

## 1. Einleitung

### 1.1 Ausgangsfrage: Bundesstaatliche nationale Identitäten?

Die vorliegende Untersuchung geht von der grundlegenden Frage aus, ob und wenn ja in welchem Ausmaß die Organe der EU verpflichtet sind, die Bundesstaatlichkeit ihrer Mitgliedstaaten Österreich, Deutschland und Belgien zu achten. Diese Frage stellt sich im Lichte dessen, dass das Primärrecht selbst in Art 4 Abs 2 EUV<sup>1</sup> die Organe der EU zur Achtung der grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen der Mitgliedstaaten (ihrer nationalen Identitäten) verpflichtet.<sup>2</sup> Während andere Grundlagen der mitgliedstaatlichen Verfassungsrechtsordnungen als von der EU zu achtende Grenze nationaler Verfassungen – wie etwa Demokratie oder Rechtsstaatlichkeit – viel beschrieben wurden,<sup>3</sup> hat der Bundesstaat in diesem Zusammenhang verhältnismäßig wenig Aufmerksamkeit erfahren.<sup>4</sup> Dies möchte die nachfolgende Untersuchung ändern.

### 1.2 Konkrete Forschungsfragen

Die nachfolgenden Ausführungen untersuchen also, welche Elemente des bundesstaatsrelevanten Verfassungsrechts grundlegende politische und verfassungsmäßige Strukturen und damit Bestandteil der jeweiligen nationalen Identität iSd Art 4 Abs 2 EUV sind und welche Konsequenzen dies in der Unionsrechtsordnung

1 Zur Entstehungsgeschichte dieser Bestimmung ausführlich *Guastaferro*, Yearbook of European Law 2012, 271 ff; *Murphy*, Trinity College Law Review 2017, 95 ff. Zur Frage der Durchsetzbarkeit insb der Vorgängerbestimmungen von Art 4 Abs 2 EUV *Cloots*, Identity 36 ff. Weiters bietet *Simon*, in *Burgorgue-Larsen*, L'identité 30 ff, eine Analyse der Rsp des EuGH in der – ohne explizite Bezugnahme auf ein Konzept der nationalen Identität – nach Ansicht des Autors bereits Rücksicht auf die konstitutionelle Autonomie der Mitgliedstaaten genommen wird; vgl auch *Epiney*, EuR 1994, 304 ff, insb 307.

2 Insofern die Notwendigkeit der Erforschung der nationalen Identitätsgehalte konstatierend von *Bogdandy/Schill*, ZaöRV 2010, 708.

3 Zum Beispiel *Simon*, Grenzen 164 ff; *Kottmann/Wohlfahrt*, ZaöRV 2009, 444 ff; *Schwarze*, EuR 2010, 108 ff; *Calliess*, NVwZ 2019, 684 ff; *Rademacher*, EuR 2018, 147 ff; *Walter*, ZaöRV 2012, 181 ff; *Haratsch*, EuR 2016, 136 ff; *Walter/Vordermayer* in JBÖR 2015, 134 ff; in diese Richtung geht auch die Literatur zur *Omega*-Entscheidung des EuGH, EuGH 14.10.2004, Rs C-36/02 (*Omega-Spielhallen*) ECLI:EU:C:2004:614, zB *Murphy*, Trinity College Law Review 2017, 105 ff; *Walter*, ZaöRV 2012, 197; *Ackermann*, CMLR 2005, 1107 ff.

4 Siehe aber die doch recht umfangreiche Diskussion damit im Zusammenhang stehender Fragen in der belgischen rechtswissenschaftlichen Literatur; unten bei 7.4.2.3.2 (= 353) sowie die (knappen) Hinweise in (insb) der Kommentarliteratur zu Art 4 EUV: zB *Geiger* in Geiger/Khan/Kotzur, Art 4 EUV Rz 3; *Puttler* in *Calliess/Ruffert*, Art 4 EUV Rz 19; *Hatje* in *Schwarze*, Art 4 EUV Rz 11; *Schill/Krenn* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Art 4 EUV Rz 19; *Obwexer* in von der Groeben/Schwarze/Hatje, Art 4 EUV Rz 32; weiters zB *Haratsch*, EuR 2016, 136; weiters zB *Robbers* in BK Art 20 GG Rz 986; *Schnettger* in *Calliess/van der Schyff*, Identity 25 f. Eine Auseinandersetzung mit Strukturen der regionalen und lokalen Selbstverwaltung als Bestandteil der nationalen Identität iSd Art 4 Abs 2 EUV findet sich bei *Fromatge*, EPL 2021, 497 ff.

nach sich zieht. Diese recht allgemein umschriebene Forschungsfrage lässt sich in konkretere Teilstudien gliedern:

Ausgangsbasis für die Befassung mit den einzelnen mitgliedstaatlichen Verfassungsrechtsordnungen ist eine Untersuchung von Art 4 Abs 2 EUV. Dabei ist ua zu fragen, welche Bedeutung der Bestimmung im Kontext des Unionsprimärrechts zukommt, was aus unionsrechtlicher Perspektive als nationale Identität iSd Art 4 Abs 2 EUV qualifiziert werden kann und welche Konsequenzen dies für die Tätigkeit der EU-Organe nach sich zieht.

