

Das grundfreiheitliche Gebot „Du sollst nicht diskriminieren“

– Zu rechtlichen Fragen mittelbarer Diskriminierung am Beispiel der deutschen PKW-Maut –

Abstract

Using the example of the ECJ's decision on the German infrastructure use charge for passenger vehicles (C-591/17), the article addresses methodological questions of indirect discrimination in the context of the EU's fundamental freedoms. In doing so, the question is raised whether the construction of the passenger vehicle use charge is – due to the controversy – a legal example of what can be described as a reversible figure. The central thesis is that this impression only arises due to a certain methodological perspective. The impression of a reversible figure can be dissolved as a mere illusion if one broadens the methodological perspective for the understanding of indirect discrimination. Figuratively speaking, one has to take a step back and not only focus on the discriminatory character of the vehicle use charge.

Résumé

En utilisant l'exemple de la décision de la CJUE sur la redevance d'utilisation de l'infrastructure allemande pour les véhicules de tourisme (C-591/17), l'article aborde les questions méthodologiques de la discrimination indirecte dans le contexte des libertés fondamentales de l'UE. Ce faisant, la question est posée de savoir si la construction de la redevance d'utilisation des véhicules de tourisme est – en raison de la controverse – un exemple juridique de ce qui peut être décrit comme une figure réversible. La thèse centrale est que cette impression ne survient qu'en raison d'une certaine perspective méthodologique. L'impression d'un chiffre réversible peut être dissoute comme une simple illusion si l'on élargit la perspective méthodologique pour la compréhension de la discrimination indirecte. Au sens figuré, il faut prendre du recul et ne pas se concentrer uniquement sur le caractère discriminatoire de la redevance d'utilisation des véhicules.

I. Einleitung: die deutsche PKW-Maut als juristisches Kippbild?

Wer etwas wie ein religiöses Gebot formuliert, dem geht es regelmäßig nicht um feine Unterscheidungen. Beispielsweise liefert das allseits bekannte Gebot „Du sollst nicht töten“ keine Antwort darauf, ob auch die fahrlässige oder gar nichtfahrlässige Tötung umfasst ist oder unter welchen Umständen eigentlich eine Notwehrlage eine Durchbrechung des göttlichen Befehls erlauben könnte.¹ Man kann es auch so ausdrücken:

1 Siehe zum Beispiel für (implizite) Abhängigkeiten zwischen nebenläufigen Rechtsquellen K. Schneider, Offene Rechtsquellenarchitektur, 2016 (Manuskript), Abschnitt D. I. 3.

Die Betonung als sakrales Gebot und die Bedeutung für einen konkreten Fall sind zwei paar Schuhe.

Im Verfahren zur deutschen PKW-Maut hatte auch der Generalanwalt *Nils Wahl* den Schlussantrag mit einem Gebot eingeleitet: „Du sollst nicht diskriminieren“. Er ergänzte, dass, wenn es möglich wäre, den gesamten Bestand des Unionsrechts in wenigen Geboten zusammenzufassen, das Diskriminierungsverbot, insbesondere das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit, wahrscheinlich eines der ersten wäre.² Der rhetorische Kniff des Generalanwalts lag nun aber gerade darin, in den folgenden Randnummern den Verstoß gegen das sakrale Gebot des Unionsrechts zu verneinen und damit Intuitionen eines klaren Diskriminierungsfalles eines Besseren zu belehren. Dies überraschte viele nicht zuletzt deswegen, weil die deutsche PKW-Maut im politischen Raum zunächst als „Ausländer-Maut“ beschrieben wurde.³ Das war politisch im Wahlkampf 2013 durchaus gewollt. Denn es trug dem vorwiegend im Süden Deutschlands ausgeprägten Bedürfnis Rechnung, für die Benutzung deutscher Autobahnen ein ähnliches Preisschild aufzustellen, das der eigenen Erfahrung in der Grenzlage entsprach.

Trotz des rhetorischen Kniffs überzeugte der Generalanwalt den Gerichtshof nicht. Mitte 2019 erachtete dieser die Regelungen der deutschen PKW-Maut als Verstoß gegen die Grundfreiheiten. Einmal mehr war die These widerlegt, dass der Gerichtshof stets im argumentativen Windschatten der Schlussanträge segelt.⁴

Wegen ihrer hohen politischen Bedeutung blieb die deutsche PKW-Maut auch im Anschluss an die Entscheidung Gegenstand von Kontroversen⁵ und führte zu einem parlamentarischen Untersuchungsausschuss. In dessen Abschlussbericht Mitte 2021 zeigen sich in Bezug auf die Absehbarkeit des EuGH-Urteils entgegengesetzte politische Bewertungen.⁶ Das verwundert wenig. Denn bewerten politisch plural besetzte Gremien Sachverhalte entlang von Parteilinien unterschiedlich, beruht dies meist auf den Bindungskräften politischer Loyalität. In der Sprache der Kognitionswissenschaften spricht man von *motivated reasoning*.⁷ Bezeichnet ist damit das Bemühen um Begründungen und Bewertungen in die gewünschte Richtung.

Blickt man dagegen auf Stellungnahmen in der Europarechtswissenschaft, zeigt sich eine selten einmütige Deutung. Sie legt nahe, dass das Verdikt des Unionsrechtsverstoßes seitens des Gerichtshofs unausweichlich war.⁸ Stand der deutschen PKW-Maut also die Unionsrechtswidrigkeit auf der Stirn? War die Einschätzung des Gene-

2 Schlussantrag GA *Wahl*, ECLI:EU:C:2019:504 Rn. 1 f. – *PKW-Maut*.

3 Nachw. in der Anm. von *A. Broschart*, ZUR 2019, 473 (491).

4 So war es bspw. auch schon bei der berühmten Entscheidung *van Gend Loos* des EuGH, ECLI:EU:C:1963:1.

5 Zur Bejahung der Schadenersatzpflicht gegenüber den vorgesehenen Betreibern der PKW-Maut durch ein Schiedsgericht siehe Beck aktuell v. 18.3.2022, becklink 2022668.

6 Siehe den Bericht des 2. Untersuchungsausschusses der 19. Wahlperiode BT-Drucks. 19/30500.

7 Zum Phänomen *D. M. Kahan/D. Hoffman/D. Evans et alia*, U. Pa. L. Rev. 164 (2016), S. 349; *A. M. Sood*, Annu. Rev. Law Soc. Sci. 2013, 9:307.

