

9. Verpflichtung zur Achtung der bundesstaatlichen Vielfalt

9.1 Konstitutive Vielfalt

9.1.1 Formelles Bestehen mehrerer föderaler Hoheitsträger

Als konstitutive Vielfalt wurde oben¹⁷⁶⁰ die Notwendigkeit des Bestehens mehrerer Hoheitsträger innerhalb eines Bundesstaates verstanden. Relevanz hat eine so verstandene konstitutive Vielfalt in jeder der untersuchten Rechtsordnungen; in Österreich und Belgien wird dabei die konkrete Anzahl und der Bestand der föderalen Hoheitsträger geschützt, in Deutschland nur der Grundsatz der Gliederung des Bundes in Länder (unabhängig von ihrer konkreten Anzahl).

Die EU darf also keine Handlungen setzen, mit denen diese Vielfalt und dabei insb die dezentralen Hoheitsträger formal abgeschafft werden sollen. Dabei handelt es sich allerdings lediglich um eine theoretische Feststellung, da nicht ersichtlich ist, auf welche Kompetenz gestützt und durch welche Handlungen die EU die Länder bzw Regionen und Gemeinschaften formell abschaffen können sollte.

9.1.2 Materielle Eigenständigkeit als Kompetenzausübungsschranke

9.1.2.1 Grundsätzliches, ausschließliche und geteilte Kompetenzen der EU

Mit Blick auf die deutsche Bundesstaatlichkeit kommt aber der Achtung der konstitutiven Vielfalt noch eine weitergehende Bedeutung zu: Anders als nach der österreichischen oder der belgischen Verfassungsrechtslage verlangt Art 79 Abs 3 1. Var GG danach, dass den deutschen Ländern ein Mindestmaß an Hoheitsbefugnissen zukommt, die diese ohne äußeren Einfluss und damit auch ohne Einfluss des Unionsrechts wahrnehmen können. Wird dieses Mindestmaß an eigenständigen Befugnissen unterschritten, so bestehen die deutschen Länder zwar formal weiter, allerdings fehlt es ihnen dann an der von Art 79 Abs 3 1. Var GG geforderten Eigenständigkeit.

Den Ländern können dadurch Kompetenzen entzogen werden, dass den Organen der EU ausschließliche Kompetenzen übertragen werden. Anders als bei den geteilten Kompetenzen¹⁷⁶¹ verlieren die Mitgliedstaaten hier bereits mit dem (völkerrechtlichen) Akt der Kompetenzübertragung ihre Kompetenz. Die Kompetenzübertragung an die EU erfolgt durch Abschluss eines völkerrechtlichen

1760 Bei 8.5.2 (= 373).

1761 Dazu gleich unten.

Vertrags. Beim Abschluss dieses Vertrags haben die Vertreterinnen und Vertreter Deutschlands auf Grund von Art 23 Abs 1 GG auf die Einhaltung des Art 79 Abs 3 GG zu achten, damit auch auf die Einhaltung des Erfordernisses eines Mindestbestands an Länderkompetenzen. Wird dieses Erfordernis nicht ausreichend beachtet, so kann das Zustimmungsgesetz zu diesem Vertrag auf Grund von Art 23 Abs 1 GG am Maßstab des Art 79 Abs 3 1. Var GG gemessen werden. Hier liegt also die Verantwortung der Wahrung des Mindestbestands an Länderkompetenzen bei deutschen Organen. Jede spätere Verfassungsänderung, die den Ländern Kompetenzen entzieht und das Ausmaß der Länderkompetenzen unter die Mindestgrenze fallen lässt, ist ebenfalls verfassungswidrig. In den angegebenen Konstellationen wird also die Grenze des Art 79 Abs 3 GG jeweils durch den Akt des Kompetenzzugs – durch Übertragung an die EU mittels völkerrechtlichen Vertrags oder durch Übertragung an den Bund durch Verfassungsänderung – überschritten. Die rechtmäßig an die EU übertragenen Kompetenzen können von dieser aber ausgeübt werden, ohne dass diese die Grenze des Art 79 Abs 3 GG (iVm Art 4 Abs 2 EUV) zu berücksichtigen hätte.¹⁷⁶²

Im Bereich der geteilten Kompetenzen kann EU-Rechtssetzung sowohl durch die Erlassung von Richtlinien als auch mittels Erlassung von Verordnungen dazu führen, dass die den deutschen Ländern zustehenden eigenständigen Kompetenzen verringert werden: Im Bereich der geteilten Kompetenzen bleiben die Kompetenzen der Mitgliedstaaten weiterhin bestehen; erst wenn und nur soweit die EU die geteilten Kompetenzen ausübt, verlieren die Mitgliedstaaten ihre Kompetenz. Auch Landeskompentzen werden daher zunächst nicht berührt, wenn der EU lediglich eine geteilte Kompetenz übertragen wird. Insofern ist es denkbar, dass die Übertragung einer geteilten Kompetenz an die EU per se noch nicht gegen Art 79 Abs 3 1. Var GG verstößt, aber die konkrete Ausübung dieser Kompetenz durch die EU Art 79 Abs 3 1. Var GG iVm Art 4 Abs 2 EUV missachtet.

Art 4 Abs 2 EUV fungiert insofern iVm Art 79 Abs 3 1. Var GG im Bereich der geteilten Kompetenzen als Kompetenzausübungsschranke für die Organe der EU, die neben die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und Subsidiarität tritt. Selbst innerhalb der ihr in den Verträgen übertragenen Kompetenzen haben die Organe der EU bei der Ausübung geteilter Kompetenzen darauf zu achten, dass das von Art 79 Abs 3 1. Var GG geforderte Mindestmaß an eigenständigen Länderkompetenzen nicht unterschritten wird.

1762 Freilich ist fraglich, ob dann, wenn von Anfang an „zu viele“ Kompetenzen an die EU übertragen wurden, die Annahme einer Kompetenzausübungssperre zu Lasten der EU im Gegensatz zur Konstellation, dass der deutsche Zustimmungsakt zur Vertragsänderung rechtswidrig ist, zu bevorzugen wäre. Daraus lässt sich mE aber nur schwer ein rechtlich relevantes Argument formulieren. Im Übrigen wäre es Deutschland unbenommen, die Rechtslage dadurch zu „sanieren“, dass den Ländern nach Vertragsabschluss Kompetenzen (des Bundes) übertragen werden und so wieder ein Mindestbestand an Länderkompetenzen gesichert ist.

Die folgenden Ausführungen beziehen sich auf den Bereich der geteilten Kompetenzen. Dort kommt es nach der hier vertretenen Ansicht bei der Beurteilung der Unterschreitung des Mindestbestands an Länderkompetenzen auf die Erlassung eines konkreten EU-Rechtsaktes an und nicht bereits auf die Kompetenzübertragung an die EU, wie bei den ausschließlichen Kompetenzen.¹⁷⁶³ Dem Grunde nach können die Überlegungen auch auf den Bereich der ergänzenden bzw unterstützenden Kompetenzen übertragen werden, die im Folgenden nicht gesondert untersucht werden.

9.1.2.2 Bilanzierende Betrachtung: EU und nationale Kompetenzverteilung

Die Beurteilung, ob das von Art 79 Abs 3 1. Var GG geforderte und damit auch nach Art 4 Abs 2 EUV von den Organen der EU zu achtende Mindestmaß an Länderkompetenzen durch einen Rechtsakt der EU unterschritten wird, ist allerdings aus mehreren Gründen nicht ganz einfach:

Zunächst ist es, wie oben dargelegt wurde,¹⁷⁶⁴ bereits bei einer rein nationalen Betrachtung kaum möglich, das notwendige Mindestmaß an Länderkompetenzen abstrakt zu quantifizieren. Erschwert wird die Betrachtung bei Hinzunahme der unionalen Ebene. Denn im Bereich der geteilten Kompetenzen ist die Beeinträchtigung der Landeskompetenzen unterschiedlich stark – je nachdem, ob die EU sich des Rechtsaktes der Verordnung oder der Richtlinie bedient. Bei der Richtlinienumsetzung verbleibt den Ländern weiterhin ein – wenn auch meist geringer – Spielraum; insofern wäre das Ausmaß des Kompetenzverlustes geringer anzusetzen, wenn die EU lediglich eine Richtlinie erlässt, die Landeskompetenzen betrifft. Durch die zwischen Verordnungen und Richtlinien differenzierende Betrachtung wird also eine Quantifizierung des notwendigen Mindestmaßes an Länderkompetenzen bzw das Feststellen jenes Rechtsaktes schwieriger, mit bzw ab dem diese Mindestgrenze nicht mehr eingehalten wird.

9.1.2.3 Änderungen der nationalen Kompetenzverteilung vor Erlassung eines EU-Rechtsaktes

Zu erwägen ist weiters, ob durch den verfassungsändernden Gesetzgeber nach Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon – und damit Art 4 Abs 2 EUV – vorgenommene Änderungen der Kompetenzverteilung Einfluss darauf haben, inwie-

1763 Freilich ist festzuhalten, dass auch außerhalb des Bereichs der geteilten Kompetenzen die Kompetenzbestimmungen zT so undeterminiert sind, dass zum Zeitpunkt der Kompetenzübertragung schwer beurteilt werden kann, ob die Grenze der materiellen Eigenständigkeit gewahrt bleibt; s dazu instruktiv *Klamert in Herzog ea, Europarecht* 143 ff. In den dort genannten Fällen ist die durch Art 4 Abs 2 EUV geschützte Grenze der materiellen Eigenständigkeit der deutschen Länder im Rahmen einer systematischen Auslegung der Kompetenzvorschriften zu berücksichtigen.

1764 Siehe dazu bei 6.3.3.1 (= 278).

weit Rechtsakte der Union Länderkompetenzen beeinträchtigen. Diesbezüglich sind – ausgehend von einem nicht „versteinernen“ Verständnis des Mindestausmaßes der Länderkompetenzen nach dem GG¹⁷⁶⁵ – zwei Varianten denkbar:

Einerseits könnte man davon ausgehen, dass die Organe der EU bei der Beurteilung des Spielraums, der für Beeinträchtigungen von Länderkompetenzen besteht, auf den Stand der Länderkompetenzen zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Vertrags von Lissabon abstellen dürften. Nachträgliche innerstaatliche Kompetenzverschiebungen zu Lasten der Länder (und damit innerstaatlich zu Gunsten des Bundes) wären dann irrelevant und würden den Spielraum der EU nicht verringern. Andererseits könnte man eine Relevanz dieser nachträglichen Kompetenzverschiebungen behaupten, mit dem Ergebnis, dass sich der Spielraum der EU-Rechtsetzung verringern würde, wenn innerstaatlich Kompetenzänderungen zu Lasten der Länder stattfinden.

Die besseren Gründe sprechen für die zweite Variante: So wird auch der Inhalt der nationalen Identität iSd Art 4 Abs 2 EUV grundsätzlich nicht „versteinern“ ermittelt; vielmehr wird dafür auf die jeweils aktuelle Rechtslage abgestellt.¹⁷⁶⁶ Nun wird zwar durch eine Änderung der innerstaatlichen deutschen föderalen Kompetenzverteilung nicht Art 79 Abs 3 1. Var GG geändert, wohl aber – wenn diese Änderung (nur) zu Lasten der Länder geht – der verbleibende Spielraum des Verfassungsgesetzgebers verkleinert. Auch der Zweck des Art 79 Abs 3 1. Var GG spricht dafür, nachträgliche Kompetenzverschiebungen zu Lasten der Länder mitzubetrachten. Andernfalls könnte zunächst der Bund das nach Art 79 Abs 3 1. Var GG gerade noch zulässige Maximalpotential an Kompetenzverschiebungen ausreizen, und im Anschluss daran könnten die Landeskompetenzen darüber hinaus durch EU-Rechtsetzung beeinträchtigt werden. Dies hätte wiederum zum Ergebnis, dass das von Art 79 Abs 3 1. Var GG geforderte Mindestmaß an Länderkompetenzen unterschritten würde.

Die Ermittlung jener Grenze, bis zu der Rechtsetzung durch die EU noch zulässig ist, ohne das Erfordernis des Mindestausmaßes an Länderkompetenzen iSd Art 79 Abs 3 1. Var GG iVm Art 4 Abs 2 EUV zu missachten, wird also auch dadurch erschwert, dass Veränderungen der innerstaatlichen föderalen Kompetenzverteilung Deutschlands seit dem Vertrag von Lissabon zu berücksichtigen sind. Die zu achtende Grenze ist insofern in Abhängigkeit von der Tätigkeit des deutschen Verfassungsrechtsetzers beweglich.¹⁷⁶⁷

1765 Dazu oben bei 6.3.3.4 (= 282).

1766 Dazu oben bei 3.6.4 (= 110).

1767 Und zwar in beide Richtungen: Sowohl Kompetenzänderungen zu Lasten der Länder als auch solche, mit denen den Ländern auf innerstaatlicher Ebene mehr Kompetenzen eingeräumt werden, sind in Rechnung zu stellen.

9.1.2.4 *Änderungen der nationalen Kompetenzverteilung nach Erlassung eines EU-Rechtsaktes*

In den vorangehenden Ausführungen ging es darum, ob Änderungen der deutschen föderalen Kompetenzverteilung nach dem Vertrag von Lissabon, aber vor der Erlassung eines EU-Rechtsaktes zu berücksichtigen sind; dies wurde bejaht. Interessant ist in diesem Zusammenhang aber auch, bis zu welchem Zeitpunkt Änderungen der innerstaatlichen Kompetenzverteilung für die Vereinbarkeit eines EU-Rechtsaktes mit dem Gebot der Achtung eines Mindestbestands an Länderkompetenzen nach Art 79 Abs 3 1. Var GG iVm Art 4 Abs 2 EUV Relevanz haben. Es geht dabei darum, ob nach Erlassung¹⁷⁶⁸ eines EU-Rechtsaktes erfolgende Änderungen der innerstaatlichen Kompetenzverteilung zu einer In- oder Konvalidation dieses Rechtsaktes führen können. Anders formuliert: Kann eine nach Erlassung eines EU-Rechtsaktes erfolgte Änderung der Kompetenzverteilung zu Lasten der Länder und zu Gunsten des Bundes bewirken, dass dieser EU-Rechtsakt wegen Missachtung von Art 79 Abs 3 1. Var GG iVm Art 4 Abs 2 EUV primärrechtswidrig wird? Kann, umgekehrt, eine innerstaatliche Kompetenzverschiebung zu Gunsten der Länder einen bei seiner Erlassung wegen Missachtung von Art 79 Abs 3 1. Var GG iVm Art 4 Abs 2 EUV primärrechtswidrigen Rechtsakt primärrechtskonform machen?

Zunächst soll auf die Frage einer Invalidation eines EU-Rechtsaktes auf Grund nachfolgender innerstaatlicher Kompetenzverschiebung zu Lasten der Länder eingegangen werden. Gegen die Annahme einer Invalidation sprechen folgende Gründe: Das Ziel des Art 79 Abs 3 1. Var GG, einen Mindestbestand an Länderkompetenzen zu sichern, verlangt nicht nach einer Invalidation des EU-Rechtsaktes. Denn bereits die Änderung der Kompetenzverteilung auf innerstaatlicher Ebene ist wegen Verstoßes gegen Art 79 Abs 3 1. Var GG verfassungswidrig und damit nichtig. Der Schutz der Länderkompetenzen verlangt damit nicht nach der Invalidation eines weiteren Rechtsaktes (hier: des EU-Rechtsaktes). Würde man davon ausgehen, dass die nachträgliche Änderung der innerstaatlichen Kompetenzverteilung zu Lasten der Länder eine Invalidation des EU-Rechtsaktes bewirken würde, so stellte sich außerdem die Frage, warum gerade dieser EU-Rechtsakt invalidieren soll. Das Ausmaß der Länderkompetenzen wird

¹⁷⁶⁸ Als Datum der Erlassung ist hier der Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens zu verstehen. Die Mitgliedstaaten (Deutschland) sind (ist) am Gesetzgebungsverfahren durch den Rat beteiligt und daher in der Lage, bereits vor Kundmachung im Amtsblatt bzw vor Inkrafttreten der EU-Rechtsakte abzuschätzen, in welchen Bereichen es zu Beeinträchtigungen der Länderkompetenzen kommen wird. Würde in Deutschland zwischen diesem Zeitpunkt und der Kundmachung im Amtsblatt bzw dem Inkrafttreten des EU-Rechtsaktes die Kompetenzverteilung zu Lasten der Länder geändert und dann behauptet, die EU verstoße durch den fraglichen EU-Rechtsakt gegen Art 79 Abs 3 1. Var GG iVm Art 4 Abs 2 EUV, dann würde damit gegen das in Art 4 Abs 3 EUV verankerte Loyalitätsgebot verstoßen. Dies gilt sowohl für Verordnungen als auch für Richtlinien. Vgl zu den Vorwirkungen von Richtlinien zB *Nettesheim* in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art 288 AEUV Rz 118.

ebenso durch andere EU-Rechtsakte beeinträchtigt; auch die Invalidation dieser Rechtsakte könnte das Ausmaß der Länderkompetenzen wieder auf das von Art 79 Abs 3 1. Var GG geforderte Mindestmaß erweitern. Die Begründung mit Verweis darauf, dass der fragliche EU-Rechtsakt der letzte sei, der die Landeskompetenzen beeinträchtigt habe, ist insofern unschlüssig, als es in der angedachten Konstellation einen späteren Rechtsakt gab, der die Landeskompetenzen schmälert – nämlich die innerstaatliche Verfassungsänderung. Auch wenn es sich dabei um einen innerstaatlichen Akt der Verfassungsänderung handelt, erscheint es naheliegender, nur diesen wegen Verstoßes gegen Art 79 Abs 3 1. Var GG als nichtig zu qualifizieren. Es scheint daher eher vertretbar davon auszugehen, dass ein EU-Rechtsakt, der Länderkompetenzen beeinträchtigt, nicht invalidiert, wenn wegen nachfolgender Änderungen der nationalen Kompetenzverteilung zu Lasten der Länder die Grenze des Art 79 Abs 3 1. Var GG unterschritten wird.

Damit bleibt zu untersuchen, ob eine Änderung der innerstaatlichen Kompetenzverteilung zu Gunsten der Länder einen ursprünglich Art 79 Abs 3 1. Var GG iVm Art 4 Abs 2 EUV missachtenden EU-Rechtsakt „heilen“ kann. Hier sprechen die besseren Gründe dafür, von der Möglichkeit einer solchen Konvalidation auszugehen. Denn durch die Änderung der nationalen Kompetenzverteilung wird der Verstoß gegen Art 79 Abs 3 1. Var GG iVm Art 4 Abs 2 EUV beseitigt. Es wäre sogar ein denkbare Motiv der Änderung der Kompetenzverteilung zu Gunsten der Länder, den Ländern in einem Bereich (wieder) mehr Kompetenzen zukommen zu lassen, um es der EU zu ermöglichen, in einem anderen Bereich tätig zu werden (bzw hier: zu bleiben).

Auf die Frage der kumulativen Wirkung mehrere Verfassungsänderungen zu Gunsten und/oder zu Lasten der Länder (jeweils in einem der geschilderten zeitlichen Zusammenhänge mit einem EU-Rechtsakt) braucht nicht gesondert eingegangen zu werden; erfolgen diese gleichzeitig, so ist bilanzierend zu beurteilen, ob die Änderungen insgesamt zu Gunsten oder zu Lasten der Länder erfolgen. Erfolgen die Änderungen mit zeitlichem Abstand, so ist jeweils auf die letzte Änderung abzustellen.

9.1.2.5 *Verhältnis zum Subsidiaritätsprinzip und dem Subsidiaritätskontrollverfahren*

Auf den ersten Blick mag die hier vorgestellte Kompetenzausübungsschranke, die sich aus Art 79 Abs 3 1. Var GG iVm Art 4 Abs 2 EUV ergibt, eine ähnliche Ausrichtung haben wie das in Art 5 Abs 3 EUV verankerte Subsidiaritätsprinzip. Tatsächlich geht es sowohl bei der hier diskutierten Kompetenzausübungsschranke als auch beim Subsidiaritätsprinzip darum, (auch) die Kompetenzen dezentraler Gebietskörperschaften zu schützen. Damit enden aber auch schon

die Ähnlichkeiten zwischen dem Subsidiaritätsprinzip und der hier diskutierten Kompetenzausübungsschranke.

So ist etwa das Subsidiaritätsprinzip final ausgestaltet; der Schutz der Kompetenzen der Mitgliedstaaten bzw ihrer dezentralen Einheiten soll also nicht um ihrer selbst willen erfolgen, sondern zur Erreichung eines bestimmten Ziels. Nach dem Subsidiaritätsgrundsatz darf die EU eine geteilte Kompetenz nur dann ausüben, wenn und insoweit ein Ziel auf mitgliedstaatlicher Ebene nicht ausreichend und auf Unionsebene besser verwirklicht werden kann.

Art 79 Abs 3 1. Var GG stellt im Gegensatz dazu nicht darauf ab, ob ein Ziel durch die Länder besser verwirklicht werden kann bzw ein Sachbereich eher dazu geeignet erscheint, von den Ländern geregelt zu werden. Die „Untergrenze“ eines Mindestmaßes an Länderkompetenzen gilt absolut. Selbst für den Fall, dass ein Ziel auf Ebene der deutschen Länder nicht und von der Union besser verwirklicht werden könnte, stünde die Kompetenzausübungsschranke aus Art 79 Abs 3 1. Var GG iVm Art 4 Abs 2 EUV einem Tätigwerden der Union entgegen.¹⁷⁶⁹

Es bleibt zu fragen, ob eine Missachtung von Art 79 Abs 3 1. Var GG iVm Art 4 Abs 2 EUV durch einen EU-Rechtsakt im Verfahren zur Subsidiaritätskontrolle gerügt werden kann. Dies ist schon deswegen nicht naheliegend, weil im Subsidiaritätsprotokoll explizit auf das Subsidiaritätsprinzip iSd EUV Bezug genommen wird, nicht aber auf etwaige aus Art 4 Abs 2 EUV erwachsende Kompetenzausübungsschranken.¹⁷⁷⁰ Dazu kommt, dass auch inhaltlich ein deutlicher Unterschied zwischen der aus Art 79 Abs 3 1. Var GG iVm Art 4 Abs 2 EUV erwachsenden Kompetenzausübungsschranke und dem in Art 5 Abs 3 EUV verankerten Subsidiaritätsprinzip besteht. Die Mechanismen der Subsidiaritätskontrolle kommen daher auf die genannte Kompetenzausübungsschranke nicht zur Anwendung.¹⁷⁷¹

9.1.2.6 Aufklärungs- und Warnpflichten?

Gerade im Licht der mangelnden Determiniertheit der aus Art 79 Abs 3 1. Var GG iVm Art 4 Abs 2 EUV folgenden Kompetenzausübungsschranke stellt sich die Frage, ob die am EU-Rechtssetzungsprozess mitwirkenden Vertreterinnen und Vertreter Deutschlands besondere Aufklärungs- oder Warnpflichten treffen.¹⁷⁷²

1769 Vgl *Sommermann* in von Mangoldt, Art 20 GG Rz 58. Es gibt keinen überzeugenden Anhaltspunkt dafür, dass Art 79 Abs 3 GG ein im Verhältnis zur EU relevantes „Subsidiaritätsprinzip“ verankert.

1770 Vgl dazu *Guastafarro*, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2014, 320 ff.

1771 Es ist nicht ausgeschlossen, dass ein in Aussicht genommener Rechtsakt aus sehr ähnlichen Gründen sowohl Art 4 Abs 2 EUV iVm Art 79 Abs 3 1.Var GG als auch das Subsidiaritätsprinzip verletzt; auf Grund der Vorgaben des Primärrechts kann aber dennoch im Subsidiaritätskontrollverfahren nur eine Verletzung des unionsrechtlichen Subsidiaritätsprinzips geltend gemacht werden.

1772 Siehe dazu allgemein schon oben bei 3.6.6.2 (= 136).

Solche Pflichten könnten etwa darin bestehen, dass die Vertreterin bzw der Vertreter Deutschlands im Rat darauf hinzuweisen hat, dass ein EU-Rechtsakt die Grenze des Art 79 Abs 3 1. Var GG überschreitet. Solche Pflichten könnten sich aus Art 4 Abs 3 EUV ergeben, wenn sie erforderlich sind, damit die Organe der EU die Vertragsziele erreichen bzw die in den Verträgen enthaltenen Verpflichtungen erfüllen können.

Es ist daher zu fragen, ob es eine Pflicht der Mitgliedstaaten gibt, im Rahmen des Rechtsetzungsverfahrens mit den Organen der EU in Form von Aufklärung und Warnung zusammenzuwirken, um es den Organen der EU zu ermöglichen, primärrechtskonformes, mit Art 4 Abs 2 EUV in Einklang stehendes Recht zu setzen. Dazu ist zunächst darauf hinzuweisen, dass die Kommission – anders als beim Subsidiaritätsprinzip – nicht explizit verpflichtet ist, in ihren Rechtsetzungsvorschlägen zu überprüfen, ob die Vereinbarkeit mit der nationalen Identität der Mitgliedstaaten gegeben ist. Außerdem haben die von einer Missachtung des hier diskutierten Identitätsbestandteils hauptsächlich Betroffenen – die deutschen Länder, insb die Landtage – im EU-Rechtsetzungsverfahren keine Möglichkeit zur Abgabe einer Erklärung.¹⁷⁷³ Damit könnten auf die Überschreitung der „Grenze“ des Mindestbestands an Länderkompetenzen gerichtete Aufklärungs- und Warnpflichten der deutschen Vertreterin bzw des deutschen Vertreters im Rat in diesem spezifischen Fall erforderlich erscheinen, um es den Organen der EU zu ermöglichen, primärrechtskonformes Recht zu setzen, nicht zuletzt in Anbetracht dessen, dass auch in der deutschen rechtswissenschaftlichen Literatur festgestellt wird, dass es schwierig ist, abstrakt festzulegen, wo die Grenze liegt, ab der ein „Unterschreiten“ von Landeskompetenzen zu einem Verstoß gegen Art 79 Abs 3 GG führt.¹⁷⁷⁴ Die diskutierte Verpflichtung der deutschen Vertreterin bzw des deutschen Vertreters im Rat würde der Zusammenarbeit mit den Organen der EU zur Erfüllung von Art 4 Abs 2 EUV dienen¹⁷⁷⁵ und könnte daher als Bestandteil des in Art 4 Abs 3 EUV verankerten Loyalitätsprinzips qualifiziert werden.

Fraglich ist allerdings, ob es sich bei der nach Art 4 Abs 3 EUV notwendigen Aufklärung bzw Warnung durch die deutsche Vertreterin bzw den deutschen Vertreter im Rat um eine „Pflicht“ im rechtstechnischen Sinn handelt. Eine solche liegt nur dann vor, wenn die Missachtung des mit der Pflicht auferlegten Handlungsgebots sanktioniert werden kann. Eine Missachtung des Loyalitätsgebots durch einen Mitgliedstaat kann grundsätzlich im Rahmen eines Vertragsverlet-

1773 Die Interessen der deutschen Länder werden freilich dadurch besonders berücksichtigt, dass nach Art 23 Abs 6 GG eine Ländervertreterin bzw ein Ländervertreter in den Rat zu entsenden ist, wenn bestimmte Landeskompetenzen betroffen sind.

1774 Zum Beispiel Dreier in Dreier, Art 79 Abs 3 GG Rz 22; vgl auch Hain in von Mangoldt, Art 79 GG Rz 129 f; Evers in BK Art 79 Abs 3 GG Rz 21 – dazu schon oben bei 6.3.3.1 (= 278).

