

Föderale Vielfalt im Spannungsverhältnis zur postulierten Einheit der Rechtsordnung

Matthias Rossi

I.	Einheit der Rechtsordnung als unerfüllbare Idee.....	107
A.	Dynamik der Rechtsordnung	108
B.	Pluralisierung der Rechtserzeugung.....	108
C.	Rechtsordnung im Sinne angewandten Rechts.....	109
II.	Vielfalt als Kennzeichen föderaler Ordnungen.....	111
A.	Autonomie als Ausgangspunkt	111
B.	Homogenität statt Einheit.....	112
C.	Ungleichheit als Auftrag	112
D.	Potenzierung der Pluralisierung.....	114
III.	Verwebung der Rechtsordnungen	114
A.	Kein streng hierarchisches Verhältnis.....	114
B.	Verzahnung der Rechtsebenen.....	116
C.	Instrumente der Verwebung am Beispiel des Unionsrechts.....	116
D.	Gestuftes Recht, differenzierte Rechtsetzungsverfahren.....	117
E.	Föderale Vielfalt, relativierte Einheit	118
IV.	Duldung widersprüchlicher Rechtsetzung.....	120
A.	Arten von Widersprüchen.....	120
B.	Fehlende Vermeidbarkeit von Widersprüchen ohne Verzicht auf Rechtsetzung.....	120
C.	Gesetz als Gegenstand und Maßstab der Widerspruchsfreiheit?	121
V.	Schlussbemerkung.....	122
A.	Relativierung des Postulats von der Einheit des Europarechts.....	123
B.	Einheit der Rechtsordnung als Optimierungsaufgabe	124

I. Einheit der Rechtsordnung als unerfüllbare Idee

Die Einheit der Rechtsordnung ist ein Topos, dessen Bedeutung sich im Laufe der Zeit verändert hat.¹ Soweit er eine Widerspruchslosigkeit der Gesamt-rechtsordnung postuliert, war er schon der Idee nach ein Ideal, dem offensichtlich die Vorstellung von einer weitgehend statischen Rechtsordnung zu Grunde

¹ Vgl. dazu aber insbesondere *D. Felix*, Einheit der Rechtsordnung (1998), passim; sowie *A. Hanebeck*, Die Einheit der Rechtsordnung als Anforderung an den Gesetzgeber?, *Der Staat* 41 (2002), 429–451; sowie die Beiträge im Sammelband K. Schmidt (Hrsg.), Vielfalt des Rechts – Einheit der Rechtsordnung? (1994).

liegt, von einer Ordnung, die einmal errichtet und anschließend nur noch angewendet werden muss, von einer räumlich und zeitlich, vor allem aber auch gegenständlich begrenzten rechtlichen Ordnung.

A. Dynamik der Rechtsordnung

Diese Vorstellung passt indes schon auf das Bild des sich zurücknehmenden und nur Leitplanken aufstellenden Gesetzgebers in einem „Nachtwächterstaat“ nicht. Und schon gar nicht trifft sie auf den gestaltungshungrigen Gesetzgeber im Sozialstaat und auch nicht auf den Regulierungsstaat im Mehrebenensystem des 21. Jahrhunderts zu. Hier ist die Rechtsordnung permanent im Fluss: Veränderte tatsächliche Umstände (wie etwa der Zustand der Umwelt), gewandelte technische Verhältnisse (wie etwa die Möglichkeiten und Bedingungen der Digitalisierung) und nicht zuletzt auch wechselnde politische Mehrheiten (sichtbar vor allem in der parteipolitischen Zusammensetzung der Parlamente, häufig aber auch schon in einer veränderten „öffentlichen Meinung“) begründen das Bedürfnis nach einer ständigen Änderung und/oder Ergänzung des geltenden Rechts. Anlassbezogene Einzel- und Maßnahmegesetze, die kurzfristig politischen Erfolg versprechen, jedenfalls aber zunächst einmal politische Aktivität bezeugen, treten immer mehr an die Stelle langfristig ausgerichteter Kodifikationen.² Angesichts einer solchen Normen- bzw. Normänderungsflut³ wachsen die Schwierigkeiten, die „Gesamtrechtsordnung“ als Einheit zu begreifen und widerspruchsfrei zu gestalten. Oder deutlicher: Mit der Inflation der Normen nimmt die Rechtssicherheit ab.⁴

B. Pluralisierung der Rechtserzeugung

Multipliziert werden diese Schwierigkeiten durch die mehrfache Pluralisierung des Rechtserzeugungsprozesses bzw. genauer der Rechtserzeugungsprozesse. Bereits bezogen auf nur eine hoheitliche Ebene sind vielfältige Akteure in den Rechtsetzungsprozess eingebunden. Organisationsrechtlich ist insofern nicht nur zwischen Regierung und Parlament, sondern binnenbezogen zudem zwischen einzelnen Ministerien bzw. unterschiedlichen Ausschüssen zu unterscheiden. Hinzu treten vielfältige Interessenvertreter, die mit dem Begriff der „Lobbyisten“ nicht hinreichend erfasst würden, denn neben die üblichen (im Übrigen sich immer weiter ausdifferenzierende) Verbände treten vermehrt sog.

² I. Appel, Zur Aktualität der Kodifikationsidee, in: A. Koch und M. Rossi (Hrsg.), Kodifikation in Europa (2012), 7.

³ F. Reimer, Das Parlamentsgesetz als Steuerungsmittel und Kontrollmaßstab, in: W. Hoffmann-Riem et al. (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I (2006), § 9 Rn. 100.

⁴ So K.-P. Sommermann, in: H. von Mangoldt et al. (Hrsg.), Das Bonner Grundgesetz, Kommentar, Bd. 2 (7. Aufl., 2018), Art. 20 Rn. 298, unter mittelbarem Verweis auf Tacitus (Annales III, 27): „Corruptissima respublica plurimae leges“.

NGO (non governmental organization bzw. Nichtregierungsorganisationen), die für sich reklamieren, nicht egoistisch genuin eigene Interessen, sondern altruistisch öffentliche, also allgemeine Interessen zu vertreten. Sie alle agieren zwar in der Regel nicht auf der Grundlage rechtlicher Befugnisse,⁵ gleichwohl aber mit zum Teil beachtlichem Einfluss. Sie lassen sich insoweit durchaus als „Influencer“ des Rechtsetzungsprozesses beschreiben.

Das überkommene Bild vom Gesetzgeber im Singular ist insofern nicht sachgerecht. Es stellt zu sehr auf das Ergebnis des Gesetzgebungsverfahrens, zu sehr auf den notwendigen Beschluss des Bundestages ab und verkennet, dass „der Bundestag“ als Institution allenfalls der Form nach für die Gesetzesinhalte verantwortlich zeitigt, die Inhalte selbst dagegen weitgehend von den Gesetzesinitianten vorgegeben werden. Diese Gesetzesinitianten sind jedenfalls in Koalitionsregierungen, darüber hinaus aber zum Teil auch innerhalb ein und derselben politischen Partei unterschiedlicher Auffassung. Die wahre Opposition findet häufig weniger zwischen den parteipolitischen Gruppen innerhalb des Bundestages als vielmehr zwischen den (im besten Falle: Sach-) Interessen der einzelnen Ministerien statt.

