließend ist auch mein Blick auf die Rechtsanwendungsgleichheit in der Europäischen Union rechtsdogmatisch verengt. Konfrontiert man diese Auswahlentscheidung mit einem vorgegebenen Ziel gleicher Rechtsanwendung von Unionsrecht in den Mitgliedstaaten ist zu konzedieren, dass ungleiche Rechtsanwendung gerade in der

¹³¹ Selbstverständlich stellt sich zudem die Frage, ob eine nach dem EU-Beihilfenrecht unzulässige Beihilfe vorliegt.

¹³² Als weiteres Beispiel sei die Familiennachzugs-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts genannt. Im Hinblick auf die Wirkungen ungleichen Verwaltungsvollzugs ist der dortige Hinweis interessant, wonach der von anderen Ländern abweichende und rigide Umgang mit den Regeln über den Familiennachzug in Baden-Württemberg möglicherweise dazu führt, dass eine nicht unerhebliche Zahl von Ausländern ihren Wohnsitz in andere Länder verlegt, BVerfGE 76, 1 (77). Eine Substitutionsbeziehung im Sinne der ersten Stufe ist damit freilich nicht angesprochen.

¹³³ Migrationsrechtliche Entscheidungen werden häufig als mindestens so sensibel zu klassifizieren sein wie Strafverfolgungs- und Strafzumessungsentscheidungen.

¹³⁴ Eine abweichende Qualifizierung könnte sich allein daraus ergeben, dass die ungleiche Behandlung in quantitativer Hinsicht zu vernachlässigen ist.

Europäischen Union auch auf außerrechtliche Faktoren¹³⁵ zurückzuführen ist. Die Rezeption des zumal durch den Grundsatz vollständiger Mehrsprachigkeit geprägten Unionsrechts¹³⁶ durch die mitgliedstaatlichen Rechtsanwender trifft ohne Vollständigkeitsanspruch auf teils fundamentale (rechts) kulturelle, methodologische sowie rechtsstrukturelle Unterschiede in den Mitgliedstaaten bzw. im mitgliedstaatlichen Recht.¹³⁷ Eine Ausrichtung auf das Ziel Rechtsanwendungsgleichheit verlangt diese Differenzen rechtstatsächlich zu befunden, zu evaluieren und zu systematisieren und daran anknüpfend einen wie auch immer zu konfigurierenden Instrumentenkasten zu bauen. All dies kann hier nicht geleistet werden.¹³⁸ Eine Vergewisserung über die Rechtsdogmatik der Rechtsanwendungsgleichheit unionsrechtlicher Prägung ist jenseits ihres kaum zu überschätzenden Eigenwertes neben den genannten Faktoren indessen *conditio sine qua non* für eine sachangemessene Konfiguration des angesprochenen Instrumentenkastens.¹³⁹

2. Rechtsanwendungsgleichheit und Rechtsanwender

Die Analyse wendet sich zunächst den Rechtsanwendern als Adressaten der Rechtsanwendungsgleichheit zu. Diesbezüglich werde ich zunächst wiederum den verbandseigenen Vollzug in den Blick nehmen.

¹³⁵ „Außerrechtlich“ wird hier im weiten Sinne verstanden, insbesondere unter Einschluss mitgliedstaatlich differierenden Rechts mit unterschiedlicher Eignung zur Rezeption unionsrechtlicher Vorgaben.

¹³⁶ Das Unionsrecht ist derzeit durch 23 authentische Sprachen gekennzeichnet.

¹³⁷ Prägnant zu weiteren spezifischen Herausforderungen bei der Auslegung von Unionsrechts *Bernhard W. Wegener* in: Christian Calliess/Matthias Ruffert (Hrsg.) EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 19 EUV Rn. 13 ff.

¹³⁸ Dazu ausführlich jüngst *Lohse* Rechtsangleichungsprozesse (Fn. 13), passim.

¹³⁹ Angezeigt ist dies umso mehr, als die Rechtsanwendungsgleichheit trotz ihrer ausdrücklichen Verbürgung im allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 20 EU-GRC in der unionsrechtlichen Rechtsprechung und Literatur kaum Spuren hinterlassen hat. In den Kommentierungen zu Art. 20 EU-GRC findet die Rechtsanwendungsgleichheit teils nicht einmal Erwähnung, etwa bei *Hans-Peter Folz* in: Christoph Vedder/Wolff Heintschel von Heinegg (Hrsg.) Europäisches Unionsrecht, 2. Aufl. 2018, Art. 20 GR-Charta. Bei anderen erschöpft sich die Darstellung in der bloßen Nennung ihrer Existenz, vgl. *Svenja Lemke* in: Hans von der Groeben/Jürgen Schwarze/Armin Hatje (Hrsg.) Europäisches Unionsrecht, Bd. 1, 7. Aufl. 2015, Art. 20 GRC Rn. 9; *Rudolf Streinz* in: ders. (Hrsg.) EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 20 GR-Charta Rn. 7; *Alexander Graser* in: Jürgen Schwarze (Hrsg.) EU-Kommentar, 3. Aufl. 2012, Art. 20 GRC Rn. 9. Moderat darüberhinausgehend *Sebastian Heselhaus* in: Matthias Pechstein/Carsten Nowak/Ulrich Häde (Hrsg.) Frankfurter Kommentar zu EUV, GRC und AEUV, 2017, Art. 20 GRC Rn. 16, 19; *Sven Hölscheidt* in: Jürgen Meyer (Hrsg.) Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2014, Rn. 17, 26; weiterführend *Rossi* in: Calliess/Ruffert (Fn. 64), Art. 20 GRC Rn. 9 ff.

a) *Rechtsanwendung von Unionsrecht durch Unionsorgane*

Verbandseigene Rechtsanwendung von Unionsrecht erfolgt in Gestalt des sog. direkten Vollzugs durch unionseigene Vollzugsorgane¹⁴⁰ sowie durch die Unionsgerichtsbarkeit. Diesbezüglich unterliegt eine Bindung an Art. 20 EU-GRC keinen Zweifeln.¹⁴¹ Freilich begründet der allgemeine Gleichheitssatz des Unionsrechts ebenso wenig wie Art. 3 Abs. 1 GG transtemporäre Bindungen an eine vorgängige Rechtsanwendung. Eine Bindung besteht allein bei zeitgleichen Entscheidungen, etwa bei Entscheidungen über verbundene Rechtssachen.¹⁴² Auch für den unionsrechtlichen Kontext gilt, dass der rechtsstaatliche Grundsatz der Gesetzesbindung¹⁴³ einer Bindung der Rechtsanwender an den Gleichheitssatz in der Zeit entgegensteht. Daraus folgt indessen keine Negation einer etwaigen Selbst-

¹⁴⁰ Innerhalb des direkten Vollzugs wird unionsinterner und unionsexterner Vollzug unterschieden. Ersterer bezeichnet die sog. Intendanturaufgaben, also etwa die Personal- und Materialverwaltung. Beim unionsexternen Vollzug dagegen wird ein Unionsorgan verwaltend gegenüber dem einzelnen Unionsbürger oder den Mitgliedstaaten tätig, s. *Wolfgang Kahl* Europäisches und nationales Verwaltungsorganisationsrecht – Von der Konfrontation zur Kooperation, *Die Verwaltung* 29 (1996), 341 (343 f.); *Hans-Werner Rengeling* Deutsches und europäisches Verwaltungsrecht – wechselseitige Einwirkungen, *VVDStRL* 53 (1994), 202 (205). Der direkte Vollzug ist durch EU-Verwaltungsverfahrenrecht sowie durch mitgliedstaatliches Recht geprägt, welches über die Figur der gemeinsamen Verfassungs- resp. Rechtstraditionen die Rechtserkenntnisquelle für die Ausbildung von richterrechtlichen Regeln für die EU-Eigenverwaltung bildet, vgl. *Rainer Wahl* Das Verhältnis von Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozessrecht in europäischer Sicht, *DVBf.* 2003, 1285 (1288) und ausführlicher *Hanns Peter Nehl* Europäisches Verwaltungsverfahren und Gemeinschaftsverfassung, 2002.

¹⁴¹ Ausdrücklich verankert ist die Grundrechtsbindung bei Ausübung jedweder unionaler Hoheitsgewalt in Art. 51 Abs. 1 S. 1 EU-GRC.

¹⁴² Des Weiteren werden die Unionsorgane durch den allgemeinen Gleichheitssatz des Unionsrechts – der Wirkung von Art. 3 Abs. 1 GG entsprechend, s. oben Fn. 75 – auf eine bestimmte Norminterpretation und -anwendung festgelegt, wenn jede andere Entscheidung mit einer anderen im Entscheidungszeitpunkt geltenden eindeutigen unionsrechtlichen Norm dergestalt in Konflikt geriete, dass eine mit Art. 20 EU-GRC unvereinbare Ungleichbehandlung einträte, vgl. auch *Rossi* in: *Calliess/Ruffert* (Fn. 64), Art. 20 GRC Rn. 11.

¹⁴³ Das Unionsrecht unterscheidet im Hinblick auf die Überprüfbarkeit resp. die Einräumung von Entscheidungsspielräumen nicht zwischen unbestimmten Rechtsbegriffen auf der Tatbestandseite einer Norm und der Einräumung von Ermessen auf der Rechtsfolgen-seite. Vielmehr billigt der Europäische Gerichtshof den Rechtsanwendern insoweit einheitlich einen eigenen Ermessens- bzw. Beurteilungsspielraum zu. Insoweit folgt die Nichtbindung an den Gleichheitssatz nicht aus dem Charakter der Rechtsanwendung als hermeneutischer Prozess, sondern aus dem der Verwaltung eingeräumten eigenen Entscheidungsspielraum. Die Ausübung der Entscheidungsspielräume ist ob der grundsätzlichen Gesetzes- und Rechtsbindung der Verwaltung zwar auf das gesetzte Recht auszurichten, aber eben nicht im Sinne eines (gerichtlich) überprüfbaren hermeneutischen Verfahrens (mit gerichtlicher Ersetzungsbefugnis).

bindung namentlich der Kommission durch eigene Mitteilungen, Leitlinien oder Unionsrahmen. Eine entsprechende Bindung wird aber nicht durch Art. 20 EU-GRC begründet,¹⁴⁴ sondern ergibt sich (regelmäßig) aus Gründen des Vertrauensschutzes. Gleiches gilt für Rechtsprechungsänderungen der Unionsgerichte. Dementsprechend unterwirft sich der Gerichtshof für eigene Rechtsprechungsänderungen zu Recht¹⁴⁵ keinem über die Begründung der (veränderten) Rechtsposition hinausgehenden besonderen Begründungszwang.¹⁴⁶ Soweit Vertrauensschutz im Einzelfall einem Wirksamwerden der Rechtsprechungsänderung entgegensteht,¹⁴⁷ ist in der Entscheidung eine Rückwirkungsbeschränkung auszusprechen.¹⁴⁸

b) Rechtsanwendung von Unionsrecht durch die Mitgliedstaaten

aa) Exekutive und judikative Rechtsanwendung

(1) Exekutive Rechtsanwendung

Der Vollzug von Unionsrecht erfolgt als sog. indirekter Vollzug im Regelfall durch die Verwaltung der Mitgliedstaaten¹⁴⁹ und gliedert sich

¹⁴⁴ Anders wäre auch kaum erklärbar, dass der Kommission wohl unstreitig eine Änderungsbefugnis ohne Begründungslast zugestanden wird, vgl. *Hans D. Jarass* Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl. 2016, Art. 20 Rn. 21; *Stefan Thomas* Die Bindungswirkung von Mitteilungen, Bekanntmachungen und Leitlinien der EG-Kommission, EuR 2009, 423 (429 f.); *Jürgen Schwarze* Soft Law im Recht der Europäischen Union, EuR 2011, 3 (11).

¹⁴⁵ Demgegenüber befürwortet GA Maduro, 1.2.2006, verb. Rs. C-94/04 und 202/04, Rn. 28 ff. das Erfordernis einer besonderen Begründungslast. Vgl. auch GA *Langrange*, 13.3.1963, Da Costa, verb. Rs. 28-30/62, 91 f.; GA *Jääskinen*, 19.7.2012, Test Claimants, Rs. C-35/11, Rn. 35.

¹⁴⁶ Vgl. dazu *Rosenkranz* Beschränkung (Fn. 68), 66 mit Fn. 298. Gleiches gilt für versteckte Rechtsprechungsänderungen des Gerichtshofs, s. *Rosenkranz*, ebd., 67 mit Fn. 299. In der Literatur finden sich diesbezüglich indessen teils abweichende Diagnosen, s. nur *Ninon Colneric* Auslegung des Gemeinschaftsrechts und gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung, ZEuP 2005, 225 (229 f.).

¹⁴⁷ Vertrauensschutzgesichtspunkte greifen umso weniger durch, als eine veränderte Auslegung einer Norm auf einer Veränderung ihres rechtlichen Umfeldes beruht, instruktiv EuGH, 23.3.2004, Collins, Rs. C-138/02, Rn. 63.

¹⁴⁸ Dazu *Rosenkranz* Beschränkung (Fn. 68), 66 ff. Vgl. zur diesbezüglichen Praxis des EuGH bereits *Christian Waldhoff* Rückwirkung von EuGH-Entscheidungen, Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht, Bd. 155, 2006; *ders.* Recent developments relating to the retroactive effect of decisions of the ECJ, Common Market Law Review 46 (2009), 173 ff.

¹⁴⁹ Das Unionsrecht hat keine Art. 83 GG vergleichbare ausdrückliche Zuordnungsentcheidung getroffen. In Art. 291 Abs. 1 AEUV mag man indessen eine Grundentscheidung zugunsten der mitgliedstaatlichen Durchführung von EU-Recht erkennen, vgl. *Martin Nettesheim* in: Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf/ders. (Hrsg.) Das Recht der Europäischen Union, 64. EL 2018, Art. 291 Rn. 3 ff. (2012).

seinerseits in einen unmittelbaren und einen mittelbaren Vollzug.¹⁵⁰ Der unmittelbare Vollzug bezeichnet die Anwendung unmittelbar anwendbaren Unionsrechts, der mittelbare Vollzug die Anwendung nationalen Rechts, welches in Umsetzung von Unionsrecht erlassen wurde.¹⁵¹

Obschon der Anwendungsbereich von Art. 20 EU-GRC im Sinne von Art. 51 Abs. 1 S. 1 EU-GRC eröffnet ist,¹⁵² sind die mitgliedstaatlichen Exekutiven beim unmittelbaren Vollzug nicht an die Auslegung und Anwendung des Unionsrechts in *anderen* Mitgliedstaaten gebunden.¹⁵³ Dagegen soll das Unionsrecht nach verbreiteter Auffassung¹⁵⁴ innerhalb der Mitgliedstaaten gleichmäßig angewendet werden müssen.¹⁵⁵ In Konse-

¹⁵⁰ Vgl. zu diesen Begriffen schon *Manfred Zuleeg* Das Recht der Europäischen Gemeinschaften im innerstaatlichen Bereich, 1969, 47 ff.

¹⁵¹ Zuvörderst zu nennen ist das zur Umsetzung von Richtlinien erlassene nationale Recht. Aber auch Verordnungen verlangen vereinzelt nach mitgliedstaatlichen Ausführungsvorschriften, welche die (unmittelbare) Grundlage des Vollzugs bilden, z.B. Art. 4 und 5 der Verordnung (EG) Nr. 761/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19.3.2001 über die freiwillige Beteiligung von Organisationen an einem Gemeinschaftssystem für das Umweltmanagement und die Umweltbetriebsprüfung, ABl. EG L 114/1.

¹⁵² Denn obschon es in Art. 51 Abs. 1 S. 1 EU-GRC heißt, dass die Mitgliedstaaten „ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union“ an die Charta gebunden sind, lassen Unionsgerichtsbarkeit und herrschende Literatur es bekanntlich ausreichen, dass die Mitgliedstaaten im Anwendungsbereich des Unionsrechts tätig werden, vgl. dazu nur *Jarass EU-GRC* (Fn. 145), Art. 51 Rn. 18 ff. Kritisch dazu *Wolfram Cremer* Der programmierte Verfassungskonflikt: Zur Bindung der Mitgliedstaaten an die Charta der Grundrechte der Europäischen Union nach dem Konventsentwurf für eine Europäische Verfassung, NVwZ 2003, 1452 ff.; *Thorsten Kingreen* in: Christian Calliess/Matthias Ruffert (Hrsg.) EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 51 GRC, Rn. 13 ff.

¹⁵³ Jenseits der verbindlichen Auslegung des Unionsrechts durch die Unionsgerichte verbleibt die Ausfüllung der verbleibenden Interpretationsspielräume bei den mitgliedstaatlichen Exekutiven zur jeweils autonomen Entscheidung. Vgl. auch die gleichgerichtete Rechtsprechung des EuGH, 14.7.1988, *Ministère public*, Rs. 308/86, Rn. 21 f.; 3.7.1979, *van Dam*, Rs. 185–204/78, Rn. 10 f., zum Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV (damals Art. 7 EWGV).

¹⁵⁴ *Frenz Handbuch* (Fn. 64), Rn. 3201; *Roland Bieber/Astrid Epiney/Marcel Haag/Markus Kotzur* Die Europäische Union, 13. Aufl. 2019, § 3 Rn. 43 ff.

¹⁵⁵ Im Unterschied zu der selten erörterten Verpflichtung mitgliedstaatlicher Verwaltungen zur gleichen Anwendung von Unionsrecht wurde das Beziehungsgefüge zwischen Unionsrecht und mitgliedstaatlichem Verfahrensrecht und insbesondere Verwaltungsverfahren vor allem in den 1990er und 2000er Jahren (s. auch EuGH, 20.3.1997, *Alcan II*, Rs. C-24/95; 13.1.2004, *Kühne & Heitz*, Rs. C-453/00; 19.9.2006, i-21, verb. Rs. C-392/04 und C-422/04) in der Literatur ausführlich diskutiert, vgl. nur *Manfred Zuleeg* und *Hans-Werner Rengeling* Deutsches und europäisches Verwaltungsrecht – wechselseitige Einwirkungen, VVDStRL 53 (1994), 154, 202; *Eberhard Schmidt-Aßmann* Deutsches und Europäisches Verwaltungsrecht, DVBl. 1993, 924; *Karl-Peter Sommermann* Europäisches Verwaltungsrecht oder Europäisierung des Verwaltungsrechts?, DVBl. 1996, 889; *Rupert Scholz* Zum Verhältnis von Europäischem Gemeinschaftsrecht und nationalem Verwal-

quenz dessen wäre in gesamtstaatlicher Perspektive ungleiche Rechtsanwendung – etwa in Folge innerdeutscher Dezentralisierung des Vollzugs nach Art. 83 GG – ein Verstoß gegen Art. 20 EU-GRC. Für eine über Art. 3 Abs. 1 GG hinausgehende Ausdehnung der zeitlichen Dimension der in Art. 20 EU-GRC verbürgten Rechtsanwendungsgleichheit ist indes kein

tungsverfahrensrecht, DÖV 1998, 261. Insoweit geht die zentrale Fragestellung dahin, ob und inwieweit das nationale Verwaltungsverfahren nach einer Ausgestaltung verlangt, welche die volle Wirksamkeit des Unionsrechts gewährleistet. In Rede stand mithin nicht die gleiche Auslegung und *Anwendung* (unbestimmter) unionsrechtlicher Rechtsbegriffe und Normen, sondern das nationale Verwaltungsverfahren als Hindernis für das Wirksamwerden von Unionsrecht. Im Ergebnis sind die uneinheitliche Anwendung von Unionsrecht und die (partielle) Nichtanwendung von Unionsrecht aber insoweit wirkungsähnlich oder gar -gleich, als beides dazu führt, dass Verwaltungsvollzug von Unionsrecht in den Mitgliedstaaten unterschiedlich gehandhabt wird und zu unterschiedlichen Ergebnissen führt. Infolgedessen soll kurz Stellung bezogen werden: Der verschiedentlich erhobenen Forderung, wonach das mitgliedstaatliche Verwaltungsverfahren so ausgestaltet sein müsse, dass das Unionsrecht seine volle Wirksamkeit entfalten könne (s. nur *J. Temple Lang* Art. 5 of the EEC Treaty: The Emergency of Constitutional Principles in the Case Law of the Court of Justice, *Fordham International Law Journal* 10 (1987), 503, 506 ff.), ist der EuGH schon in der Rechtssache *Deutsche Milchkontor* (Verb. Rs. 205–215/82, Slg. 1983, 2633, Rn. 17) entgegengetreten und hat daran anschließend eine in der Literatur im Grundsatz weitgehend akzeptierte „Doppelschranke“ mitgliedstaatlicher Verfahrensautonomie errichtet. Erstens dürften Verfahren beim indirekten Vollzug nicht ungünstiger ausgestaltet sein als Verfahren, in denen über gleichartige, aber rein nationale Rechtsstreitigkeiten entschieden werde. Zweitens dürfe die Anwendung des nationalen Verfahrensrechts die Durchsetzung des Unionsrechts nicht „praktisch unmöglich“ machen bzw. übermäßig erschweren, EuGH, 14.12.1995, Peterbroeck, Rs. C-312/93, Rn. 12 m.w.N. Ohne hier umfassend zur unionsgerichtlichen Konzeption Stellung beziehen zu können, sind doch Zweifel an dem in der Literatur regelmäßig zustimmend referierten (vgl. nur *Rodríguez Iglesias* Zu den Grenzen der verfahrensrechtlichen Autonomie der Mitgliedstaaten bei der Anwendung des Gemeinschaftsrechts, *EuGRZ* 1997, 289 [291]; *Kahl* Verwaltungsorganisationsrecht [Fn. 141], 351; *Eberhard Schmidt-Aßmann* Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs-idee. Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung, 2. Aufl. 2004, 390 f.) Diskriminierungsverbot anzumelden. Zunächst funktioniert das Diskriminierungsverbot in sog. mehrpoligen Verwaltungsrechtsverhältnissen schlicht nicht, soweit mehrere unionsrechtlich fundierte Positionen miteinander in Konflikt geraten und etwa im Rahmen einer Ermessensentscheidung abgewogen werden müssen. Vergleicht man eine solche Abwägung mit einer Abwägung ohne unionsrechtliche Implikation, lässt sich das Abwägungsergebnis des rein nationalrechtlichen Falles – wenn es denn überhaupt vergleichbar ist – keinem sinnvollen Mehr-Weniger-Vergleich mit dem Unionsrechtsfall unterziehen. Grundlegender aber noch ist die Frage nach dem (vom EuGH nicht genannten) Geltungsgrund des Diskriminierungsverbots. Warum soll es für die unionsrechtliche Beurteilung des indirekten Vollzugs darauf ankommen, wie der Mitgliedstaat mit seinen rein innerstaatlichen Sachverhalten verwaltungsverfahrenrechtlich umgeht? Es ist zwar integrationspolitisch zu bedauern, wenn der Mitgliedstaat unionsrechtliche Sachverhalte „schlechter“ behandelt als rein innerstaatliche, die unionsrechtliche Relevanz der Behandlung des rein Innerstaatlichen ist aber begründungsbedürftig. Das Diskriminierungsverbot führt im

Grund erkennbar. Der einzelne Amtswalter wird durch Art. 20 EU-GRC lediglich bezüglich zeitgleicher eigener Entscheidungen auf eine gleiche Rechtsanwendung verpflichtet.¹⁵⁶ Nichts anderes gilt für den mittelbaren Vollzug von Unionsrecht durch die Mitgliedstaaten. Freilich mögen die neben Art. 20 EU-GRC anwendbaren allgemeinen Gleichheitssätze mitgliedstaatlicher Provenienz im jeweiligen Mitgliedstaat¹⁵⁷ weitergehende gleichheitsrechtliche Bindungen begründen.¹⁵⁸

(2) *Judikative Rechtsanwendung*

Im Anschluss an Vorstehendes begründet Art. 20 EU-GRC auch für die mitgliedstaatlichen Gerichte bei der Anwendung von unionsrechtlichen Normen, soweit die Unionsgerichtsbarkeit deren Auslegung und Anwen-

Übrigen zu der mit dem Grundsatz einer einheitlichen Anwendung des Unionsrechts gar konfligierenden Konsequenz, dass ein gleicher indirekter Vollzug in zwei Mitgliedstaaten in dem einen Mitgliedstaat unionsrechtswidrig, in dem anderen Mitgliedstaat aber unionsrechtsgemäß sein kann, soweit nur das Verwaltungsverfahren bezogen auf rein innerstaatliche Sachverhalte in den beiden Mitgliedstaaten variiert. Zur Begründung eines solchen Ergebnisses mag angeführt werden, es sei ein fundamentales Anliegen des Unionsrechts, eine nachteilige Andersbehandlung von EU-Ausländern und EU-Auslandswaren gegenüber Inländern und Inlandswaren seitens der Mitgliedstaaten zu unterbinden. Beim hier diskutierten Diskriminierungsverbot im Verwaltungsvollzug geht es aber „nur“ um den Vergleich von Sachverhalten mit bzw. ohne unionsrechtlichen Einschlag; Inländer und EU-Ausländer werden demgegenüber jeweils gleichbehandelt.

¹⁵⁶ Eine andere Frage ist, inwieweit einer Zersplitterung des Unionsrechts auf der Rechtsanwendungsebene nicht seitens der Union und namentlich des Unionsgesetzgebers entgegenzutreten ist.

¹⁵⁷ Das gilt indes nur, soweit man das mitgliedstaatliche Gleichheitsrecht nicht entsprechend der hier zu Art. 3 Abs. 1 GG vertretenen Auslegung interpretiert. Die parallele Anwendbarkeit der Grundrechte unionaler und mitgliedstaatlicher Provenienz folgt daraus, dass die mitgliedstaatlichen Entscheidungen zwar in den Anwendungsbereich des Unionsrechts fallen, durch dieses aber nicht determiniert sind, siehe EuGH, 26.2.2013, Melloni, Rs. C-399/11, Rn. 60; 26.2.2013, Åkerberg Fransson, Rs. C-617/10, Rn. 29; ferner BVerfGE 140, 317 (335 f., Rn. 39). Beim vollständig determinierten Vollzug sind die mitgliedstaatlichen Grundrechte nach der Rechtsprechung des EuGH nicht anwendbar (EuGH, 26.02.2013, Melloni, Rs. C-399/11, Rn. 57 ff.), nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nur nach Maßgabe der insbesondere durch die Bananenmarkt-Entscheidung (BVerfGE 102, 147) entschärften Solange-II-Doktrin (grundgelegt in BVerfGE 73, 339), s. auch *Ulrich Haltern* Europarecht Bd. II, 3. Auflage 2017, Rn. 1103 ff.

¹⁵⁸ Daraus folgt selbstverständlich nicht, dass die Rechtsanwendung Unionsbürger unmittelbar oder mittelbar schlechter stellen darf als Inländer. Das gilt namentlich im Hinblick auf Verwaltungsvorschriften oder andere abstrakt-generelle Weisungen zur Normanwendung. Darin läge im Übrigen auch ein Verstoß gegen Art. 18 AEUV. Soweit sich die Exekutive aber im Einzelfall nachvollziehbar begründet von einer vorgängigen Auslegungspraxis oder Ermessensbetätigung löst und dies *zufällig* einen Unionsbürger trifft, liegt darin kein relevanter Gleichheitsverstoß.

dung den mitgliedstaatlichen Gerichten überlässt oder überantwortet, keine transtemporäre Bindung. Das gilt unabhängig davon, ob die mitgliedstaatlichen Gerichte unmittelbar Unionsrecht oder in Umsetzung von Unionsrecht ergangenes nationales Recht anwenden.¹⁵⁹

(3) *Conclusio*

Nach allem liegt es in den Händen der Unionsgerichtsbarkeit¹⁶⁰ und des Unionsgesetzgebers,¹⁶¹ die Interpretationsspielräume der mitgliedstaatlichen Verwaltungen und Gerichte durch spielraumverengende Rechtsprechung bzw. Normierung zu beschneiden. Soweit dies nicht geschehen ist,¹⁶² werden die mitgliedstaatlichen Behörden und Gerichte jenseits zeitgleicher Entscheidungen nicht durch den Gleichheitssatz auf eine einheitliche Auslegung und Anwendung verpflichtet.¹⁶³ Die beiden divergierenden Entscheidungen des Verwaltungsgerichts Gelsenkirchen sind demgemäß aus der Perspektive des grundgesetzlichen und des unionsrechtlichen Gleichheitssatzes nicht zu beanstanden.

bb) Umsetzung von Unionsrecht, insbesondere von Richtlinien

Das Unionsrecht und zuvörderst¹⁶⁴ EU-Richtlinien verpflichten die mitgliedstaatlichen Normsetzer zur Umsetzung unionsrechtlicher Vorgaben. Dabei sind richtlinienbasierte Umsetzungspflichten regelmäßig dadurch

¹⁵⁹ In letztgenannter Konstellation ist Raum für eine zusätzliche Anwendung allgemeiner Gleichheitsgrundsätze mitgliedstaatlicher Provenienz.

¹⁶⁰ Angesichts seiner Befugnis zur authentischen Auslegung des Unionsrechts ist die Auslegung des Europäischen Gerichtshofs für die mitgliedstaatlichen Gerichte und Verwaltungen gar verbindlich und im Falle der Zuwiderhandlung ggfs. mit einem unionsrechtlich fundierten resp. überformten Staatshaftungsanspruch konfrontiert. Denkbar sind zudem Sanktionen (Zwangsgelder und Pauschalbeträge) gem. Art. 260 Abs. 2 AEUV.

¹⁶¹ Inkludiert sind selbstverständlich Durchführungsrechtsakte nach Art. 291 AEUV.

¹⁶² So verhält es sich etwa bzgl. des Tatbestandsmerkmals „ernsthafte individuelle Bedrohung“ als Voraussetzung für die Gewährung subsidiären Schutzes nach der EU-Qualifikationsrichtlinie, siehe oben I.3 bei Fn. 39.

¹⁶³ Darüber hinaus werden auch die mitgliedstaatlichen Verwaltungen und Gerichte durch den allgemeinen Gleichheitssatz des Unionsrechts auf eine bestimmte Norminterpretation festgelegt, wenn jede andere Entscheidung mit einer anderen im Entscheidungszeitpunkt geltenden eindeutigen unionsrechtlichen Regelung dergestalt in Konflikt geriete, dass eine mit Art. 20 EU-GRC unvereinbare Ungleichbehandlung einträte. Soweit die Verwaltung und Gerichte in Umsetzung von unionsrechtlichen Vorgaben ergangenes mitgliedstaatliches Recht anwenden, gilt es darüber hinaus, die mitgliedstaatlichen Gleichheitssätze, etwa Art. 3 Abs. 1 GG, in eben diesem Sinne und auf zweiter Stufe zu berücksichtigen.

¹⁶⁴ Mitgliedstaatliche Umsetzungs- und Normierungspflichten ergeben sich teils auch aus EU-Verordnungen, vgl. nur *Matthias Ruffert* in: Christian Callies/ders. (Hrsg.) *EUV/*

gekennzeichnet, dass sie den Mitgliedstaaten Umsetzungsspielräume belassen. Dass diese Spielräume von den Mitgliedstaaten nicht einheitlich wahrgenommen werden müssen, liegt schon ob des Wortlauts und der *ratio* des Art. 288 Abs. 3 AEUV¹⁶⁵ auf der Hand.

3. *Rechtsanwendungsgleichheit und Rechtsetzer*

Abschließend möchte ich in aller Kürze begründen, warum sich auch dem Unionsrecht ein Gebot eines im Wesentlichen einheitlichen Vollzugs von Unionsrecht entnehmen lässt.¹⁶⁶ Als Ausgangspunkt einer solchen Pflicht wird man annehmen dürfen, dass die Vertragsparteien der Union die Befugnis zur Gesetzgebung in den Bereichen¹⁶⁷ zugewiesen haben, in denen sie eine unionseinheitliche Regelung für wünschenswert erachteten. Dieses Anliegen wird aber konterkariert, wenn die Anwendung von Unionsrecht von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat *erhebliche* Verschiedenheiten aufweist. Angereichert werden kann dieses Argument durch das Subsidiaritätsprinzip nach Art. 5 EUV sowie Art. 291 Abs. 2 AEUV. Ist das Subsidiaritätsprinzip als Kompetenzausübungsschranke auch darauf gerichtet, die Kompetenzen der Union zu begrenzen, wird man eine Verletzung desselben angesichts der Verpflichtung zentraler Normierung auf ein besseres Ergebnis nicht nur dann annehmen können, wenn die Normierung „zu weit“ geht. Vielmehr mag eine in die Breite gehende Normierung, welche den Mitgliedstaaten aber beträchtliche Umsetzungsspielräume belässt, die regelmäßig in der unionsweiten Wirkung einer Norm liegenden Vorzüge im Sinne einer „Besser-Prognose“ entfallen lassen. Diese Überlegung führt zwar unmittelbar nur dazu, dass ein entsprechender Sekundärrechtsakt wegen Verstoßes gegen das Subsidiaritätsprinzip des Art. 5 Abs. 1, 3 UAbs. 1 EUV nichtig ist und begründet nicht etwa eine Verpflichtung zur Normverdichtung. Dessen unbeschadet lässt sich die geschilderte auf einen einheitlichen Vollzug von Unionsrecht gerichtete *ratio* des Subsidiaritätsprinzips im Sinne eines allgemeinen Rechtsgedankens fruchtbar machen. Praktische Konsequenzen ergeben sich daraus für die Bereiche, in denen

AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 288 AEUV Rn. 21; *Werner Schroeder* in: Rudolf Streinz (Hrsg.) EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 288 AEUV Rn. 46.

¹⁶⁵ Vgl. zur Konzeption von Art. 288 Abs. 3 AEUV nur *Ruffert* in: Calliess/ders. (Fn. 165), Rn. 23 ff.

¹⁶⁶ Zudem sollte auch das Unionsrecht solchen Normen, welchen das normative Defizit eines widersprüchlich auf Ineffektivität angelegten Rechts zu attestieren ist (strukturelles Vollzugsdefizit), ihre Anerkennung versagen.

¹⁶⁷ Die Rede von „Bereichen“, welche freilich auch das Vertragsrecht pflegt (z.B. Art. 5 Abs. 3 UAbs. 1 EUV), mag die Finalität der Kompetenzzuweisungen im Unionsrecht nicht durchweg treffend zu kennzeichnen.

die Union über ausschließliche Gesetzgebungskompetenzen verfügt, vermag das Subsidiaritätsprinzip mangels Anwendbarkeit doch insoweit keine Nichtigkeitsfolgen zu begründen. Deutlicher noch als im Subsidiaritätsprinzip kommt das Anliegen eines im Wesentlichen einheitlichen Vollzugs von Unionsrecht in Art. 291 Abs. 2 AEUV zum Ausdruck. Danach „werden“ der Kommission oder dem Rat Durchführungsbefugnisse übertragen, soweit es einheitlicher Bedingungen für die Durchführung verbindlicher Rechtsakte bedarf. Mag die Norm in unmittelbarer Anwendung die Union auch lediglich zur Durchführungsrechtsetzung *ermächtigen*¹⁶⁸ und gar dem Subsidiaritätsgedanken verhaftet sein,¹⁶⁹ impliziert nicht zuletzt die indikative Fassung der Norm („Bedarf es (...), so werden“) eine ggfs. nachlaufende¹⁷⁰ und auf die Sicherstellung eines im Wesentlichen einheitlichen Vollzugs gerichtete Normierungspflicht der Union.¹⁷¹

IV. Schluss

Ich komme in aller Verknappung zu einer Schlussbetrachtung. Trivial oder ein im guten Sinne einfacher Rechtssatz?¹⁷² Der Rechtsanwendungsgleichheit grundgesetzlicher und unionsrechtlicher Prägung wurde hier und heute ein vergleichsweise schmaler Wirkbereich zugeordnet. Das Gebot der Rechtsanwendungsgleichheit verlangt von jedem Rechtsanwender bei mehreren gleichzeitigen Entscheidungen eine gleiche Rechtsanwendung. Mehr ist es nicht, zu welchem Art. 3 Abs. 1 GG und Art. 20 EU-GRC im Sinne gleichmäßiger Rechtsanwendung verpflichten.