1775 In Verbindung mit anderen Vertragszielen, je nachdem, um welches Ziel der konkrete Rechtsakt verwirklichen soll.

zungsverfahrens sanktioniert werden. Würde man annehmen, dass auch die Verletzung einer auf die potentielle Missachtung von Art 79 Abs 3 1. Var GG iVm Art 4 Abs 2 EUV gerichteten Aufklärungs- bzw Warnpflicht eines Vertreters bzw einer Vertreterin Deutschlands im Rat eine Vertragsverletzung darstellt, so führte dies zu folgendem Ergebnis: Wenn die Organe der EU einen Rechtsakt erlassen, der Art 79 Abs 3 1. Var GG iVm Art 4 Abs 2 EUV missachtet, ohne dass die deutsche Vertreterin bzw der deutsche Vertreter im Rat davor warnt, dann könnte zum einen der fragliche Rechtsakt im Rahmen einer Nichtigkeitsklage wegen Verletzung der nationalen Identität für nichtig erklärt werden. Zum anderen würde Deutschland ein Vertragsverletzungsverfahren wegen mangelnder Beachtung der aus dem Loyalitätsgebot abgeleiteten Aufklärungs- und Warnpflichten drohen.

Dieses Ergebnis könnte man nun als nicht mit Art 4 Abs 2 EUV vereinbar erachten: Schließlich sind es nach dieser Bestimmung die Organe der EU, die dazu verpflichtet sind, die nationale Identität der Mitgliedstaaten zu achten, nicht die Mitgliedstaaten, die darauf zu achten haben, dass die Organe der EU ihre nationale Identität achten. Dieses Argument verkennt aber, dass die angedachte Rügepflicht des Mitgliedstaates nicht an die Stelle, sondern neben die Verpflichtung der EU zur Achtung der nationalen Identität ihrer Mitgliedstaaten treten würde. Im Übrigen änderte die angedachte Aufklärungs- bzw Warnpflicht der deutschen Vertreterin bzw des deutschen Vertreters im Rat auch nichts an der Durchsetzbarkeit von Art 4 Abs 2 EUV: Wenn ein EU-Rechtsakt trotz (zutreffender) Warnung der deutschen Vertreterin bzw des deutschen Vertreters im Rat zustande kommt, kann der Rechtsakt immer noch wegen Missachtung von Art 4 Abs 2 EUV für nichtig erklärt werden. Auch wenn es keine Warnung der deutschen Vertreterin bzw des deutschen Vertreters gibt (obwohl eine solche angebracht wäre), muss die EU sich die Missachtung der nationalen Identität Deutschlands insofern „vorwerfen“ lassen, als der fragliche Rechtsakt wie oben erörtert¹⁷⁷⁶ für nichtig erklärt werden kann. Das Fehlverhalten der deutschen Vertreterin bzw des deutschen Vertreters im Rat mit Blick auf Art 4 Abs 3 EUV ändert nichts an der Rechtswidrigkeit des fraglichen Aktes im Lichte des Art 4 Abs 2 EUV.¹⁷⁷⁷ Der Fall, dass die deutsche Vertreterin bzw der deutsche Vertreter im Rat während des Rechtsetzungsverfahrens nicht über eine potentielle Identitätsmissachtung aufklären kann, weil eine solche während des Rechtsetzungsverfahrens noch

1776 Bei 3.6.7 (= 138).

1777 Vgl dazu schon oben bei 3.6.6.2 (= 136). Vgl auch zum fehlenden Erfordernis der „Offensichtlichkeit“ einer Missachtung grundlegender Strukturen in Art 4 Abs 2 EUV im Vergleich zu Art 46 WVK oben bei 3.5.3 (= 85).

nicht besteht, sich aber später durch Änderung des nationalen Verfassungsrechts ergibt, kann beim hier diskutierten Identitätsmerkmal nicht eintreten.¹⁷⁷⁸

Im Ergebnis kann daher beim hier diskutierten, aus Art 79 Abs 3 1. Var GG iVm Art 4 Abs 2 EUV abgeleiteten Identitätsmerkmal eines Mindestbestands an Länderkompetenzen der deutschen Länder auf Grund von Art 4 Abs 3 EUV eine Aufklärungs- und Warnpflicht der deutschen Vertreterin bzw des deutschen Vertreters im Rat angenommen werden. Diese verpflichtet die deutsche Vertreterin bzw den deutschen Vertreter im Rat, auf die drohende Missachtung des genannten Aspekts der deutschen nationalen Identität hinzuweisen; die Unterlassung einer gebotenen Aufklärung stellt eine Verletzung der Loyalitätspflicht und damit eine Vertragsverletzung dar. Zu betonen ist, dass sich diese Verpflichtung nicht aus einer Bindung der Vertreterin bzw des Vertreters Deutschlands an die Pflicht zur Achtung der nationalen deutschen Identität iSd Art 4 Abs 2 EUV ergibt,¹⁷⁷⁹ sondern aus der in Art 4 Abs 3 EUV verankerten Loyalitätsverpflichtung.¹⁷⁸⁰

9.1.3 Konstitutive Vielfalt und Einheitsvorgaben

9.1.3.1 Die Begriffe „Einheit“ und „Einheitsvorgaben“

Der Begriff „Einheit“ wird hier im Sinn von Alleinheit oder Ausschließlichkeit verstanden. Einheitsvorgaben sind damit Anforderungen des Unionsrechts, die das Tätigwerden mehrerer Rechtsetzer oder Behörden ausschließen. Einheit kann dabei schon unionsweit durch Harmonisierung auf Ebene der EU erreicht werden. Ebenso ist aber denkbar, dass in einem EU-Rechtsakt verlangt wird, dass dessen legislative Umsetzung in einem einzigen einheitlichen mitgliedstaatlichen Rechtsakt zu erfolgen hat oder dass lediglich eine einzige einheitliche Behörde für die Vollziehung zuständig sein bzw gemacht werden soll. Einheit in diesem Sinn bzw Einheitsvorgaben in diesem Sinn scheinen daher in einem direkten Widerspruch zur konstitutiven Vielfalt zu stehen, die ja gerade nach einer Mehrheit von Rechtsetzern und/oder vollziehenden Stellen verlangt.

9.1.3.2 Unionsweite Einheit

Die folgenden Ausführungen beziehen sich auf unionsweite Einheit und analysieren, ob derartige Einheitsgebote im Einklang mit der konstitutiven Vielfalt

1778 Siehe zur Frage, inwiefern nachträgliche Änderungen der innerstaatlichen deutschen Kompetenzverteilung zur Invalidation eines ursprünglich Art 4 Abs 2 EUV entsprechenden EU-Rechtsaktes führen können, schon oben bei 9.1.2.4 (= 383).

1779 An diese sind nur die Organe der EU gebunden; dazu oben bei 3.6.6.2 (= 136).

1780 Vgl auch zum fehlenden Erfordernis der „Offensichtlichkeit“ einer Missachtung grundlegender Strukturen in Art 4 Abs 2 EUV im Vergleich zu Art 46 WVK oben bei 3.5.3 (= 85).

stehen. Auf Einheitsgebote, die sich an die Ebene der Mitgliedstaaten richten, wird weiter unten eingegangen.¹⁷⁸¹

Unionsweite Einheit wird zB hergestellt, wenn eine Verordnung erlassen wird, die eine Materie unionsweit einheitlich regelt. Auch Richtlinien stellen hinsichtlich ihres Ziels, das innerhalb der EU einheitlich gilt, unionsweite Einheit her – die Umsetzungsmaßnahmen dürfen aber von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat variieren; insofern wird dahingehend Einheit also weder bewirkt noch angestrebt.¹⁷⁸² Unionsweite Einheit kann auch hinsichtlich des Vollzugs hergestellt werden, wenn eine unionale Stelle wie etwa die Kommission oder eine Agentur mit dem Vollzug betraut wird. Schließlich sind auch die Vorgaben des Primärrechts – etwa die Grundfreiheiten und Grundrechte – Ausdruck unionsweiter Einheit, da sie auf einer einheitlichen Rechtsquelle beruhen und unionsweit denselben Inhalt haben.¹⁷⁸³

Man kann sich nun die Frage stellen, ob eine derartige unionsweite Einheit im Einklang mit der durch Art 4 Abs 2 EUV geschützten bundesstaatlichen konstitutiven Vielfalt steht. Dabei ist aber zu berücksichtigen, dass hinter dem Primärrecht und dabei im Besonderen hinter der Kompetenzverteilung zwischen der EU und den Mitgliedstaaten ganz offensichtlich das Ziel steht, der EU auch einheitliche Rechtsetzung und Vollziehung zu ermöglichen. Dies gilt in besonderem Ausmaß für die Bereiche der ausschließlichen Kompetenzen, kann aber auch im Bereich der geteilten Zuständigkeiten insb mit Blick auf Art 5 Abs 3 EUV begründet werden: Das in Art 5 Abs 3 EUV verankerte Subsidiaritätsprinzip sieht im Wesentlichen vor, dass die EU im Bereich der geteilten Kompetenzen dann tätig werden darf, wenn die Ziele einer in Betracht gezogenen Maßnahme auf Grund ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen auf Unionsebene besser verwirklicht werden können als auf mitgliedstaatlicher nationaler oder regionaler Ebene. Dürfte die EU allerdings kein unionsweit einheitlich geltendes Recht setzen, dann wäre diese Voraussetzung nie erfüllt; der potentielle „Mehrwert“ der EU-Rechtsetzung gegenüber der mitgliedstaatlichen Rechtsetzung ergibt sich ja gerade daraus, dass diese für das gesamte Unionsgebiet verbindliches – und insofern auch einheitliches – Recht setzen darf. Abgesehen von Art 5 Abs 3 EUV wird bei den einzelnen Politikbereichen teilweise sogar explizit auf die Herbeiführung

1781 Bei 9.1.3.3 (= 390).

1782 Vgl Art 288 AEUV.

1783 Dies steht nicht im Widerspruch zu den Ausführungen unten (bei 9.2 [= 393]), wonach die durch Art 4 Abs 2 EUV geschützte bundesstaatliche Rechtsetzungsvielfalt die Gleichheitsanforderungen des Primärrechts relativiert, denn die Gleichheitsanforderungen haben ja unionsweit denselben Inhalt – der eben, soweit es um die Beurteilung mitgliedstaatlicher Maßnahmen geht, die Ausdruck bundesstaatlicher Rechtsetzungsvielfalt sind, eine Relativierung einschließt.

einheitlicher Bedingungen bzw eines einheitlichen Rechtsrahmens durch die EU abgestellt.¹⁷⁸⁴

Würde man nun den Identitätsbestandteil konstitutive Vielfalt so verstehen, dass jegliche unionsweit einheitliche Unionsrechtsetzung ausgeschlossen wäre, so würde damit das Funktionieren der EU als Ganzes in Frage gestellt. Ein solches Verständnis kann Art 4 Abs 2 EUV nicht zu Grunde gelegt werden und ist auch aus innerstaatlich-verfassungsrechtlicher Perspektive¹⁷⁸⁵ nicht zum Schutz der konstitutiven Vielfalt erforderlich: Die konstitutive Vielfalt wird jedenfalls in Österreich und Deutschland auf nationaler Ebene durch entsprechende Integrations-schranken geschützt,¹⁷⁸⁶ die bei der Übertragung von Kompetenzen an die EU zu beachten sind. Außerdem muss die (deutsche) konstitutive Vielfalt auch bei der („kompetenzaneignenden“) Ausübung von geteilten Kompetenzen durch die EU wie oben dargelegt berücksichtigt werden.¹⁷⁸⁷ Ein allgemeines Verbot, unionsrechtsweit einheitliches Recht zu setzen, ergibt sich aus der konstitutiven Vielfalt allerdings nicht.¹⁷⁸⁸

9.1.3.3 Unionsrechtliche Forderung nach Einheit innerhalb eines Mitgliedstaates

9.1.3.3.1 Problemstellung

Voranehend wurde diskutiert, ob die konstitutive Vielfalt die EU grundsätzlich an der Erlassung unionsweit einheitlich geltender und anwendbarer Rechtsakte hindern kann. Dies wurde verneint.¹⁷⁸⁹ Eine andere Frage ist aber, ob in EU-Rechtsakten vorgesehen werden darf, dass innerhalb eines Mitgliedstaates vom jeweiligen mitgliedstaatlichen Rechtsetzer Einheit herzustellen ist, dass also ein unionsrechtlich vorgegebener Inhalt auf Ebene eines Mitgliedstaates nur von einem einzigen Rechtsetzer verwirklicht werden darf. Der wesentliche Unterschied zur voranehend diskutierten Konstellation der unionsweiten Einheit besteht hier darin, dass in dem Bereich, in dem von einem Mitgliedstaat verlangt wird, intern Einheit herzustellen, gerade keine unionsweite Einheit erreicht werden soll.

1784 Vgl zB Art 78 Abs 2 lit a, b und d AEUV; Art 118 Abs 1 AEUV (s dort auch die Erwähnung von „zentralisierten Zulassungs-, Koordinierungs- und Kontrollregelungen auf Unionsebene“); Art 133 AEUV; Art 207 Abs 1 AEUV; Art 291 Abs 2 AEUV.

1785 Insb deutscher, da dort die konstitutive Vielfalt den umfassendsten Schutz genießt.

1786 Dazu sowie zur Rechtslage in Belgien oben bei 2.3.2 (= 48).

1787 Oben bei 9.1.2 (= 379).

1788 Ein solches Verbot ließe sich (wenn überhaupt) nur dann begründen, wenn die konstitutive Vielfalt bereits ausschließen würde, dass Hoheitsrechte zB der Länder an eine internationale Einrichtung übertragen werden. Dies kann aber für keine der hier untersuchten Rechtsordnungen bejaht werden.

1789 Bejaht werden kann dies nur dann, wenn es um die „letzte“ Kompetenz der (deutschen) Länder geht, die zur Sicherung ihrer materiellen Eigenständigkeit iSd Art 79 Abs 3 1. Var GG in ihrer Kompetenzsphäre verbleiben muss; dazu oben bei 9.1.2 (= 379).

Eine solche Konstellation läge zB vor, wenn eine Richtlinie verlangt, dass die Umsetzung in einem einzigen nationalen Rechtsakt erfolgen muss. Diese Konstellation ist bisher, soweit ersichtlich, Theorie geblieben¹⁷⁹⁰ und wird im Folgenden nicht näher erörtert. Eine andere Konstellation, in der ein EU-Rechtsakt nach einheitlicher Rechtsetzung auf Ebene eines Mitgliedstaates verlangt, wäre, dass in einer EU-Verordnung angeordnet wird, dass die Vollziehung auf mitgliedstaatlicher Ebene durch eine einzige Behörde in einem einheitlichen Verfahren zu erfolgen hat. Auch eine EU-Richtlinie könnte anordnen, dass für die Setzung bestimmter Handlungen auf mitgliedstaatlicher Ebene lediglich eine einzige Stelle vorgesehen werden darf. Für derartige Konstellationen gibt es zahlreiche Beispiele, insb dann, wenn mitgliedstaatliche Stellen als Ansprechpartner im Rahmen der unionsweiten Verwaltungszusammenarbeit fungieren sollen.¹⁷⁹¹ Die folgenden Überlegungen orientieren sich an diesem Fall als Beispiel.

9.1.3.3.2 Vereinbarkeit mit konstitutiver Vielfalt

Es stellt sich also die Frage, ob es im Einklang mit Art 4 Abs 2 EUV steht, wenn der unionale Rechtsetzer den/die mitgliedstaatlichen Rechtsetzer dazu verpflichtet, die gleichzeitige (Vollziehungs-)Zuständigkeit mehrerer föderaler Hoheitsträger in einem Teilbereich auszuschließen. Zunächst kann überlegt werden, welchen Zweck der Unionsrechtsetzer zB mit einem Rechtsakt verfolgt, der die Mitgliedstaaten verpflichtet, auf nationaler Ebene lediglich eine einzige Behörde mit der Wahrnehmung einer Aufgabe zu betrauen. Auch hier geht es bei näherer Betrachtung idR um die Herstellung einheitlicher Verhältnisse nicht nur innerhalb eines Mitgliedstaates, sondern auch innerhalb der EU. Der Unionsrechtset-

1790 Dies liegt wohl nicht zuletzt daran, dass es keinen ersichtlichen Grund dafür gibt, warum die EU zwar nicht nach unionsweit einheitlichen, aber mitgliedstaatlich-einheitlichen Standards verlangen sollte. Denn wenn es schon keine unionsweite Einheit gibt, dann kann es aus Perspektive des Unionsrechts keinen (großen) Unterschied machen, ob es EU-weit 28 unterschiedliche Regelungen gibt oder mehr. Eine Richtlinie etwa, die nach der Herstellung einer einheitlichen Rechtslage innerhalb jedes Mitgliedstaates verlangen würde, sähe sich hinsichtlich dieser Anforderung mit dem Vorwurf der Unverhältnismäßigkeit konfrontiert; gerade auch im Lichte der hier diskutierten bundesstaatlichen Aspekte von Art 4 Abs 2 EUV wären an die Erforderlichkeit einer solchen Einheitsvorgabe strenge Anforderungen zu stellen.

1791 Siehe zB Art 39 RL 2009/73/EG über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt ABL 211/94; Art 35 RL 2009/72/EG über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt ABL 211/55. Beide Bestimmungen verlangen von den Mitgliedstaaten die Benennung einer einzigen nationalen Regulierungsbehörde; sie lassen aber jeweils explizit zu, dass es auch (mehrere) regionale Regulierungsbehörden geben darf, solange sichergestellt ist, dass es für die EU und die entsprechenden unionalen Regulierungsstellen nur einen einheitlichen Ansprechpartner gibt. Siehe weiters ohne derartige „salvatorische Klauseln“ zB Art 5 Abs 1 VO (EG) 1920/2006 über die Europäische Beobachtungsstelle für Drogen und Drogensucht, ABL 376/1 sowie die zahlreichen Beispiele bei *Merli* in Griller ea, EU-Mitgliedschaft 487; von den dortigen Beispielen lässt einzig Art 4 (Abs 1) VO (EG) 2006/2004 über die Zusammenarbeit zwischen den für die Durchsetzung der Verbraucherschutzgesetze zuständigen nationalen Behörden ABL 364/1 auch die Benennung „anderer“ zuständiger Behörden neben der „zentralen Verbindungsstelle“ zu.

zer möchte oder kann zwar keine EU-Behörde mit der Wahrnehmung der Aufgabe für den ganzen Bereich der Union betrauen; gleichzeitig soll aber sichergestellt werden, dass es in jedem Mitgliedstaat nur eine einzige Behörde gibt, welche die fragliche Aufgabe wahrnimmt. Insofern sollen also die Verhältnisse in den Mitgliedstaaten einheitlich ausgestaltet werden.

Diese unionsrechtliche Forderung nach einer einheitlichen Ausgestaltung bspw der Behördenstruktur in den Mitgliedstaaten kann verschiedene Zielsetzungen verfolgen, etwa die Vereinfachung der Kommunikation der mitgliedstaatlichen Behörden untereinander oder mit der Kommission,¹⁷⁹² aber auch die Erleichterung der Ausübung von Grundfreiheiten oder anderer unionsrechtlich gewährleisteter Rechte.

Dabei handelt es sich jeweils um legitime Ziele, deren Verfolgung den EU-Rechtssetzungsorganen nicht prinzipiell verwehrt werden kann. Auch die konstitutive Vielfalt kann diesem Anliegen nicht pauschal erfolgreich entgegengehalten werden: Denn sie verlangt ja nicht danach, dass stets „alle“ oder „mehrere“ föderale Hoheitsträger für eine Angelegenheit zuständig sind, sondern schützt deren grundsätzlichen Bestand in formeller (und teilweise auch materieller¹⁷⁹³) Hinsicht. In keiner der untersuchten bundesstaatlichen Rechtsordnungen verlangt aber das Verfassungsrecht nach einer möglichst weitreichenden Zuordnung von Kompetenzen an die dezentralen Einheiten; geschützt wird nur ihr grundsätzlicher Bestand. Dies muss so auch im Verhältnis zu Rechtsakten der EU gelten, da Art 4 Abs 2 EUV gerade auf das nationale Verfassungsrecht abstellt. Die konstitutive Vielfalt und damit Art 4 Abs 2 EUV selbst steht EU-Rechtsakten, die eine einheitliche Behördenstruktur in einem Mitgliedstaat verlangen, nur in Extremfällen – beim Entzug der „letzten“ (Vollziehungs-)Kompetenz – entgegen. Allerdings kann die Tatsache, dass es in einem Mitgliedstaat mehrere dezentrale Hoheitsträger mit Vollzugskompetenzen gibt – auch außerhalb des von Art 4 Abs 2 EUV geschützten Bereichs der konstitutiven Vielfalt – dennoch berücksichtigt werden, nämlich im Rahmen der ohnehin durchzuführenden Verhältnismäßigkeits- und Subsidiaritätsprüfung.¹⁷⁹⁴ Dabei ist zu fragen, ob die Vorgabe einer einheitlichen Behördenstruktur zur Erreichung des jeweils angestrebten Ziels wirklich erforderlich ist. Bei der Subsidiaritätsprüfung ist zu fragen, ob die Erreichung des angestrebten Ziels – zB der einfacheren Kommunikation zwischen mitgliedstaatlichen Behörden – nicht auch bei Bestehen mehrerer Behörden je Mitgliedstaat ausreichend erfolgen kann. Dabei ist insb auch darauf zu achten, wie weit die Einheitsvorgabe reicht: Die Anordnung der Nennung einer einheitlichen Stelle zur Erreichung einer effizienten unionsweiten Koopera-

1792 Vgl dahingehend *Merli* in Griller ea, EU-Mitgliedschaft 487.

1793 Dazu schon oben bei 9.1.2 (= 379).

1794 Letztere ist nach Art 5 Abs 3 EUV nur im Bereich der geteilten Zuständigkeiten durchzuführen.

tion wird idR verhältnismäßig sein und dem Subsidiaritätsprinzip entsprechen. Schwieriger wird eine Rechtfertigung, wenn sich die Einheitsvorgabe auch auf die rein innerstaatliche bzw interne Behördenstruktur bezieht. Klauseln wie die in Art 39 Abs 2 Erdgasbinnenmarkt-RL 2009/73/EG und Art 35 Abs 2 Elektrizitätsbinnenmarkt-RL 2009/72/EG, die eine auf mitgliedstaatlicher Ebene wirksame regionale Ausdifferenzierung der Behördenstruktur zulassen, können hier aber einen im Lichte der vorgenannten Kompetenzausübungsgrundsätze ausreichenden Ausgleich schaffen.

9.2 Rechtsetzungsvielfalt

9.2.1 Grundsätzliches zu Rechtsetzungsvielfalt vs Gleichheit

Als Rechtsetzungsvielfalt wurde oben¹⁷⁹⁵ die Befugnis der föderalen Hoheitsträger qualifiziert, in den ihnen von der Kompetenzverteilung zur eigenständigen Kompetenzwahrnehmung zugeordneten Bereichen jeweils unabhängig voneinander Recht zu setzen. Hinsichtlich der Länder bzw dezentralen Hoheitsträger, denen idR dieselben Sachkompetenzen zukommen,¹⁷⁹⁶ beinhaltet dies die Befugnis, auch gleiche Sachverhalte unterschiedlich zu regeln. Um den dezentralen Hoheitsträgern zu ermöglichen, gleiche Sachverhalte in ihrem Gebiet jeweils unterschiedlich zu regeln, bedarf es insb einer Relativierung des Gleichheitssatzes. Dasselbe gilt mit Blick auf die Regelung ähnlicher Sachverhalte durch den zentralen und einen oder mehrere dezentrale Hoheitsträger; auch hier ist zur Verwirklichung der Bundesstaatlichkeit eine Relativierung des Gleichheitssatzes erforderlich.

Damit zeigt sich, dass die im Bundesstaat angestrebte Regelungsvielfalt in einem Spannungsverhältnis zur Anforderung der Gleichheit steht. Die Anforderung der Gleichheit wird an die nationalen Rechtsetzer aber nicht nur durch die nationalen Gleichheitssätze gestellt, sondern auch durch den unionalen Gleichheitssatz. Neben dieser offenkundigen Gleichheitsgarantie finden sich im Unionsrecht außerdem auch einige „versteckte“ Gleichheitsanforderungen. Die nachfolgenden Ausführungen analysieren also, inwiefern die an die Mitgliedstaaten gerichteten unionalen Gleichheitsanforderungen mit dem Erfordernis der Rechtsetzungsvielfalt im Bundesstaat in Einklang gebracht werden können.

1795 Bei 8.5.3 (= 374).

1796 Dies gilt mit Blick auf die belgischen dezentralen Hoheitsträger nur innerhalb der unterschiedlichen Kategorien (Regionen bzw Gemeinschaften).

9.2.2 Gleichheitssatz und Rechtsetzungsvielfalt

9.2.2.1 Problemstellung

Genauso wie unterschiedliche Regelungen ähnlicher Sachverhalte durch verschiedene föderale Hoheitsträger¹⁷⁹⁷ mit Blick auf die nationalen Gleichheitssätze problematisch sein könnten, stellt sich auch die Frage der Vereinbarkeit solcher Regelungen mit dem unionalen Gleichheitssatz. Wenn etwa Salzburg das Automatenglücksspiel absolut verbietet, dieses aber in Tirol erlaubt ist, so lässt sich nach der Vereinbarkeit dieser Regelung (auch)¹⁷⁹⁸ mit dem unionalen Gleichheitssatz fragen. Dasselbe gilt für den Fall, dass ähnliche Sachverhalte im Rahmen ihrer jeweiligen Kompetenzen von Bundes- und Landesrechtsetzern bzw zentralen und dezentralen Rechtsetzern unterschiedlich geregelt werden.

Um die aufgeworfene Frage beantworten zu können, werden im Folgenden die Rechtsquellen des unionalen Gleichheitssatzes und ihre Anwendungsvoraussetzungen dargestellt. Im Anschluss daran wird auf den „Anwendungsbereich“ des Gleichheitssatzes eingegangen und gefragt, ob unterschiedliche Regelungen, die eine Konsequenz der föderalen Kompetenzverteilung sind, eine unionsrechtlich relevante Gleichheitswidrigkeit darstellen.

9.2.2.2 Rechtsquellen und Anwendungsbereich der GRC

Der Gleichheitssatz ist im Unionsrecht mehrfach verankert. So stellt er einen allgemeinen Rechtsgrundsatz des Unionsrechts dar, den der EuGH lange vor Inkrafttreten der GRC aus den mitgliedstaatlichen Verfassungstraditionen abgeleitet hat.¹⁷⁹⁹ Mit Inkrafttreten der GRC hat der Gleichheitssatz auch eine positivrechtliche Grundlage im Unionsrecht gefunden; er ist in der GRC insb in Art 20, 21 und 23 verankert.

Die in der GRC verankerten Rechte binden die Mitgliedstaaten nach Art 51 Abs 1 GRC allerdings nur dann, wenn diese Unionsrecht durchführen. Diese Beschränkung der Bindungswirkung der Chartagrundrechte darf auch nicht dadurch umgangen werden, dass außerhalb des Bereichs der Durchführung des Unionsrechts iSd Art 51 Abs 1 GRC von der Anwendbarkeit der (inhaltsgleichen)

1797 Mit Blick auf Österreich und Deutschland könnte man hier insb von „länderweise“ unterschiedlichen Regelungen sprechen.