In einem weiteren Schritt kann dann für jeden Mitgliedstaat untersucht werden, welche Elemente des Verfassungsrechts jeweils als grundlegend bzw identitätsstiftend iSd Art 4 Abs 2 EUV zu qualifizieren sind. Für die österreichische Rechtsordnung wird dabei va das bundesstaatliche Grundprinzip analysiert. In der deutschen Rechtsordnung dient Art 79 Abs 3 GG als primärer Anknüpfungspunkt für die Identifikation der deutschen nationalen Identität; es stellt sich aber auch die Frage, ob es darüber hinaus eine im Verfassungsrecht zum Ausdruck kommende bundesstaatsrelevante nationale Identität Deutschlands gibt. Die belgische Verfassung nimmt keine der deutschen oder österreichischen vergleichbare Hierarchisierung von Grundprinzipien innerhalb der Verfassung vor; dennoch hat das belgische Verfassungsgericht erst kürzlich von einer belgischen nationalen Identität gesprochen, die ua durch die grundlegenden verfassungsmäßigen Strukturen determiniert wird,<sup>5</sup> zu denen auch die Bundesstaatlichkeit Belgiens zählt.

Die Beantwortung der gerade genannten Teilstudien soll dazu dienen, verschiedene bundesstaatlich konnotierte Bestandteile der nationalen Identität der erwähnten Mitgliedstaaten zu identifizieren. Zu wissen, dass bspw der Grundsatz der Bundesstreue einen Teil der deutschen nationalen Identität ausmacht, lässt nun zwar darauf schließen, dass die EU nach Art 4 Abs 2 EUV zur Achtung dieses Grundsatzes verpflichtet ist; eine weitere, eigene Fragestellung ist dann aber, ob es im Rahmen der geltenden Primärrechtsordnung überhaupt Konstellationen gibt, in denen derartige bundesstaatsrelevante Achtungspflichten schlagend werden können. Auch diese Frage beantwortet die vorliegende Arbeit.

### 1.3 Gang der Untersuchung

Der Aufbau der folgenden Ausführungen orientiert sich zum einen an dem Grundsatz, dass allgemeine Überlegungen den spezielleren Gedanken vorangestellt werden, und zum anderen daran, dass Wiederholungen soweit möglich vermieden werden sollen. Außerdem lehnt sich die Untersuchung an die Normstruktur des Art 4 Abs 2 EUV an, der in einem ersten Schritt umschreibt, was

<sup>5</sup> GH 28.04.2016, 62/2016; dazu unten bei 7.1.5 (= 333).

die nationalen Identitäten der Mitgliedstaaten ausmacht und in einem zweiten Schritt die Organe der EU zur Achtung dieser nationalen Identitäten verpflichtet. Daraus ergibt sich im Wesentlichen die folgende Struktur:

Im Anschluss an die Einleitung (Definition der Forschungsfragen, Darlegung des Gangs der Untersuchung, Methoden, Begriffe) dient Kapitel 2 der Orientierung und der Darlegung des der Untersuchung zu Grunde liegenden Verständnisses des Zusammenspiels von Völkerrecht, nationalem mitgliedstaatlichem Recht und Unionsrecht.

Nach diesen einführenden Kapiteln untersuchen die nachfolgenden Kapitel 3 bis 7, was die nationalen bundesstaatlichen Identitäten Österreichs, Deutschlands und Belgiens ausmacht. Grundlegend dafür ist Kapitel 3, in dem zunächst dargestellt wird, ob und wie es zu einer Berücksichtigung interner Strukturen eines Staates im Völkerrecht sowie im EU-Recht kommt. Art 4 Abs 2 EUV stellt mit der Bezugnahme auf die grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen der Mitgliedstaaten die zentrale Bestimmung für die Annahme einer Pflicht zur Berücksichtigung interner Strukturen im EU-Recht dar und wird daher in Kapitel 3 ausführlich analysiert. Dabei wird nach einer allgemeinen Auseinandersetzung mit dem Konzept der Identität zunächst die Rsp des EuGH zu dieser Bestimmung untersucht, die allerdings hinsichtlich der Frage, wie zu bestimmen ist, was zur nationalen Identität eines Mitgliedstaates zu zählen ist, nicht sehr ergiebig ist. Im Anschluss daran wird daher ein Vorschlag dazu gemacht, wie die nationale Identität eines Mitgliedstaates auf Basis seiner grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen ermittelt werden kann. Die anschließenden Kapitel 5 bis 7 untersuchen auf dieser Grundlage, was jeweils zur bundesstaatsrelevanten nationalen Identität Österreichs, Deutschlands und Belgiens zu zählen ist. Davor wird in Kapitel 4 eine wichtige Weichenstellung vorgenommen: Da die Bundesstaatlichkeit eines Staates fast auf die gesamte staatliche Organisation und damit auch auf weite Teile der Rechtsordnung Auswirkungen hat, muss eine systematische Analyse bundesstaatsrelevanter Fragen einen klaren Fokus aufweisen. Dieser Fokus wird in der vorliegenden Untersuchung auf Problemstellungen gelegt, die von der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung ausgehen, was in Kapitel 4 ausführlich begründet und erklärt wird.