¹⁶⁸ *Nettesheim* in: Grabitz/Hilf/ders. (Fn. 149), Art. 291 AEUV Rn. 19.

¹⁶⁹ Vgl. zur Diskussion *Nettesheim* in: Grabitz/Hilf/ders. (Fn. 149), Art. 291 AEUV Rn. 5 ff.

¹⁷⁰ Art. 291 Abs. 2 AEUV adressiert eine Durchführungsermächtigung im Zeitpunkt der Verabschiedung des Grundrechtsaktes, s. auch *Martin Gellermann* in: Rudolf Streinz (Hrsg.) EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 291 AEUV Rn. 15.

¹⁷¹ Als Adressaten einer entsprechenden Verpflichtung kommen sämtliche Organe der Union in Betracht, welche über die Kompetenz zur Sicherstellung einer Mindesteinheitlichkeit in der Anwendung von Unionsrecht verfügen. Das gilt, obwohl Artikel 291 Abs. 2 AEUV nur den Unionsgesetzgeber zur Ermächtigungsgesetzgebung befugt. Die hier induktiv bzw. im Wege einer Gesamtschau begründete Pflicht zur Unterbindung eines im Wesentlichen uneinheitlichen Vollzugs von Unionsrecht spricht dafür, jedwedes kompetenzziell entsprechend ausgestattete Unionsorgan in die Pflicht zu nehmen. Zudem mag man darauf hinweisen, dass Art. 291 Abs. 2 AEUV die gem. dieser Norm ermächtigten Organe, also Rat oder Kommission, als zur Durchführungsrechtsetzung bestimmt ausweist.

¹⁷² Vgl. dazu, dass Komplexität kein Qualitätsmerkmal von Dogmatik ist, *Cremer* Freiheitsgrundrechte (Fn. 127), 18 f.

Leitsätze des 1. Referenten über:

Rechtsanwendungsgleichheit in Mehrebenensystemen

I. Einleitung

1. Rechtsanwendungsgleichheit – eine Begriffsbestimmung

(1) Die Vorstellung, die zur Rechtsanwendung berufene Judikative und Exekutive agierten als bloße Subsumtionsautomaten, wird in Rechtstheorie, juristischer Methodenlehre und Rechtsdogmatik zu Recht seit Langem zurückgewiesen. Dessen unbeschadet ist Rechtsanwendung gem. Art. 20 Abs. 3 GG an Gesetz und Recht gebunden und ein in diesem Sinne hermeneutischer Prozess.

(2) Die Rechtsanwendungsgleichheit ist rechtsdogmatisch in grundgesetzlicher und unionsrechtlicher Perspektive unterbelichtet.

2. Mehrebenensysteme – eine Auswahlentscheidung

(3) In Mehrebenensystemen sind die Rechtsunterworfenen der Hoheitsgewalt nicht nur eines Verbandes unterworfen. Besonders eng verflochten sind Mehrebenensysteme, in welchen Entscheidungen, zuvörderst Rechtsanwendungsentscheidungen, wie in der Bundesrepublik Deutschland und der Europäischen Union als Ergebnis eines Zusammenspiels verschiedener Ebenen entstehen.

3. Beispiele – Migrationsrecht

II. Rechtsanwendungsgleichheit im Bundesstaat des Grundgesetzes

1. Exekutive Rechtsanwendung

a) Anforderungen des allgemeinen Gleichheitssatzes gem. Art. 3 Abs. 1 GG

aa) Verbandseigener Gesetzesvollzug

(4) Die bundesverfassungsgerichtliche Verheißung einer im allgemeinen Gleichheitssatz wurzelnden Rechtsanwendungsgleichheit als Grundforde-

zung des Rechtsstaats kontrastiert mit einem (auch verbandsintern) nicht selten vielstimmigen Gesetzesvollzug.

(5) Nach ganz h.M. soll jeder Sachbearbeiter sowie jede Behörde bzw. Stelle über den allgemeinen Gleichheitssatz an die eigene Verwaltungspraxis gebunden sein. Weitergehenden Bindungen wird entgegengehalten, Verwaltungshandeln werde stets der einzelnen Behörde zugerechnet und diese sei für die Entscheidung verantwortlich. Diese Zurechnungs- bzw. Verantwortungskonstruktionen setzen das zu Beweisende freilich voraus. Die weitergehende These einer umfassenden Bindung des jeweils kompetenten Verbandes unterstellt, aber begründet nicht, dass Art. 3 Abs. 1 GG exekutives Verhalten stets als solches des zugehörigen Verbandes qualifiziert.

(6) Zielführend ist demgegenüber die nur vermeintlich vom Adressaten der Rechtsanwendungsgleichheit abschweifende Frage, ob der Gleichheitssatz jenseits der Gleichheit in der Reihe auch die Gleichheit in der Zeit schützt. Eine Bindung an eine bestehende Verwaltungspraxis aus Art. 3 Abs. 1 GG wird weitgehend stereotyp bejaht und daran anschließend eine Änderung dieser Praxis als (qualifiziert) begründungspflichtig ausgewiesen. Das überzeugt nicht und zwar ob der in Art. 20 Abs. 3 GG verankerten Gesetzesbindung. Unbeschadet einer regelmäßig fehlenden Determinierung exekutiven (und judikativen) Entscheidens auferlegt diese rechtsstaatlich gebundene Rechtsanwendung dem Rechtsanwender die Interpretation des Rechts als hermeneutischen Prozess – und zwar jedes Mal aufs Neue und ohne dass der Gleichheitssatz eine Kontinuität der Rechtsanwendung in der Zeit auch nur *prima facie* verlangt. Der Gleichheitssatz verpflichtet die Exekutive folglich allein bei zeitgleichen Entscheidungen zur gleichmäßigen Rechtsanwendung.

(7) Diese Ablehnung jeglicher Bindung durch den Gleichheitssatz in der Zeit tritt dem herrschenden Narrativ einer Bindung an vorgängige Entscheidungen dogmatisch-konstruktiv entgegen, ist aber in der Sache mit ihm versöhnbar, soweit nicht mehr gefordert wird als eine bloße Begründung für das Abweichen von der vorgängigen Entscheidungspraxis. Die verbreitete Forderung einer materiell qualifizierten Begründung, etwa im Sinne „deutlich überwiegender oder sogar schlechthin zwingender Gründe“ (BGH), als Rechtmäßigkeitsvoraussetzung für die Änderung einer Rechtsanwendungspraxis ist dagegen auch in der Sache zu verwerfen. Jenseits einer bereits begründeten Normauslegung und -anwendung ist insbesondere nicht darzulegen, man selbst oder andere hätten sich bisher einer signifikant plausibleren Auslegung verschlossen und missachtet, was jedem hätte einleuchten müssen.

bb) Mehrebenenvollzug

(8) Im Mehrebenenvollzug nach Art. 83 GG sowie bei einem gemeindlichen Vollzug von Bundes- oder Landesrecht im Bereich weisungsfreier Selbstverwaltungsangelegenheiten ist eine ebenenübergreifende Bindung an den Gleichheitssatz abzulehnen. Diese ganz herrschende Position erfolgt regelmäßig und zu Recht unter schlichtem Hinweis auf die entsprechende grundgesetzliche Kompetenzzuteilung.

b) Verfassungsrechtlich geschuldete gleiche Rechtsanwendung jenseits des Gleichheitssatzes

(9) Der Grundsatz der Bundestreue sowie die Teleologie verfassungsrechtlicher Kompetenzübertragungen (an den Bund) sind nicht dazu geeignet, die im Einzelfall entscheidende Exekutive an ein fremdes Entscheidungsverhalten zu binden.

(10) Der Grundsatz des Vertrauensschutzes vermag die Exekutive im Einzelfall auf Kontinuität in der Rechtsanwendung zu verpflichten. Dies ist freilich kein spezifischer Ausdruck des Gleichheitssatzes und der Rechtsanwendungsgleichheit.

c) Conclusio und Kontextualisierung unter Einbeziehung von verwaltungsinterner und judikativer Überformung

(11) Aus Art. 3 Abs. 1 GG folgt im Mehrebenenvollzug kein Gebot gleicher Rechtsanwendung; bzgl. des verbandseigenen Normvollzugs sind nur zeitgleiche Rechtsanwendungsentscheidungen adressiert. Indessen gewährleisten Verwaltungsvorschriften in ihrem jeweiligen Anwendungsbereich ob ihrer verwaltungsinternen Bindungswirkung Rechtsanwendungsgleichheit.

(12) Die Judikative setzt einer Vielfalt exekutiver Rechtsanwendung auf der Grundlage einer vom Gesetzgeber rezipierten Dogmatik insoweit eine Grenze, als unbestimmte Rechtsbegriffe und mithin ihre Auslegung und Anwendung durch die Exekutive gerichtlich voll überprüfbar sind. Soweit der Exekutive freilich Ermessen sowie im Umgang mit unbestimmten Rechtsbegriffen ein Beurteilungsspielraum eingeräumt wird, vermag die Judikative nicht zur einheitlichen Rechtsanwendung beizutragen.

*2. Judikative Rechtsanwendung**a) Mehrebenenperspektive*

(13) Auch auf dem Gebiet der Rechtsprechung teilt das Grundgesetz Bund und Ländern Kompetenzen zu. Dabei verfolgt die Errichtung der obersten Gerichtshöfe auf Bundesebene im Anschluss an Art. 95 Abs. 1 und

3 GG primär das Ziel einer einheitlichen Rechtsprechung bei der Auslegung und Anwendung von Bundesrecht. Dennoch ergibt sich aus Art. 95 Abs. 1 und 3 GG jenseits des Einzelfalls keine Bindung der Gerichte an die höchst- bzw. obergerichtliche Rechtsprechung.

b) Bindung der Judikative an Art. 3 Abs. 1 GG

(14) Die in Art. 97 Abs. 1 GG verbürgte Unabhängigkeit gewährt der Rechtsprechung keine Unabhängigkeit vom Gesetz, sondern nur im Rahmen der Gesetze. Art. 3 Abs. 1 verbürgt i.V.m. Art. 1 Abs. 3 GG ein an die Judikative adressiertes Gebot der Rechtsanwendungsgleichheit. Es begründet aber auch gegenüber der Judikative kein transtemporär wirkendes Gebot; Richter und Gerichte werden durch Art. 3 Abs. 1 GG nicht einmal an ihre eigene vorgängige Rechtsprechung gebunden.

c) Verfassungsrechtlich geschuldete gleiche Rechtsanwendung jenseits des Gleichheitssatzes

(15) Verfassungsrechtlich fundierte Verpflichtungen der Judikative auf gleiche Rechtsanwendung jenseits des Gleichheitssatzes sind lediglich im Einzelfall und gleichheitsrechtsunspezifisch anzuerkennen, namentlich unter Berufung auf den Grundsatz des Vertrauensschutzes. Präjudizienmodelle vermögen Pflichten zur Kenntnisnahme von und zur Auseinandersetzung mit einschlägigen Präjudizien zu begründen; ein Gebot gleicher Rechtsanwendung ist daraus nicht ableitbar.

d) Prozessrecht und Rechtsanwendungsgleichheit

(16) Art. 95 Abs. 1 und 3 GG impliziert die verfassungspolitische Erwartung, das Prozessrecht auf das Ziel einer einheitlichen Rechtsprechung auszurichten. Mag man dem Bundesgesetzgeber insoweit auch keine grundsätzlichen Versäumnisse vorwerfen, erscheint die asylgerichtliche Rechtsprechung doch aus rechtsmittelrechtlichen i.V.m. tatsächlichen Gründen in besonderer Weise uneinheitlichkeitsanfällig.

3. Gesetzgeber und Ministerialbürokratie als Adressaten der Rechtsanwendungsgleichheit

a) Strukturelles Vollzugsdefizit

(17) Der Gesetzgeber verletzt Art. 3 Abs. 1 GG, wenn ein Widerspruch zwischen dem normativen Befehl der materiell pflichtbegründenden Norm und der nicht auf Durchsetzung angelegten Vollzugsnorm besteht. Diese für den Bereich des Steuerrechts und Steuervollzugs vom Bundesverfassungs-

gericht entwickelte Position mag mutatis mutandis auf andere Rechtsbereiche übertragbar sein.

b) Pflicht zum im Wesentlichen einheitlichen Vollzug von (Bundes) Gesetzen

aa) Verfassungsrechtliche Anknüpfung und Begründung der Pflicht

(18) Das Bundesverfassungsgericht stützt die „Pflicht zum im wesentlichen einheitlichen Vollzug von Bundesgesetzen“ im Ansatz zutreffend darauf, dass dem Bund die Befugnis zur Gesetzgebung auf den Gebieten zustehe, auf denen eine einheitliche Regelung von besonderer Bedeutung sei.

bb) Kennzeichen eines im Wesentlichen uneinheitlichen Vollzugs

(19) Die Qualifizierung als im Wesentlichen ungleicher Vollzug hat im Anschluss an die Cannabis-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts jenseits des Ausmaßes der Ungleichheit die konkrete Bedeutung des jeweils in Rede stehenden Vollzugshandelns für den Einzelnen zu verarbeiten. Diese quantitativ-qualitativ zu bestimmende Wesentlichkeit der Ungleichbehandlung ist durch eine zusätzliche kategorial-inhaltlich ausgerichtete Drei-Stufen-Theorie zu ergänzen. Im Rahmen dieser Drei-Stufen-Theorie sind Vollzugsdivergenzen auf der dritten Stufe am wenigsten, auf der ersten Stufe dagegen am ehesten tolerabel. Die zweite Stufe markiert gewissermaßen einen mittleren Toleranzbereich.

(20) Die dritte Stufe (Substitutionsbeziehung) ist dadurch gekennzeichnet, dass im Wege unterschiedlichen Vollzugs eine aus einem begrenzten Kontingent gewährte Begünstigung mit der Konsequenz gewährt wird, dass einem im Vollzug Benachteiligten eine ihm andernfalls (möglicherweise) zugefallene Begünstigung verloren geht. Die zweite Stufe (Wettbewerbsbeziehung) ist durch eine Situation gekennzeichnet, in welcher der ungleiche Vollzug zwei Normadressaten trifft, die dergestalt in einem Verhältnis zueinanderstehen, dass die durch die unterschiedliche Behandlung gewährte Begünstigung von dem Begünstigten dazu genutzt werden kann oder gar typischerweise genutzt wird, diese zum Nachteil des Nichtbegünstigten zu verwenden. Die erste Stufe (Nichtinfizierungsbeziehung) ist dadurch gekennzeichnet, dass der ungleiche Vollzug als solcher sich im Verhältnis der durch die Ungleichheit Betroffenen nicht auswirkt.

III. Rechtsanwendungsgleichheit in der Europäischen Union

1. Zum Nutzen einer Dogmatik unionaler Rechtsanwendungsgleichheit

(21) Eine Ausrichtung auf das Ziel der Rechtsanwendungsgleichheit in der Europäischen Union verlangt teils fundamentale (rechts)kulturelle, methodologische sowie rechtsstrukturelle Unterschiede in den Mitgliedstaaten bzw. im mitgliedstaatlichen Recht zu befunden und zu systematisieren sowie daran anknüpfend einen wie auch immer zu konfigurierenden Instrumentenkasten zu bauen. Eine Vergewisserung über die Rechtsdogmatik der Rechtsanwendungsgleichheit unionsrechtlicher Prägung ist jenseits ihres kaum zu überschätzenden Eigenwertes neben den genannten Faktoren indessen *conditio sine qua non* für eine sachangemessene Konfiguration des angesprochenen Instrumentenkastens.

2. Rechtsanwendungsgleichheit und Rechtsanwender

a) Rechtsanwendung von Unionsrecht durch Unionsorgane

(22) Art. 20 EU-GRC begründet ebenso wenig wie Art. 3 Abs. 1 GG transtemporäre Bindungen an eine vorgängige Rechtsanwendung. Eine Bindung besteht allein bei zeitgleichen Entscheidungen, etwa bei Entscheidungen über verbundene Rechtssachen.

b) Rechtsanwendung von Unionsrecht durch die Mitgliedstaaten

(23) Obschon der Anwendungsbereich von Art. 20 EU-GRC im Sinne von Art. 51 Abs. 1 S. 1 EU-GRC eröffnet ist, sind die mitgliedstaatlichen Rechtsanwender lediglich bezüglich zeitgleicher eigener Entscheidungen auf eine gleiche Rechtsanwendung verpflichtet. Bei der mittelbaren Anwendung von Unionsrecht durch die Mitgliedstaaten mögen die neben Art. 20 EU-GRC anwendbaren allgemeinen Gleichheitssätze mitgliedstaatlicher Provenienz im jeweiligen Mitgliedstaat weitergehende gleichheitsrechtliche Bindungen begründen.

3. Rechtsanwendungsgleichheit und Rechtsetzer

(24) Auch dem Unionsrecht ist das Gebot eines im Wesentlichen einheitlichen Vollzugs von Unionsrecht zu entnehmen. Ausgangspunkt einer solchen Pflicht ist die Annahme, dass die Vertragsparteien der Union die Befugnis zur Gesetzgebung in den Bereichen zugewiesen haben, in denen sie eine unionseinheitliche Regelung für wünschenswert erachteten. Angereichert werden kann dieses Argument durch das Subsidiaritätsprinzip nach Art. 5 EUV sowie Art. 291 Abs. 2 AEUV.

Zweiter Beratungsgegenstand:

Rechtsanwendungsgleichheit in Mehrebenensystemen

2. Referat von *Benjamin Schindler*, St. Gallen¹

Inhalt

	Seite
I. Rückblick: Unitarisches Vorverständnis	168
1. Rechtspolitik: Nationalliberale Einheitsbewegung	168
2. Rechtswissenschaft: Vereinheitlichung durch Dogmatik . . .	170
3. Rechtspraxis: Institutionen als „Hüter der Rechtseinheit“ . .	171
4. Rechtssprache: Subtile Prägungen durch Metaphorik und Begriffswahl	173
II. Standortbestimmung	174
1. Begriffliche und methodische Annäherung	174
a) Enge Verbindung von Rechtsgleichheit und Rechtseinheit	174
b) Mehrebenensysteme	175
c) Rechtsanwendungsgleichheit	177
d) Cannabis-Rechtsprechungen als Beispiel	178
e) Methodische Herausforderungen	179
2. Gründe für eine uneinheitliche Rechtsanwendungspraxis . .	181
a) Unterschiedlicher Problemdruck	181
b) Unterschiedliche rechtliche Rahmenbedingungen	182
III. Orientierungs- und Reflexionsrahmen im Spannungsfeld von Einheit und Vielfalt	184
1. Tradierte dogmatische Einordnungen	184
2. Was bedeutet Föderalismus: pluralistische Konkurrenz oder solidarische Angleichung?	187

¹ Vielfältigste Anregungen verdanke ich *Michael Beusch, Giovanni Biaggini, Peter Bußjäger, Bardo Fassbender, Sibylle Hofer, Martin Killias, Andreas Kley, Bernhard Ehrenzeller, Kaspar Ehrenzeller, Benjamin Märkli, Matthias Oesch, Johannes Reich, Stefan G. Schmid, Rainer J. Schweizer, Tobias Tschumi, Peter Uebersax* und *Ferdinand Wollenschläger*. Bei der Recherche haben mich *Armin Stähli* und *Raphael Widmer* tatkräftig unterstützt, bei der Schlussredaktion *Benjamin Grunwald*.

3. Was bedeutet Demokratie: monistische oder plurale Legitimationsquelle(n)?	192
4. Was bedeutet Rechtsgleichheit: Gleichheit „vor dem Gesetz“ oder „Gleichheit vor dem Hoheitsträger“?	196
IV. Konsequenzen: Möglichkeiten und Grenzen der Steuerung von Einheit in der Vielfalt.	198

I. Rückblick: Unitarisches Vorverständnis

1. Rechtspolitik: Nationalliberale Einheitsbewegung

„Daß Sie und wir die Jünger einer einheitlichen deutschen Wissenschaft sind, darüber brauche ich keine Worte zu verlieren.“² Mit dieser Begrüßung hieß *Heinrich Triepel* (1868–1946) 1924 die Teilnehmer der ersten Staatsrechtslehrertagung in Jena willkommen. Der Gruß richtete sich vor allem an die österreichischen Kollegen und brachte eine unitarische Gesinnung zum Ausdruck,³ die spätestens seit den Freiheitskriegen (1813–1815) das liberal gesinnte deutsche Bürgertum und weite Teile der Rechtswissenschaften prägte. Bereits 1813 forderte *Ernst Moritz Arndt* (1769–1860) ein „allgemeines teutsches Oberreichsgericht für alle Lande“.⁴ Und *Joseph Görres* (1776–1848) verlangte kurz danach eine „neue innere Ordnung“ für das Reich, nämlich „daß *alle* nach dem *gleichen* Rechte gerichtet werden, daß mit gleichem Maaß [sic] gemessen“⁵ werde.

Wenn ich mein Referat mit einem Blick in die Vergangenheit beginne, dann möchte ich damit zur kritischen Selbstreflexion anregen. Als Deutsche Staatsrechtslehrer begegnen wir dem Thema Rechtseinheit und Rechtsgleichheit mit einem unitarischen Vorverständnis.⁶ Nationale Rechtseinheit und damit eng verknüpft die Rechtsgleichheit im größtmöglich denkbaren Wirkungsraum sind seit dem frühen 19. Jahrhundert in der

² *Heinrich Triepel* Eröffnungsansprache, VVDStRL 1 (1924), 5 (5).

³ *Triepel* sah sich selber als Befürworter dieser „unitarischen Strömung in Deutschland“: *Heinrich Triepel* Die Reichsaufsicht, Untersuchungen zum Staatsrecht des Deutschen Reiches, 1917, 708, 715. Vgl. auch *ders.* Unitarismus und Föderalismus im Deutschen Reiche, 1907, 54, 122.

⁴ *Ernst Moritz Arndt* Geist der Zeit, Theil 3, 1813, 365.

⁵ *Joseph Görres* Die künftige teutsche Verfassung, in: Rheinischer Merkur Nr. 105 vom 20.8.1814, 1 (1) (Hervorhebungen im Original).

⁶ Vgl. zu diesem Vorverständnis *Sigrid Boysen* Gleichheit im Bundesstaat, 2004, 53 ff.; *Matthias Jestaedt* Bundesstaat als Verfassungsprinzip, in: HStR II, 3. Aufl. 2004, § 29 Rn. 43; *Stefan Kadelbach* Autonomie und Bindung der Rechtsetzung in gestuften Rechtsordnungen, VVDStRL 66 (2007), 7 (14); *Stefan Oeter* Integration und Subsidiarität im deutschen Bundesstaat, 1998, 395.

Rechtswissenschaft positiv konnotiert. Das Gegenstück zum unitarisch gesinnten Staatsrechtslehrer bildet – um die Worte *Triepels* zu verwenden – der engstirnige „kleinstaatliche Spießbürger“⁷. Auch in der Schweiz verbindet sich die Vorstellung nationaler Rechtseinheit seit dem 19. Jahrhundert mit den Anliegen des liberal gesinnten Bürgertums.⁸ Der schweizer „Nationaldichter“⁹ *Gottfried Keller* (1819–1890) verfasste 1846 ein Sonett mit dem Titel „Eidgenossenschaft“. Darin griff er der Entwicklung vor und verglich den erst zwei Jahre später Realität gewordenen Bundesstaat mit einem Diamanten, „entstanden zu unzerstörlich alldurchdrungener Einheit“¹⁰. Galt es in Deutschland die „Kleinstaaterei“ zu überwinden, so war es in der Schweiz der „Kantönligeist“.¹¹ Oder, um noch einmal *Keller* zu zitieren: „Und wenn, wie man im Edelstein erkennt, Darin noch kleine dunkle Körper weilen, So sind sie fest umschlossen und gebannt.“¹² Die „dunklen Körper“, die *Keller* gebannt sehen wollte, waren die (schwarz-) katholisch, konservativen Kantone der Innerschweiz, die sich dem Projekt eines Bundesstaats widersetzen.¹³ In Deutschland wie der Schweiz war ein zentral organisierter Einheitsstaat nicht zu verwirklichen, weshalb die Rechtseinheit zum Surrogat der fehlenden politischen Einheit wurde.¹⁴ Es war der radikal-liberale, aber aus der zentralisierungsskeptischen

⁷ *Triepel* Unitarismus und Föderalismus (Fn. 3), 124.

⁸ Eine Vorreiterrolle bei der Rechtsvereinheitlichung übernahm der 1861 gegründete Schweizerische Juristenverein, der sich in seinen Statuten (Satzungen) „das Anstreben möglicher Übereinstimmung civilrechtlicher, strafrechtlicher und prozessualischer Gesetzgebung“ zum Programm gemacht hatte: *Pio Caroni* Rechtseinheit, Drei historische Studien zu Art. 64 BV, 1986, 31 ff.; *Lukas Gschwend/Karin Ingber/Stefan Wehrle* 150 Jahre Schweizerischer Juristenverein (1861–2011), 2011, 20.

⁹ Zur Schlüsselrolle des Schweizer Bundesrats bei der Stilisierung Kellers zum Nationaldichter *Peter Stocker* Die Rezeption Gottfried Kellers als Nationaldichter in der Schweiz von 1919 bis 1940, in: *Jahrbuch der Raabe-Gesellschaft* 2005, 131 (131 ff.).

¹⁰ *Gottfried Keller* Sämtliche Werke in acht Bänden, Bd. 1, 1958, 99.

¹¹ Vgl. *Emanuel Bortler/Bernhard Waldmann* Rechtsvereinheitlichung als Gefahr für den Schweizerischen Föderalismus, *Jahrbuch des Föderalismus* 2013, 386 (386).

¹² *Keller* Werke (Fn. 10), 99.

¹³ Zum politischen Hintergrund von Kellers Gedicht *Max Huber* Beharrung und Wandlung: Betrachtungen zur Jahrhundertfeier der Bundesverfassung von 1848, *Schweizer Monatshefte* 28 (1948/1949), 338 (340); *Philipp Theison* Politische Lyrik, in: *Ursula Amrein* (Hrsg.) *Gottfried Keller Handbuch*, 2016, 173 (173).

¹⁴ Für Deutschland *Gerhard Lehmann* Der unitarische Bundesstaat in Deutschland: Pfadabhängigkeit und Wandel, in: *Arthur Benz/Gerhard Lehmann* (Hrsg.) *Föderalismus, Analysen in entwicklungsgeschichtlicher und vergleichender Perspektive*, 2002, 53 (73). Die Forderung nach politischer Einheit war bei *Triepels* Eröffnungsansprache (Fn. 2), 6, mit Blick auf Österreich immer noch präsent: „Denn nichts ist gewisser als dies, daß sich eine große Nation, wie die deutsche, die Einheit ihres Staates auf die Dauer von keiner äußeren Gewalt, und sei es das Diktat einer ganzen Welt, wird versagen lassen.“ Vgl. zum damals von beiden Seiten mit großer Selbstverständlichkeit geforderten Zusammenschluss

lateinischen Schweiz stammende *Louis Ruchonnet* (1834–1893)¹⁵, der die helvetische Kompromissformel prägte: „Unifions, mais ne centralisons pas!“¹⁶ – Lasst uns (das Recht) vereinheitlichen, nicht aber (die Staatsgewalt) zentralisieren!

2. Rechtswissenschaft: Vereinheitlichung durch Dogmatik

Neben dem politischen Wunsch nach nationaler Rechtseinheit führten aber auch andere Faktoren dazu, dass die Staatsrechtslehre bis heute einer vereinheitlichenden Perspektive zuneigt. Insbesondere die im deutschsprachigen Raum verbreitete Dogmatik des „Allgemeinen Verwaltungsrechts“ fördert eine unitarische Sichtweise. Sie sucht nach den allgemeinen und verbindenden Begriffen und Systemelementen, womit sie einheitliche Maßstäbe entwickelt, die nicht nur die Referenzgebiete des besonderen Verwaltungsrechts überbrücken, sondern auch über regionale wie nationale Grenzen hinweg vereinheitlichend wirken.¹⁷ *Otto Mayer* (1846–1924) war diese einheitsstiftende Kraft durchaus bewusst und sie entsprach seiner national-liberalen Haltung,¹⁸ wie er in der Einleitung zu seinem Deutschen Verwaltungsrecht unterstreicht: „Unser Verwaltungsrecht ist ein Erzeugnis unserer gemeinsamen Kultur, wenigstens in seinen für die wissenschaftliche Behandlung [...] maßgebenden Grundideen. Es gibt keine bayrische, sächsische, nicht einmal eine für sich bestehende preußische Verwaltungswissenschaft – Gott Lob!“¹⁹ Auch der in Deutschland lehrende Schweizer *Fritz Fleiner* (1867–1937) betonte in seinen „Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts“ den „gemeinsamen Rechtsgeist“, von dem das deut-

Deutschlands und Deutsch-Österreichs *Michael Stolleis* Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Dritter Band 1914–1945, 1999, 145 ff.

¹⁵ Der als kantonaler Politiker wie als Nationalrat und Bundesrat tätige *Ruchonnet* war zwar Anführer der reformorientierten Radikalen („linksliberale“ Partei) in der Westschweiz. Diese waren aber anders als in der deutschsprachigen Schweiz föderalistisch gesinnt: *Olivier Meuwly* Louis Ruchonnet 1834–1893, Un homme d’Etat entre action et idéal, 2006, 157 ff. Zur Zentralisierungsskepsis der lateinischen Schweiz *Jean-François Aubert* Traité de droit constitutionnel suisse, Volume I, 1967, Rn. 110, 114.

¹⁶ Zitiert nach *Eduard His* Geschichte des neuern Schweizerischen Staatsrechts, Bd. III, 1938, 426.

¹⁷ Zum Allgemeinen Verwaltungsrecht und seinem Beitrag fürs „nation building“ *Thomas Groß* Beziehungen zwischen Allgemeinem und Besonderem Verwaltungsrecht, Die Verwaltung, Beiheft 2, Die Wissenschaft vom Verwaltungsrecht, 1999, 57 (63 f.); *Benjamin Schindler* 100 Jahre Verwaltungsrecht in der Schweiz, Zeitschrift für Schweizerisches Recht (ZSR) 2011 II, 331 (392).

¹⁸ *Erk Volkmar Heyen* Otto Mayer, Studien zu den geistigen Grundlagen seiner Verwaltungsrechtswissenschaft, 1981, 49 ff.

¹⁹ *Otto Mayer* Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. I, 3. Aufl. 1924, 21.

sche Verwaltungsrecht getragen sei.²⁰ Noch einen Schritt weiter ging der Österreicher *Adolf Merkl* (1890–1970) mit seinem Allgemeinen Verwaltungsrecht. Es sollte das „für jede positive Verwaltungsrechtsordnung [...] Allgemeingültige“²¹ ausgeschält werden, womit es von einem konkreten Rechtsraum entkoppelt wurde. Eine ähnlich vereinheitlichende Wirkung wie die Verwaltungsrechtswissenschaft haben die Grundrechte verstärkt nach 1945 entfaltet.²² Bei den Grund- und Menschenrechten war es aber weniger eine spezifisch im deutschsprachigen Raum betriebene Dogmatik, die einheitsstiftend wirkte. Der universelle Geltungsanspruch ist den Menschenrechten deshalb inhärent, weil sie von der angeborenen Gleichheit aller Menschen ausgehen und sie vor hoheitlicher Macht schützen, unabhängig davon, ob diese auf lokaler, regionaler, nationaler oder transnationaler Ebene angesiedelt ist.²³

3. *Rechtspraxis: Institutionen als „Hüter der Rechtseinheit“*

Nicht nur Politik und Rechtswissenschaft wirkten und wirken als unitarische Triebfedern, sondern auch Verwaltungen und Gerichte. In Österreich wurde die nationale Rechtsvereinheitlichung bereits im 18. Jahrhundert von einer aufgeklärt-absolutistischen Monarchie vorangetrieben. Mitte des 19. Jahrhunderts wurde die „Gleichheit vor dem Gesetz“ verfassungsrechtlich verankert, wobei dieses Gebot rasch von der zentralen Staatsmacht im

²⁰ *Fritz Fleiner* Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl. 1928, 61.

²¹ *Adolf Merkl* Allgemeines Verwaltungsrecht, 1927, XII.

²² Vgl. hierzu bereits die Zusammenfassung der Diskussion bei der ersten Staatsrechtslehrertagung (VVDStRL 1 [1924], 60 [60], keine Autorenangabe): „In Ergänzung des Vortrages wurde besonders auf die Bedeutung der für die Einheitlichkeit des Rechtsgeistes in Deutschland wertvollen Grundrechte der Weimarer Verfassung hingewiesen, daneben auch die Vereinheitlichung des stark zersplitterten deutschen Verwaltungsrechts als dringende Aufgabe des Reichs bezeichnet.“ Zur unitarischen Wirkung der Grundrechte auch *Erich Kaufmann* Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung, VVDStRL 3 (1926), 2 (8).

²³ Vgl. die Präambel der EMRK („Considering that this Declaration aims at securing the universal and effective recognition and observance of the Rights therein declared.“); Art. 1 S. 1 AEMR („All human beings are born free and equal in dignity and rights.“). Ähnlich bereits Art. 1 der Virginia Bill of Rights vom 12.6.1776 („That all men are by nature equally free and independent and have certain inherent rights [...]“); Präambel der Declaration of Independence vom 4.7.1776 („We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights [...]“.) sowie Art. 1 der Déclaration des droits de l’homme et du citoyen vom 26.8.1789 („Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits.“). Texte zitiert nach *Bardo Fassbender* Quellen zur Geschichte der Menschenrechte, 2014, 6, 18, 42, 88.

Kampf gegen den Länderpartikularismus instrumentalisiert wurde.²⁴ Die Habsburgermonarchie war zudem sprachlich, kulturell und historisch so heterogen, dass die Rechtseinheit zu einem Schlüsselement von Staatlichkeit überhaupt wurde.²⁵ Zum zentralen Akteur wurde die das Recht vollziehende Verwaltung, dieser in den Worten *Robert Musils* (1880–1942) „besten Bürokratie Europas“, die das „Land in einer aufgeklärten, wenig fühlbaren, alle Spitzen vorsichtig beschneidenden Weise“²⁶ lenkte.²⁷ Mit dem 1876 geschaffenen Verwaltungsgerichtshof wurde sodann eine Institution geschaffen, die durch ihre Rechtsprechung die Rechtseinheit fördern sollte und dessen Urteile zum Kristallisationspunkt einer einheitlichen Verwaltungsrechtswissenschaft geworden sind.²⁸ Eine vergleichbare Rolle übernahm in der Schweiz das kurz zuvor (1874) aufgewertete Bundesgericht.²⁹ Durch eine ausgesprochen kreative Rechtsprechung, die formal am Rechtsgleichheitsgebot anknüpfte, gelang dem Gericht eine das kantonale Verwaltungs- und Verfahrensrecht vereinheitlichende Rechtsprechung.³⁰ *Richard Thoma* (1874–1957) kritisierte die unitarische Stoßrichtung der Schweizer Gerichtspraxis und warnte davor, sie zum Vorbild für Deutschland zu nehmen, da sie zu tiefgreifenden Veränderungen im Verhältnis zwischen Reich und Ländern führe.³¹ Dass gerichtliche Institutionen eine wich-

²⁴ *Magdalena Pöschl* Gleichheit vor dem Gesetz, 2008, 92. Vgl. auch *Peter Bußjäger* Bundesstaat und Gleichheitsgrundsatz, JBl 2007, 289 (292).