1798 Zur Frage der Vereinbarkeit mit den Grundfreiheiten siehe gleich unten bei 9.2.3.2 (= 407).

1799 Zum Beispiel EuGH 19.10.1977, verb Rs C-117/76 und C-16/77 (Ruckdeschel) ECLI:EU:C:1977:160 Rz 7; vgl dazu weiters *Bell* in Peers, Art 20 CFR Rz 20.14 f mwN; weiters zB *Lemke* in von der Groeben/Schwarze/Hatje, Art 20 GRC Rz 2; *Streinz* in Streinz, Art 20 GRC Rz 1 ff; *Rossi* in Calliess/Ruffert, Art 20 GRC Rz 2 f; *Hölscheidt* in Meyer, Art 20 GRC Rz 3 f; *Jarass* in Jarass, Art 20 GRC Rz 1; *Sachs* in Stern/Sachs, Art 20 GRC Rz 4 ff.

allgemeinen Rechtsgrundsätze ausgegangen wird.¹⁸⁰⁰ Um zu überlegen, ob die genannten Gleichheitsgarantien für die länderweise unterschiedliche Behandlung gleicher Sachverhalte von Relevanz sein können, ist daher zunächst zu überlegen, ob es sich bei derartigen Konstellationen um die Durchführung von Unionsrecht handeln kann.

Eine Durchführung von Unionsrecht iSd Art 51 Abs 1 GRC liegt zunächst dann vor, wenn die Mitgliedstaaten Verordnungen oder Richtlinien durchführen.¹⁸⁰¹ Ist etwa in einer Richtlinie vorgesehen, dass für bestimmte Vergehen „abschreckende Sanktionen“ anzuordnen sind, und fällt die Regelung derartiger Sanktionen in den Kompetenzbereich der Länder, so besteht bei der landesweise unterschiedlichen Ausgestaltung von Sanktionen eine Bindung des fraglichen Mitgliedstaates an die Grundrechtecharta. Dies ist unabhängig davon, ob die von den Ländern gewählten Umsetzungsvarianten für sich genommen der Richtlinie entsprechen. Dasselbe gilt für alle anderen Fälle, in denen die Vorgaben einer Richtlinie von den Ländern auf unterschiedliche Arten umgesetzt werden, so wie im Zusammenhang mit der Durchführung von Verordnungen.¹⁸⁰² In diesen Konstellationen ist es auch offensichtlich, dass es sich bei allen einschlägigen Landesrechtsakten um die Durchführung von Unionsrecht iSd Art 51 Abs 1 GRC handelt.¹⁸⁰³

Eine Durchführung von Unionsrecht liegt aber nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH auch dann vor, wenn die Mitgliedstaaten die Grundfreiheiten beschränken.¹⁸⁰⁴ Ausreichend dafür, dass der Anwendungsbereich der GRC eröffnet ist, ist dabei das Vorliegen einer aus Perspektive der fraglichen Grundfreiheit rechtmäßigen Beschränkung. Wenn nun zB ein Land ein Verbot bestimmter Formen des Glücksspiels erlässt, dann ist damit kraft Beschränkung der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit der Anwendungsbereich der Grundrechtecharta eröffnet, unabhängig davon, ob auch das Glücksspielverbot selbst die genannten Grundfreiheiten verletzt.

1800 Andernfalls würden die Beschränkungen der Anwendbarkeit der GRC und Art 51 Abs 1 GRC ihrer Bedeutung entleert.

1801 EuGH 13.07.1989, Rs C-5/88 (Wachauf) ECLI:EU:C:1989:321 Rz 19. Dazu ausführlich zB *Streinz/Michl* in Streinz, Art 51 GRC Rz 9 ff.

1802 Dort insb für die unterschiedliche Ausgestaltung der notwendigen „Begleitbestimmungen“ einer Verordnung (zB über Behördenzuständigkeit oder Verfahren), aber auch für den länderweise unterschiedlich ausgestalteten Vollzug von Ordnungsbestimmungen.

1803 Zur diesbezüglichen Problematik bei der Durchführung des Unionsrechts kraft Beschränkung von Grundfreiheiten siehe gleich unten.

1804 EuGH 18.06.1991, Rs C-260/89 (ERT) ECLI:EU:C:1991:254 Rz 43 f; EuGH 26.02.2013, Rs C-617/10 (Åkerberg Fransson) ECLI:EU:C:2013:105 Rz 19; dazu *Jarass* in Jarass, Art 51 GRC Rz 32; *Streinz/Michl* in Streinz, Art 51 GRC Rz 15 ff; *Herdegen* in HB StR § 211 211 f, 214 f; *Ladenburger/Vondnung* in Stern/Sachs, Art 51 GRC Rz 35, 47; *Ward* in Peers, Art 51 CFR Rz 51.39 ff; *Terhechte* in von der Groeben/Schwarze/Hatje, Art 51 GRC Rz 9 ff; *Schwerdtfeger* in Meyer/Hölscheidt, Art 51 GRC Rz 36 ff; ablehnend zB *Kingreen* in Calliess/Ruffert, Art 51 GRC Rz 19 f.

Im Detail stellt sich hier die Frage, inwieweit eine Durchführung von Unionsrecht iSd Art 51 Abs 1 GRC vorliegt. Denkt man etwa an das Beispiel, in dem nur ein Land Glücksspiel verbietet, die anderen jedoch keinerlei diesbezüglichen Beschränkungen vorsehen, so ließe sich argumentieren, es handle sich nur bei dem einen landesrechtlichen Verbot um eine Durchführung von Unionsrecht, nicht aber bei der Rechtslage in den anderen Ländern, welche die fragliche Grundfreiheit ja gar nicht beschränken. Man könnte daher versucht sein zu sagen, dass in derartigen Konstellationen die Vornahme einer Prüfung der Gleichheitskonformität des Verbotes im Lichte der Rechtslage in den anderen Ländern nicht möglich ist, da es sich bei der Rechtslage in den anderen Ländern ja nicht um die Durchführung von Unionsrecht handle. Tatsächlich ist die Frage, ob es sich bei den anderen Landesrechtsakten auch um Durchführung von Unionsrecht handelt, aber nicht relevant; zur Diskussion steht ja lediglich die Gleichheitskonformität der verbietenden Regel, bei der es sich jedenfalls um eine Durchführung von Unionsrecht iSd Art 51 Abs 1 GRC handelt.

Unterschiedliche Regelungen ähnlicher Sachverhalte, die die Konsequenz der föderalen Kompetenzverteilung sind, können daher in verschiedenen Konstellationen als Durchführung von Unionsrecht qualifiziert werden und damit in den Anwendungsbereich der GRC fallen. Im nächsten Schritt ist daher zu prüfen, ob länderweise unterschiedliche Regelungen gleicher Sachverhalte in den Anwendungsbereich des unionalen Gleichheitssatzes fallen bzw durch diesen verpönt sind.

9.2.2.3 Unionale Gleichheitssätze

Im Folgenden wird also untersucht, ob länderweise unterschiedliche Regelungen gleicher Sachverhalte in den Anwendungsbereich des unionalen Gleichheitssatzes fallen. Dazu ist zunächst zu sagen, dass richtiger von den Anwendungsbereichen der unionalen Gleichheitssätze der GRC zu sprechen ist. Denn in der GRC finden sich, wie oben bereits ausgeführt wurde, mehrere Gleichheitsgarantien, nämlich insb Art 20, 21 und 23 GRC. Diese stehen zueinander grundsätzlich in einem Spezialitätsverhältnis, wobei Art 21 und 23 GRC die im Verhältnis zu Art 20 GRC spezielleren Garantien sind, da sie auf spezielle Diskriminierungsmerkmale abstellen bzw diese verpönten.¹⁸⁰⁵

Für die hier zu beurteilende Frage ist aber lediglich die allgemeine Gleichheitsgarantie des Art 20 GRC von Bedeutung: Wenn nämlich ein Land mit einer Regelung an eines der verpönten Diskriminierungsmerkmale anknüpft, dann ist

1805 Für das Verhältnis von Art 20 zu Art 21 GRC *Bell* in Peers, Art 20 CFR Rz 20.06 ff; mit Blick auf Art 23 GRC *Schiek* in Peers, Art 23 CFR Rz 23.05 ff; vgl weiters *Lemke* in von der Groeben/Schwarze/Hatje, Art 20 GRC Rz 6; Rossi in Calliess/Ruffert, Art 20 GRC Rz 17; *Hölscheidt* in Meyer/Hölscheidt, Art 20 GRC Rz 11; *Jarass* in Jarass, Art 20 GRC Rz 6.

es für die Beurteilung der Gleichheitskonformität der fraglichen Regel irrelevant, ob andere Länder ebensolche Regelungen erlassen haben. Anders formuliert: Die Unterscheidung nach einem verpönten Diskriminierungsmerkmal bleibt eine problematische Unterscheidung, auch wenn alle Länder eines Bundesstaates eine solche Unterscheidung vornehmen. Anders ist dies zu beurteilen, wenn die relevante Unterscheidung sich erst aus dem Zusammenspiel mehrerer Landesrechtsordnungen ergibt, weil etwa eine bestimmte Form des Glücksspiels in einem Land verboten und in einem anderen Land erlaubt ist. Die Frage der Gleichheitskonformität würde sich hier mit Blick auf die mitgliedstaatliche Rechtsordnung¹⁸⁰⁶ nicht stellen, wenn die fragliche Form des Glücksspiels in allen Ländern verboten oder erlaubt wäre. Maßgeblich gerade für Fragen im Zusammenhang mit der gleichheitsrechtlichen Beurteilung länderspezifischer Regelungen sind idR (nicht per se verpönte) Unterscheidungsmerkmale mit territorialem Bezug, da sich die Unterscheidung daraus ergibt, dass die Länder über unterschiedliche territoriale Hoheitsbereiche verfügen. Solche Unterscheidungsmerkmale sind etwa Wohnsitz, Niederlassung oder Ausübung einer Tätigkeit im jeweiligen Landesgebiet.

9.2.2.4 Struktur und Einschränkungbarkeit des allgemeinen Gleichheitssatzes

Es ist also zu fragen, ob länderspezifische Regelungen wie im Beispiel des Glücksspielverbots nur in einem Land vom Anwendungsbereich des Art 20 GRC erfasst sind. Art 20 GRC lautet: „Alle Personen sind vor dem Gesetz gleich“. Bevor näher auf die Beurteilung länderspezifischer Regelungen gleicher Sachverhalte¹⁸⁰⁷ eingegangen wird, sind einige Bemerkungen zu Struktur und Einschränkungbarkeit des in Art 20 GRC verankerten allgemeinen unionalen Gleichheitssatzes erforderlich.

Der allgemeine unionale Gleichheitssatz wird in der Rsp¹⁸⁰⁸ und auch in der Literatur¹⁸⁰⁹ ganz überwiegend so verstanden, dass gleiche¹⁸¹⁰ Sachverhalte nicht

1806 Zur Relevanz des Gleichheitssatzes im Hinblick auf Unterschiede zwischen verschiedenen Mitgliedstaaten s gleich unten bei 9.2.2.5 (= 398).

1807 Bzw: Unterschiede zwischen Bundes- und Landesregelungen hinsichtlich ähnlicher Sachverhalte.

1808 EuGH 19.10.1977, verb Rs C-117/76 und C-16/77 (Ruckdeschel) ECLI:EU:C:1977:160 Rz 7; EuGH 19.12.2012, Rs C-364/11 (El Karem El Kott) ECLI:EU:C:2012:826 Rz 78 f.

1809 Zum Beispiel *Lenke* in von der Groeben/Schwarze/Hatje, Art 20 GRC Rz 14 ff; *Streinz* in Streinz, Art 20 GRC Rz 8 ff; *Rossi* in Calliess/Ruffert, Art 20 GRC Rz 18 ff; *Hölscheidt* in Meyer/Hölscheidt, Art 20 GRC Rz 16 ff; *Sachs* in Stern/Sachs, Art 20 GRC Rz 19 ff; *Köchle/Pavlidis* in Holoubek/Lienbacher, Art 20 GRC Rz 22.

1810 Der EuGH spricht in diesem Zusammenhang meist von „vergleichbaren“ Sachverhalten (comparable situations, situations comparables), die nicht unterschiedlich behandelt werden dürfen; so zB EuGH 03.05.2007, Rs C-303/05 (Advocaten voor de Wereld VZW) ECLI:EU:C:2007:261 Rz 56; EuGH 13.12.1984, Rs 106/83 (Sermide SpA) ECLI:EU:C:1984:394 Rz 28. Dies ist terminologisch insofern unklar, als grundsätzlich alle Situationen miteinander verglichen werden können und daher im Verhältnis zueinander „vergleichbar“ sind. Relevant ist aber nicht, ob die Situationen überhaupt miteinander verglichen werden können, sondern ob wesentliche Gemeinsamkeiten vorliegen, die Si-

ungleich behandelt werden dürfen, wenn es keine sachliche Rechtfertigung für die Ungleichbehandlung gibt. Außerdem wird aus dem Gleichheitssatz auch das Gebot der Ungleichbehandlung von Ungleichen abgeleitet, sofern keine sachlichen Gründe für eine Gleichbehandlung sprechen. Insoweit steht das Verständnis des unionalen Gleichheitssatzes zumindest bei einer überblicksmäßigen Betrachtung im Einklang mit den nationalen Verständnissen der jeweiligen Gleichheitssätze in Österreich, Deutschland und Belgien.

Nun gilt aber für den Gleichheitssatz sowie für die anderen Grundrechte der GRC die Schrankenregelung des Art 52 Abs 1 GRC. Eingriffe in die Grundrechte der GRC müssen daher im Wesentlichen gesetzlich vorgesehen und verhältnismäßig sein. Damit ist auch die Struktur der Gleichheitsprüfung durch die Regelungen der GRC ausreichend deutlich determiniert: In einem ersten Schritt ist zu fragen, ob gleiche Sachverhalte vorliegen. Als zweites ist festzustellen, ob diese ungleich behandelt werden, und in einem dritten Schritt ist zu überprüfen, ob die Ungleichbehandlung verhältnismäßig ist, insb also ein legitimes Ziel mit geeigneten und erforderlichen Mitteln verfolgt.¹⁸¹¹ Auch die Judikatur des EuGH deutet – wenn auch nicht ganz einheitlich – in Richtung einer derartigen Prüfung.¹⁸¹²

9.2.2.5 Prüfung im Lichte des allgemeinen Gleichheitssatzes

Als Anschauungsbeispiel für länderweise unterschiedliche Regelungen soll der Fall dienen, dass eine spezifische Form des Glücksspiels in einem Land verboten ist, in den anderen aber erlaubt. Im Folgenden ist erstens zu fragen, ob es sich bei der Abhaltung von Glücksspiel in zwei unterschiedlichen Ländern desselben Mitgliedstaates um vergleichbare Sachverhalte handelt, zweitens, ob diese Sachverhalte ungleich behandelt werden, und drittens schließlich, ob es dafür eine sachliche Rechtfertigung gibt. All dies erfolgt zunächst noch ohne Berücksichtigung von Art 4 Abs 2 EUV.

Die Abhaltung einer spezifischen Form von Glücksspiel zB in Salzburg hat aus Perspektive des Unionsrechts im Vergleich zur Abhaltung derselben Glücksspielform in Oberösterreich keine Wesensmerkmale, die zu einem Ausschluss

tuationen oder Sachverhalte also mit Blick auf die vorzunehmende Gleichheitsprüfung „gleich“ sind. Bereits auf dieser Stufe der Gleichheitsprüfung ist die Vornahme subjektiver Wertungen unumgänglich; vgl *Bell* in Peers, Art 20 CFR Rz 20.23 ff.

1811 So auch *Bell* in Peers, Art 20 CFR Rz 20.28; Art 20 GRC unterscheidet sich also insofern von Art 3 GG und Art 7 B-VG, als auf den GRC-Gleichheitssatz eine Schrankenregelung zur Anwendung kommt, die explizit eine Verhältnismäßigkeitsprüfung anordnet. Dies verkennt zB *Rossi* in Calliess/Ruffert, Art 20 GRC Rz 26 f, der im Übrigen auch ohne jegliche Begründung (etwa über Art 52 Abs 4 GRC) von einer Maßgeblichkeit der Judikatur des BVerfG zu Art 3 GG für die Auslegung von Art 20 GRC ausgeht. Unklar sind auch die Ausführungen von *Hölscheidt*, der zwar von einer Relevanz der Verhältnismäßigkeitsprüfung im Rahmen der Beurteilung der sachlichen Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung ausgeht, zusätzlich aber die Einschränkung des Gleichheitssatzes auf Grund von Art 52 Abs 1 GRC betont; s *Hölscheidt* in Meyer/Hölscheidt, Art 20 GRC Rz 25 f.

1812 Zum Beispiel EuGH 12.07.2018, Rs C-540/16 (Spika) ECLI:EU:C:2018:565 Rz 35 ff.

der Gleichheit der beiden Sachverhalte führen. Schließlich soll in beiden Fällen dieselbe Tätigkeit ausgeübt werden. Der einzige Unterschied zwischen den beiden Sachverhalten ist der Ort der Tätigkeit. Für die anzustellende Überlegung darf vom „Extremfall“ ausgegangen werden, dass gerade zwischen diesen beiden Orten keine wesentlichen Unterschiede zB in der Bevölkerungs- oder Wirtschaftsstruktur bestehen. Es ist ja gerade die Eigentümlichkeit landesweise unterschiedlicher Regelungen im Bundesstaat, dass sie auch dann aus innerstaatlich verfassungsrechtlicher Perspektive zulässig sein sollen, wenn die tatsächlichen Gegebenheiten sich in zwei Ländern nicht voneinander unterscheiden. Aus Perspektive des Unionsrechts soll also in der hier angedachten Konstellation dieselbe Tätigkeit innerhalb eines Mitgliedstaates an zwei Orten ausgeübt werden, die sich nicht wesentlich voneinander unterscheiden.¹⁸¹³ Dabei handelt es sich um gleiche bzw nicht wesentlich ungleiche Sachverhalte.

Diese gleichen Sachverhalte werden im Beispiel zumindest *prima facie* auch ungleich behandelt: In einem Fall ist die Ausübung der Tätigkeit – die Abhaltung eines Glücksspiels – erlaubt, im anderen Fall verboten. Wie bereits auf nationaler Ebene stellt sich aber auch hier bei näherer Betrachtung die Frage, ob es für das Vorliegen einer Ungleichbehandlung maßgeblich ist, dass die Ungleichbehandlung auf das Handeln eines einzigen Rechtsetzers zurückzuführen ist. Dies bejaht die überwiegende Ansicht in der Literatur¹⁸¹⁴ unter Berufung auf die Entscheidung des EuGH in der Rs *Lawrence*¹⁸¹⁵ auch für den unionalen Gleichheitssatz.

1813 Dass eine sachliche Rechtfertigung der Ungleichbehandlung (wenn man vom Vorliegen einer solchen ausgeht) möglich wäre, wenn es zwischen den beiden Ländern wesentliche Unterschiede im Tatsächlichen gibt, braucht hier nicht weiter erörtert werden, da es sich dabei um eine „normale“ Rechtfertigungsprüfung handelt. Eine solche ist aber – wenn die bundesstaatliche Rechtsetzungs- vielfalt als Teil von Art 4 Abs 2 EUV qualifiziert wird – gar nicht erforderlich; der Schutz der bundesstaatlichen Rechtsetzungs- vielfalt soll vielmehr auch genau dann greifen, wenn es keine rechtfertigenden Umstände im Tatsächlichen gibt.

1814 Zum Beispiel *Hölscheidt* in Meyer/Hölscheidt, Art 20 GRC Rz 23; *Jarass* in Jarass, Art 20 GRC Rz 12; *Rossi* in Calliess/Ruffert, Art 20 GRC Rz 14; *Köchle/Pavlidis* in Holoubek/Lienbacher, Art 20 GRC Rz 48.

1815 EuGH 17.09.2002, Rs C-320/00 (*Lawrence*) ECLI:EU:C:2002:498. Zwar ging es in dieser Entscheidung um eine sehr spezifische Konstellation, dennoch war das Problem im Kern dasselbe wie das hier angesprochene: Frauen, die ursprünglich bei einer staatlichen Stelle als Reinigungs- und Verpflegungskräfte in Schulen angestellt waren, in Folge aber von einem externen Unternehmen zur Ausführung derselben Tätigkeit in denselben Schulen angestellt wurden, erhielten bei dem externen Unternehmen geringeres Entgelt als zuvor bei der staatlichen Stelle. Das höhere Entgelt bei der staatlichen Stelle war aber darauf zurückzuführen, dass die Frauen vorangehend mit Erfolg auf entgeltmäßige Gleichstellung mit bei der staatlichen Stelle in vergleichbaren Tätigkeiten tätigen Männern geklagt hatten. Bei dem externen Unternehmen, bei dem die Frauen nunmehr beschäftigt waren, gab es aber keine vergleichbare (besser bezahlte) Gruppe an Männern. Die Frauen verlangten nun, dass die bei der staatlichen Stelle angestellte männliche Vergleichsgruppe herangezogen werde, was das Ergebnis gehabt hätte, dass die Frauen einen Anspruch auf dasselbe Entgelt wie diese Vergleichsgruppe gehabt hätten. Der EuGH verneinte aber die Zulässigkeit dieses übergreifenden Vergleichs; das Recht auf gleiches Entgelt setze zwar nicht voraus, dass Frauen und Männer bei demselben Arbeitgeber tätig sind, kann aber nur dann erfolgreich geltend gemacht werden, wenn sich das ungleiche Entgelt auf eine einheitliche Quelle zurückführen lässt, zB weil ein einheitlicher Kollektivvertrag besteht.

Der EuGH kam in dieser Entscheidung zu dem Ergebnis, dass die im Ausgangsverfahren geltend gemachten Entgeltunterschiede zwischen Männern und Frauen „nicht auf ein und dieselbe Quelle zurückführen [sind], [und] so fehlt [daher] eine Einheit, die für die Ungleichbehandlung verantwortlich ist und die die Gleichbehandlung wiederherstellen könnte“¹⁸¹⁶. In der Literatur wird daraus ganz allgemein geschlossen, dass es unzulässig sei, im Rahmen einer Gleichheitsprüfung auf Vergleichspaare aus unterschiedlichen Mitgliedstaaten abzustellen, also die Rechtslagen in den Mitgliedstaaten miteinander zu vergleichen.¹⁸¹⁷ Dazu hat sich der EuGH, soweit ersichtlich, noch nicht explizit geäußert; allerdings geht er in ständiger Rsp zB davon aus, dass weniger strenge Regelungen in einem Mitgliedstaat nicht automatisch dazu führen, dass grundfreiheitsbeschränkende Maßnahmen eines anderen Mitgliedstaates unverhältnismäßig werden.¹⁸¹⁸ Zumindest bei der Frage der Verhältnismäßigkeit einer Grundfreiheitsbeschränkung führt der EuGH also keinen Vergleich zwischen den Rechtsordnungen verschiedener Mitgliedstaaten durch. Bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit von Grundfreiheitsbeschränkungen, aber insb auch bei der Gleichheitsprüfung wird dieser Ausschluss der Vergleichbarkeit unterschiedlicher mitgliedstaatlicher Rechtsordnungen miteinander in der Literatur als notwendig qualifiziert, um die Kompetenzen der Mitgliedstaaten zu wahren.¹⁸¹⁹

Vom Ergebnis her wäre es freilich auch denkbar, mitgliedstaatliche Rechtsordnungen als miteinander vergleichbar zu erachten, für bestehende Unterschiede aber die ihnen jeweils freistehende Kompetenzausübung als Rechtfertigung heranzuziehen. Dies erscheint insofern als elegantere Lösung, als damit nicht behauptet wird, dass bestimmte Rechtsnormen nicht miteinander vergleichbar wären; denn grundsätzlich lässt sich bekanntlich alles miteinander vergleichen – die Frage ist lediglich, ob der Vergleich Sinn ergibt.

Jedenfalls gibt es also in der Rsp des EuGH starke Indizien dafür, dass Unterschiede zwischen Rechtsnormen verschiedener mitgliedstaatlicher Rechtsordnungen nicht zu einer Gleichheitswidrigkeit einer der Rechtsnormen führen. Fraglich

1816 EuGH 17.09.2002, Rs C-320/00 (Lawrence) ECLI:EU:C:2002:498 Rz 18; bestätigt in EuGH 13.01.2004, Rs C-256/01 (Allonby) ECLI:EU:C:2004:18 Rz 46.

1817 So zB *Jarass* in Jarass, Art 20 GRC Rz 12; *Köchle/Paulidis* in Holoubek/Lienbacher, Art 20 GRC Rz 48; *Rossi* in Calliess/Ruffert, Art 20 GRC Rz 14, wobei er seine Ausführungen bei FN 20 mit einem direkten Zitat des BVerfG belegt (und zwar: „eignen sich [deshalb] nur Vergleichspaare aus eben diesem Mitgliedstaat“), für das er erstens nicht nachweist, warum eine Aussage des deutschen BVerfG zur deutschen Bundesstaatlichkeit bzw Art 3 GG für die Auslegung des Art 20 GRC von Relevanz sein soll und das zweitens falsch ist (in BVerfGE 16, 6 [Verkündungszeitpunkt] 24 ist nicht die Rede von „aus eben diesem Mitgliedstaat“, sondern „aus dem Land Rheinland-Pfalz“; vgl auch *Sachs* in Stern/Sachs, Art 20 GRC Rz 13 („Verpflichtung gilt nur für den jeweils eigenen Zuständigkeitsbereich“)).

1818 Zum Beispiel EuGH 21.09.1999, Rs C-124/97 (Läära) ECLI:EU:C:1999:435 Rz 36; EuGH 21.10.1999, Rs C-67/98 (Zenatti) ECLI:EU:C:1999:514 Rz 34; EuGH 11.09.2003, Rs C-6/01 (Anomar) ECLI:EU:C:2003:446 Rz 76 ff.

1819 *Rossi* in Calliess/Ruffert, Art 20 GRC Rz 14.

ist nun, ob dies auch für Unterschiede zwischen Rechtsnormen innerhalb eines Mitgliedstaates gilt, wenn diese von unterschiedlichen Hoheitsträgern erlassen werden, im Bundesstaat also von den dezentralen und zentralen Hoheitsträgern.

Für die Übertragung des Gedankens spricht, dass der EuGH auch im oben zitierten Fall über Unterschiede zu entscheiden hatte, die sich innerhalb eines Mitgliedstaates auswirkten: Relevant waren die Entgeltgestaltung durch ein privates Unternehmen einerseits und jene durch eine lokale staatliche Stelle (North Yorkshire County Council) andererseits, die ihre Arbeitnehmerinnen beide im selben Mitgliedstaat beschäftigten. Allerdings stützte sich der Ausgangsfall auf das spezifische Diskriminierungsverbot des (heutigen) Art 157 AEUV; außerdem handelten beide betroffenen Stellen im Rahmen ihrer privatrechtlichen Kapazitäten; insb war im Ausgangsverfahren kein Gesetzgebungsakt im Spiel.

Man könnte nun aber durchaus annehmen, dass die Beurteilung des Vorliegens einer „einheitlichen Quelle“ der Ungleichbehandlung durch den EuGH anders ausfallen würde, wenn es sich zB um Akte der Landesgesetzgebung und damit um Akte der mitgliedstaatlichen Gesetzgebung handelt, durch die eine Ungleichbehandlung hervorgerufen wird. Dafür spricht insb, dass der EuGH die bundesstaatlich organisierten Mitgliedstaaten ja auch sonst, etwa wenn es um die Beurteilung einer Vertragsverletzung geht, als Einheit wahrnimmt und für die Begründung der Verantwortlichkeit der Mitgliedstaaten nicht auf die innerstaatliche Kompetenzverteilung bzw die einschlägigen innerstaatlichen Rechtsakte abstellt.¹⁸²⁰ Außerdem würde es den Mitgliedstaaten andernfalls ermöglicht, die Anwendung des unionalen Gleichheitssatzes durch entsprechende Untergliederung ihrer Rechtsetzungsbefugnisse auszuschließen. Im Ergebnis sprechen mE zunächst¹⁸²¹ die besseren Argumente dafür, die mitgliedstaatliche Rechtsordnung als maßgebliche Einheit für eine Ungleichbehandlung anzusehen; durch unterschiedliche Landesrechtsnormen bzw Normen verschiedener föderaler Hoheitsträger bewirkte Ungleichbehandlungen sind daher von Art 20 GRC grundsätzlich erfasst.