Da die Untersuchung der drei bundesstaatlichen Systeme zeigt, dass es trotz einiger Unterschiede auch wesentliche Gemeinsamkeiten in den bundesstaatlichen Systemen gibt, wird im Anschluss an diesen „besonderen Teil“ zu den jeweiligen mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen in Kapitel 8 gemeinsam für die drei untersuchten Rechtsordnungen vergleichend analysiert, in welchen abstrakten Konstellationen die Gefahr besteht, dass Organe der EU die bundesstaatlichen nationalen Identitäten der Mitgliedstaaten missachten, sodass Art 4 Abs 2 EUV Relevanz haben könnte. Allerdings ist bereits an dieser Stelle deutlich klarzustellen, dass die gemeinsame Betrachtung nicht daraus resultiert, dass aus den drei

betrachteten Rechtsordnungen eine einzige, einheitliche bundesstaatliche Identität konstruiert werden soll – dies würde dem Konzept des Art 4 Abs 2 EUV widersprechen, der auf die nationalen Identitäten der einzelnen Mitgliedstaaten verweist, nicht aber auf einen kleinsten gemeinsamen Nenner dieser Identitäten. Die gemeinsame Betrachtung dient also der Vermeidung von Wiederholungen und dem Aufzeigen struktureller Konfliktkonstellationen: Wenn etwa der EuGH eine Entscheidung zur Identitätsrelevanz einer bundesstaatlichen Eigenheit Deutschlands trifft, die auch im bundesstaatlichen Systems Belgiens existiert, dann hat diese Entscheidung mittelbar auch für Belgien Relevanz. Kapitel 9 widmet sich dann im Detail dem Aspekt der Achtung der bundesstaatlichen Vielfalt durch die EU in konkreten Konstellationen. Im Anschluss daran folgt eine Zusammenfassung in Kapitel 10.

## 1.4 Methoden

### 1.4.1 Rechtsdogmatik

Bei der vorliegenden Untersuchung handelt es sich um eine rechtswissenschaftliche Analyse. Untersuchungsgegenstand sind die Rechtsordnungen der EU und der drei ausgewählten Mitgliedstaaten Österreich, Deutschland und Belgien. Gegenstand der nachfolgenden rechtswissenschaftlichen Auseinandersetzung sind also Rechtsnormen, die ihren Ausdruck in Texten (Rechtsvorschriften) finden und unter Heranziehung der Regeln des allgemeinen und spezifisch juristischen Sprachgebrauchs ermittelt werden können.<sup>6</sup> Insofern stellt die vorliegende Arbeit eine rechtsdogmatische Arbeit dar.<sup>7</sup>

Die zentrale Rechtsnorm für die vorliegende Untersuchung ist Art 4 Abs 2 EUV, der anordnet, dass die Organe der EU verpflichtet sind, die nationalen Identitäten ihrer Mitgliedstaaten zu achten, die in ihren grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen zum Ausdruck kommt. Art 4 Abs 2 EUV regelt damit eine fundamentale Frage des Zusammenspiels von Unionsrecht und mitgliedstaatlichem Recht, indem den EU-Organen aufgetragen wird, bestimmte mitgliedstaatliche Freiräume zu respektieren.

Als Spezifikum der nachfolgenden Untersuchung kann mit Blick auf Art 4 Abs 2 EUV hervorgehoben werden, dass der in Art 4 Abs 2 EUV verankerte

6 Eingehend dazu zB *Potacs*, Rechtstheorie 165 ff.

7 Dies bedeutet insb, dass Fragen der Art, was nicht norm-immanente Motivationen höchstgerichtlicher Entscheidungen sind, in der vorliegenden Untersuchung im Wesentlichen außer Acht gelassen werden. Eine interessante Studie (auch) solcher Zusammenhänge mit Blick auf die Rsp des belgischen GH zu Föderalismusfragen im Lichte des EU-Rechts liegt mit *Feyen*, Federal Dogmatics vor, der sich dem Thema aus einer eher rechtsrealistisch begründeten methodischen Position nähert (s dazu insb *Feyen*, Federal Dogmatics 39 ff). Ähnlich auch *Popelier/Bielen*, *Publius* 2018, 587 ff.