²⁵ *Ewald Wiederin* Denken vom Recht her, Über den *modus austriacus* in der Staatsrechtslehre, in: Helmuth Schulze-Fielitz (Hrsg.) Staatsrechtslehre als Wissenschaft, 2007, 293 (297) unter Verweis auf *Hans Kelsen*.

²⁶ *Robert Musil* Der Mann ohne Eigenschaften, 12. Aufl. 2007, 33.

²⁷ Zu „Österreich als Verwaltungsstaat“ *Ewald Wiederin* Staat, Verwaltung und Verwaltungsrecht: Österreich, in: IPE III, 2010, § 46 Rn. 1 ff.

²⁸ *Thomas Olechowski* Der österreichische Verwaltungsgerichtshof, 2001, 36 ff.; *Wiederin* Staat (Fn. 27), § 46 Rn. 36 ff.

²⁹ Zum unitarischen Selbstverständnis des Bundesgerichts am Ende des 19. Jh. *Christoph Errass* Zur Geschichte des Bundesgerichts in: Marcel Alexander Niggli/Peter Ueberrax/Hans Wiprächtiger (Hrsg.) Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz, 2. Aufl. 2011, Rn. 171; *Andreas Kley* Verfassungsgeschichte der Neuzeit, 3. Aufl. 2013, 328 ff.

³⁰ *Max Imboden* charakterisierte diese Rechtsprechung als die „wichtigen Eckfeiler“ einer gesamtschweizerischen Verwaltungsrechtsordnung (Der Beitrag des Bundesgerichts zur Fortbildung des schweizerischen Verwaltungsrechts [1959], in: ders. Staat und Recht, ausgewählte Schriften und Vorträge, 1971, 367 [375]). Zu den verfahrensrechtlichen Minimalanforderungen: BGE 1 (1875) 3 E. 2 (5) und BGE 3 (1877) 429 E. 1 (430); *Georg Müller* in: Jean-François Aubert/Kurt Eichenberger/Jörg Paul Müller/René A. Rhinow/Dietrich Schindler jun. (Hrsg.) Kommentar BV 1874, 1995, Art. 4 Rn. 85 ff. Zum Willkürverbot: BGE 8 (1882) 680 E. 1 S. 685 f.; BGE 10 (1884) 311 f.; *Felix Uhlmann* Das Willkürverbot, 2005, Rn. 434, 586.

³¹ *Richard Thoma* Grundrechte und Polizeigewalt (1925), in: Horst Dreier (Hrsg.) *Richard Thoma: Rechtsstaat – Demokratie – Grundrechte: Ausgewählte Abhandlungen aus*

tige Schrittmacherfunktion bei der Rechtsvereinheitlichung spielen, machen in neuerer Zeit sowohl der Europäische Gerichtshof als auch der Gerichtshof für Menschenrechte deutlich, wenn sie sich als „Hüter“ ihrer jeweiligen Rechtsordnungen, wenn nicht gar als „Integrationsmotoren“ verstehen.³²

4. *Rechtssprache: Subtile Prägungen durch Metaphorik und Begriffswahl*

Rechtswissenschaft wie Rechtspraxis verwenden Sprachbilder. Metaphern dienen in erster Linie der Veranschaulichung abstrakter Rechtsfragen, indem sie sich augenfälliger Parallelen aus der Alltagswelt bedienen. Damit leisten sie wertvolle Übersetzungsarbeit und dienen der Komplexitätsreduktion.³³ Es besteht aber auch die Gefahr von Übersetzungsfehlern, wenn das Bild schief ist. Und Metaphern können subtil Wertungen suggerieren, wenn das eingesetzte Bild positiv oder negativ aufgeladen ist.³⁴ *Fritz Fleiner* beschrieb den Bund als „Aufbau von unten nach oben: Gemeinde, Kanton und erst zuletzt, als Krönung des Ganzen, der Bund, die Bundesgewalt“³⁵. Das Bild vom Stufenbau mit einem „Unten“ und einem bekrönten „Oben“ deutet auf eine hierarchische Ordnung.³⁶ In ihrer Begriffswahl bezeichnend sind auch die Referate der ersten Staatsrechtslehrertagung zum Thema „Der deutsche Föderalismus in Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft“. *Gerhard Anschütz* (1867–1948) wie *Karl Bilfin-*

fünf Jahrzehnten, 2008, 130 (158). Vgl. auch die Kritik bei *Georg Jellinek* System der subjektiven öffentlichen Rechte, 1892, 93.

³² *Torsten Stein* Richterrecht wie anderswo auch? Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften als „Integrationsmotor“, in: Hochschullehrer der Heidelberger Juristenfakultät (Hrsg.) Richterliche Rechtsfortbildung, FS Juristische Fakultät Heidelberg, 1986, 619 (619 ff.). Vgl. *Stefan Oeter* Rechtsprechungskonkurrenz zwischen nationalen Verfassungsgerichten, Europäischem Gerichtshof und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte, VVDStRL 66 (2007), 361 (363).

³³ Vgl. *Ulrich C. J. Gebhardt* Sermo Iuris: Rechtssprache und Recht in der augusteischen Dichtung, 2009, 71; *Axel Rüth* Metaphern in der Geschichte, in: Lutz Danneberg/Carlos Spoerhase/Dirk Werle (Hrsg.) Begriffe, Metaphern und Imaginationen in Philosophie und Wissenschaftsgeschichte, 2009, 126 (126 ff.).

³⁴ Vgl. *Giovanni Biaggini* Grenzen und Tücken juristischer Metaphorik, Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht (ZBl) 2015, 509 (509 f.).

³⁵ *Fritz Fleiner* Zentralismus und Föderalismus in der Schweiz (1917), in: ders. Ausgewählte Schriften und Reden, 1941, 197 (198). In seinem grundlegenden Werk zum Bundesstaatsrecht findet sich die Metapher vom Stufenbau wieder, bemerkenswerterweise aber ohne die krönende Überhöhung: *Fritz Fleiner* Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 1923, 19.

³⁶ Kritisch zu einem „unten“ und „oben“ im Kontext des Föderalismus *Peter Häberle* Föderalismus-Modelle im kulturellen Verfassungsvergleich, ZÖR 2007, 39 (47, 55); ders. Diskussionsvotum, VVDStRL 66 (2007), 84 (84 f.).

ger (1879–1958) stellten der unitarischen Bewegung im Bundestaat begrifflich den „Partikularismus“ der Länder gegenüber.³⁷ Das Wort suggeriert Enge, Kleinstaatlichkeit, Eigennützigkeit und provinzielle Beschränktheit.³⁸ Und auch der an der jüngsten Tagung der Vereinigung verwendete Begriff der „Fragmentierung“ ist nicht wertfrei, deutet er doch ein Zerbrechen und Zersplittern von erhaltenswert scheinenden einheitlichen Strukturen an.³⁹

II. Standortbestimmung

1. Begriffliche und methodische Annäherung

a) Enge Verbindung von Rechtsgleichheit und Rechtseinheit

Die Begriffswahl kann somit eine inhaltliche Wertung vorwegnehmen, und so sollte ich spätestens hier deutlich machen, was ich unter „Rechtsanwendungsgleichheit“ und „Mehrebenensystemen“ verstehe. Der Blick in die Vergangenheit macht den engen Zusammenhang zwischen Rechtseinheit und Rechtsgleichheit deutlich. Einheitliches Recht impliziert Rechtsanwendung mit „gleichem Maß“; es verlangt in konsequenter Fortführung die gleiche Anwendung dieses Rechts durch dieselben zentralen Vollzugsorgane.⁴⁰ Heinrich von Treitschke (1834–1896) stellte daher 1874 die rhetorische Frage: „Wer ist so thöricht [sic], die Handhabung und Auslegung unserer Bundesgesetze dem böswilligen württembergischen Beamtenthum und dem souveränen Volke der Gemeinden von Wöblingen und Böblingen zu überlassen [...]?“⁴¹ Ein Jahrhundert später bezeichnete Günter

³⁷ Gerhard Anschütz Der deutsche Föderalismus in Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft, VVDStRL 1 (1924), 11 (20) („partikularistisch, eng, kleinstaatlich“); Karl Bilfinger Der deutsche Föderalismus in Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft, VVDStRL 1 (1924), 35 (59) („Gefahr einer partikularistischen Rückwärtsentwicklung.“).

³⁸ Vgl. etwa Anschütz (Fn. 37), 20. Kritisch Lehbruch Bundesstaat (Fn. 14), 82.

³⁹ Vgl. Andreas Kley Kontexte der Demokratie: Herrschaftsausübung in Arbeitsteilung, VVDStRL 77 (2018), 125 (126); Indra Spiecker genannt Döhmann Kontexte der Demokratie: Parteien, Medien und Sozialstrukturen, VVDStRL 77 (2018), 9 (15).

⁴⁰ Vgl. bereits Alexis de Tocqueville De la démocratie en Amérique, tome second (1840) 1951, quatrième partie, chapitre III, 402: „Toute puissance centrale qui suit ces instincts naturels aime l'égalité et la favorise; car l'égalité facilite singulièrement l'action d'une semblable puissance, l'étend et l'assure.“ Vgl. auch Kaufmann Gleichheit (Fn. 22), 6: „Bei dem Satze von der Gleichheit vor dem Gesetz handelt es sich um ein Grundrecht der Deutschen, d.h. um ein Recht, das jedem Deutschen als solchem gegen den Staat, d.h. gegen das Reich und die Länder, zusteht. Ich bin mir über die außerordentlich starken unitarischen Konsequenzen dieser These klar.“ (Hervorhebungen im Original).

⁴¹ Heinrich von Treitschke Zehn Jahre deutsche Kämpfe 1865–1874, 1874, 241. Vgl. auch Triefel Reichsaufsicht (Fn. 3), 689.

Dürig (1920–1996) das föderative Gefüge der Bundesrepublik als „offene Flanke“ der Gleichheit⁴². Die Zitate machen deutlich, dass der *locus classicus* der Spannungslage zwischen einheitlichen Rechtsnormen und ihrem uneinheitlichen, dezentralen Vollzug der Bundesstaat ist. Deutschland, die Schweiz und Österreich sind gekennzeichnet durch ein zunehmendes Maß an Rechtsvereinheitlichung unter gleichzeitiger Inanspruchnahme der historisch gewachsenen Verwaltungsstrukturen der Länder und Kantone.⁴³ Eine vergleichbare Entwicklung ist auch auf supranationaler Ebene wie in der Europäischen Union zu beobachten.⁴⁴

b) Mehrebenensysteme

Klassische Bundesstaaten, föderale Strukturen wie die Europäische Union, aber auch andere, über gemeinsame Normen verbundene Rechtsräume können als Mehrebenensysteme beschrieben werden. Damit wird deutlich, dass hoheitliche Macht nicht bei *einem* Träger monopolisiert wird, sondern diese arbeitsteilig auf verschiedene Ebenen verteilt ist, wobei die jeweiligen Ebenen durch eigenständige Legitimationsverfahren Recht erzeugen.⁴⁵ Wenn von Mehrebenensystemen im Plural die Rede ist, wird unterstrichen, dass kein singulär-globales Mehrebenensystem existiert, sondern wir von einem Ensemble sektorialer Mehrebenensysteme

⁴² Günter Dürig in: Theodor Maunz/ders./Roman Herzog (Hrsg.) GG I, 1973 (Lieferung 13, Erstkommentierung). Vgl. auch Armin Dittmann Gleichheitssatz und Gesetzesvollzug im Bundesstaat, Föderative Ungleichheiten beim Vollzug von Steuergesetzen, in: Hartmut Maurer (Hrsg.) FS Günter Dürig, 1990, 221 (222); Thomas Puhl Gleichheit und parlamentarisches System – Bindung des Gesetzgebers, der Regierung, der Verwaltung, der Rechtsprechung, in: Rudolf Mellinghoff/Ulrich Palm (Hrsg.) Symposium aus Anlass des 65. Geburtstags von Paul Kirchhof, 2008, 67 (69 ff.).

⁴³ Vgl. Giovanni Biaggini Theorie und Praxis des Verwaltungsrechts im Bundesstaat, 1996, 7 ff.; Thomas Groß Verantwortung und Effizienz in der Mehrebenenverwaltung, VVDStRL 66 (2007), 152 (157).

⁴⁴ Vgl. Bernhard Ehrenzeller Der Bildungsföderalismus auf dem Prüfstand, VVDStRL 73 (2014), 7 (12); Christian Tietje Autonomie und Bindung der Rechtsetzung in gestuften Rechtsordnungen, VVDStRL 66 (2007), 45 (77).

⁴⁵ Kadelbach Autonomie und Bindung (Fn. 6), 11. Vgl. auch Jürgen Bast Völker- und unionsrechtliche Anstöße zur Entterritorialisierung des Rechts, VVDStRL 76 (2017), 277 (306 f.); Stephan Breitenmoser Migrationssteuerung im Mehrebenensystem, VVDStRL 76 (2017), 9 (11); Kerstin Odendahl Migrationssteuerung im Mehrebenensystem, VVDStRL 76 (2017), 49 (51 f.). Polemisierend Marcus Schladebach Rechtsanwendungsgleichheit in Mehrebenensystemen, NVwZ 2018, 1241 (1241 f.). Zum Begriff der „föderalen“ Systeme oder Strukturen Peter Bußjäger Föderale Systeme, Über Entstehung, Scheitern und Erfolg von Föderalismus, 2017, 3.

sprechen.⁴⁶ Der aus der Politikwissenschaft stammende Begriff⁴⁷ dient der Komplexitätsreduktion, doch kann seine Bildhaftigkeit irreführend sein. Er suggeriert ein Gebäude mit parallel und horizontal übereinander angeordneten Stockwerken, die einem klaren Bauplan folgen.⁴⁸ Betrachten wir föderale Strukturen indes mit den unter rechtlichen Gesichtspunkten gebotenen Differenzierungen, dann ist sowohl die eine Hierarchie suggerierende Über- und Unterordnung zu vereinfachend, wie auch der an Parallelen orientierte systematische Bauplan.⁴⁹ Gerade vollzugsföderalistische Strukturen europäischer Prägung werden metaphorisch passender mit einem Marmorkuchen verglichen und nicht mit einem Schichtkuchen, der für das Trennmodell US-amerikanischer Prägung steht.⁵⁰ Die komplexe Verzahnung der verschiedenen Ebenen hat dazu geführt, dass sich in Deutschland inzwischen auch der Verbundbegriff etabliert hat.⁵¹ Der verbindend-durch-

⁴⁶ *Bast* Entterritorialisierung (Fn. 45), 307.

⁴⁷ Den Begriff der „Ebenen“ für den deutschen Bundesstaat und die Europäische Union verwendend *Fritz Scharpf* Die Politikverflechtungs-Falle: Europäische Integration und deutscher Föderalismus im Vergleich, *Politische Vierteljahresschrift* 26 (1985), 323 (325). Zur Entstehungsgeschichte des Begriffs vgl. auch *Dian Schefold* Die Homogenität im Mehrebenensystem, *JöR* 60 (2012), 49 (49 f.).

⁴⁸ Besonders suggestiv wirkt, wenn dem fiktiven Gebäude auch noch eine Anzahl Geschosse zugewiesen wird wie beim sog. „five storey house concept“ (*Thomas Cottier* Towards a five storey house, in: Christian Joerges/Ernst-Ulrich Petersmann [Hrsg.] *Constitutionalism, Multilevel Governance and International Economic Law*, 2011, 495 [495]) oder gewisse Geschosse mit der Bezeichnung „Hauptebene“ zur Beletage erhoben werden (*Odendahl* Migrationssteuerung [Fn. 45], 52). Zur Problematik des Sprachbilds *Giovanni Biaggini* Der Richter zwischen ‚Polis‘ und ‚Kosmo(poli)s‘ – Zugleich ein Gedankenspiel zu Nutzen und Gefahren juristischer Metaphorik, in: ders./Oliver Diggelmann/Christine Kaufmann (Hrsg.) *Polis und Kosmopolis*, FS Daniel Thüner, 2015, 33 (34 ff.); *Häberle* Föderalismus-Modelle (Fn. 36), 47, 55; ders. Diskussionsbeitrag, *VVDStRL* 66 (2007), 84 (84 f.).

⁴⁹ Vgl. kritisch zu einem unreflektierten Systemdenken *Andreas von Arnould* Öffnung der öffentlich-rechtlichen Methode durch Internationalität und Interdisziplinarität: Erscheinungsformen, Chancen, Grenzen, *VVDStRL* 74 (2015), 39 (66 ff.).

⁵⁰ Das Bild vom *marble cake* und *layer cake-federalism* geht auf *Morton Grodzins* zurück (*The American System: A New View of Government in the United States*, 1966, 14), der aber auch für die USA auf die Problematik der Schichtkuchen-Metapher hinwies. Auf die „wechselseitige Beeinflussung und Durchdringung der beiden Rechtsordnungen“ im föderalen Deutschland und der Schweiz bereits hinweisend *Fritz Fleiner* Bundesstaatliche und gliedstaatliche Rechtsordnung in ihrem gegenseitigen Verhältnis im Rechte Deutschlands, Österreichs und der Schweiz, *VVDStRL* 6 (1929), 2 (9).

⁵¹ Zum Verfassungsverbund Franz C. Mayer *Verfassung im Nationalstaat: Von der Gesamtordnung zur europäischen Teilordnung?*, *VVDStRL* 75 (2016), 7 (33 ff.). Zum Verwaltungsverbund: *Groß* Verantwortung (Fn. 43), 155; *Eberhard Schmidt-Aßmann* Einleitung: Der Europäische Verwaltungsverbund und die Rolle des Europäischen Verwaltungsrechts, in: ders./Schöndorf-Haubold (Hrsg.) *Der Europäische Verwaltungsverbund*, 2005, 1 (7).

dringende Charakter föderaler Strukturen ist indes kein neues Phänomen, sondern klingt bereits in der frühneuzeitlichen Bezeichnung „*République composée*“⁵² für die Eidgenossenschaft oder „*res publica composita*“⁵³ für das Alte Reich an.

c) *Rechtsanwendungsgleichheit*

Der Begriff der Rechtsanwendungsgleichheit erscheint aus juristischer Sicht greifbarer, ist er doch durch die Rechtsdogmatik geformt worden. Er verlangt, dass generell-abstrakte Rechtsnormen auf gleich gelagerte Einzelfälle gleich angewendet werden.⁵⁴ Dort, wo das Recht dem Rechtsanwender Spielräume öffnet, seien es Beurteilungsspielräume oder Ermessensspielräume, sind diese rechtsgleich zu konkretisieren.⁵⁵ Ein anderes Thema ist die Bedeutung des Gleichheitssatzes für die Rechtsetzung – dies war Gegenstand einer früheren Tagung und soll hier nicht vertieft werden.⁵⁶ Allerdings lassen sich Rechtsanwendung und Rechtsetzung praktisch wie

⁵² So die Umschreibung der Eidgenossenschaft durch den französischen Hof in einer Instruktion an den franz. Ambassador in Solothurn *Jean de La Barde* im Jahr 1647, zitiert nach *Andreas Würgeler* Die Tagsatzung der Eidgenossen, 2013, 480.

⁵³ Unter Berufung auf *Ludolf Hugo* (1689) *Josef Isensee* Idee und Gestalt des Föderalismus im Grundgesetz, in: HStR VI, 3. Aufl. 2008, § 126 Rn. 196. Vgl. auch *Tietje* Autonomie und Bindung (Fn. 44), 74.

⁵⁴ Für Österreich: VfSlg 1230, 2586; *Heinz Mayer/Gabriele Kucsko-Stadlmayer/Karl Stöger* Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts, 11. Aufl. 2015, Rn. 1369; *Pöschl* Gleichheit (Fn. 24), 154 f. Für die Schweiz: BGE 125 II 152 E. 4c/aa (162 f.); *Rainer J. Schweizer* in: Bernhard Ehrenzeller/Benjamin Schindler/ders./Klaus A. Vallender (Hrsg.) St. Galler Kommentar zur Bundesverfassung, 3. Aufl. 2014, Art. 8 Rn. 42; *Bernhard Waldmann* in: ders./Eva Maria Belser/Astrid Epiney (Hrsg.) Basler Kommentar zur Bundesverfassung, 2015, Art. 8 Rn. 40. In Deutschland geht die Rechtsanwendungsgleichheit weitgehend im Vorrang des Gesetzes auf und wird daher meist nicht gesondert thematisiert: BVerwGE 34, 278 (281 f.); *Sigrid Boysen* in: Ingo von Münch/Philip Kunig (Hrsg.) GG I, 6. Aufl. 2012, Art. 3 Rn. 35; *Werner Heun* in: Horst Dreier (Hrsg.) GG I, 3. Aufl. 2013, Art. 3 Rn. 56; *Kaufmann* Gleichheit (Fn. 22) 6; *Paul Kirchhof* in: Theodor Maunz/Günter Dürig/Roman Herzog/Rupert Scholz/Matthias Herdegen/Hans H. Klein (Hrsg.) GG, 2017, Art. 3 Abs. 1 Rn. 182 (2015); *Ferdinand Wollenschläger* in: Hermann von Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck (Hrsg.) GG I, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Abs. 1 Rn. 186.

⁵⁵ Für Deutschland: BVerwGE 116, 1 (12); *Boysen* in: Münch/Kunig (Fn. 54), Art. 3 Rn. 37; *Heun* in: Dreier (Fn. 54), Art. 3 Rn. 56 ff.; *Kirchhof* in: Maunz/Dürig (Fn. 54), Art. 3 Abs. 1 Rn. 285; *Wollenschläger* in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 54), Art. 3 Rn. 186 ff., 190 ff. Für Österreich: VfSlg 8395/1978, 16.911/2003; *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger* (Fn. 54), Rn. 1369; *Pöschl* Gleichheit (Fn. 24), 755 ff. Für die Schweiz: BGE 125 II 152 E. 4c/aa (162); *Schweizer* in: St. Galler Kommentar zur Bundesverfassung (Fn. 54), Art. 8 Rn. 42 f.; *Waldmann* in: Basler Kommentar (Fn. 54), Art. 8 Rn. 40.

⁵⁶ Vgl. die Referate zu „Autonomie und Bindung der Rechtsetzung in gestuften Rechtsordnungen“ von *Kadelbach* Autonomie und Bindung (Fn. 6) und *Tietje* Autonomie und Bindung (Fn. 44).

theoretisch nicht dichotomisch trennen. Dann etwa, wenn sich die Vollzugspraxis der Bundesländer oder Kantone in eigenen generell-abstrakten Vollzugsvorschriften verdichtet. Oder wenn sich Ebenen des materiellen Rechts und des Verfahrens- und Organisationsrechts überlappen, was bei der Umsetzung von EU-Recht durch die Mitgliedstaaten regelmäßig der Fall ist.⁵⁷ Und schließlich ließe sich mit *Adolf Merkl* ganz grundsätzlich fragen, ob es zwischen Rechtsanwendung und Rechtsetzung überhaupt eine kategoriale Unterscheidung gibt und ob es nicht in beiden Fällen um gestufte Rechtserzeugung geht.⁵⁸

d) *Cannabis-Rechtsprechungen als Beispiel*

Nach dieser Annäherung an die Begrifflichkeiten möchte ich damit die *Kernfrage* ins Zentrum rücken: Welche Wirkungen entfaltet das Rechtsgleichheitsgebot, wenn Rechtsetzung und Rechtsanwendung auf verschiedene Ebenen eines föderal strukturierten Rechtsraums verteilt werden? Um es mit einem konkreten Beispiel zu verdeutlichen: In Deutschland wie der Schweiz steht der Umgang mit bestimmten Betäubungsmitteln kraft Bundesrechts unter Strafe. Beide Gesetze sehen in nahezu gleichlautender Formulierung eine Ausnahme von der Strafbarkeit oder Strafverfolgung vor, wenn das Betäubungsmittel „lediglich zum Eigenverbrauch in geringer Menge“⁵⁹ dient. Die Anwendung dieser Norm liegt in Deutschland wie der Schweiz bei den Ländern bzw. den Kantonen. Diese interpretieren das

⁵⁷ Zur Überlappung von Normebenen als Charakteristikum des öffentlichen Rechts *Arnould* Öffnung (Fn. 49), 55 ff. Vgl. auch *Giovanni Biaggini* Methodik in der Rechtsanwendung, in: Anne Peters/Markus Schefer (Hrsg.) Grundprobleme der Auslegung aus Sicht des öffentlichen Rechts, 2004, 27 (28); *Matthias Ruffert* Rechtsquellen und Rechtsschichten des Verwaltungsrechts, GVwR I, 2. Aufl. 2012, § 17 Rn. 26 ff.; *Benjamin Schindler* Verwaltungsermessen, 2010, Rn. 250 ff.; *Eberhard Schmidt-Aßmann* Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft – Perspektiven der Systembildung, in: ders./Wolfgang Hoffmann-Riem (Hrsg.) Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, 2004, 387 (392).

⁵⁸ Erstmals vertrat *Adolf Julius Merkl* die Stufenbaulehre in einem Beitrag von 1916 (Das Recht im Lichte seiner Anwendung [1916], in: ders. Gesammelte Schriften I/1 1993, 85), entwickelte sie in seinem Verwaltungsrecht (Fn. 21, 157 ff.) weiter und entfaltete sie in einem Festschriftenbeitrag für *Kelsen* (Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaus: Rechtsinhalt und Rechtsform [1931], in: Ebd., 437). Hierzu rückblickend *Merkl* in einem Diskussionsbeitrag: VVDStRL 23 (1964), 138 (138 f.). Weiterführend *Ewald Wiederrin* Die Stufenbaulehre Adolf Julius Merks, in: Stefan Griller/Hein Peter Rill (Hrsg.) Rechtstheorie: Rechtsbegriff – Dynamik – Auslegung, 2011, 81 (81 ff.).

⁵⁹ § 31a Abs. 1 deutsches Gesetz über den Verkehr mit Betäubungsmitteln (BtMG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 1.3.1994 (BGBl. I 358). Nahezu gleichlautend Art. 19b Abs. 1 des schweizerischen Bundesgesetzes über die Betäubungsmittel und die psychotropen Stoffe (BetmG) vom 3.10.1951 (SR 812.121; Stand 1.1.2018): „geringfügige Menge [...] für den eigenen Konsum.“

Bundesrecht sehr unterschiedlich und steuern die Behördenpraxis mittels Verwaltungsvorschriften in eine bestimmte – und keineswegs immer gleiche – Richtung.⁶⁰ Handelt es sich bei solchen Unterschieden der Rechtsanwendung um unerwünschte Vollzugsdefizite? Trifft die Länder daher die „Pflicht, für eine im wesentlichen einheitliche Einstellungspraxis der Staatsanwaltschaften zu sorgen“⁶¹, wie es das deutsche Bundesverfassungsgericht in seinem Cannabis-Urteil festhielt? Oder ist die unterschiedliche kantonale Praxis Ausdruck „abweichender lokaler Anschauungen“, für die es in einem föderalistischen Staatswesen „gute Gründe“⁶² gibt – wie es das schweizerische Bundesgericht in seiner Rechtsprechung vertritt?

e) *Methodische Herausforderungen*

Das Beispiel Betäubungsmittelrecht macht deutlich, dass eine weitgehend identische Rechtsfrage in unterschiedlichen Rechtsräumen ganz verschieden beantwortet werden kann. Verbindliche Aussagen, die vor Rechtsprechung und Rechtsdogmatik Bestand haben, lassen sich immer nur mit Blick auf ein ganz bestimmtes Mehrebenensystem machen und selbst dann sind Aussagen nur für eng umgrenzte Referenzgebiete möglich.⁶³ Was für das Betäubungsmittelrecht gilt, muss im Umweltrecht, im Asylrecht oder im Einbürgerungsrecht nicht richtig sein. Wenn Sie daher im Folgenden präzise rechtliche Aussagen erwarten, die in Deutschland, der Schweiz, Österreich oder gar auf europäischer Ebene flächendeckende Gültigkeit beanspruchen können, muss ich Sie enttäuschen. Ein derartiger methodischer Ansatz wäre – ganz in der Tradition *Otto Mayers* – bereits in seiner Stoßrichtung

⁶⁰ Zur unterschiedlichen Vollzugspraxis in Deutschland eingehend: *Carsten Schäfer/Letizia Paoli* Drogenkonsum und Strafverfolgungspraxis, Eine Untersuchung zur Rechtswirklichkeit der Anwendung des § 31a BtMG und anderer Opportunitätsvorschriften auf Drogenkonsumdelikte, 2006. Vgl. auch *Jörn Patzak* in: Harald Hans Körner/Jörn Patzak/Mathias Volkmer (Hrsg.) Betäubungsmittelgesetz, 8. Aufl. 2016, § 31a Rn. 40 ff.; *Klaus Weber* Betäubungsmittelgesetz, 5. Aufl. 2017, § 29 Rn. 2134 ff., § 31a Rn. 76 ff. Für die Schweiz *Peter Albrecht* Die Strafbestimmungen des Betäubungsmittelgesetzes (Art. 19–281 BetmG), 2016, Art. 19b Rn. 13 f.; *Thomas Fingerhuth/Stephan Schlegel/Oliver Jucker* Kommentar Betäubungsmittelgesetz mit weiteren Erlassen, 3. Aufl. 2016, Art. 19b Rn. 11 f.; *Gustav Hug-Beeli* Betäubungsmittelgesetz, Kommentar, 2016, Art. 19b Rn. 61 ff.; *Guido Jenny* Die strafrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1998, Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (ZBJV) 1999, 617 (656 f.); *Philippe Weissenberger* Urteilsbesprechung zu BGE 124 IV 254, Aktuelle Juristische Praxis (AJP) 1999, 353 (353 ff.).

⁶¹ BVerfGE 90, 145 (169); *Kirchhof* in: Maunz/Dürig (Fn. 54), Art. 3 Abs. 1 Rn. 134.

⁶² BGE 124 IV 184 E. 2b (185). Vgl. auch BGE 124 IV 44 E. 2c S. 47; Urteil BGer 6B_630/2016 vom 25.1.2017, E. 2.3.

⁶³ *Biaggini* Theorie und Praxis (Fn. 43), 55.

unitarisch.⁶⁴ Meine Absicht ist es vielmehr, durch einen auf die klassischen Bundesstaaten fokussierten Vergleich einen Orientierungs- und Reflexionsrahmen im Spannungsfeld von Einheit und Vielfalt zu skizzieren.

Eine zweite methodische Herausforderung besteht darin, dass präzise Aussagen über eine einheitliche oder uneinheitliche Rechtsanwendungspraxis oft nicht möglich sind. Die rechtswissenschaftliche Literatur trifft meist Annahmen, die empirisch nicht näher fundiert sind.⁶⁵ Gerichte wiederum stellen Unterschiede im Vollzug erst fest, wenn sie im Einzelfall moniert werden oder offenkundig sind, wie in den beiden Cannabis-Urteilen. Ein verlässliches Bild über die Vollzugspraxis müssten sozialwissenschaftliche Untersuchungen liefern, die auf Ebene der Bundesländer, Kantone oder gar Gemeinden meist fehlen. Empirische Studien haben regelmäßig nur die nationalstaatliche Ebene im Fokus, auch wenn sie vergleichend angelegt sind. Nicht nur die rechtswissenschaftliche Dogmatik, sondern auch die Sozialwissenschaften leiden insofern an „Föderalismusblindheit“.⁶⁶ Wenn ich nachfolgend den Fokus auf das Migrationsrecht einerseits und die Strafverfolgung andererseits lege, dann auch deshalb, weil hier punktuelle Untersuchungen vorliegen, die für Deutschland wie die Schweiz empirisch belastbare Aussagen zulassen.

⁶⁴ Vgl. *Peter Bußjäger* Homogenität und Vielfalt, Zur Theorie der Aufgabenverteilung zwischen Bund und Ländern in Österreich, 2006, 136 f. Bei einem primär europarechtlichen Fokus kann eine „ebenübergreifende“ Methodik demgegenüber angezeigt sein und den innereuropäischen Angleichungsprozess unterstützen: *Eva Julia Lohse* Rechtsanwendungsgleichheit im Mehrebenensystem, DVBl 2018, 1120 (1124); *dies.* Rechtsanwendungsprozesse in der Europäischen Union, 2017, 540 f. Vgl. auch *Matthias Ruffert* Die Methodik der Verwaltungsrechtswissenschaft in anderen Ländern der Europäischen Union, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.) Methoden (Fn. 57), 165 (206 f.).

⁶⁵ Vgl. *Ivo Appel* Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischen Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch, VVDStRL 67 (2008), 226 (232); *Martin Morlok* Reflexionsdefizite in der deutschen Staatsrechtslehre, in: Helmuth Schulze-Fielitz (Hrsg.) Staatsrechtslehre (Fn. 25), 49 (53 f.); *Regina Ogorek* Alltagstheorien/Sonntagstheorien, Zum Einsatz ‚ungewissen Wissens‘ bei der Rechtsfindung, in: Peter Forstmoser/Heinrich Honsell/Wolfgang Wiegand (Hrsg.) Richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis, FS Hans Peter Walter, 2005, 123 (123 ff.); *Andreas Voßkuhle* Methodische Elemente der Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft, in: GVwR I, 2. Aufl. 2012, § 1 Rn. 30; *ders.* Rechtstatsachenforschung und Verwaltungsdogmatik, VerwArch 1994, 567 (579 ff.).

⁶⁶ Zur Föderalismusblindheit im Verwaltungsrecht *Biaggini* Theorie und Praxis (Fn. 43), 308 ff. Kritisch zu diesem Befund in den Sozialwissenschaften *Christian Henkes* Integrationspolitik in den Bundesländern?, in: Achim Hildebrandt/Frieder Wolf (Hrsg.) Die Politik der Bundesländer, Staatstätigkeit im Vergleich, 2008, 113 (114); *Anita Manatschal* Taking Cantonal Variations of Integration Policy Seriously – or How to Validate International Concepts at the Subnational Comparative Level, Swiss Political Science Review 2011, 336 (336 ff.); *Dietrich Thränhardt* Zuwanderungs- und Integrationspolitik in föderalistischen Ländern, in: Lale Akgün/*ders.* (Hrsg.) Integrationspolitik in föderalistischen Systemen, 2001, 15 (26 ff.).

2. Gründe für eine uneinheitliche Rechtsanwendungspraxis

Bevor ich eine wertende Einordnung wage, möchte ich der Frage nachgehen, wo die durch unterschiedliche Vollzugspraktiken hervorgerufene „offene Flanke“ der Gleichheit“ empirisch festzustellen ist und welche Faktoren für eine heterogene Vollzugspraxis bestimmend sind.

a) Unterschiedlicher Problemdruck

Fast in jedem größeren Rechtsraum besteht das Bedürfnis nach Anpassung einheitlicher Rechtsnormen an die örtlichen Gegebenheiten, da unter geographischen und sozialen Gesichtspunkten Unterschiede bestehen. So fällt die Art und Menge konsumierter Drogen regional sehr unterschiedlich aus.⁶⁷ Oder die Integration von Migrantinnen und Migranten wird örtlich beeinflusst durch die lokal unterschiedliche sozio-kulturelle Zusammensetzung der ausländischen Bevölkerung, den Urbanisierungsgrad und die Arbeitslosenquote.⁶⁸ Dadurch entsteht gegenüber den rechtsanwendenden Behörden „vor Ort“ ein unterschiedlich starker Problemdruck.⁶⁹ Dieser ist einerseits Folge tatsächlicher und sozialwissenschaftlich quantifizierbarer Unterschiede. Der Problemdruck ist aber auch immer Spiegel kultureller

⁶⁷ Bereits *Montesquieu* stellte einen unterschiedlichen Alkoholkonsum in Europa fest und führte dies auf die klimatischen Unterschiede zurück: *Anonymus* (= Charles Louis de Secondat, Baron de La Brède et de Montesquieu) *De l'esprit des loix*, Tome Premier, 1748, 372 ff. Heute können mit Hilfe von den seit dem Jahr 2000 vermehrt durchgeführten Abwasseranalysen konkrete Aussagen zum Gebrauch verbotener Substanzen in zahlreichen europäischen Städten gemacht werden: *Europäische Beobachtungsstelle für Drogen und Drogensucht* Abwasseranalyse und Drogen – eine europäische städteübergreifende Studie, 2016. Weiter zurückreichende Kriminalitätsstatistiken leiden daran, dass sie jeweils nur die strafrechtlich verfolgten Delikte erfassen und damit bereits eine Gewichtung durch die Strafverfolgungsbehörden zum Ausdruck bringen. Vgl. *Schäfer/Paoli* Drogenkonsum (Fn. 60), 389.