8 MWNachw. *Terhechte*, JZ 2020, 257 „Die Bundesrepublik ist hier sehenden Auges in ihr unionsrechtliches „Verderben“ gerannt“; siehe auch *Epiney*, in Dausen/Ludwigs (Hrsg.), Art. 18 Rn. 170; im Vorfeld etwa *Korte/Gurreck*, EuR 2014, 420 (433); vgl. auch die deutliche Bewertung des Sachverständigen *F. Mayer* in der Anhörung vor dem Deutschen Bundestag,

ralanwalts daher eine fachlich schwer erklärliche Abirrung, ebenso wie diejenige der Europäischen Kommission, die das 2015 eröffnete Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland 2017 einstellte⁹? Lag hierin auch ein Fall des *motivated reasoning* – wie mit Blick auf den Generalanwalt teilweise angesichts seines bevorstehenden Ausscheidens und der Frage nach der persönlichen Zukunft gemutmaßt wurde¹⁰?

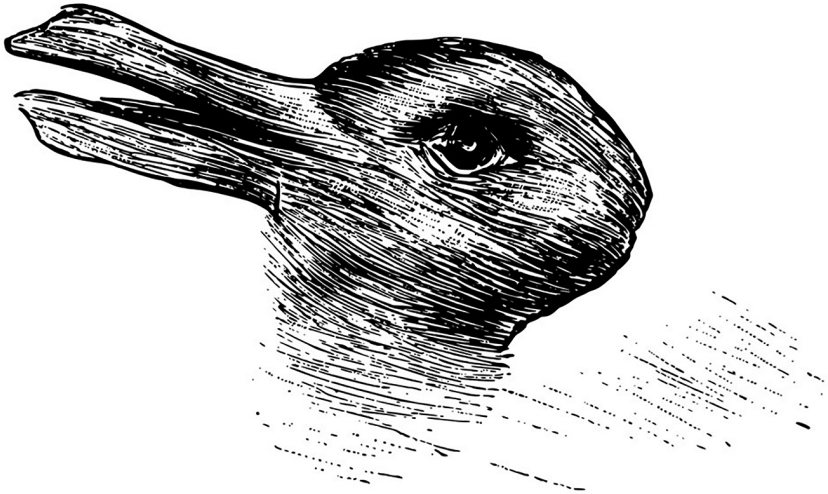
Die Frage zu stellen, rückt unweigerlich die genuin juristische Bewertung der Konstellation entlang der Grundfreiheiten in den Vordergrund. Und hinsichtlich dieser lässt sich die Frage aufwerfen, ob es sich bei der deutschen PKW-Maut wirklich um einen klaren Fall handelte. Konzeptionell am anderen Ende läge das, was man in der angloamerikanischen Rechtsphilosophie als *hard case* beschreibt. Übersetzt bedeutet dies so viel wie komplizierter oder schwieriger Rechtsfall. Die Annahme eines solchen liegt in Konstellationen nahe, bei denen die rechtliche Lösung auf Argumente angewiesen ist, die hinter der Sprache des positiven Gesetzesrechts liegen und bei der verschiedene Sichtweisen nachvollziehbar konkurrieren.¹¹

Am besten lässt sich die charakteristische Situation eines schwierigen Rechtsfalls mit dem Bild einer Kippfigur vergleichen. Denn Kippfiguren zeichnen sich dadurch aus, dass auch bei näherem Hinsehen mit guten Gründen entweder das eine oder etwas Anderes wahrgenommen werden kann. Bei der berühmten Kippfigur aus der humoristischen Wochenschrift *Fliegende Blätter* 1892¹² nehmen Beobachter beispielsweise entweder Kaninchen oder aber Ente wahr, jedoch niemals beides zusammen und gleichzeitig.

Protokoll-Nr. 18/100 der Öffentlichen Anhörung in der 100. Sitzung des Ausschusses für Verkehr und digitale Infrastruktur vom 20. März 2017, S. 11: „Was Sie hier beraten, was mit dieser neuen Gesetzgebung passieren würde, wäre eine aktiv betriebene und politisch gewollte Diskriminierung ausländischer Unionsbürger. Und damit rühren Sie an die Tiefenstruktur der Europäischen Union als Rechtsgemeinschaft.“; Widerspruch kommt bspw. von *C. Hillgruber* aaO S. 13: „Ich habe damals schon gesagt, hier liegt keine mittelbare Diskriminierung vor und bei diesem Standpunkt bleibe ich auch heute.“

- 9 Siehe hierzu EU Kommission, abrufbar unter https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/MEMO_17_1280; siehe zur Einordnung des Kompromisses als starkes Signal der Europarechtskonformität seitens *F. Kainer* Bericht des 2. Untersuchungsausschusses der 19. Wahlperiode, BT-Drucks. 19/30500, S. 169.
- 10 Siehe den Thread von *Mayer* auf Twitter, abrufbar unter https://twitter.com/prof_mayer/status/1218014140272381953 (abgerufen am 8.12.2022).
- 11 *F.R. Kellog*, What Precisely is a 'Hard' Case? Waldron, Dworkin, Critical Legal Studies, and Judicial Recourse to Principle (April 2013), abrufbar unter SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2220839> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2220839>.
- 12 Zeitschrift *Fliegende Blätter*, Nr. 2465, S. 145, (abrufbar unter <https://digi.ub.uni-heidelberg.de/diglit/fb97/0147/image,info>).

Welche Tiere gleichen ein- ander am meisten?



Kaninchen und Ente.

Kann man vergleichbares auch mit Blick auf die Konstruktion der deutschen PKW-Maut sagen, in ihr also mit guten Gründen entweder eine Diskriminierung oder keine Diskriminierung sehen? Und wenn nein, warum eigentlich nicht?

Die zentrale These des Beitrags ist, dass der Eindruck eines Kippbildes (nur) durch einen bestimmten methodischen Zugang entsteht, hierdurch aber auch erklärbar wird. Sein Kennzeichen ist, dass allein auf den diskriminierenden Charakter der Konstruktion der PKW-Maut als solchen abgestellt wird. Der Eindruck eines Kippbildes lässt sich hingegen als bloße Illusion auflösen, wenn man die methodische Perspektive für das Diskriminierungsverständnis weitet. Bildlich gesprochen muss man einen Schritt zurücktreten und sich von der Betrachtung der konkreten Konstruktion der PKW-Maut lösen.

In einem ersten Schritt skizziert der Beitrag zunächst die Schlüsselrolle der Frage der (mittelbaren) Diskriminierung im Recht der Grundfreiheiten (II.). In einem zweiten Schritt werden die Grundzüge der Konstruktion der deutschen PKW-Maut veranschaulicht (III.). Im Anschluss werden die verschiedenen Antworten und methodischen Ableitungen von Generalanwalt und Gerichtshof auf die Frage, ob eine mittelbare Diskriminierung vorliegt oder nicht, einander gegenübergestellt (IV.). Abschließend wird ein von den Beteiligten unbenannter methodischer Aspekt vorgestellt, der

für das Verständnis der Auslegung des Diskriminierungsverbots im Fall aber zentral ist (V.).