Die Gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesregierung, um ein Beispiel der Bundesebene zu nennen, versucht zwar alles, um durch einen Abstimmungsprozess zwischen den einzelnen Ministerien auf der einen Seite und dem Bundeskanzleramt auf der anderen Seite nicht nur die unterschiedlichen Interessen in einen Ausgleich zu bringen, sondern zugleich auch Widersprüche in den Gesetzen zu vermeiden, seien sie harter, rechtlicher Natur, seien sie weicher, politischer Natur. Doch abgesehen davon, dass die Gemeinsame Geschäftsordnung selbst in ihrer Binnenwirkung auf die Bundesregierung nur von bedingter Verbindlichkeit ist, wird sie im politischen Alltag häufig überhaupt nicht beachtet und entfaltet auch im Falle ihrer Beachtung meist nur prozedurale, nicht aber die von den Verfahrensvorgaben erhoffte inhaltliche Wirkung. Festzuhalten ist insofern, dass „die Einheit der Rechtsordnung“ auf einer Idealvorstellung nicht nur der gesamten Rechtsordnung, sondern auch auf einer solchen des Gesetzes basiert, die mit der Realität wenig zu tun hat.

C. Rechtsordnung im Sinne angewandten Rechts

Schließlich stellt sich die Lage noch schwieriger dar, wenn die Einheit der Rechtsordnung nicht nur auf die Gesetzgebung, sondern auch auf die exekutiven Verfügungen und die richterlichen Entscheidungen bezogen und so der „Gesamtkosmos der Rechtsordnung“⁶ in den Blick genommen wird. Denn

⁵ Zu Ausnahmen vgl. *M. Rossi*, Betroffenenbeteiligung im Gesetzgebungsverfahren, JöR 62 (2014), 159–178.

⁶ *H. Dreier*, Einheit und Vielfalt der Verfassungsordnungen im Bundesstaat, in: K. Schmidt (Fn. 1), 113.

wenn die Einheit der Rechtsordnung nicht nur der Reinheit einer Theorie dienen, sondern vor allem den Rechtsunterworfenen Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit sichern soll,⁷ dann kann die entscheidende Bezugsgröße nicht das gesetzte, dann muss sie das angewandte Recht sein.

So muss es auf den ersten Blick befremdlich erscheinen, wenn ein und dieselbe gesetzliche Bestimmung in bestimmten Regionen und/oder im Laufe der Zeit unterschiedlich angewendet wird. Gerade im Strafrecht wird jüngst darüber nachgedacht, die unterschiedliche Spruchpraxis – ein Begriff, mit dem letztlich in euphemistischer Weise umschrieben wird, dass jemand für ein und dieselbe Tat schärfer bestraft wird als ein anderer – durch verbindlichere Vorgaben zu nivellieren.⁸ Besonders deutlich fallen etwa auch die Unterschiede in der Abschiebep Praxis abgelehnter Asylbewerber der einzelnen Bundesländer ins Auge, um ein weiteres Beispiel aus dem Bereich des öffentlichen Rechts zu benennen. Und auch im Zivilrecht mag es vom zuständigen Oberlandesgerichtsbezirk abhängen, ob man einen gesetzlich eingeräumten Anspruch durchsetzen kann oder nicht.

Doch gleichwohl ist Vorsicht geboten, all diese Fälle allein aus der Perspektive des Topos der Einheit der Rechtsordnung zu betrachten und möglicherweise gar konkrete rechtliche Folgen aus seiner Missachtung ableiten zu wollen. Denn nicht nur, dass sich der Topos von der Einheit der Rechtsordnung damit zugleich als unerfüllbare Idee erweist, als Illusion womöglich.⁹ Vielmehr würde eine solche Betrachtung die vielfältigen Entscheidungs- und Gestaltungsspielräume der einzelnen staatlichen Gewalten im Namen der Einheit einem undifferenzierten und pauschalen Gleichheitsverständnis opfern und damit zugleich die sinnvolle Unterscheidung zwischen den abstrakt-generellen Vorgaben demokratisch legitimierter Gesetzgeber auf der einen Seite und der Herstellung der Einzelfallgerechtigkeit durch die Gesetzesanwendenden Behörden und Gerichten auf der anderen Seite aufgeben. Nur allzu verständlich ist es insoweit, wenn Oliver Lepsius vor diesem Hintergrund mit Blick auf die Wissenschaft festhält: „Die Einheit der Rechtsordnung kann kein sinnvolles

⁷ So deutlich BVerfGE 98, 106 (119): „Das Rechtsstaatsprinzip verpflichtet alle rechtsetzenden Organe des Bundes und der Länder, die Regelungen so aufeinander abzustimmen, dass den Normadressaten nicht gegenläufige Regelungen erreichen, die die Rechtsordnung widersprüchlich machen.“ Auch *Sommermann*, in: v. Mangoldt et al. (Fn. 4), Art. 20 Rn. 298, stellt die Dispositionsfreiheit des Einzelnen in den Vordergrund des Grundsatzes von der Widerspruchsfreiheit.

⁸ Vgl. *J. Kaspar*, Sentencing Guidelines versus freies tatrichterliches Ermessen – Brauchen wir ein neues Strafzumessungsrecht?, Gutachten C zum 72. Deutschen Juristentag (2018).

⁹ So die – im Ergebnis verneinte – Frage von *K. Schmidt*, Einheit der Rechtsordnung – Realität? Aufgabe? Illusion, in: ders. (Fn. 1), 11.

Ziel wissenschaftlicher Arbeit mehr sein, weil sie dem Relativismus, der Kompromisshaftigkeit, der institutionellen Differenzierung und dem Zeitbezug zuwiderläuft.“¹⁰

Gleichwohl bleibt die Einheit der Rechtsordnung natürlich ein sinnvoller Gegenstand wissenschaftlichen Arbeitens. Insbesondere ist zu klären, welcher Stellenwert und welche Grenzen ihr in föderalen Ordnungen zukommen. Denn nicht nur in Deutschland, sondern namentlich auch in der Europäischen Union sind Zentralisierungstendenzen erkennbar, die stets auch mit der Einheit der Rechtsordnung begründet werden. Während in Deutschland dabei noch das primär politische Ziel der „Gleichwertigkeit der Lebensverhältnisse“ in den Vordergrund gerückt wird,¹¹ das ja an sich noch kein eigenständiges Staatsziel, sondern nach Art. 72 Abs. 2 GG nur in besonderen Fällen Voraussetzung für die Inanspruchnahme einer Rechtsetzungskompetenz des Bundes ist, hat sich in der Europäischen Union die „einheitliche Anwendung des Europarechts“ zu einer zentralen rechtlichen Argumentationsfigur in der Rechtsprechung des EuGH entwickelt. In beiden Fällen besteht die Gefahr, die föderale Vielfalt einer theoretischen Einheit zu opfern.

II. Vielfalt als Kennzeichen föderaler Ordnungen

A. Autonomie als Ausgangspunkt

Föderale Ordnungen sind durch Eigenstaatlichkeit, durch Autonomie der einzelnen Ebenen sowie durch ein Mindestmaß an Selbstgestaltungsfreiheit gekennzeichnet. Dies impliziert grundsätzlich auch eine eigene Rechtsordnung. Die Einheit der Rechtsordnung ist insofern zunächst bezogen auf das eigene Recht. Zugleich aber verlangt eine föderale Ordnung auch die Einbindung der jeweils unteren Ebenen in die der zentralen Ebene. Und im Mehrebenensystem der Europäischen Union müssen die mitgliedstaatlichen Ordnungen zudem in die Rechtsordnung der Europäischen Union eingebunden sein.¹²

¹⁰ O. Lepsius, Rechtswissenschaft in der Demokratie, *Der Staat* 52 (2013), 157–186, 184.