⁶⁸ Diese Faktoren für die Schweiz nachweisend: *Nicole Wichmann/Michael Hermann/Gianni D'Amato/Denise Efionayi-Mäder/Rosita Fibbi/Joanna Menet/Didier Ruedin* Gestaltungsspielräume im Föderalismus: Die Migrationspolitik in den Kantonen, 2011, 90, 97, 106. Vgl. auch *Manatschal* Integration Policy (Fn. 66), 347 ff. Für Deutschland einen Konnex mit der sozio-kulturellen Zusammensetzung der ausländischen Bevölkerung nachweisend *Christian Henkes* Integrationspolitik in den Bundesländern?, in: Achim Hildebrandt/Frieder Wolf (Hrsg.) *Die Politik der Bundesländer, Staatstätigkeit im Vergleich*, 2008, 113 (132); auf die Bedeutung der Urbanisierung hinweisend *Karen Schönwälder* Immigrant Representation in Germany's Regional States: The Puzzle of Uneven Dynamics, *West European Politics* 2013, 634 (647).

⁶⁹ *Renate Mayntz* Föderalismus und die Gesellschaft der Gegenwart, AöR 1990, 232 (239); *Stefan Rieder/Andreas Balthasar/Ingrid Kissling-Näf* Vollzug und Wirkungen öffentlicher Politik, in: Peter Knoepfel/Yannis Papadopoulos/Pascal Sciarini/Adrian Vatter/Silja Häusermann (Hrsg.) *Handbuch der Schweizer Politik*, 5. Aufl. 2014, 563 (573 f.).

Unterschiede und politischer Präferenzen. So besteht in Deutschland und der Schweiz eine Korrelation zwischen parteipolitischer Zusammensetzung der Landes- bzw. Kantonsregierungen und einer eher inklusiven bzw. restriktiven Implementation von Bundesmigrationsrecht.⁷⁰ Bemerkenswert ist, dass eine politische Responsivität gegenüber der lokalen Bevölkerung sogar bei dekonzentrierten Bundesbehörden zu beobachten ist. So gibt es unterschiedliche Anerkennungsraten der nach Ländern organisierten Außenstellen des Deutschen Bundesamts für Migration und Flüchtlinge (BAMF). Eine Analyse zeigt, dass hierfür neben anderen Faktoren auch die unterschiedlichen politischen Befindlichkeiten in den Bundesländern verantwortlich sind.⁷¹

b) Unterschiedliche rechtliche Rahmenbedingungen

Neben dem tatsächlichen oder empfundenen Problemdruck, der mit rechtlichen Mitteln nur begrenzt steuerbar ist, haben aber auch rechtliche Rahmenbedingungen einen Einfluss auf eine einheitliche oder uneinheitliche Rechtsanwendungspraxis. So gehört zum bestimmenden rechtlichen Rahmen der Verwaltungs- und Justiztätigkeit nicht nur das materielle Recht, sondern auch das Organisations- und Verfahrensrecht. Für viele föderale Strukturen ist charakteristisch, dass eine Vereinheitlichung in erster Linie über materielle Rechtsvorschriften erfolgt, das Verfahrens- und Organisationsrecht aber nicht oder nur punktuell angeglichen wird. Unterschiede in verfahrensrechtlicher Hinsicht sind insbesondere unter den EU-Mitgliedstaaten feststellbar.⁷² In der Schweiz und Deutschland fand in unterschiedlichem Ausmaß lediglich eine Angleichung zwischen Bun-

⁷⁰ Für Deutschland *Henkes* Integrationspolitik (Fn. 68), 124, 128; *Ursula Münch* Integrationspolitik der Länder – dringliche Zukunftsaufgabe im Umbruch, in: Achim Hildebrandt/Frieder Wolf (Hrsg.) *Die Politik der Bundesländer*, 2. Aufl. 2016, 365 (379 ff.). Für die Schweiz *Wichmann* et al. *Migrationspolitik* (Fn. 68), 97, 105 f.; vgl. auch *Eva Maria Belser* Das föderalistische Migrationsrecht der Schweiz – vom Umgang mit Einheit und Vielfalt bei der Gestaltung einer Verbundaufgabe, *Jahrbuch des Föderalismus* 2015, 117 (122 ff.). Vergleichend *Lisa Riedel/Gerald Schneider* Dezentraler Asylvollzug diskriminiert: Anerkennungsquoten von Flüchtlingen im bundesdeutschen Vergleich, 2010–2015, *Politische Vierteljahresschrift* 2017, 21 (24 f.).

⁷¹ *Riedel/Schneider* Dezentraler Asylvollzug (Fn. 70), 25, 42 f. Hierzu die Antwort der Bundesregierung vom 9.10.2017 (Deutscher Bundestag, Drucksache 18/13670).

⁷² Vgl. zu Unterschieden und Konvergenzen *Thomas von Danwitz* Europäisches Verwaltungsrecht, 2008, 134 ff., 302 ff.; *Ton Heukels/Jamila Tib* Towards Homogeneity in the Field of Legal Remedies: Convergence and Divergence, in: Paul Beaumont/Carole Lyons/Neil Walker (Hrsg.) *Convergence and Divergence in European Public Law*, 2002, 111; *Rostane Mehdi* L'autonomie institutionnelle et procédurale et le droit administratif, in: Jean-Berard Auby/Jacqueline Dutheil de la Rochère (Hrsg.) *Droit Administratif Européen*, 2007, 685 (705 ff.); *Matthias Ruffert* Europäisierung des Verwaltungsrechts, in: *IPE V*, 2014, § 94

desländern bzw. Kantonen statt,⁷³ während in Österreich das Allgemeine Verwaltungsverfahren mit dem AVG auch für die Länder vereinheitlicht wurde.⁷⁴ Ähnliche Grade der Heterogenität und Homogenität lassen sich im Organisationsrecht feststellen. Wenn das Verfahrens- und Organisationsrecht als Steuerungsressourcen ernst genommen werden,⁷⁵ dann strahlen sie unvermeidlich auch auf die Rechtspraxis aus und können Ursache eines uneinheitlichen Vollzugs sein. Ein Vergleich der Einbürgerungsquoten in den schweizerischen Kantonen und Gemeinden hat gezeigt, dass nicht in erster Linie die liberalen oder restriktiven kantonalen Einbürgerungsvorschriften die unterschiedlichen Quoten erklären, sondern die organisationsrechtliche Weichenstellung, die Einbürgerung einem Legislativorgan oder einem Exekutivorgan zur Entscheidung zu übertragen.⁷⁶

Rn. 36 ff. Spezifisch zum gerichtlichen Rechtsschutz *Martin Kayser* Rechtsschutz und Kontrolle, in: IPE V, 2014, § 91 Rn. 128 ff.

⁷³ In der Schweiz bestehen nach wie vor Unterschiede der kantonalen Verfahrensordnungen, doch fand insb. durch die Rechtsprechung des Bundesgerichts und des EGMR sowie die informelle Vorbildfunktion des Verwaltungsverfahrensgesetzes des Bundes vom 20.12.1968 (VwVG; SR 172.021) eine gewisse Angleichung statt: *Daniela Thurnherr* Einheitlichkeit und Vielfalt in der Verwaltungsrechtspflege – Die kantonale Verfahrensautonomie auf dem Prüfstand, Bernische Verwaltungsrechtspflege (BVR) 2015, 74 (74 ff.). Wesentlich stärker ist die Angleichung der Landesverfahrensgesetze in Deutschland, die insb. durch den Musterentwurf von 1963 begünstigt wurde: *Hermann Pünder* Verwaltungsverfahren, in: Dirk Ehlers/ders. (Hrsg.) Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2016, § 13 Rn. 5, 10 f.

⁷⁴ Das Allgemeine Verwaltungsverfahrensgesetz (AVG) von 1925 (1950 und 1991 wiederverlautbart) findet grundsätzlich auf sämtliche Verfahren Anwendung, die auf Erlassung eines Bescheides (Verwaltungsakt) abzielen, unabhängig davon, ob es sich um eine Bundes-, Landes- oder Gemeindebehörde handelt: *Dieter Kolonovits/Gerhard Muzak/Karl Stöger* Grundriss des österreichischen Verwaltungsverfahrenrechts, 10. Aufl. 2014, Rn. 58. Vgl. auch Art. 11 Abs. 2 und Art. 136 Abs. 1 S. 1 B-VG

⁷⁵ Vgl. *Thomas Groß* Das Kollegialprinzip in der Verwaltungsorganisation, 1999, 19 ff.; *Eberhard Schmidt-Aßmann* Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl. 2004, 244 ff.; *Gunnar Folke Schuppert* Verwaltungsorganisation und Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsfaktoren, in: GVwR I, 2. Aufl. 2012, § 16 Rn. 5; *Stefan Vogel* Einheit der Verwaltung – Verwaltungseinheiten, 2008, 83 ff.

⁷⁶ *Wichmann et al.* Migrationspolitik (Fn. 68), 102. Ebenfalls einen starken Einfluss auf die Einbürgerungsquote hat die Herkunft der Einbürgerungswilligen. Vgl. hierzu die Studie von *Jens Hainmueller/Dominik Hangartner* (Who Gets a Swiss Passport? A Natural Experiment in Immigration Discrimination, *American Political Science Review* 107/2013, 159), die indes die organisationsrechtliche Dimension ausblendet, da nur Einbürgerungen mittels geheimer Volksabstimmung untersucht werden (das Bundesgericht hat diese Einbürgerungspraxis in BGE 129 I 217 inzwischen als verfassungswidrig eingestuft). Zur Bedeutung des Verfahrens- und Organisationsrechts im bundesweit vereinheitlichten Gewässerschutzrecht *Jeannette Kehrli* Spielräume der Kantone in der Gesetzgebung und der Rechtsanwendung, Umweltrecht in der Praxis (URP) 2016, 738 (756).

Eine uneinheitliche Rechtsanwendung kann schließlich auch Ausdruck unterschiedlicher Rechtstraditionen, der Rechtsmethodik oder der Rechtssprache sein. Besonders offensichtlich ist dies auf europäischer Ebene, wo neben die angelsächsischen Rechtstraditionen verschiedene kontinentaleuropäische Traditionen treten.⁷⁷ Es ließe sich daher kritisch fragen, ob es *das* Unionsrecht überhaupt gibt und nicht realistischer von „Nationalen Unionsrechten“ gesprochen werden sollte.⁷⁸ Und selbst dort, wo eine scheinbar gemeinsame Rechtstradition und Sprache bestehen, wie im deutschsprachigen Raum, kann es gerade die gemeinsame Standardsprache sein, die Anlass zu Irritationen und Missverständnissen gibt, weil die juristische Fachsprache eben weniger einheitlich ist, als es eine identische Wortwahl vermuten ließe.⁷⁹

III. Orientierungs- und Reflexionsrahmen im Spannungsfeld von Einheit und Vielfalt

1. *Tradierte dogmatische Einordnungen*

Mögliche Ursachen für einen unterschiedlichen Vollzug identischer Normen in Mehrebenenstrukturen gibt es somit viele. Wie aber sind unterschiedliche Vollzugspraktiken normativ zu bewerten? Die traditionelle Dogmatik in Deutschland, Österreich und der Schweiz bietet hierfür – stark vereinfacht dargestellt – drei Lösungsansätze an: Offen thematisiert wird die Problematik unter dem Aspekt des Gleichheitssatzes, wobei dieser nach herrschender Lehre und Rechtsprechung nur Ungleichbehandlungen durch

⁷⁷ *Danwitz* Europäisches Verwaltungsrecht (Fn. 72), 124 ff.; *Uwe Kischel* Rechtsvergleichung, 2015, § 6 Rn. 3 ff.

⁷⁸ *Armin Hatje/Peter Mankowski* „Nationale Unionsrechte“ – Sprachgrenzen, Traditionsgrenzen, Systemgrenzen, Denkgrenzen, EuR 2014, 155. Vgl. auch *Carol Harlow* Voices of Difference in a Plural Community, in: Paul Beaumont/Carole Lyons/Neil Walker (Hrsg.) Convergence and Divergence in European Public Law, 2002, 199 (210).

⁷⁹ Vgl. bereits *Fritz Fleiner* Beamtenstaat und Volksstaat (1916), in: ders. Ausgewählte Schriften und Reden, 1941, 139 (146): „Sein wissenschaftliches Verständnis wird dem Ausländer erschwert durch die Neigung der schweizerischen Literatur, schweizerische Einrichtungen wegen ihrer äußerlichen Ähnlichkeit mit ausländischen, insbesondere reichsdeutschen Erscheinungen mit dem im deutschen Recht dafür geprägten Ausdrücken zu belegen. Damit wird aber die richtige juristische Charakterisierung verwischt.“ Vgl. auch *Stefan Griller* Fragmentierungen im Öffentlichen Recht: Diskursvergleich im internationalen und nationalen Recht, VVDStRL 76 (2017), 238 (274 f.); *Harlow* Voices of Difference (Fn. 78), 206; *Uwe Kischel* Fragmentierungen im Öffentlichen Recht: Diskursvergleich im internationalen und nationalen Recht, VVDStRL 76 (2017), 285 (292 f.); *ders.* Rechtsvergleichung (Fn. 77), 555 ff.; *Wiederin* *modus austriacus* (Fn. 25), 294.

denselben Hoheitsträger erfasst.⁸⁰ Die Rechtsanwendungspraxis eines Bundeslandes oder eines Kantons gilt somit nur für dieses eine Gemeinwesen und bindet die anderen Länder oder Kantone nicht. Die bundesstaatliche Fragmentierung des Gleichheitssatzes erscheint dann als nahezu logische Konsequenz des Vollzugsföderalismus und soll verhindern, dass der Bundesstaat seines Gehalts entleert wird.⁸¹ Der Anspruch auf Gleichheit „vor dem Gesetz“ wird zum Anspruch auf „Gleichheit vor demselben Hoheitsträger“. Diese föderalismusfreundliche Tabuisierung des Gleichheitssatzes kontrastiert mit dem zweiten, dem verwaltungsrechtlichen Lösungsansatz. Aus verwaltungsrechtlicher Perspektive fragt der Rechtsanwender nach der „richtigen“ Anwendung der materiell-rechtlichen Bundesnormen. Darüber hinaus stellt die Verwaltungsrechtsdogmatik ein reich bestücktes Arsenal zur gerichtlichen Kontrolle des Verwaltungsermessens bereit. Damit werden auch Gestaltungskompetenzen der vollziehenden Länder und Kantone durch Gerichte des Bundes überprüfbar. Hierin liegt eine einheitsstiftende Kraft – allerdings ohne dass diese transparent gemacht oder kritisch reflektiert würde.⁸² Der dritte dogmatische Zugang erfolgt über die Grundrechte.

⁸⁰ Für Deutschland BVerfGE 75, 329 (347) und bereits BVerfGE 1, 82 (85); *Boysen* in: v. Münch/Kunig (Fn. 54), Art. 3 Rn. 73; *Heun* in: Dreier (Fn. 54), Art. 3 Rn. 49; *Kirchhof* in: Maunz/Dürig (Fn. 54), Art. 3 Rn. 159; *Puhl* Gleichheit (Fn. 42), 80 f.; *Wolfgang Rübner* in: Wolfgang Kahl/Christian Waldhoff/Christian Walter (Hrsg.) Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 2018, Art. 3 Abs. 1 Rn. 162 (1992); *Wollenschläger* in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 54), Art. 3 Abs. 1 Rn. 68 ff. Für Österreich *Bußjäger* Gleichheitsgrundsatz (Fn. 24), 293; *Pöschl* Gleichheit (Fn. 24), 763 f. Für die Schweiz BGE 138 I 321 E. 5.3.7 (330) und bereits BGE 89 I 425 E. 2 (429); *Biaggini* Kommentar Bundesverfassung, 2. Aufl. 2017, Art. 8 Rn. 15; *Vincent Martenet* Géométrie de l'égalité, 2003, Rn. 330 ff.; *Müller* in: Kommentar BV 1874 (Fn. 30), Art. 4 Rn. 39; *Jörg Paul Müller/Markus Schefer* Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl. 2008, 673 f.; *Schweizer* in: St. Galler Kommentar zur Bundesverfassung (Fn. 54), Art. 8 Rn. 23; *ders.* Homogenität und Vielfalt; *Waldmann* in: Basler Kommentar (Fn. 54), Art. 8 Rn. 25, 38.

⁸¹ BGE 124 IV 44 E. 2c S. 47 („Il en résulte le risque que se développent des pratiques cantonales différentes. Ce risque est inhérent à la délégation de la poursuite aux cantons; d'une certaine manière, il découle de la structure fédérale du pays, voulue par la Constitution elle-même.“). Vgl. *Hanno Kube* Rechtliche Gleichheit und tatsächliche Verschiedenheit, in: Rudolf Mellinghoff/Ulrich Palm (Hrsg.) Gleichheit im Verfassungsstaat, Symposium Paul Kirchhof, 2008, 23 (44 f.); *Pöschl* Gleichheit (Fn. 24), 763; *Puhl* Gleichheit (Fn. 42), 84 f.; *Schweizer* in: St. Galler Kommentar zur Bundesverfassung (Fn. 54), Art. 8 Rn. 23.

⁸² Für Deutschland insb. mit Blick auf die Ermessenslehre *Boysen* Gleichheit (Fn. 6), 129, 133 ff.; *Oeter* Integration und Subsidiarität (Fn. 6), 429 ff., 580. Für die Schweiz *Biaggini* Theorie und Praxis (Fn. 43), 223 f., 235 ff.; *Schindler* Verwaltungsermessens (Fn. 57), Rn. 237; *Rainer J. Schweizer* Homogenität und Vielfalt im schweizerischen Bundesstaat, in: Daniel Thürer/Jean-François Aubert/Jörg Paul Müller (Hrsg.) Verfassungsrecht der Schweiz, 2001, 161 (169 f., 175). *Triepel* wies bereits 1917 auf die bundesstaatliche Dimension der Ermessenslehre hin: *Reichsaufsicht* (Fn. 3), 407 ff.

Auch die Grundrechtsdogmatik hat die bereits erwähnte unitarische Stoßrichtung. Anders als beim verwaltungsrechtlichen Zugang findet bei einzelnen Gerichten aber ein Nachdenken über das Ausmaß einer einheitlichen oder unterschiedlichen Grundrechtsverwirklichung statt, wie insbesondere die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zur Einräumung einer *margin of appreciation* deutlich macht.⁸³ Die Rechtsprechung des EGMR ist auch Ausdruck davon, dass dem Gericht einzig der Schutz der Menschenrechte übertragen ist und dies außerdem in einem Rechtsraum, der mit seinen 47 sehr unterschiedlichen Mitgliedstaaten hochgradig heterogen ist.⁸⁴ Dennoch lässt sich der Ansatz auch auf die gerichtliche Nachkontrolle im bundesstaatlichen Kontext übertragen, wie die Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts zeigt. Sowohl im Rahmen der Grundrechtsprüfung wie auch bei der Kontrolle der Anwendung von Bundesverwaltungsrecht lässt das Bundesgericht Ansätze einer reduzierten Prüfungsdichte gegenüber den Kantonen erkennen, wobei sich diese Praxis bislang nicht zu einer eigentlichen „Doktrin“ verdichtet hat.⁸⁵

⁸³ Erstmals EGMR, *de Wilde, Ooms et Versyp/Belgique*, Urteil vom 18.6.1971, 2832/66 u.a., Serie A Nr. 12, Ziff. 93; grundlegend dann EGMR, *Handyside/United Kingdom*, Urteil vom 7.12.1976, 5493/72, Serie A Nr. 24, Ziff. 47 ff. Vgl. *Andrea Edenharter* Grundrechtsschutz in föderalen Mehrebenensystemen, 2018, 757 ff.; *Christoph Grabenwarter/Katharina Pabel* Europäische Menschenrechtskonvention, 6. Aufl. 2016, § 18 Rn. 21; *Thomas Kleinlein* Federalisms, rights, and autonomies: The United States, Germany, and the EU, *International Journal of Constitutional Law* 2017, 1157 (1171); *José Antonio Pastor Ridruejo* Le principe de subsidiarité dans la Convention européenne des droits de l'homme, in: Jürgen Bröhmer et al. (Hrsg.) *Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte*: FS Georg Ress, 2005, 1077 (1077 ff.); *Judith Resnik* Accommodations, Discounts, and Displacement: The Variability of Rights as a Norm of Federalism(s), *Jus Politicum* 2017, 209 (245 ff.). Verankert werden soll die *margin of appreciation*-Doktrin mit einem Zusatz zur Präambel im Rahmen des 15. Zusatzprotokolls zur EMRK vom 24.6.2013 (CETS 213).

⁸⁴ Vgl. *Edenharter* Grundrechtsschutz (Fn. 83), 929, 934.

⁸⁵ Vgl. immerhin in seiner grundrechtlichen Rechtsprechung BGE 115 Ia 370 E. 3 (372): „Oft sind verschiedene Lösungen eines Problems mit der Verfassung vereinbar, weshalb den Kantonen genügend Raum gelassen werden soll, die ihnen am besten entsprechende Regelung zu treffen. Die Aufgabe der Verfassungsgerichtsbarkeit spielt auch im Kontext des Föderalismus eine Rolle: Dem Bundesgericht ist erlaubt, zum Ausgleich starker Zentralisierung bewusst nach Wegen zu suchen, kantonale Autonomie zu schonen, solange zentrale Grundrechtspositionen dadurch nicht verletzt werden.“ Zur grundrechtlichen Rechtsprechung *Edenharter* Grundrechtsschutz (Fn. 83), 922 ff., 983; *Judith Wyttenbach* Umsetzung von Menschenrechtsübereinkommen in Bundesstaaten, 2017, 336 ff. Zur verwaltungsrechtlichen Rechtsprechung *Schindler* Verwaltungsermessens (Fn. 57), Rn. 233 ff., 360 ff.; *ders.* in: Christoph Auer/Markus Müller/*ders.* (Hrsg.) *Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren*, 2. Aufl. 2018, Art. 49 Rn. 18. Vgl. auch *Yvo Hangartner* Richterliche Zurückhaltung in der Überprüfung von Entscheidungen der Vorinstanz, in: Benjamin Schindler/Patrick Sutter (Hrsg.) *Akteure der Gerichtsbarkeit*, 2007, 159 (167 f.).

Die traditionellen Zugänge der Dogmatik blenden das Spannungsfeld von einheitlicher Norm und unterschiedlichem Vollzug somit weitgehend aus oder fokussieren auf die *ex post*-Perspektive der gerichtlichen Nachkontrolle. Zusätzliche normative Gesichtspunkte kann ein Ansatz liefern, der bezogen auf das jeweilige Mehrebenensystem versucht, die dahinterliegenden und meist unausgesprochenen Grundwertungen deutlich zu machen.⁸⁶ Mit Blick auf klassische Bundesstaaten drängen sich drei Schlüsselfragen auf: Was bedeutet Föderalismus? Was bedeutet Rechtsgleichheit? Und – das mag Sie vielleicht erstaunen – was bedeutet Demokratie? In der verbleibenden Zeit dürfen Sie hierauf keine abschließenden Antworten erwarten. Aber immerhin eine Erklärung dafür, weshalb diese Fragen zentral sind.

2. Was bedeutet Föderalismus: pluralistische Konkurrenz oder solidarische Angleichung?

Was bedeutet Föderalismus? Dienen föderale Gebilde in erster Linie dazu, historisch gewachsene Strukturen in ihrer Vielfalt zu bewahren und nur soweit zu vereinheitlichen, wie es notwendig ist, um gemeinsame Ziele zu erreichen?⁸⁷ Oder erfüllt der Bundesstaat die Aufgabe, heterogene Strukturen langfristig im Fluchtpunkt vollkommener Rechtseinheit aufgehen zu lassen, staatliche Gewalt im Gegensatz zum Zentralstaat aber immerhin einer zusätzlichen, nämlich vertikalen Gliederung zu unterwerfen?⁸⁸ Die Europäische Union und die Schweiz gleichen eher der ersten Variante, was in Verfassungs- und Vertragswerken mit der Semantik von der „Vielfalt in der Einheit“ und der Betonung des föderalen Subsidiaritätsprinzips seinen Ausdruck findet.⁸⁹ Deutschland und Österreich stehen demgegenüber bei-

⁸⁶ Vgl. Peter Häberle Rechtsvergleichung im Dienste der Verfassungsentwicklung – an Beispielen des Föderalismus/Regionalismus, in: ders. (Hrsg.) Vergleichende Verfassungstheorie und Verfassungspraxis, 2016, 58 (61); Harlow Voices of Difference (Fn. 78), 208.

⁸⁷ Vgl. für die Schweiz Fleiner Bundesstaatsrecht (Fn. 35), 762; ders. Zentralismus und Föderalismus (Fn. 35), 204; Häberle Föderalismus-Modelle (Fn. 36), 47. Vgl. auch Leonhard Neidhart Elementare Bedingungen der Entwicklung des schweizerischen Föderalismus, in: Benz/Lehmbrecht (Hrsg.) Föderalismus (Fn. 14), 111 (115).

⁸⁸ Vgl. für Deutschland Konrad Hesse Der unitarische Bundesstaat, 1962, 21; Isensee Idee und Gestalt (Fn. 53), § 126 Rn. 224, 233 (Bundesstaat als „unfertiger“ Staat), 260 f., 284 (Einheitsstaat als „ehrenhafte Alternative“), 323 ff., 335; Jestaedt Bundesstaat (Fn. 6), § 29 Rn. 6. Den Aspekt der „kulturellen Vielfalt und kulturellen Freiheit“ auch für Deutschland betonend Häberle Föderalismus-Modelle (Fn. 36), 47.

⁸⁹ Der Vertragsentwurf für eine europäische Verfassung unterstrich die Bedeutung eines „in Vielfalt geeinten Europas“ und die Schweizer Bundesverfassung bringt in ihrer Präambel den Willen von Bund und Kantonen zum Ausdruck, „ihre Vielfalt in der Einheit zu leben“. Das Subsidiaritätsprinzip wird im Vertrag über die EU (Art. 5 Abs. 3) und Art. 5a

spielhaft für den „unitarischen Bundesstaat“⁹⁰. Unterschiedliche Föderalismuskonzeptionen bestehen aber auch mit Blick auf die Frage, ob unter den Gliedstaaten ein Wettbewerb bestehen soll oder ob ein solcher vor dem Hintergrund des Solidaritätsgedankens unerwünscht ist. Die Schweiz wird oft als Beispiel eines gemäßigt kompetitiven Föderalismus genannt, während in Deutschland der Solidaritätsgedanke einen hohen Stellenwert genießt.⁹¹ So hebt das Grundgesetz die Bedeutung der Einheitlichkeit und Gleichwertigkeit der Lebensverhältnisse im Bundesgebiet hervor (Art. 72 Abs. 2; Art. 106 Abs. 3 Ziff. 2). Welche normative Strahlkraft man diesen Einheitlichkeitsgeboten beimisst, ist bekanntlich umstritten und soll hier nicht vertieft werden.⁹² Die genannten Bestimmungen machen aber gerade im Vergleich zur Schweiz unterschiedliche Gewichtungen deutlich, die auch eine Grundstimmung in der jeweiligen Bevölkerung reflektieren.⁹³

der schweizerischen Bundesverfassung ausdrücklich erwähnt. Vgl. auch Art. 3 Abs. 3 EUV: „Sie wahrt den Reichtum ihrer kulturellen und sprachlichen Vielfalt und sorgt für den Schutz und die Entwicklung des kulturellen Erbes Europas.“

⁹⁰ Konrad Hesse Bundesstaat (Fn. 88): „Der deutsche Bundesstaat der Gegenwart ist, wenn auch nicht ohne Einschränkungen so doch im Prinzip, *unitarischer Bundesstaat*.“ (Hervorhebungen im Original). Zum Hintergrund und der Wirkungsgeschichte von Hesses Schrift *Lehmbuch* Bundesstaat (Fn. 14), 56; *Oeter* Integration und Subsidiarität (Fn. 6), 252 ff. Vergleichend Häberle Rechtsvergleichung (Fn. 86), 62 f.

⁹¹ Vergleichend Dietmar Braun Dezentraler und unitarischer Föderalismus. Die Schweiz und Deutschland im Vergleich, *Swiss Political Science Review* 2003, 57 (84); *Bußjäger* Föderale Systeme (Fn. 45), 22 ff., 70; *Wolf Linder* Kompetenzzuordnung und Wettbewerb im Föderalismus, in: Lars P. Feld/Ekkehard A. Köhler/Jan Schnellenbach (Hrsg.) *Föderalismus und Subsidiarität*, 2016, 109 (114 ff.); *Rupert Scholz* Wettbewerbsföderalismus versus unitarischer oder kooperativer Föderalismus, in: Ralf Thomas Baus/Raoul Blindenbacher/Ulrich Karpen (Hrsg.) *Wettbewerb versus Kooperation*, 2007, 92 (93 f.). Vgl. zur Zurückhaltung gegenüber wettbewerblichen Elementen im deutschen Föderalismus *Isensee* Idee und Gestalt (Fn. 53), § 126 Rn. 330 ff.; *Oeter* Integration und Subsidiarität (Fn. 6), 566. Zur (begrenzten) „Entdeckung des Wettbewerbsföderalismus“ in Deutschland *Veith Mehde* Föderalismusbilder im Wandel – Rechtliche Perspektiven zwischen Empirie und Ideologie, *dms (der moderne Staat)* 2012, 444 (446 ff., 455).

⁹² Vgl. nur *Boysen* Gleichheit (Fn. 6), 119 ff.; *Isensee* Idee und Gestalt (Fn. 53), § 126 Rn. 271; *Oeter* Integration und Subsidiarität (Fn. 6), 532 ff.; *Martin Schuppli* Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse, 2016, 45 ff. Vgl. zur einheitsstiftenden Wirkung des „einheitlichen Wirtschaftsgebiets“ im österreichischen B-VG (Art. 4) *Bußjäger* Gleichheitsgrundsatz (Fn. 24), 291 f.

⁹³ Demnach wünschen sich 88% der in Deutschland befragten Personen einen von Solidarität (und nicht von Wettbewerb) geprägten Föderalismus. Länderfusionen sind in Bayern (größte Ablehnung) nur für 34% wünschbar, in Berlin (höchste Zustimmung) für 61% der befragten Personen (*Ole Wintermann/Thieß Petersen* Bürger und Föderalismus: Eine Umfrage zur Rolle der Länder, Bertelsmann Stiftung 2008, 17, 23). Auf die Frage, was „Föderalismus“ für sie bedeutet, nannten die in der Schweiz befragten Personen an erster Stelle die „Souveränität der Kantone“ (25%), an zweiter Stelle das „Subsidiaritätsprinzip“ (21%) und weit abgeschlagen „Kohäsion, Solidarität“ (2%). Der steuerpolitischen Autono-

Diesen Prägungen können sich auch die Gerichte nicht entziehen. Das deutsche Bundesverfassungsgericht hat verschiedentlich festgehalten, dass „trotz getrennten Ländervollzugs eine im wesentlichen einheitliche Verwaltungspraxis gewährleistet“⁹⁴ sein müsse. Das bereits erwähnte Cannabis-Urteil steht exemplarisch für diese Rechtsprechungslinie.⁹⁵ Ein bundesweit uneinheitlicher Vollzug steht somit unter hohem Legitimationsdruck.⁹⁶ Als Gründe, die eine unterschiedliche Rechtsanwendung zu rechtfertigen vermögen, werden in der Lehre die besonderen Umstände des Einzelfalls und abweichende örtliche Gegebenheiten genannt.⁹⁷ Eine über die Sicherstellung von Situationsgerechtigkeit hinausgehende „systematische politische Akzentsetzung“ durch die Länder wird dagegen mehrheitlich abgelehnt.⁹⁸

Ganz anders das Schweizer Bundesgericht in *seinem* Cannabis-Urteil. Es geht von der Annahme aus, dass es für die unterschiedlichen Vollzugspraktiken der Kantone schon „gute Gründe“ gebe. Das Gericht nennt zwar beispielhaft „abweichende lokale Anschauungen“. Dass es darüber hinaus aber keinen Anlass sieht, die Frage näher zu vertiefen, kann man als

mie der Kantone messen 71% der Befragten eine „große“ oder „gewisse“ Bedeutung zu. Kantonsfusionen sind in der Schweiz nur für 23% der befragten Personen wünschenswert (*Nationale Föderalismuskonferenz* Untersuchung über die Wahrnehmung des Föderalismus bei den Leaders und in der Bevölkerung, 2017, 58, 75, 111). Zum im europäischen Vergleich schwachen Länderbewusstsein in Deutschland *Bußjäger* Föderale Systeme (Fn. 45), 115 f.

⁹⁴ BVerfGE 11, 6 (18); vgl. auch BVerfG (Vorprüfungsausschuss), Beschluss vom 27.11.1984 – 2 BvR 1127, 1130/84 – NVwZ 1985, 259 (259 f.); BVerfGE 1, 82 (85). Vgl. auch *Wollenschläger* in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 54), Art. 3 Abs. 1 Rn. 71.

⁹⁵ BVerfGE 90, 145 (169).

⁹⁶ Zum „Begründungszwang“ des dezentralen Vollzugs *Horst Dreier* Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat, 1991, 218. Zur grundsätzlichen Rechtfertigungsbedürftigkeit des Bundesstaats in Deutschland *Isensee* Idee und Gestalt (Fn. 53), § 126 Rn. 322 („Der Bundesstaat des Grundgesetzes steht unter Rechtfertigungszwang, wie er auf Demokratie und Rechtsstaat nicht lastet.“); *Jestaedt* Bundesstaat (Fn. 6), § 29 Rn. 11, 30 ff. Zum „Angefochtensein des Bundesstaatsprinzips“ auch *Oeter* Integration und Subsidiarität (Fn. 6), 394 ff. Demgegenüber ist der Föderalismus (neben der direkten Demokratie) ein tragendes und identitätsstiftendes Kernelement der „Willensnation Schweiz“: *Andreas Auer/Giorgio Malinverni/Michel Hottelier* Droit constitutionnel suisse, Vol. I, 3. Aufl. 2013, Rn. 944; *Braun* Föderalismus (Fn. 91), 67; *Neidhart* Bedingungen (Fn. 87), 124; *René Rhinow/Markus Schefer/Peter Uebersax* Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. Aufl. 2016, § 5 Rn. 576 ff.; *Adrian Vatter* Das politische System der Schweiz, 3. Aufl. 2018, 484.

⁹⁷ *Rüfner* in: Bonner Kommentar (Fn. 80), Art. 3 Abs. 1 Rn. 178; *Wollenschläger* in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 54), Art. 3 Abs. 1 Rn. 72.