II. Grundfreiheiten und Diskriminierungsschutz

Im Fall der PKW-Maut relevante Grundfreiheiten waren die Warenverkehrsfreiheit aus Art. 34 AEUV, die Dienstleistungsfreiheit aus Art. 56 AEUV und vor allem das allgemeine Diskriminierungsverbot aus Art. 18 AEUV. Letzteres kommt im Verbund mit dem Freizügigkeitsrecht der Unionsbürger in Art. 21 AEUV subsidiär zu den Marktfreiheiten zur Anwendung. Die diskriminierungsfreie Freizügigkeit wird auch als Grundfreiheit ohne Markt¹³ bezeichnet, weil sie keinen für die Marktfreiheiten typischen wirtschaftlichen Zusammenhang voraussetzt.

Der Begriff der Grundfreiheiten ist bis heute kein Begriff, den die primärrechtlichen Verträge zur Beschreibung der relevanten Normen verwenden. Er wurde erst relativ spät seitens der Rechtsprechung des Gerichtshofs aufgegriffen, nachdem er in Verfahrensschriftsätzen verwendet wurde.¹⁴ Der Gerichtshof hat ihn seitdem in seiner Rechtsprechung in den gefestigten Begriffskanon übernommen.¹⁵ Die erfolgreiche Begriffsmigration in amtliche Rechtssprache verdankt sich vor allem der sachlichen Nähe zu dem Verfassungsbegriff der Grundrechte.¹⁶ Hierdurch zum Ausdruck kommt nämlich, dass das Unionsrecht mit den Grundfreiheiten ein grundsätzliches Individualversprechen gibt, obwohl der Wortlaut der Bestimmungen in der Tradition eines völkerrechtlichen Verständnisses allein staatengerichteter Verpflichtungen steht. Die Begriffsbildung ist in gewisser Weise eine Art rhetorische Brücke im Nachgang zu den großen Verfassungsentscheidungen des Gerichtshofs in den 1960er¹⁷ Jahren, die Vertragstext und -verständnis verbindet. Denn die Bedeutung des Einzelnen zur Begründung des Charakters einer neuen Rechtsordnung hatte zwar den methodischen Charme, die tradierte Rolle des Wortlauts bei der Auslegung relativieren zu können und so eine gehärtete Normativität des Gemeinschaftsrechts zu initiieren,¹⁸ ohne dass dieses Verständnis aber einen sprachlich wiedererkennbaren Anker hatte.

Der Begriff „Grundfreiheiten“ kann aber auch ein Stückweit in die Irre leiten. Die Grundfreiheiten verbiefen weniger *Freiheitsschutz* als vor allem *Gleichheitsschutz*. So ist es grundsätzlich verboten, dass beim Verkehr von Waren, Dienstleistungen oder

-
- 13 F. Wollenschläger, Grundfreiheit ohne Markt, 2007; siehe auch M. Schweitzer, Die fünfte Grundfreiheit, in: FS Bothe, 2008, S. 1171; siehe jedoch den Hinweis auf den die Römischen Verträge verkürzenden Charakter der Beschreibung der Rolle des Einzelnen als „Marktbürger“ bei Schönberger, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 76. EL Mai 2022, AEUV Art. 20 Rn. 8.
 - 14 MNachw. F. Schorkopf, Der Europäische Weg, 3. Aufl. 2020, S. 86 f.
 - 15 Siehe bspw. konkret im Kontext der Unionsbürgerschaft EuGH, ECLI:EU:C:2021:602 Rn. 84.
 - 16 Die EMRK verwendet den Begriff in Ihrem Titel: „Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten“. Siehe jüngst zur dogmatischen Einordnung als Grundrechte Gourdet, Europäischer Grundrechtsschutz, 2021, S. 105 f.
 - 17 EuGH, ECLI:EU:C:1963:1 – *Van Gend & Loos*; ECLI:EU:C:1964:66 – *Costa E.N.E.L.*
 - 18 Eingehend U. Haltern, Europarecht Bd. 2, 3. Aufl. 2017, Rn. 994 ff.

Personen die Herkunft bzw. Staatsangehörigkeit eine Rolle spielt.¹⁹ Diese Stoßrichtung der Grundfreiheiten veranschaulicht auch das anfängliche Zitat aus dem Schlussantrag des Generalanwalts.²⁰ Zwar geht der Schutz der vier Marktfreiheiten²¹ seit der berühmten *Dassonville*-Rechtsprechung über den bloßen Diskriminierungsschutz hinaus.²² Aber auch bei einer Prüfung der Marktfreiheiten kommt dem Schutz vor Diskriminierungen weiterhin eine besondere Bedeutung zu. So unterfallen diskriminierende Maßnahmen beispielsweise nicht der Bereichsausnahme nach der Keck-Rechtsprechung.²³ Praktisch bedeutet dies, dass diskriminierende Maßnahmen selbst dann verboten bleiben, wenn sie bloße Verkaufsmodalitäten sind. Darüber hinaus unterliegen diskriminierende Maßnahmen deutlich höheren Rechtfertigungsanforderungen.²⁴ Kurzum: die Frage, ob eine Diskriminierung vorliegt oder nicht, ist eine Schlüsselfrage aller Grundfreiheiten.²⁵

Wann liegt aber eine für die Grundfreiheiten relevante Diskriminierung vor? Konzeptionell lassen sich zwei Typen von Diskriminierungen unterscheiden:²⁶ Die unmittelbare und die sog. mittelbare Diskriminierung. Zum Teil wird die mittelbare Diskriminierung auch als faktische, versteckte, indirekte, implizite oder *de facto* Diskriminierung bezeichnet. Von der Bezeichnung unabhängig ist der zentrale Gedanke. Der Diskriminierungsschutz soll nicht nur solche Ungleichbehandlungen erfassen, die bereits durch die ausdrückliche Anknüpfung *in einer* Regelung offenbar werden – wenn bspw. der Tatbestand an die deutsche Staatsangehörigkeit oder an inländische oder ausländische Waren anknüpft. Erfasst werden sollen auch diejenigen Ungleichbehandlungen, die erst bei einem Blick auf die praktische Bedeutung einer Regelung in der

19 H. Sauer, JuS 2017, 310 (311).

20 Oben Fn. 1.

21 In der Literatur wird zum Teil vertreten, dass die Grundfreiheiten im Binnenmarkt ausschließlich dem Schutz vor Diskriminierungen (und nicht dem Freiheitsschutz) dienen sollen, so T. Kingreen, in Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 36 AEUV Rn. 68 ff.