¹¹ Vgl. dazu jüngst C. Waldhoff, Normative und faktische Gleichheitserwartungen – die magische Formel von den „gleichwertigen Lebensverhältnissen“ im Bundesgebiet, *ZG* 2019, 97–113; B.J. Hartmann und S. Jansen, Die Gleichwertigkeit der Lebensverhältnisse als Verfassungsgebot, *Der Staat* 58 (2019), 243–273.

¹² Dass unter Umständen auch völkerrechtliche Rahmenbedingungen zu beachten sind, soll an dieser Stelle außen vor gelassen werden.

B. Homogenität statt Einheit

Dabei ist das grundsätzliche Verhältnis zwischen den jeweiligen Verfassungs- bzw. Vertragsebenen regelmäßig nicht durch das Postulat einer Einheit, sondern durch Annäherung bzw. Rahmenvorgaben geprägt. Zwar ist die Bindung an die Verfassung beziehungsweise ist die Bindung an die europäischen Verträge unbestritten. Und natürlich wirken auch Werte, wie sie etwa in Art. 2 EUV normiert sind, als gemeinsamer Fluchtpunkt, vielleicht gar als „Grundnorm“.

Doch verlangt Art. 28 Abs. 1 GG von den im Übrigen autonomen Verfassungen der Bundesländer nur eine „entsprechende“ Geltung der wesentlichen Strukturmerkmale und zielt damit auf eine Homogenität, nicht auf eine Identität. Und das Motto der EU „In Vielfalt geeint“, das auf den seinerzeit von dem Europäischen Verfassungsvertrag gewählten Leitspruch der Europäischen Union zurückgeht¹³ und sich materiell in dem Bekenntnis des Art. 3 Abs. 3 EUV zur Wahrung des Reichtums der kulturellen und sprachlichen Vielfalt wiederfindet, kann bei richtigem Verständnis nur bedeuten, dass die einzelnen Teile, die das Ganze bilden, noch erkennbar sind, nicht indes im Ganzen aufgehen sollen.

C. Ungleichheit als Auftrag

Die Autonomie der (Teil-)Rechtsordnungen in den Grenzen einer Homogenität hat notwendigerweise Ungleichheit zur Konsequenz: Identische Sachverhalte können in den einzelnen Untergliederungen unterschiedlich geregelt werden. Man mag sogar die These vertreten, dass föderative Ordnungen gleichsam einen Auftrag zur Ungleichheit geben, weil diese Ungleichheit eine Voraussetzung für den föderalen (politischen) Wettbewerb ist.¹⁴ Doch selbst wenn man eine solche Ungleichheit nicht als Ziel föderaler Ordnungen begreift, so ist sie doch jedenfalls eine notwendige (und rechtlich gewollte) Konsequenz. Anerkannt ist etwa für das nationale Verfassungsrecht, dass der allgemeine Gleichheitssatz die staatliche Gewalt grundsätzlich nur im konkreten Zuständigkeitsbereich des jeweils handelnden Rechtsträgers bindet.¹⁵ Auch Landesgesetzgeber sind mit Rücksicht auf die föderalistische Struktur der Bundesrepublik Deutschland deshalb nur gehalten, den Gleichheitssatz innerhalb des Geltungsbereichs der Landesverfassung zu wahren. Die Verfassungsmäßigkeit eines Landesgesetzes kann daher grundsätzlich nicht deshalb in Zweifel gezogen

¹³ Kritisch zu dem aus einem Schülerwettbewerb des Europäischen Parlaments hervorgegangenen Leitspruch *M. Ruffert*, in: C. Calliess und M. Ruffert (Hrsg.), *Verfassung der Europäischen Union* (2006), Art. I-8 Rn. 12.

¹⁴ *M. Klopfer*, *Verfassungsrecht*, Bd. I (2011), § 9 Rn. 53.

¹⁵ BVerfGE 33, 224 (231) m.w.N. für die Länder; BVerfGE 21, 54 (68); BVerfGE 76, 1 (73) m.w.N. für die Gemeinden.

werden, weil es von verwandten Regelungen in anderen Bundesländern abweicht.¹⁶

Gleiches gilt – an sich – auch für die Ebene der Europäischen Union. Auch hier sind kompetenzgerecht erlassene Regelungen des einen Mitgliedstaates nicht etwa mit Blick auf das allgemeine Gleichheitsrecht an vergleichbaren Regelungen in anderen Mitgliedstaaten zu messen. Vielmehr besteht die Bindung an den allgemeinen Gleichheitssatz, der seit 2009 in Art. 20 GRCh verankert ist, grundsätzlich nur im konkreten Zuständigkeitsbereich des jeweils handelnden Rechtsträgers.¹⁷ Anderenfalls würde Art. 20 die gesamte differenzierte und differenzierende Verteilung der Verbandskompetenzen zwischen der EU und ihren Mitgliedstaaten ebenso wie die Kompetenzverteilung der Organe aus den Angeln heben und im Bereich der Judikative zusätzlich die Unabhängigkeit der einzelnen Gerichte in Frage stellen. Normativ gesprochen steht Art. 20 somit grundsätzlich unter dem Vorbehalt der Kompetenzordnung der EU. Daher müssen die Mitgliedstaaten die ihnen zur Regelung vorbehaltene Materie nicht notwendig einheitlich ordnen. Die Sorge, dass die Grundrechtecharta im Allgemeinen und die Gleichheitsrechte im Besonderen die Kompetenzverteilung zwischen der EU und ihren Mitgliedstaaten beeinträchtigen und zu Gunsten der EU verschieben, war bei der Ausarbeitung wie auch bei der Inkraftsetzung der Grundrechtecharta so groß, dass Art. 51 GRCh, der den Anwendungsbereich der Grundrechtecharta festlegt, gleich doppelt auf den Kompetenzvorbehalt hinweist: Zum einen mahnt Absatz 1 explizit die Achtung der Grenzen der Zuständigkeiten an, zum anderen statuiert Absatz 2, dass der Geltungsbereich des Unionsrechts durch die Charta nicht über die in den Verträgen geregelte Kompetenzverteilung hinaus gehen und diese Kompetenzverteilung auch nicht verändern dürfe. Trotz dieses deutlichen Vorbehalts seitens der „Herren der Verträge“ hat der EuGH die Klausel sehr relativierend ausgelegt und damit nicht nur Misstrauen unter den Mitgliedstaaten provoziert, sondern vor allem Rechtsunsicherheit geschaffen. Indem er formulierte, dass „keine Fallgestaltungen denkbar seien, die vom Unionsrecht erfasst würden, ohne dass die Grundrechte anwendbar wären“,¹⁸ öffnet er die Grundrechte für eine Rechtsvereinheitlichung jenseits der Harmonisierungskompetenzen.