⁹⁸ *Heun* in: Dreier (Fn. 54), Art. 3 Rn. 49. Ähnlich *Dittmann* Gleichheitssatz (Fn. 42), 235 f.; *Rüfner* in: Bonner Kommentar (Fn. 80), Art. 3 Abs. 1 Rn. 178 f.; a.A. *Boysen* Gleichheit (Fn. 6), 133; *Christian Heitsch* Die Ausführung der Bundesgesetze durch die Länder, 2001, 146. Differenzierend *Wollenschläger* in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 54), Art. 3 Abs. 1 Rn. 71 f.; *Puhl* Gleichheit (Fn. 42), 79 ff.

typisch schweizerischen Pragmatismus oder aber als unreflektiertes Wohlwollen gegenüber der kantonalen Vielfalt interpretieren.⁹⁹ Möglicherweise steckt dahinter aber auch eine abwartende Zurückhaltung gegenüber den Kantonen und Städten, die damals auf der experimentellen Suche nach einer neuen Drogenpolitik waren.¹⁰⁰ Höchststrichterliche Selbstbeschränkung ermöglicht insofern einen Wettbewerb um die bestmögliche Umsetzungslösung. Dass der schweizerische Föderalismus in seiner Grundtendenz kompetitiver ist als in Deutschland und Österreich, hängt aber vor allem mit der Finanzordnung zusammen.¹⁰¹ Der Steuerwettbewerb zwischen Kantonen und Gemeinden prägt auch den Vollzug von Bundesrecht. Mittels Beeinflussung von *pull* und *push*-Faktoren im Migrationsrecht¹⁰² werden etwa erwünschte Migrantinnen und Migranten angelockt, unerwünschte abgeschreckt. Dies geschieht einerseits in Bereichen, wo die Kantone über eigene Rechtsetzungsbefugnisse verfügen.¹⁰³ Daneben aber auch dort, wo offene Normen des Bundesrechts – etwa der Nachweis einer „angemessenen“ oder „bedarfsgerechten“ Wohnung beim Familiennachzug – konkretisiert werden müssen. Die kantonalen Rechtsanwendungspraktiken unterscheiden sich dabei in hohem Maß, wobei sich diese Unterschiede

⁹⁹ BGE 124 IV 184 E. 2b (185). Vgl. auch Urteil BGER 6B_630/2016 vom 25.1.2017, E. 2.3.

¹⁰⁰ Zur Experimentalphase der schweizerischen Drogenpolitik in den 1990er-Jahren (das Urteil erging 1998) *Linder* Wettbewerb (Fn. 91), 116. Angestoßen durch eine Arbeitsgruppe mehrerer Städte ist ein neuer Art. 8a BetmG geplant, der örtlich, zeitlich und sachlich begrenzte Pilotversuche im Umgang mit Cannabis erlauben soll (*Eidg. Departement des Innern* Erläuternder Bericht zur Änderung des Betäubungsmittelgesetzes und Verordnung über Pilotversuche nach dem Betäubungsmittelgesetz vom 4.7.2018, 4). Zum experimentellen Föderalismus im Schweizer Strafrecht vgl. auch *Martin Killias/Gwladys Gilliéron* Föderalismus und Experimente: Warum der Föderalismus evidenz-gestütztes Lernen fördert, in: Axel Dessecker/Rudolf Egg (Hrsg.) Justizvollzug und Strafrechtsreform im Bundesstaat, 2011, 13 (15 ff.). Generell zum experimentellen „Werkstattcharakter“ des Föderalismus *Bußjäger* Föderale Systeme (Fn. 45), 117 f. Zur Migrationspolitik *Christophe Koller* A la recherche des meilleures pratiques, *terra cognita* 19/2011, 38 (40 f.).

¹⁰¹ Zum föderal differenzierten schweizerischen Steuersystem aus deutscher Perspektive *Christian Waldhoff* Finanzautonomie und Finanzverflechtung in gestuften Rechtsordnungen, *VVDStRL* 66 (2007), 216 (264 f.).

¹⁰² Zur Beschreibung soweit ersichtlich erstmals *Everett S. Lee* A Theory of Migration, *Demography* 1966, 47 (56). Vgl. *Martina Caroni/Tobias Grasdorf-Meyer/Lisa Ott/Nicole Scheiber* Migrationsrecht, 3. Aufl. 2014, 2 f.; *Breitenmoser* Migrationssteuerung (Fn. 45), 17 f.

¹⁰³ Dies geschieht in der Schweiz in den Bereichen innere Sicherheit (z.B. Verhüllungsverbot im öffentlichen Raum), im Schulwesen (Stützunterricht für fremdsprachige Kinder, Zulassung von islamischen Kindergärten und Schulen, Bekleidungs Vorschriften an öffentlichen Schulen), im Gesundheitsrecht, in der Sozialhilfe oder Kulturförderung: *Breitenmoser* Migrationssteuerung (Fn. 45), 37. Vgl. für die USA *Resnik* Accommodations (Fn. 83), 221 ff.

nur teilweise mit den örtlichen Gegebenheiten erklären lassen.¹⁰⁴ Auch in Deutschland bestehen solche Unterschiede im Vollzug vergleichbarer bundesrechtlicher Normen, doch bewegen sich diese in einer wesentlich schmaleren Bandbreite.¹⁰⁵

Föderale Strukturen werden schließlich auch dadurch geprägt, wie weit die Gliedstaaten in den Prozess der Rechtsetzung auf Bundesebene eingebunden werden. In Deutschland können die Länderregierungen über den Bundesrat direkt Einfluss auf die Gesetzgebung und teilweise sogar auf die Verordnungen nehmen und damit das von ihnen anzuwendende Recht mitgestalten oder gar verhindern.¹⁰⁶ Anders in der Schweiz: Die Ständeräte sind keine eigentlichen Vertreter der Kantone und die Kantonsregierungen nicht in der gleichen Weise Veto-Spieler in der nationalen Politikformulierung, wie dies in der Bundesrepublik der Fall ist.¹⁰⁷ Die oft unzureichende Berücksichtigung von Umsetzungsfragen durch den Bundesgesetzgeber kann daher die Akzeptanz des Bundesrechts bei den kantonalen Vollzugsorganen schwächen und die Bereitschaft stärken, die vom Gesetzgeber belassenen Spielräume als „ultimum refugium kantonalen Staatlichkeit“¹⁰⁸ maximal auszureizen.¹⁰⁹

¹⁰⁴ *Alberto Achermann* Integration und Habitat, Die „angemessene Wohnung“ als Voraussetzung für den Familiennachzug, Die Praxis der Kantone im Vergleich, 2004, 29; Der Umstand, dass im ländlich geprägten Kleinstkanton Appenzell-Innerrhoden und dem urbanen Großkanton Zürich dieselben Kriterien gelten sollen, deutet mit Blick auf den Gleichheitssatz auf eine unzureichende Differenzierung hin.

¹⁰⁵ *Achermann* Integration (Fn. 104), 36 f.

¹⁰⁶ Vgl. *Armin von Bogdandy* Gubernative Rechtsetzung, 2000, 434 ff.; *Roman Herzog* Aufgaben des Bundesrates, in: HStR III, 3. Aufl. 2005, § 58 Rn. 5 ff.

¹⁰⁷ *Braun* Föderalismus (Fn. 91), 67. Vgl. *Kadelbach* Autonomie und Bindung (Fn. 6), 17. Zu den Mitwirkungsmöglichkeiten der Kantone bei der Normsetzung des Bundes und bestehenden Defiziten *Patricia Egli* in: St. Galler Kommentar zur Bundesverfassung (Fn. 54), Art. 46 Rn. 29, 36; *Christian Rüefli* Formen und Verfahren des frühzeitigen Einbezugs der Kantone bei der Erarbeitung von Vorentwürfen von Bundeserlassen, Gutachten zuhanden der Konferenz der Kantonsregierungen vom 1.5.2015, 6 ff., 47 ff.; *Sandra Maisen/Luzius Mader/Robert Baumann* Umsetzung von Bundesrecht durch die Kantone: jüngste Entwicklungen, in: Felix Uhlmann (Hrsg.) Die Rolle von Bund und Kantonen beim Erlass und bei der Umsetzung von Bundesrecht, 2013, 63 (66 ff., 70 ff.); *Christian Schuhmacher* Optimierung der Umsetzung von Bundesrecht durch die Kantone – Zwischenstand eines Projekts, LeGes 2015, 405 (405 ff., 415 ff.); *Rainer J. Schweizer* Rechtssetzungsprobleme des Bundes im Hinblick auf den Vollzug durch die Kantone, ZBl 1977, 1 (14 f.).

¹⁰⁸ *Dietrich Schindler jun.* Das Zusammenwirken zwischen Bundesverwaltung und kantonalen Verwaltungen, in: Jahrbuch der Schweizerischen Vereinigung für politische Wissenschaften 1964, 61 (70).

¹⁰⁹ *Braun* Föderalismus (Fn. 91), 71 f. spricht gar von der „Vetomacht in der Implementation von Bundespolitik“. Vgl. *Andreas Auer* Problèmes fondamentaux de la démocratie suisse, ZSR 1984 II, 1 (37 f.); *Blaise Knapp* Le fédéralisme, ZSR 1984 II, 275 (424); *Dietrich Schindler jun.* Europäische Union: Gefahr oder Chance für den Föderalismus in

3. Was bedeutet Demokratie: monistische oder plurale Legitimationsquelle(n)?

Hinter den beschriebenen Unterschieden in der Verwaltungspraxis und Rechtsprechung stehen aber nicht nur unterschiedliche Vorstellungen von Föderalismus, sondern auch unterschiedliche Konzepte demokratischer Legitimation. Während in Deutschland offene Bundesnormen vor allem der Einzelfall- und Situationsgerechtigkeit dienen, besteht in der Schweiz mehr Raum für die politische Akzentsetzung auf der Vollzugsebene. Dahinter steht für Deutschland ein Konzept, das dem Parlament als Vertretung des Volkes eine Schlüsselrolle bei der Vermittlung demokratischer Legitimation zuweist.¹¹⁰ Als zentrale Bausteine wirken dabei das parlamentarische Gesetz und die parlamentarische Verantwortung der Regierung.¹¹¹ Mit der Verabschiedung eines Bundesgesetzes und allfällig ausführender Verordnungen der Gubernative endet der Prozess parteipolitischer Einflussnahme und der Vollzug ist einer Verwaltung übertragen, die sich als neutrale Gewalt („pouvoir neutre“) und damit als sachverständig-vorausschauende Hüterin der Rechtsordnung und des Gemeinwohls versteht.¹¹² Auch die Justiz ist geprägt vom *Weberschen* Bürokratiemodell als in erster Linie nach fachlichen Qualifikationen bestelltes Staatsorgan, das seine demokratische Legitimation aus der Sachbindung an das Gesetz bezieht.¹¹³ Das demokratisch legitimierte Bundesgesetz soll – um nochmals *Treitschkes* Polemik aufzugreifen – weder durch Partikularinteressen der Länderbürokratien, noch durch politische Vorstellungen der lokalen Bevölkerung an seiner Verwirklichung gehindert werden. Die demokratische Referenzgröße

Deutschland, Österreich und der Schweiz, VVDStRL 55 (1994), 71 (77). Vgl. auch *Peter Saladin* Bund und Kantone, Autonomie und Zusammenwirken im schweizerischen Bundesstaat, ZSR 1984 II, 431 (561 f.).

¹¹⁰ *Peter Badura* Die parlamentarische Demokratie, in: HStR II, 3. Aufl. 2004, § 25 Rn. 3 f., 34 ff.; *Ernst-Wolfgang Böckenförde* Demokratie als Verfassungsprinzip, in: HStR II, 3. Aufl. 2004, § 24 Rn. 26; *Matthias Jestaedt* Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung, 1993, 170.

¹¹¹ Vgl. *Dreier* Hierarchische Verwaltung (Fn. 96), 305; *Jestaedt* Demokratieprinzip (Fn. 110), 335 ff.; *Franz Reimer* Das Parlamentsgesetz als Steuerungsmittel und Kontrollmaßstab, in: GVwR I, 2. Aufl. 2012, § 9 Rn. 10, 12; *Hans-Heinrich Trute* Die demokratische Legitimation der Verwaltung, in: ebd., § 6 Rn. 11. Vgl. auch *Eckhard Pache* Verantwortung und Effizienz in der Mehrebenenverwaltung, VVDStRL 66 (2007), 106 (138).

¹¹² Vgl. Art. 33 Abs. 4 und 5 GG sowie BVerfGE vom 24.4.2018, 2 BvL 10/16, Rn. 35, 69; *Otto Depenheuer* Das öffentliche Amt, in: HStR III, 3. Aufl. 2005, § 36 insb. Rn. 64; *Dreier* Hierarchische Verwaltung (Fn. 96), 143 ff.; *Jestaedt* Demokratieprinzip (Fn. 110), 294 f., 33, 195, 366 f., 603. Rechtsvergleichend *Peter M. Huber* Grundzüge des Verwaltungsrechts in Europa – Problemaufriss und Synthese, in: IPE V, 2014, § 73 Rn. 85 ff.

¹¹³ *Böckenförde* Demokratie (Fn. 110), § 24 Rn. 24; *Axel Tschentscher* Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, 2005, 182 ff.

„Volk“ bezieht sich nach vorherrschendem Verständnis in erster Linie auf das „deutsche“ Volk – ob es daneben auch „Ländervölker“ gibt, ist zumindest umstritten.¹¹⁴

Demgegenüber erscheint in der Schweiz gerade die genossenschaftlich-lokale Selbstverwaltung als Prototyp demokratischer Legitimation. Das kleinräumige, sich selbst verwaltende Gemeinwesen ist – in den Worten von *Treitschkes* Zeitgenosse¹¹⁵ *Jacob Burckhardt* (1818–1897) – „ein Fleck auf der Erde, wo die größtmögliche Quote der Staatsangehörigen Bürger im vollen Sinne sind.“¹¹⁶ Spätestens seit den 1860er-Jahren schöpfte die Verwaltung in den Schweizer Kantonen und Gemeinden ihre Legitimation aus einem identitären Selbstverwaltungsideal: Öffentliche Ämter stehen allen Bürgern gleichermaßen offen und werden von diesen auf beschränkte Amtsdauer und im Nebenamt ausgeübt.¹¹⁷ Überspitzt könnte man die Eidgenossenschaft als pluralistisches Konglomerat von Selbsthilfeorganisationen bezeichnen,¹¹⁸ während in der Bundesrepublik das Demokratieprinzip

¹¹⁴ Vgl. *Hesse* Bundesstaat (Fn. 88), 32; *Isensee* Idee und Gestalt (Fn. 53), § 126 Rn. 61 f.; *Kadelbach* Autonomie und Bindung (Fn. 6), 14; *Carl Schmitt* Verfassungslehre, 1928, 389. Differenzierend *Rolf Grawert* Staatsvolk und Staatsangehörigkeit, in: HStR II, 3. Aufl. 2004, § 16 Rn. 33 f.; *Jestaedt* Demokratieprinzip (Fn. 110), 210 ff. Zur Ausstrahlung des deutschen Volksbegriffs auf den Föderalismus *Oeter* Integration und Subsidiarität (Fn. 6), 384.

¹¹⁵ Während *Treitschke* trotz seiner Herkunft aus einer sächsischen Beamten- und Offiziersfamilie betont deutschnational eingestellt war, blieb *Burckhardt* seiner Herkunft aus dem Patriziat der Basler Stadtrepublik treu. In diesem Punkt kreuzten sich denn auch ihre Lebensläufe: *Heinrich von Treitschke* wurde 1873 als Nachfolger *Leopold von Ranke*s (1795–1886) an die Friedrich-Wilhelms-Universität in Berlin berufen, nachdem *Jacob Burckhardt* denselben Ruf ein Jahr zuvor abgelehnt, da „er sich als Basler an die hiesige Universität durch eine Ehrenpflicht gebunden fühle“ (*Fritz Kaphahn* *Jacob Burckhardt* und die Wiederbesetzung von *Ranke*s Geschichtspr Professur an der Universität Berlin, *Historische Zeitschrift* 1943, 113 [121]).

¹¹⁶ *Jacob Burckhardt* Staat und Kultur (undatiert, aus dem Nachlass), Eine Auswahl (hrsg. v. Hanno Helbling), 1972, 410.

¹¹⁷ Vgl. *Dietrich Schindler sen.* Über die Bildung des Staatswillens in der Demokratie, Eine staatsrechtliche Studie, 1921, 64 („Die Gleichheitsidee bewirkt eine besondere Stellung der Beamten in der Demokratie. Denn es gilt nicht nur jeder für befähigt zur Ausübung der allgemeinen staatsbürgerlichen Rechte, sondern auch zur Bekleidung von Beamtenstellen.“). Zum schweizerischen Demokratieverständnis des „citoyen concerné“ *Auer* *démocratie suisse* (Fn. 109), 83; *Pierre Moor* Abstentionnisme et groupes de pression: réflexion sur la structure du pouvoir étatique, in: Georg Müller/René A. Rhinow/Gerhard Schmid/Luzius Wildhaber (Hrsg.) FS Kurt Eichenberger, 1982, 413 (414). Zur „Demokratie des Engagements“ *Peter Saladin* Verantwortung als Staatsprinzip, 1984, 65, 180 ff. Vgl. Auch *René A. Rhinow* Grundprobleme der schweizerischen Demokratie, ZSR 1984 II, 111 (166, 179).

¹¹⁸ *Christian Brückner* Das Schweizerische im Schweizer Recht, Basler Juristische Mitteilungen (BJM) 2007, 153 (155). Differenzierter *Richard Bäuml*in, der in der Demokrati-

eine „legitimationsmonistische und legitimationshierarchische Ordnung“¹¹⁹ darstellt.¹²⁰ Das Gesetz muss daher in der Schweiz auch Raum lassen für eine Umsetzung durch demokratisch legitimierte Organe und stößt an eine „demokratische Obergrenze der zulässigen Bestimmtheit“¹²¹. Offene Normen im Bundesrecht sind auch „Platzhalter für zeitlich hinausgeschobene Argumentationen von gesetzgeberischer Qualität“¹²² auf der kantonalen oder kommunalen Ebene.¹²³ Paradigmatisch hierfür steht das schweizerische Zivilgesetzbuch, das den Zweck verfolgte, unterschiedliche kantonalrechtliche Traditionen unter dem Dach des Bundesrechts zusammenzuführen.¹²⁴ Mit den vergleichsweise offenen Normen und den ausdrücklichen Verweisen auf den „Ortsgebrauch“ sollte Raum für die „freie [...] Entfaltung verschiedener Anschauungen und Bedürfnisse“ in den Kantonen erhalten bleiben.¹²⁵ Die föderalistischen Rücksichtnahmen des Gesetzes stechen besonders heraus, wenn man das ZGB von 1912 dem türkischen Zivilgesetzbuch von 1926 gegenüberstellt. Die Türkei hatte die Schweizer Kodifikation mit nur geringfügigen Änderungen übernommen. Zu diesen wenigen Anpassungen gehörte aber die Entfernung des Traditionsanschlusses an die „bewährte Überlieferung“ (Art. 1 Abs. 3 CH-ZGB) sowie die Beseitigung aller Bestimmungen, die als Ermunterung zu einer regional

sierung eine „antizentralistische und antibürokratische Strategie“ erblickt, die „eine reich strukturierte Gesellschaft voraus[setzt], in deren Teilbereichen je besondere Betroffenheit mit je besonderer Kompetenz verbunden ist.“ (Lebendige oder gebändigte Demokratie: Demokratisierung, Verfassung und Verfassungsrevision, 1978, 55).

¹¹⁹ *Jestaedt* Demokratieprinzip (Fn. 110), 601.

¹²⁰ Klassisch die (freilich idealtypisch zugespitzte) Gegenüberstellung des deutschen Beamtenstaats und der schweizerischen Selbstverwaltung bei *Fleiner* Beamtenstaat und Volksstaat (Fn. 79). Vgl. auch *Adolf Julius Merkl* Die gedanklichen Grundlagen der Forderung einer demokratischen Verwaltung (1920), in: ders. Gesammelte Schriften III/1, Berlin 2006, 77 (81).

¹²¹ *Pierre Tschannen* Stimmrecht und politische Verständigung, Beiträge zu einem erneuerten Verständnis von direkter Demokratie, 1995, Rn. 784.

¹²² *Tschannen* Stimmrecht (Fn. 121), Rn. 785. Vgl. aus politologischer Sicht *Peter Knoepfel* Regulative Politik in föderativen Staaten – das Beispiel der Umweltpolitik, in: *Benz/Lehmbruch* (Hrsg.) Föderalismus (Fn. 14), 306 (316).

¹²³ Föderalismus ermöglicht so die direkte Selbst- und Mitbestimmung durch die Stimmberechtigten: *Rainer J. Schweizer/Lucien Müller* in: St. Galler Kommentar zur Bundesverfassung (Fn. 54), Vorbemerkungen zu Art. 42–135 Rn. 5.

¹²⁴ *Susan Emmenegger/Axel Tschentscher* in: *Heinz Hausheer/Hans Peter Walter* (Hrsg.) *Berner Kommentar I/1*, 2012, Art. 1 ZGB Rn. 20.

¹²⁵ Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung, betreffend die Revision der Bundesverfassung zur Einführung der Rechtseinheit vom 28.11.1896, Bundesblatt (BB) 1896 IV 733 (762). Verfasser des Textes war *Eugen Huber* (vgl. *Sibylle Hofer* Wieder einmal gelesen: Eugen Hubers Botschaft vom 28. November 1896, ZBJV 2016, 687 [687 ff.]).

vielfältigen Umsetzung hätten interpretiert werden können.¹²⁶ Denn dies war nicht im Sinn des mit der Vergangenheit radikal brechenden und nationalistisch ausgerichteten Kemalismus.¹²⁷

Die gestalterische oder auch „mikropolitische“ Dimension der Rechtsanwendung zeigt sich in der Schweiz auch in einer stärkeren politischen Färbung der Verwaltung, einer dezidierten Abneigung gegen bürokratische Verwaltungsformen¹²⁸ und der direkten Volkswahl von Behördenmitgliedern auf Kantons- und Gemeindeebene.¹²⁹ Die starke Politisierung der Justiz führt gerade aus der europäischen Außenperspektive regelmäßig zu Irritationen:¹³⁰ Richterinnen und Richter werden in der Schweiz vom Volk oder Parlament periodisch wiedergewählt und die Parteizugehörigkeit ist bei der Wahl ein entscheidendes Auswahlkriterium.¹³¹ Das Bundesrecht kann man vor diesem Hintergrund auch als makropolitische Leitplanke kantonaler und kommunaler Mikropolitiken verstehen.¹³²

¹²⁶ Der Verweis auf den Ortsgebrauch (Art. 5) sowie der Vorbehalt des kantonalen öffentlichen Rechts wurden gestrichen (*Fatma Zencirkiran* danke ich herzlich für die Übersetzungshilfe). Vgl. *Yeşim M. Atamer* Rezeption und Weiterentwicklung des schweizerischen Zivilgesetzbuches in der Türkei, *RabelsZ* 2008, 723 (733 f.).

¹²⁷ Vgl. *Atamer* Rezeption (Fn. 126), 734; *Kischel* Rechtsvergleichung (Fn. 77), § 2 Rn. 24; *Konrad Zweigert/Hein Kötz* Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl. 1996, 176.

¹²⁸ *Jakob Dubs* Das öffentliche Recht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl. 1878, I, 126 („Die Demokratie kann wie keinen Beamtenstand, auch keine Beamtenhierarchie brauchen [...]“), II, 255 („Die ganze Bundesorganisation bringt es mit sich, dass die Bundesbeamten dem Volke fast durchgängig fern stehen. Deshalb haben sie die natürliche Tendenz sich bürokratisch zu entwickeln [...]“); *Fleiner* Bundesstaatsrecht (Fn. 35), 762 („Jede Bürokratie ist undemokratisch, nicht nur als Organisationsform, sondern auch dem ganzen in ihr herrschenden Geiste nach.“).

¹²⁹ Zur schweizerischen Kombination von Politisierung der Gesellschaft und bürokratiefeindlichem Antietatismus *Neidhart* Bedingungen (Fn. 87), 122.

¹³⁰ Vgl. die Kritik der *Groupe d'Etats contre la corruption (GRECO)* Prévention de la corruption des parlementaires, des juges et des procureurs, *GrecoEval* 4Rep (2016) 5, 2017, Rn. 99. Aus deutscher Sicht kritisch *Tschentscher* Demokratische Legitimation (Fn. 113), 272, 278. Differenzierend *Regina Kiener* Richterliche Unabhängigkeit, 2001, 270 ff. Zum positiven Effekt von Volkswahlen auf die Akzeptanz der Justiz in der Bevölkerung *Christof Schwenkel* Der Einfluss kantonaler Justizsysteme auf das Vertrauen der Bevölkerung in die Gerichte, 2016, Rn. 325.

¹³¹ Vgl. *Kiener* Unabhängigkeit (Fn. 130), 267 ff.; *Tschentscher* Demokratische Legitimation (Fn. 113), 273 ff.

¹³² *Max Imboden* Die staatsrechtliche Problematik des schweizerischen Föderalismus (1955), in: ders. Staat und Recht (Fn. 30), 175 (182): „Der Bund möge um des Ganzen willen die großen Richtlinien der staatlichen Aktivität bestimmen; die konkreten Gestaltungsaufgaben, das unmittelbare Handeln und Helfen, das sichtbare Schaffen und Fördern habe er seinen Gliedern, den innerstaatlichen Kollektivitäten, zu lassen.“ Vgl. *Knapp* Le fédéralisme (Fn. 109), 396, 424. Zur Unterscheidung zwischen Makro- und Mikropolitik im

4. Was bedeutet Rechtsgleichheit: Gleichheit „vor dem Gesetz“ oder „Gleichheit vor dem Hoheitsträger“?

Damit zur dritten Frage: Was bedeutet Rechtsgleichheit? Die klassischen Rechtsgleichheitsgebote im deutschen, österreichischen und schweizerischen Verfassungsrecht statuieren die Gleichheit „vor dem Gesetz“¹³³. Der Wortlaut verlangt somit eine Gleichbehandlung vor dem Gesetz in seinem jeweiligen Anwendungsbereich, bei einem Bundesgesetz somit bundesweit. Die Praxis ist indes – wie gesehen – eine andere, der Gleichheitssatz wird bundesstaatlich fragmentiert.¹³⁴ Im Grundsatz ist es sinnvoll, auf diese Weise einen harmonisierenden Ausgleich zwischen Rechtsgleichheit und föderalem Aufgabenvollzug herzustellen.¹³⁵ Ein Überdehnen der Rechtsgleichheit birgt einerseits die Gefahr, die Organisations- und Verfahrensautonomie der Länder und Kantone auszuhöhlen.¹³⁶ Dies gilt umso mehr,

Normkonkretisierungsprozess *Pierre Moor* Pour une théorie micropolitique du droit, 2005, 53. *Ders.* Dynamique du système juridique: Une théorie générale du droit, 2010, 299 f.

¹³³ Art. 3 Abs. 1 GG; Art. 7 Abs. 1 B-VG; Art. 8 Abs. 1 BV. Zu den rechtlichen Vorbildern dieser Formulierung *Pöschl* Gleichheit (Fn. 24), 19 ff. Zur „Gleichheit vor Gott“ (vgl. Römer 2, 11) als christlichem (insb. calvinistischem) Vorbild: *Kaufmann* Gleichheit (Fn. 22), 4 f.; *Hans Nawiasky* Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung, VVDStRL 3 (1926), 25 (29); *John Witte Jr.* Die Reformation der Rechte – Recht, Religion und Menschenrechte im frühen Calvinismus, 2015, 31, 331.

¹³⁴ Vgl. die Hinweise in Fn. 80.

¹³⁵ Zur harmonisierenden Verfassungslegung bereits *Fritz Fleiner* Schweizerisches Bundesstaatsrecht 1923, 758: „Aus dem öffentlichen Recht jedes Landes ragen oberste leitende Vorstellungen seines Volkes hervor, nach denen wir den Charakter dieses Staates bestimmen. Aber nicht ein einziges Prinzip wird bis zu den letzten Konsequenzen durchgeführt. Andere Grundsätze treten ihm in den Weg, welche abweichende, gleichwertige Interessen schützen wollen. Erst in der tieferen Betrachtung enthüllt sich eine Harmonie, so wie wir an der Führung der Linien, der Gliederung der Räume und dem Schmuck der Ornamente den einheitlichen Stil eines Gebäudes erkennen.“ Zur „praktischen Konkordanz“ bei der Verfassungsinterpretation *Richard Bäuml* Staat, Recht und Geschichte, 1961, 30; *Konrad Hesse* Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1999, Rn. 72. Hierzu *Andreas Fischer-Lescano* Kritik der praktischen Konkordanz, Kritische Justiz 2008, 166.

¹³⁶ Zu den organisatorischen Grundentscheidungen als „Hausgut“ der Länder BVerfGE 34, 9 (19 f.); *Jestaedt* Bundesstaat (Fn. 6), § 29 Rn. 65; *Oeter* Integration und Subsidiarität (Fn. 6), 569. Für die Schweiz ist die Organisationsautonomie der Kantone in Art. 47 Abs. 2 BV verankert und bei der Umsetzung von Bundesrecht ist nach Art. 46 Abs. 3 BV zu beachten, dass der Bund den Kantonen „möglichst grosse Gestaltungsfreiheit [belässt] und [...] den kantonalen Besonderheiten Rechnung“ trägt. Hierzu *Egli* in: Kommentar BV (Fn. 107), Art. 46 Rn. 28; *Yvo Hangartner* Begriff und Bedeutung der Eigenständigkeit der Kantone (Art. 47 BV), ZSR 2012 I, 145 (154 f.); *Bernhard Waldmann/Emanuel Bortel* Kommentar (Fn. 54), Art. 46 Rn. 43 ff. Vgl. auch *Vincent Martenet* L'autonomie constitutionnelle des cantons 1999, 290 ff. Noch zur Bundesverfassung von 1874 *Biaggini* Theorie und Praxis (Fn. 43), 54; *Schweizer* Rechtssetzungsprobleme (Fn. 107), 7 f., 11 f.

wenn den Gliedstaaten wie in der Schweiz auch eine gestaltend-politische Komponente bei der Konkretisierung bundesrechtlicher Normen zugestanden wird. Andererseits scheint eine generell-abstrakte Harmonisierungs-„Regel“, die den Gleichheitssatz föderalistisch tabuisiert, in ihrer Pauschalität ebenso fragwürdig.¹³⁷ Als Orientierung für einen differenzierenden Lösungsansatz könnten hier die mit Blick auf die Rechtsetzung entwickelten abgestuften Anforderungen an den Gleichheitssatz dienen. Demnach hängt das Maß der Bindung an das Gleichheitsgebot auch davon ab, wie sehr die Betroffenen in der Lage sind, eine ungleiche Behandlung durch ihr eigenes Verhalten zu steuern. Sodann ist entscheidend, wie nachteilig sich die Ungleichbehandlung auf die Rechtsposition einer Person auswirkt.¹³⁸ In aller Regel haben Individuen im Bundesstaat zumindest theoretisch die Möglichkeit, einer ihnen nicht genehmen Umsetzungspraxis in ein anderes Bundesland oder einen anderen Kanton auszuweichen. Bei einem kompetitiven Föderalismusmodell kann dies als „shopping for law“ oder „voting by feet“ sogar ein erwünschtes Wettbewerbselement sein.¹³⁹ Aus Sicht der Einzelperson wird eine unterschiedliche Vollzugslandschaft aber spätestens dann unerträglich, wenn sie dieser Heterogenität ohne Einflussmöglichkeiten ausgeliefert und zugleich in elementaren Rechtsgütern betroffen ist. Ein Extrembeispiel ist der Entscheid, mit dem Asylsuchende einem bestimmten Bundesland oder einem Kanton zugewiesen werden. Diesen Entscheid können die Betroffenen kaum beeinflussen.¹⁴⁰ Dennoch kann die Zuweisung für sie weitreichende Konsequenzen haben. Zwar entscheidet über die

¹³⁷ *Uwe Kischel* in: Volker Epping/Christian Hillgruber (Hrsg.) BeckOK GG (26. Ed. 2015), Art. 3 Rn. 103; *Puhl* Gleichheit (Fn. 42), 70; für die Schweiz *Biaggini* in: Kommentar BV (Fn. 80), Art. 8 Rn. 15; *Max Imboden/René A. Rhinow* Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Bd. I, 6. Aufl. 1986, 432. Vgl. auch *Wytenbach* Umsetzung (Fn. 85), 566 f.

¹³⁸ *Kirchhof* Allgemeiner Gleichheitssatz, in: HStR VIII, 3. Aufl. 2010, § 181 Rn. 204 f.; *Kube* Rechtliche Gleichheit (Fn. 81), 28; *Wollenschläger* in: v. Mangoldt/Klein/Starck Kommentar (Fn. 54), Art. 3 Abs. 1 Rn. 143 f, 146 ff. Vgl. auch *Georg Müller* Der Gleichheitssatz, VVDStRL 47 (1989), 37 (48); *Müller/Schefer* Grundrechte (Fn. 80), 662 ff.; *Waldmann* in: Basler Kommentar (Fn. 54), Art. 8 Rn. 36 f.

¹³⁹ *Albert O. Hirschmann* Exit, voice and loyalty, 1970. Vgl. auch *Boysen* Gleichheit (Fn. 6), 48 f.; *Resnik* Accommodations (Fn. 83), 217 ff.

¹⁴⁰ In Deutschland wie der Schweiz erfolgt eine Zuteilung auf die Länder bzw. Kantone nach einem Verteilschlüssel, der auf individuelle Bedürfnisse – vorbehältlich Familienzusammenführung – keine Rücksicht nimmt. In Deutschland bedarf die Zuweisungsentscheidung „keiner Begründung“, und auch „einer Anhörung des Ausländers bedarf es nicht“ (§ 50 Abs. 4 des Asylgesetzes [AsylG] in der Fassung der Bekanntmachung vom 2.9.2008 [BGBl. I 1798]). Hierzu *Riedel/Schneider* Dezentraler Asylvollzug (Fn. 70), 43. In der Schweiz kann der Zuweisungsentscheid auf einen Kanton einzig dann gerichtlich angefochten werden, wenn geltend gemacht wird, dieser „verletze den Grundsatz der Einheit der Familie“ (Art. 27 Abs. 3 Asylgesetz [AsylG] vom 26.6.1998 [SR 142.31; Stand 1.1.2018]). Hierzu kritisch *Peter Uebersax/Alberto Achermann* Bund und Kantone im Aus-

Gewährung von Asyl in der Schweiz eine örtlich konzentrierte Bundesbehörde, doch die Umsetzung der Entscheide liegt in der Vollzugskompetenz der Kantone. Dies hat konkret spürbare Auswirkungen, von der Art der Unterbringung, der Zulassung zum Arbeitsmarkt bis hin zur Frage, ob ein negativer Asylentscheid mittels Wegweisung überhaupt vollzogen wird.¹⁴¹ Die Zuweisung zu einem Kanton wird damit zu einem aleatorischen Entscheid über elementare Rechtspositionen.¹⁴² Eine auf den konkreten Einzelfall bezogene Harmonisierung verlangt in solchen Fällen, dass die ansonsten durchaus legitimen Gründe für einen uneinheitlichen Vollzug zurückstehen müssen.¹⁴³

IV. Konsequenzen: Möglichkeiten und Grenzen der Steuerung von Einheit in der Vielfalt

Einheitliche Normen sind in allen föderalen Gebilden ein wichtiges Instrument zur Herstellung von Rechtsgleichheit. Um dieser Funktion gerecht zu werden, verlangt die Rechtsgleichheit ein Mindestmaß an normativer Bestimmtheit – insofern ergänzen sich Gleichheitsgebot und Legalitätsprinzip.¹⁴⁴ Das Gleichheitsgebot fordert zugleich aber auch Freiräume für die Rechtsanwender, die es ihnen erlauben, eine situationsgerechte Ant-

länderrecht, in: Alberto Achermann et al. (Hrsg.) *Jahrbuch für Migrationsrecht*, 2018, 3 (36 f.).