22 Wobei insoweit ironisch ist, dass es zur Erfassung der Konstellation gerade keines über den Diskriminierungsschutz hinausgehenden Schutzes bedurft hätte, da der EuGH selbst im Rahmen der Rechtfertigung von einer verschleierte Beschränkung zwischen den Mitgliedstaaten ausgeht, EuGH, ECLI:EU:C:1974:82 – *Dassonville* Rn. 7-9.

23 Vgl. hierzu etwa Schlussanträge GA Bot, ECLI:EU:C:2015:845 Rn. 61 ff.; auch nach dem sog. neueren Drei-Stufen-Test, dessen Verhältnis zu der Keck-Bereichsausnahme noch nicht abschließend geklärt ist, ist die erste Frage, ob eine Maßnahme bezweckt oder bewirkt, dass Waren aus anderen Mitgliedstaaten ungünstiger behandelt werden, siehe etwa J. Lorenzen, JURA 2021, 607 (615).

24 So ist es bspw. eine unstrittene Frage, ob die immanenten *Cassis*-Rechtfertigungsgründe im Falle von mittelbaren Diskriminierungen als Rechtfertigung herangezogen werden können, siehe gegen eine Rechtfertigung auf Grundlage „zwingender Erfordernisse“ *Pache*, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach (Hrsg.), Europarecht, 3. Aufl 2020, § 10 Rn. 55. Hier stellt sich insoweit auch die Frage der Abgrenzung von bloßen Freiverkehrbeschränkungen und Diskriminierungen. Die Schwierigkeit, diese abzugrenzen, wird häufig als Argument angeführt, dass zwingende Allgemeinwohlgründe eine Rechtfertigung tragen können, siehe hierzu J. Lorenzen, JURA 2021, 607 (617); H. Sauer, JuS 2017, 310 (311 f.).

25 Siehe zum „Diskriminierungsschutz als „unstreitige“ bzw. „Urfunktion der Grundfreiheiten“ W. Cremer, JURA 2015, 39 (47).

26 H. Sauer, JuS 2017, 310 (311 f.).

Wirklichkeit offenbar werden, also wenn man ihre typischen Auswirkungen berücksichtigt.²⁷

Ein Beispiel bildet etwa die Regelung zur Vermarktung von Bier, nach der unter der Bezeichnung „Bier“ nur vermarktet werden durfte, was nach dem deutschen Reinheitsgebot von 1516 gebraut wurde. Eine solche Regelung erfasst zwar oberflächlich unterschiedslos alle Wirtschaftsteilnehmer, die ihr Produkt als „Bier“ verkaufen wollen – sie ist also nicht unmittelbar diskriminierend. Praktisch wirkt sie sich aber in sehr selektiver Weise auf die Marktchancen aus. Wenig Schwierigkeiten bereitet sie typischerweise den ohnehin mit der deutschen Tradition vertrauten Marktteilnehmern aus Deutschland. Große Schwierigkeiten bereitet sie typischerweise den Marktteilnehmern, deren nationale Bierbrautradition keinem vergleichbaren Reinheitsmythos anhängt und die im deutschen Markt neu Fuß fassen wollen. Eine solche Wirkungsweise von unterschiedslos formulierten Regelungen ist Kennzeichen der mittelbaren Diskriminierung als Beeinträchtigungsform der Grundfreiheiten.²⁸

III. Konstruktion der deutschen PKW-Maut

Inwieweit handelt es sich nun aber bei der PKW-Maut um einen ähnlichen Fall einer mittelbaren Diskriminierung? Die Konstruktion der deutschen PKW-Maut beruhte auf einer Kombination von zwei gesetzgeberischen Maßnahmen.

Die erste Maßnahme bildete eine sog. Infrastrukturabgabe für PKW, die deutsche Autobahnen benutzen. Unterschieden wurde zwischen Haltern mit in Deutschland zugelassenen Fahrzeugen und solchen, deren Fahrzeuge nicht in Deutschland zugelassen waren. Halter von in Deutschland zugelassenen Fahrzeugen sollten einheitlich und ausnahmslos eine Abgabe als Jahresvignette entrichten. Die für ein konkretes Fahrzeug vorgesehene Höhe der Abgabe richtete sich nach Hubraum, Antriebsart und Emissionsklasse. Vorgesehener Höchstpreis waren 130 Euro. Halter mit nicht in Deutschland zugelassenen Fahrzeugen sollten eine Abgabe maximal in Höhe der Jahresvignette entrichten. Wollten sie deutsche Autobahnen für kürzere Zeiträume benutzen, konnten sie aber auch eine geringere Abgabe entrichten, beispielsweise im Rahmen einer Zehntagesvignette. Deren Höchstpreis waren 25 Euro.

Die zweite Maßnahme, die für die Konstruktion der deutschen PKW-Maut relevant war, bildete eine gleichzeitige Steuerentlastung. Namentlich die Kraftfahrzeugsteuer auf inländische PKW sollte ermäßigt werden – wiederum differenziert nach Hubraum und Antriebsart. Dabei war in dem Gesetz vorgesehen, dass die Ermäßigung erst ab dem Zeitpunkt der Erhebung der Infrastrukturabgabe vorgenommen wird.

Für das Verständnis des Zusammenwirkens der Maßnahmen wichtig ist, dass im Ergebnis die Höhe der neuen Infrastrukturabgabe in keinem Fall die Ermäßigung der

27 Zur Fallgruppe einer Anknüpfung staatsangehörigkeitsähnlicher Merkmale, die eher als verkappte Anknüpfungen an die Staatsangehörigkeit erscheinen und bei denen daher auf statistische Erhebungen verzichtet werden kann *W. Michl*, in: Frankfurter Kommentar, Art. 18 AEUV Rn 17 f.

28 Siehe zum vergleichbaren Kontext der Diskussion der mittelbaren Diskriminierung im Antidiskriminierungsrecht umfassend *U. Sacksofsky*, in: A. K. Mangold/M. Payandeh (Hrsg.), Handbuch Antidiskriminierungsrecht, 2022, § 14 Rn. 101 ff.

Kraftfahrzeugsteuer überstiegen hätte. Die inländischen Autohalter sollten also nie das Gefühl haben, dass Autofahren teurer wird.