Geht man aber wie hier davon aus, dass sich eine Ungleichbehandlung iSd Art 20 GRC auch durch das Zusammenspiel der Rechtsakte verschiedener föderaler Hoheitsträger innerhalb eines Mitgliedstaates ergeben kann, dann stellt sich noch die Frage, ob diese Ungleichbehandlung gerechtfertigt ist. Dazu ist wieder darauf hinzuweisen, dass es gerade ein Charakteristikum des Bundesstaates darstellt, dass die föderalen Hoheitsträger innerhalb ihrer Kompetenzen gleiche Sachverhalte selbst dann voneinander abweichend regeln dürfen, wenn es dafür keine Rechtfertigung in den tatsächlichen Gegebenheiten gibt. Insofern wird in

1820 Siehe aber zur neueren Entwicklung in der Rs *Digibet*, EuGH 12.06.2014, Rs C-156/13 (*Digibet*) ECLI:EU:C:2014:1756 unten bei 9.2.3.2.3.3 (= 414).

1821 Inwiefern Art 4 Abs 2 EUV diese Beurteilung ändert, soll gleich unten diskutiert werden.

der „typischen“ Konstellation der bundesstaatlichen Rechtsetzungsvielfalt – im Beispiel: Verbot des Glücksspiels nur in einem einzigen Land – auch keine sachliche Rechtfertigung möglich sein, die den Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsprinzips genügt.

Ohne auf die in seiner Rsp begründete Argumentationslinie Bezug zu nehmen, nach der Regelungen unterschiedlicher Rechtsetzer nicht miteinander verglichen werden können, ging der EuGH in der Rs *Horvath* davon aus, dass dann, wenn die „dezentralisierten Verwaltungen eines Mitgliedstaats dafür zuständig [sind], die Mindestanforderungen für den guten landwirtschaftlichen und ökologischen Zustand im Sinne von Art. 5 und Anhang IV der Verordnung Nr. 1782/2003 festzulegen, [...] etwaige Unterschiede zwischen den von den verschiedenen Behörden vorgesehenen Maßnahmen als solche noch keine Diskriminierung darstellen“¹⁸²² können. Dies begründete der Gerichtshof mit einer pauschalen Bezugnahme auf die Befugnis der Mitgliedstaaten, die Zuständigkeiten für die Durchführung des Unionsrechts auf nationaler Ebene festzulegen,¹⁸²³ im Wesentlichen also mit der Organisations- und Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten. Anders als nach der hier vertretenen Ansicht qualifiziert der EuGH föderal bedingte Ungleichheiten nicht als Ungleichbehandlungen bzw Diskriminierungen iSd Gleichheitssatzes und erachtet sie schon deswegen als für mit dem Gleichheitssatz vereinbar.

9.2.2.6 Relevanz von Art 4 Abs 2 EUV

Oben wurde darauf hingewiesen, dass die vorstehenden Ausführungen unter Außerachtlassung etwaiger aus Art 4 Abs 2 EUV erwachsender Konsequenzen erfolgen. Diese sollen im Folgenden verdeutlicht werden.

Art 4 Abs 2 EUV schützt mit Blick auf die bundesstaatlichen Mitgliedstaaten Österreich, Deutschland und Belgien auch jeweils den Aspekt der Rechtsetzungsvielfalt. Wie oben ausgeführt wurde bedeutet dies, dass die föderalen Hoheitsträger in jenen Bereichen, in denen sie nach der Kompetenzverteilung eigenständig Recht setzen dürfen, dies unabhängig voneinander und daher auch mit sich voneinander unterscheidendem Inhalt tun dürfen. Sowohl in Österreich als auch in Deutschland und Belgien wird die Rechtsetzungsvielfalt va dadurch sichergestellt, dass der Gleichheitssatz hinsichtlich der Ausübung der Kompetenzen insb der dezentralen Hoheitsträger relativiert wird. Im oben verwendeten Beispiel – ein Land verbietet Glücksspiel, während alle anderen es erlauben – wäre das Verbot des einen Landes jedenfalls nicht deswegen als gleichheitswidrig zu be-

1822 EuGH 16.07.2009, Rs C-428/07 (*Horvath*) ECLI:EU:C:2009:458 Rz 57.

1823 EuGH 16.07.2009, Rs C-428/07 (*Horvath*) ECLI:EU:C:2009:458 Rz 50.

urteilen, weil sich in den anderen Landesrechtsordnungen keine vergleichbaren Verbote finden.

Dieser Aspekt der bundesstaatlichen Identität Österreichs, Deutschlands und Belgiens würde nun aber weitgehend – nämlich im Bereich der Durchführung des Unionsrechts – an Bedeutung verlieren, wenn der unionale allgemeine Gleichheitssatz Konstellationen wie die gerade genannte verbieten würde. Entsprechende Entscheidungen des EuGH wären insofern nicht mit dem in Art 4 Abs 2 EUV verankerten Gebot der Achtung der nationalen Identität der Mitgliedstaaten vereinbar. Der EuGH hat nun mehrere Möglichkeiten, wie er der ihn treffenden Achtungspflicht nachkommen kann:

Eine Variante wäre, die in der Rs *Lawrence* angewandte Argumentationsfigur der mangelnden Einheit der Quelle, aus der eine Ungleichbehandlung folgt, auch auf die Konstellation der bundesstaatlich bedingten unterschiedlichen Regelungen zu übertragen. Die andere Variante würde darin bestehen, dass der EuGH die durch die bundesstaatlichen Identitäten geschützte Befugnis der föderalen Hoheitsträger, unterschiedliches Recht zu setzen, als in Art 4 Abs 2 EUV verankerte, primärrechtliche sachliche Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung qualifiziert.

Der EuGH war, soweit ersichtlich, noch nie mit der Frage konfrontiert, ob eine der hier diskutierten Konstellation ähnelnde Situation mit dem Gleichheitssatz der GRC vereinbar ist.¹⁸²⁴ Wie oben dargelegt gibt es aber durchaus Konstellationen, in denen die GRC anwendbar ist und die Gleichheitswidrigkeit einer Norm eines föderalen Hoheitsträgers wegen abweichender Regelungen im selben Mitgliedstaat zumindest ergänzend vorgebracht werden könnte. Ob der EuGH in einem solchen Fall auch mit Art 4 Abs 2 EUV operieren wird, hängt wohl nicht zuletzt vom Vorbringen der beteiligten Stellen ab.

9.2.2.7 Gleiches Ergebnis bei Berufung auf Art 52 GRC?

Gefragt werden kann schließlich noch, ob das Ergebnis der Relativierung (auch) des unionsrechtlichen Gleichheitssatzes bei bundesstaatlich bedingten unterschiedlichen Regelungen nicht auch unter Berufung auf Art 52 Abs 4 GRC erreicht werden könnte. Dort ist angeordnet, dass Grundrechte der GRC, die ihren

1824 Siehe aber oben zu EuGH 16.07.2009, Rs C-428/07 (Horvath) ECLI:EU:C:2009:458, wo sich der EuGH allerdings noch nicht mit der GRC befasste. Vgl dazu *Cloots*, Identity 246 f. Siehe weiters GA Mengozzi 09.09.2015, Rs C-115/14 (RegioPost) ECLI:EU:C:2015:566 Rz 75 ff, wo gerügt wurde, dass die Mindestlohnanforderungen, die nach der Rechtslage im deutschen Bundesland Rheinland-Pfalz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge zu berücksichtigen waren, nicht (auch) auf private Auftraggeber anwendbar waren; der GA rechtfertigte diese potentielle Gleichheitswidrigkeit aber mit der beschränkten Zuständigkeit des Bundeslandes unter Berufung auf Art 4 Abs 2 EUV. Im Urteil des EuGH finden sich dazu keine Ausführungen, da dieser die unterschiedliche Behandlung von öffentlichen und privaten Aufträgen für bereits im einschlägigen Art 26 Vergabe-RL 2004/18/EG angelegt erachtete; vgl EuGH 17.11.2015, Rs C-115/14 (RegioPost) ECLI:EU:C:2015:760 Rz 64.

Ursprung in den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten haben, im Einklang mit diesen Überlieferungen auszulegen sind.

In Österreich, Deutschland und Belgien kann es als Teil der „Verfassungsüberlieferung“ verstanden werden, dass der Gleichheitssatz hinsichtlich der beschriebenen Unterschiede zwischen Rechtsakten verschiedener föderaler Hoheitsträger relativiert wird. Die Frage ist nun, ob die insoweit übereinstimmende Verfassungsüberlieferung Österreichs, Deutschlands und Belgiens ausreicht, um die Anwendbarkeit des Art 52 Abs 4 GRC zu begründen.

Grundsätzlich bedarf es keiner übereinstimmenden Rechtslage in allen Mitgliedstaaten, damit von einer gemeinsamen Verfassungsüberlieferung gesprochen werden kann. Der EuGH befindet über das Vorliegen einer gemeinsamen Verfassungsüberlieferung von Fall zu Fall und verlangt auch nicht, dass die Mehrheit der Mitgliedstaaten oder eine fixierte Anzahl an Mitgliedstaaten zB ein Grundrecht in ihren Verfassungsordnungen anerkennen, damit eine gemeinsame Verfassungsüberlieferung vorliegt.¹⁸²⁵ Eine ex-ante-Beurteilung, wie der EuGH eine konkrete Frage beurteilen wird, fällt daher schwer.

Es sprechen aber gute Gründe dafür, die bundesstaatlich bedingte Relativierung des Gleichheitssatzes als Teil der gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen zu qualifizieren. Denn es handelt sich zwar mit Österreich, Deutschland und Belgien nur um eine geringe Anzahl an Mitgliedstaaten, welche diese Relativierung in ihren Verfassungsrechtsordnungen kennen. Für die zu beurteilende Frage kommt aber gerade diesen drei Rechtsordnungen besondere Bedeutung zu, da es sich bei diesen Mitgliedstaaten um jene Staaten handelt, die bundesstaatlich organisiert sind. In anderen Mitgliedstaaten stellt sich die Frage der bundesstaatlich bedingten Relativierung des Gleichheitssatzes nicht.¹⁸²⁶ Da also in allen mitgliedstaatlichen Verfassungsrechtsordnungen, die sich mit dem Problem der bundesstaatlich bedingten Ungleichheit konfrontiert sehen, als Lösung von einer bundesstaatlich bedingten Relativierung des Gleichheitssatzes ausgegangen wird, kann diese Relativierung als Teil der gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten qualifiziert werden. Der EuGH ist daher auf Grund von Art 52 Abs 4 GRC gehindert, Unterschiede zwischen verschiedenen Landesrechtsordnungen bzw zwischen den Rechtsordnungen verschiedener föderaler Hoheitsträger innerhalb eines Mitgliedstaates als gleichheitswidrig zu qualifizie-

1825 Vgl dazu mwN *Schwerdtfeger* in Meyer/Hölscheidt, Art 52 GRC Rz 68; *Krämer* in Stern/Sachs, Art 52 GRC Rz 82 ff; *Peers/Prechal* in Peers, Art 52 CFR Rz 52.151 ff; *Terhechte* in von der Groeben/Schwarze/Hatje, Art 52 GRC Rz 18; *Kingreen* in Calliess/Ruffert, Art 52 GRC Rz 39; *Jarass* in Jarass, Art 52 GRC Rz 67. Darauf hinweisend, dass die Vorschrift bisher noch nie explizit angewandt wurde, *Streinz/Michl* in Streinz, Art 52 GRC Rz 33.

1826 Allerdings ist einzugestehen, dass sich strukturell ganz ähnliche Probleme auch in anderen nicht-bundesstaatlich, aber föderal organisierten Mitgliedstaaten wie Spanien, Portugal oder Italien ergeben können.

ren. Insofern hat die aus Art 4 Abs 2 EUV ableitbare Achtungspflicht mit Blick auf den unionsrechtlichen Gleichheitssatz des Art 20 GRC keinen Mehrwert.

Nicht einschlägig ist dahingegen Art 52 Abs 6 GRC, dem zufolge den „einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten, wie es in dieser Charta bestimmt ist“, Rechnung zu tragen ist. Die angesprochenen einzelstaatlichen Gepflogenheiten sind nämlich nur dann von Relevanz, wenn ein Charta-Grundrecht ihre Relevanz explizit anordnet, wie das etwa bei Art 16 und 27 GRC der Fall ist.

9.2.2.8 Weitere Gleichheitsanforderungen im Primärrecht

Art 4 Abs 2 EUV hat aber nicht nur für die Auslegung von Art 20 GRC Relevanz. Die durch Art 4 Abs 2 EUV als Teil der nationalen Identität ins Unionsrecht „übernommene“ bundesstaatlich bedingte Relativierung von Gleichheitsanforderungen kommt vielmehr auch bei allen anderen primärrechtlichen Gleichheitsanforderungen zum Tragen. Dabei ist neben dem schon erwähnten Art 21 GRC insb auf Art 18 AEUV und die als Diskriminierungsverbote verstandenen Grundfreiheiten und Freizügigkeitsbestimmungen hinzuweisen.

Der oben diskutierte Fall zur Flämischen Pflegeversicherung wäre daher im Lichte von Art 4 Abs 2 EUV anders zu beurteilen als dies der EuGH getan hat.¹⁸²⁷ Dort ging es im Wesentlichen um die Frage, ob freizügigkeitsberechtigte Personen, die ihren Wohnsitz im französisch- oder deutschsprachigen Gebiet Belgiens haben, aber in Flandern arbeiten, durch den flämischen Rechtsetzer bei der Ausübung ihres Freizügigkeitsrechts diskriminiert wurden, da dieser Personen mit Wohnsitz in den genannten Gebieten nicht in ein Versicherungsregime aufnahm.¹⁸²⁸ Personen mit Wohnsitz im französischsprachigen Gebiet und Arbeitsplatz in Flandern wurden daher im Vergleich zu Personen mit Wohnsitz in Flandern oder außerhalb Belgiens und Arbeitsplatz in Flandern anders behandelt. Diese unterschiedliche Behandlung war aber Konsequenz der Kompetenzverteilung zwischen der Flämischen Gemeinschaft und der Französischsprachigen Gemeinschaft und wäre daher im Lichte der heutigen Rechtslage als durch Art 4 Abs 2 EUV gerechtfertigt zu qualifizieren.¹⁸²⁹

Ebenso kann der hier diskutierte Aspekt des Art 4 Abs 2 EUV mit Blick auf den unionsrechtlichen Äquivalenzgrundsatz Relevanz haben. Der – nunmehr ua in Art 47 GRC verankerte – Grundsatz der Äquivalenz besagt, dass die

1827 EuGH 01.04.2008, Rs C-212/06 (Flämische Pflegeversicherung) ECLI:EU:C:2008:178.

1828 Vgl dazu umfangreich oben bei 7.4.2.3.2 (= 353).

1829 In weiterer Folge wäre es daher mangels Unionsrechtswidrigkeit auf nationaler Ebene auch nicht erforderlich, die Kompetenzen der Flämischen Gemeinschaft auf freizügigkeitsberechtigte Personen mit Arbeitsplatz in Flandern, aber Wohnsitz in einem anderen Gebiet Belgiens, zu erstrecken; vgl zur diesbezüglichen Rsp des GH oben bei 7.4.2.3.2 (= 353).

Durchsetzung unionsrechtlicher Ansprüche in einer mitgliedstaatlichen Rechtsordnung nicht schwieriger gestaltet werden darf als die Durchsetzung vergleichbarer, rein innerstaatlicher Ansprüche.¹⁸³⁰ Auch hier ist auf Grund der bundesstaatlich bedingten Relativierung des Gleichheitssatzes darauf zu achten, dass die Beurteilung der Äquivalenz einer mitgliedstaatlichen (verfahrensrechtlichen) Regelung nicht allein deswegen negativ ausfallen darf, weil es innerhalb dieses Mitgliedstaates irgendeine andere Regelung für einen ähnlichen, rein innerstaatlichen Sachverhalt gibt. Setzt also bspw der Salzburger Landesgesetzgeber eine Richtlinie um, dann darf eine entsprechende verfahrensrechtliche Regelung nicht allein deswegen als unionsrechtswidrig qualifiziert werden, weil es in Wien oder auf Bundesebene für einen vergleichbaren, rein innerstaatlichen Sachverhalt eine „günstigere“ verfahrensrechtliche Regelung gibt. Entsprechende Unterschiede sind durch die durch Art 4 Abs 2 EUV geschützte Bundesstaatlichkeit gerechtfertigt.

9.2.3 Verdeckte Gleichheitsanforderungen und Rechtsetzungsvielfalt

9.2.3.1 Problemstellung

Im folgenden Kapitel sollen unter dem Titel „verdeckte Gleichheitsanforderungen“ unterschiedliche Bestimmungen des Primärrechts diskutiert werden, die vorrangig möglicherweise nicht als Gleichheitsgarantien auftreten, die aber im Lichte der Rsp des EuGH nach einer Angleichung der Rechtsakte der verschiedenen Hoheitsträger im bundesstaatlichen Mitgliedstaat verlangen und damit zumindest potentiell in Konflikt mit der bundesstaatlich bedingten Rechtsetzungsvielfalt treten können. Es stellen sich dort daher ähnliche Fragen wie jene, die gerade im Zusammenhang mit dem unionsrechtlichen Gleichheitssatz diskutiert wurden.

Als solche „verdeckten“ Gleichheitsanforderungen können die Grundfreiheiten¹⁸³¹ und das vom EuGH entwickelte Kriterium der „kohärenten“ Beschränkung einer Grundfreiheit als Rechtmäßigkeitsvoraussetzung qualifiziert werden. Zudem finden sich im Beihilfenrecht Gleichheitsanforderungen mit territorialem Bezug, was anhand der Rsp zur sog „regionalen Selektivität“ erörtert werden soll.

1830 Vgl dazu statt vieler *Öhlinger/Potacs*, EU-Recht 144 f.

1831 In ihrer Dimension als Beschränkungsverbote; zu Grundfreiheiten als Diskriminierungsverboten s schon oben bei 9.2.2.8 (= 405).

9.2.3.2 Grundfreiheiten und Rechtsetzungsvielfalt

9.2.3.2.1 Rechtsetzungsvielfalt als Beschränkung

Hinsichtlich der Grundfreiheiten¹⁸³² ist zunächst zu fragen, inwiefern bundesstaatlich bedingt unterschiedliche Regelungen für diese überhaupt von Relevanz sein können. In Frage steht dabei nicht, ob auch Rechtsakte der Länder bzw der dezentralen Hoheitsträger das Potential haben, Grundfreiheiten zu beschränken. Dies ist zweifellos der Fall. Dass etwa ein landesrechtliches Verbot, bestimmte Formen des Glücksspiels abzuhalten, die Dienstleistungsfreiheit beschränkt, bedarf keiner weiteren Erörterung.

An dieser Stelle interessiert viel mehr, inwiefern gerade die Verwirklichung der bundesstaatlichen Rechtsetzungsvielfalt in Konflikt mit den Grundfreiheiten treten kann. Dazu kann zunächst gefragt werden, ob allein die Tatsache, dass es in einem Mitgliedstaat mehrere unterschiedliche Regelungen für die Aufnahme einer Tätigkeit gibt, eine Beschränkung der Grundfreiheiten darstellt. Wird also zB eine Deutsche, die in Österreich als Skilehrerin tätig werden möchte, dadurch in ihrer Dienstleistungsfreiheit beschränkt, dass sie für die Aufnahme der Tätigkeit je nach fraglichem Landesrecht unterschiedliche Voraussetzungen einzuhalten hat?

Grundsätzlich stellt jeder Rechtsakt, der eine Voraussetzung für die Aufnahme der Tätigkeit als Skilehrerin beinhaltet, für sich genommen eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit dar und kann auf seine Rechtmäßigkeit überprüft werden.¹⁸³³ Anderes könnte nur dann behauptet werden, wenn etwa einige Länder gar keine Voraussetzungen für die Aufnahme einer Tätigkeit vorsehen und einige andere schon. Dort, wo im Landesrecht gar keine Voraussetzungen für die Aufnahme einer Tätigkeit statuiert werden, liegt jedenfalls keine Beschränkung einer Grundfreiheit vor. Nun könnte aber behauptet werden, dass ohnehin nicht die einzelnen Maßnahmen – also die fraglichen Landesgesetze – die maßgebliche Beschränkung der Grundfreiheit bewirken, sondern erst ihr Zusammenwirken. Das Vorliegen unterschiedlicher Regelungsregime mit unterschiedlichem Inhalt

1832 Für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung reicht es aus, die Grundfreiheiten gemeinsam zu betrachten, da bei der Prüfung der einzelnen Grundfreiheiten grundsätzlich dasselbe Schema zur Anwendung kommt. Va geht der EuGH bei allen Grundfreiheiten inzwischen davon aus, dass diese nicht nur Diskriminierungsverbote, sondern zumindest teilweise auch Beschränkungsverbote enthalten (zB *Klamert*, EU-Recht Rz 638 ff; *Jaeger*, Europarecht 19 f; *Haratsch* in HB StR 210 179 f jeweils mwN). Die Abgrenzung, wie weit die Beschränkungsverbote jeweils reichen, erfolgt in der Judikatur aber nicht klar und ist stark einzelfallbezogen, was aber für die hier gemachten grundsätzlichen Überlegungen ohne weitere Bedeutung ist.

1833 Vorausgesetzt, es handelt sich um einen grenzüberschreitenden Sachverhalt. Wenn es sich um einen reinen Inlandssachverhalt handelt, sind die Grundfreiheiten nicht anwendbar; eventuelle „Nachteile“ aus der Rechtsetzungsvielfalt könnte also bspw ein Österreicher nur im Rahmen des nationalen Rechts geltend machen, wo ihm aber – wie oben bei 5.4.4.2 (= 238) dargelegt – eine erfolgreiche Berufung auf den Gleichheitssatz verwehrt ist.

verlangt von einem potentiellen Dienstleistungserbringer, sich mit diesen Unterschieden vertraut zu machen und stellt ihn so vor größere Hürden als die Rechtslage in einem Mitgliedstaat, in dem es nur einen (formellen) Gesetzgeber gibt. Insofern könnte man behaupten, die Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit ergebe sich erst durch die Gesamtheit der Landesrechtsakte und die daraus entstehende Komplexität.

Nun ist zunächst fraglich, ob sich eine Beschränkung einer Grundfreiheit überhaupt aus dem Zusammenspiel mehrerer staatlicher Maßnahmen ergeben kann, wenn diese Maßnahmen für die Ausübung einer Tätigkeit an einem konkreten Ort innerhalb des Mitgliedstaates nicht kumulativ zur Anwendung kommen, sondern vielmehr alternativ, je nach Ort der Ausübung der Tätigkeit. Wenn eine Person eine Tätigkeit tatsächlich an mehreren Orten innerhalb eines Mitgliedstaates ausüben möchte, so scheint das zwar nicht ausgeschlossen. Allerdings richtet sich die vorgetragene Argumentation im Kern gegen die bundesstaatliche Organisation eines Mitgliedstaates als solche, aus der das Potential zur Rechtsetzungsvielfalt folgt. Um den Sitz einer potentiellen Beschränkung richtig zu verorten, müsste daher behauptet werden, dass nicht die Landesrechtsakte allein die Dienstleistungsfreiheit (oder eine andere Grundfreiheit) beschränken, sondern in Verbindung mit den Bestimmungen, die einen Mitgliedstaat als Bundesstaat einrichten. Dass aber allgemeine Regelungen der staatlichen Organisation vom Beschränkungsverbot der verschiedenen Grundfreiheiten erfasst sind, ist stark zu bezweifeln; wie der EuGH dies beurteilen würde, kann im Lichte der äußerst kasuistischen Rsp zu den Beschränkungsverboten nicht mit Sicherheit beurteilt werden. Allerdings ist auch der EuGH an Art 4 Abs 2 EUV gebunden. In der vorliegenden Konstellation gebietet die Achtung der bundesstaatlichen Identität Österreichs, Deutschlands und Belgiens, die bundesstaatliche Struktur und die bundesstaatliche Rechtsetzungsvielfalt zu achten und daher nicht allein schon deswegen, weil es innerhalb eines Mitgliedstaats mehrere unterschiedliche Regelungen gibt, vom Vorliegen einer Beschränkung einer Grundfreiheit auszugehen. Ebenso könnte man aber auch argumentieren, dass sich bei Annahme einer Beschränkung allein auf Grund der bundesstaatlich bedingten Regelungsvielfalt diese rechtfertigen ließe, und zwar gestützt auf Art 4 Abs 2 EUV.

9.2.3.2.2 *Rechtsetzungsvielfalt als Argument für die Rechtswidrigkeit einer Beschränkung*

Eine andere Frage ist, ob die Verwirklichung der Rechtsetzungsvielfalt innerhalb eines Bundesstaates dazu führen kann, dass eine Grundfreiheitsbeschränkung rechtswidrig wird, weil sie im bundesstaatlichen Mitgliedstaat nicht einheitlich erfolgt bzw weil ihre Zielsetzung von anderen Maßnahmen im Bundesstaat nicht geteilt wird.

Hier wird also die Rechtsetzungsvielfalt nicht selbst als Beschränkung verstanden, aber im Rahmen der Rechtfertigungsprüfung einer konkreten beschränkten Maßnahme problematisiert. Verbietet es etwa die Dienstleistungsfreiheit, dass die Erbringung einer Dienstleistung in einem Mitgliedstaat je nach fraglichem Land zugleich erlaubt und verboten ist? Bejaht man diese Frage, so verlangen die Grundfreiheiten im Wesentlichen nach einer einheitlichen, gleichförmigen Vornahme von Beschränkungen im gesamten Gebiet eines Mitgliedstaates und können insofern als verdeckte Gleichheitsanforderungen qualifiziert werden. Nahegelegt wird ein derartiges Verständnis der Grundfreiheiten durch die Rsp des EuGH zum Erfordernis der „kohärenten“ Beschränkung von Grundfreiheiten. Auf dieses Erfordernis soll im Folgenden eingegangen werden.

9.2.3.2.3 Kohärenzprinzip – Erfordernis der „kohärenten“ Beschränkung von Grundfreiheiten

9.2.3.2.3.1 Entwicklung und Verankerung im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung

Beim Kohärenzprinzip handelt es sich um eine vom EuGH entwickelte Argumentationsfigur,¹⁸³⁴ die der Gerichtshof bei der Beurteilung der Rechtmäßigkeit mitgliedstaatlicher Grundfreiheitsbeschränkungen¹⁸³⁵ anwendet.¹⁸³⁶ Das Kohärenzprinzip hat eine ähnliche Stoßrichtung wie das oben bereits kurz angesprochene Prinzip der „Konsistenz“, Einheit oder „Systemgerechtigkeit“ der Rechtsordnung, welches das BVerfG in einigen Entscheidungen proklamiert hat:¹⁸³⁷ Beschränkungen von Grundfreiheiten können durch die Verfolgung öffentlicher Interessen gerechtfertigt werden. Damit eine Rechtfertigung möglich ist, muss die Verwirklichung des öffentlichen Interesses aber dem EuGH zufolge „kohärent und systematisch“¹⁸³⁸ angestrebt werden. So können etwa besonders strenge Regelungen für das Anbieten von Glücksspiel nicht durch das öffentliche Interesse am Schutz der Sozialordnung vor den Gefahren des Glücksspiels gerechtfertigt werden, wenn seitens des Mitgliedstaates gleichzeitig offensiv Werbung für

1834 Zur Entwicklung in der Rsp zB *Philipp*, Systemgerechtigkeit 120 ff; *Dieterich*, Systemgerechtigkeit 741 ff.

1835 Der EuGH befasste sich in seiner Rsp va mit der Dienstleistungsfreiheit; das Kriterium der Kohärenz wird aber bei allen Grundfreiheiten inkl des allgemeinen Freizügigkeitsrechts angewandt; so auch *Philipp*, Systemgerechtigkeit 164 ff; *Dieterich*, Systemgerechtigkeit 761 sowie die unten zitierte Rsp.