Bereits zuvor mussten die Mitgliedstaaten lernen, dass die vertragliche Kompetenzverteilung sie nicht vor „Eingriffen“ des Europarechts in Bereiche schützt, die eindeutig ihrer Regelungsbefugnis überlassen sind. Das allgemeine Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit etwa gilt ausweislich des Art. 18 Abs. 1 AEUV „im Anwendungsbereich der Verträge“. Doch während die Mitgliedstaaten diesen Anwendungsbereich der Verträge

¹⁶ BVerfGE 10, 354 (371); BVerfGE 12, 139 (143); BVerfGE 32, 346 (360); BVerfGE 42, 20 (27).

¹⁷ H. D. Jarass und M. Kment, EU-Grundrechte (2. Aufl., 2019), § 24 Rn. 6.

¹⁸ EuGH, Rs. C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105, Rn. 18 – Akerberg Fransson.

nach der Kompetenzverteilung beurteilen, stellt der EuGH in seiner Rechtsprechung seit mehr als 20 Jahren allein auf die materielle Wirkung für die Unionsbürger und mithin darauf ab, ob eine unionsrechtlich geregelte Situation vorliegt oder nicht.¹⁹ Diese Rechtsprechung hat erhebliche unitarisierende Wirkung.

Wenn der Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten insoweit auch innerhalb der ihnen verbleibenden Kompetenzen enger wird, sind sie innerhalb dieses Rahmens eben doch frei, unterschiedliche Regelungen zu erlassen. Dies ist nicht nur rechtlich zulässig, sondern möglicherweise auch essentiell für die Legitimität der Europäischen Union selbst. Die verschiedenen Abnabelungsprozesse in der Europäischen Union vom Brexit über politische Bestrebungen (der derzeitigen Mehrheiten) in Ungarn, Polen, etwa aber auch Italien verdeutlichen das Bedürfnis nach Spielraum, nach Eigenständigkeit, die der Sache nach auf Ungleichheit hinausläuft. Mit dieser Grundtendenz steht der Föderalismus daher in einem Spannungsverhältnis zum Postulat der Einheit der Rechtsordnung.

D. Potenzierung der Pluralisierung

Dieses Spannungsverhältnis gewinnt dadurch an Brisanz, dass die bereits skizzierte Pluralität der Rechtserzeugung in föderalen Ordnungen noch einmal potenziert wird: In institutioneller Hinsicht treten mit dem Bundesrat auf nationaler Ebene bzw. dem Rat der Europäischen Union auf Unionsebene jeweils machtvolle Akteure auf die Bühne. Darüber hinaus bieten die Regierungen und Parlamente der jeweils unteren Ebenen zahlreiche weitere Einflussmöglichkeiten für Impulse der „Influencer“. Insofern liegt es aufgrund der doppelten Dynamik föderaler Rechtsordnungen nahe, das Postulat von der Einheit der Rechtsordnungen in föderalen Ordnungen von vornherein aufzugeben oder es allenfalls als wünschenswertes Ziel zu begreifen.

III. Verwebung der Rechtsordnungen

A. Kein streng hierarchisches Verhältnis

Dabei ist das Verhältnis dieser Normebenen keinesfalls stets hierarchisch geprägt. Der Grundsatz etwa, nach dem Bundesrecht Landesrecht bricht, oder auch die Maxime vom Anwendungsvorrang des Unionsrechts vor nationalem Recht, der rechtstheoretische Grundsatz also des *lex superior*, greift ja nur bei

¹⁹ Näher dazu *M. Rossi*, Das Diskriminierungsverbot nach Art. 12 EG-Vertrag, *EuR* 2000, 197–217.

der Kollision zweier Rechtsnormen,²⁰ die in der Praxis sehr viel seltener vorkommen als dies in der Theorie zuweilen diskutiert wird. Überhaupt ist die Kompetenzverteilung sehr viel vielschichtiger.

Sicherlich vermeidet eine kluge Rechtsordnung Widersprüche zwischen solchen Gesetzen zunächst dadurch, dass die Kompetenzen klar voneinander getrennt sind. So kann es von vorneherein nicht zu sich widersprechenden Regelungen kommen, die am Maßstab des *lex-superior*-Grundsatzes gelöst werden müssten.

Doch die Kompetenzverteilung ist nicht nur durch strikte Trennungen, sondern auch durch Überlappungen gekennzeichnet. Deutlichstes Beispiel dafür ist im Bereich des Grundgesetzes die Abweichungsgesetzgebung der Bundesländer nach Maßgabe des Art. 72 Abs. 3 GG. Hier weist die Verfassung bestimmte Sachmaterien nicht ausschließlich dem Bund oder den Ländern zur Regelung zu, sondern begreift das vom Bund erlassene Recht quasi nur als Angebot an die Länder, das sie annehmen können, das sie aber eben auch derogieren können. Explizit bestimmt Art. 72 Abs. 3 Satz 2 GG deshalb auch, dass im Verhältnis zwischen Bundes- und Landesrecht nicht der *lex-superior*-, sondern der *lex-posterior*-Grundsatz zum Tragen kommt, dass also später erlassenes Landesrecht früher erlassenes Bundesrecht verdrängen kann. Hier wird also bereits auf Verfassungsebene gebilligt, dass die Einheit der Rechtsordnung föderalen Besonderheiten weichen muss.

Neben einer Kompetenztrennung und einer Kompetenzüberlagerung sind föderale Ordnungen zudem durch eine Vielzahl von Kompetenzvermischungen gekennzeichnet. Die zweistufige Rechtsetzung, die in Deutschland bis 2006 mit der Rahmengesetzgebung des Bundes und Ausfüllungsgesetzen der Länder praktiziert wurde, ist auf der Ebene der Europäischen Union an sich das Standardinstrument der Rechtsharmonisierung: Richtlinien verpflichten die Mitgliedstaaten eben nur auf bestimmte Ziele, belassen ihnen aber hinsichtlich Details und insbesondere auch hinsichtlich der Regelungsformen einen notwendigen Spielraum. Beide Ebenen werden also zusammen rechtsetzend tätig.

Schließlich sei auch noch die Möglichkeit der Kompetenzkoordinierung angesprochen. Unter formaler Wahrung eigenständiger Kompetenzen können sich die einzelnen Ebenen dabei zu einer einheitlichen oder jedenfalls ähnlichen Kompetenzausübung verabreden. Mustergesetze sind ein Beispiel für eine solche koordinierte Kompetenzausübung. Sie verdeutlichen, wie das Spannungsverhältnis zwischen föderativer Vielfalt und postulierter Einheit gelöst werden kann, wenngleich die mögliche Vielfalt dabei im Ergebnis meist auf eine verhandelte Einheit hinausläuft.

²⁰ Ausführlich dazu K. Engelbrecht, Die Kollisionsregel im föderalen Ordnungsverbund (2010), 107 ff.