¹⁴¹ Für Deutschland *Riedel/Schneider* Dezentraler Asylvollzug (Fn. 70), 26; *Hannes Schammann* Wenn Variationen den Alltag bestimmen. Unterschiede lokaler Politikgestaltung in der Leistungsgewährung für Asylsuchende, *Zeitschrift für Vergleichende Politikwissenschaft* 2015, 161 (172 ff.). Für die Schweiz *Parlamentarische Verwaltungskontrolle* Administrativhaft im Asylbereich, Bericht zuhanden der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates, 2018, 28 ff.; *Markus Spörndli/Thomas Holzer/Gerald Schneider* Diener dreier Herren? Kantonalbehörden und die Vollzugsvielfalt der arbeitsmarktlichen Bestimmungen im schweizerischen Asylrecht, *Swiss Political Science Review* 1998, 53 (53 ff.); *Uebersax/Achermann* Ausländerrecht (Fn. 140), 36 f; *Valerie Zaslawski* Westschweiz ist bei Wegweisungen lascher, *NZZ* vom 28.7.2018, 13. Vgl. die teilweise auf älteren Daten beruhende Studie von *Thomas Holzer/Gerald Schneider* Asylpolitik auf Abwegen, *Nationalstaatliche und europäische Reaktionen auf die Globalisierung und Flüchtlingsströme*, 2002, 159 ff.

¹⁴² Vgl. *Belser* Das föderalistische Migrationsrecht (Fn. 70) 132; *Uebersax/Achermann* Ausländerrecht (Fn. 140), 37. Vgl. auch *Wytenbach* Umsetzung (Fn. 85), 563.

¹⁴³ Die Aufgabe der bundesweiten Vereinheitlichung trifft dabei in erster Linie die Legislativ- und Exekutivorgane des Bundes im Rahmen ihrer Aufsichtscompetenzen. Die Justiz kann solche Disparitäten feststellen, stößt aber sowohl bei der Feststellung wie bei der Korrektur unterschiedlicher Vollzugspraktiken an funktionale Grenzen: *Biaggini* Theorie und Praxis (Fn. 43), 203 ff., 221 ff., 324 ff.

¹⁴⁴ *Pöschl* Gleichheit (Fn. 24), 766 f.

wort auf den Einzelfall in je verschiedenen räumlichen Kontexten zu finden. Die normative Verdichtung stößt dort an Grenzen, wo neue Ungleichheiten durch Schematisierungen erzeugt werden. Wie weit die normative Offenheit auch dazu dienen soll, den Vollzugsorganen einer anderen Ebene politisch-wertende Gestaltungskompetenzen zu übertragen, ist ganz entscheidend eine Frage des jeweiligen Föderalismus- und Demokratieverständnisses. Pauschale und uniforme Antworten zum Ausmaß der rechtlich zulässigen oder gebotenen normativen Offenheit sind daher kaum möglich. In vergleichsweise heterogenen Strukturen wie der Europäischen Union oder der Schweiz kann die Offenheit oder Mehrdeutigkeit von Normen und ihre variable Umsetzung Ausdruck eines sinnvollen politischen Arrangements sein.¹⁴⁵ Es ist ein Arrangement, das die Rechtsvereinheitlichung im größeren Rechtsraum verbindet mit einer vielfältig-konkretisierenden Umsetzung in kleineren Rechtsräumen.¹⁴⁶ Dies verlangt von allen Beteiligten ein gewisses Maß an „Ambiguitätstoleranz“ und somit die Bereitschaft, offenen Normen und ihrer vielfältigen Umsetzung mit Verständnis zu begegnen.¹⁴⁷ Besteht in einem Rechtsraum hingegen der Wunsch nach maximaler normativer Bestimmtheit und homogener Rechtsanwendung, dann stößt ein solcher Ansatz auf Unverständnis.¹⁴⁸

¹⁴⁵ Für die Europäische Union: *Nicholas W. Barber* Legal Pluralism and the European Union, ELJ 2006, 306 (316: „Inconsistent rules may reflect a compromise at the political level, and the institutions of the constitution ought to preserve this ambiguity, and the underlying compromise, rather than attempting to resolve it.“; 328: „a tacit agreement to disagree“). Vgl. auch *Harlow* Voices of Difference (Fn. 78), 222 ff. Für die Schweiz *Braun* Föderalismus (Fn. 91), 79; *Vatter* Das politische System (Fn. 96), 467 ff.

¹⁴⁶ Vgl. *Knoepfel* Regulative Politik (Fn. 122), 316; *Mayntz* Föderalismus (Fn. 69), 238: „Die relativ weitgehende institutionelle Separierung dieser Aufgaben [Gesetzgebung und Gesetzesdurchführung], die nicht selten als problematisch beurteilt wird, erlaubt eine fruchtbare Kombination von prinzipiengelenkter Langfristplanung und situationsbezogenem Pragmatismus.“ Vgl. auch *Vincent Martenet* Architecture des pouvoirs, Enjeux et perspectives pour un État, une union d'États et les Nations Unies, 2016, 277.

¹⁴⁷ Der Begriff geht zurück auf *Else Frenkel-Brunswik* (Intolerance of Ambiguity as an Emotional and Perceptual Personality Variable, Personality 1949, 108 [115]), die den Begriff mit Blick auf Kinder und deren Fähigkeit prägte, sich von schematischem Schwarz-Weiss-Denken zu lösen. Für den föderalen Kontext *Klaus von Beyme* Föderalismus und regionales Bewusstsein, Ein internationaler Vergleich, 2007, 95. Vgl. auch *Pierre Legrand* Public Law, Europeanisation, and Convergence: Can Comparatists Contribute?, in: Paul Beaumont/Carole Lyons/Neil Walker (Hrsg.) Convergence and Divergence in European Public Law, 2002, 225 (253 f.).

¹⁴⁸ Zur Forderung nach maximaler Bestimmtheit im deutschen Recht *Hans-Jürgen Papier/Johannes Möller* Das Bestimmtheitsgebot und seine Durchsetzung, AöR 1997, 177 (196 ff.). Vgl. auch *Isensee* Idee und Gestalt (Fn. 53), § 126 Rn. 224 ff. Differenzierend demgegenüber *Reimer* Parlamentsgesetz (Fn. 111), § 9 Rn. 61 ff.; *Schmidt-Aßmann* Ordnungsidee (Fn. 75), 194 ff.; *Hinnerk Wissmann* Generalklauseln, Verwaltungsbefugnisse zwischen Gesetzmäßigkeit und offenen Normen, 2008, 179 ff. Zum erhöhten Legitimi-

Föderale Strukturen sind und bleiben somit eine „offene Flanke“ der Gleichheit“, hierin ist *Günter Dürig* zuzustimmen. Auch wenn seine Metapher aus helvetischer Sicht etwas zu martialisch und negativ gefärbt ist. Ob, wie weit und zu welchem Preis diese Flanke geschlossen werden soll, ist in erster Linie eine Frage, die von den politischen Organen und somit vom Verfassungs- und Gesetzgeber bereichsspezifisch beantwortet werden muss. Das wohl wichtigste Steuerungsmittel bleibt dabei der Grundentscheid, ob Bundesnormen zentral durch den Bund selber oder durch die Bundesländer und Kantone vollzogen werden sollen. Diese Frage beantworten in Deutschland und Österreich die Verfassungen, in der Schweiz liegt der Entscheid faktisch beim Bundesgesetzgeber.¹⁴⁹ Der Gesetzgeber wiederum hat es in der Hand, mittels offener oder bestimmter materieller Normen den Vollzug zu vereinheitlichen.¹⁵⁰ Soll etwa eine einheitliche Praxis bei der Strafverfolgung „geringfügiger“ Mengen von Cannabis sichergestellt werden, kann eine exakte Menge im Gesetz selber definiert werden, so wie es das Parlament 2012 in der Schweiz getan hat, weil es die uneinheitliche Rechtsanwendung unter „dem Gesichtspunkt [...] der Rechtsgleichheit“ als „unbefriedigend“ einstufte.¹⁵¹ Die Vereinheitlichung generell-abstrakter Normen reicht indes alleine nicht, um einen homogenen Vollzug sicherzustellen. So ist die Strafverfolgungspraxis der Kantone immer noch uneinheitlich, da die Definition des „Eigengebrauchs“ weiterhin Interpretationsspielräume offen lässt und die Staatsanwaltschaften und Polizeikräfte vor Ort unterschiedliche Prioritäten setzen.¹⁵² Dem ließe sich nur mit einem strengen Aufsichtsregime des Bundes begeben. Schließ-

onsdruck auf heterogene Strukturen in vergleichsweise homogenen Bundesstaaten wie Deutschland und Österreich *Bußjäger* Föderale Systeme (Fn. 45), 144.

¹⁴⁹ In Deutschland wie der Schweiz ist der Vollzug von Bundesrecht durch die Länder und Kantone als Regel- oder Residualkompetenz in der Verfassung selber statuiert (Art. 83 GG und Art. 46 Abs. 1 BV). Während in Deutschland für abweichende Regelungen aber ein Verfassungsvorbehalt besteht, kann in der Schweiz der Bund den Vollzug durch Bundesgesetz oder (umstritten) Verordnung an sich ziehen (für Gesetzesvorbehalt *Biaggini* in: Kommentar BV [Fn. 80], Art. 46 Rn. 4; a.A. *Egli* in: Kommentar BV [Fn. 107], Art. 46 Rn. 17). Punktuell sieht die Bundesverfassung auch selber den Vollzug durch den Bund vor (z.B. Art. 99 BV betr. Geld- und Währungspolitik). In Österreich nehmen Art. 10 ff. B-VG eine detaillierte Zuweisung der Vollzugskompetenzen vor.

¹⁵⁰ *Boysen* Gleichheit (Fn. 6), 131.

¹⁵¹ Bericht der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrats vom 2.9.2011 zur Parlamentarischen Initiative Betäubungsmittelgesetz (04.439), BBl 2011 8195 (8201).

¹⁵² So die breit angelegte Untersuchung von *Frank Zobel/Cécile Homberg/Marc Martaler* Les amendes d'ordre pour consommation de cannabis: Analyse de la mise en œuvre, 2017. Vgl. auch *Hug-Beeli* Betäubungsmittelgesetz (Fn. 60), Art. 19b Rn. 67. Für Deutschland lässt sich eine selektivere Strafverfolgung insb. in Großstädten nachweisen: *Schäfer/Paoli* Drogenkonsum (Fn. 60), 389 f.

lich macht das Beispiel der unterschiedlichen Rechtsanwendung innerhalb des deutschen BAMF deutlich, dass der einheitliche Vollzug selbst bei örtlich dezentrierten Außenstellen einer hierarchisch gegliederten Bundesbehörde eine Herausforderung darstellt. Eine möglichst homogene Praxis lässt sich nur mit einer starken normativen Verdichtung über Verwaltungsvorschriften erreichen und bedingt eine intensive Schulung der Mitarbeitenden sowie in letzter Konsequenz eine regelmäßige Versetzung des Dienstpersonals, um jede Identifikation mit der lokalen Bevölkerung zu unterbinden. Wollte man gar die Verwaltungen von Ländern und Kantonen flächendeckend zu einer uniformen Praxis anhalten, wäre dies nur mit Hilfe einer stark fühlbaren und alle Spitzen des alltäglichen Vollzugs massiv beschneidenden Aufsichtsbürokratie möglich. Diese Überlegungen zeigen: Vollkommene Rechtsangleichung hat einen hohen Preis, nicht nur finanziell, sondern regelmäßig auch für den Föderalismus.

Im Spannungsfeld von Einheit und Vielfalt spielen nicht nur Verfassungsgeber, Gesetzgeber, Regierung und Verwaltung eine Rolle, sondern auch die Justiz. Soll sie die „Hüterin der Rechtseinheit“ sein? Gerichten kommt traditionell eine wichtige Schrittmacherfunktion bei der Rechtsangleichung zu, doch stoßen sie mit ihrem auf den Einzelfall bezogenen Fokus an Grenzen.¹⁵³ Wie etwa soll ein Justizorgan festlegen, welche Menge an Cannabis noch als „geringfügig“ zu gelten hat, wenn die Praxis der Bundesländer hierzu nur teilweise bekannt ist und nicht absehbar ist, welche bundesweiten Konsequenzen die einseitige Festlegung eines Grenzwerts für den polizeilichen Alltag hat?¹⁵⁴ Hier kann die Justiz auf Ungleichheiten im Vollzug hinweisen und eine Angleichung durch andere Staatsgewalten anmahnen. Darüber hinaus kann sie punktuell dort korrigierend eingreifen, wo sie über die notwendigen Entscheidungsgrundlagen verfügt.¹⁵⁵ Selbst dort, wo dies der Fall ist, kann es aber angezeigt sein, dass die Gerichte ihre Prüfungsdichte reduzieren und den zu einer föderalen

¹⁵³ Vgl. *Biaggini* Theorie und Praxis (Fn. 43), 203 ff., 221 ff., 324 ff. Demgegenüber die Gerichte bei diesem Prozess als „Hauptakteure“ betrachtend *Lohse* Rechtsanwendungsgleichheit (Fn. 64), 1126.

¹⁵⁴ Das Bundesverfassungsgericht wie das Bundesgericht trugen diesem Umstand in ihren Entscheiden Rechnung. BVerfGE 90, 145 (170): „Gesicherte Erkenntnisse zur Anwendung des § 31a BtMG, die auf eine dauerhaft unterschiedliche Handhabung auch dieser Vorschrift in den Ländern schließen ließen, liegen derzeit noch nicht vor.“; BGE 124 IV 184 E. 2b (185 f.): „Angesichts des vom Gesetzgeber den rechtsanwendenden Behörden bewusst eingeräumten großen Ermessensspielraums greift das Bundesgericht hier nur mit Zurückhaltung ein, zumal derzeit noch wenig Zahlenmaterial aus den Kantonen zur Frage der Geringfügigkeit vorhanden ist.“.

¹⁵⁵ Vgl. *Biaggini* Theorie und Praxis (Fn. 43), 324 ff.

Struktur verbundenen Einheiten ein „Subsidiaritätsermessen“ belassen.¹⁵⁶ Es führt kein Weg daran vorbei: Das gebotene Maß an Vereinheitlichung oder Vielfalt muss in einem dialektischen Prozess zwischen verschiedenen Staatsgewalten auf je unterschiedlichen Ebenen ausgehandelt werden.¹⁵⁷ Die Spannung zwischen Einheit und Vielfalt lässt sich dabei nicht auflösen. Es ist vielmehr genau diese „Unruh“, die das komplexe Räderwerk in föderal verbundenen Rechtsräumen am Laufen hält.¹⁵⁸

¹⁵⁶ Vgl. *Edenharter* Grundrechtsschutz (Fn. 83), 989; *dies.* Auflösung von Jurisdiktionskonflikten durch eine Variierung der richterlichen Prüfungsdichte, *Der Staat* 2018, 227 (236 ff.); *Kleinlein* Federalisms (Fn. 83), 1169, 1173. Zum Begriff des „Subsidiaritätsermessens“ *Schindler* Verwaltungsermessen (Fn. 57), Rn. 360 ff.

¹⁵⁷ Vgl. *Arnauld* Öffnung (Fn. 49), 84. Zum Föderalismus als dialektischem Prinzip *Imboden* Problematik (Fn. 132), 190; *Bernhard Ehrenzeller/Kaspar Ehrenzeller* „L’amour de la complexité“ im Bundesstaat Schweiz, in: Anna Gamper/Peter Bußjäger/Ferdinand Karhofer/Günter Pallaver/Walter Obwexer (Hrsg.) *Föderale Kompetenzverteilung in Europa*, 2016, 33 (34); *Saladin* Bund und Kantone (Fn. 109), 441; *Dietrich Schindler jun.* Schweizerischer und europäischer Föderalismus, *ZBl* 1992, 193 (195); *Schweizer/Müller* in: *St. Galler Kommentar zur Bundesverfassung* (Fn. 123), Vorbem. Art. 42–135 Rn. 4. Zur Prozesshaftigkeit des föderalistischen Gedankens *Andreas Auer* The constitutional scheme of federalism, *Journal of European Public Policy*, 2005, 419 (430).

¹⁵⁸ Vgl. *Denis de Rougemont* L’attitude fédéraliste, *Revue économique et sociale: bulletin de la Société d’Etudes Economiques et Sociales* 1947, 228 (234): „Lorsque les étrangers s’étonnent de l’extrême complication des institutions suisses, de cette espèce de mouvement d’horlogerie fine que composent nos rouages communaux, cantonaux, fédéraux, si diversement engrenés, il convient de leur montrer que cette complexité est la condition même de nos libertés. C’est grâce à elle que nos fonctionnaires sont constamment rappelés au concret, et que nos législateurs sont obligés de garder un contact attentif avec les réalités humaines et naturelles du pays.“

Leitsätze des 2. Referenten über:

Rechtsanwendungsgleichheit in Mehrebenensystemen

I. Rückblick: Unitarisches Vorverständnis

1. Rechtspolitik: Nationalliberale Einheitsbewegung

(1) Bis heute begegnet die Deutsche Staatsrechtslehre den Themen Rechtseinheit und Rechtsgleichheit mit einem tief verwurzelten unitarischen Vorverständnis. Hierfür gibt es verschiedene Gründe. Einer davon ist der Umstand, dass die nationale Rechtseinheit und damit eng verknüpft die Rechtsgleichheit im größtmöglich denkbaren Wirkungsraum seit dem frühen 19. Jahrhundert Kernanliegen des liberalen Bürgertums waren.

2. Rechtswissenschaft: Vereinheitlichung durch Dogmatik

(2) Befördert wurde die unitarische Sichtweise der Rechtswissenschaft auch durch die verwaltungsrechtliche Dogmatik und ihre Suche nach allgemeinen und verbindenden Begriffen und Systemelementen, die über regionale wie nationale Grenzen hinweg vereinheitlichend wirkten. Eine ähnlich einheitsstiftende Kraft entfalteten die Grund- und Menschenrechte nach 1945.

3. Rechtspraxis: Institutionen als „Hüter der Rechtseinheit“

(3) Vor allem in Österreich und der Schweiz wurde die Rechtseinheit seit dem 19. Jahrhundert von Akteuren in Verwaltung und Justiz vorangetrieben: In Österreich übernahm früh die Bürokratie und seit 1876 der Verwaltungsgerichtshof eine wichtige Schrittmacherfunktion, in der Schweiz war es seit 1874 das Bundesgericht.

4. Rechtssprache: Subtile Prägungen durch Metaphorik und Begriffswahl

(4) Rechtswissenschaft wie Rechtspraxis verwenden Sprachbilder und Begriffe, die auf subtile Weise werten und eine unitarische Sichtweise fördern.

II. Standortbestimmung

I. Begriffliche und methodische Annäherung

a) Enge Verbindung von Rechtseinheit und Rechtsgleichheit

(5) Traditionell besteht ein enger Zusammenhang zwischen Rechtseinheit und Rechtsgleichheit. Einheitliches Recht impliziert Rechtsanwendung mit „gleichem Maß“; es verlangt in konsequenter Fortführung die gleiche Anwendung dieses Rechts durch dieselben zentralen Vollzugsorgane. Föderative Vollzugsstrukturen erscheinen vor diesem Hintergrund als „offene Flanke“ der Gleichheit“ (Günter Dürig). Damit ist der Bundesstaat kontinentaleuropäischer Prägung locus classicus der Spannungslage zwischen einheitlichen Rechtsnormen und ihrem uneinheitlichen, dezentralen Vollzug.

b) Mehrebenensysteme

(6) Klassische Bundesstaaten, aber auch andere über gemeinsame Normen verbundene Rechtsräume können als Mehrebenensysteme beschrieben werden. Der Begriff macht deutlich, dass hoheitliche Macht nicht bei einem Träger monopolisiert wird, sondern diese arbeitsteilig auf verschiedene Ebenen verteilt ist, wobei die jeweiligen Ebenen durch eigenständige Legitimationsverfahren Recht erzeugen. Der aus der Politikwissenschaft stammende Begriff des Mehrebenensystems dient der Komplexitätsreduktion, seine Bildhaftigkeit kann aber irreführend sein; die Verzahnungen und Verbindungen vollzugsföderalistischer Strukturen bringt er zu wenig zum Ausdruck.

c) Rechtsanwendungsgleichheit

(7) Rechtsanwendungsgleichheit verlangt, dass generell-abstrakte Rechtsnormen auf gleich gelagerte Einzelfälle gleich angewendet werden. Die Forderung nach Rechtsanwendungsgleichheit ist damit zu unterscheiden von der Bedeutung des Gleichheitssatzes für die Rechtsetzung. In föderal strukturierten Gemeinwesen kommt es indes oft zu Überlappungen, wenn die Anwendung von materiellem Recht der größeren Einheit im Rahmen des Verfahrens- und Organisationsrechts der kleineren Einheiten erfolgt.

d) Cannabis-Rechtsprechungen als Beispiel

(8) Die Spannungslage zwischen einheitlicher Norm und vielfältigem Vollzug (Leitsatz 5) lässt sich exemplarisch am Beispiel der Cannabis-

Urteile des deutschen Bundesverfassungsgerichts und des schweizerischen Bundesgerichts zeigen. Die jeweiligen bundesrechtlichen Strafnormen zum Umgang mit Cannabis werden von den deutschen Ländern wie von den Schweizer Kantonen sehr unterschiedlich vollzogen. Das Bundesverfassungsgericht erblickt hierin ein Vollzugsdefizit und fordert eine „im wesentlichen einheitliche“ Praxis der Länder. Demgegenüber anerkennt das Bundesgericht, dass es für eine heterogene Umsetzung „gute Gründe“ geben könne.

e) *Methodische Herausforderungen*

(9) Die unterschiedlichen Cannabis-Urteile machen deutlich, dass eine weitgehend identische Rechtsfrage in unterschiedlichen Rechtsräumen ganz verschieden beantwortet werden kann. Verbindliche Aussagen, die vor Rechtsprechung und Rechtsdogmatik Bestand haben, lassen sich immer nur mit Blick auf ein ganz bestimmtes Mehrebenensystem machen und selbst dann sind Aussagen nur für eng umgrenzte Referenzgebiete möglich. Vorliegend soll daher ein Orientierungs- und Reflexionsrahmen skizziert werden, der in einem Vergleich klassischer Bundesstaaten Wertungsgesichtspunkte im Spannungsfeld von Einheit und Vielfalt aufzeigt.

2. *Gründe für eine uneinheitliche Rechtsanwendungspraxis*

a) *Unterschiedlicher Problemdruck*

(10) Fast in jedem größeren Rechtsraum besteht das Bedürfnis nach Anpassung einheitlicher Rechtsnormen an örtlich unterschiedliche Lebensrealitäten. Geographische und soziale Unterschiede erzeugen gegenüber den rechtsanwendenden Behörden „vor Ort“ einen unterschiedlichen Problemdruck. Dieser ungleiche Problemdruck ist zum einen Folge tatsächlicher und sozialwissenschaftlich quantifizierbarer Unterschiede. Er ist aber immer auch Spiegel kultureller Unterschiede und politischer Präferenzen.

b) *Unterschiedliche rechtliche Rahmenbedingungen*

(11) Für viele föderale Strukturen ist charakteristisch, dass eine Vereinheitlichung in erster Linie über materielle Rechtsvorschriften erfolgt, das Verfahrens- und Organisationsrecht aber nicht oder nur punktuell angeglichen wird. Sollen das Verfahrens- und Organisationsrecht als Steuerungsressourcen ernst genommen werden, dann strahlen sie unvermeidlich auch auf die Rechtsanwendung aus und können Ursache für uneinheitliche Vollzugspraktiken sein. Heterogene Umsetzungen sind aber auch Folge unterschiedlicher Rechtstraditionen und Methodenverständnisse.

III. Orientierungs- und Reflexionsrahmen im Spannungsfeld von Einheit und Vielfalt

1. Tradierte dogmatische Einordnungen

(12) *Wie sind unterschiedliche Vollzugspraktiken in föderalen Strukturen normativ zu bewerten? Die traditionelle Dogmatik bietet hierfür – stark vereinfacht dargestellt – drei Lösungsansätze an: Offen thematisiert wird die Problematik unter dem Aspekt des Gleichheitssatzes, wobei dieser nach herrschender Lehre und Rechtsprechung nur Ungleichbehandlungen durch denselben Hoheitsträger erfasst, womit der Gleichheitssatz föderalistisch tabuisiert wird.*

(13) *Die verwaltungsrechtliche Perspektive ist demgegenüber „föderalismusblind“, da sie auf die Suche nach der „richtigen“ Anwendung der materiell-rechtlichen Bundesnormen fokussiert und kaum nach der Rechtsanwendungsebene fragt. Eine weit ausgreifende Ermessensfehlerlehre ermöglicht zudem eine intensive (bundes-)gerichtliche Kontrolle über die Vollzugspraxis von Bundesländern und Kantonen.*

(14) *Der dritte dogmatische Zugang erfolgt über die Grundrechte. Während nationale Gerichte zu einer unitarisierenden Rechtsprechung neigen, ist insbesondere beim Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte eine Reflexion über das Ausmaß einer einheitlichen oder unterschiedlichen Grundrechtsverwirklichung feststellbar, welche Ausdruck in der margin of appreciation-Doktrin findet.*

(15) *Zusätzliche normative Wertungsgesichtspunkte können einen Ansatz liefern, der bezogen auf das jeweilige Mehrebenensystem versucht, die dahinterliegenden Vorstellungen über Föderalismus, Demokratie und Rechtsgleichheit transparent zu machen.*

2. Was bedeutet Föderalismus: pluralistische Konkurrenz oder solidarische Angleichung?

(16) *Deutschland ist traditionell geprägt von einem unitarisch-solidarischen Verständnis von Bundesstaatlichkeit. Demgegenüber dominiert in der Schweiz die Semantik von der „Vielfalt in der Einheit“. Das Verhältnis der Kantone und Gemeinden zueinander ist zudem von einem maßvollen Wettbewerb gekennzeichnet. Diese unterschiedlichen Grundverständnisse treten auch in den beiden Cannabis-Urteilen zu Tage.*

(17) *Föderale Strukturen unterscheiden sich zudem darin, wie weit die Gliedstaaten in den Prozess der Rechtsetzung auf Bundesebene eingebunden werden. In Deutschland sind die Mitwirkungsmöglichkeiten der Landesregierungen auf Bundesebene stark ausgebaut, während in der Schweiz*

die Kantonsregierungen nicht in der gleichen Weise Veto-Spieler in der nationalen Politikformulierung sind. Dieser Umstand begünstigt eine Haltung der Kantone, die vom Bundesrecht belassenen Spielräume maximal auszureizen.

3. Was bedeutet Demokratie: monistische oder plurale Legitimationsquelle(n)?

(18) Die unterschiedliche Toleranz, mit der Rechtsordnungen einem uneinheitlichen Vollzug einheitlicher Normen begegnen, ist nicht nur Spiegel divergierender Föderalismusverständnisse, sondern ebenso Ausdruck abweichender Vorstellungen über demokratische Legitimation. In Deutschland sollen offene Bundesnormen vor allem die Einzelfall- und Situationsgerechtigkeit von Entscheidung ermöglichen. In der Schweiz dagegen besteht mehr Raum für die politische Akzentsetzung auf der kantonalen oder kommunalen Vollzugsebene.

(19) Dahinter steht für Deutschland ein Konzept, das dem Parlament als Vertretung des Volkes eine Schlüsselrolle bei der Vermittlung demokratischer Legitimation zuweist. Als zentrale Bausteine wirken dabei das parlamentarische Gesetz und die parlamentarische Verantwortung der Regierung. Mit der Verabschiedung eines Bundesgesetzes und allfällig ausführender Verordnungen der Gubernative endet der Prozess parteipolitischer Einflussnahme. Der Vollzug ist einer Verwaltung übertragen, die sich als politisch neutrale Hüterin der Rechtsordnung und des Gemeinwohls versteht. Auch die Justiz ist ein in erster Linie nach fachlichen Qualifikationen bestelltes Staatsorgan, das seine demokratische Legitimation aus der Sachbindung an das Gesetz bezieht.

(20) Demgegenüber erscheint in der Schweiz gerade die genossenschaftlich-lokale Selbstverwaltung als Prototyp demokratischer Legitimation. Das geschriebene Recht muss daher auch Raum lassen für eine Umsetzung durch demokratisch legitimierte Verwaltungs- und Justizorgane und stößt an eine demokratische Obergrenze der zulässigen Bestimmtheit. Das Bundesrecht erscheint vor diesem Hintergrund eher als makropolitische Leitplanke kantonaler und kommunaler Mikropolitiken.

4. Was bedeutet Rechtsgleichheit: Gleichheit „vor dem Gesetz“ oder „Gleichheit vor dem Hoheitsträger“?

(21) Die klassischen Rechtsgleichheitsgebote im deutschen, österreichischen und schweizerischen Verfassungsrecht statuieren die Gleichheit „vor dem Gesetz“. Der Wortlaut verlangt somit eine Gleichbehandlung vor dem Gesetz in seinem jeweiligen Anwendungsbereich, bei Bundesrecht somit

bundesweit. Die Praxis ist indes eine andere, der Gleichheitssatz wird bundesstaatlich fragmentiert (Leitsatz 12). Hierdurch kann ein harmonisierender Ausgleich zwischen Rechtsgleichheit und föderalem Aufgabenvollzug hergestellt werden.

(22) Eine generell-abstrakte Harmonisierungs-„Regel“, die den Gleichheitssatz föderalistisch tabuisiert, ist in ihrer Pauschalität aber fragwürdig. Als Orientierung für einen differenzierenden Lösungsansatz könnten die mit Blick auf die Rechtsetzung entwickelten abgestuften Anforderungen an den Gleichheitssatz dienen. Demnach hängt das Maß der Bindung an das Gleichheitsgebot auch davon ab, wie sehr die Betroffenen in der Lage sind, eine ungleiche Behandlung durch ihr eigenes Verhalten zu steuern. Sodann ist entscheidend, wie nachteilig sich die Ungleichbehandlung auf die Rechtsposition einer Person auswirkt.

IV. Konsequenzen: Möglichkeiten und Grenzen der Steuerung von Einheit in der Vielfalt

(23) Einheitliche Normen sind in föderalen Strukturen ein wichtiges Instrument zur Herstellung von Rechtsgleichheit. Das Gleichheitsgebot muss den Rechtsanwendern aber auch Freiräume zugestehen, die situationgerechte Antworten in je verschiedenen räumlichen Kontexten ermöglichen. Wie weit die normative Offenheit auch dazu dienen soll, den Vollzugsorganen politisch-wertende Gestaltungskompetenzen zu übertragen, ist ganz entscheidend eine Frage des jeweiligen Föderalismus- und Demokratieverständnisses. In politisch und kulturell heterogenen Strukturen kann die Offenheit oder Mehrdeutigkeit von Normen und ihre variable Umsetzung Ausdruck eines sinnvollen politischen Arrangements sein. Es ist ein Arrangement, das die Rechtsvereinheitlichung im größeren Rechtsraum verbindet mit einer vielfältig-konkretisierenden Umsetzung in kleineren Rechtsräumen.

(24) Ob und wie weit die durch föderale Strukturen erzeugte „offene Flanke“ der Gleichheit geschlossen werden soll, ist eine Frage, die von den politischen Organen und somit vom Verfassungs- und Gesetzgeber bereichsspezifisch beantwortet werden muss. Die Vereinheitlichung materiellen Rechts kann einen wichtigen Beitrag zu Rechtseinheit und Rechtsgleichheit leisten, ist für sich genommen aber kein Garant einer homogenen Vollzugspraxis. Eine konsequente Angleichung der Rechtsanwendung verlangt nach einem ganzen Bündel zusätzlicher Steuerungsmaßnahmen und hat einen hohen Preis, nicht nur finanziell, sondern auch für den Föderalismus.

(25) *Der Justiz kommt traditionell eine wichtige Schrittmacherfunktion bei der Rechtsangleichung zu, doch stoßen ihre Organe mit ihrem auf den Einzelfall bezogenen Fokus an Grenzen. Gerichte können auf Ungleichheiten im Vollzug hinweisen und eine Angleichung durch andere Staatsgewalten anmahnen. Darüber hinaus können sie punktuell dort korrigierend eingreifen, wo sie über die notwendigen Entscheidungsgrundlagen verfügen. Selbst dort, wo dies der Fall ist, kann es aber angezeigt sein, dass Gerichte ihre Prüfungsdichte reduzieren und den zu einer föderalen Struktur verbundenen Einheiten ein „Subsidiaritätsermessen“ belassen.*

(26) *Das gebotene Maß an Vereinheitlichung oder Vielfalt muss in einem dialektischen Prozess zwischen verschiedenen Staatsgewalten auf je unterschiedlichen Ebenen ausgehandelt werden. Die Spannung zwischen Einheit und Vielfalt lässt sich dabei nicht auflösen. Es ist vielmehr genau diese „Unruh“, die das komplexe Räderwerk in föderal verbundenen Rechtsräumen am Laufen hält.*

3. Aussprache und Schlussworte

Rechtsanwendungsgleichheit in Mehrebenensystemen

Christian Waldhoff: Wir gliedern die Diskussion in vier Themenblöcke. Der erste Block beschäftigt sich mit Grundlagen und den eigentlichen föderalistischen Fragen. Der zweite Block betrifft die grundrechtsdogmatischen und rechtstheoretischen Implikationen der Fragestellung. Der dritte Block widmet sich den eher verwaltungspraktischen Dimensionen und der vierte Block bezieht die EU-Ebene ein.

Christoph Schönberger: Zunächst einmal danke ich beiden Referenten für zwei sehr schöne Referate, die sich ganz hervorragend ergänzt haben. Man hatte fast das Gefühl, dass Herr *Schindler* Herrn *Cremer* – und damit indirekt uns allen – einen schweizerischen Spiegel vorhält und uns aufmerksam macht auf häufig unbedachte Vorverständnisse im deutschen Föderalismus, die sich gerade in der Vollzugsproblematik sehr deutlich zeigen. Ich würde das die unitarische Ideologie des deutschen Föderalismus nennen. Herr *Schindler* hat auf einige Gründe dafür hingewiesen. Die deutsche Rechtswissenschaft ist traditionell sehr stark in diese unitarische Ideologie verstrickt, weil sie sich seit dem 19. Jahrhundert sehr stark verstanden hat als eine Wissenschaft, die ein gemeindeutsches Recht überhaupt erst hervorbringt. So ist etwa das „allgemeine“ Verwaltungsrecht ja ursprünglich entstanden als allgemeines deutsches Verwaltungsrecht über preußisches oder sächsisches Recht hinweg. Dieses klassische deutsche Verständnis hat immer die Institutionen des Rechtsvollzugs weitgehend ausgeblendet, und die Rechtswissenschaft hat das bereitwillig mitgemacht, weil sie sich selbst an die Stelle dieser Institutionen gesetzt hat. Daraus folgt die traditionell fehlende Wahrnehmung für die eigenständige Bedeutung der Institutionen des dezentralen Vollzugs von Bundesrecht. Die Anfrage Herrn *Schindlers* an den deutschen Föderalismus ist doch: Kann der unterschiedliche Landesvollzug von Bundesrecht für uns eine eigenständige legitime Bedeutung haben, oder ist das eigentlich immer nur ein pathologischer Fall, der, wenn er wahrgenommen wird, alte unitarische Reflexe („Flickenteppich“ u.ä.) aufruft und irgendwie überwunden gehört. Die Formel des Bundesverfassungsgerichts, man müsse einen im Wesentlichen einheitlichen Vollzug

von Bundesrecht garantieren, ist ganz stark durch diese unitarische deutsche Codierung geprägt. Herr *Schindler* hat uns am schweizerischen Beispiel vorgeführt, dass man die Vollzugsdivergenz auch anders verstehen kann, dass der dezentrale Vollzug durchaus auch bei der Interpretation von Normen auf lokale soziale Besonderheiten, möglicherweise auch politische Präferenzen in dem jeweiligen Land, reagieren kann. Und das ist für das Unionsrecht natürlich noch viel deutlicher der Fall. *Benjamin Schindler* hat ja mit Recht darauf hingewiesen, dass es „das“ Unionsrecht eigentlich gar nicht gibt, sondern eine Vielfalt nationaler Unionsrechte, die im jeweiligen Mitgliedstaat kulturell und rechtskulturell besonders codiert sind. Und deswegen wäre die Frage, die ich eigentlich an beide Referenten richten würde: Können wir auch für das deutsche System eine eigenständige Legitimität der Vollzugsautonomie der Länder selbst bei der Interpretation von Normen finden? Lässt sich diese auch für das deutsche System denken oder wollen wir weiterhin sagen: Das können wir nicht ertragen, unsere Ambiguitätstoleranz in diesem Bereich liegt bei null. Vielen Dank.