Begriff der nationalen Identität unter Rückgriff auf das nationale Recht der Mitgliedstaaten näher determiniert wird. Dies scheint auf den ersten Blick eine Abweichung vom Grundsatz der unionsautonomen Auslegung unionsrechtlicher Begriffe<sup>8</sup> darzustellen. Diese Abweichung vom Grundsatz der unionsautonom einheitlichen Auslegung ist aber durch Art 4 Abs 2 EUV selbst angeordnet und insofern wiederum keine Besonderheit, sondern eine Folge der unionsautonomen Auslegung. Allerdings verursacht die Bezugnahme auf nationales Recht und nationale Begebenheiten gerade bei einer fundamentalen Bestimmung wie Art 4 Abs 2 EUV ein Spannungsverhältnis: Aus unionsrechtlicher Perspektive dient Art 4 Abs 2 EUV als Ausnahmebestimmung, die in Situationen, in denen die Grundprinzipien mitgliedstaatlicher Organisation betroffen sind, sicherstellen soll, dass mitgliedstaatliche Strukturen ausreichend beachtet werden. Dies birgt aus mitgliedstaatlicher Perspektive die Gefahr, dass aus Sicht der Union nie eine derartige Situation vorliegt, weil nationale Besonderheiten nicht als wichtig genug erachtet werden. Aus mitgliedstaatlicher Perspektive kann aber im Prinzip jeder potentielle Konflikt zwischen Unionsrecht und nationalem Recht zu einem die nationale Identität berührenden Grundlagenkonflikt heraufstilisiert werden – was aus unionsrechtlicher Perspektive die Gefahr einer Fragmentierung und damit im Ergebnis einer Aufgabe des Anspruchs der Einheitlichkeit<sup>9</sup> und Effektivität<sup>10</sup> des Unionsrechts zu Gunsten nationaler Sonderwünsche bedeuten würde.<sup>11</sup> Diese beiden Extremperspektiven sind nicht nur von theoretischer Relevanz, sondern können zB dann aktualisiert werden, wenn der EuGH auf der einen Seite und nationale Höchstgerichte auf der anderen Seite jeweils für sich beanspruchen, die nationale Identität eines Mitgliedstaates verbindlich und abschließend definieren zu können.<sup>12</sup>

8 Dazu zB EuGH 06.03.2008, Rs C-98/07 (BG Factoring) ECLI:EU:C:2008:144 Rz 17; EuGH 15.07.2004, Rs C-321/02 (Harbs) ECLI:EU:C:2004:447 Rz 28; EuGH 18.10.2007, Rs C-195/06 (Österreichischer Rundfunk) ECLI:EU:C:2007:613 Rz 24; EuGH 18.01.1984, Rs C-327/82 (Ekro) ECLI:EU:C:1984:11 Rz 11.

9 ZB EuGH 26.02.2013, Rs C-399/11 (Melloni) ECLI:EU:C:2013:107 Rz 63; EuGH 18.10.2007, Rs C-195/06 (Österreichischer Rundfunk) ECLI:EU:C:2007:613 Rz 24; EuGH 18.01.1984, Rs C-327/82 (Ekro) ECLI:EU:C:1984:11 Rz 11.

10 Zum Beispiel EuGH 04.12.1974, Rs C-41/74 (van Duyn) ECLI:EU:C:1974:133 Rz 12; EuGH 06.10.1970, Rs C-9/70 (Grad) ECLI:EU:C:1970:78 Rz 5; EuGH 17.09.2002, Rs C-253/00 (Munoz) ECLI:EU:C:2002:497 Rz 30.

11 Vgl dazu zB Murphy, Trinity College Law Review 2017, 115 f.

12 Dazu zB Walter, ZöRV 2012, 190 ff. Dreier in HB Ius Publicum Europaeum Band I 82 Rz 149 konstatiert, dass die Bestimmung der nationalen Identität „die Kernkompetenzen des Verfassungsrechters“ überschreite; das stimmt, weil die nationale Identität nicht allein anhand einer national-verfassungsrechtlichen Perspektive bestimmt werden kann; kritisch zum Begriff der Identität *Korioth*, VVDStRL 62, 118. Zum Kooperationsverhältnis zwischen nationalen Verfassungsgerichten und EuGH zB *Kirchhof* in HB StR § 214 302 f, 373 ff; Mayer in von Bogdandy/Bast, Verfassungsrecht 560 ff. Dass die Kooperation zwischen EuGH und nationalen Gerichten nicht immer reibungslos abläuft, illustrieren zahlreiche Fälle; vgl dazu etwa *Holdgaard/Elkan/Schaldemose*, CMLR 2018, 17 ff zu EuGH 19.04.2016, Rs C-441/14 (Ajos) ECLI:EU:C:2016:278 und der Reaktion des dänischen Höchstgerichts

Ein wesentlicher Teil der vorliegenden Untersuchung widmet sich daher der Frage, wie ein durch Art 4 Abs 2 EUV vermittelter Ausgleich zwischen dem Erfordernis der einheitlichen Auslegung des Unionsrechts und der ausreichenden Berücksichtigung nationaler Besonderheiten erfolgen kann.<sup>13</sup> Schon an dieser Stelle sei vorweggenommen, dass nach der hier vertretenen Auffassung das Unionsrecht mit Art 4 Abs 2 EUV einen Rahmen dafür vorgibt, was innerhalb eines Mitgliedstaates zu dem unionsrechtlich relevanten Bereich nationaler Identität zählen kann.<sup>14</sup> Dieser Rahmen ist dann anhand der jeweiligen mitgliedstaatlichen Wertungen zu befüllen.<sup>15</sup> Die Auslegung von Art 4 Abs 2 EUV hat damit sowohl unionsrechtliche<sup>16</sup> als auch mitgliedstaatlich geprägte Aspekte;<sup>17</sup> beides wird im Folgenden untersucht.