B. Verzahnung der Rechtsebenen

Vergegenwärtigt man sich, dass die Rechtsordnungen in föderalen Ordnungen häufig nicht strikt voneinander getrennt, sondern miteinander verwoben sind, verliert ihre Gegenüberstellung erheblich an Schärfe. Mit Blick auf das Europarecht etwa suggeriert die begriffliche Qualifizierung als mitgliedstaatliches Recht eine Differenzierung gegenüber dem Unionsrecht, die so nicht zutreffend ist. Betrachtet man nämlich solches mitgliedstaatliches Recht, das in Ergänzung, vielleicht auch in Erfüllung europarechtlicher Vorgaben und Ziele erlassen wird, ist dieses Recht in weiten Teilen funktional als von den Mitgliedstaaten erlassenes Europarecht zu begreifen. Die Rechtsordnungen stehen also nicht in ihrem jeweiligen Kompetenzbereich strikt getrennt nebeneinander, sondern sind miteinander verwoben.²¹

Ähnliches galt im Bereich des nationalen Rechts für das Rahmenrecht. Hier war es gerade Kennzeichnen des bundesgesetzlich normierten Rahmens, dass sein Inhalt ebenso ausfüllungsbedürftig wie ausfüllungsfähig blieb, dass also die außenverbindliche Gesamtregelung sich aus Bundesrecht und Landesrecht zusammensetzte. Gleiches gilt in gewisser Weise heute für das Abweichungsrecht, weil sich die Gesamtregelung hier nur aus dem abweichungsfesten Kern, der dem Bundesgesetzgeber vorbehalten ist, und den weiteren Schalenregelungen, die von den Ländern jedenfalls modifiziert werden können, ergibt.

C. Instrumente der Verwebung am Beispiel des Unionsrechts

Die Teilrechtsordnungen föderaler Gebilde können auf vielfältige Weise miteinander verwoben werden, wie am Beispiel des Unionsrechts dargestellt sei. Schon nach dem geltenden Vertragsrecht gibt es vielfältige Instrumente, die eine solche Verwebung der europäischen und der nationalen Rechtsordnung anordnen, doch von ihnen ist in jüngerer Zeit aus Gründen der möglichst einheitlichen Wirkung des Unionsrechts kaum Gebrauch gemacht worden.

Als Beispiel ist erneut die Richtlinie zu nennen, deren zweistufiger Charakter sie ursprünglich als das Integrationsinstrument schlechthin erscheinen ließ, weil gemeineuropäische Zielsetzungen mit Rücksicht auf die jeweilige mitgliedstaatliche Rechtsetzungskultur verwirklicht werden können.²² Neben der Richtlinie sind aber zahlreiche weitere Instrumente zu nennen, die den Mitgliedstaaten ein punktuelles Abweichen oder eine vereinzelte Ergänzung europarechtlicher Vorgaben ermöglichen.

Im Bereich der negativen Integration nehmen *ordre-public*-Vorbehalte, auch wenn sie eng zu verstehen sind, ganze Bereiche von den Vorgaben der Grundfreiheiten aus. Daneben befreien Rechtfertigungsgründe – geschriebene oder

²¹ G. Kirchhof, Die Allgemeinheit des Gesetzes (2009), spricht auf 395 von einem „wechselseitigen Einfluss“.

²² Vgl. Kirchhof (Fn. 21), 414.

ungeschriebene – die Mitgliedstaaten von den weitreichenden Anforderungen der Grundfreiheiten. Die Verwebung der Rechtsordnungen wird dabei dadurch besonders deutlich, dass auch nationale Grundrechte ungeschriebene Rechtfertigungsgründe bilden können.²³

Im Bereich der positiven Integration erlauben Schutzklauseln bzw. Notstandsklauseln wie in Art. 114 Abs. 10 AEUV – unter bestimmten Voraussetzungen und in engen Grenzen – die Suspendierung europarechtlicher Vorgaben. Schutzverstärkungsklauseln wie bspw. Art. 193 AEUV ermöglichen Mitgliedstaaten, über europarechtlich vereinbarte Mindeststandards hinauszugehen. Öffnungsklauseln in Sekundärrechtsakten signalisieren den Mitgliedstaaten, in welchen Bereichen die Union von ihrer geteilten Zuständigkeit keinen Gebrauch gemacht hat und welche Bereiche den Mitgliedstaaten also zur Konkretisierung (vgl. bspw. Art. 88 Abs. 1 DSGVO), zur Ergänzung (vgl. bspw. Art. 37 Abs. 4 S. 1 DSGVO) oder auch zur Modifikation (vgl. bspw. Art. 17 Abs. 3 lit. b DSGVO) offenstehen. Dabei soll jetzt nicht im Einzelnen untersucht werden, inwieweit solche Öffnungsklauseln weniger konstitutiv solche Bereiche der mitgliedstaatlichen Regelung überlassen, in denen die Union auf ihre Regelungskompetenz „verzichtet“, als vielmehr deklaratorisch solche Bereiche festzuhalten, die nach der vertraglichen Kompetenzverteilung an sich gar nicht zur Disposition einer unionsrechtlichen Regelung standen.

Gerade Öffnungsklauseln zur Modifikation räumen den Mitgliedstaaten einen weitgehenden Spielraum ein und indizieren insoweit besonders deutlich, dass das Verhältnis von Unionsrecht und nationalem Recht nicht immer zwingend vertikal-hierarchisch ausgestaltet ist, sondern auch in einem horizontal-parallelen Sinne verstanden werden kann. Ungeachtet dieser rechtstechnischen Überlegungen können Öffnungsklauseln in der politischen Praxis genutzt werden, um Mehrheiten in den Rechtsetzungsorganen zu gewinnen und somit ein Rechtsetzungsprojekt erfolgreich zum Abschluss zu bringen. Freilich dürfen die Öffnungsklauseln anschließend nicht in ihrer Bedeutung relativiert oder auch nur ignoriert werden, wie die Kommission dies etwa bezüglich des Art. 88 Abs. 1 DSGVO versucht.²⁴ Wenn Rat und Parlament einer Verordnung nur deshalb zustimmen, weil sie den Mitgliedstaaten durch Öffnungsklauseln bestimmte Sachbereiche zur selbständigen Regelung vorbehält, dann muss diese Öffnung auch nach Inkrafttreten der Verordnung in vollem Ausmaß genutzt werden können.

D. Gestuftes Recht, differenzierte Rechtsetzungsverfahren

Die Verwebung der Rechtsordnungen muss sich auch auf die Rechtsetzungsverfahren auswirken. Um eine politische Blockade notwendig empfundener

²³ Vgl. EuGH, Urt. v. 12.6.2003, Rs C-112/00 (Schmidberger), ECLI:EU:C:2003:333.

²⁴ Vgl. zum Streit bzgl. des Charakters und der Reichweite des Art. 88 DSGVO A. Seifert, in: S. Simitis et al. (Hrsg.), Datenschutzrecht (2019), Art. 88 DSGVO Rn. 7 ff.

Rechtsänderungen zu verhindern, sind differenzierte Rechtsänderungsverfahren notwendig. Da aber die Verfahren regelmäßig an die Form anknüpfen, sieht eine kluge Rechtsordnung unterschiedliche Formen vor und ist also gestufter Natur. Der parlamentarische Rechtsetzungsakt bestimmt sich dann nur auf wesentliche Wertungs- und Grundfragen, während die Details einer weiteren Regelungsebene vorbehalten sind, die ihrerseits sehr viel einfacher zu ändern ist. Zwar ist eine solche Ebene durch ein schwächeres Maß an demokratischer Legitimation charakterisiert, doch ist die Wandelbarkeit und Anpassungsfähigkeit des Rechts insoweit ein wichtiger grundsätzlicher Aspekt, der die Anforderungen an das Maß an demokratischer Legitimation in Abhängigkeit von der Grundrechtsrelevanz der zu treffenden Regelungen spürbar absenkt.²⁵

Auch das Unionsrecht kennt eine solche Stufung – es räumt der Kommission nach Maßgabe der Art. 290 und 291 AEUV die Möglichkeit zum Erlass von delegierten Rechtsakten bzw. Durchführungsrechtsakten ein.