Markus Kotzur: Herr *Schindler* hat in seiner Einleitung wunderbar entwicklungsgeschichtlich rekonstruiert, dass Rechtseinheit, gerade wenn man auf Deutschland, wenn man auf die Schweiz schaut, als Surrogat politischer Einheit diene. Diese Feststellung ist, glaube ich, auch sehr zutreffend für die Europäische Union, die ja mit den Worten ihres ersten Kommissionspräsidenten *Walter Hallstein* nichts anderes ist als eine Kreation, ein Geschöpf des Rechts. Die Deutung von Rechtseinheit als Surrogat für politische Einheit birgt natürlich die Gefahr, dass Rechtseinheit und damit auch Rechtsanwendungsgleichheit überhöht wird. Und ich habe beide Referate eigentlich als eine deutliche Warnung für diese Überhöhung verstanden, aus dogmatischen Gründen, aus sehr wirklichkeitsbewussten Gründen, und daraus würde ich gerne eine Frage ableiten: Ob Sie nach Ihrer Lesart gerade denjenigen, die sich als Hüter der Rechtseinheit verstehen, einen Ratschlag erteilen wollten, nämlich den Obergerichten, insbesondere dem Europäischen Gerichtshof. Herr *Schindler* sprach von einer Ambiguitätstoleranz und das könnte ja vielleicht etwas sein, was man gerade dem EuGH im Verhältnis zu den Mitgliedsstaaten anraten könnte. Und ich habe auch ein bisschen herausgehört, dass für diese Ambiguitätstoleranz schon ein Maßstab entwickelt wurde. Je stärker die Grundrechtsbetroffenheit des Einzelnen ist und je weniger flexibel er sich dem konkreten Rechtsanwender entziehen kann, desto strenger müssen die Maßstäbe sein. Wenn die Betroffenheit nicht ganz so intensiv wirkt, dann kann man unter Umständen auch großzügiger sein. Vielleicht haben wir heute Nachmittag die Genese einer ganz neuen Margin of Appreciation-Doktrin erlebt. Da würde ich mich einfach auf Ihr Feedback freuen. Herzlichen Dank.

Christoph Möllers: Vielleicht ist das Diktum von *Erich Kaufmann*, dass Rechtsbindungs- und Rechtsanwendungsgleichheit ineinander aufgehen, ja gar nicht nur naiv. Es war naiv, soweit er zu einfache Vorstellungen davon hatte, wie man Gesetze ausgelegt. Aber man kann es heterogenitätsfreundlich deuten und sagen: Wenn das Recht Spielräume lässt und diese Spielräume föderal verschieden genutzt werden, warum brauchen wir dann noch einen zweiten Maßstab der Angleichung, der innerhalb dieser Spielräume einen Homogenisierungsdruck erzeugt? Was ist die Rechtfertigung dafür? Und wie *Christoph Schönberger* soeben feststellte, könnte man sagen, dass der Vortrag von *Wolfram Cremer* in gewisser Weise dadurch erklärt werden kann, dass er den historisch vergleichenden Beobachtungen von Herrn *Schindler* unterfällt und ein bisschen an der deutschen Krankheit zusätzlicher Homogenisierungsrechtfertigung leidet. Wenn man dann nochmal genauer hinguckt und sich Herrn *Cremer*s Vortrag en détail betrachtet, dann entdeckt man interessanterweise, dass ganz unterschiedliche Rationalitäten hinter seinen Argumenten stecken. Und die Frage wäre dann: Wie verhalten sich diese Rationalitäten zueinander und gehen sie ineinander auf oder widersprechen sie sich? Einerseits hast Du gesagt, dass die Rechtsanwendungsgleichheit nicht so zu verstehen ist, dass sie eine einzelne Behörde an eine Verwaltungspraxis bindet, denn das würde dazu führen, dass die unmittelbare Rechtsbindung unterbrochen wird und jemand, der eine Entscheidung trifft, an die Entscheidung irgendeines Vorgängers gebunden ist. Das sei mit der Rechtsbindung selbst nicht zu vereinbaren. Dabei tritt natürlich die Perspektive des Betroffenen und des allgemeinen Gleichheitssatzes in den Hintergrund. Andererseits hast Du bei der Drei-Stufen-Theorie, die ja wirklich sehr elegant ist, mit Deiner Unterscheidung zwischen Substitution, Wettbewerb und Nichtinfizierung dann aber doch die Perspektive des Betroffenen eingenommen. Denn die Frage, ob hier Substitution oder Nichtinfizierung eine Rolle spielen kann, ist eine, die aus der Sicht der Behörde nicht relevant sein muss, die aber in der Tat für den Betroffenen Relevanz entfaltet, weil es mal ein knappes Gut zu verteilen gibt und mal nicht. Und dann hast Du drittens im Teil dazwischen, als es um die Frage ging, wie man eigentlich dieses in der Tat eigenartige Kriterium des Verbots eines im Wesentlichen gleichen Vollzugs rechtfertigt, auf die Begründung des Bundesverfassungsgerichts verwiesen und gesagt, naja, es ist ja so, dass die Gesetzgebungskompetenzen dem Zweck dienen, Vereinheitlichung zu schaffen. Das scheint mir eine ganz andere Rationalität zu sein, nämlich eine, die seltsamerweise von der Gesetzgebungskompetenz auf die Vollzugskompetenz schließt und so etwas wie eine überschießende Vollzugswirkung von Gesetzgebungskompetenzen postuliert. Diese Rationalität taucht dann auch am Ende beim Unionsrecht wieder auf, als Du mit dem Subsidiaritätsprinzip argumentiert hast und meintest, das Subsidiaritätsprin-

zip gebiete Einheitlichkeit, denn ansonsten müsste die Union ja alles gleich einheitlich legislativ regeln. Auch da würde ich nachfragen, warum eigentlich aus der Möglichkeit der Vielfalt des Vollzugs so etwas folgen soll, wenn eine Rechtsetzungskompetenz gegeben, aber nicht genutzt wird. Langer Rede, kurzer Sinn: Wir haben ganz verschiedene Rationalitäten für den Umgang mit Rechtsanwendungsgleichheit und wir haben vor allem zwei verschiedene Perspektiven, nämlich einmal die Perspektive des Hoheitsträgers und seiner Diversifizierung in föderalen Gebilden und andererseits die Perspektive des Adressaten und der Frage, was es für ihn bedeutet, wenn solche Diversität aktuell wird. Wie verhalten die beiden sich in Deinem Referat zueinander? Vielen Dank.

Veith Mehde: Bei beiden Referaten muss man den Eindruck gewinnen, der Vollzugsföderalismus sei die offene Flanke der Rechtseinheitlichkeit. Trotzdem sind wir uns, glaube ich, alle in diesem Raum einig, dass sowohl die Bundesrepublik Deutschland wie auch die EU auf dem Gedanken der Rechtsgemeinschaft fußen. Jetzt stellt sich also die Frage, ist sozusagen der Vollzugsföderalismus ein Unfall oder etwas, was dort nicht so richtig reinpasst, oder ist er ein gewissermaßen mitgedachter Aspekt, der dann doch noch eine gewisse Ungleichheit ermöglicht? Und da habe ich Zweifel, ob wir, wenn wir an Art. 3 in erster Linie anknüpfen, tatsächlich uns in den richtigen Bereichen der Verfassung bewegen. Mir kommt es vor allem darauf an, auf Art. 83 ff. einzugehen. Der Ausgangspunkt ist Art. 83: „die eigenen Angelegenheiten“, die Bundesgesetze als eigene Angelegenheiten. Bedeutet „eigene Angelegenheiten“: die Gesetze als hätte man sie selber verabschiedet als „eigene Angelegenheiten“ oder aber als solche, die man eigenständig im Sinne von „selbständig“ interpretieren darf? Ich hätte eine große Sympathie, das Grundgesetz so zu verstehen, dass die erste Variante zutrifft. Wenn man sich das gesamte Instrumentarium ansieht, das das Grundgesetz zur Verfügung stellt, dann ist das eigentlich ganz eindrucksvoll. Wenn man den Art. 84 ansieht, bei den „eigenen Angelegenheiten“ wohlgemerkt, da gibt es eine Bundesaufsicht. Die Tatsache, dass die in der Praxis ganz offenkundig keine große Rolle spielt oder gar keine Rolle spielt, bedeutet nicht, dass sie im Grundgesetz nicht angelegt wäre. Das ist ganz offensichtlich ein Gedanke, der dahintersteckt. Es gibt eine sehr detaillierte Regelung dazu, die wir nur aus praktischen Gründen nicht gut kennen. Es gibt die Möglichkeit, Verwaltungsvorschriften, um weitere Konkretisierungen in den Vollzug hineinzubekommen, zu verabschieden. Da gibt es bestimmte Beispiele, aber das ist jetzt sicher auch nicht so intensiv genutzt worden, wie man sich das vorstellen könnte. Wir haben die Grundrechte, die immer eine gewisse vereinheitlichende Tendenz haben. Wir haben ein Bestimmtheitsgebot, wir haben das Bundesver-

waltungsgericht, das genannt ist als oberstes Bundesgericht. Das heißt, es gibt ein ausgefeiltes Instrumentarium, wie man Rechtsanwendungsgleichheit unter dem Grundgesetz herstellen kann. Und dann muss man sagen, ist in Anbetracht dieses Instrumentariums Art. 3 eigentlich nicht die effektivste Möglichkeit und deswegen ist es auch richtig, dass die Gerichte da eine Einschränkung machen. Man kann sich auch gar nicht so richtig vorstellen, wie das praktisch aussehen sollte, wenn jetzt eine Bremer Behörde sich an dem Gesetzesvollzug in einem bayerischen Landkreis orientieren sollte. Wir haben wenig Kenntnisse über den Vollzug generell. Wie sollte man sich eine Gleichheitsbindung dort vorstellen? Insofern denke ich, ist das gar nicht der entscheidende Anknüpfungspunkt, den die Verfassung dafür liefert. Es stellt sich eher die Frage, ob, wenn man dann doch einmal bemerkt, dass der Vollzug nicht so einheitlich ausfällt, wie man sich das vorstellt, nicht vielleicht sogar im Gegenteil eine Verpflichtung des Gesetzgebers angenommen werden sollte, dann eben nachzusteuern. Man könnte vielleicht anfangen beim Bund ganz allgemein mit Verwaltungsvorschriften, aber auch beim Gesetzgeber, bestimmte Dinge zu regeln. Es klang eben schon in dem einen Referat an, dass man dort natürlich im Nachgang das Gesetz entsprechend bestimmter fassen könnte. Und es wäre daher meine Frage: Gibt es nicht vielleicht sogar die Verpflichtung des Gesetzgebers, unter solchen Umständen entsprechend nachzusteuern? Ganz kurzer letzter Punkt, davon abgehoben: *Wolfram Cremer*, Du hast gesagt, dass es eine Bindung gibt bei der zeitgleichen Interpretation oder der zeitgleichen Auslegung. Da hätte ich deswegen gewisse Zweifel, weil wir, wenn ich es richtig sehe, keine Verpflichtung haben, gleichzeitig bestimmte Entscheidungen zu treffen, das heißt, da ist ja die offene Flanke schon sehr, sehr groß, indem man einfach die Entscheidung etwas später trifft. Vielen Dank.

Hinnerk Wißmann: Ich möchte zunächst den Dank an beide Referenten für die scharfsinnige Kritik des Unitarismus wiederholen. Gerade die Analyse im Rechtsvergleich hat die deutschen Vorverständnisse und Pfadabhängigkeiten ja doch sehr hell ausgeleuchtet. Ich finde, zu loben ist auch ausdrücklich, dass kein Kurzschluss stattgefunden hat, bei dem Mehrebenenproblematik zum hundertsten Mal EuGH, Bundesverfassungsgericht plus EGMR heißen muss. Wir haben in der Tat von einer Vielzahl von Akteuren und auch insbesondere von den Ebenen im Bundesstaat zu sprechen. Und schließlich würde ich auch zustimmen, dass Rechtsanwendungsgleichheit mindestens seit heute Nachmittag nicht mehr als trivial zu verstehen ist.

Dennoch möchte ich dann die zentrale These von *Wolfram Cremer*, nämlich die Verabschiedung der Gleichheit in der Zeit, nicht kaufen wollen. Mir scheint dem eine sehr romantische Vorstellung vom Gesetzesanwen-

der zu Grunde zu liegen, der mit Stift und leerem Blatt Papier immer wieder neu dem Gesetz etwas abringen möchte. Ich würde ja noch zustimmen im Sinne von *Veith Mehde*, dass Art. 3 GG nicht so entscheidend ist. Aber trotzdem unterschlägt die Vorstellung, es gäbe da gar kein Gleichheitsproblem oder keinen Gleichheitsmaßstab, die notwendigen Rationalisierungsgewinne, die in der Wechselseitigkeit von Rechtssätzen und ihrer Anwendung durch verschiedene Akteure liegen. Ich will das illustrieren: Wenn man zunächst bottom-up denkt, dann werden 98 % der Fälle in der Verwaltung ohne Subsumtion des Gesetzes entschieden, nämlich in Anknüpfung an eine vorliegende Verwaltungspraxis oder an Weisungen. Und 99 % der Fälle finden ohne gerichtliche Kontrolle statt. Wir leben doch in einer nützlichen Fiktion, dass wegen Art. 19 Abs. 4 GG Verwaltungspraxis flächig von Gerichten kontrolliert werden kann. Wenn das tatsächlich stattfinden müsste, wie es jetzt durch die Abschiebungspraxis in Nordrhein-Westfalen nahegelegt wird, dann bricht der Rechtsstaat morgen zusammen. Das heißt, diese Konstruktion geht ja ganz stark davon aus, dass Handlungssicherheiten geschaffen werden in der Verwaltung, nicht zuletzt durch obergerichtliche Entscheidungen zu vorgängigen Fällen. Die Dimension, dass man an das, was man heute getan hat, morgen nicht mehr gebunden ist, wenn die zum Programm wird, hätte ich doch große Bedenken, dass das effizient zu handeln ist.

Top-down kann man es auch sagen: Die Einzelfallentscheidung von Höchstgerichten ist eben keine Einzelfallentscheidung, sondern hat eine hochpolitische, systembildende Dimension. Solche Leitentscheidungen müssen beachtenswert sein und man kann nicht einfach meinen, das war gestern ein Einzelfall, morgen ist ein neuer Fall. Ich will es so pointieren: Das würde man in Ungarn und Polen gerne haben, dass bestimmte Entscheidungen schon morgen keine Auswirkung mehr haben sollen. Ich würde also dafür plädieren, dass die Spannung zwischen Einheit und Vielfalt, die Herr *Schindler* angesprochen hat, nicht einseitig aufgelöst werden kann zugunsten der Vielfalt, sondern die Einheit als Dimension im Raum bleibt. Von der Schweiz kann man auch hier lernen, vielleicht auch typischerweise die Bedachtsamkeit. Vielen Dank.

Christian Waldhoff: Vielen Dank. Das hat jetzt schon zum zweiten Themenblock übergeleitet: den grundrechtlichen und rechtstheoretischen Implikationen.

Uwe Volkmann: Vielen Dank. Ich wollte mich vor allem auf das Referat von *Wolfram Cremer* konzentrieren, das, fand ich, eine wunderbare dogmatische Aufbereitung des Gleichheitssatzes und der Rechtsanwendungsgleichheit geboten hat, zugleich aber auch die Frage aufgeworfen hat: Ist

Dogmatik hier eigentlich alles und wird es dem Gleichheitssatz wirklich gerecht, wenn wir ihn auf eine rein dogmatische Kategorie reduzieren, damit aber auch von seinem konstitutiven Zusammenhang zur Gerechtigkeit isolieren? Der Gleichheitssatz nimmt ja eine klassische Forderung der Gerechtigkeit auf, und zwar in dem „*suum cuique*“-Satz oder eben der Forderung, jeden genau so zu behandeln, wie er oder sie es verdient. Nichts anderes meint der Satz, gleiche Fälle sollen gleich, ungleiche Fälle sollen ungleich behandelt werden. Das bedeutet für die Rechtsanwendungsgleichheit, dass der eine Fall prinzipiell nicht anders behandelt werden soll als ein vergleichbarer vorheriger Fall. Kraft dieses Bezugs zur Gerechtigkeit rechnet der Gleichheitssatz, auch als Rechtsanwendungsgleichheit, immer schon mit einem idealistischen Überschuss, nämlich damit, dass immer mehr verlangt ist als konkret geleistet oder erfüllt werden kann. Und gerade deshalb ist es für die Legitimität von Gerichten ein Problem, wenn ein irakischer Asylbewerber in einem Fall Schutz zugesprochen bekommen hat und einem anderen in einem praktisch identischen Fall von derselben Kammer oder einer anderen Kammer desselben Gerichts dieser Schutz verweigert wird. Und das wird in den Gerichten so natürlich auch diskutiert: Wenn man mit Richtern spricht, dann sehen die selbst, dass da ein Problem liegt, das sie auf verschiedene Weise auszuräumen versuchen, und zuletzt soll ja auch der Instanzenzug dafür sorgen, das Ganze auf ein System gleicher Rechtsanwendung hinzuordnen. Oder wenn man beim Juristentag über die Einführung von Sentencing-Guidelines diskutiert, um das Problem auseinanderfallender Strafraumen in den Griff zu bekommen: Das mag im Ergebnis abgelehnt worden sein, aber es zeigt, dass es hier auch darum geht, dass ein gewisser Druck im Kessel bleibt. Und der Gleichheitssatz, auch als Rechtsanwendungsgleichheit, dient eben gerade dazu, diesen Druck aufrechtzuerhalten. Davon bleibt nur nicht mehr viel zurück, wenn man das Ganze auf die Forderung nach gleicher Behandlung bei zeitgleicher Entscheidung reduziert, weil es im eigentlichen Sinne zeitgleiche Entscheidungen, das hat Herr *Mehde* schon angesprochen, gar nicht geben kann. Es gibt dann vielleicht die eine Entscheidung vor der Mittagspause und die andere Entscheidung nach der Mittagspause. Ist das dann noch zeitgleich? Kommt es auf denselben Tag an? Ist eine Woche noch zeitgleich, ist ein Monat oder ein Jahr noch zeitgleich? Wenn man es wirklich auf dieselbe logische Sekunde reduziert, bleibt im Grunde von dieser Rechtsanwendungsgleichheit, das muss man sehen, in der Sache nichts mehr übrig; und das hat, glaube ich, zwei problematische Konsequenzen. Eine erste Konsequenz ist, dass wir dann die Rechtsanwendungsgleichheit viel schwächer justiziabilisiert und viel schwächer dogmatisiert haben als die Rechtssetzungsgleichheit, obwohl wir die Rechtsanwendungsgleichheit eigentlich immer als selbstverständlich vorausgesetzt und uns über die Rechtssetzungsgleichheit

lange gestritten haben. Es führt zweitens zu einer problematischen Verlagerung in der Arbeitsteilung von Gesetzgeber und Verwaltung. Der Gesetzgeber arbeitet eben auch mit offenen Formulierungen und unbestimmten Begriffen, und dies gerade im Vertrauen darauf, dass sich in der Rechtsprechungs- oder in der Verwaltungspraxis eine einheitliche Anwendung dazu herausbildet. Je weniger das gewährleistet ist und je weniger es auch normativ gefordert ist, desto mehr muss der Gesetzgeber in das Gesetz selbst hineinschreiben. Wir erleben dann überall dasselbe wie seit einiger Zeit im Polizeirecht, wo das Bundesverfassungsgericht nicht auf die Vollzugsebene zugreifen kann und zum Ausgleich den Gesetzgeber verpflichtet, seine Regelungen immer konkreter zu fassen. Mit der Folge, dass diese am Ende überhaupt nicht mehr handhabbar sind. Auch das ist, glaube ich, so kaum wünschenswert.

Carsten Bäcker: Meine Anmerkung bezieht sich auf das Referat von Herrn *Cremer*, zu dem ich eine These und eine Frage habe. Die These lautet, dass Ihrem Modell, Herr *Cremer*, eine Abwägungslösung unterliegt – vielleicht ohne Wissen, vielleicht ohne Wollen. Diese Abwägungslösung hat bei Ihnen zwei Ebenen. Die Erste ist die der Ponderation: Welche Güter kollidieren eigentlich? Ich glaube, bei Ihnen kollidiert die Rechtsanwendungsgleichheit mit der Rechtsanwendungsrichtigkeit; und die Rechtsanwendungsgleichheit verorten Sie mindestens in vier verschiedenen verfassungsdogmatischen Orten: In Art. 3 Abs. 1 haben Sie die Gleichheit, als Anwendungsgleichheit, verortet. Aus Art. 20 Abs. 3 – Recht und Gesetz – nehmen Sie die Bindung an das allgemeine Gesetz als Grund für Rechtsanwendungsgleichheit. Dann Rechtsstaat und Vertrauensschutz; wahrscheinlich abgeleitet aus dem Rechtsstaatsprinzip, wenn es das gibt. Schließlich die kompetenztheoretische Einheitlichkeit, Art. 83 ff., 72 ff. Das ist also die eine Seite, das eine Gut: Rechtsanwendungsgleichheit mit vielen verschiedenen verfassungsrechtlichen Basen. Auf der anderen Seite steht die Rechtsanwendungsrichtigkeit. Da wird nicht ganz klar, woher Sie dieses Gut nehmen. Vielleicht aus der Einzelfallangemessenheit. Wenn sich etwas ändert in der Welt, dann muss man das Recht eben anders anwenden; etwa im Fall einer Änderung der Umstände, einer besseren Rechtserkenntnis oder dem, was als Dynamik des Rechts bezeichnet wird. In all diesen Fällen muss sich die Anwendung des Rechts ändern. Die zweite Frage im Rahmen der Ponderation auf der ersten Ebene des Abwägungsmodells ist dann: In welchen Situationen kollidieren eigentlich diese Güter? Da unterscheiden Sie wieder mehrere Situationen. Einmal die Anwendung im verbandseigenen Vollzug, dann die Anwendung im verbandsfremden Vollzug und schließlich die Anwendung der Judikative als Adressat; viertens werden diese Situationen noch jeweils europarechtlich grundiert. Dann schrei-

ten Sie zur zweiten Ebene, der Abwägung, in der Sie in den verschiedenen Situationen die verschiedenen Güter verschieden gewichten können. Sie führen das Ganze zu einer regelförmigen Drei-Stufen-Lösung; doch wie bei der Drei-Stufen-Theorie zu Art. 12 steht da offenbar eine Abwägungslösung dahinter. Das würde übrigens auch erklären, warum im Referat von Herrn *Schindler* die beiden scheinbar gegensätzlichen Cannabis-Entscheidungen zugleich richtig sein können. Das Bundesverfassungsgericht sagt, es geht um eine im Wesentlichen einheitliche Praxis der Länder. Das Bundesgericht sagt, es gibt gute Gründe, warum es anders sein könnte. Ja, beides ist richtig: Wir müssen zwischen verschiedenen Gütern abwägen, und das Ergebnis kann je nach Abwägungssituation unterschiedlich sein. Meine Frage jetzt vor dem Hintergrund dieser These, dass Sie uns eine Abwägungslösung präsentiert haben: Wollten Sie uns ein Abwägungsmodell vorstellen? Wenn nein, warum wollten Sie das nicht? Wenn ja, warum sagen Sie das nicht? Ich glaube, es könnte der Rekonstruktion helfen.

Lothar Michael: Ich möchte nochmal anknüpfen an das, was *Christoph Schönberger* am Anfang gefragt hat, nämlich an die innere Rechtfertigung von Vollzugsvielfalt. Wir könnten versuchen, diese verfassungsrechtlich aus dem Bundesstaatsprinzip (und man müsste ergänzen: auch aus der Selbstverwaltungshoheit) abzuleiten oder eben auch aus dem Demokratieprinzip. Wir sollten uns daran erinnern, dass Wahlen auf der Bundesebene, auf der Länderebene und in den Kommunen stattfinden. Der Satz, dass alle Staatsgewalt vom Volke ausgeht, erstreckt sich eben auch auf die Verwaltung und die Gerichte, was nicht nur dadurch einzulösen ist, dass Richter vom Volk gewählt werden. Das führt mich zu dem Gedanken von *Wolfram Cremer*, dass wir es restriktiv handhaben sollten, den allgemeinen Gleichheitssatz auf die Zeit zu erstrecken. Diese These sehe ich weniger kritisch, anders als *Hinnerk Wißmann*. Denn das Demokratieprinzip ist auf Veränderung angelegt und deshalb sollte es die Verwaltung auch jederzeit in der Hand haben, ihre Verwaltungspraxis zu ändern. Allerdings, was die Rechtfertigungsbedürftigkeit anbelangt, würde ich, damit das nicht zu Willkür führt, eine Offenlegung der Änderung einer Verwaltungspraxis für verfassungsgeboten halten und damit ggf. auch einen sachlichen Grund. Danach ist es die Begründungsbedürftigkeit, die, um das Votum von *Uwe Volkmann* aufzugreifen, den Druck auf dem Kessel halten sollte. Zweitens möchte ich fragen, ob wir – *Wolfram Cremer* hat ja die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs dazu kritisiert – dabei nicht unterschiedliche Maßstäbe anlegen sollten. Ist es nicht doch ein Unterschied, ob eine Verwaltungsbehörde ihre Verwaltungspraxis ändert oder eine höchstrichterliche Rechtsprechung geändert wird? Allerdings würde ich auch die Bindung der Rechtsprechung an den Gleichheitssatz nicht auf die zeitliche Dimen-

sion erstrecken wollen. Änderungen der Rechtsprechung sind gegebenenfalls aus dem Vertrauensschutz, d.h. eher aus freiheitsrechtlichen Gründen Grenzen zu setzen als aus gleichheitsrechtlichen Gründen. Schließlich möchte ich noch einmal eine Beobachtung aufgreifen, dass beide Referenten gestufte Anforderungen an Rechtsanwendungsgleichheit entwickelt haben. Beide verfolgten einen ähnlichen normativ-dogmatischen Ansatz, verfassungsrechtliche Anforderungen zu formulieren. Beide Referenten entwickelten dabei aber unterschiedliche Kriterien, die ich jeweils für rational sehr gut nachvollziehbar hielt. Aber mich stimmt es nachdenklich, dass zwei Referenten sich lange Gedanken machen und jeweils einen dogmatischen Ansatz verfolgen und dann aber auf so unterschiedliche Kriterien kommen. Deshalb meine Nachfrage: Sollen wir die beiden Referenten als zwei alternative Ansätze in Zukunft zitieren? Oder würden Sie sich wechselseitig zustimmen in den Kriterien, die der jeweils andere gefunden hat? Ich möchte den Referenten die Antwort auf meine Frage noch ein bisschen erschweren, indem ich beides für begründungsbedürftig hielte. Einerseits die Ablehnung eines dieser Kriterien, andererseits aber auch die Annahme, dass das alles kumulativ verfassungsgeboten sein soll. Danke.

Liv Jaeckel: Ich würde gerne noch einmal den Aspekt der Rechtsanwendungsgleichheit mit Blick auch auf das Streben nach der Rechtssicherheit ansprechen und dies vor rechtstheoretischem und auch sprachphilosophischem Hintergrund. Die Sprachphilosophie – oder jedenfalls namhafte Vertreter, wenn ich an den späten *Wittgenstein* denke, *Quine* und weitere bis hin zu *Robert Brandom* – geht ja davon aus, dass sich die Bedeutung eines Wortes und damit auch eines Normtextes durch den Gebrauch entfaltet und eben auch immer mit Blick auf den Lebenssachverhalt neu entfaltet werden muss. Die Sprachphilosophie bezeichnet dies als Sprachspiel, doch was für die Sprachphilosophie vielleicht Spiel ist, ist für die Juristerei dann letztlich Ernst. Denn wie soll vor diesem Hintergrund Rechtssicherheit gewährleistet werden, wenn sich die Bedeutung eines Wortes immer wieder im Gebrauch entfalten muss und diese auch immer wieder neu aufgestellt sein kann? Die Sprachphilosophie, insbesondere ihr Vertreter *Robert Brandom*, gibt darauf eine Antwort, die er gerade mit Blick auf das Recht entfaltet hat: Essentiell muss danach immer auch die Begründung für einen bestimmten Gebrauch sein. Insofern eine Zustimmung zu Ihnen, Herr *Cremer*, insbesondere dahin, dass eine Rechtsanwendungsgleichheit nicht gegeben sein kann, aber dass Abweichungen doch eben immer begründet werden müssen – und dies umso stärker, je größer die Abweichung von einem überkommenen Gebrauch ist, sei es gegenüber früheren Entscheidungen oder auch gegenüber Entscheidungen anderer Gerichte. Auf diese Weise könnte pragmatisch einerseits den von Herrn *Wißmann* angesproche-

nen vielen Einzelfallentscheidungen Rechnung getragen werden, wenn man bei immer gleichem Gebrauch von einer nicht so hohen Begründungslast ausgeht. Andererseits kann bei Abweichungen aber auch die zu Recht von Herrn *Möllers* angesprochene Perspektive des Normadressaten berücksichtigt werden, indem bei Abweichungen von einer höheren Begründungslast ausgegangen wird. Also insofern die Frage, ob nicht das Ausmaß der Begründung abhängig ist von dem Grad der Abweichung. Vielen Dank.

Christian Waldhoff: Jetzt kommen wir zu den eher verwaltungsbezogenen Diskussionsbeiträgen.

Anna Leisner-Egensperger: Ich hätte eine Frage an Sie, lieber Herr *Cremer*, zu Ihrer These 11 S. 3. Wie begründen Sie auf Grundlage Ihrer Kernthese Rechtsanwendungsgleichheit aufgrund der verwaltungsinternen Bindungswirkung von Verwaltungsvorschriften? Die noch herrschende Meinung geht ja von einer Selbstbindung der Verwaltung aufgrund einer tatsächlichen gleichmäßigen Verwaltungspraxis aus und behandelt dann insofern tatsächliche Verwaltungspraxis und Verwaltungsvorschriften gleich mit Blick auf ihre Bindungswirkung. Sie nehmen dagegen, wenn ich das richtig verstanden habe, an, dass die Verwaltung in jeder juristischen Sekunde von neuem das Gesetz auf immer neue Sachverhalte anwendet ohne bei dieser Rechtsfindung inhaltlich an die Vergangenheit gebunden zu sein. Wo genau sind jetzt in diesem heuristischen Prozess, wie Sie ihn ja nennen, die Verwaltungsvorschriften eingebunden, die nach herrschender Meinung ja keine Rechtsnormen sind, also grundsätzlich keine Außenwirkung entfalten und damit ganz anders wirken als das Gesetz. Verfassungsrechtlich gewendet: Kann es im Gewaltenteilungsgefüge sein, dass es die Exekutive allein in der Hand hat, indem sie Verwaltungsvorschriften erlässt oder eben auch nicht erlässt, ob sich der Bürger als Grundrechtsträger auf den Gleichheitssatz berufen kann oder nicht? Danke.

Matthias Valta: Danke für zwei sehr klare und inspirierende Vorträge. Ich habe eine Frage zum Referat von Herrn *Schindler*. Es überzeugt mich zwar, dass man die Gleichheit vor dem Gesetz, so wie es in der Verfassung steht, als Ideal hat, und nicht nur Gleichheit vor den Hoheitsträgern, und ich höre mit Interesse, dass hier differenzierende Lösungen gefragt sind, aber ich komme hier an Grenzen. Sie sprechen von einer föderalen Tabuisierung des Gleichheitssatzes. Nach meinem bisherigen Verständnis handelt es sich eher um eine funktionelle Grenze des Gleichheitssatzes. Wenn ich zwei verschiedene Hoheitsträger habe, die ein Gesetz vollziehen und dieses unterschiedlich vollziehen, da stellt sich mir die Frage: Welcher Hoheitsträger, welcher konkrete Vollzug ist nun die Referenz, nach wem

muss man sich richten? Welcher Hoheitsträger setzt die Referenz und welchen anderen Hoheitsträgern, die von dieser Referenz abweichen, kann man die Ungleichbehandlung zurechnen? Wer ist sozusagen „Schuld“ an der Ungleichbehandlung und muss sich anderen anpassen? Mir scheint das somit eher eine funktionelle Grenze zu sein. Es gibt auch Beispiele, wie in der Rechtsprechung des EuGH zu den Grundfreiheiten, bei denen diese Grenze des Gleichheitssatzes auch anerkannt wird. Wenn in zwei Staaten jeweils diskriminierungsfrei besteuert wird, kann es trotzdem zu einer Doppelbesteuerung kommen und da hat der EuGH dann gesagt: Das ist zwar für die Grundfreiheiten und ihre Ausübung höchst abträglich, aber es ist einfach eine Disparität, ein Nebeneinander unabgestimmter Regelungen, das hinzunehmen ist. Wie begegnen Sie diesem Zuordnungsproblem? Denken Sie in Richtung eines Appell-Urteils, das sich an alle Vollzugshoheitsträger richtet und das vielleicht ein Ansporn sein kann, das Ganze de lege ferenda oder de constitutione ferenda „hochzuziehen“ auf eine höhere Ebene? Vielen Dank.