Diese Konstruktion der PKW-Maut war eindeutig nicht unmittelbar diskriminierend. Denn sie knüpfte an keiner Stelle unmittelbar an die Staatsangehörigkeit der Halter an. Schließlich konnten auch Unionsbürger und nicht nur deutsche Staatsangehörige Halter eines KFZ in Deutschland und kraftfahrzeugsteuerpflichtig sein. Und italienischer Parmesan oder französischer Bordeaux-Wein können auch mit einem in Deutschland zugelassenen Kleintransporter über deutsche Autobahnen von A nach B fahren.

Die rechtlich zentrale Frage war also die der *de facto* Ungleichbehandlung von Deutschen und Unionsbürgern, oder von deutschen und unionalen Produkten. In Bezug auf die Ausgangslage waren sich Generalanwalt und EuGH in mehreren Punkten einig. Zum einen waren sie sich einig, dass die beiden Maßnahmen, also Vignettenpflicht und Steuerentlastung, in ihren Auswirkungen zusammen beurteilt werden können.²⁹ Einfacher Grund hierfür war, dass zwischen den beiden Maßnahmen ein zeitlicher und inhaltlich enger Zusammenhang bestand. Dies hatte auch die Bundesrepublik im Verfahren eingeräumt. Angesichts des Wahlkampfgetöses aus dem Süden wäre es auch schwergefallen, im Verfahren gesichtswahrend anderes zu behaupten. Einigkeit zwischen Generalanwalt und Gerichtshof bestand darüber hinaus darin, dass faktisch die Halter inländischer Fahrzeuge typischerweise deutsche Staatsangehörige sein werden.

IV. Zwei Antworten auf die Frage der mittelbaren Diskriminierung: EuGH und Generalanwalt

1. EuGH: „Teurer nur für Nichtinländer“-Argument

Diese Verknüpfung übersetzte der Gerichtshof in seiner Entscheidung ohne größere Zwischenschritte in die Schlussfolgerung, es liege eine *de facto* Diskriminierung vor.³⁰ Das zentrale Argument bildet eine rein wirtschaftliche Betrachtung vor und nach der Einführung der PKW-Maut. Denn diese zeige, dass die Maßnahmenkombination eben nicht unterschiedslos wirke. Nur für Personen, die Fahrer eines im Ausland zugelassenen Fahrzeugs sind und deutsche Autobahnen befahren, entsteht wirtschaftlich betrachtet eine neue finanzielle Last. Und dies sind typischerweise Personen ohne deutsche Staatsangehörigkeit. Für sie wird das Fahren auf deutschen Autobahnen teurer. Ähnliches gilt im Bereich des Waren- und Dienstleistungsverkehrs. Von den mit der deutschen PKW-Maut zusätzlich anfallenden höheren Transport- bzw. Fahrtkosten werden typischerweise vor allem Dienstleistungsempfänger und -

29 Der GA formuliert nicht – wie *Pracht*, ZJS 2019, S. 425 (426) meint – das Argument, dass die Maßnahmen grundsätzlich nicht zusammen betrachtet werden können, sondern dass man in diesem Fall entsprechend andere Vergleichsgruppen bilden müsse, siehe GA *Wahl*, ECLI:EU:C:2019:504 Rn. 50.

30 EuGH, ECLI:EU:C:2019:504 Rn. 48 ff. – *PKW-Maut*.

bringer sowie Waren aus dem Ausland betroffen sein, also der italienische Parmesan eher als der Allgäuer Bergkäse.

Der Ansatz des Gerichtshofs wirkt auf den ersten Blick ebenso intuitiv eingängig wie wenig ausgeklügelt. Es entsteht daher der Eindruck, die deutsche PKW-Maut bilde einen fast lehrbuchartigen Fall einer mittelbaren Diskriminierung.³¹

2. Generalanwalt: „Äpfel sind keine Birnen“-Argument und „Immer-noch-teurer“-Argument

Wie konnte der Generalanwalt (und die Kommission) die Sache dann überhaupt anders sehen und den diskriminierenden Charakter verneinen? Sein erstes Argument bezeichnete der Generalanwalt als methodisches. Wie so häufig bei methodischen Argumenten ist es bei weitem nicht so unkompliziert wie der Ansatz des Gerichtshofs. Die Überlegungen knüpfen an die Suche nach einer geeigneten „Vergleichsgruppe“ an. Um den Gedankengang zu verstehen, muss man sich folgendes vergegenwärtigen. Die Suche nach passenden „Vergleichsgruppen“ bildet einen bei der Prüfung von Gleichheitssätzen gängigen gedanklichen Zwischenschritt. Er wird in jedem Lehrbuch oder Kommentar in der ein oder anderen Weise beschrieben.³² Warum? Erst der Vergleich von unterschiedlichen Dingen unter einer Vergleichsgruppe macht deutlich, welche Gemeinsamkeiten es eigentlich sind, die einen Vergleich überhaupt sinnvoll erscheinen lassen. Denn theoretisch könnte man unendlich vieles miteinander vergleichen. Nicht jeder Vergleich ist aber gleichermaßen aussagekräftig.

Die Gefahr des Fehlens von Aussagekraft angesichts von offensichtlichen Unterschieden charakterisiert beispielsweise das bekannte Sprichwort, man könne nicht Äpfel und Birnen vergleichen. Die Ironie des Bildes als Beispiel für fehlende Aussagekraft ist leider, dass es zu stark verkürzt. Denn es leuchtet zwar unmittelbar ein, dass es *nicht* sinnvoll ist, einen Apfel mit einer Birne zu vergleichen, wenn man Unterschiede von Größe oder von Geschmack von Apfelsorten untereinander veranschaulichen will. Wohl aber kann ein Vergleich der Obstsorten sinnvoll sein, etwa, wenn man sich fragt, ob man Äpfel oder Birnen als Nachspeise kandieren möchte. Mit anderen Worten: die Sinnhaftigkeit eines Vergleichs ist keine Frage der Dinge an sich, sondern sie ist vom konkreten Kontext abhängig, in dem ein Vergleich angestellt werden soll.