1836 Der Begriff der Kohärenz hat außerdem Bedeutung als Rechtfertigung für bestimmte steuerliche Maßnahmen der Mitgliedstaaten, die Grundfreiheiten beschränken, aber mit der „Kohärenz des Steuersystems“ gerechtfertigt werden können; dazu im Überblick *Schuster*, Kohärenzprinzip 105 ff.

1837 Siehe dazu oben 6.4.3.3.4 (= 313); zu den Ähnlichkeiten zwischen beiden Prinzipien zB *Philipp*, Systemgerechtigkeit 27 ff; *Dieterich*, Systemgerechtigkeit 28 ff; *Schuster*, Kohärenzprinzip 84 f.

1838 EuGH 06.11.2003, Rs C-243/01 (Gambelli) ECLI:EU:C:2003:597 Rz 67.

Glücksspiel betrieben wird, etwa um fiskalische Interessen zu bedienen,¹⁸³⁹ wie das der EuGH zB in einem Verfahren betreffend Italien betonte.¹⁸⁴⁰ Mangelnde Konsequenz bei der Zielverfolgung führt also zu mangelnder Kohärenz einer Maßnahme und damit zum Wegfall der auf das fragliche Ziel gestützten Rechtfertigungsmöglichkeit.¹⁸⁴¹ Der EuGH wendet die Kohärenzprüfung in derartigen Fällen als Teil der Verhältnismäßigkeitsprüfung und dort wiederum zumeist bei der Beurteilung der Eignung an.¹⁸⁴²

Zumindest nach herkömmlichem Verständnis wird bei der Eignung einer Grundfreiheitsbeschränkung wie auch bei der Eignung eines Grundrechtseingriffs lediglich danach gefragt, ob die zur Prüfung stehende – grundfreiheitsbeschränkende oder grundrechtseingreifende – Maßnahme geeignet ist, ein bestimmtes Ziel zu erreichen. Zu fragen wäre also etwa, ob strenge Zulassungsvoraussetzungen für das Anbieten von Glücksspiel der Vermeidung der negativen Auswirkungen von Glücksspiel dienen können. Im Rahmen der Kohärenzprüfung fragt der EuGH aber darüber hinausgehend, ob eine Gesamtbetrachtung der mitgliedstaatlichen Rechtsordnung ergibt, dass die von einem Mitgliedstaat gesetzten Maßnahmen insgesamt geeignet sind, das fragliche Ziel zu erreichen. Wenngleich der EuGH sich dabei am Vorbringen der jeweiligen Verfahrensparteien orientiert, gibt ihm diese Gesamtbetrachtung doch die Möglichkeit, potentiell alle mitgliedstaatlichen Maßnahmen nach Belieben in seine Kohärenzprüfung einzubeziehen und zu gewichten. Insofern handelt es sich bei der Kohärenzprüfung in der gerade diskutierten Spielart um einen von der klassischen Eignungsprüfung deutlich abgrenzbaren Vorgang.

Dies schließt nicht aus, dass der EuGH – gerade als Letztentscheidungsorgan mit Rechtsfortbildungsbefugnis – befugt ist, eine Kohärenzprüfung vorzunehmen. Allerdings wäre es zur Erhöhung der Nachvollziehbarkeit der Begründung des EuGH sinnvoll, diesen Prüfungsschritt deutlich von der Prüfung der Eignung zu trennen und als eigenes Prüfkriterium zu etablieren,¹⁸⁴³ wie es in der Rsp ohnehin teilweise geschieht.

1839 EuGH 06.11.2003, Rs C-243/01 (Gambelli) ECLI:EU:C:2003:597 Rz 69.

1840 EuGH 06.11.2003, Rs C-243/01 (Gambelli) ECLI:EU:C:2003:597 Rz 69; ganz ähnlich jeweils auch die Ausgangssituation in EuGH 06.03.2007, verb Rs C-338/04, Rs C-359/04 und C-360/04 (Placencia ua) ECLI:EU:C:2007:133; EuGH 08.09.2010, Rs C-46/08 (Carmen Media) ECLI:EU:C:2010:505.

1841 Es ist also nicht ausgeschlossen, dass die Beschränkung einer Grundfreiheit mit der Verfolgung eines anderen Ziels gerechtfertigt werden kann – dieses muss dann freilich (ua) wieder „kohärent“ verfolgt werden.

1842 So explizit zB in EuGH 10.03.2009, Rs C-169/07 (Hartlauer) ECLI:EU:C:2009:141 Rz 54 ff; EuGH 17.07.2014, Rs C-173/13 (Leone) ECLI:EU:C:2014:2090 Rz 54; EuGH 13.02.2014, Rs C-367/12 (Sokoll-Seebacher) ECLI:EU:C:2014:68 Rz 39; diesem Ansatz zustimmend *Dieterich*, Systemgerechtigkeit 762 f.

1843 So auch *Schuster*, Kohärenzprinzip 104 f.

9.2.3.2.3.2 Kohärenzprüfung als Gleichheitsprüfung

Eine Betrachtung der Entscheidungen, in denen der EuGH mitgliedstaatliche Grundfreiheitsbeschränkungen am Kriterium der Kohärenz prüft, zeigt aber auch, dass diese Kohärenzprüfung in vielen Fällen starke Ähnlichkeiten zu einer Gleichheitsprüfung aufweist.¹⁸⁴⁴

In der Rs *Elrick*¹⁸⁴⁵ bspw wurde der EuGH gefragt, ob Art 20 und 21 AEUV mit einer Regelung des deutschen Bundesausbildungsförderungsgesetz vereinbar sei, nach der einer Person für eine Ausbildung in einem anderen Mitgliedstaat keine Ausbildungsförderung zusteht, obwohl sie für eine vergleichbare Ausbildung im Inland Anspruch auf Förderung gehabt hätte. Dazu führte der EuGH aus, dass „aus dem Vorbringen der deutschen Regierung nicht klar hervor[gehe], wie die Erreichung des Ziels, nur solche Ausbildungen im Ausland zu fördern, die die Chancen der Auszubildenden auf dem Arbeitsmarkt erhöhen, durch die in Rede stehende Regelung und insbesondere durch die in § 2 Abs. 1 Nr. 2 BAföG vorgesehene Voraussetzung einer Mindestdauer von zwei Jahren ohne Berücksichtigung von Art und Inhalt dieser Ausbildung sichergestellt wird, wenn eine Ausbildung, die dieses Erfordernis nicht erfüllt, aber in Deutschland absolviert wird, unter bestimmten Umständen, wie insbesondere solchen, die für die Lage der Klägerin des Ausgangsverfahrens kennzeichnend sind, gefördert wird.“¹⁸⁴⁶ Das Unterscheidungskriterium der Ausbildungsdauer sei mit Blick auf das vorgebrachte Ziel also „nicht kohärent“¹⁸⁴⁷ und die Regelung daher nicht im Einklang mit Art 20 und 21 AEUV.

Auch in der Rs *Hartlauer* führte der EuGH unter dem Stichwort „Kohärenz“ im Wesentlichen eine Gleichheitsprüfung durch.¹⁸⁴⁸ In dieser Österreich betreffenden Entscheidung hatte der EuGH zu beurteilen, inwiefern eine Regelung mit der Niederlassungsfreiheit vereinbar ist, die eine Bedarfsprüfung (ua) für die Errichtung von Zahnambulatorien vorsieht.¹⁸⁴⁹ Die am Verfahren beteiligten Staaten brachten als Rechtfertigung für die Beschränkung der Niederlassungsfreiheit Gründe des Schutzes der öffentlichen Gesundheit vor.¹⁸⁵⁰ Im Rahmen der Prüfung der Eignung der Bedarfsprüfung zur Erreichung dieses Ziels erinnerte der EuGH zunächst daran, dass „eine nationale Regelung nur dann geeignet ist, die Verwirklichung des geltend gemachten Ziels zu gewährleisten, wenn sie tatsächlich dem Anliegen gerecht wird, es in kohärenter und systematischer Weise zu errei-

1844 Auch *Dieterich*, Systemgerechtigkeit 782 ff weist auf die Parallele zum in Art 20 GRC verankerten Gleichheitssatz hin, erachtet aber eine vollkommene Gleichsetzung für unzulässig.

1845 EuGH 24.10.2013, Rs C-275/12 (*Elrick*) ECLI:EU:C:2013:684.

1846 EuGH 24.10.2013, Rs C-275/12 (*Elrick*) ECLI:EU:C:2013:684 Rz 32.

1847 EuGH 24.10.2013, Rs C-275/12 (*Elrick*) ECLI:EU:C:2013:684 Rz 33.

1848 EuGH 10.03.2009, Rs C-169/07 (*Hartlauer*) ECLI:EU:C:2009:141.

1849 EuGH 10.03.2009, Rs C-169/07 (*Hartlauer*) ECLI:EU:C:2009:141 Rz 33 ff.

1850 EuGH 10.03.2009, Rs C-169/07 (*Hartlauer*) ECLI:EU:C:2009:141 Rz 41 ff.

chen¹⁸⁵¹. In der Folge prüfte der Gerichtshof sehr detailliert, welche Unterschiede zwischen Zahnambulatorien – für die eine Bedarfsprüfung vorgesehen war – und Gruppenpraxen – für die keine Bedarfsprüfung vorgesehen war – bestehen.¹⁸⁵² Diesbezüglich kam er zu dem Ergebnis, dass „diese beiden Kategorien von Leistungsanbietern vergleichbare Merkmale und eine vergleichbare Zahl von Ärzten haben und medizinische Leistungen in gleichwertigem Umfang erbringen können, [...] demnach auf dem betreffenden Markt für medizinische Leistungen eine ähnliche Bedeutung haben, und [...] daher die wirtschaftliche Situation der Vertragsärzte in bestimmten geografischen Gebieten und mithin die Erreichung der von den zuständigen Behörden verfolgten Planungsziele in gleicher Weise berühren“¹⁸⁵³. Hinsichtlich der Rechtmäßigkeit der Bedarfsprüfung für Zahnambulatorien folgte der EuGH daraus, dass die dargelegte „Inkohärenz“¹⁸⁵⁴ die Erreichung des durch die Bedarfsprüfungsregelung angestrebten Ziels in Frage stelle, nicht zuletzt, weil die österreichische Regierung nicht dargelegt habe, warum die Notwendigkeit der Zielerreichung nur hinsichtlich der Ambulatorien, nicht aber betreffend Gruppenpraxen bestehe.¹⁸⁵⁵

Die genannten Fälle, die nur zwei Beispiele unter vielen sind,¹⁸⁵⁶ zeigen deutlich, dass der EuGH im Rahmen der Prüfung der Kohärenz einer mitgliedstaatlichen Maßnahme häufig eigentlich eine Art Gleichheitsprüfung vornimmt. In der Rs *Elrick* ging es um die Frage, ob es unionsrechtlich zulässig ist, dass eine Ausbildung, die im EU-Ausland absolviert wird, anders behandelt wird als eine vergleichbare Ausbildung im Inland; in der Rs *Hartlauer* um die Zulässigkeit der Ungleichbehandlung von Zahnambulatorien und zahnärztlichen Gruppenpraxen. Das jeweils als „Ziel“ der Grundfreiheitsbeschränkung vorgebrachte öffentliche Interesse stellt eine potentielle sachliche Rechtfertigung für die Ungleichbehandlung dar. Der EuGH hätte daher, nachdem der Anwendungsbereich der GRC durch die Beschränkung der jeweiligen Grundfreiheit eröffnet war, auch prüfen können, ob die Bestimmung des Bundesausbildungsförderungsgesetzes mit Art 20 GRC vereinbar ist; im Fall *Hartlauer* (der noch vor der Rechtsverbindlich-

1851 EuGH 10.03.2009, Rs C-169/07 (*Hartlauer*) ECLI:EU:C:2009:141 Rz 55.

1852 EuGH 10.03.2009, Rs C-169/07 (*Hartlauer*) ECLI:EU:C:2009:141 Rz 56 ff.

1853 EuGH 10.03.2009, Rs C-169/07 (*Hartlauer*) ECLI:EU:C:2009:141 Rz 60.

1854 EuGH 10.03.2009, Rs C-169/07 (*Hartlauer*) ECLI:EU:C:2009:141 Rz 61.

1855 EuGH 10.03.2009, Rs C-169/07 (*Hartlauer*) ECLI:EU:C:2009:141 Rz 61.

1856 Als weitere Beispiele können die folgenden Entscheidungen genannt werden: EuGH 19.05.2009, verb Rs C-171/07 und C-172/07 (Apothekerkammer des Saarlandes) ECLI:EU:C:2009:316 Rz 42 ff; EuGH 19.05.2009, Rs C-531/06 (Kommission/Italien) ECLI:EU:C:2009:315 Rz 66 ff (in beiden Entscheidungen: Vergleich von bestimmten Nichtapothekern, die [ausnahmsweise] zum Betrieb einer Apotheke befugt sind, mit dem Regelfall, in dem Nichtapotheker nicht zum Betrieb einer Apotheke befugt sind); EuGH 18.05.2017, Rs C-99/16 (Lahorgue) ECLI:EU:C:2017:391 Rz 31 ff insb Rz 40 (Übermittlung von Schriftstücken an ein Gericht durch Einreichung bei der Kanzlei oder auf dem Postweg vs Übermittlung mittels RPVA-Router [französischer elektronischer Rechtsverkehr mit Gerichten]).

keit der GRC entschieden wurde) wäre zu fragen gewesen, ob die Regelung in Einklang mit dem allgemeinen Rechtsgrundsatz der Gleichheit steht.

Dazu kommt, dass auch die oben diskutierte Glücksspielkonstellation – strenge Voraussetzungen für das Anbieten von Glücksspiel, gleichzeitig aber offensive Werbung zur Bedienung fiskalischer Interessen – aus der Perspektive des Gleichheitssatzes behandelt und gelöst werden kann. Man könnte hier annehmen, dass es sich beim Anbieten von Glücksspiel und bei der Werbung für Glücksspiel deswegen um „gleiche“ Sachverhalte handelt, weil von beiden dasselbe öffentliche Interesse „bedroht“ wird (wenn auch möglicherweise in unterschiedlichem Ausmaß), nämlich insb das Interesse an der Suchtprävention. Die mögliche Rechtswidrigkeit einer mitgliedstaatlichen Maßnahme ergibt sich dann daraus, dass diese beiden „gleichen“ Sachverhalte ohne Rechtfertigung ungleich behandelt werden, wobei bei der Beurteilung des Vorliegens einer „ungleichen Behandlung“ nur darauf abgezielt würde, ob in beiden Bereichen Maßnahmen zur Beseitigung der potentiellen Bedrohung gesetzt werden.

Zugegebenermaßen werden die Anwendungsgrenzen des Gleichheitssatzes durch dieses Verständnis strapaziert.¹⁸⁵⁷ Dass zwischen dem vom EuGH angewandten Kohärenzerfordernis und der Gleichheitsprüfung jedenfalls strukturelle Ähnlichkeiten bestehen, zeigt sich aber vor allem in den eingangs diskutierten Fallkonstellationen recht deutlich. Dann ist es allerdings fraglich, ob überhaupt noch Raum für die legitime Anwendung des Kriteriums der Kohärenz bleibt. Das ist jedenfalls dann zu verneinen, wenn hinter der Kohärenzprüfung eigentlich eine verdeckte Gleichheitsprüfung steht. In diesen Fällen sollte der EuGH das unbestimmte, einer positivrechtlichen Grundlage entbehrende¹⁸⁵⁸ Kohärenzkriterium aufgeben und stattdessen eine – offene – Gleichheitsprüfung durchführen¹⁸⁵⁹ bzw die nationalen Gerichte mit der Durchführung betrauen. Dies

1857 *Schuster*, Kohärenzprinzip 87 ff verneint die „dogmatische Verankerung“ des Kohärenzprinzips im Gleichheitssatz, soweit es um „Wertungskohärenz“ geht, da nicht in allen Fällen eine Rückführung auf den Gleichheitssatz möglich sei, und geht – immer wieder auf die Rsp des BVerfG Bezug nehmend – davon aus, dass es sich bei der Wertungskohärenz um einen eigenen Unterpunkt des Rechtsstaatsgebots handle (95 ff); erstens erfolgt damit mE aber keine klare „dogmatische Verankerung“, und zweitens schließt dies nicht aus, wie hier von strukturellen Ähnlichkeiten zwischen Kohärenzprinzip und Gleichheitsprüfung auszugehen.

1858 Art 7 AEUV erwähnt zwar die Kohärenz, bezieht sich aber eindeutig nur auf die Organe der EU bei Verwirklichung ihrer Politiken, nicht auf mitgliedstaatliche Maßnahmen. Die Bestimmung lautet: „Die Union achtet auf die Kohärenz zwischen ihrer Politik und ihren Maßnahmen in den verschiedenen Bereichen und trägt dabei unter Einhaltung des Grundsatzes der begrenzten Einzelermächtigung ihren Zielen in ihrer Gesamtheit Rechnung“; die in Art 21 Abs 3 UAbs 2 S 2 EUV verankerte Pflicht zur Kohärenz betrifft die im Rat tätig werdenden Mitgliedstaaten nur bei der gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik; vgl *Schuster*, Kohärenzprinzip 62 (dort Hinweis auf Art 21 Abs 3 UAbs 2 S 1 EUV).

1859 Zwar trifft es zu, dass den Grundrechten in bestimmtem Ausmaß auch bei der Beurteilung der Rechtfertigung von Grundfreiheitsbeschränkungen eine Bedeutung zukommt, wie insb *Dieterich*, Systemgerechtigkeit 782 mwN ausführt. Dies gilt jedoch vorrangig für die nationalen Grundrechte, die in gewissem Ausmaß als Rechtfertigungsgründe herangezogen werden können (vgl etwa EuGH 12.03.2003, Rs C-112/00 [Schmidberger] ECLI:EU:C:2003:333). Offenkundig wird dem Gleich-

gilt umso mehr für Fälle, in denen Grundfreiheiten gar nicht betroffen sind, sondern sich die Anwendbarkeit des Unionsrechts aus der Anwendbarkeit von Sekundärrechtsakten ergibt – auch hier wird in den vergangenen Jahren die Kohärenz bzw Inkohärenz mitgliedstaatlicher Maßnahmen immer wieder ins Spiel gebracht.¹⁸⁶⁰ Während aber die Kohärenz als Element der Prüfung von Grundfreiheitsbeschränkungen nach bald zwanzigjähriger Rechtsprechungspraxis akzeptiert sein mag, ist nicht klar, wieso ein Kohärenzprinzip im gesamten Unionsrecht gelten sollte. Gerade dort wäre stattdessen eine Prüfung am Maßstab des Gleichheitssatzes systematisch sinnvoll.

Zwar ist auch der Gleichheitssatz in weiten Teilen undeterminiert. So ist zB an keiner Stelle näher definiert, wie hoch der Abstraktionsgrad ist, nach dem zu beurteilen ist, ob „gleiche“ oder „vergleichbare“ Sachverhalte vorliegen. Auch die Frage, inwiefern die Ziele einer Maßnahme bei der Beurteilung von Sachverhalten als „gleich“ oder „ungleich“ berücksichtigt werden dürfen, ist nicht abschließend geklärt. Und schließlich ist dem Einfallsreichtum des Rechtsetzers – und des EuGH als maßgeblicher Kontrollinstanz – durch das Erfordernis einer „sachlichen Rechtfertigung“ von Ungleichbehandlungen eigentlich keine Grenze gesetzt. Dennoch wäre der EuGH gut beraten, in Zukunft eher an der Ausgestaltung eben jener noch offenen Flanken des Gleichheitssatzes zu arbeiten, als ein mehr oder weniger beliebig einsetzbares Kriterium der Kohärenz ins Spiel zu bringen, für das es – anders als beim Gleichheitssatz – im Übrigen nicht in allen Mitgliedstaaten nationale Äquivalente gibt. Im Gegensatz dazu ist der Gleichheitssatz in den nationalen Rechtsordnungen als Teil der gemeinsamen Verfassungsüberlieferung und nicht zuletzt positivrechtlich in Art 20 GRC verankert.

9.2.3.2.3.3 Kohärenzprinzip und Mehrheit von Rechtsetzern

Erkennt man die strukturellen Ähnlichkeiten zwischen der vom EuGH angewandten Kohärenzprüfung und der Gleichheitsprüfung, dann ist es naheliegend, dass sich auch im Zusammenhang mit der Kohärenzprüfung Fragen nach der Vereinbarkeit dieses Maßstabs mit einer durch eine Mehrheit an Rechtsetzern erzeugten Rechtsetzungsvielfalt stellen. Der EuGH war bereits mehrmals mit Konstellationen befasst, in denen eine potentielle Inkohärenz der Rechtslage auf das Handeln mehrerer Rechtsetzer zurückzuführen war.

heitsrecht der GRC eher Rechnung getragen, wenn hinsichtlich grundfreiheitsbeschränkender Maßnahmen eine auf Art 20 GRC gestützte Grundrechtsprüfung durchgeführt wird, als dadurch, dass der Gleichheitsgrundsatz im Rahmen einer Kohärenzprüfung „berücksichtigt“ wird.

1860 Vgl etwa EuGH 21.07.2011, verb Rs C-159/10 und C-160/10 (Fuchs und Köhler) ECLI:EU:C:2011:508.

Zu nennen ist in diesem Zusammenhang der oben bereits erwähnte Fall *Hartlauer*¹⁸⁶¹. Die unterschiedliche Behandlung von zahnärztlichen Ambulatorien (Bedarfsprüfung vor Errichtung) und Gruppenpraxen (keine Bedarfsprüfung) folgte nämlich aus dem Unterschied zwischen dem Wiener bzw. Oberösterreichischen Krankenanstaltengesetz auf der einen Seite und dem Ärztegesetz des Bundes auf der anderen Seite.¹⁸⁶² Wie oben bereits erörtert, qualifizierte der EuGH die Ungleichbehandlung als Inkohärenz der die Bedarfsprüfung anordnenden Regelungen; er ließ sich davon auch nicht dadurch abhalten, dass die fraglichen Rechtsnormen von unterschiedlichen föderalen Hoheitsträgern erlassen wurden. Das wurde teilweise so gedeutet, dass die genannte Ungleichbehandlung Folge der Kompetenzverteilung und „aus der Sicht des bundesstaatsblinden EuGH“¹⁸⁶³ nicht erklärbar gewesen sei. Insofern habe der Gerichtshof „rational argumentiert, und, es wurde auch schon angesprochen, gleichheitskonform, da für ihn eben die bundesstaatliche Möglichkeit der Abweichung von der Gleichheit nicht beachtlich ist.“¹⁸⁶⁴ Allerdings handelte es sich bei den fraglichen Landesgesetzen um Ausführungsgesetze zu einem in der maßgeblichen Frage keinen Ausführungsspielraum offenlassenden Bundesgrundsatzgesetz,¹⁸⁶⁵ was auch der EuGH erkannte;¹⁸⁶⁶ insofern kann die fragliche Ungleichheit gerade nicht auf die bundesstaatliche Kompetenzverteilung zurückgeführt werden, sondern ist im Ergebnis dem Bundesgesetzgeber zuzurechnen. Dass der EuGH außerdem in Konstellationen föderal bedingter Ungleichheit bei der Kohärenzprüfung gerade nicht „bundesstaatsblind“ agieren darf, wird im Folgenden nachgewiesen.

Zunächst soll aber das Problem der Kohärenzprüfung bei einer Vielzahl von Rechtsetzern anhand zweier weiterer Entscheidungen des EuGH erörtert werden, nämlich den Entscheidungen in der Rs *Carmen Media*¹⁸⁶⁷ und der Rs *Digibet*¹⁸⁶⁸.

In der Rs *Carmen Media* stellte sich die Frage der Vereinbarkeit des schleswig-holsteinischen Lotterie- und Sportwettenmonopols mit der Niederlassungsfreiheit. Dabei hatte das vorlegende Gericht Zweifel daran, dass es sich bei dem Monopol um eine „kohärente“ Beschränkung der Niederlassungsfreiheit handle, da hinsichtlich anderer Arten des Glücksspiels – wohlgemerkt: die zumindest teilweise in die Zuständigkeit des Bundes fielen – eine Expansionspolitik betrieben

1861 EuGH 10.03.2009, Rs C-169/07 (Hartlauer) ECLI:EU:C:2009:141.

1862 Auch *Grzeszick*, VVDStRL 71, 75 f geht davon aus, dass der EuGH in der Rs *Hartlauer* eine „kompetenzgefährdende Kohärenzprüfung“ vornimmt, bezieht dies aber offenbar nur auf die Kompetenzverteilung zwischen Mitgliedstaaten und EU.

1863 Wortmeldung *Stöger* in VVDStRL 71, 102.

1864 Wortmeldung *Stöger* in VVDStRL 71, 102.

1865 Auch die Bedarfsprüfung für zahnärztliche Ambulatorien war in § 3 Abs 2 lit a Krankenanstalten- und Kuranstaltengesetz, also im Bundesgrundsatzgesetz, in der maßgeblichen Fassung angeordnet; dies offenbar verkennend *Philipp*, Systemgerechtigkeit 305.

1866 EuGH 10.03.2009, Rs C-169/07 (Hartlauer) ECLI:EU:C:2009:141 Rz 56.

1867 EuGH 08.09.2010, Rs C-46/08 (Carmen Media) ECLI:EU:C:2010:505.

1868 EuGH 12.06.2014, Rs C-156/13 (Digibet) ECLI:EU:C:2014:1756.

wurde.¹⁸⁶⁹ Der EuGH bejahte in seiner Entscheidung nicht nur die Notwendigkeit einer bereichs- bzw. spielartenübergreifenden Betrachtung der mitgliedstaatlichen Maßnahmen, sondern sprach sich auch dagegen aus, die mitgliedstaatliche interne Kompetenzverteilung in irgendeiner Weise rechtfertigend in Betracht zu ziehen.¹⁸⁷⁰ Dazu verwies der Gerichtshof auf seine ständige Rsp, nach der ein Mitgliedstaat sich nicht auf interne Umstände berufen kann, um die Nichteinhaltung seiner unionsrechtlichen Verpflichtungen zu rechtfertigen.¹⁸⁷¹ Nach Ansicht des EuGH in der Rs *Carmen Media* „müssen, auch wenn das Unionsrecht einer internen Zuständigkeitsverteilung, nach der für bestimmte Glücksspiele die Länder zuständig sind und für andere der Bund, nicht entgegensteht, in einem solchen Fall die Behörden des betreffenden Bundeslandes und die Bundesbehörden gleichwohl gemeinsam die Verpflichtung der Bundesrepublik Deutschland erfüllen, nicht gegen Art. 49 EG zu verstoßen. Soweit die Beachtung dieser Bestimmung es erfordert, müssen diese verschiedenen Behörden dabei folglich die Ausübung ihrer jeweiligen Zuständigkeiten koordinieren“¹⁸⁷².