Das föderale Recht Deutschlands etwa geht über diese Art der Stufung aber hinaus.²⁶ Hier können die Rechtsetzung des Bundes mit der der Länder dadurch verzahnt werden, dass Bundesgesetze Ermächtigungen zu ihrer Konkretisierung durch Rechtsverordnungen der Länder enthalten (Art. 80 Abs. 1 S. 1 GG). Seit der Verfassungsänderung von 1994 können die Länder gemäß Art. 80 Abs. 4 GG von entsprechenden Ermächtigungen auch durch den Erlass von formellen Gesetzen Gebrauch machen. Ungeachtet ihrer geringen praktischen Bedeutung²⁷ verdeutlicht diese Vorschrift in besonderer Weise, dass ein und dieselbe materielle Regelung in einzelnen Ländern durchaus unterschiedlich konkretisiert und angewendet werden kann, ohne dadurch die Regelung als solche oder gar die gesamte Bundesebene in Frage zu stellen.

Auch die bereits genannte Abweichungsgesetzgebung nach Art. 72 Abs. 3 GG ist ein Beispiel dafür, dass verschiedene Normebenen nicht streng hierarchisch, sondern auch konsekutiv gedacht werden können, so dass etwaige Normkonflikte nicht nach dem *lex-superior*-, sondern nach dem *lex-posterior*-Grundsatz zu lösen sind.

E. Föderale Vielfalt, relativierte Einheit

Die Abweichungsgesetzgebung in Deutschland ist ein gutes Beispiel, wie föderale Vielfalt und grundsätzliche Einheit in einen Ausgleich gebracht werden können. Dabei lässt sich natürlich nicht bestreiten, dass Abweichungsgesetze für den Rechtsanwender zunächst einmal Rechtsunsicherheit mit sich bringen.

²⁵ Zu den Voraussetzungen des Art. 80 GG und zu den Anforderungen der sog. Wesentlichkeitsrechtsprechung des BVerfG vgl. statt vieler *B. Remmert*, in: T. Maunz et al. (Hrsg.), Grundgesetz (70. Lfg., 2013), Art. 80 Rn. 64.

²⁶ Zum Vergleich siehe etwa *M. Möstl*, Rechtsetzungen der europäischen und nationalen Verwaltungen, DVBl 2011, 1076-1084, 1080.

²⁷ Vgl. dazu *Remmert*, in: Maunz/Dürig (Fn. 25), Art. 80 GG Rn. 199.

Die Rechtslage lässt sich nicht mehr auf einen Blick erfassen, sondern muss sorgfältig recherchiert werden. Das mag insbesondere für Unternehmer oder Investoren mühevoll sein. Den eigentlich Betroffenen hingegen wird die Rechtslage stets klar oder jedenfalls mit angemessenem Aufwand erkennbar sein. Bereits insofern ist dem letztlich ja trivialen Argument, eine einheitliche Regelung führe regelmäßig zu mehr Rechtssicherheit, die Schlagkraft genommen. So richtig es sein mag, die Einheit der Rechtsordnung primär aus der Perspektive der Normunterworfenen zu betrachten und rechtsstaatlich mit den Prinzipien der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit zu unterfüttern, so unzureichend wäre es, die nicht nur föderale, sondern letztlich auch demokratische Bedeutung eigenständiger Rechtsetzungsbefugnisse der Bundesländer für das Gesamtsystem zu ignorieren. Denn mit dem Verlust eigenständiger Gestaltungsmacht geht unter Umständen zugleich auch die Akzeptanz gegenüber dem zentral gesetzten Recht verloren.

Dies mag für die Ebene der Europäischen Union näher dargestellt werden. Hier läuft das Plädoyer für einen größeren Spielraum der unteren Ebene, der Mitgliedstaaten, der Sache nach auf eine gestufte, auf eine differenzierte Integration hinaus, ermöglicht eine solche zumindest. Sofern sie im geltenden Recht angelegt ist, sei es im Primärrecht, sei es im Sekundärrecht, ist sie ohne Frage ein geeignetes Mittel, um die legitimations- und akzeptanzschaffende Kraft in den Mitgliedstaaten zu aktivieren, die ihrerseits der gesamten EU zu Gute kommt. Mögen entsprechende mitgliedstaatliche Spielräume beim Vollzug der Ergänzung und partiellen Suspendierung von EU-Recht auch der Einheitlichkeit des Europarechts entgegenstehen, ist diese Relativierung der Unitarisierung doch mit einer Steigerung der Akzeptanz der EU günstig erworben.

Die von Art. 20 EUV ermöglichte verstärkte Zusammenarbeit weist in diese Richtung. Sie verzichtet bewusst auf die sonst zentrale Forderung nach der Einheitlichkeit des Unionsrechts und nimmt eine Differenzierung des in den Mitgliedstaaten geltenden Rechts in Kauf, wenn auch nicht aus tieferer Einsicht in die Vorteile föderaler Freiräume, sondern nur im Interesse und zugleich unter der Voraussetzung einer fortschreitenden europäischen Integration.²⁸ Dass die Dynamik mit weniger Teilnehmern gegenüber einem gemeinsamen Stillstand als so vorzugswürdig empfunden wird, hängt mit dem Verständnis des prozesshaften Charakters der Europäischen Integration und der Sorge zusammen, der Fahrradfahrer könne umfallen, sobald er stehen bleibt.

Künftig sollte das Unionsrecht den Mitgliedstaaten aber mehr Spielräume zugestehen und mit unterschiedlichen rechtlichen Ausgestaltungen gelassener umgehen. Entscheidend wird jedoch auch für eine solche weitere Öffnung der mitgliedstaatlichen Spielräume sein, dass die verbleibenden europarechtlichen

²⁸ Zu Einzelheiten des Verfahrens nach Art. 18 vgl. statt vieler *M. Ruffert*, in: C. Calliess und M. Ruffert (Hrsg.), *EUV/AEUV* (5. Aufl., 2016), Art. 20 EUV Rn. 14 ff.; grundlegend *D. Thym*, *Ungleichzeitigkeit und europäisches Verfassungsrecht* (2004), passim.

Vorgaben nicht verhandelbar sind. Verhandlungslösungen, paktiertes Recht bzw. kooperatives Recht sind insofern für sich genommen zwar positiv konnotierte Begriffe, deren Gegenstand aber allenfalls in bilateralen Verhältnissen sachgerecht ist. Wenn das Recht insgesamt nur noch als Angebot empfunden wird, das man annehmen oder ablehnen, in jedem Fall aber verhandeln kann, dann verliert das Recht seine allgemeine legitimitätssichernde Kraft.

IV. Duldung widersprüchlicher Rechtsetzung

Das Plädoyer für eine größere föderale Vielfalt stößt sich naturgemäß mit dem Hauptanliegen des Topos der Einheit der Rechtsordnung, mit der Forderung nach einer widerspruchsfreien Rechtsetzung.