Durch seine Frage nach „geeigneten Vergleichsgruppen“ präsentiert der Generalanwalt im Ergebnis nichts anderes als eine Variation des Arguments, dass Äpfel keine Birnen sind, also wegen der Unterschiede ein Vergleich aussagegelos ist. Er argumentierte, man könne als Vergleichsgruppe nicht einfach wie der Gerichtshof die Gruppe aller Nutzer von Bundesautobahnen zugrunde legen. Denn Halter inländischer Fahr-

31 In diesem Zusammenhang als Beispiel in der Ausbildungsliteratur benannt etwa bei *Lorenzen*, JURA 2021, 607 (614).

32 Siehe etwa *H. A. Wolff*, in: Hömig/Wolff (Hrsg.) GG, 13. Aufl. 2022, Art. 3 Rn. 2; *S. Kempny/M. Lämmle*, JuS 2020, S. 113 (113): „Worauf man jeweils abstellt, hängt insbesondere davon ab, welches Vergleichspaar man wählt.“, wobei die Entscheidung überraschenderweise (wohl nur mit Blick auf ausbildungsdidaktische Zwecke) als „Zweckmäßigkeitentscheidung“ beschrieben wird.

zeuge sind sowohl Nutzer deutscher Straßen als auch deutsche Steuerzahler. Fahrer ausländischer Fahrzeuge aber seien Steuerzahler anderer Mitgliedstaaten und seien als solche von der deutschen Regelung auch nicht betroffen. Daher seien die Halter inländischer Fahrzeuge und die Fahrer ausländischer Fahrzeuge *nur* im Hinblick auf die Benutzung der deutschen Autobahnen vergleichbar. Nicht vergleichbar sind sie, wenn man sie im Rahmen der Maßnahmenkombination sowohl als Benutzer deutscher Autobahnen als auch als Steuerzahler betrachtet. Dies ist also das „Äpfel sind keine Birnen-Argument“ des Generalanwalts.³³

Als zweites Argument ergänzt er, dass Fahrer ausländischer Fahrzeuge bei der Benutzung deutscher Autobahnen niemals schlechter stünden als die Halter inländischer Fahrzeuge.³⁴ Schließlich müssten letztere, um auf deutschen Autobahnen zu fahren, nicht nur die Vignette in voller Höhe bezahlen, sondern zusätzlich auch noch die KFZ-Steuer entrichten. Die Fahrer ausländischer Fahrzeuge müssten dagegen keine deutsche KFZ-Steuer entrichten und könnten sich zudem entsprechend ihrem tatsächlichen Bedarf für eine Vignette mit kürzerer Gültigkeitsdauer zu einem geringeren Preis entscheiden.

Auch bei diesem Argument ist es erhellend, den Kontrast zur Begründung des Gerichtshofs genau herauszuarbeiten. Dieser liegt im unterschiedlichen Referenzpunkt für den angestellten Vergleich. Der Gerichtshof knüpft bei seinem Vergleich an die Veränderung zu einem konkreten Zeitpunkt an. Im Moment der Reform wird Autofahren auf deutschen Autobahnen nur für eine Gruppe teurer. Der Generalanwalt löst seinen Vergleich dagegen von dem Blick auf ein konkretes zeitliches Umschlagen. Stattdessen wird die mit den Maßnahmen einhergehende gesamte effektive finanzielle Last der jeweiligen Nutzergruppen verglichen: Hier Jahresvignette plus deutsche Steuerlast, dort Auswahl zwischen unterschiedlichen Vignetten nach Bedarf minus deutsche Steuerlast. Anders gewendet: Autofahren auf deutschen Autobahnen ist für Halter inländischer Fahrzeuge auch nach der Reform noch effektiv teurer als für ausländische Fahrer. Der Generalanwalt bestreitet also nicht die Einseitigkeit der veränderten Belastung, sondern nur, dass die nichtinländischen Nutzer hierdurch in Bezug auf die finanzielle Last insgesamt schlechter stehen. Das *Framing* des GA ist also: die Gruppe von Fahrern ausländischer Fahrzeuge genoss gegenüber steuerpflichtigen inländischen KFZ-Haltern *de facto* ein Privileg: Nur sie konnten deutsche Autobahnen vollständig umsonst nutzen.³⁵

3. Erklärungen für das Schweigen des Gerichtshofs auf Argumente des Generalanwalts

Eigentlich hatte der Gerichtshof Gelegenheit, auf die beiden Argumente des Generalanwalts einzugehen. Hierzu war er sogar ein Stückweit herausgefordert, weil der Ge-

33 Der GA formuliert, dass die Gruppen, die mutmaßlich einer Ungleichbehandlung unterliegen, im engeren Sinne vergleichbar sein müssen, siehe GA *Wahl*, Rs. C-591/17, ECLI:EU:C:2019:504 Rn. 52.

34 GA *Wahl*, Rs. C-591/17, ECLI:EU:C:2019:504 Rn. 53.

35 In diesem Framing wurde das Privileg mit der Reform abgeschliffen, nicht aber komplett aufgegeben.

neralanwalt die bereits seitens Österreichs vorgetragene wirtschaftliche Betrachtung der Reform als „methodischen Fehler“ beschrieben hatte. Juristisch ist dies – abseits des Willkürvorwurfs – die so ziemlich schärfste Form von denkbarer Kritik.³⁶ Der Gerichtshof ließ sich allerdings gar nicht auf die nähere Diskussion ein.

Das Schweigen ist für sich genommen nicht ungewöhnlich, weil der Gerichtshof traditionell einen etwas weniger diskursiven Stil pflegt als man es etwa von dem lehrbuchartigen Maßstäbeteil des BVerfG kennt. Die Begründungstechnik des EuGH ist Kind französischer Rechtskultur³⁷ und hat im Rahmen der durch die Unbestimmtheit der Verträge in weitem Umfang erforderlichen Auslegungs- und Rechtsfortbildungsbedürfnisse eine starke Selbstreferentialität und Autonomie entwickelt.³⁸

Das Fehlen inhaltlicher Auseinandersetzung könnte jedoch mehr sein als bloßer Ausdruck eines selbstgewissen Begründungsstils.³⁹ Auch in Stellungnahmen aus der Europarechtswissenschaft wird nahezu nicht auf die methodischen Einwände des Generalanwalts eingegangen.⁴⁰ Die Absehbarkeit der Entscheidung des Gerichtshofs wird etwa damit begründet, dass das Diskriminierungsverbot eben zur DNA des Europarechts gehöre und die Andersbehandlung von Ausländern ja politisch gewollt war. Bei Lichte betrachtet erklärt das wenig. Der Generalanwalt hatte ja ebenfalls keinen Zweifel an der herausgehobenen Bedeutung des Diskriminierungsverbots.⁴¹ Und die politische Kommunikation rund um Maßnahmen ist kein Makel, der auf die rechtliche Beurteilung durchschlägt. Was man in der Diskussion interessanterweise vermisst, ist also eine überzeugende Widerlegung der methodischen Argumente des Generalanwalts. In den Augen vieler Beobachter scheint es sich bei der Einordnung der deutschen PKW-Maut als Diskriminierung ähnlich zu verhalten wie bei der berühmten

36 Siehe umfassend zu den verwinkelten Eigenheiten der Europäischen Methodenlehre *K. Riesenhuber*, in: ders. (Hrsg.) *Europäische Methodenlehre*, 4. Aufl. 2021, § 1.; zum Verhältnis eines mehr positivistisch-dogmatischen und *law in context*-Ansatzes jüngst *B. De Witte*, *EuConst* (2022), S. 1.