Zu beachten ist, dass zum Zeitpunkt des Einlangens des Vorlagenantrags in der Rs *Carmen Media* der Vertrag von Lissabon und mit ihm auch Art 4 Abs 2 EUV in der jetzt geltenden Fassung noch nicht in Kraft getreten waren;¹⁸⁷³ dementsprechend konnte das vorlegende Gericht diese Bestimmung auch nicht berücksichtigen. Auch der EuGH sah sich dementsprechend nicht veranlasst, auf Art 4 Abs 2 EUV einzugehen. Dennoch lässt sich fragen, ob der EuGH zu einem anderen Ergebnis kommen müsste, wenn er diese oder eine ähnliche Konstellation unter Beachtung von Art 4 Abs 2 EUV zu beurteilen hätte.

Dazu ist daran zu erinnern, dass die Kohärenzprüfung eine „verdeckte“ Gleichheitsprüfung darstellt. Der EuGH geht in der Rs *Carmen Media* davon aus, dass Sachverhalte, von denen dasselbe Bedrohungspotential für das öffentliche Interesse an Glücksspielsuchtprävention ausgeht, ohne sachliche Rechtfertigung ungleich behandelt werden und schließt daraus auf die mangelnde Kohärenz der Grundfreiheitsbeschränkung. Nun ist es aber, wie oben dargelegt wurde, Teil der bundesstaatlichen Identität aller untersuchten Bundesstaaten iSd Art 4 Abs 2 EUV, dass die föderalen Hoheitsträger in den ihnen zugeordneten Kompetenzbereichen eigenständig Recht setzen dürfen. Diese Befugnis, eigenständig Recht zu setzen, schließt es aus, einem Hoheitsträger einen (auf nationaler Ebene verfassungsrechtlichen) Vorwurf daraus zu machen, dass ähnliche Sachverhalte von einem anderen föderalen Hoheitsträger anders geregelt werden; Rechtsetzungsvielfalt ist im Bundesstaat nicht verpönt. Wenn nun die EU zur Achtung

1869 EuGH 08.09.2010, Rs C-46/08 (*Carmen Media*) ECLI:EU:C:2010:505 Rz 54, 57.

1870 EuGH 08.09.2010, Rs C-46/08 (*Carmen Media*) ECLI:EU:C:2010:505 Rz 67 ff.

1871 EuGH 08.09.2010, Rs C-46/08 (*Carmen Media*) ECLI:EU:C:2010:505 Rz 69.

1872 EuGH 08.09.2010, Rs C-46/08 (*Carmen Media*) ECLI:EU:C:2010:505 Rz 70.

1873 Das Vorabentscheidungsersuchen lagte am 08.02.2009 beim EuGH ein.

dieses Aspekts der jeweiligen nationalen Identität Österreichs, Deutschlands und Belgiens verpflichtet ist, so soll damit ausgeschlossen werden, dass dieser Grundsatz durch das Unionsrecht unterlaufen wird. Genau dies wäre aber der Fall, würde man, wie es der EuGH in der Rs *Carmen Media* tut, im Rahmen der Kohärenzprüfung einen kompetenzübergreifenden Vergleich zwischen unterschiedlichen Rechtsakten vornehmen. Der EuGH spricht ja im Übrigen selbst an, dass die Konsequenz der Vornahme eines solchen kompetenzübergreifenden Vergleichs ist, dass Bund und Länder ihre Rechtsakte koordinieren müssen, um dem Unionsrecht und dabei insb den Grundfreiheiten Genüge zu tun. Genau dies verbietet aber Art 4 Abs 2 EUV.

Tatsächlich kam der EuGH in einer ähnlichen Konstellation unter Berücksichtigung von Art 4 Abs 2 EUV zu einem anderen Ergebnis, und zwar in seiner Entscheidung in der Rs *Digibet*¹⁸⁷⁴. In diesem Verfahren hatte der EuGH zu beurteilen, ob eine „inkohärente“ Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit dann vorliegt, wenn bestimmte Maßnahmen wie das Verbot von Online-Glücksspiel auf Grund der bundesstaatlichen Struktur eines Mitgliedstaates nicht im ganzen Territorium des Mitgliedstaates gelten. Konkret hatte Schleswig-Holstein als einziges Land das Online-Glücksspiel (und andere Maßnahmen) erlaubt, während dieses in allen anderen Ländern verboten war. Legte man hier den Maßstab an, der etwa in der Rs *Carmen Media* zur Anwendung kam, so müsste man die Kohärenz der Grundfreiheitsbeschränkung durch „den Mitgliedstaat“ verneinen, da das durch die Beschränkung angestrebte Ziel nicht konsequent verfolgt wird; dass die Länder über eigenständige Rechtsetzungsbefugnisse lediglich über begrenzte Gebiete verfügen, müsste als Umstand der innerstaatlichen Rechtsordnung bei der Rechtfertigungsprüfung außer Betracht bleiben.

Der Gerichtshof führte aber im Gegenteil aus, dass „die Verteilung der Zuständigkeiten zwischen den Ländern nicht in Frage gestellt werden [kann], da sie unter dem Schutz von Art. 4 Abs. 2 EUV steht, nach dem die Union verpflichtet ist, die jeweilige nationale Identität der Mitgliedstaaten zu achten, die in ihren grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen einschließlich der lokalen und regionalen Selbstverwaltung zum Ausdruck kommt“¹⁸⁷⁵. Nach Ansicht des Gerichtshofs steht diese Ansicht nicht im Widerspruch zu den Äußerungen in der Rs *Carmen Media*, da dort wesentlich andere Umstände vorgelegen hätten; schließlich ging es in *Carmen Media* um das Verhältnis zwischen Bund und Ländern und einer etwaigen Verpflichtung zur Koordinierung zwischen diesen, während in der Rs *Digibet* „das horizontale Verhältnis zwischen den Bun-

1874 EuGH 12.06.2014, Rs C-156/13 (*Digibet*) ECLI:EU:C:2014:1756.

1875 EuGH 12.06.2014, Rs C-156/13 (*Digibet*) ECLI:EU:C:2014:1756 Rz 34.

desländern mit eigenen Gesetzgebungsbefugnissen im Rahmen eines föderal strukturierten Mitgliedstaats¹⁸⁷⁶ entscheidungserheblich gewesen sei.¹⁸⁷⁷

Diese Unterscheidung des EuGH vermag allerdings nicht zu überzeugen. Denn ebenso wie die Länder bzw dezentralen Hoheitsträger ein Recht darauf haben, ihre Kompetenzen eigenständig wahrzunehmen, kommt dem Bund dieses Recht hinsichtlich der ihm zustehenden Kompetenzen zu. Im Übrigen geht es ja im Verhältnis des Bundes zu den Ländern ebenso (auch) um den Schutz von (unter dem Anspruch der eigenständigen Wahrnehmbarkeit stehenden) Länderkompetenzen wie im Verhältnis mehrerer Länder zueinander. Um seiner aus Art 4 Abs 2 EUV erwachsenden Achtungspflicht Genüge zu tun, dürfte der EuGH daher auch in Konstellationen, die Bundes- und Landesrecht bzw das Recht des zentralen und der dezentralen Hoheitsträger betreffen, nicht auf kompetenzgrenzenübergreifende Kohärenz abstellen.

Allerdings ist auch die Aussage des EuGH, wonach „die Verteilung der Zuständigkeiten zwischen den Ländern“ nicht in Frage gestellt werden darf, insofern missverständlich, als sie nahelegt, dass die verfassungsrechtliche Kompetenzverteilung in einem Bundesstaat zur Gänze dem Schutz von Art 4 Abs 2 EUV unterliegt. Nach der hier vertretenen Ansicht ist es richtiger davon zu sprechen, dass das Ziel der Bundesstaatlichkeit, Rechtsetzungsvielfalt zu ermöglichen, Teil der bundesstaatlichen Identität jener Mitgliedstaaten ist, die als Bundesstaaten organisiert sind. Die Organe der EU haben daher darauf zu achten, dass in jenen Bereichen, welche in die Kompetenzen der Länder bzw dezentralen Einheiten fallen, Rechtsetzungsvielfalt herrschen darf. Dies schließt nicht aus, die von einzelnen föderalen Hoheitsträgern erlassenen Rechtsakte am Maßstab der Grundfreiheiten zu messen; ausgeschlossen sind jedoch Herangehensweisen, die dazu führen, dass eine vergleichende Betrachtung von Rechtsakten verschiedener föderaler Hoheitsträger die Rechtswidrigkeit eines der Rechtsakte bewirkt.

9.2.3.2.4 Kohärenz, Rechtsetzungsvielfalt und Art 4 Abs 2 EUV

Die vom EuGH postulierte Notwendigkeit „kohärenter“ Grundfreiheitsbeschränkungen weist strukturell einige Gemeinsamkeiten zur Gleichheitsanforderung des Gleichheitssatzes auf, insb wenn man sie in den bundesstaatlichen Kontext stellt. Wenn aber auch im Rahmen der Kohärenzprüfung eine (verdeckte) Gleichheitsprüfung durchgeführt wird, dann muss auch bei der Kohärenzprüfung Art 4 Abs 2 EUV dahingehend beachtet werden, dass der Vergleich nicht zur Rechtswidrigkeit bundesstaatlicher Rechtsetzungsvielfalt führen darf. Der EuGH

1876 EuGH 12.06.2014, Rs C-156/13 (Digibet) ECLI:EU:C:2014:1756 Rz 35.

1877 Außerdem wies der EuGH noch „rechtfertigend“ darauf hin, dass die Anwendbarkeit der schleswig-holsteinischen Regelung va auch zeitlich beschränkt war; s EuGH 12.06.2014, Rs C-156/13 (Digibet) ECLI:EU:C:2014:1756 Rz 36.

darf hier also nicht „bundesstaatsblind“ agieren und die Kohärenz kompetenzgrenzenübergreifend beurteilen, sondern hat die innerstaatlichen Kompetenzgrenzen und die daraus resultierende Rechtsetzungsvielfalt zu respektieren.¹⁸⁷⁸

Wie gerade dargestellt, erkannte auch der EuGH in der Rs *Digibet* im Ergebnis die Notwendigkeit der Berücksichtigung föderaler Rechtsetzungsvielfalt auf Grund von Art 4 Abs 2 EUV an. Die unterschiedliche Intensität von Grundfreiheitsbeschränkungen in den Landesrechtsordnungen eines Bundesstaats führt nicht zur Inkohärenz und damit Rechtswidrigkeit einer dieser Maßnahmen.

Gleiches muss aber auch für Konstellationen wie jene in der Rs *Carmen Media* gelten, wo vom EuGH als im Rahmen einer Kohärenzprüfung vergleichbar erachtete Sachverhalte durch den Bund und die Länder bzw ein Land unterschiedlich (bzw inkohärent) geregelt werden. Das vom EuGH zur Abgrenzung vorgebrachte Argument, wonach offenbar nur die Kompetenzverteilung zwischen den Ländern, nicht aber jene zwischen Bund und Ländern schützenswert sein soll, kann nicht überzeugen. Denn ebenso wie die Länder bzw dezentralen Hoheitsträger ein Recht darauf haben, ihre Kompetenzen eigenständig wahrzunehmen, kommt dem Bund dieses Recht hinsichtlich der ihm zustehenden Kompetenzen zu.

Dagegen könnte man nun einwenden, dass es in der gerade genannten Konstellation aber nun nicht mehr um eine Gleichheitsprüfung im klassischen Sinn gehe und daher auch die bundesstaatliche Relativierung des Gleichheitssatzes, die durch Art 4 Abs 2 EUV auch für die Organe der EU beachtlich gemacht wird, nicht zur Anwendung kommen könne. Denn während es in dem Fall, dass die Länder bzw dezentralen Hoheitsträger im Rahmen ihrer jeweiligen Kompetenzen dieselbe Angelegenheit mit Wirkung für ihr jeweiliges Gebiet unterschiedlich regeln, schon deswegen um grundsätzlich gleiche Sachverhalte geht, weil es um die Ausübung derselben Tätigkeit geht,¹⁸⁷⁹ regeln Bund und Länder ja in der *Carmen Media*-Konstellation unterschiedliche Sachverhalte, die nicht gleich bzw vergleichbar sind. Das ist allerdings nur dann zutreffend, wenn man ein enges Verständnis der Gleichheitsprüfung hat; der EuGH erachtet im Gegensatz dazu die Regelung unterschiedlicher Glücksspielarten, die in unterschiedliche Kompetenzbereiche fallen, in *Carmen Media* als vergleichbar. Vertritt man die genannte Auffassung, so müsste man im Übrigen auch ohne Berücksichtigung von Art 4 Abs 2 EUV die Zulässigkeit einer Kohärenzprüfung im vorliegenden Fall verneinen.

Als Ergebnis bleibt daher festzuhalten, dass die vom EuGH im Rahmen seiner Prüfung der Rechtmäßigkeit von Grundfreiheitsbeschränkungen häufig vor-

1878 Anderer Ansicht *Philipp*, Systemgerechtigkeit 299 ff; die Frage der Vereinbarkeit mit Art 4 Abs 2 EUV aufwerfend, ohne sie abschließend zu beantworten, *Dieterich*, Systemgerechtigkeit 789 f.

1879 Dies gilt mit Blick auf Belgien jeweils nur innerhalb einer Kategorie dezentraler Hoheitsträger (Regionen oder Gemeinschaften), die über dieselben Kompetenzen verfügen.

genommene Kohärenzprüfung eine (verdeckte) Gleichheitsprüfung darstellt. Wie oben dargelegt, wäre dem EuGH im Sinne einer klaren Rechtsanwendung anzuraten, in derartigen Fällen statt einer verdeckten Gleichheitsprüfung unter dem Stichwort „Kohärenz“ im Anschluss an die Grundfreiheitsprüfung eine Prüfung der fraglichen Maßnahme auf Basis von Art 20 GRC vorzunehmen.

Wendet der EuGH aber den von ihm entwickelten Maßstab der Kohärenz an, dann hat er auch im Rahmen der Grundfreiheitsprüfung Art 4 Abs 2 EUV zu beachten, mit dem Ergebnis, dass kompetenzgrenzenübergreifende Inkohärenzen nicht die Rechtswidrigkeit einer Grundfreiheitsbeschränkung zur Folge haben dürfen.

Gegen die hier vertretene Ansicht lässt sich auch nicht erfolgreich einwenden, dass den Mitgliedstaaten damit die Möglichkeit eröffnet ist, durch die Änderung ihrer Kompetenzverteilung rechtsmissbräuchlich die Grundfreiheiten zu umgehen.¹⁸⁸⁰ Eine Relativierung (auch) der Grundfreiheiten ist zu einem gewissen Ausmaß Zweck von Art 4 Abs 2 EUV; insofern ist eine Änderung der Kompetenzverteilung, die zu der hier angenommenen Relativierung der Grundfreiheiten in einem weiteren Bereich führt, nicht per se rechtsmissbräuchlich. Sofern aber eine Änderung der Kompetenzverteilung lediglich den Zweck hat, eine Grundfreiheit zu umgehen, wird sie bzw die durch sie bewirkte Rechtsetzungsvielfalt nicht Teil der nationalen bundesstaatlichen Identität, da die fragliche Verfassungsänderung wegen Verstoßes gegen die Grundfreiheiten iVm dem Loyalitätsgebot des Art 4 Abs 3 EUV selbst unionsrechtswidrig ist und daher nicht angewendet werden darf.¹⁸⁸¹

Weitere Argumente, die in der Literatur gegen eine Beachtung der aus der Kompetenzverteilung erwachsenden bundesstaatlichen Rechtsetzungsvielfalt im Rahmen der Kohärenzprüfung vorgebracht werden, lassen die Bedeutung von Art 4 Abs 2 EUV vollkommen außer Acht und können daher gegen die hier gemachte Überlegung nicht erfolgreich ins Treffen geführt werden.¹⁸⁸²

Das Argument, dass mit der hier angenommenen Relativierung der Kohärenzprüfung bundesstaatlich organisierte Mitgliedstaaten gegenüber Zentralstaaten bevorzugt würden, weil für ihre Rechtsordnungen geringere Kohärenzanforderungen gelten, trifft zu.¹⁸⁸³ Dies ist aber Konsequenz des Schutzes der jeweiligen nationalen Identität eines jeden Mitgliedstaates und kann insofern nicht bean-

1880 So *Philipp*, Systemgerechtigkeit 299 f.

1881 Vgl dazu oben bei 3.6.4.4.7 (= 127).

1882 *Philipp*, Systemgerechtigkeit 301 erwähnt die „grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen“ der Mitgliedstaaten mit einem Satz (bei FN 1077), verneint aber pauschal ihre „Nivellierung“ durch die Annahme der Zulässigkeit einer kompetenzgrenzenübergreifenden – also bundesstaatsblinden – Kohärenzprüfung; in der Quelle, die er dazu zitiert, werden hingegen Zweifel an der Vereinbarkeit mit Art 4 Abs 2 EUV geäußert; s *Fuchs*, Die Fälle Carmen Media und Winner Wetten, DeLuxe Europarecht aktuell, 01/2011 (abrufbar unter <https://www.rewi.europa-uni.de/de/lehrstuhl/or/europarecht/deluxe/archiv/Gl_cksspiel.pdf> [abgerufen am 16.08.2020]).

1883 So *Philipp*, Systemgerechtigkeit 300.

standet werden. Das Anknüpfen an den völkerrechtlichen Grundsatz, wonach innerstaatliches Recht – wie auch die föderale Kompetenzverteilung – nicht die Nichterfüllung völkerrechtlicher Pflichten rechtfertigen kann,¹⁸⁸⁴ ist hier unzulässig, da es mit Art 4 Abs 2 EUV eine besondere Regelung der Frage der Beachtlichkeit innerstaatlichen Rechts gibt.¹⁸⁸⁵ Auch das Argument, dass das Kohärenzprinzip bei einer Berücksichtigung der Bundesstaatlichkeit seinen „gleichheitsrechtlichen Schutzauftrag“¹⁸⁸⁶ nicht erfüllen könne,¹⁸⁸⁷ hinkt, wenn man, wie hier auch, den Gleichheitssatz durch die durch Art 4 Abs 2 EUV geschützte bundesstaatliche Rechtsetzungsvielfalt relativiert erachtet.

9.2.3.3 Beihilfenrecht und föderale Rechtsetzungsvielfalt

9.2.3.3.1 Unionales Beihilfenverbot als verdeckte Gleichheitsanforderung

9.2.3.3.1.1 Problemstellung

Art 107 AEUV verbietet die Gewährung bestimmter staatlicher oder aus staatlichen Mitteln gewährter Beihilfen, durch die der Wettbewerb verfälscht wird oder verfälscht werden könnte und die den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen. Ob die fraglichen Mittel von einem Zentralstaat, den Ländern bzw. dezentralen Hoheitsträgern oder staatlichen Untereinheiten wie bspw. Gemeinden stammen, ist für die Qualifikation als Beihilfe grundsätzlich irrelevant.¹⁸⁸⁸ Von den dezentralen Hoheitsträgern gewährte Förderungen oder landesrechtliche Steuerregelungen können also Beihilfen darstellen.

Eine Voraussetzung dafür, dass man von einer Beihilfe iSd Art 107 AEUV sprechen kann, ist, dass die Maßnahme „selektiv“ ist.¹⁸⁸⁹ Selektiv ist eine Maßnahme dann, wenn durch sie ein bestimmter Kreis an Unternehmen gegenüber anderen Unternehmen begünstigt wird, die sich in einer ähnlichen Situation befinden, ohne dass dies durch das Wesen und die Struktur der Maßnahme gerecht-

1884 Philipp, Systemgerechtigkeit 301 f.

1885 Die im Übrigen nichts daran ändert, dass im Fall einer rechtswidrigen Grundfreiheitsbeschränkung der Mitgliedstaat die Verantwortung dafür zu übernehmen hat; eine solche Verantwortlichkeit besteht aber eben nur, wenn überhaupt ein Verstoß gegen das Primärrecht vorliegt; aA anscheinend Philipp, Systemgerechtigkeit 300.

1886 Philipp, Systemgerechtigkeit 307.

1887 Philipp, Systemgerechtigkeit 307.

1888 EuGH 14.10.1987, Rs 248/84 (Deutschland/Kommission) ECLI:EU:C:1987:437 Rz 17.

1889 Zu den weiteren Voraussetzungen zB *Bär-Bouyssière* in Schwarze, Art 107 AEUV Rz 9 ff; *Kliemann* in von der Groeben/Schwarze/Hatje, Art 107 AEUV Rz 17 ff; *Cremer* in Calliess/Ruffert, Art 107 AEUV Rz 10 ff; *Rusche* in Kellerbauer/Klamert/Tomkin, Art 107 TFEU Rz 18 ff; *Nowak* in Geiger/Khan/Kotzur, Art 107 AEUV Rz 18 ff; *Jaeger*, Europarecht 345 ff mwN.

fertigt werden kann.¹⁸⁹⁰ Kommt eine staatliche Zuwendung unterschiedslos allen zugute, so liegt keine Beihilfe vor. Das Merkmal der Selektivität einer Maßnahme verlangt also nach einer Gleichheitsprüfung: Werden bestimmte Unternehmen gegenüber anderen Unternehmen begünstigt, die sich in einer ähnlichen Situation befinden – wird also Gleiches ungleich behandelt?¹⁸⁹¹ Selektivität liegt insb dann nicht vor, wenn gleiche Situationen gleich behandelt werden;¹⁸⁹² dieses Gleichbehandlungsgebot könnte möglicherweise ebenso wie andere Gleichbehandlungsgebote in Konflikt mit der bundesstaatlichen Rechtsetzungsvielfalt geraten.

Ein solcher Konflikt läge dann vor, wenn gerade die bundesstaatliche Rechtsetzungsvielfalt die Qualifikation einer staatlichen Maßnahme als selektive Maßnahme und damit Beihilfe beeinflussen könnte. Dabei ist vor allem die unterschiedliche Regelung ähnlicher Sachverhalte durch dezentrale Hoheitsträger von Bedeutung. Die Länder bzw dezentralen Hoheitsträger verfügen ja in der Sache über die gleichen Kompetenzen, die sie aber über jeweils andere Teile des Staatsgebiets und insofern territorial beschränkt ausüben.¹⁸⁹³ Das kann nun zB zur Folge haben, dass ein Land eine Förderung gewährt, die es für ähnliche Sachverhalte in anderen Bundesländern nicht gibt. Auch steuerliche Regelungen können von Land zu Land bzw je nach dezentralem Hoheitsträger und damit an territoriale Gesichtspunkte anknüpfend unterschiedlich ausgestaltet sein.

Die unterschiedliche Ausgestaltung von Förder- bzw Steuerregelungen durch verschiedene dezentrale Hoheitsträger könnte man nun insofern als problematisch erachten, als damit die unter das günstigste Regime fallenden Wirtschaftsteilnehmer gegenüber jenen begünstigt werden, die ihre Tätigkeit im Gebiet der anderen dezentralen Hoheitsträger ausüben.¹⁸⁹⁴ Inwiefern derartige territorial unterschiedliche Regelungen in einem Mitgliedstaat allein auf Grund ihrer territorialen Beschränktheit als selektiv – also als territorial selektiv¹⁸⁹⁵ – qualifiziert werden können, wird im Folgenden diskutiert.

1890 Dazu zB *Bartosch*, EU-Beihilfenrecht, Art 107 Abs 1 AEUV Rz 135 ff; *Kliemann* in von der Groeben/Schwarze/Hatje, Art 107 AEUV Rz 44 ff; *Rusche* in Kellerbauer/Klamert/Tomkin, Art 107 TFEU Rz 57 ff.

1891 Dem EuGH zufolge fällt die Prüfung der Frage, ob eine Maßnahme selektiv ist, „somit im Wesentlichen mit der Prüfung zusammen, ob die Maßnahme für diese Gruppe von Wirtschaftsteilnehmern in nicht diskriminierender Weise gilt“; EuGH 21.12.2016, Rs C-524/14 P (Kommission/Hansestadt Lübeck) ECLI:EU:C:2016:971 Rz 53.

1892 Weiters auch dann nicht, wenn eine prima facie selektive Maßnahme durch „die Natur und den Aufbau des fraglichen Systems“ belastender Maßnahmen gerechtfertigt ist; zB EuGH 08.09.2011, Rs C-279/08 P (Niederlande/Kommission) ECLI:EU:C:2011:551 Rz 62 mwN; s auch *Bartosch*, EU-Beihilfenrecht, Art 107 Abs 1 AEUV Rz 135 ff.

1893 Dies gilt mit Blick auf Belgien wiederum nur jeweils innerhalb einer Kategorie (Regionen oder Gemeinschaften) von Hoheitsträgern.

1894 Gibt es mehrere Abstufungen der Günstigkeit, so wäre potentiell jede Maßnahme bis auf die „ungünstigste“, also jene, die Unternehmen am meisten belastet, eine Beihilfe.

1895 Dazu zB *Bartosch* in Szysczak, Handbook 176 ff.

9.2.3.3.1.2 Frage nach dem maßgeblichen „Bezugsrahmen“

In Frage steht also, ob die Beschränkung der Reichweite einer begünstigenden Maßnahme auf einen Teil des Staatsgebiets diese zu einer – territorial – selektiven Maßnahme macht. Dies könnte man bejahen, wenn man die Maßnahme mit der Rechtslage in den anderen Teilen des Staatsgebiets vergleicht: Wenn lediglich in Bayern eine Förderung gewährt wird, dann werden damit die in Bayern tätigen Unternehmen im Vergleich zu den in anderen Bundesländern tätigen Unternehmen begünstigt, obwohl sich die in den anderen Bundesländern tätigen Unternehmen *prima facie* in einer ähnlichen Situation befinden. Ein solcher Vergleich liegt nahe, wenn die Maßnahme, die nur bayerische Unternehmen begünstigt, vom Bundesgesetzgeber erlassen wird.¹⁸⁹⁶

Möglicherweise ist dies aber anders zu beurteilen, wenn die Maßnahme vom bayerischen Landesgesetzgeber erlassen wird: Hier könnte man mit Verweis darauf, dass der bayerische Landesgesetzgeber nur über eine territorial beschränkte Regelungshoheit verfügt, davon ausgehen, dass ein Vergleich von Unternehmen, die der Regelungshoheit Bayerns unterfallen, mit solchen, die der Regelungshoheit eines anderen Bundeslands unterliegen, im Rahmen der Selektivitätsprüfung unzulässig ist.¹⁸⁹⁷ Zu prüfen wäre dann lediglich, ob die bayerische Maßnahme bestimmte in Bayern tätige Unternehmen gegenüber anderen in Bayern tätigen Unternehmen begünstigt.

Es ist daher – wie auch bei anderen Gleichheitsproblemen – für die Beurteilung des Vorliegens von (territorialer) Selektivität von maßgeblicher Bedeutung, in welchem Rahmen man die Selektivitäts- bzw Gleichheitsprüfung durchführt. Beschränkt man die Selektivitätsprüfung auf einen Teil des Staatsgebiets, so fällt das Argument, eine Maßnahme sei selektiv, weil sie nicht alle Unternehmer innerhalb des Staatsgebiets gleichbehandle, weg.

Gleich hier sei aber darauf hingewiesen, dass die Veränderung des Bezugsrahmens für die Selektivitätsprüfung nicht die einzige Möglichkeit ist, um das Kriterium der Selektivität in Einklang mit der bundesstaatlichen Rechtsetzungsvielfalt zu bringen. Wie bereits an mehreren Stellen in dieser Untersuchung argumentiert, kann die bundesstaatliche Rechtsetzungsvielfalt auch als Rechtfertigung einer *prima facie* rechtswidrigen Ungleichbehandlung dienen. Darauf wird weiter unten noch eingegangen.¹⁸⁹⁸

Zunächst soll aber die Rsp des EuGH dargestellt werden. Dieser war nämlich bereits in einigen Fällen mit der Frage befasst, ob Maßnahmen auf Grund dessen, dass sie nur in einem Teil des Gebiets eines Mitgliedstaates zur Anwendung

1896 Vgl etwa EuGH 19.09.2000, Rs C-156/98 (Deutschland/Kommission) ECLI:EU:C:2000:467 insb bei Rz 23.

1897 Oder: durch das bundesstaatliche System gerechtfertigt; dazu noch unten bei 9.2.3.3.7 (= 434).

1898 Unten bei 9.2.3.3.7 (= 434).

kommen, als territorial selektiv qualifiziert werden können. Die relevanten Entscheidungen werden im Folgenden kurz erörtert.