#### 1.4.2 Rechtsvergleichung

Die vorliegende Untersuchung ist außerdem rechtsvergleichend angelegt:<sup>18</sup> Der Inhalt des Art 4 Abs 2 EUV im Hinblick auf bundesstaatlich organisierte Mitgliedstaaten wird unter Bezugnahme auf die österreichische, die deutsche und die belgische Rechtsordnung ermittelt. Dadurch wird aufgezeigt, dass es sich bei der hier analysierten Fragestellung nicht nur um ein rein österreichisches Spezifikum handelt, sondern dass die zu Grunde liegende Problematik strukturelle Bedeutung für die Handhabung bundesstaatlicher und föderaler Rechtsordnungen innerhalb der EU-Rechtsordnung hat.

Für die Auswahl der österreichischen, deutschen und belgischen Rechtsordnung gibt es mehrere Gründe: Die der vorliegenden Untersuchung zu Grunde

---

richts; weiters zB *Bobek*, ECLR 2014, 54 ff zu EuGH 22.06.2011, Rs C-399/09 (Landtova) ECLI:EU:C:2011:415 und der Reaktion der tschechischen Gerichte.

13 Vgl dazu etwa auch *Walter*, ZaöRV 2012, 180, wo Art 4 Abs 2 EUV als „Verbundkonzept“ charakterisiert wird; ähnlich *Schnettger* in *Calliess/van der Schyff*, Identity 14 f; *Schönberger* in JBÖR 2015, 49 f; *Goldhammer* in JBÖR 2015, 109 ff.

14 Vgl zB *Haider/Stöger* in *Jaeger/Stöger*, Art 4 EUV Rz 24; *Streinz* in *Streinz*, Art 4 EUV Rz 14; *Schill/Krenn* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Art 4 EUV Rz 15.

15 Vgl *Walter*, ZaöRV 2012, 181; von *Bogdandy/Schill*, ZaöRV 2010, 714 f; von *Bogdandy/Schill*, CMLR 2011, 1428; *Bustos Gisbert* in *Saiz Arnaiz*, Constitutional Identity 76 f *Claes* in *Saiz Arnaiz*, Constitutional Identity 138 f; *Schill/Krenn* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Art 4 EUV Rz 15; *Haider/Stöger* in *Jaeger/Stöger*, Art 4 EUV Rz 24; *Lenz* in *Lenz/Borchardt*, Art 4 EUV Rz 4; *Streinz* in *Streinz*, Art 4 EUV Rz 14; *Hatje* in *Schwarze*, Art 4 EUV Rz 10; *Geiger* in *Geiger/Khan/Kotzur*, Art 4 EUV Rz 3; *Obwexer* in *von der Groeben/Schwarze/Hatje*, Art 4 EUV Rz 27; ähnlich auch *Puttler* in *Calliess/Ruffert*, Art 4 EUV Rz 16; *Calliess/Kahl/Puttler* in *Calliess/Ruffert*, Art 4 EUV Rz 22; *Franzius* in *Pechstein/Nowak/Häde*, Art 4 EUV Rz 25, 34; *Schnettger* in *Calliess/van der Schyff*, Identity 12 ff; *Villotti*, ZEus 2015, 488; *Klein* in *Niedobitek/Sommermann*, Wertegemeinschaft 65; *Pernice*, AöR 2011, 186 f; *Wendel*, Permeabilität 573; *Konstandinides*, Yearbook of European Law 2015, 169. Im Ergebnis meint dies wohl auch *Huang*, wenn er mit Blick auf die Verfassungsidentität von der Unionsrechtsordnung als „dezentralisierte und entmaterialisierte Rahmenordnung“ spricht, welche „die nationale Verfassungsautonomie [...] [...] gewährleistet“, *Huang*, Der Staat 2017, 130.