A. Arten von Widersprüchen

In der Lehre werden eine Reihe von Widersprüchen unterschieden. Gesetzestechnische Widersprüche etwa entstehen durch uneinheitlichen Sprachgebrauch, etwa durch eine nicht koordinierte Verwendung von Begriffen. Normwidersprüche liegen vor, wenn zwei Normen für denselben Tatbestand unterschiedliche Rechtsfolgen vorsehen. Wertungswidersprüche entstehen dadurch, dass neue Normen die Wertungen missachten, die dem geltenden Recht zugrunde liegen. Teleologische Widersprüche treten auf, wenn das Erreichen der von einer Norm verfolgten Zielsetzungen durch andere Regelungen vereitelt wird. Prinzipienwidersprüche schließlich resultieren aus Konflikten zwischen den Grundgedanken, die für eine Regelung maßgebend sind.²⁹

B. Fehlende Vermeidbarkeit von Widersprüchen ohne Verzicht auf Rechtsetzung

Diese Kategorisierung der Widerspruchsarten ist im Rahmen dieses Beitrags durchaus von Bedeutung. Denn sie verdeutlicht, dass solche Widersprüche wahrscheinlicher werden, wenn die maßgebenden Normen von unterschiedlichen Ebenen erlassen werden. Dabei können Widersprüche als unbeabsichtigte, jedenfalls ungewollte Folge eigener Rechtsetzungstätigkeit auftreten, zugleich aber auch durchaus als intendierte, jedenfalls aber in Kauf genommene Konsequenz erscheinen. Im Unterschied zur Rechtsetzungstätigkeit auf einer Regelungsebene, bei der solche Widersprüche natürlich ebenfalls entstehen können, fehlt der einen Ebene im Falle der föderalen Ordnung aber die Möglichkeit, den Widerspruch zu vermeiden, ohne zugleich auf die eigene Rechtsetzung verzichten zu müssen.

²⁹ Vgl. zum Ganzen *G. Müller* und *F. Uhlmann*, *Elemente einer Rechtsetzungslehre* (3. Aufl., 2013), § 9 Anm. 6 m.w.N.

Wie in solchen Fällen zu verfahren ist, ist unklar. Natürlich lassen sich entsprechende gesetzgeberische Sorgfaltspflichten begründen, die im Falle ebenenübergreifender Rechtsetzung nicht nur aus dem Rechtsstaatsprinzip, sondern etwa auch aus dem Bundestaatsprinzip, namentlich aus der Bundestreue, bzw. aus der allgemeinen mitgliedstaatlichen Loyalitätspflicht, wie sie in Art. 4 Abs. 3 EUV zum Ausdruck kommt, abgeleitet werden. Namentlich Dagmar Felix versteht die Einheit der Rechtsordnung insoweit als Verbot der Beeinträchtigung von Zielsetzungen anderer Teilrechtsordnungen.³⁰ Doch selbst wenn sich solche prozeduralen Obliegenheiten begründen lassen, ist unklar, welche Konsequenzen aus ihrer Missachtung folgen sollen.

Das Bundesverfassungsgericht hat sich in einem Fall mit einer vergleichbaren Frage befassen müssen und festgehalten, dass

„der Steuergesetzgeber die vom Sachgesetzgeber getroffenen Entscheidungen nicht durch Lenkungsregelungen verfälschen [darf], deren verhaltensbestimmende Wirkungen dem Regelungskonzept des Sachgesetzgebers zuwiderlaufen. Sobald der Sachgesetzgeber für einen Sachgegenstand Regelungen trifft, muss der Gesetzgeber diese bei steuerlichen Lenkungen beachten.“³¹

Doch jenseits dieses besonderen Einzelfalls fragt sich, welche zweier widersprüchlicher Normen eigentlich mit dem Verdikt der Verfassungswidrigkeit belegt werden sollte – die später erlassene, weil sie den Widerspruch möglicherweise bewusst in Kauf genommen hat, jedenfalls aber hätte vermeiden können, oder die ursprüngliche, weil ansonsten der Anwendungsbereich des lex posterior-Grundsatzes erheblich eingeschränkt wäre, der jenseits seiner technisch anmutenden Wirkungen doch vor allem demokratietheoretisch begründet ist, sichert er doch einen Wandel des Rechts allein aufgrund veränderten Willens. Das Bundesverfassungsgericht hat diese Frage – zu Recht – nicht abstrakt geklärt, immerhin aber thematisiert: „Welche der einen Widerspruch begründenden Regelungen zu weichen hat, bestimmt sich grundsätzlich nach dem Rang, der Zeitenfolge und der Spezialität der Regelungen.“³²

Damit ist freilich wenig gewonnen. Viel spricht somit dafür, grundsätzlich einmal von der Geltung beider Normen auszugehen. Dies freilich bedeutet, dass die Rechtsordnung Widersprüche in Kauf nehmen muss, dass Widersprüche also auch von den Rechtsunterworfenen geduldet werden müssen.

C. Gesetz als Gegenstand und Maßstab der Widerspruchsfreiheit?

Auch in einem weiteren Aspekt muss die Reinheit der Lehre vor der Realität kapitulieren. In struktureller Hinsicht sei daran erinnert, dass das Postulat von der Einheit der Rechtsordnung verlangt, dass das einfache Gesetz nicht nur

³⁰ Vgl. etwa Felix (Fn. 1), 360.

³¹ BVerfGE 98, 106 (119).

³² BVerfGE 98, 106 (119).

zum Maßstab für andere Gesetze, sondern auch zum Maßstab seiner selbst wird.

Eine solche Selbstbindung mag in einem abgeschlossenen oder jedenfalls überschaubaren Sachgebiet nicht nur sinnvoll, sondern vielleicht auch noch möglich sein. Doch bereits bei der Regelung unterschiedlicher Rechtsgebiete wird es schwer, diesem Postulat zu genügen. Denn es verlangt, dass der Sachgesetzgeber eben nicht nur an die Verfassung, sondern auch an die anderen Sachgesetze gebunden ist. Im Ergebnis ist es selbstverständlich nicht nur rechtlich, sondern vor allen Dingen politisch zielführend, wenn sich unterschiedliche Regelungen nicht widersprechen, sondern an einem Strang ziehen, wenn etwa das allgemeine Ziel der unkomplizierten Bereitstellung von Wohnraum zur Vermeidung von Engpässen sowohl durch die Regelung im Bauplanungsrecht als auch durch die Regelungen im privaten Mietrecht und im Steuerrecht etwa aufeinander abgestimmt sind. In den allermeisten Fällen ist dies nicht möglich. Ursächlich sind triviale Faktoren – machtpolitische Überlegungen unterschiedlicher Ressorts, tatsächliche Überforderung der beteiligten Referate oder eben auch politisch begründete und demokratisch deshalb auch zu akzeptierende Entscheidungen der jeweiligen Mehrheit.

Solche Widersprüche müssen in Kauf genommen werden. Sie sind nicht nur Ausdruck einer gelebten Demokratie, sondern auch Ausdruck einer föderal gewollten Vielfalt. Der Verfassung jenseits konkreter Kompetenz- und Verfahrensvorschriften und außerhalb der Grundrechte einen allgemeinen Maßstab zu entnehmen, der dann, angereichert um gesetzliche Inhalte, verbindlich über die Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes, mithin über die Geltung von Gesetzen entscheiden soll, ist weder verfassungsrechtlich zulässig noch verfassungstheoretisch sinnvoll. Der mit dem Postulat von der Einheit der Rechtsordnung intendierten Rechtssicherheit und Rechtsklarheit wäre ein Bären dienst erwiesen, wenn über nahezu jeder Regel das Verdikt der Widersprüchlichkeit schwebte.