9.2.3.3.2 *Territoriale Selektivität in der Rsp des EuGH*

Zunächst geht der EuGH in einigen Entscheidungen davon aus, dass Maßnahmen eines Mitgliedstaates, die nur in einem Teilgebiet des Staates begünstigende Wirkung haben, territorial selektive Beihilfen sein können.¹⁸⁹⁹ Dabei weist der EuGH zutreffend darauf hin, dass sich das schon aus den primärrechtlich vorgesehenen Rechtfertigungsgründen für Beihilfen ergibt, denen zufolge Beihilfen zur Förderung bestimmter Gebiete als mit dem Binnenmarkt vereinbar erklärt werden können¹⁹⁰⁰ – daraus lässt sich schließen, dass auf ein bestimmtes Gebiet beschränkte Maßnahmen grundsätzlich als rechtfertigungsbedürftige Beihilfen qualifiziert werden können. In den gerade¹⁹⁰¹ angeführten, vom EuGH entschiedenen Fällen wurden die territorial selektiven Maßnahmen vom zentralen Hoheitsträger erlassen, der für das gesamte Staatsgebiet wirksame Rechtsakte setzen kann, in den konkreten Fällen aber nur Teile seines Staatsgebietes begünstigte.

Der EuGH war aber auch schon mit Konstellationen befasst, in denen in Frage stand, ob von dezentralen Hoheitsträgern mit territorial beschränkten Befugnissen gesetzte Maßnahmen als territorial selektiv beurteilt werden können. In der Rs *Portugal/Kommission*¹⁹⁰² zB hatte der EuGH die Rechtmäßigkeit einer Beihilfeentscheidung der Kommission zu beurteilen. In ihrer Entscheidung war die Kommission davon ausgegangen, dass eine Senkung der Körperschafts- und Einkommensteuer, die lediglich für auf den Azoren ansässige Unternehmen galt, eine selektive Maßnahme darstellte.¹⁹⁰³ Die Rechtslage war so gestaltet, dass der zentrale portugiesische Gesetzgeber für beide Steuerarten einen einheitlichen Steuersatz vorsah, gleichzeitig aber den autonomen Regionen das Recht einräumte, für ihr jeweiliges Gebiet Senkungen dieses Steuersatzes anzuordnen. Von dieser Befugnis zur Steuersenkung hatte die autonome Region der Azoren Gebrauch gemacht.

Hinsichtlich der Selektivität dieser Steuersenkung weist der EuGH zunächst darauf hin, dass es gerade bei fiskalischen Maßnahmen – Steuererleichterungen – besonders bedeutsam sei, den fraglichen Bezugsrahmen und damit den maß-

1899 EuGH 19.09.2000, Rs C-156/98 (Deutschland/Kommission) ECLI:EU:C:2000:467 insb bei Rz 23; EuGH 09.06.2011, verb Rs C-71/09 P ua (Presidente del Consiglio dei Ministri) ECLI:EU:C:2011:368 Rz 96.

1900 Nach der geltenden Rechtslage normiert in Art 107 Abs 3 lit a AEUV, vgl auch Art 107 Abs 2 lit c AEUV.

1901 In FN 1899.

1902 EuGH 06.09.2006, Rs C-88/03 (Portugal/Kommission) ECLI:EU:C:2006:511. Vgl dazu auch *Clouts*, Identity 246.

1903 EuGH 06.09.2006, Rs C-88/03 (Portugal/Kommission) ECLI:EU:C:2006:511 Rz 15 ff zur angefochtenen Entscheidung.

geblichen Normalsteuersatz zu ermitteln, da eine Steuererleichterung nur durch eine Abweichung vom Normalsteuersatz feststellbar sei.¹⁹⁰⁴ Nach dem EuGH ist der „normale Steuersatz [...] der Satz, der in dem geografischen Gebiet gilt, das den Bezugsrahmen bildet“¹⁹⁰⁵. Dieser Bezugsrahmen muss aber dem EuGH zufolge „nicht zwangsläufig in den Grenzen des Staatsgebiets des betreffenden Mitgliedstaats festgelegt werden, so dass eine Maßnahme, die nur für einen Teil des Staatsgebiets eine Vergünstigung gewährt, nicht schon deshalb selektiv“¹⁹⁰⁶ ist.

In den weiteren Passagen des Urteils erörtert der EuGH die Voraussetzungen dafür, dass der Bezugsrahmen in einer Konstellation wie der von ihm zu beurteilenden auf einen Teil des Staatsgebiets beschränkt werden kann. Der EuGH verlangt dafür danach, dass jener Hoheitsträger, der die begünstigende Maßnahme für sein Hoheitsgebiet erlässt, in diesem über vom Zentralstaat autonome Befugnisse verfügt und somit in der Lage ist, „eine grundlegende Rolle bei der Festlegung des politischen und wirtschaftlichen Umfelds“¹⁹⁰⁷ zu spielen, in dem die fraglichen Unternehmen tätig sind. Der EuGH konkretisierte diese Anforderungen näher und verlangte danach, dass dem Hoheitsträger auf verfassungsrechtlicher Ebene ein eigener politischer und administrativer Status eingeräumt sein muss (verfassungsrechtlich-institutionelle Autonomie), dass die Zentralregierung keine Möglichkeit haben durfte, die begünstigende Maßnahme zu beeinflussen (verfahrensrechtliche Autonomie) und dass die wirtschaftlichen Folgen der begünstigenden Maßnahme vom fraglichen Hoheitsträger selbst getragen werden (finanzielle Autonomie).¹⁹⁰⁸ Im Ergebnis verneinte der EuGH in der Rs *Portugal/Kommission* die Möglichkeit der Beschränkung des Bezugsrahmens auf das Gebiet der Azoren, da keine ausreichende finanzielle Autonomie der Region vorlag.¹⁹⁰⁹

Ähnlich war die Konstellation, die der EuGH in der Rs *UGT-Rioja*¹⁹¹⁰ zu beurteilen hatte. Hier war zu beurteilen, ob eine Senkung der (Körperschafts-)Steuer, die nur in einem Teil des spanischen Staatsgebietes wirksam war, eine territorial selektive Beihilfe darstellte. Die räumliche Beschränkung der Steuersenkung ergab sich auch in diesem Fall aus der räumlichen Beschränkung des Hoheitsgebietes jener Hoheitsträger,¹⁹¹¹ die die Steuersenkung beschlossen hatten.

1904 EuGH 06.09.2006, Rs C-88/03 (Portugal/Kommission) ECLI:EU:C:2006:511 Rz 56.

1905 EuGH 06.09.2006, Rs C-88/03 (Portugal/Kommission) ECLI:EU:C:2006:511 Rz 56.

1906 EuGH 06.09.2006, Rs C-88/03 (Portugal/Kommission) ECLI:EU:C:2006:511 Rz 57.

1907 EuGH 06.09.2006, Rs C-88/03 (Portugal/Kommission) ECLI:EU:C:2006:511 Rz 58.

1908 EuGH 06.09.2006, Rs C-88/03 (Portugal/Kommission) ECLI:EU:C:2006:511 Rz 67 f.

1909 EuGH 06.09.2006, Rs C-88/03 (Portugal/Kommission) ECLI:EU:C:2006:511 Rz 77 ff.

1910 EuGH 11.09.2008, verb Rs C-428/06 bis C-434/06 (UGT-Rioja) ECLI:EU:C:2008:488.

1911 Wobei im Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH nicht abschließend geklärt werden konnte, ob die Steuersenkung der autonomen Gemeinschaft des Baskenlandes oder aber drei Untereinheiten dieser autonomen Region zuzurechnen war; im Ergebnis beurteilte der EuGH das Vorliegen von

In seiner Beurteilung wiederholte der EuGH zunächst, dass der Bezugsrahmen für die Beurteilung der Selektivität einer steuerlichen Maßnahme nicht zwingend das gesamte Staatsgebiet des fraglichen Mitgliedstaates erfassen muss, wenn die fragliche Maßnahme von einem ausreichend autonomen Hoheitsträger mit territorial beschränktem Hoheitsgebiet erlassen wurde.¹⁹¹² In weiterer Folge prüfte der Gerichtshof, ob diese Voraussetzungen auf den zu beurteilenden Fall zutrafen und konkretisierte dabei die einzelnen Formen der Autonomie.

Hinsichtlich der verfahrensrechtlichen Autonomie führte der EuGH aus, dass diese nicht bereits dadurch beeinträchtigt werde, dass es vor bzw im Rahmen der Erlassung von Rechtsakten zu einem Abstimmungsverfahren zwischen dem dezentralen Hoheitsträger und der Zentralregierung kommt, soweit die Letztentscheidung vom dezentralen Hoheitsträger getroffen wird.¹⁹¹³ Auch Pflichten zur materiellen Berücksichtigung zentralstaatlicher Interessen wie etwa dem wirtschaftlichen Gleichgewicht im Gesamtstaat ändern dem Gerichtshof zufolge nichts an der verfahrensrechtlichen Autonomie eines dezentralen Hoheitsträgers.¹⁹¹⁴

Auf das Kriterium der finanziellen Autonomie Bezug nehmend untersuchte der EuGH die Bedeutung der spanischen Finanzausgleichsmechanismen. Diesbezüglich kam er zu dem Ergebnis, dass allein die Tatsache, dass es Transferzahlungen zwischen dem zentralen und dem dezentralen Hoheitsträger gibt, nicht automatisch ausschließt, dass der dezentrale Hoheitsträger als finanziell autonom qualifiziert werden könne, da diese Transferzahlungen nicht zwingend mit der vom dezentralen Hoheitsträger gewährten Begünstigung in Zusammenhang stehen müssen.¹⁹¹⁵ Die Beurteilung des Vorliegens der von ihm aufgestellten Kriterien überließ der EuGH dem nationalen vorlegenden Gericht.¹⁹¹⁶

Dass der Bezugsrahmen für die Beurteilung des Vorliegens von Selektivität auf das Hoheitsgebiet der fraglichen Gebietskörperschaft beschränkt werden kann, bestätigte der EuGH erneut in der *Rs Regione Sardegna*.¹⁹¹⁷ Ohne dies im Detail zu prüfen,¹⁹¹⁸ bejahte der EuGH dort die ausreichende Autonomie der italienischen Region Sardinien, wies aber zugleich darauf hin, dass eine Regelung auch

ausreichender Autonomie dieser Hoheitsträger gemeinsam; vgl. EuGH 11.09.2008, verb. Rs C-428/06 bis C-434/06 (UGT-Rioja) ECLI:EU:C:2008:488 Rz 61 ff.

1912 EuGH 11.09.2008, verb. Rs C-428/06 bis C-434/06 (UGT-Rioja) ECLI:EU:C:2008:488 Rz 47 f, 51.

1913 EuGH 11.09.2008, verb. Rs C-428/06 bis C-434/06 (UGT-Rioja) ECLI:EU:C:2008:488 Rz 96.

1914 EuGH 11.09.2008, verb. Rs C-428/06 bis C-434/06 (UGT-Rioja) ECLI:EU:C:2008:488 Rz 102 f.

1915 EuGH 11.09.2008, verb. Rs C-428/06 bis C-434/06 (UGT-Rioja) ECLI:EU:C:2008:488 Rz 135.

1916 EuGH 11.09.2008, verb. Rs C-428/06 bis C-434/06 (UGT-Rioja) ECLI:EU:C:2008:488 Rz 144.

1917 EuGH 17.11.2009, Rs C-169/08 (Regione Sardegna) ECLI:EU:C:2009:709 Rz 60 f.

1918 Wohl auch deswegen, weil es im Ergebnis nicht entscheidungserheblich gewesen wäre, da selbst innerhalb des beschränkten Bezugsrahmens eine selektive Regelung vorlag, die zwischen Unternehmen bzw Personen unterschied, die eine Tätigkeit in Sardinien ausüben, ohne dort ihren Sitz zu haben, und solchen, die ihren (Wohn-)Sitz in Sardinien hatten; vgl. EuGH 17.11.2009, Rs C-169/08 (Regione Sardegna) ECLI:EU:C:2009:709 Rz 62.

innerhalb des beschränkten territorialen Bezugsrahmens nicht selektiv sein darf.¹⁹¹⁹

9.2.3.3.3 Würdigung der Rsp

Der EuGH unterscheidet in seiner Rsp zwischen drei Konstellationen:¹⁹²⁰ Erstens jener, in der ein Hoheitsträger, der die Befugnis hat, für das gesamte Staatsgebiet verbindliche Rechtsakte zu erlassen, einen Rechtsakt erlässt, der nur Unternehmen eines Teilgebiets begünstigt. In diesem Fall dient das gesamte Staatsgebiet als Bezugsrahmen und die Maßnahme ist (territorial) selektiv. Aus der Qualifikation als selektiv folgt nicht zwingend die Qualifikation als rechtswidrige Beihilfe, da es auch für Beihilfen Rechtfertigungsmöglichkeiten gibt.

Zweitens spricht der EuGH in der Rs *Portugal/Kommission* auch die Konstellation an, dass die dezentralen Hoheitsträger befugt sind, im Rahmen ihrer Kompetenzen für ihr Hoheitsgebiet einen Steuersatz frei festzusetzen, ohne dass es einen auf nationaler Ebene geltenden „Normalsteuersatz“ gibt, von dem lediglich abgewichen wird.¹⁹²¹ In dieser Konstellation könne mangels Normalsteuersatzes – und damit auch mangels Vergleichsmaßstabes – nicht davon ausgegangen werden, dass die Maßnahmen der dezentralen Einheiten selektiv seien.¹⁹²² Diese zweite Konstellation entspricht dem Regelfall der Verwirklichung föderaler Rechtsetzungsvielfalt durch die Länder bzw dezentralen Hoheitsträger im Bundesstaat.¹⁹²³

Drittens nannte der EuGH die Konstellation, mit der er tatsächlich befasst war, nämlich die Senkung eines nationalen Steuersatzes durch einen dezentralen Hoheitsträger in seinem Hoheitsgebiet.¹⁹²⁴ Für die Beurteilung des maßgeblichen Bezugsrahmens in dieser Konstellation etablierte der EuGH den oben erwähnten Autonomietest.

Im Lichte der bundesstaatlichen Rechtsetzungsvielfalt sind va die zweite und dritte Konstellation von Relevanz. Diesen beiden Konstellationen ist gemeinsam, dass in beiden Fällen allen dezentralen Einheiten Hoheitsbefugnisse über ihr jeweiliges Hoheitsgebiet zukommen, die diese in unterschiedlicher Weise ausüben dürfen. Der wesentliche Unterschied zwischen diesen beiden Konstellationen besteht darin, dass dem EuGH zufolge in der zweiten Konstellation ein einheitlicher, nationaler Steuersatz für die Beurteilung der Selektivität fehlt, während ein solcher in der dritten Konstellation vorliegt. Nur in dem Fall, dass ein ein-

1919 EuGH 17.11.2009, Rs C-169/08 (Regione Sardegna) ECLI:EU:C:2009:709 Rz 61.

1920 Dazu auch *Bär-Bouyssière* in Schwarze, Art 107 AEUV Rz 13 (1538).

1921 EuGH 06.09.2006, Rs C-88/03 (Portugal/Kommission) ECLI:EU:C:2006:511 Rz 64.

1922 EuGH 06.09.2006, Rs C-88/03 (Portugal/Kommission) ECLI:EU:C:2006:511 Rz 64.

1923 Zur Frage, inwiefern die vom EuGH entwickelten Grundsätze auf Bundesstaaten übertragen werden können, s gleich unten bei 9.2.3.3.4 (= 428).

1924 EuGH 06.09.2006, Rs C-88/03 (Portugal/Kommission) ECLI:EU:C:2006:511 Rz 65.

heitlicher Steuersatz vorliegt, verlangt der EuGH explizit nach einer besonderen Qualifikation – nämlich der Autonomie der dezentralen Einheiten –, um den Bezugsrahmen bei der Selektivitätsprüfung auf das Teilgebiet zu beschränken.

Diese Unterscheidung und die daraus folgende Reihenfolge der Prüfungsschritte zur Beurteilung der Frage, ob eine territorial unterschiedlich ausgestaltete Maßnahme als selektiv zu qualifizieren ist, ist allerdings nicht nachvollziehbar. Denn theoretisch besteht immer die Möglichkeit der Herstellung eines fiktiven nationalen Steuersatzes als Vergleichsmaßstab. Wenn lediglich ein einziges Land eine Abgabe einführt, so könnte man daraus schließen, dass die Rechtslage in allen anderen Ländern günstiger ist und daher jeweils eine territorial selektive Beihilfe darstellt. Es mag zwar stimmen, dass die Ermittlung des Vergleichsmaßstabs schwieriger ist, wenn es keinen einheitlichen nationalen Steuersatz gibt, der in weiterer Folge als nationaler Bezugsrahmen dienen kann. Allerdings kann die Frage, inwieweit der Bezugsrahmen territorial beschränkt werden darf, nicht davon abhängig gemacht werden, ob es „einfach“ ist, einen solchen Bezugsrahmen herzustellen. Anders formuliert: Ob es zulässig sein soll, einen nationalen Bezugsrahmen herzustellen, ist die Frage, die der EuGH klären möchte.¹⁹²⁵ Das (Nicht-)Vorliegen eines nationalen Steuersatzes, der in weiterer Folge als Bezugsrahmen dienen könnte, kann dann aber nicht Ausgangspunkt der Beurteilung dieser Frage sein.

Die vom EuGH vorgenommene Unterscheidung zwischen der zweiten und dritten Konstellation ist somit vernachlässigbar.¹⁹²⁶ Die Rsp des EuGH kann sinnvollerweise nur so verstanden werden, dass dann, wenn dezentrale Hoheits-träger Rechtsakte erlassen, der Bezugsrahmen für die Beurteilung der Selektivität dann auf das Hoheitsgebiet des fraglichen Hoheitsträgers beschränkt werden kann, wenn dieser Hoheitsträger bei der Erlassung des Rechtsaktes autonom agiert hat. Dabei ist auf die vom EuGH entwickelten Autonomiekriterien zurückzugreifen.

9.2.3.3.4 Übertragbarkeit der Rsp auf Bundesstaaten?

Die Rsp des EuGH zur territorialen Selektivität und der Beschränkung des geographischen Bezugsrahmens für die Selektivitätsprüfung bei ausreichender Autonomie scheint in Einklang mit der aus Art 4 Abs 2 EUV erwachsenden Pflicht zu stehen, nach der die Organe der EU ua auch die föderale Rechtsetzungsvielfalt ihrer bundesstaatlichen Mitgliedstaaten zu achten haben. Durch die Nichtan-

1925 Da dies Voraussetzung für die Beurteilung dessen ist, ob eine unionsrechtlich relevante Beihilfe vorliegt oder nicht.

1926 Vgl auch EuGH 17.11.2009, Rs C-169/08 (Regione Sardegna) ECLI:EU:C:2009:709 60 f, wo es ebenfalls keinen in einem nationalen Rechtsakt festgesetzten einheitlichen Steuersatz gab, von dem abgewichen wurde.

nahme des Vorliegens territorialer Selektivität bei bestimmten von dezentralen Hoheitsträgern gesetzten begünstigenden Maßnahmen vermeidet es der EuGH nämlich, die Rechtsetzungsvielfalt durch das Beihilfenrecht einzuschränken. Allerdings hat sich der EuGH in seiner Rsp dazu nicht mit Bundesstaaten auseinandergesetzt. In den fraglichen Entscheidungen ging es nämlich jeweils um andere Formen der föderalen Organisation eines Staates.

Dass die vom EuGH aufgestellten Grundsätze sich auch auf Bundesstaaten übertragen lassen, lässt sich aber leicht begründen. Denn der EuGH hatte sich in den relevanten Entscheidungen zwar nicht mit bundesstaatlichen Strukturen befasst. Allerdings waren seine Ausführungen in beiden Entscheidungen allgemein genug, um problemlos auch auf Bundesstaaten übertragen werden zu können. Insb waren die spezifischen Asymmetrien des portugiesischen und spanischen Föderalismus für den EuGH jeweils nicht entscheidungserheblich. Der EuGH stellte lediglich darauf ab, dass es einen zentralen Hoheitsträger und mehrere dezentrale Hoheitsträger gibt, wobei der Hoheitsbereich der dezentralen Hoheitsträger (auch) nach territorialen Gesichtspunkten voneinander abgegrenzt wird. Diese allgemeine Charakterisierung trifft auch auf Bundesstaaten zu.

Es kann daher grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass der EuGH in Fällen mit Bundesstaatsbezug, in denen die territoriale Selektivität von Rechtsakten der Länder bzw der dezentralen Einheiten in Frage steht, die von ihm in den Rs *Portugal/Kommission* und *UGT-Rioja* entwickelten Grundsätze anwenden würde.

9.2.3.3.5 Übertragbarkeit der Rsp auf nichtsteuerliche Maßnahmen?

Bevor untersucht werden kann, ob die Übertragung der Grundsätze der Rsp des EuGH zur territorialen Selektivität auf Bundesstaaten zu mit Art 4 Abs 2 EUV vereinbaren Ergebnissen führt, kann auch noch gefragt werden, ob der Anwendungsbereich dieser Grundsätze möglicherweise auf steuerliche Maßnahmen beschränkt sein sollte. Der EuGH hatte sich nämlich in den fraglichen Entscheidungen nur mit steuerlichen Maßnahmen auseinanderzusetzen. Inwiefern die vom Gerichtshof aufgestellten Grundsätze auch auf Maßnahmen übertragen werden können, bei denen es sich nicht um steuerliche Begünstigungen handelt, ist daher zu erörtern.

Die wesentliche Frage der oben dargestellten Entscheidungen war, in welchen Fällen der Bezugsrahmen für die Vornahme einer Selektivitätsprüfung abweichend vom Normalfall, in dem das ganze Staatsgebiet eines Mitgliedstaats den Bezugsrahmen darstellt, auf einen Teil des Staatsgebiets beschränkt werden kann. Der Bezugsrahmen ist deswegen von Bedeutung, weil nur innerhalb dieses Bezugsrahmens nach Regelungen gesucht werden darf, die mit der möglicherweise begünstigenden Maßnahme verglichen werden und so ihre Selektivität begründen

können. Der EuGH geht davon aus, dass diesem Bezugsrahmen im Zusammenhang mit steuerlichen Maßnahmen eine besondere Bedeutung zukommt, denn „das tatsächliche Vorliegen einer Vergünstigung [kann] nur in Bezug auf eine so genannte ‚normale‘ Besteuerung festgestellt werden“¹⁹²⁷. Als Normalsteuersatz definiert der EuGH dann jenen Steuersatz, der innerhalb des Gebietes gilt, das den Bezugsrahmen bildet.¹⁹²⁸

Tatsächlich hat aber die Frage des maßgeblichen geographischen Bezugsrahmens in allen Konstellationen Bedeutung, in denen die Selektivität einer Maßnahme mit ihrer Beschränkung auf ein bestimmtes Gebiet begründet werden soll. Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass es sich bei der Selektivitätsprüfung um eine Gleichheitsprüfung handelt. Daher ist es, wie bei allen Formen der Gleichheitsprüfung, von Bedeutung, ob man den Kreis der möglichen Vergleichsgegenstände auf ein bestimmtes, geographisches Gebiet beschränkt. Dies lässt sich auch an einem Beispiel verdeutlichen:

Sieht eine Regelung des Landes Bayern vor, dass bestimmte bayerische Unternehmen gefördert werden sollen, so lässt sich fragen, ob diese dadurch gegenüber anderen bayerischen Unternehmen begünstigt werden, die sich in einer ähnlichen Situation befinden. Ebenso ließe sich fragen, ob die fraglichen Unternehmen gegenüber anderen Unternehmen aus anderen Bundesländern begünstigt werden, die sich in einer ähnlichen Situation befinden. In beiden Fällen läge bejahendenfalls eine selektive Maßnahme vor. Werden aber durch eine bayerische Maßnahme alle bayerischen Unternehmen gefördert, die sich in einer ähnlichen Situation befinden, so liegt bei einer Binnenbetrachtung, bei der der Bezugsrahmen lediglich Bayern ist, keine selektive Maßnahme vor. Geht man davon aus, dass der Bezugsrahmen das gesamte Staatsgebiet ist, so liegt eine territorial selektive Maßnahme vor, also eine Maßnahme, die Unternehmen nach territorialen Gesichtspunkten unterscheidet und einige davon begünstigt.

Die Ermittlung des Bezugsrahmens – mit anderen Worten: des relevanten Vergleichsgebietes – ist damit nicht nur bei steuerlichen Begünstigungen von Relevanz, sondern ebenso bei allen sonstigen Maßnahmen, die eine Begünstigung darstellen, wie zB klassische Fördermaßnahmen.¹⁹²⁹

Die Frage nach dem maßgeblichen territorialen Bezugsrahmen bei potentiellen Beihilfemaßnahmen, die von einem dezentralen Hoheitsträger erlassen werden, stellt sich also nicht nur bei steuerlichen Maßnahmen. Außerdem sind nach der hier vertretenen Ansicht keine Gründe ersichtlich, warum diese Frage im

1927 EuGH 06.09.2006, Rs C-88/03 (Portugal/Kommission) ECLI:EU:C:2006:511 Rz 56.

1928 EuGH 06.09.2006, Rs C-88/03 (Portugal/Kommission) ECLI:EU:C:2006:511 Rz 56.

1929 So inzwischen auch der EuGH; EuGH 21.12.2016, Rs C-524/14 P (Kommission/Hansestadt Lübeck) ECLI:EU:C:2016:971 Rz 55.

Zusammenhang mit steuerlichen Maßnahmen anders beurteilt werden sollte als bei nicht-steuerlichen Maßnahmen.¹⁹³⁰

Im Ergebnis spricht daher viel dafür, die vom EuGH in den *Rs Portugal/Kommission* und *UGT-Rioja* aufgestellten Grundsätze über die Beschränkung des territorialen Bezugsrahmens für die Selektivitätsprüfung bei von dezentralen Hoheitsträgern erlassenen steuerlichen Maßnahmen auch auf den Bereich der nichtsteuerlichen Maßnahmen zu übertragen. Dem entspricht auch die jüngere Rsp des EuGH.¹⁹³¹

9.2.3.3.6 Übertragung der Rsp auf bundesstaatliche Rechtsetzungsvielfalt in Österreich, Deutschland und Belgien

Im Folgenden wird untersucht, ob die deutschen und österreichischen Länder sowie die belgischen dezentralen Hoheitsträger bei der Ausübung ihrer Kompetenzen als „autonom“ iSd oben diskutierten Rsp des EuGH qualifiziert werden können. Dazu müssten diese Hoheitsträger über verfassungsrechtlich-institutionelle, verfahrensrechtliche und finanzielle Autonomie verfügen.

Sowohl die deutschen als auch die österreichischen Länder verfügen über die vom EuGH geforderte verfassungsrechtlich-institutionelle Autonomie, da ihre eigenständige Rechtsstellung in den jeweiligen Verfassungen sichergestellt wird. Dass Österreich bzw Deutschland jeweils in Länder gegliedert sind, unterliegt dem stärksten Schutz der jeweiligen Verfassungsrechtsordnung.¹⁹³² Die belgischen dezentralen Hoheitsträger genießen ebenfalls den Schutz des belgischen Verfassungsrechts; ihre Existenz wird in den Art 2 ff BV abgesichert.¹⁹³³ Insofern besteht auch hinsichtlich der belgischen Regionen und Gemeinschaften die vom EuGH geforderte verfassungsrechtlich-institutionelle Autonomie.