16 Dazu bei 3.6 (= 86).

17 Dazu ab 5. (= 157).

18 Zu den Erkenntniszielen rechtsvergleichender Forschung zB *Sommermann*, DÖV 1999, 1020.

liegende Frage, wie sich die föderale Organisation eines Mitgliedstaates zum Unionsrecht verhält, stellt sich hinsichtlich aller föderal organisierten mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen. Dazu können auch die spanische sowie die italienische Rechtsordnung gezählt werden, die bestimmten Regionen Autonomiestatus einräumen. Allerdings gewinnt die Fragestellung einiges an Komplexität, wenn – wie es etwa in Italien<sup>19</sup> und Spanien<sup>20</sup> der Fall ist<sup>21</sup> – den dezentralen Hoheitsträgern jeweils unterschiedliche Kompetenzen zustehen, also ein Fall einer asymmetrischen Kompetenzverteilung vorliegt.<sup>22</sup> Es erscheint gewinnbringender, sich in der vorliegenden Arbeit zunächst auf das „Grundproblem“ der Vereinbarkeit föderaler Strukturen mit dem Unionsrecht zu konzentrieren, welches in der unterschiedlichen Ausübung gleichartiger Sachkompetenzen durch dezentrale Hoheitsträger besteht. Ein gutes Beispiel dafür bietet die österreichische Rechtsordnung – mit der die Verfasserin der vorliegenden Untersuchung von den bisher genannten Rechtsordnungen auch am besten vertraut ist. Dazu kommt, dass zwei der wichtigsten Entscheidungen des EuGH, die sich mit dem gegenständlichen Problem befassen, zur deutschen<sup>23</sup> bzw zur belgischen<sup>24</sup> Rechtslage ergangen sind, was diese bundesstaatlichen Rechtsordnungen in eine besondere Nähe zu Art 4 Abs 2 EUV rückt. Auch die sprachlichen Kompetenzen der Verfasserin sprechen für die Bezugnahme auf die genannten Rechtsordnungen samt der dazugehörigen Judikatur und Literatur – und schließen eine Erweiterung hin zur spanischen, italienischen oder portugiesischen Rechtsordnung aus.

Mit Österreich und Deutschland auf der einen und Belgien auf der anderen Seite werden außerdem die Rechtsordnungen von drei Staaten betrachtet, die verschiedene typologische Besonderheiten abbilden: So werden Österreich und Deutschland in der traditionellen vergleichenden Föderalismusforschung als „mature federations“ mit langer Tradition bezeichnet;<sup>25</sup> demgegenüber wird Belgien als „emergent federation“ qualifiziert.<sup>26</sup> In Zusammenhang damit stehen auch die unterschiedlichen Richtungen, in welche die föderale Organisation

19 Vgl zB *Gamper*, Regionen 324 ff; weiters *Grasse* in Härtel, Handbuch 797 ff; *Happacher* in *Gamper*, Kompetenzverteilung 249 ff.

20 Vgl zB *Martínez* in Härtel, Handbuch Rz 44; *Arzoz* in *Gamper*, Kompetenzverteilung 327 ff.

21 Auch in Portugal kommt nach Art 6 Abs 2 der portugiesischen Verfassung (nur) einigen Regionen (nämlich den Inselgruppen Azoren und Madeira) ein Sonderstatus zu; auch dort liegt insofern also eine asymmetrische Kompetenzverteilung vor; dazu *Ackrén* in *Gamper*, Kompetenzverteilung 443 ff. Zur Rechtslage im Vereinigten Königreich *Himsworth* in *Gamper*, Kompetenzverteilung 380 ff, der auch das Modell der Devolution als asymmetrisch qualifiziert.

22 Ähnliches kann auch zum Konzept der Devolution gesagt werden, das im Vereinigten Königreich die Grundlage für die Gewährung von Autonomie an die einzelnen Regionen bildet; vgl zB *Gamper*, Regionen 111 ff.

23 EuGH 12.06.2014, Rs C-156/13 (Digiber) ECLI:EU:C:2014:1756.

24 EuGH 01.04.2008, Rs C-212/06 (Flämische Pflegeversicherung) ECLI:EU:C:2008:178.

25 *Watts*, Federal Systems 34 f (Österreich), 35 f (Deutschland).

26 *Watts*, Federal Systems 43 ff.

in den Staaten jeweils strebt: Während in Österreich<sup>27</sup> und Deutschland<sup>28</sup> eine fortschreitende Zentralisierung beobachtet wird,<sup>29</sup> tendiert die belgische Rechtsordnung zu einer immer weiter voranschreitenden Dezentralisierung bzw Föderalisierung.<sup>30</sup> Diese Tendenzen und Richtungen föderaler Systeme werden – im Vergleich zu den statischen, abgeschlossen wirkenden Konzepten der „mature“ und „emergent federation“ – als zentrale Merkmale des „dynamic federalism“ betrachtet.<sup>31</sup> Relevant ist bei dieser Theorie nicht das Ausmaß an Zentralisierung, sondern die Faktoren Kohäsion (Integrität des Gesamtsystems, die nicht durch Zentralisierung, sondern Kooperation, Solidarität und Zusammengehörigkeitsgefühl erhalten werden soll) und Autonomie (der dezentralen Einheiten).<sup>32</sup> Auch im Lichte dieses theoretischen Zugangs scheint ein Vergleich der drei ausgewählten Systeme erkenntnisgewinnbringend, denn die belgische Rechtsordnung bietet ein Beispiel für eine bipolare, ethno-linguistisch begründete föderale Organisation,<sup>33</sup> während in Österreich und Deutschland diesbezüglich relative Homogenität besteht.<sup>34</sup>

Der Zugang zum im Folgenden angestellten Rechtsvergleich ist am ehesten als funktionaler Zugang zu bezeichnen.<sup>35</sup> Gegenstand der Untersuchung ist die Frage, welche Rechtsnormen innerhalb der analysierten Rechtsordnungen bundesstaatsrelevante, grundlegende politische und verfassungsmäßige Strukturen sind. Es werden also innerhalb der drei untersuchten Rechtsordnungen Normen mit denselben Funktionen (grundlegende politische und verfassungsmäßige Strukturen mit Bundesstaatsrelevanz) gesucht und analysiert. Aus dem Vergleich eines Mitgliedstaates mit ähnlichen Mitgliedstaaten können sich auch Anhaltspunkte für die Bewertung eines Merkmals als grundlegende politische und verfassungsmäßige Struktur ergeben: Denn wenn sich ein Merkmal nur in einem einzigen