37 Siehe zu der historischen Prägung *F. Schorkopf*, *Die unentschiedene Macht*, 2023 (Manuskript), Kapitel 2. *K. F. Gärditz*, *VerfBlog*, 2020/5/21 beschreibt die Begründungstechnik des EuGH zugespitzt als „substanzarmen Formalismus“; Zum Vergleich der Stile deutscher und französischer Verfassungsgerichtsbarkeit *R. Weber*, *Der Begründungsstil von Conseil Constitutionnel und Bundesverfassungsgericht*, 2019.

38 Zur Diskussion des *reasoning* siehe den Besprechungsaufsatz des Buchs von *G. Beck*, *The legal reasoning of the Court of Justice of the EU*, 2012 von *M. Bobek*, *E. L. Rev.* 39 (2014), S. 418 und von *M. Dawson*, *European Law Journal* 20 (2014), S. 423; siehe auch *N. Grosche*, *Rechtsfortbildung im Unionsrecht*, 2011, S. 150 ff.

39 Dass der Gerichtshof Differenzierungen im Sinne des Äpfel-sind-keine-Birnen-Arguments verarbeitet, zeigt sich an der im Verfahren zurückgewiesenen Rüge einer mittelbaren Diskriminierung durch die Ausgestaltung der Vollzugsregeln. Hier weist der Gerichtshof darauf hin, dass es einen Unterschied für den Vollzug macht, dass Halter von nicht in Deutschland zugelassenen Fahrzeugen nur dann eine Abgabe leisten müssen, wenn sie Autobahnen nach dem Grenzübertritt überhaupt nutzen. Daher beruhen Unterschiede auf unvermeidlichen Folgen der objektiven Unterschiede zwischen Haltern vor, EuGH, *ECLI:EU:C:2019:504* Rn. 96.

40 *J. P. Terhechte*, *JZ* 2020, 257, der nur ein Argument des Generalanwalts vorstellt, ohne näher hierauf einzugehen; ohne Auseinandersetzung auch *W. Michl*, *VerfBlog*, 2019/6/18.

41 Siehe Fn. 1.

Einordnung einer Darstellung als Pornographie in der Phrase des US-Richters *Potter Steward*: „I know it when I see it“.⁴²

Will man sich damit nicht zufriedengeben, muss man zunächst anerkennen, dass der Ansatz des Generalanwalts methodisch nicht weniger eingängig ist als der Ansatz des Gerichtshofs. Letzterer hatte ja auf die wirtschaftliche Last der Reform abgestellt. *Wirtschaftlich* betrachtet macht es aber auch keinen Unterschied, ob etwas teurer oder nur nicht billiger wird. Müsste man dann aber nicht konsequenterweise die Frage der faktischen Diskriminierung bei jeder entlastenden Steuerreform aufwerfen? Und versteinert das nur an der wirtschaftlichen Reformlast orientierte Verständnis mittelbarer Diskriminierungen unter Umständen nicht zu stark den historisch zufälligen Pfad, den die Mitgliedstaaten bei der Finanzierung ihrer öffentlichen Güter gewählt haben – bis hin zu dem zumindest theoretisch denkbaren Fall, dass *nur* Inländer eine Abgabe für die Nutzung öffentlicher Gütern zahlen, diese aber für jedermann zugänglich sind? Dem Ansatz des Gerichtshofs fehlt jedwede Differenzierungsschärfe, um die der Generalanwalt bei seiner Suche nach geeigneten Vergleichsgruppen zumindest bemüht ist. Aber auch das Abstellen auf die effektive Gesamtbelastung wirft Fragen auf. Würde ein solches Aufsummieren nicht regelmäßig den Schluss tragen, nichtinländische Unionsbürger würden in Summe bei der Nutzung öffentlicher Infrastrukturen weniger belastet, weil sie ja typischerweise in Deutschland keine Steuern schulden?

An dieser Stelle den methodischen Punkt in der Kritik des Generalanwalts zuzugeben, heißt zunächst nur, dass es sich bei der deutschen PKW-Maut nicht um einen so ganz einfachen Fall handelt. Weder der unmittelbare Bezug auf Wortlaut noch eine sakrale Betonung der Bedeutung des Gebots „Du sollst nicht diskriminieren“ führen im Fall zu einem unzweifelhaften Verständnis. Warum aber fällt das Echo auf diese Konstruktion in der Europarechtslehre nicht ausgewogener aus?

V. Grundfreiheiten und praktische Wirksamkeit

Dies führt zum letzten Punkt des Beitrags, der Bedeutung von Tiefenstrukturen des Rechts der europäischen Grundfreiheiten. Im Kanon juristisch anerkannter Auslegungsmethoden kann man diese als Ausfluss teleologischer Auslegung begreifen. Im Unionsrecht insoweit verselbstständig hat sich der sog. Grundsatz praktischer Wirksamkeit.⁴³

Die Grundüberlegung dieses Grundsatzes ist relativ einfach zu verstehen. Praktisch wirksam ist Recht nur dann, wenn es auch in der realen Welt, wo Menschen leben und arbeiten, relevant wird. Wenn man etwa in der Verfassung ein Recht auf Ausreise garantiert, aber die erforderlichen behördlichen Ausreisepapiere hierzu nicht oder nur unter immensen Aufwand erlangen kann, dann bleibt ein solches Recht theoretisch und nur auf dem Papier.

42 Die Phrase stammt aus der Entscheidung des US Supreme Court *Jacobellis v. Ohio*, 378 U.S. 184, 197 (1964) (Stewart, J., concurring). Zu ihrer Bedeutung *P. Gewirtz*, *Yale Law Journal* 105 (1996), S. 1023.

43 *J. Blochl*, *EJLS* 14 (2022), S. 141, der empirisch herausarbeitet, dass das Argument in erster Linie indirekt verwendet wird, um zu zeigen, dass eine bestimmte Interpretation die Effektivität unterminieren würde.