Bei der verfahrensrechtlichen Autonomie ist die Beurteilung etwas komplizierter. Der EuGH legt den Begriff der verfahrensrechtlichen Autonomie in der *Rs UGT-Rioja* weit aus; insofern kann hinsichtlich der deutschen Länder davon ausgegangen werden, dass die Letztentscheidungsbefugnis über ihre Rechtsakte bei diesen liegt (und nicht etwa beim Bund) und dass die deutschen Länder insofern auch über ausreichende verfahrensrechtliche Autonomie verfügen.¹⁹³⁴

1930 So auch *Bartosch*, EU-Beihilfenrecht, Art 107 Abs 1 AEUV Rz 156 ff; vgl EuGH 21.12.2016, Rs C-524/14 P (Kommission/Hansestadt Lübeck) ECLI:EU:C:2016:971 Rz 55.

1931 EuGH 21.12.2016, Rs C-524/14 P (Kommission/Hansestadt Lübeck) ECLI:EU:C:2016:971 Rz 55.

1932 Siehe dazu schon oben bei 5.2 (= 188, Österreich) bzw 6.2.2 (= 274, Deutschland).

1933 Vgl dazu oben bei 7.2 (= 335).

1934 Zweifel könnte man hinsichtlich der deutschen Länder uU auf Grund von Art 28 Abs 3 GG haben; allerdings betrifft diese Bestimmung nur Extremfälle, in denen grobe Verstöße gegen die grundgesetzlichen Grundrechte bzw das Homogenitätsgebot des Art 28 Abs 1 oder das Recht der Gemeinden auf Selbstverwaltung iSd Art 28 Abs 2 GG vorliegen. Art 28 Abs 3 GG kann daher nicht so verstanden werden, dass den Ländern im Regelfall nicht die Letztentscheidungsbefugnis über die von ihnen gesetzten Rechtsakte zukommt. Außer Acht gelassen werden kann hier

In Österreich ist das möglicherweise anders zu beurteilen. Denn erstens ist in Art 97 Abs 2 B-VG angeordnet, dass Landesgesetze, die in der Vollziehung die Mitwirkung von Bundesorganen vorsehen, der Zustimmung der Bundesregierung bedürfen. Bei derartigen Landesgesetzen liegt also die Entscheidung über die Erlassung nicht ausschließlich beim jeweiligen Land. Allerdings ist zuzugestehen, dass es nur wenige beihilferechtsrelevante Länderregelungen geben wird, bei denen notwendigerweise eine Mitwirkung von Bundesorganen vorzusehen ist. Insofern ist Art 97 Abs 2 B-VG von vernachlässigbarer Relevanz für das Vorliegen von verfahrensrechtlicher Autonomie iSd Rsp des EuGH.

Zweitens ist das in § 9 F-VG geregelte Vermittlungsverfahren zu erwähnen. Nach § 9 Abs 1 F-VG haben die Länder Gesetzesbeschlüsse ihrer Landtage, die Landesabgaben zum Gegenstand haben, vor ihrer Kundmachung dem Bundeskanzleramt bekanntzugeben; die Bundesregierung kann nach § 9 Abs 2 F-VG binnen acht Wochen wegen Gefährdung von Bundesinteressen Einspruch gegen einen derartigen Gesetzesbeschluss erheben. Der Einspruch der Bundesregierung kann ein Vermittlungsverfahren auslösen, an dessen Ende eine verbindliche Entscheidung steht. Entscheidet der Vermittlungsausschuss, dass der Einspruch der Bundesregierung aufrechterhalten wird, so darf der Gesetzesbeschluss nicht kundgemacht werden (§ 9 Abs 10 F-VG). Der Vermittlungsausschuss setzt sich zur gleichen Zahl aus Vertreterinnen und Vertretern von Nationalrat und Bundesrat zusammen. Der Bundesrat hat zwar im (Bundes-)Gesetzgebungsverfahren die Funktion, die Interessen der Länder zu wahren; formell ist er aber ebenso wie der Nationalrat ein Bundesorgan.¹⁹³⁵ Auch ein Vermittlungsausschuss, der sich aus Vertreterinnen und Vertretern dieser beiden Organe zusammensetzt, um über die Aufrechterhaltung eines Einspruchs eines Bundesorgans zu entscheiden, ist daher als Bundesorgan¹⁹³⁶ zu qualifizieren. Somit kommt auch in diesem Fall dem jeweiligen Land nicht die Letztentscheidungsbefugnis über die Erlassung eines Landesgesetzes zu.¹⁹³⁷

Sieht man also das Erfordernis der verfahrensrechtlichen Autonomie nur dann als erfüllt an, wenn das Land in jedem Fall befugt ist, selbstständig zu entschei-

auch Art 32 Abs 3 GG, wonach die Länder nur mit Zustimmung des Bundes völkerrechtliche Verträge schließen dürfen. Während ein völkerrechtlicher Vertrag nämlich die Grundlage für einen einheitlichen nationalen Bezugsrahmen darstellen mag, wird er idR nicht (allein und unmittelbar anwendbar) die davon abweichende begünstigende Maßnahme darstellen.

1935 Man könnte den Bundesrat insb bei der Bundesverfassungsgesetzgebung auch als Gesamtstaatsorgan qualifizieren; jedenfalls ist er aber nicht als „Länderorgan“ zu qualifizieren.

1936 Oder Gesamtstaatsorgan – jedenfalls aber nicht als „Länderorgan“.

1937 Drittens könnte man an Art 16 Abs 4 und Art 23d Abs 5 B-VG denken; nach diesen Bestimmungen kann der Bund in bestimmten Konstellationen anstelle eines Landes Rechtsakte erlassen und insofern eine Entscheidung des Landes an sich ziehen; allerdings sind die Länder auch unmittelbar im Anschluss daran befugt, die entsprechenden Kompetenzen selbst auszuüben. Insofern kann nicht von einer Beschränkung der Entscheidungsbefugnis der Länder gesprochen werden. Zu einer Beschränkung der verfahrensrechtlichen Autonomie könnte es allerdings durch das in Art 16 Abs 5 B-VG vorgesehene Aufsichts- und Weisungsrecht des Bundes kommen.

den, ob und mit welchem Inhalt ein Rechtsakt erlassen wird, dann wären die österreichischen Länder nicht verfahrensrechtlich autonom. Es wäre aber auch denkbar, das Kriterium der verfahrensrechtlichen Autonomie nur auf den Rechtsakt zu beziehen, dessen Qualifikation als selektiv in Frage steht. Bei einer derartigen Betrachtung würde nicht abstrakt auf die (Verfassungs-)Rechtslage und die Befugnisse des Landes abgestellt, sondern gefragt, ob konkret die Erlassung des zur Prüfung stehenden Rechtsaktes verfahrensrechtlich autonom erfolgte. Bei diesem zweiten Verständnis könnte § 9 F-VG niemals die verfahrensrechtliche Autonomie ausschließen: In dem Fall, dass die Bundesregierung bzw in weiterer Folge der Vermittlungsausschuss die Kundmachung des Landesabgabengesetzes untersagt, darf ja gar kein Rechtsakt erlassen werden, der als Beihilfe qualifiziert werden kann. Wird aber ein Landesabgabengesetz erlassen, so beruht dies und der Inhalt dieses Gesetzes auf der Entscheidung des Landesabgabengesetzgebers. Der Bund kann nur die Erlassung des Gesetzes an sich verhindern, nicht aber dessen Inhalt beeinflussen.

Ob bei dem Kriterium der verfahrensrechtlichen Autonomie abstrakt auf die Befugnisse des Landes oder aber auf den konkreten Rechtsetzungsprozess abzustellen ist, kann anhand der Rsp des EuGH nicht eindeutig beantwortet werden; eine Formulierung in der Rs *UGT-Rioja* deutet eher in Richtung einer konkreten Beurteilung des Verfahrens zur Erlassung des fraglichen Rechtsaktes.¹⁹³⁸

Hinsichtlich der belgischen dezentralen Hoheitsträger kann auf Grund der differenzierten Kompetenzrechtslage keine pauschale Antwort auf die Frage nach der verfahrensrechtlichen Autonomie gegeben werden. Insb hinsichtlich jener Kompetenzbereiche, für die Art 92bis SGRI den verpflichtenden Abschluss eines interföderalen Vertrags zwischen verschiedenen föderalen Hoheitsträgern als Voraussetzung für die rechtmäßige Kompetenzausübung vorsieht, kann das Bestehen einer verfahrensrechtlichen Autonomie der einzelnen dezentralen Hoheitsträger bezweifelt werden.

Mit Blick auf die finanzielle Autonomie kann im Lichte der Rsp¹⁹³⁹ davon ausgegangen werden, dass die Finanzausgleichssysteme in Österreich, Deutschland und Belgien nicht per se zu einem Mangel an finanzieller Autonomie führen.

Die deutschen Länder können durchaus als autonom iSd Rsp des EuGH zur Autonomie als Voraussetzung für die Beschränkung des territorialen Bezugsrahmens bei der Selektivitätsprüfung qualifiziert werden. Zweifel hinsichtlich des Vorliegens verfahrensrechtlicher Autonomie bestehen aber wie gerade aufgezeigt

1938 EuGH 11.09.2008, verb Rs C-428/06 bis C-434/06 (*UGT-Rioja*) ECLI:EU:C:2008:488 Rz 95: „muss eine Entscheidung der unterstaatlichen Einrichtung, um in Ausübung ausreichend autonomer Befugnisse erlassen worden zu sein, getroffen worden sein, ohne dass die Zentralregierung die Möglichkeit hatte, ihren Inhalt unmittelbar zu beeinflussen“.

1939 EuGH 11.09.2008, verb Rs C-428/06 bis C-434/06 (*UGT-Rioja*) ECLI:EU:C:2008:488 Rz 135. Dazu schon oben bei 9.2.3.3.2 (= 424).

zum einen hinsichtlich der österreichischen Länder insb bei der Erlassung von Landesabgabengesetzen und zum anderen hinsichtlich der belgischen dezentralen Hoheitsträger in Bereichen, in denen das SGRI den verpflichtenden Abschluss von interföderalen Vereinbarungen über die Kompetenzausübung vorsieht.

9.2.3.3.7 Vereinbarkeit der Rsp des EuGH mit Art 4 Abs 2 EUV?

Soweit – wie gerade untersucht – die dezentralen Hoheitsträger in Deutschland, Österreich und Belgien die vom EuGH aufgestellten Autonomieanforderungen erfüllen, hat dies zur Konsequenz, dass Maßnahmen der Länder bzw der dezentralen Hoheitsträger nicht bereits deswegen als selektiv iSd Art 107 AEUV qualifiziert werden dürfen, weil sie sich nur auf das jeweilige (Landes-)Gebiet erstrecken. Der Bezugsrahmen bei der beihilfenrechtlichen Selektivitätsprüfung wird also auf das Gebiet beschränkt, für welches der eine Maßnahme setzende Hoheitsträger zuständig ist. Eine über das Beihilfenrecht erzwungene Angleichung der Rechtsordnungen der dezentralen Hoheitsträger scheint damit ausgeschlossen und der von Art 4 Abs 2 EUV geschützten bundesstaatlichen Rechtsetzungsvielfalt insofern Genüge getan.¹⁹⁴⁰

Problematisch bleibt aber, dass der EuGH durch seine Rsp unionsrechtliche Anforderungen an die Autonomie aufstellt, denen die nationalen Rechtsordnungen entsprechen müssen, um von der Beschränktheit des Bezugsrahmens bei der Selektivitätsprüfung zu profitieren.¹⁹⁴¹ Das ist allerdings schwer mit Art 4 Abs 2 EUV vereinbar. Soweit nämlich eine Form der Autonomiegewährung als Teil der nationalen Identität eines Mitgliedstaates qualifiziert werden kann, muss der EuGH diese Autonomie achten, was eben auch eine Relativierung von Gleichheitsanforderungen wie bei der Selektivitätsprüfung zur Folge haben kann. Es ist dem Gerichtshof dann verwehrt, weitere oder zusätzliche Anforderungen an das Vorliegen „ausreichender“ Autonomie zu stellen.

Dies bedeutet nicht, dass die Mitgliedstaaten zB durch die Einräumung von Autonomie in Einzelfragen die Anwendbarkeit des unionalen Beihilfenrechts umgehen können. Geschützt sind eben nur Autonomieformen bzw -einräumungen, die Teil der nationalen Identität sind. Dies nachzuweisen, dürfte hinsichtlich der autonomen Regionen bzw Gemeinschaften in Spanien und Portugal heute nicht schwerfallen; die Entscheidungen des EuGH in den Rs *Portugal/Kommission* bzw *UGT-Rioja* ergingen aber noch zur Rechtslage vor dem Vertrag von Lissabon.¹⁹⁴²

1940 Einen Bezug zur nationalen Identität (iSd Vorgängerbestimmung des Art 6 Abs 3 EUV) stellte im Übrigen schon GA Kokott 08.05.2008, verb Rs C-428/06 bis C-434/06 (UGT-Rioja) ECLI:EU:C:2008:262 Rz 54 her.

1941 Insofern ist der Befund, dass die Rsp einen ausreichenden Ausgleich mit Art 4 Abs 2 EUV herstelle, unzutreffend; so aber Kühling/Rüchardt/Koenig/Förtsch in Streinz, Art 107 AEUV Rz 85.

1942 Vgl zur mangelnden Justitiabilität der unionalen Identitätsklauseln vor dem Vertrag von Lissabon oben in FN 1.

Richtigerweise müsste der EuGH also bei der Beurteilung der Selektivität einer von einer dezentralen Stelle erlassenen Maßnahme danach fragen, ob diese die Ausübung einer von Art 4 Abs 2 EUV iVm dem jeweiligen nationalen Verfassungsrecht geschützten Form der Autonomie darstellt. Dies ist bei den österreichischen und deutschen Ländern sowie den belgischen dezentralen Hoheitsträgern der Fall.¹⁹⁴³ Konsequenz einer solchen Autonomiegewährung kann es sein, dass die autonomen Hoheitsträger unabhängig voneinander Recht setzen dürfen. Auch dies trifft auf die genannten dezentralen Hoheitsträger Österreichs, Deutschlands und Belgiens zu. Die dadurch bewirkte Rechtsetzungsvielfalt ist vom EuGH zu achten. Um dieser Achtungspflicht nachzukommen, darf der EuGH keine nachteiligen Folgen daraus ziehen, dass ein Rechtsakt nur einen beschränkten territorialen Anwendungsbereich hat bzw die Rechtslage in unterschiedlichen Ländern bzw dezentralen Hoheitsträgern unterschiedlich „günstig“ ausgestaltet ist.

Dazu hat der EuGH wiederum zwei Möglichkeiten: Der Gerichtshof kann entweder – wie er das unter anderen Prämissen in seiner bisherigen Rsp tut¹⁹⁴⁴ – auf Art 4 Abs 2 EUV gestützt den Bezugsrahmen bei der Selektivitätsprüfung auf das Gebiet des fraglichen Hoheitsträgers beschränken bzw anders formuliert, die Vergleichbarkeit der Rechtsakte eines dezentralen Hoheitsträgers mit Rechtsakten anderer Rechtsetzer desselben Mitgliedstaates ausschließen; oder er kann die durch Art 4 Abs 2 EUV geschützte Rechtsetzungsvielfalt als Rechtfertigung für die prima facie bestehende territoriale Selektivität der fraglichen Maßnahme heranziehen; auch im Rahmen der Selektivitätsprüfung findet nämlich eine (beschränkte) Rechtfertigungsprüfung statt,¹⁹⁴⁵ die um diesen Aspekt erweitert werden könnte. Nach der Rsp handelt es sich dabei zwar nicht um eine umfassende Rechtfertigungsprüfung; gefragt wird lediglich, ob eine prima facie selektive Maßnahme durch „die Natur und den Aufbau des fraglichen Systems“¹⁹⁴⁶ belastender oder begünstigender Maßnahmen gerechtfertigt ist. Gerade die bundesstaatliche Organisation könnte aber zumindest bei einem weiten Verständnis zum Aufbau jedes belastenden Systems innerhalb eines Bundesstaates gezählt werden.

1943 Weiters bei den autonomen Regionen bzw Gemeinschaften Spaniens, Portugals und Italiens; das Argument der durch die nationale Identität geschützten Autonomie und damit auch der durch die nationale Identität geschützten Rechtsetzungsvielfalt lässt sich möglicherweise auch für die kommunale Ebene fruchtbar machen.

1944 In EuGH 06.09.2006, Rs C-88/03 (Portugal/Kommission) ECLI:EU:C:2006:511 und EuGH 11.09.2008, verb Rs C-428/06 bis C-434/06 (UGT-Rioja) ECLI:EU:C:2008:488 im Wesentlichen gestützt auf den heutigen Art 107 Abs 1 AEUV und das darin enthaltene Kriterium der Selektivität; in EuGH 17.09.2002, Rs C-320/00 (Lawrence) ECLI:EU:C:2002:498 hinsichtlich des Verbotes unterschiedlichen Entgelts für Männer und Frauen (heute Art 157 AEUV).

1945 Zum Beispiel EuGH 08.11.2001, Rs C-143/99 (Adria-Wien Pipeline) ECLI:EU:C:2001:598 Rz 42; EuGH 22.12.2008, C-487/06 P (British Aggregates Association) ECLI:EU:C:2008:757 Rz 83; EuGH 08.09.2011, Rs C-279/08 P (Niederlande/Kommission) Rz 62 jeweils mwN.

1946 EuGH 08.09.2011, Rs C-279/08 P (Niederlande/Kommission) ECLI:EU:C:2011:551 Rz 62.

Die erste Variante hätte den Vorteil, dass der EuGH im Wesentlichen genauso vorgehen würde, wie in seiner bisherigen Rsp und den Ausschluss der Selektivität auf Grund einer Beschränkung des Bezugsrahmens vornehmen würde. Dies entspricht strukturell auch dem Vorgehen der überwiegenden Ansicht und Rsp bei der Relativierung des Gleichheitssatzes auf nationaler Ebene.¹⁹⁴⁷ Die zweite Variante hätte den Vorteil, dass der durch Art 4 Abs 2 EUV verfügte Schutz der bundesstaatlichen Rechtsetzungsvielfalt als auf die nationale Identität gestützte Ausnahme von der Regel zum Ausdruck käme.

9.2.3.4 Weitere denkbare „verdeckte“ Gleichheitsanforderungen im Primärrecht

Hinzuweisen bleibt noch darauf, dass die angestellten Überlegungen sich strukturell auch auf weitere Bereiche des Unionsprimärrechts übertragen lassen. Dabei ist insb an die dem Verhältnismäßigkeitsgebot des Art 52 Abs 1 GRC unterliegenden Grundrechte der GRC zu denken. Bei der Handhabung des im Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes beinhalteten Erforderlichkeitskriteriums ist im Lichte von Art 4 Abs 2 EUV und der dadurch geschützten bundesstaatlichen Rechtsetzungsvielfalt darauf zu achten, dass die mangelnde Erforderlichkeit einer mitgliedstaatlichen Maßnahme nicht allein damit begründet werden darf, dass andere Rechtsetzer innerhalb desselben Mitgliedstaates ähnliche Ziele mit „gelinderen Mitteln“ verfolgen. So, wie bei der Kohärenzprüfung im Zusammenhang mit den unionsrechtlichen Grundfreiheiten ein kompetenzgrenzenübergreifender Vergleich wegen Art 4 Abs 2 EUV nicht automatisch die Konsequenz der Unionsrechtswidrigkeit nach sich ziehen darf, ist dies auch im Zusammenhang mit der Auslegung der Grundrechte zu beachten.

Hinzuweisen ist an dieser Stelle darauf, dass es durch die hier vorgenommene Berücksichtigung der bundesstaatlichen Strukturen Österreichs, Deutschlands und Belgiens nicht zu einer Unterwanderung des unionalen Grundrechtsschutzes durch die mitgliedstaatliche bundesstaatliche Kompetenzverteilung kommt: Art 4 Abs 2 ermöglicht es nicht, erfolgreich einzuwenden, dass eine ein gelinderes Mittel darstellende Maßnahme durch einen Mitgliedstaat nicht gesetzt werden kann, weil sie in die Zuständigkeit eines anderen als des die eingreifende Maßnahme setzenden föderalen Hoheitsträgers fällt.¹⁹⁴⁸ Ausgeschlossen wird durch Art 4 Abs 2 EUV lediglich eine Missachtung der bundesstaatlichen Rechtsetzungsvielfalt dahingehend, dass allein aus der konkreten Kompetenzausübung durch einen

1947 Siehe dazu schon oben bei 6.4.4.2 (Deutschland [= 316]), 5.4.4.2 (Österreich [= 238]), 7.4.3.3 (Belgien [= 364]).

1948 Um an das obige, fiktive Beispiel (bei 5.4.3.2.3 [= 232]) anzuknüpfen: Wenn der Bund nur für Verkaufsverbote zuständig ist und die Länder für Verkaufsbeschränkungen, so kann der Bund nicht erfolgreich einwenden, er könne ja gar keine Verkaufsbeschränkungen erlassen, da dies nicht in seine Zuständigkeit fiel.

föderalen Hoheitsträger gleichsam „automatisch“ auf die Grundrechtswidrigkeit (insb aufgrund mangelnder Erforderlichkeit) einer Maßnahme eines anderen föderalen Hoheitsträgers geschlossen wird.¹⁹⁴⁹

9.2.3.5 Ergebnis: Relativierung von Gleichheitsanforderungen durch Art 4 Abs 2 EUV

Als Zwischenfazit zu den vorangegangenen Ausführungen hinsichtlich unionsrechtlicher Gleichheitsanforderungen an die Mitgliedstaaten kann das Folgende festgehalten werden:

Im Unionsprimärrecht finden sich einerseits offene Gleichheitsanforderungen an die Mitgliedstaaten, dabei insb der Gleichheitssatz. Andererseits lassen sich aber auch verdeckte Gleichheitsanforderungen ausmachen, so insb bei der Prüfung mitgliedstaatlicher Beschränkungen der Grundfreiheiten und von mitgliedstaatlichen Maßnahmen am Maßstab des Beihilfenverbots.

Es wurde erörtert, dass diese Gleichheitsanforderungen in Konflikt mit der bundesstaatlich bedingten Rechtsetzungsvielfalt treten können, der aber auf Grund von Art 4 Abs 2 EUV zu Gunsten letzterer aufzulösen ist. Art 4 Abs 2 EUV verlangt also mit Blick auf die bundesstaatlichen Mitgliedstaaten nach einer Relativierung der unionalen Gleichheitsanforderungen.

Der EuGH hat in seiner Rsp zu den verschiedenen Gleichheitsanforderungen bereits unterschiedliche Arten der Relativierung vorgenommen, verfolgt dabei jedoch ersichtlich kein übergreifendes, einheitliches Konzept: Im Zusammenhang mit dem Gleichheitssatz schließt der EuGH in einem nicht bundesstaatlich konnotierten Fall das Vorliegen einer relevanten Ungleichbehandlung aus, wenn diese auf die Handlungen mehrerer Rechtsetzer zurückzuführen ist.¹⁹⁵⁰ Im Bereich des Beihilfenrechts spricht der EuGH im Rahmen der Selektivitätsprüfung von der Möglichkeit einer territorialen Beschränkung des Bezugsrahmens, wenn ausreichende Autonomie des fraglichen Rechtsetzers vorliegt¹⁹⁵¹ – bringt dies allerdings nicht mit dem gerade genannten, zum Gleichheitssatz entwickelten Konzept in Verbindung. Im Bereich der Grundfreiheiten schließlich hat der EuGH mit der Anforderung, dass Beschränkungen auch rechtsetzerübergreifend „systematisch und kohärent“ erfolgen müssen, zunächst einen ganz anderen Weg

1949 Nur weil also etwa in Niederösterreich Automatenglücksspiel erlaubt ist, ist ein Verbot des Automatenglücksspiels in Wien nicht automatisch eine Verletzung der unternehmerischen Freiheit. Dies schließt allerdings nicht aus, das Verbot des Automatenglücksspiels in Wien wegen – anders begründeter – mangelnder Erforderlichkeit als grundrechtswidrig zu qualifizieren. Ebenso wäre ein Verbot des Automatenglücksspiels in Wien nicht „automatisch“ eine Verletzung der unternehmerischen Freiheit, nur weil der Bund noch „gefährlichere“ Glücksspielarten erlaubt.

1950 EuGH 17.09.2002, Rs C-320/00 (Lawrence) ECLI:EU:C:2002:498, dazu oben bei 9.2.2.5 (= 398).

1951 EuGH 06.09.2006, Rs C-88/03 (Portugal/Kommission) ECLI:EU:C:2006:511 und EuGH 11.09.2008, verb Rs C-428/06 bis C-434/06 (UGT-Rioja) ECLI:EU:C:2008:488; dazu oben bei 9.2.3.3.2 (= 424).

beschritten,¹⁹⁵² dies aber jüngst unter Berufung auf Art 4 Abs 2 EUV und die bundesstaatliche Kompetenzverteilung relativiert.¹⁹⁵³

Die vorangehenden Ausführungen haben gezeigt, dass in all diesen Konstellationen strukturell ähnliche Fragen auftreten. Es handelt sich jeweils um Gleichheitsprüfungen, welche die bundesstaatliche Rechtsetzungsvielfalt gefährden können. Soweit es sich um Bundesstaaten handelt, sind daher die an diese mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen gestellten Anforderungen dahingehend zu relativieren, dass scheinbare „Ungleichheiten“, die auf Grund der territorialen und sachlichen Beschränktheit der Hoheitsträger auftreten, dem Mitgliedstaat nicht vorgeworfen werden dürfen.

Diese Relativierung kann dadurch bewirkt werden, dass die Vergleichbarkeit der Rechtsakte unterschiedlicher föderaler Rechtsetzer auf Grund von Art 4 Abs 2 EUV von vornherein ausgeschlossen wird. Wie bereits mehrfach dargelegt krankt dieser Ansatz freilich daran, dass grundsätzlich alles miteinander verglichen werden kann, die unterschiedlichen Rechtsakte letztlich Teil einer einheitlichen Rechtsordnung sind und der bundesstaatliche Mitgliedstaat sich ja auch alle diese Handlungen für sich genommen vor dem EuGH vorwerfen lassen müsste. Ebenso wäre es denkbar, die durch Art 4 Abs 2 EUV geschützte bundesstaatliche Rechtsetzungsvielfalt innerhalb der einzelnen Gleichheitsprüfungen als die Unionsrechtswidrigkeit ausschließende sachliche Rechtfertigung anzusehen.

Wichtig wäre es jedenfalls, dass die Wahl für den einen oder den anderen Weg hinsichtlich der unterschiedlichen, aber strukturell doch ähnlichen Gleichheitsanforderungen einheitlich ausfällt, um Verwirrungen über die Bedeutung der Bundesstaatlichkeit für unionsrechtliche Gleichheitsanforderungen zu vermeiden. Einen einheitlichen Anknüpfungspunkt dafür bietet Art 4 Abs 2 EUV, der – wie die Rsp zu den Grundfreiheiten zeigt – auch Anlass geben kann, überkommene Rsp neu zu überdenken.

1952 Insb EuGH 08.09.2010, Rs C-46/08 (Carmen Media) ECLI:EU:C:2010:505.

1953 EuGH 12.06.2014, Rs C-156/13 (Digibet) ECLI:EU:C:2014:1756.