27 Zum Beispiel *Ermacora*, JBl 1957, 549 f; *Melichar*, ZÖR 1967, 251; *Holzinger* in FS Schäffer 278 f; *Weber*, K in Schambeck, Bundesstaat 41 ff; *Holzinger* in Schambeck, Bundesstaat 235 f; *Pernthaler*, Bundesstaatsrecht 289; *Erk*, Publius 2004, 1 ff; mit Hinweis auf finanzwissenschaftliche Daten *Bußjäger*, Homogenität 10 ff.

28 Vgl zB *Benz*, Publius, Fall 1999, 55, 61 ff; *Gramm*, AÖR 1999, 215 ff; *Huster/Rux* in Epping/Hillgruber, Art 20 GG Rz 17; *Grzeszick* in Maunz/Dürig, Art 20 GG Rz 187 ff.

29 Vgl zu beiden Ländern unter Hinweis auf die Besonderheit des Vollzugsföderalismus *Saunders*, Publius, Spring 1995, 70 f.

30 Zum Beispiel *Vande Lanotte*, Belgisch Publiekrecht Rz 75 ff.

31 Ausführlich *Popelier*, Federalism 46 ff.

32 *Popelier*, Federalism 52.

33 Dazu sowie zu den Hintergründen der Einrichtung des komplexen belgischen Systems zB *Popelier* in *Gamper*, Kompetenzverteilung 151 ff; *Alen*, Föderalstaat 13 ff; *Vande Lanotte*, Belgisch Publiekrecht Rz 1576; *Reuchamps*, RDUL 2009, 531; *Popelier/Sinardet* in *Popelier*, Zesde staatshervorming 6 ff; *Popelier/Cantillon*, Publius 2013, 628 ff; *Erk*, Federalism 12 f.

34 So zu Österreich *Erk*, Publius, Winter 2004, 20; *Bußjäger*, Federal Governance 2012, 10. Für Deutschland vgl *Isensee* in HB StR § 126 Rz 326; *Simeon*, Publius 2009, 242; *Benz*, Publius Fall 1999, 55, 61. Für beide *Erk*, Federalism 11 f.

35 Vgl dazu *Kischel*, Comparative Law 7 f, 88 ff; *Zweigert/Kötz*, Introduction 32 ff. Da die grundlegenden Strukturen in verschiedenen Staaten analysiert werden, könnte man weiters von einem Makrovergleich sprechen; vgl dazu *Sommermann*, DÖV 1999, 1017.

dieser Mitgliedstaaten finden lässt, dann liegt es nahe, dass es sich gerade bei diesem spezifischen Merkmal um ein für den jeweiligen Mitgliedstaat typisches Merkmal handelt, das möglicherweise auch identitätsstiftend ist. Art 4 Abs 2 EUV ist – wobei zu beachten ist, dass auch Merkmale, die sich in mehreren Mitgliedstaaten finden, durchaus zur nationalen Identität jedes dieser Mitgliedstaaten zählen können. Den Fokus der Arbeit bildet stets Art 4 Abs 2 EUV, der die nationalen Eigenheiten der drei bundesstaatlichen Rechtsordnungen ebenso abdeckt wie etwaige Gemeinsamkeiten. Die rechtsvergleichende Betrachtung der drei bundesstaatlichen Rechtsordnungen hat aber gerade im Rahmen des Art 4 Abs 2 EUV einen Mehrwert: In den Bereichen, in denen Gemeinsamkeiten festgestellt werden können, kann Art 4 Abs 2 EUV seine Schutzwirkung für alle Rechtsordnungen gleichermaßen entfalten. Der EuGH ist so unter besonderem Rechtfertigungsdruck,<sup>36</sup> wenn er zB für Deutschland eine bundesstaatliche Facette unter den Schutz des Art 4 Abs 2 EUV stellt, nicht aber eine funktional äquivalente Regelung in Belgien.

## 1.5 Begriffe: Bundesstaat, föderale/zentrale/dezentrale Hoheitsträger

Oben wurde erörtert, warum in der vorliegenden Untersuchung gerade die österreichische, deutsche und belgische Rechtsordnung herangezogen werden: Diese Mitgliedstaaten weisen gewisse Ähnlichkeiten, aber auch Unterschiede auf, die eine vergleichende Betrachtung ihrer jeweiligen grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen mit bundesstaatlicher Relevanz gewinnbringend erscheinen lässt.