Das Unionsrecht ist bei seiner Durchsetzung auf die Mitgliedstaaten angewiesen. Daher ist es chronisch gefährdet, praktisch nicht wirksam zu werden – etwa wenn Richtlinien von Mitgliedstaaten einfach nicht fristgerecht in das nationale Recht umgesetzt werden. Daher legt der Gerichtshof das Unionsrecht seit jeher so aus, dass es bei Unionsbürgerinnen und Unionsbürgern praktisch ankommt.⁴⁴ Beispielsweise kann der Einzelne sich gegenüber dem nicht fristgemäß umsetzenden Staat unmittelbar auf die in einer Richtlinie enthaltene Rechtsposition berufen.⁴⁵

Nun wird das Argument der praktischen Wirksamkeit häufig belächelt, weil es in der Praxis des Gerichtshofs wegen seines inflationären Gebrauchs wie ein methodischer Alleskleber wirkt. Im Fall der PKW-Maut wurde es aber gar nicht herangezogen. Dies überrascht, weil es eigentlich die *Pointe* des Falles zeigt. Hinter der PKW-Maut stand nämlich eine grundsätzliche Frage: Dürfen die Mitgliedstaaten dem Diskriminierungsverbot durch einen einfachen Konstruktionsstrick ausweichen? Klar war nämlich, dass eine Abgabepflicht, die faktisch nur nichtinländische Unionsbürger trifft, eine Diskriminierung darstellt.⁴⁶ Und klar ist auch: Könnten die Mitgliedstaaten diesem Diskriminierungsverbot mühelos ausweichen, drohte es seine praktische Bedeutung einzubüßen. Das Verbot wäre dann wie das Hindernis einer Mauer, bei der man weiß, an welcher Stelle man sie mit einer Leiter mühelos überwinden kann.

Die deutsche PKW-Maut lässt sich nun gerade als Blaupause für ein solch relativ mühelos konstruiertes Ausweichen verstehen.⁴⁷ Die Kombination aus unterschiedsloser Belastung und selektiver steuerlicher Entlastung verursacht in gleicher Weise eine einseitige finanziellen Last wie eine Abgabe nur zu Lasten der Unionsbürger. Im Fall der PKW-Maut wurde daher vor allem über die Frage entschieden, ob die Mitgliedstaaten auf indirektem Weg erreichen dürfen, was ihnen in direkter Weise klar verboten ist. Denn die Mitgliedstaaten verfügen im Steuerrecht über weitreichende Kompetenzen und hätten bei ähnlichen Konstruktionen immer argumentieren können, dass Inländer bei der Nutzung öffentlicher Güter bereits durch eine bestimmte Steuerlast belastet seien und Nichtinländer daher nicht diskriminiert würden.⁴⁸ Hierin lag ein erhebliches Potential, eine föderale Gefährdungslage⁴⁹ für die praktische Wirksamkeit der Grundfreiheiten als negative Integrationsnormen. Der Gerichtshof musste die PKW-Maut daher als *de facto*-Diskriminierung einordnen und den Weg hierzu vorstellen. Alles andere hätte bedeutet, den Mitgliedstaaten einen Freifahrtschein für einen Trick zur Umgehung der Grundfreiheiten zu geben.

Der Zusammenhang mit der praktischen Wirksamkeit der Grundfreiheiten ist daher entscheidend, warum das Ergebnis des Gerichtshofs richtig ist. Zwar kann man in Be-

44 J. Bloch, EJLS 14 (2022), S. 141 (155) stellt bei seiner empirischen Untersuchung fest, dass „virtually all instances where *effet utile* reasoning is used (...) it is used in an apagogic manner“.

45 EuGH, ECLI:EU:C:1974:133 – *van Duyn*.

46 Siehe beispielsweise die unterschiedliche Immatrikulationsgebühr in der Entscheidung EuGH, ECLI:EU:C:1985 – *Gravier*.

47 Allgemein zu Mustern des Ausweichens N. Grosche, Die unsichtbare Hand des Staates, 2020, S. 145 ff.

48 B. Straßburger, Die Dogmatik der Grundfreiheiten, 2012, S. 26 spricht von „fiskalisch souveränen Nationalstaaten“.

49 Siehe zur Bedeutung im Verständnis der Grundfreiheiten als transnationale Integrationsnormen T. Kingreen, in Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 36 AEUV Rn. 5 ff.

zug auf das Diskriminierungsverbot lange methodisch darüber streiten, was die geeignete Vergleichsgruppe bildet oder auf welchen konkreten Vergleich es ankommen sollte. Wenig Zweifel dürften allerdings im Unionsrecht bestehen, welche Auslegung geboten ist, wenn eine erhebliche Gefahr für die praktische Wirksamkeit der Grundfreiheiten besteht.

VI. Schluss: juristisches Kippbild als Illusion!

Der Fall der deutschen PKW-Maut ist kein juristisches Kippbild. Die Einbeziehung der Bedeutung einer leichtgemachten Umgehung für die praktische Wirksamkeit der Grundfreiheiten zeigt, dass der Gerichtshof bei der Frage der Diskriminierung im Ergebnis richtig lag. Die Ausführungen des Generalanwalts müssen deswegen aber nicht zwingend als Fall eines *motivated reasoning* gedeutet werden. Eine Deutung abseits unredlicher Motive wäre, dass sein Fokus schlicht zu stark auf der unmittelbaren Bedeutung des Gebots „Du sollst nicht diskriminieren“ lag. Eine vergleichbare Konzentration auf die klare Bedeutung eines Gebots wird letztlich auch in der ganz überwiegend eine Diskriminierung annehmenden Europarechtswissenschaft gespiegelt. Die methodische Ambivalenz des Diskriminierungsbegriffs droht allerdings durch derartig überzeugte Ergebnissicherheiten verschattet zu werden, bei der die Rechtskonstruktion vor allem durch die ihr vorausliegende politische Kommunikation bemakelt zu sein scheint.

Natürlich kann man diese Art der Verbindung – wie in jüngerer Zeit in der US-amerikanischen Verfassungsrechtswissenschaft vorgeschlagen⁵⁰ – als neuen methodischen Umgang mit Fragen des Diskriminierungsschutzes in der Weise diskutieren, ob nicht sich im politischen Raum zeigende Motivlagen oder historische Vorläufer auf die rechtliche Beurteilung durchschlagen müssen. Jedoch öffnet der Fall der PKW-Maut auch eine andere, konventionellere methodische Reflektionsebene. Für das Verständnis eines einzelnen zentralen Gebots des Unionsrechts kann hiernach manchmal die Einbeziehung eines anderen ebenso zentralen Gebots des Unionsrechts entscheidend sein. Ein solches Gebot lautet im Fall: „Du sollst das Unionsrecht so auslegen und anwenden, dass es praktisch wirksam bleibt“.

50 Zur Rolle diskriminierender Vorgängerregelung und der Bedeutung insoweit „befleckter“ Nachfolgeregelungen („discriminatory taint“) *W. Kerrel Murray*, *Harv. Law Rev.* 135 (2022), S. 1192; zur Problematik der Aufdeckung von Motivlagen *N. Grosche*, *Die unsichtbare Hand des Staates*, 2020, S. 272 f.