

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 Zerschneiden 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 Lehmann 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 Triepel 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 Thürer, 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 Würgler* 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 Merkl's, 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 dezentrierten 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* Verwaltungsmessen (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 *Lehmbruch 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 Walldhoff* 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 Aufsichtskompetenzen. 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 Länderregierungen 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 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.