Relevant für die Qualifikation als Bundesstaat in Abgrenzung zum Einheitsstaat ist für die hier vorliegende Untersuchung die Bezeichnung im jeweiligen Verfassungsrecht. Diese findet sich für Österreich in Art 2 Abs 1 B-VG<sup>37</sup>, für Deutschland in Art 20 Abs 1 GG<sup>38</sup> und für Belgien in Art 1 BV<sup>39</sup>. Das Verfassungsrecht gibt auch eine Antwort darauf, welche Hoheitsträger als föderale Ho-

36 Obwexer nimmt im Zusammenhang mit Art 4 Abs 2 EUV sogar eine Verpflichtung des EuGH zur Rechtsvergleichung an, Obwexer in Gamper/Verschraegen, Rechtsvergleichung 127.

37 „Österreich ist ein Bundesstaat“.

38 „Die Bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Bundesstaat“.

39 „België ist ein Föderalstaat, der sich aus den Gemeinschaften und den Regionen zusammensetzt“ bzw „België is een federale Staat, samengesteld uit de gemeenschappen en de gewesten“ bzw „La Belgique est un État fédéral qui se compose des communautés et des régions“. In der deutschen Sprachfassung wird Belgien also zwar nicht explizit als „Bundesstaat“ bezeichnet; bereits die Bezeichnung „Föderalstaat“ reicht aber aus, um die belgische Staatsform von einem Einheitsstaat abzugrenzen. Dazu kommt, dass sowohl die französische Bezeichnung „État fédéral“ als auch die niederländische Bezeichnung „federale Staat“ mit „Bundesstaat“ übersetzt werden können. Auch Watts ordnet bspw Belgien – wie Österreich und Deutschland – als „federation“ ein; vgl. Watts, Federal Systems 12, 43 ff. Zur Legitimität der Bezeichnung Belgiens als Bundesstaat vgl. schon Gamper, Regionen 197 mwN; s. weiters Delpérée, JT 1993, 638; van Impe, TBP 1991, 437 ff; Behrendt/Bouhon, Introduction 362.

heitsträger des jeweiligen Bundesstaates anzusehen sind: Art 2 Abs 2 B-VG legt fest, dass der Bundesstaat sich aus den Ländern zusammensetzt; das II. Hauptstück des Grundgesetzes, das Regelungen über die bundesstaatliche Organisation trifft, nennt „Bund und Länder“ als föderale Hoheitsträger; die Länder werden überdies auch in der Präambel explizit aufgezählt; und nach Art 1 BV setzt sich der belgische Bundesstaat aus den Regionen und den Gemeinschaften zusammen. Das Abstellen auf die Festlegungen im mitgliedstaatlichen Verfassungsrecht ist durch die Normlogik des Art 4 Abs 2 EUV geboten, der auf nationale Gegebenheiten verweist. Eine kategorisch-theoretische Unterscheidung zwischen Bundesstaaten und Einheitsstaaten ist für die Untersuchung von Art 4 Abs 2 EUV nicht erforderlich, weil nicht nur bundesstaatliche, sondern auch einheitsstaatliche Strukturen – sowie alle dazwischenliegenden Formen der föderalen oder dezentralen Staatsorganisation – grundlegende politische und verfassungsmäßige Strukturen ausmachen können.

In der vorliegenden Untersuchung werden die Begriffe „föderale Einheiten“ oder „föderale Hoheitsträger“ verwendet, um die Gesamtheit der durch eine föderale Kompetenzverteilung<sup>40</sup> berechtigten Einheiten zu bezeichnen, also etwa Bund und Länder in Österreich. Die Begriffe der „föderalen Hoheitsträger“ oder der „föderalen Einheiten“ haben den Vorteil, dass sie unterschiedslos auf alle drei untersuchten Bundesstaaten angewendet werden können.<sup>41</sup>

Zentraler Hoheitsträger ist jener föderale Hoheitsträger, der Kompetenzen für das gesamte Staatsgebiet bzw das gesamte Staatsvolk ausüben kann, also der Bund. Dezentrale Hoheitsträger sind jene Hoheitsträger, deren Kompetenzbereich auf einen Teilbereich des Staatsgebietes bzw des Staatsvolkes beschränkt ist, also auf die Länder bzw Regionen und Gemeinschaften. Durch die Verwendung des Begriffs „dezentral“ wird dabei keine Aussage über das Ausmaß der diesen Hoheitsträgern zukommenden Autonomie gemacht. Der Begriff ist insofern synonym mit dem in der Bundesstaatsliteratur häufig verwendeten Begriff der Gliedstaaten, der aber auf Grund der mangelnden Staatlichkeit der dezentralen Hoheitsträger (im völkerrechtlichen Sinn) etwas missverständlich ist.<sup>42</sup>

40 Eine föderale Kompetenzverteilung verteilt die Kompetenzen im Bundesstaat. Zur Frage, was eine Kompetenzverteilung ist, unten bei 4.3 (= 147).

41 Anders als in Österreich und Deutschland gliedert sich der belgische Bundesstaat nicht in Bund und Länder, sondern in Bund, Gemeinschaften und Regionen; dazu unten bei 7.1.1 (= 325). Dies wird durch den Begriff „föderale Hoheitsträger“ abgedeckt.

42 Vgl ebenfalls schon kritisch zum Begriff des Gliedstaates *Kelsen*, ZÖR 1919/20, 119.