Simon Kempny: Ich habe zwei Anmerkungen zum Referat von Herrn *Cremer*. Die erste betrifft das, was *Carsten Bäcker* die kompetenztheoretische Einheitlichkeit genannt hat. Und zwar habe ich Zweifel daran, aus den Normen über die Bundesgesetzgebungskompetenz im Grundgesetz im Bereich der ausschließlichen Bundesgesetzgebung eine Gleichheit überhaupt der Gesetzgebung, also des Verbots partikularen Rechts insbesondere, und damit dann auch Anforderungen an den gleichen Vollzug abzuleiten. Mein Hauptgewährsmann ist der Art. 71 GG. Das Grundgesetz geht ganz offensichtlich davon aus, dass auch im Bereich der ausschließlichen Kompetenztitel kein ausschließlich vom Bund herrührendes Recht da sein muss, sondern der Bund die Länder punktuell ermächtigen kann. Wie weit das gehen darf, ob das auch ein Globaltitel sein darf oder nicht, das ist umstritten, aber gar nichts dürfen die Länder da sicher nicht. Weiterer Gewährsmann ist der Art. 108 Abs. 6: Die Finanzgerichtsbarkeit wird durch Bundesgesetz (und jetzt kommt es:) *einheitlich* geregelt. Da haben wir es – und e contrario sagt das wohl, dass das ansonsten eben nicht so sein muss. Letzter Gewährsmann ist der Art. 73 Abs. 1 Nr. 5, da bekommt der Bund die ausschließliche Gesetzgebung über „die Einheit des Zoll- und Handelsgebietes“. Also, wenn das Grundgesetz wirklich Einheit will, dann sagt es das auch, so meine These, und deshalb, glaube ich, ist diese kompetenztheoretische Dimension nicht so stark oder muss sie jedenfalls nicht so stark gesehen werden. Die zweite Anmerkung betrifft die (von *Christoph Möllers* auch gerügte) fehlende Betroffenenperspektive (so habe ich es dort verstanden). Die rührt, glaube ich, daher, dass Sie die Rechtsanwendungsgleichheit so konstruieren, dass, wenn ich Sie richtig verstan-

den habe, nur *der jeweils entscheidende Amtswalter* gebunden sein soll und auch nur insoweit, als er *zeitgleich* – bei allen Implikationen, auf die *Uwe Volkmann* hingewiesen hat – entscheidet. Und jetzt stellen wir uns einmal folgenden Fall vor: Wir haben eine vertikal gegliederte Verwaltung innerhalb eines Verwaltungsträgers. Und zwar eine höhere Behörde und zwei niedere Behörden, und die höhere hat Fachaufsicht und Selbsteintrittsrecht. Sie kann also beliebig an sich ziehen und beliebig entscheiden, beliebig dreinregieren – sie muss aber nicht. Und jetzt entscheiden zu einem Zeitpunkt diese zwei niederen Behörden auf Grundlage ein und derselben Bundesrechtsnorm zwei Fälle, und die interpretieren, die konkretisieren dabei diese Norm uneinheitlich. Dann wäre, so habe ich Sie verstanden, nach Ihrer Konstruktion Art. 3 Abs. 1 nicht erfolgreich in Stellung zu bringen, denn es entscheiden unterschiedliche Amtswalter, und die entscheiden nach ihrem besten Wissen und Gewissen und Art. 20 Abs. 3, konkretisieren das Recht, und das ist alles vertretbar. Aus. Wie ist es da mit dieser höheren Behörde, die noch Gewehr bei Fuß steht? Die könnte eingreifen, tut es aber nicht. Ist dann also Duldung von Ungleichheit auf der nachgeordneten Ebene etwas, was wir vor Art. 3 Abs. 1 ziehen lassen müssen, während, wenn die höhere selbst an sich zöge und dann (durch denselben Amtswalter) zeitgleich ungleich entschiede, zweifelsfrei nach Ihrem Modell es dann ein Fall von Art. 3 Abs. 1 wäre, dass dessen Tatbestand verwirklicht wäre? Ich halte das für sehr unglücklich, wenn wir das Verfassungsrecht so lesen, dass es auf Tun einerseits und Unterlassen (Dulden ist ja das Unterlassen von Eingreifen in die Speichen) andererseits hinausläuft. Wir wissen aus dem Strafrecht, dass diese Abgrenzung schwierig ist. Mein Vorschlag wäre: Wir sollten stärker auf den persönlichen Anwendungsbereich der Gleichheitssätze, insbesondere des Art. 3 Abs. 1 GG, schauen. Der verpflichtet, so das herrschende Verständnis, gestützt auf Art. 1 Abs. 3 GG, den Amtswalter, aber auch die Stelle (die Behörde) und den Verwaltungsträger. So kann es dann sein, dass der einzelne *Amtswalter* sowieso nur einen Fall entscheidet – da ist dann strukturell keine Ungleichbehandlung –, dass die *Behörde* vielleicht gerechtfertigt ist, weil sie innerhalb ihres Kompetenzbereichs arbeitet, aber der *Verwaltungsträger*, der die Behörden trägt, sich zur Rechtfertigung einer ihm zugerechneten Ungleichbehandlung *nicht* auf die territoriale Untergliederung seiner selbst berufen kann – anders, als das der Art. 83 GG im Bund-Länder-Verhältnis gestattet. Danke.

Christian Waldhoff: Wir kommen jetzt zu den im Schwerpunkt europarechtlichen Fragen.

Karl Stöger: Mir ist die Arbeitsteilung zwischen den Referenten, denen ich beiden sehr für ihre Vorträge danken möchte, natürlich bewusst. Dennoch

zeigt die Diskussion, in der manches von dem, was jetzt kommt, schon gesagt wurde, dass Viele sich gedacht haben, einige der Leitsätze *Benjamin Schindlers* passen auch vorzüglich auf die Situation der Europäischen Union. Dort könnten die Vorzeichen freilich etwas anders liegen. In der Europäischen Union ist es ja so, dass das, was im föderalen System nur im autonomen Vollzugsbereich der Gliedstaaten ein Thema ist, eigentlich im gesamten indirekten Vollzug des Unionsrechts verwirklicht ist: ein sehr großer Spielraum der Mitgliedstaaten durch unterschiedliche Rechtskulturen in der Rechtsumsetzung und der Rechtsanwendung und eine weitgehend fehlende exekutive Aufsicht durch die Europäische Union. Natürlich gibt es auch hier eine Schrittmacherfunktion der Gerichte, insbesondere des EuGH, aber auch dieser ist darauf angewiesen, dass er überhaupt angerufen wird. Damit stellt sich jetzt für mich die Frage, ob das, was im föderalen System, insbesondere in der Schweiz, aber nach überwiegender Dogmatik auch in Österreich, durchaus eine gewünschte oder zumindest eine zu akzeptierende Vielfalt ist, im Kontext der Europäischen Union nicht dann doch Probleme verursacht. Und das schlägt die Brücke zu Herrn *Cremer*, der in seinem letzten Leitsatz gesagt hat: Es ergibt sich aus dem Unionsrecht das Gebot eines im Wesentlichen einheitlichen Vollzugs. Von dem her wäre mein Anliegen an *Benjamin Schindler*, ob es nicht mittelfristig einmal sehr lohnend wäre, Deine helvetischen Perspektiven auch auf den mittelbaren Vollzug der Europäischen Union zu übertragen. Ich glaube, es wäre sehr spannend, was da herauskommt und insbesondere könnten auch Juristinnen und Juristen aus den EU-Mitgliedstaaten dadurch sicher einiges lernen. Danke.

Franz Mayer: Es war die Rede von rechtskulturellen Unterschieden. Demnach scheint es so etwas zu geben wie die vorrechtlichen Voraussetzungen für Rechtsanwendungsgleichheit in der Europäischen Union. Das kam in den Vorträgen etwas kurz, wurde nur angedeutet. Vielleicht ist es möglich, dazu in der Replik dann doch etwas mehr zu sagen. Man könnte statt von Voraussetzungen auch von Hindernissen für die Rechtsanwendungsgleichheit in der Europäischen Union sprechen. Diese muss man nicht zwingend hinnehmen, aber man muss diese vielleicht auch nicht durchgehend pathologisieren. Lässt man sich auf diesen Gedanken ein, dann stellt sich die Frage nach einer Systematik der Rechtfertigungsmöglichkeiten der Rechtsanwendungsungleichheit in der Europäischen Union. Die zweite Frage, die ich stellen möchte, bezieht sich auf das Thema Inländerdiskriminierung. Möglicherweise lässt sich die Inländerdiskriminierung als Fall der Rechtsanwendungsungleichheit in Mitgliedstaaten – zu Lasten der Inländer wegen der Besserstellung der ausländischen Unionsbürger – darstellen. Das ist bekanntlich kein europarechtliches Thema, sondern ein

Thema des mitgliedstaatlichen Verfassungsrechts. Es wird, wenn ich recht sehe, – beispielsweise in Deutschland und in Österreich – ganz unterschiedlich verarbeitet. In Österreich gibt es dazu schon Antworten. Das deutsche Bundesverfassungsgericht hat sich zur Inländerdiskriminierung noch nicht geäußert. Es heißt, dass das Bundesverfassungsgericht sich immer sehr freut, wenn es Hinweise von der Staatsrechtslehrer-Vereinigung bekommt, wie denn die Dinge zu sehen sind. Vielleicht können Sie ja hier einen ersten Aufschlag machen. Vielen Dank.

Rudolf Streinz: Ich hätte zwei Fragen im Anschluss an das Referat von Herrn *Cremer* und zwar zur These 24: In der Tat ist auch dem Unionsrecht das Gebot eines im Wesentlichen einheitlichen Vollzugs von Unionsrecht zu entnehmen. Die erste Frage betrifft eine leider aktuelle Grundfrage, nämlich: Die Union versteht sich als Rechtsgemeinschaft – inwieweit sie noch eine ist, das wäre eine andere Frage. Daher ist der einheitliche Vollzug des Unionsrechts eine der Grundforderungen des Europäischen Gerichtshofs. Das wird in seiner Rechtsprechung auch stets betont. Derzeit ist das Problem, dass die Achtung von Unionsrecht in einigen Mitgliedsstaaten so stark gefährdet ist, dass neben etwas originell eingesetzten Vertragsverletzungsverfahren sogar die Aktivierung von Art. 7 EUV hier in Gang gesetzt wurde. Der frühere Kommissionspräsident *Barroso* hat dies als die Nuclear Option bezeichnet. Naja, deren Blockade ist jedenfalls, was die letzte Konsequenz des Stimmrechtsentzugs angeht, doch leicht möglich. Ich möchte, anknüpfend auch an die Fragen von Herrn *Kotzur* und Herrn *Mayer*, daher die Frage nach der Unterscheidung zwischen unerlässlichen Vorgaben des Unionsrechts stellen, deren Bindung sich ein Staat ja auch entziehen kann, indem er gemäß Art. 50 EUV aus der Union austritt, und den tolerablen Unterschieden zwischen den Mitgliedsstaaten, die unter dem Leitspruch „in Vielfalt geeint“ auch der Gestaltung durch die Mitgliedsstaaten überlassen bleiben soll. Ich glaube, dies ist ein Thema, das derzeit mehr vertieft werden soll, um das Verständnis für Vorgaben, die zwingend sind, und den von einigen Mitgliedsstaaten reklamierten Eigenständigkeiten zu klären. Die zweite Frage betrifft nicht nur die EU, sondern föderale Systeme generell und damit auch das föderale System der Bundesrepublik Deutschland. Der einheitliche Vollzug des Unionsrechts ist auch deshalb geboten, weil die Europäische Union mit dem Binnenmarkt ein System unverfälschten Wettbewerbs ist. Das hat man zwar auf Initiative von *Sarkozy* nicht in den Lissaboner Vertrag, den EUV, übernommen, es steht aber noch im Protokoll Nr. 27, gilt also nach wie vor als Primärrecht. Wie würden Sie, Herr *Cremer*, eine Praxis sehen, die zum uneinheitlichen Vollzug kommt, und zwar bewusst oder auch nur als erwünschter Nebeneffekt, um einen Wettbewerbsvorteil zu erlangen? Zum Beispiel: Durch defizitäre Kontrolle

von Unternehmen, sei es in der steuerlichen Kontrolle oder auch in der Umweltkontrolle. Ich bezweifle, dass die Feinstaubkontrolle in allen Mitgliedsstaaten einheitlich oder vielleicht in manchen überhaupt durchgeführt wird. Dies kann man dann natürlich auch zur Anlockung von Unternehmen einsetzen. Auf Unionsebene kann man dagegen mit einem Vertragsverletzungsverfahren vorgehen. Meine Frage ist: Wäre hier unter Umständen auch Individualrechtsschutz möglich? Und dies soll es ja auch in einem Bundesstaat geben, dass man die unterschiedliche Kontrolldichte einsetzt, um einen Wettbewerbsvorteil zu haben. Wie würden Sie das sehen? Dankeschön.

Peter Bußjäger: Ja, der Bundesstaat, das föderale System, das ist eine Flanke in der Gleichheit und das ist dem Umstand geschuldet, dass sich das jeweilige System dafür entschieden hat, ein Bundesstaat zu sein. Und was für den Bundesstaat gilt, das gilt erst recht für die Europäische Union. Sie ist ja nicht einmal ein Bundesstaat. Ihre Integrationsverdichtung hat den klassischen Bundesstaat noch nicht erreicht und hier bin ich bei meiner Anmerkung zum Referat von Herrn *Cremer*. Ich habe nur ein Bedenken, wiederum auf Ihr Thesenpapier Nr. 24 beziehend. Kann man wirklich das Subsidiaritätsprinzip dafür fruchtbar machen, für einen vereinheitlichten Vollzug, für ein Prinzip des einheitlichen Vollzugs von Unionsrecht? Das kommt mir ein bisschen vor, wie das Subsidiaritätsprinzip, das ja eine Kompetenzausübungsschranke ist, wie Sie gesagt haben, auf den Kopf zu stellen. Ich frage mich auch, ob wir es auf den Kopf stellen müssen, denn, und da schließe ich mich ein bisschen an das an, was mein Vorredner gesagt hat: Ich frage mich, ob wir auch immer richtig differenzieren zwischen einem uneinheitlichen Vollzug und einem Vollzug, der unionsrechtswidrig ist. Ich glaube, hier gibt es Unterschiede. Wählt der Unionsrechtssetzgeber das Instrument der Richtlinie, dann wird er in einem sehr großen Ausmaß Uneinheitlichkeit in der Rechtsetzung und in der Umsetzung seiner Ziele in Kauf nehmen. Das liegt in der Natur der Sache. Wählt er das Instrument der Verordnung, dann wird es selbstverständlich nach der Natur der Sache auch einen gewissen uneinheitlichen Vollzug geben. Die Frage wird sein: Ist dieser uneinheitliche Vollzug unionsrechtswidrig? Dann stehen die entsprechenden Instrumente des Unionsrechts zur Verfügung, dies zu ahnden oder nicht. Diese Instrumente kann man für ausreichend halten oder für unzureichend, aber das ist die Frage, mit der man dann auf diesen unionsrechtswidrigen Vollzug eingeht. Wenn der Unionsrechts-Gesetzgeber der Meinung ist, es gibt zu viel Uneinheitlichkeit, dann muss er die Rechtsetzung verdichten, dann muss er in der Verordnung noch einmal präzisieren. Deswegen noch einmal meine Bedenken: Kann man hier wirklich das Subsidiaritätsprinzip dafür fruchtbar machen?

Stefan Oeter: Meine Irritation, die zu der Frage an Herrn *Cremer* führt, geht im Grunde in die gleiche Richtung, die gerade Herr *Bußjäger* und vorhin schon *Christoph Möllers* geäußert haben, also die Verbindung zwischen dem postulierten Gebot des im Wesentlichen gleichen Vollzuges von Unionsrecht mit dem Subsidiaritätsprinzip. Das Subsidiaritätsprinzip zielt ja nicht nur auf die Frage, ob etwas reguliert werden soll, sondern zielt auch sehr stark auf die Frage, wie etwas reguliert werden soll. Wenn Sie sich die jährlichen Subsidiaritätsberichte der Kommission, die sich mit den Subsidiaritätsrügen der nationalen Parlamente auseinandersetzen, ansehen, wird da in der Regel gestritten über das Wie. Wieviel soll eigentlich in einem bestimmten Bereich einheitlich reguliert werden und wieviel soll den Mitgliedsstaaten überlassen bleiben in der unterschiedlichen Präferenzsetzung. Wenn man das Subsidiaritätsprinzip so rekonstruiert, dann leuchtet die postulierte Verbindung als Verstärkung eines Gebots einheitlicher Rechtsanwendung eigentlich überhaupt nicht ein. Gerade da, wo der Unionsrechtssetzer selbst davon ausgeht, es bedürfe keiner vereinheitlichten Normierung, um das gemeinsame Ziel zu erreichen, da würde das Subsidiaritätsprinzip letztlich sagen: Ja, dann sollen die Mitgliedsstaaten das machen, wie sie es, natürlich im Rahmen des Vorrangs des Unionsrechts und der Loyalität gegenüber den Unionsorganen, für richtig halten. Also insofern die Nachfrage: Wie haben Sie das gedacht, als Sie das so formuliert haben?

Benjamin Schindler: Vielen Dank für die freundlichen Worte zu den Vorträgen, für alle Ergänzungen und Fragen. Ich werde nicht auf alles antworten können. Sehen Sie mir das bitte nach. Beginnen möchte ich mit der Frage: Warum habe ich eigentlich Art. 3 GG und die entsprechenden Bestimmungen zum Gleichheitssatz im österreichischen Bundesverfassungsgesetz und der schweizerischen Bundesverfassung zum Ausgangspunkt genommen und nicht beispielsweise für Deutschland Art. 83 GG, für die Schweiz Art. 46 BV oder für Österreich Art. 10 ff. B-VG? Die Frage ist natürlich absolut berechtigt. Der Grund, weshalb ich das Gleichheitsgebot zum Ausgangspunkt genommen habe, war, weil mir dies durch den Titel „Rechtsanwendungsgleichheit“ vorgegeben schien. Es war auch insofern ein dankbarer Anknüpfungspunkt, als die Gleichheitssätze im Grundgesetz und den beiden Bundesverfassungen mehr oder weniger wortgleich formuliert sind und so einen gemeinsamen Anknüpfungspunkt bildeten. Die Bestimmungen in Art. 83 GG, dann eben Art. 10 B-VG und Art. 46 BV sind in ihrer Normierungsdichte und auch in ihrem Gehalt in den drei Bundesstaaten doch sehr unterschiedlich und das wäre für sich alleine Stoff für ein reichhaltiges Referat gewesen. Und es ist natürlich für die Verwirklichung der Rechtsanwendungsgleichheit absolut entscheidend, welche

Steuerungsmittel der Bund einsetzen kann und wie weit er die Vollzugsaufgaben selber ausübt. Ich meine, das ist gerade ein typisches Charakteristikum des österreichischen Bundesstaates, dass der Vollzugsföderalismus nicht den Grundsatz bildet, sondern lediglich eine Spielart von verschiedenen Vollzugsmöglichkeiten. Auch die komplexe Frage der Bundesaufsicht habe ich nicht vertieft. Auch dies wäre ein klassisches Thema. Ich möchte nur darauf hinweisen, dass *Triepel* ein umfassendes Werk zur Reichsaufsicht geschrieben hat und darin minutiös und fachkundig die Schweiz und Deutschland verglich. Den im Gleichheitssatz verankerten Individualanspruch und damit die Betroffenenperspektive habe ich auch zum Ausgangspunkt genommen für mein Abwägungsmodell. Und hier die Frage, warum Herr *Cremer* und ich zu zwei unterschiedlichen Abwägungsmodellen gelangt sind. Auch in der Rechtsanwendung gelangt man nicht immer zum gleichen Ergebnis, selbst wenn zwei die gleiche Rechtsnorm anwenden. Und bei der Entwicklung dogmatischer Ansätze kann Einheitlichkeit noch viel weniger erwartet werden. Mein Abwägungsmodell ist vor allem inspiriert durch das Abwägungsmodell, das es im Bereich der Rechtssetzungsgleichheit in ähnlicher Form in Deutschland und der Schweiz bereits gibt. Und gerade, wenn wir die grundsätzlichen Unterschiede zwischen Rechtssetzung und Rechtsanwendung hinterfragen, dann ist es durchaus naheliegend, dieses Modell auch für die Rechtsanwendung fruchtbar zu machen. Kollege *Cremer* wiederum hat an ein Drei-Stufen-Modell angeknüpft, das er aus Art. 12 GG herauszieht, das es aber so in der Schweiz nicht gibt und deshalb für mich als Anknüpfungspunkt nicht im Vordergrund stand. Völlig zu Recht wurde auch danach gefragt, was daraus folgt, wenn mein Abwägungsmodell dazu führt, dass eine bundesweit einheitliche Vollzugspraxis gefordert ist. Ich habe hierfür das Beispiel Asylvollzug in der Schweiz genannt, wo massive Unterschiede im Vollzug bestehen. Doch stößt hier das Rechtsgleichheitsgebot nicht an eine funktionale Grenze? Ich glaube, die funktionale Grenze ist nicht das Rechtsgleichheitsgebot, sondern die funktionalen Grenzen liegen bei der Justiz und das habe ich auch versucht, in meinem Schlussvotum herauszustreichen. Die Justiz ist in ihren Möglichkeiten zur Herstellung von Rechtsgleichheit beschränkt. Gerade der Asylvollzug in der Schweiz ist ein Bereich, wo wir einen sehr rudimentären, stark beschränkten Zugang zu den Gerichten haben. Viele Fragen der Vollzugspraxis gelangen daher gar nicht in den Fokus der Justiz, weshalb sie auch nicht intervenieren kann. Aber noch entscheidender ist die Frage, wie denn die Justiz bei uneinheitlichem Vollzug reagieren soll. Sie kann oftmals nur ein Appellurteil erlassen. Es ist daher bezeichnend, dass in der Schweiz nicht primär die Justiz in solchen Fällen reagiert hat, weder beim Cannabis-Fall – dort war es das Parlament, das intervenierte –, noch im Bereich des Asylvollzugs – hier ist diesen Sommer ein Bericht der

parlamentarischen Verwaltungskontrolle erschienen, der auf diese massiven Unterschiede hinweist. Die Beispiele machen deutlich, dass es vor allem Aufgabe der Regierung und Verwaltung und auch des Gesetzgebers ist, entsprechend zu intervenieren, sei es durch neue gesetzliche Vorgaben, Interventionen der Bundesaufsicht oder über die Kürzung finanzieller Beiträge. Damit möchte ich zum Schluss noch ein Wort zur Europäischen Union und zur Europäischen Ebene verlieren. Es wurde die Frage aufgeworfen, ob ich Empfehlungen an den EuGH hätte. Als Schweizer bin ich diesbezüglich zurückhaltend. Wir Schweizer müssen uns ja den Vorwurf gefallen lassen, dass wir im Vorhof der EU sitzen und Rosinen picken. Zudem neigen wir natürlich auch dazu, unseren schweizerischen Bundesstaat auf die Europäische Union zu extrapolieren. Dies ist aber ein Grundproblem, das auch in vielen europäischen Mitgliedstaaten besteht. Wir sollten nicht vom jeweiligen Erfahrungshorizont unserer Bundesstaaten, sei es ein unitarischer Bundesstaat, sei das eher ein Konkurrenz-bundesstaat wie in der Schweiz oder sei das gar ein Zentralstaat, auf die europäische Ebene schließen. Das halte ich für durchaus gefährlich. Mit Blick auf die Europäische Union – ich gebe das offen zu – bin ich auch als außenstehender Betrachter etwas ratlos. Ein grundlegendes Problem in der Europäischen Union scheint mir, dass ein Grundkonsens über das Ausmaß an Vielfalt und Einheit nicht besteht. Diesen Grundkonsens kann man für verschiedene Bundesstaaten, sei es für Deutschland, für Österreich oder für die Schweiz, mit je unterschiedlichen Akzentsetzungen auf der Skala zwischen Einheit und Vielfalt durchaus feststellen. In der Europäischen Union hingegen sehe ich diesbezüglich eine große Diskrepanz: Auf der einen Seite besteht die Gefahr – die vielleicht auch in der Rechtsprechung des EuGH zum Ausdruck kommt –, ein sehr unitarisches Verständnis auf die Europäische Union zu übertragen. Auf der anderen Seite gibt es gewisse Mitgliedstaaten, die letztlich auch von einem unitarischen Verständnis geprägt sind und Angst davor haben, dass ihre Rechtseinheit durch die „Brüsseler Bürokratie“ in Gefahr gerät. Man denke nur daran, wie die ungarische Regierung gegen die „Brüsseler Bürokraten“ wettet. Was in Europa wegbricht, was aber für ein funktionierendes Mehrebenensystem entscheidend ist, ist in unterschiedlichen Ausprägungen die Identifikation mit der lokalen und regionalen Ebene einerseits, aber auf der anderen Seite auch eine Identifikation mit der obersten Ebene, sei das die Bundesebene oder eben die europäische Ebene. Besten Dank.

Wolfram Cremer: Auch von mir herzlichen Dank für die Fragen oder soll ich sagen, für die Kritik – im Wesentlichen – an der Konzeption der Rechtsanwendungsgleichheit. Ich kann ebenfalls nicht auf alle Fragen eingehen und muss sie bündeln. Mein erster größerer Antwortblock ist dem

Stichwort „Gesamtkonzeption“ gewidmet, angeregt durch die Fragen nach Gerechtigkeit, Betroffenenperspektive und Abwägungsmodell. Das Recht aus Art. 3 Abs. 1 GG ist in der Perspektive der Anwendungsgleichheit ein Recht auf Behandlung nach Maßgabe von Art. 20 Abs. 3 GG, nach Maßgabe der Gesetzesbindung. Und ich denke, dass dieses Modell, wenn man es zu Ende denkt und die zusätzlichen Implikationen, namentlich Willkürverbot und Vertrauensschutz, miteinbezieht, sowohl strukturell aufgeht als auch gerechtigkeitsadäquat und betroffenenadäquat ist. Warum? Zunächst einmal: Das Modell ist kein Abwägungsmodell, sondern das Gegenteil von einem Abwägungsmodell. Das lässt sich gut daran verdeutlichen, wenn man meine Konzeption auf die Diskussion um „Gleichheit im Unrecht“ bezieht. Danach ist bei jeder Entscheidung neu zu entscheiden, wie eine einschlägige Norm entsprechend Art. 20 Abs. 3 GG ausgelegt werden kann und sogar muss; eine Abwägungssituation besteht also gerade nicht. Diejenigen, die den Gleichheitssatz auch als in der Zeit anwendbar anerkennen, müssen dagegen im Wege eines Abwägungsprozesses begründen, warum auf Gleichheit im Unrecht kein Anspruch besteht. Das mag umgekehrt unterstreichen, dass ich gerade kein Abwägungsmodell vorschlage. Um den Unterschied zur herrschenden Meinung zu akzentuieren und zugleich die Frage nach dem zulässigen Grad der Abweichung in Abhängigkeit vom Begründungsaufwand anzusprechen: Ich postuliere, dass keine Begründung erforderlich ist jenseits der Begründung, die ohnehin geboten ist, um eine Entscheidung zu fällen. Es besteht aber keine zusätzliche Begründungslast, weil Art. 20 Abs. 3 GG eben impliziert und gar fordert, die Entscheidung zu treffen, die sich im Rahmen eines hermeneutischen Prozesses als die gesetzesnächste erweist. Verlangt man demgegenüber, wie etwa der BGH, im Rahmen von Art. 3 Abs. 1 GG besondere Begründungen für Rechtsprechungsänderungen, führt das eben dazu, dass man sich von vorgängiger Rechtsprechung nur schwerlich lösen darf. So darf man sich – nimmt man den BGH ernst – nicht nur in einem ersten Fall, in dem man sich davon lösen will, sondern ggfs. ad infinitum nicht lösen, mag die geforderte qualifizierte Begründung doch ggfs. niemals geleistet werden können. Denn man mag zwar eine plausible Auslegung, die überzeugender ist als die vorgängige, vorschlagen können; diese mag aber nicht so zwingend sein, dass sie eine Verabschiedung dessen, was zuvor zu dieser Rechtsfrage entschieden wurde, zu legitimieren vermöchte. Überzeugender erscheint in jedem Einzelfall neu darüber nachdenken zu dürfen und zu müssen, wie die jeweils einschlägige Norm auszulegen und anzuwenden ist. Gelangt man zu einer neuen Rechtseinsicht, muss diese der Entscheidung auch zugrunde gelegt werden dürfen. Die Interessen des von einer Rechtsprechungsänderung nachteilig Betroffenen sind demgegenüber unter Vertrauensschutzgesichtspunkten zu berücksichtigen. Der Grundsatz des Vertrau-

ensschutzes – und insoweit kann dann auch der Grad der Abweichung von der vorangegangenen Rechtsprechung eine Rolle spielen – ist im Einzelfall dazu geeignet, das entstandene Vertrauen zu honorieren und die Entscheidung gegebenenfalls, was etwa dem Europäischen Gerichtshof nicht fremd ist, mit einer Rückwirkungsbeschränkung zu versehen. Daran anschließend steht im nächsten einschlägigen Fall der Vertrauensschutz einer Entscheidung im Einklang mit der „neuen“ Rechtsüberzeugung nicht mehr entgegen; diese Konzeption ist dogmatisch einer Konzeption überlegen, welche in Art. 3 Abs. 1 GG „so etwas wie Vertrauensschutz“ – denn das ist es in der Sache – hineinliest und so Hürden aufbaut, die mit Art. 20 Abs. 3 GG konfliktieren. Im Übrigen käme es bei strikter Beachtung der BGH-Doktrin tatsächlich zu dem, was vielfach mit dem Etikett „Versteinerungstheorie“ versehen wird. Die Frage nach der Betroffenenperspektive habe ich damit bereits berührt, sie bedarf aber noch der Vertiefung. Die Betroffeneninteressen werden einerseits über den Vertrauensschutz sichergestellt und andererseits entweder über das Willkürverbot oder ein Präjudizienmodell, verlangen doch beide vom Rechtsanwender, dass er seine Entscheidung begründet und sich mit dem auseinandersetzt, was bislang zu dieser Rechtsfrage entschieden worden ist. Tut er das nicht, ist die Entscheidung willkürlich; es ist aber keine Verletzung des Anspruchs aus Art. 3 Abs. 1 GG, sondern es führt nur dazu, dass derjenige, der entschieden hat, noch einmal neu entscheiden und darlegen können muss, ob er die Entscheidung angemessen begründen kann. Mehr verlangt das Willkürverbot insoweit nicht.

Nun zur mehrfach gestellten Frage nach Art. 83 GG, insbesondere seiner Bedeutung zur Begründung der Freiheit im Vollzug. Die in Art. 83 GG beschriebene Kompetenzverteilung steht zunächst einmal einer dezidiert unitarischen Konzeption deutscher Bundestaatlichkeit entgegen und auferlegt einer Gegenposition eine entsprechende Begründungslast. Und *Stefan Oeter* hat schon vor 20 Jahren deutlich gemacht, dass es an belastbaren Argumenten fehlt, diese Kompetenzgrundverteilungsentscheidung, die auch entstehungsgeschichtlich abgesichert ist, zu überwinden. Art. 83 GG ist mithin zentral für die These, dass jedenfalls in der Konstellation des Vollzugs von Bundesrecht durch die Länder der Gleichheitssatz zwischen den Ländern keine Geltung beanspruchen kann.

Zur Frage nach der Dogmatik und der Verschiedenheit in den Ansätzen von Herrn *Schindler* und mir: Ein dogmatisches Referat ist naturgemäß darauf ausgerichtet, die jeweilig in Bezug genommene Rechtsordnung zu interpretieren und natürlich können sich für andere Rechtsordnungen andere Antworten bezüglich der Frage nach der Rechtsanwendungsgleichheit in der Zeit ergeben. Um es zu illustrieren: Man könnte auf die unionsrechtliche Ebene schauen und zwar auf eine Konstellation, in der die Mitgliedstaaten bei der Umsetzung von Unionsrecht Spielräume haben,

die nicht durch die unionsrechtlichen Grundrechte, insbesondere den Gleichheitssatz, eingeengt sind, so dass auf zweiter Stufe im Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH die nationalen Grundrechte zur Geltung kommen. Dann mag in einem Mitgliedstaat – anders als in Deutschland, wo Art. 3 Abs. 1 nach hier vertretener Auffassung die Gleichheit in der Zeit nicht schützt –, der Gleichheitssatz die Rechtsanwendung in der Zeit umfassen und folglich auf zweiter Stufe bezogen auf unionsrechtliche Kontexte zum Zuge kommen.

Ich komme zum Unionsrecht. Darf der EuGH sich einer Konkretisierung unionsrechtlicher Rechtsbegriffe entziehen oder ist er verpflichtet, für eine wesentlich gleiche Anwendung respektive eine wesentlich gleiche Auslegung von Unionsrecht zu sorgen? Ich habe das für die Gesetzgebung ausgeführt im letzten Teil meines Referates, These 24, denke aber, dass für die Rechtsprechung des Gerichtshofs *mutatis mutandis* die gleichen Anforderungen und Kriterien gelten sollten. Wenn der Gerichtshof eine unionsrechtliche Norm auslegt, muss er sich die Frage stellen, wie weit er dieses Unionsrecht, das er autonom auslegen darf, auch autonom auslegen muss bzw. inwieweit er den Mitgliedstaaten substanzielle Interpretationsspielräume einräumt mit der Konsequenz einer uneinheitlichen Anwendung des Unionsrechts; und insoweit gelten eben die skizzierten Grenzen.

Grundsätzlich kommt eine Verletzung von Unionsrecht im Vollzug aber nur in Betracht, wenn man sich der verbindlichen Auslegung von Unionsrecht durch den Gerichtshof verweigert. Und daran schließt sich quasi umgekehrt die Frage an, ob bzw. wann es den Mitgliedstaaten unionsrechtlich erlaubt ist, verbindliches Unionsrecht unterschiedlich zu vollziehen. Das führt uns in die Diskussion um das mitgliedstaatliche Verfahrensrecht und nicht zuletzt zum EU-Beihilfenrecht und der Alcan-Rechtsprechung. Nach der Unionsgerichtsbarkeit liegt es zunächst in den Händen der Mitgliedstaaten, das Unionsrecht nach autonom gestaltbarem Verfahrensrecht zu vollziehen, aber in den Grenzen eines Effektivitätsgebots bzw. Vereitlungsverbots sowie eines Diskriminierungsverbots. Mich überzeugt das vom Gerichtshof postulierte Diskriminierungsverbot weniger als das Effektivitätsgebot, wie es etwa in der Alcan-Rechtsprechung wirksam wird und wo der Wettbewerbsgedanke im Übrigen im Sinne einer Bereichsspezifik durchscheint und mithin der *Gedanke* der hier entwickelten Drei-Stufen-Theorie implizit Niederschlag findet. Denn gerade im Bereich des Beihilfenrechts ist das Abweichen vom Unionsrecht durch Verwaltungsverfahrenrecht besonders inakzeptabel. In anderen Bereichen, ich spreche jetzt mal von Nichtinfizierungsbereichen, in denen keine Wettbewerbssituation besteht, erscheint dies grundsätzlich eher hinnehmbar. Nun zum Diskriminierungsverbot, welches nach dem Gerichtshof besagt, dass das Unionsrecht nicht nachteiliger behandelt werden darf als vergleichbares mitglied-

staatliches Recht. Insoweit bleibt der EuGH zunächst die Begründung eines solchen Diskriminierungsverbots schuldig. Gravierender aber ist, dass, wenn in zwei Mitgliedstaaten das Unionsrecht so behandelt werden muss wie vergleichbares innerstaatliches Recht oder zumindest nicht schlechter, die Behandlung des innerstaatlichen Rechts in den beiden Mitgliedstaaten aber variiert, die Rechtsprechung des Gerichtshofs dazu führt, dass ein Mitgliedstaat das Unionsrecht anders behandeln muss als ein anderer Mitgliedstaat. Das vermag aber kaum zu überzeugen.

Der letzte Fragenblock, auf den ich eingehen möchte, betrifft das unionsrechtliche Subsidiaritätsprinzip. Meine These lautet, dass eine Norm, die den Mitgliedstaaten substanzielle Interpretationsspielräume lässt, deshalb am Subsidiaritätskriterium scheitern kann, weil die notwendige Besser-Prognose aufgrund der Spielräume, die in der Norm enthalten sind, nicht tragfähig ist. Insoweit ist zwar einzuräumen, dass eine Verletzung des Subsidiaritätsprinzips zunächst allein dazu führt, die Norm als unionsrechtswidrig zu qualifizieren; gedanklich ist das aber nur der erste Schritt. In einem zweiten Schritt lässt sich der allgemeine Rechtsgedanke entwickeln, dass die Ausübung unionsrechtlicher Befugnisse nach Regelungen verlangt, die auf hinreichende Einheitlichkeit ausgerichtet sind. Und das kommt in Art. 291 Abs. 2 AEUV gar noch deutlicher zum Ausdruck, wenn es dort heißt, dass die Union bei einem Bedarf nach Einheitlichkeit bei der Durchführung von Unionsrecht ermächtigt ist, entsprechende Durchführungsvorschriften zum Zwecke der Vereinheitlichung des Vollzugs zu erlassen. Und in Verbindung mit dem Subsidiaritätsprinzip lässt sich die Norm schließlich im Sinne eines allgemeinen Rechtsgedankens in einer Weise fruchtbar machen, welche eine Konzeption legitimiert, welche derjenigen entspricht, die das Bundesverfassungsgericht für den Bundesstaat des Grundgesetzes aufgesetzt hat. Das war die angedachte Gedankenführung. Vielen Dank.

Christian Waldhoff: Mit ganz herzlichem Dank an beide Referenten schließe ich die wissenschaftliche Aussprache für den heutigen Nachmittag.