V. Schlussbemerkung

Föderale Vielfalt und Einheit der Rechtsordnung sind zwei Topoi, die unterschiedliche Zielsetzungen und Erwartungen zum Ausdruck bringen. Sie dürfen nicht vereinfachend mit möglicher Ungleichheit auf der einen Seite und intendierter Gleichheit auf der anderen Seite, nicht mit der Zulässigkeit von Widersprüchen einerseits und deren absolutem Verbot andererseits gleichgesetzt werden, auch wenn dieser kurze Beitrag dies möglicherweise hier und da suggeriert. Vielmehr lässt sich das Spannungsverhältnis in einen Ausgleich bringen, wenn insbesondere die Einheit der Rechtsordnung nicht in einem absoluten Sinne und vor allem nur als politische Maxime verstanden wird. Die notwendige Relativierung soll dabei in erster Linie am Beispiel des Europarechts dargelegt werden.

A. Relativierung des Postulats von der Einheit des Europarechts

Die Einheit des Unionsrechts ist möglicherweise ein überholtes,³³ vor allem aber auch ein nicht mehr notwendiges, sondern unter Umständen gar kontraproduktives Paradigma, das der Idee der Europäischen Union mehr schadet als nutzt. Das Postulat von der Einheit des Unionsrechts wird deshalb so stark betont, weil es zugleich auch der Legitimation des Unionsrechts dient. Im *Costa/E.N.E.L.-Urteil* führte der EuGH aus: „Denn es würde eine Gefahr für die Verwirklichung der [...] Ziele des Vertrags [...] bedeuten, wenn das Gemeinschaftsrecht [...] von einem Staat zum anderen verschiedene Geltung haben könnte.“³⁴

Die Bedeutung dieses Postulats für die bisherige Entwicklung der Europäischen Union ist unbestritten. Bestreitbar sind indes der Umfang, die Rigidität und die Konsequenzen, die aus der Absolutierung des Dogmas von der Einheit des Unionsrechts zur Sicherung der Verwirklichung folgen. Mit Hans Kelsen ist vielmehr bereits auf rechtstheoretischer Ebene daran zu erinnern, dass „die formale Einheit der Rechtsordnung [...] nicht mit materieller Einheit des Rechtsinhalts verbunden sein [muss]“, sondern sich „aus verschiedenen Gründen die Erforderlichkeit inhaltlicher Differenzierung der Rechtsordnung in Bezug auf verschiedene Teilgebiete ergeben.“³⁵ Darüber hinaus ist erneut daran zu erinnern, dass der Prozess der Konstitutionalisierung zahlreiche Vorentscheidungen auf die (schwer änderbare) primärrechtliche Ebene gezogen und sie dem Prinzip des Politischen damit entzogen hat. Doch sind wirklich sämtliche Vorgaben des Primärrechts so essentiell für die Union, dass keine mitgliedstaatlichen Abweichungen geduldet werden könnten? Erinnert man sich daran, dass im nationalen Recht Verletzungen des Bundesrechts noch nicht einmal in jedem Fall, sondern nur unter bestimmten Voraussetzungen der Revision durch Bundesgerichte unterworfen sind, könnte auch im Unionsrecht eine größere Gelassenheit gegenüber solchen Rechtsverletzungen geboten sein. Aus der Perspektive eines Bundesstaats erschiene es jedenfalls übertrieben, in jedem Außerachtlassen bundesrechtlicher Vorgaben einen Angriff auf die Rechtsordnung oder gar den Geltungsanspruch des Bundes zu sehen. Der Vergleich hinkt natürlich, weil der Bund auf der verfassungsgebenden Gewalt des deutschen Volkes beruht und die Länder insoweit nicht „Herren des Grundgesetzes“ sind, wie das Bundesverfassungsgericht in einem jüngeren Beschluss klargestellt hat.³⁶ Doch der Vergleich verdeutlicht, dass die Union sich selbst einen Gefallen täte, nicht jeden Verstoß gegen Unionsrecht als Vertragsverletzung im Sinne eines „Verfassungsverstößes“ zu behandeln. Im Übrigen gehört

³³ Zu dieser Frage *M. Nettesheim*, Die Einheit des Unionsrechts – ein überholtes Paradigma?, *EuR*, Beiheft 2/2013, 7–22.

³⁴ EuGH, Rs. 6/64, Slg. 1964, S. 1251 (1269).

³⁵ *H. Kelsen*, Allgemeine Staatslehre (1925, Nachdruck 1983), 165.

³⁶ BVerfG, Beschluss vom 18.12.2018, 2 BvR 349/16.

der Bruch zur Rechtsordnung durchaus hinzu. Eine Rechtsordnung, die sich bei jedem Rechtsbruch in Frage stellte, würde ihren eigenen Ansprüchen nicht gerecht. Vielmehr wird der Charakter des Rechts doch gerade auch durch seine Enttäuschungsfestigkeit geprägt: Eine Norm behält ihre Verbindlichkeit eben auch im Falle ihrer Missachtung.³⁷

B. Einheit der Rechtsordnung als Optimierungsaufgabe

Gesetzgebung – gerade auch in der EU – ist heute ein äußerst komplexer Prozess, der durch konstitutionelle Rahmenbedingungen ebenso wie etwa auch durch Pfadabhängigkeiten gekennzeichnet ist und an dem vor allem zahlreiche Akteure beteiligt sind. Es gibt weder einen institutionellen Gesetzgeber im Singular noch agieren die verschiedenen hoheitlichen Rechtsetzungsorgane in einem geschlossenen System. Das Ziel, Steuerungswirkungen in der und auf die Realität zu entfalten, lässt sich vielmehr von vorneherein nur erreichen, wenn diese Realität schon hinreichend im Rechtsetzungsprozess berücksichtigt wird. Die Komplexität der Rechtsetzung und die Pluralität ihrer Akteure steht insofern der Forderung nach einer strengen Rationalität des Rechts entgegen, noch dazu unter den Bedingungen einer offenen demokratischen Gesellschaft. Wer den notwendigen Kompromisscharakter demokratisch erlassenen Rechts erkennt, muss von vermeintlich imperfekten Gesetzen enttäuscht sein. Wer hingegen anerkennt, dass Gesetze vielfältigen und zuweilen unterschiedlichen Rationalitäten genügen müssen, der wird sich mit optimalen Gesetzen zufrieden geben.

Die Einheit der Rechtsordnung kann vor diesem Hintergrund in einer föderalen Ordnung nur als sinnvolle legislative Handlungsmaxime begriffen werden,³⁸ nicht indes als verfassungsrechtliches Gebot, dessen Verletzung die Verfassungswidrigkeit von Rechtsnormen begründen würde.

³⁷ N. Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft* (1993), 131 f.

³⁸ Ähnlich versteht K. Schmidt, (Fn. 9), 28, die Einheit der Rechtsordnung „als einen dialektischen Prozeß, als ständiges Bemühen, Auseinanderstrebendes zusammenzuhalten.“